



T. C. YENİ YÜZYIL ÜNİVERSİTESİ

İstanbul

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

2013

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ
Arş. Gör. M. Halit KORKUSUZ

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN

Yrd. Doç. Dr. YUSUF İLERİ

Doç. Dr. HALİL YILMAZ

Seracettin GÖKTAŞ

Yrd. Doç. Dr. Yusuf YİĞİT

Yrd. Doç. Dr. YUSUF İLERİ

Çeviren:
Prof. Dr. Servet ARMAĞAN

Prof. Dr. Günter HEINE

Çeviren:

Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah BOZBAYINDIR

Avukatlık Sözleşmesinin Özellikleri

Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının
Sakatlığı Ve Müeyyidesi

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin GG.
19. Md.si İle İlgili Kararları

Avukatların Gelir Vergisi Karşısındaki Durumları

Çalışma Hayatının Denetiminde Yetkili Kişiler
Tarafından Düzenlenen Tutanakların İspat Gücü

Yaşlılık Aylığına Hak Kazanmanın İş Güvencesi
Hükümleri Bakımından Etkileri

4857 Sayılı İş Kanununa Göre Süreli Fesih
Geçerli Sebebe Dayanma Zorunluluğunun
Koşulları

Fazla Ve Yersiz Tahsilata Faiz Ödemesi
Alanındaki Süreç: Yasal Düzenlemeler, Yargı
Kararları Ve Anayasa Mahkemesi Kararı
Sonucu Yapılan Yeni Düzenlemelerin Analizi

15 Aralık 2012 Tarihli Mısır Arap Cumhuriyeti
Anayasası Genel Prensipleri

Dünyada Ve Türkiye'de Ceza Hukuku
Reformları: İsviçre'de Cezalandırılabilirliğin
Şartları



T.C. YENİ YÜZYIL ÜNİVERSİTESİ

İstanbul

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

DERGİNİN SAHİBİ:

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ (Dekan)

SORUMLU MÜDÜRLER:

Araş. Gör. Selva KAYNAK KOÇ

Araş. Gör. Merve TURANLI

Araş. Gör. Nergiz KARADAĞ ÖZGÜN

TASHİH:

Arş. Gör. Fatma SÜMER

Arş. Gör. Ceren KAYA

Arş. Gör. Elif Merve SUBAŞI

Arş. Gör. Melisa AYDIN

Arş. Gör. Semih YÜNLÜ

EDİTÖR:

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ

YAYIN KURULU:

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ (Başkan)

Prof. Dr. Celal ERBAY

Prof. Dr. Emin MEMİŞ

Prof. Dr. Yavuz KAPLAN

Doç. Dr. Salih ŞAHİNİZ

Yrd. Doç. Dr. Mehtap CİVİR ENGİN

Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah BOZBAYINDIR

YIL: 1, SAYI: 2, Ağustos 2013

YÖNETİM YERİ:

Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Cevizlibağ - İstanbul

YAYININ TÜRÜ:

Yerel süreli (Yılda 2 kez yayınlanır.)

İLETİŞİM ADRESİ:

Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dekanlığı

Yeni Yüzyıl Üniversitesi

Dr. Azmi Ofloğlu Yerleşkesi

Cevizlibağ / Zeytinburnu İSTANBUL

Tel: 0 212 444 50 01 - 1200

Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi Hakemli bir dergidir.
Dergide yayınlanan yazılarda ileri
sürülen görüşler yazarlara aittir,
Fakülteyi bağlamaz.

HAKEMLER KURULU/ REFEREES BOARD

ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fevzi DEMİR (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fatih UŞAN (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof.Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Talat CANBOLAT (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Fuat YILDIZ (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Saim OCAK (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

TİCARET HUKUKU

Prof. Dr. Sami KARAHAN (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali AYLI (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yard. Doç. Dr. Abdullah ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Mehtap CİVİR ENGİN (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

MEDENİ HUKUK

Prof. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet AYAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof.Dr. Süleyman YALMAN (Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç.Dr. C.Salih ŞAHİNİZ (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

MEDENİ USUL İCRA İFLAS HUKUKU

Prof. Dr. Abdurrahman KARSLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DEVLETLER ÖZEL HUKUKU

Prof. Dr. Yavuz KAPLAN (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Doç. Dr. Hakan SAMUR (Mardin Artuklu Üniversitesi İİBF)

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

ANAYASA HUKUKU

Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Yavuz ATAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Abdurrahman EREN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

GENEL KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yard. Doç. Dr. Murat TÜMAY (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Celal ERBAY (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yard. Doç. Dr. Mustafa KOÇAK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İDARE HUKUKU

Prof. Dr. Emin MEMİŞ (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Melikşah YASİN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Mehmet KARAASLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

CEZA VE CEZA USUL HUKUKU

Prof. Dr. Hakan HAKERİ (Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç Dr. Recep GÜLŞEN (Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Ramazan ARITÜRK (U.A. Antalya Üniversitesi Hukuk Üniversitesi)

Yrd. Doç. Dr. Mehmet TENGİZ (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Üniversitesi)

Yard. Doç. Ali Emrah BOZBAYINDIR (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

TÜRK HUKUK TARİHİ

Prof. Dr. Celal ERBAY (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Mustafa AVCI (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DEVLETLER UMUMİ HUKUKU

Doç. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

MALİ HUKUK

Prof. Dr. Ziyaettin BİLDİRİCİ (Anadolu Üniversitesi İİBF)

Yrd. Doç. Dr. Yusuf İLERİ (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin
Öz Değerleri

- ✓ Akıl ve bilim
- ✓ Dürüstlük, adalet ve etik
- ✓ Sevgi ve Hoşgörü
- ✓ Hukukun üstünlüğü ve egemenliği
- ✓ Demokrasi kültürü
- ✓ İnsan haklarına saygı

Temel Amacımız

Akıl ve bilim önderliğinde,
çağdaş ve mutlu bir toplum için
hukuku öğretmek ve geliştirmek



Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri

- 1 Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
- 2 Yazılar A-4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmeli veya derginin resmi e-posta adresine Office word formatında aşağıda belirtilen yazım kriterlerine uygun olacak şekilde gönderilmelidir.
- 3 Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
- 4 Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri il telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
- 5 Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor doğrultusunda düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
- 6 Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Komisyonu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
7. Hakem incelemesinden geçen ve yayınlanmasına ve/veya düzeltilerek yayınlamasına karar verilen yazılarına son şeklinin "Office Word" programı altında kaydedilmiş (98 sürümünden eski olmayacaktır) bir CD-Rom ile birlikte başlığının İngilizce karşılığı da eklenmek suretiyle A-4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmesi gerekmektedir.
8. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın CD-Rom'daki biçimiyle "basıla" verildiği kabul edilir.
9. Gönderilecek yazıların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto olarak hazırlanması ve 30 sayfayı geçmemesi gerekmektedir.
10. Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; bu hususta Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

İÇİNDEKİLER

Avukatlık Sözleşmesinin Özellikleri.....1 / 14

Prof. Dr. M. Refik Korkusuz, Arş. Gör. M. Halit Korkusuz

**Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı Ve Müeyyidesi
.....15 / 25**

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI

**Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin GG. 19. Md.si İle İlgili
Kararları..... 27 / 39**

Prof. Dr. Servet Armağan

Avukatların Gelir Vergisi Karşısındaki Durumları 41 / 59

Yrd. Doç. Dr. Yusuf İleri

**Çalışma Hayatının Denetiminde Yetkili Kişiler Tarafından
Düzenlenen Tutanakların İspat Gücü..... 61 / 74**

Doç. Dr. Halil Yılmaz

**Yaşlılık Aylığına Hak Kazanmanın İş Güvencesi Hükümleri
Bakımından Etkileri 79 / 103**

Seracettin GÖKTAŞ

**4857 Sayılı İş Kanununa Göre Süreli Fesihle Geçerli Sebebe
Dayanma Zorunluluğunun Koşulları 105 / 136**

Yrd. Doç. Dr. Yusuf Yiğit

**Fazla Ve Yersiz Tahsilata Faiz Ödemesi Alanındaki Süreç: Yasal
Düzenlemeler, Yargı Kararları Ve Anayasa Mahkemesi Kararı
Sonucu Yapılan Yeni Düzenlemelerin Analizi 137 / 151**

Yrd. Doç. Dr. Yusuf İleri

**15 Aralık 2012 Tarihli Mısır Arap Cumhuriyeti Anayasası Genel
Prensipieri 153 / 157**

Çeviren: Prof. Dr. Servet Armağan

**Dünyada Ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları: İsviçre'de
Cezalandırılabilirliğin Şartları 159 / 166**

Prof. Dr. Günter Heine

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah Bozbayındır

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ*
Arş. Gör. M. Halit KORKUSUZ*

ÖZET

Avukatlık mesleği, kökeni binlerce yıl geçmişe dayanan soylu bir meslektir. Günümüzde de, önemi artan oranda devam etmektedir. Bu nedenle, kanun koyucu, taraflar arasında yapılan sözleşmelere, diğer BK hükümlerinden farklı olarak, çok sıkı sınırlamalar getirmiş ve buna karşılık da, avukatlık mesleğine “kamu düzeni” niteliği vermiştir. Kısaca, avukatlık sözleşmesi yapılırken, avukatların, bu kanuni sınırlamalara ve sözleşmenin aşağıdaki unsurları içermesine dikkat etmelidir.

- a- Sözleşme belli bir hukuki yardımı ihtiva etmektedir.
- b- Sözleşmenin belirli bir meblağ yahut değeri (ücreti) kapsamı gerekir ve bu ücretin, kanun ile belirlenmiş bir tavanı ve tabanı vardır.
- c- Sözleşmede, kural olarak, tarafların iradeleri belirleyicidir. Bazı konularda, kanun, tarafların ve özellikle avukatın iradesinin dışında da avukatın davaya vekil sıfatı ile bakmasını emretmektedir.
- d- Sözleşmede, taraflardan biri olan avukat, kanunda belirtilen şekil ve şartlarda, bu mesleği icra etmede tekel hakkına sahiptir.
- e- Sözleşmede avukatın, takip ettiği dava veya işte, başarısına göre yüzdelik ücret alması mümkün hale getirilebilecektir.

ABSTRACT CHARACTERISTICS OF AN ATTORNEY AGREEMENT

The profession of an attorney is a noble profession that dates back thousands of years. And also in our days it is still growing in importance. For this reason the legislative has put – unlike in other Law of Obligation (BK) judgments - very tight restrictions on agreements that are made between different parties, it even has declared the profession of attorneys to be of “public order”. In short, when an attorney agreement is made, attorneys must bear these legal restrictions in mind and pay attention to include the elements listed below in the agreement.

- a-The agreement contains evident legal assistance.
- b-The agreement includes a specific amount or price (fee) and there is a

* Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

legally set maximum and minimum for this fee.

c-In principle, the agreement specifies the will of the different parties. In certain cases, the law requires the different parties and especially the lawyer to handle a lawsuit involuntarily as a substitute attorney.d- In the agreement, one of the parties, the lawyer, has the monopoly right according to the ssform and conditions specified in the law.

e-The agreement makes it possible for the lawyer to claim a certain percentage of the amount according to the success in the pursued lawsuit or job.

Key words; attorney agreement, legal assistance, monopoly right, the pursued lawsuit

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

I- AVUKATLIK MESLEĞİNİN TANIMI VE FONKSİYONU

Avukatlık mesleği, binlerce yıllık geçmişi olan onurlu bir meslektir. Bu mesleğin, tarihi süreç içinde, çok değişik tanımları yapılmıştır. Tanımlarda yeknesaklık olmamakla birlikte, hiçbir mesleğin avukatlık mesleği kadar eski ve büyük bir amaca, soylu olarak hayata bağlanmadığı düşüncesi tanımlarda, ana mihver olarak gözlemlenmektedir¹. Avukatlık mesleği, tarih boyunca; güzel konuşma, ikna etme, çok gerilere giderek hakimlere veya halk jürilerine suçlu adına yalvarma- yakarma işlevi yapan meslek olarak gündemdeki yerini hep korumuştur².

Günümüzde, *“serbest olarak meslek icra eden ve her türlü hukuki işlemin düzenlenmesiyle, hukuki mesele ve uyuşmazlıkların çözümünde taraflara yardım eden, bilgi ve tecrübelerini bu yolda kullanan kamu görevlisi”* olarak da ifade edilen avukatın yasadaki tanımı şu şekilde belirlenmiştir. Avukat; *“hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, hukuki konu ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde, hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargının kurucu ögesi olan, bağımsız savunma adına kurumsal görev yapan kişi”*dir.

Anayasamızın 36. maddesi, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu hüküm altına almıştır. Öte yandan, kişilerin doğru ve adil yargılanma hakkı, sadece anayasalar ve kanunlarla güvence altına alınan haklar olmayıp, uluslararası bazı hukuk metinlerinde de özenle düzenlenen temel haklardan biridir.

Mevcut 1136 sayılı Avukatlık Kanunu açısından baktığımızda, avukatlığın amacının şu şekilde belirlendiğini görürüz:

- Hukuki münasebetlerin düzenlenmesini,
- Her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini,
- Hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamayı amaçlamak,
- Bilgisi ile başkalarına yararlı olmak,
- Gerektiğinde müvekkilini, başta yargı organları olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlar nezdinde, temsil eden ve hukuki hizmet ifaya yönelik hizmet görmektir.

Türk hukukunun geneli açısından bakıldığında; avukatlık mesleği için mutlak bir tanım vermekten çok bu mesleğin temel özelliklerini şu şekilde tespit etmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Avukatlık;

- Belli bir formasyon alındıktan sonra (hukuk fakültesini bitirdikten sonra) yapılabilecek bir meslektir.

¹ GÜNER, Semih, Avukatlık Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara-2009, s.197 vd. ; METİN, Hulusi, Savunma Sanatı ve Görevi Üzerine Düşünceler, Avukatlık Mesleğinin Geleneksel Rolünün Güçlendirilmesi, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği, Sorunlar-Çözüm Perspektifleri, İstanbul Barosu Başkanlığı, Sempozyum, Antalya- 25-29 Ekim 1995, s. 259; GÖREN, Ömer, Karşılaştırmalı Avukatlık-Noterlik Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara-2010, s. 1.; Aynı konuda, GÜNER, s.197 vd.

² GÖREN, s. 1.

- Kamu hizmetidir.
- Serbest bir meslektir.
- Yargının kurucu unsurlarındandır.
- Bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.
- Yargı organlarında vekil ve müdafi sıfatıyla bulunma konusunda tekel yetkisine sahiptir.
- Hukuki bilgi ve tecrübesini adalet hizmetine tahsis eder.

Doğal olarak, avukat yukarıda belirtilen gayeleri ve işleri yaparken, kaynağını yasadan alan ve serbest olarak ifa edilen avukatlık sözleşmesi ile işe başlamak durumundadır. Bütün özel hukuk sözleşmeleri gibi, avukatlık sözleşmesi de taraflar arasında serbest irade ile düzenlenen ve kamu hizmeti olması nedeniyle, kanuni çerçevesi diğer sözleşmelere göre oldukça sınırlanmış olan sözleşmedir.

II. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Avukatlık sözleşmesi, 2001 yılında kabul edilen ve Avukatlık Kanunu'nun (Avk. K.) bir çok hükmünü değiştiren 4667 sayılı yeni yasal düzenleme ile, Borçlar Kanunu'nun (BK) vekaletle ilişkin düzenlemesinden önemli oranda kurtarılmıştır. Yeni kanun, kendine özgü (sui generis) karakterde ve bütünüyle yeni olan bir avukatlık sözleşmesi ihdas etmiştir³.

Avukatlık sözleşmesi gereği, avukatın borçlarının neler olduğunun ortaya konulmasında Avukatlık Kanunu'nun yanı sıra, BK. m. 386 vd. maddeleri de esas alınmak durumundadır. BK hükümleri uyarınca avukatın sorumlulukları; işini sadakat ve özenle yapma borcu, vekil edenin talimatına uygun hareket etme borcu, sır saklama borcu ve istisnaları dışında işi kendisi yapma borcu, hesap verme borcudur. Bu konuda ayrıntılı bilgi ileride verilecektir.

Avukatlık için bir tanım yapmak gerekirse avukatlığın mahiyetine açıklık getiren 1. maddesi ve avukatlığın amacını belirleyen 2. maddesi ile "Avukatlık Sözleşmesi" başlığını taşıyan Avukatlık Kanununun 11. kısmı birlikte değerlendirilmelidir.

Buna göre avukatlık sözleşmesi, *"bir tarafında, serbest bir meslek ve kamu hizmeti olan avukatlık hizmetini ifa eden, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden Avukat ile diğer tarafta müvekkil (iş sahibi) arasında avukatlığın amacı olan hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derece yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamayı konu edinen tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir"*⁴.

Sözleşmenin tanımından da anlaşıldığı gibi, avukatlık sözleşmesi diğer borçlar

3 Avukatlık kanununda değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısının genel gerekçesinde "bir başka düzenleme de avukatın sunduğu hukuki yardımın yapılması ve işlevi konusundadır. Bu hizmet artık Borçlar Kanunundaki klasik vekalet akdinin sınırlarını aşmıştır. Mimarlık sözleşmesi ve benzeri sözleşmelerde olduğu gibi tamamen sui generis karakterde ve bütünüyle yeni olan bir avukatlık sözleşmesi türü ihdas etmiştir", denilmektedir.

⁴ GÜNER, 144-145.

hukuku sözleşmelerine benzeyen yönlerinden çok benzemeyen yönleri ile tanınan bir niteliğe sahiptir.

B-AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Avukatlık sözleşmesi, çerçevesi kanunla düzenlenmiş bir sözleşmedir. Ancak, yasal düzenleme, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanabilecek sorunlara çözüm getirecek şekilde bir içeriğe sahip olmadığı için, boşlukların bu sözleşmenin bünyesine en uygun düşen sözleşmeye ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle doldurulması gerekmektedir. Yasa koyucu, sözleşmeye isim vermiş ve onu adeta ortalıkta bırakmış, sorunların çözümünü öğreti ve uygulamaya bırakmıştır⁵. Belirtilen düzenleme ile, sözleşmenin unsurlarını ortaya koymuştur. Sırasıyla bu unsurlar ele alınmalıdır.

1- Belli Bir Hukuki Yardımı İhtiva Etmesi

Avukatlık Sözleşmesinin tanımından da hareketle, diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi avukatlık sözleşmesinde de belirli bir işin yapılması yönünde tarafların anlaşmış olması gerekmektedir.

Belirli bir işin yapılmasına yönelik taraf iradelerinin varlığı bu sözleşme türünün kurulabilmesi için zorunludur. Avukatlık sözleşmesinin konusunu avukatlığın amacının oluşturduğuna değinmiştik. Avukatlık sözleşmesi, Avk. K. m. 35/1'de düzenlenen *"kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek..."* ve taraflarca kararlaştıracağı diğer işlemleri gerçekleştirmek üzere tarafların bir araya gelmeleri ve belirli bir hukuki yardımın yapılması konusunda anlaşmaları ile vücut bulur. Belirli bir hukuki yardımın yapılması, Avukatlık Kanunu'nun 35/1. maddesi ile münhasıran avukatlara tanınmış bir hak olduğu için, avukatlık sözleşmesine konu bir işin gerçekleştirilmesi ancak vekilin bir avukat olması durumunda mümkün olabilecektir.

Avukatlığın amacını ortaya koyan bu madde hükmü aynı zamanda avukatın mesleki faaliyet alanının sınırını çizmektedir. Buna göre avukatlık sözleşmesi, avukatın, avukat sıfatıyla faaliyette bulunması halinde müvekkilleriyle kuracağı sözleşmedir. Bundan dolayı avukatın doğrudan "avukat sıfatı" ile ilgili sunacağı iş görme edimleri dışında üstlendiği akdi borçların avukatlık sözleşmesi kapsamı dışında kalacağı söylenebilir. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine göre BK hükümlerinin uygulanması gerekir.

Avukatın yapacağı sözleşmenin, başta Avukatlık Kanunu olmak üzere, hiçbir kanun tarafından yasaklanmamış olması da gerekir. Zira, kamu düzeni niteliği kazandırılan bir sözleşmenin, kanun koyucu tarafından sadece BK 26 ve 27. maddelerin sınırı ile değil, başka kanunların da tahdidi ile sınırlandırılması her zaman mümkündür. Örn. Avukat, tarafların üzerinde ortak iradesi olsa bile, Kamulaştırma Kanunu'nun 31. maddesine aykırı olarak bir avukatlık sözleşmesi yapamayacaktır. Zira, ilgili yasa ve yasa maddelerinde yer hükümler, kamu düzenine ilişkin olup, aksi tarafların talebi ile yapılması mümkün olmayan hususları ihtiva etmektedir.

⁵ GÜNERGÖK, Özkan, Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara-2009, s.24.

2- Belirli Ücret Almayı Zorunlu Kılması:

a- Esas olarak taraflar arasında kararlaştırılmış ücretin geçerli olması

Avukatlık ücreti, avukatın yapmış olduğu iş veya işler karşılığında hak etmiş olduğu ve yaşamını devam ettirmek için, yasa ve sözleşme hükümlerine binaen, almak durumunda bulunduğu bir haktır. Bir başka ifade ile, avukatlık sözleşmesi ile serbestçe kararlaştırılan veya Avukatlık Kanunu ile belirlenen ve parasal bir değer ifade eden bedeldir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukukî yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamalı gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir.

Avukatlık ücretinin, aşağıda da ayrıntılı olarak belirtildiği gibi, hem tabanı hem de tavanı bulunmaktadır. Tavanı aşan sözleşmeler, bu Kanunda belirtilen tavan miktarında geçerlidir. İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. Yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz (Avk. K. m. 163).

Avk. K. m. 163/I hükmü, sözleşmenin belli bir “hukuki yardım ve meblağı yahut değeri kapsamalı” gerektiğini ifade etmektedir. Bu ifadeye göre, sözleşme içeriğinde ücretin belirtilmesinin avukatlık sözleşmesinin geçerlilik şartı olarak kabul edildiği gibi bir anlam çıkarılabilir. Fakat, bu maddenin ikinci fıkrası ile 164. maddenin dördüncü fıkrası karşısında, sözleşmede ücretin belirtilmemiş olması, avukatlık sözleşmesinin geçerli olmasına engel değildir.

Avukatlık sözleşmesi için şekil şartı aranmadığı halde, ücretin ispatı için yazılılık şartı bulunmaktadır. Taraflar arasında belirlenen ücretin yazılı olmaması ve uyuşmazlık konusu avukatlık ücretinin 6100 Sayılı HMK 288. madde hükümlerine göre belirlenen miktarın üstünde olduğu iddiası var ise, bunu mutlaka yazılı olarak ispat etmek gerekir. Avk. K. 163. maddesi de, bu durumu amirdir. Bu durumda, genel kuraldan ayrılmayı gerektiren bir özel hüküm de bulunmamaktadır. Bu durumu aksine yorumlamak hukuk düzeni çerçevesinde avukat ile müvekkil arasında problem doğuracaktır.

Avukatlık ücretinin kararlaştırılmadığı veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı haller her zaman olabilir. Böyle bir durumda; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesine uygulanır. 5043 sayılı yasa yürürlüğe girmeden önceki sözleşmelere ise, mutlaka o tarihteki sözleşmeler veya sözleşme yok ise, söz konusu tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi (AATF)’nde yer alan hükümler uygulanacaktır. Ancak, 5043 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yapılan sözleşmelere ve bu sözleşmelere dayalı uyuşmazlıklar ile yazılı sözleşme olmayan ya da geçersiz olan hallerde ise, 5043 sayılı yasa ile getirilen düzenleme geçerli olacaktır.

Avk. K. m. 163’te “... Avukatlık sözleşmesinin belirli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamalı gerekir” denilmekle “Avukatlık Sözleşmesi”nin konusu

olan hukuki yardımın gerçekleştirilmesi mukabilinde bir meblağın veya değer in kararlaştırılmış olması zorunluluğu getirilmektedir. Dolayısıyla avukatlık sözleşmesinde bir meblağ yahut değerin avukatlık sözleşmesinin kural olarak zorunlu unsuru olduğunu söylemek mümkündür.

Avukatlık sözleşmesi, avukatın belli bir hukuki yardımda bulunmayı üstlendiği, taraflarca ücret alınmaması kararlaştırılmadığı sürece, avukatın ücrete hak kazandığı iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir ⁶.

b- Ücretin taraflar arasında belirlenmediği durumlarda avukatlık ücreti

Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde⁷ asgari ücret tarifesine göre ücret belirlenmesi yoluna gidilir (Avk.K. m. 164/ 4). Avukat, davayı veya takip ettiği işi ücretsiz aldığını, üyesi olduğu Baro'ya bildirmediği müddetçe, avukatın aldığı iş ve davaların hepsinin ücretle alındığı kabul edilecektir.

Yargıtay 13. HD' si, 5043 sayılı yasa ile kabul edilen geçici 21. Maddesi'nin AYM' den iptali isteminden sonra⁸, hemen hemen yerleşik içtihat ortaya koymuştur. Buna göre, taraflar arasındaki hukuki ilişki için ilk sözleşmenin yapıldığı andaki ücret anlaşması geçerli olacaktır. Böyle bir anlaşma yok veya geçersiz ise, sözleşme esnasındaki (5403 sayılı kanunun kabulünden sonra Avk. K. 164/4 hükümleri doğrultusunda) AAÜT hükümleri geçerli olacaktır. Burada bilinmesi gerekli olan temel husus, 5043 sayılı yasad an önceki işler için, dava ne zaman biterse bitsin, ilk avukatlık sözleşmesinin yapıldığı tarihteki ücret sözleşmesinin ya da sözleşme yoksa, sözleşmenin yapıldığı tarihteki AAÜT' deki ücret miktarının, uyuşmazlık tarihi ne zaman çıkarsa çıksın, sonraki tarihte de uygulanması zorunluluğudur. Bunun önemi, özellikle, yazılı sözleşmenin olmadığı durumlarda, uygulanacak AAÜT hükümlerinin tatbikinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle açılmasının üzerinden 5 yıl geçtikten sonra sona ermiş bir davada, ilk sözleşmenin yapıldığı anda yürürlükte bulunan AAÜT hükümleri tatbik edilecektir. 5043 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra Avk. K. 164/4. maddesinde belirtilen şekil ve şartlarda avukata ücret ödenecektir ⁹.

c- Ücret miktarının asgari ücret tarifesinin altında kalması durumunda ücret hakkı

ca- Kural olarak, Avk. K. 164/4. maddesinin hükümleri doğrultusunda ve AAÜT ücret tarifes i altında vekâlet ücreti kararlaştırılamaz. Kararlaştırılırsa, Avk. K. 164/4. maddesinin hükümleri çerçevesinde olmak kaydıyla, AAÜT geçerli olacaktır. Bununla birlikte, avukatın disiplin hukukuna ilişkin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu durumun istisnası olarak, Yargıtay içtihatları ve doktrinin bir kısmının da katıldığı şekliyle, aşağıdaki durumlarda, kanundan kaynaklanan ya

⁶ GÜNERGÖK, s.33.

⁷ %25'in üzerinde vekalet ücreti kararlaştırlamayacağı gibi dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağına ilişkin sözleşme hükmü de geçersizdir.

⁸ Bkz. AYM, 07.02.2008 T., E. 2008/128 ve K. 2008/54 sayılı ilamı ile iptal edilen 5043 sayılı yasanın geçici 21. Maddesine ilişkin gerekçe.

⁹ Bkz. AYM, 07.02.2008 T., E. 2008/128 ve K. 2008/54 sayılı ilamı ile iptal edilen 5043 sayılı yasanın geçici 21. Maddesine ilişkin gerekçe.

da avukatın müvekkili ile anlaşmak suretiyle dolaylı olarak kendisine daha fazla ekonomik gelir getireceğini düşündüğü ve özgür iradesi ile yaptığı sözleşmeler de hukuken geçerlidir¹⁰. Bunların başlıcalarını şu şekilde tespit etmemiz mümkündür.

-Serbest çalışıp da, değişik özel ve kamu kuruluşlarından yoğun olarak takip ya da dava alması ihtimalinin bulunduğu durumlar

Yürürlükteki mevzuatı bilmesi “mesleki yükümlülük” kabul edilen avukatların Avukatlık Kanunu’nu en iyi bilmesi gereken kişiler olduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Bu kişilerin ilgili mesleki yükümlülüklerine ve hukuka aykırı sözleşmeyi bile bile imzaladıktan sonra, bunun hukuka aykırı olduğunu ileri sürmeleri “mesleğe güven” ilkesine aykırılık teşkil etmektedir¹¹.

-Yasa hükmüne rağmen bilerek ve isteyerek, sözleşmede yasanın öngördüğü sınırın altında bir ücreti kabul eden avukatın daha sonra, işi alırken göz ardı ettiği yasa hükmüne dayanarak (sözleşmedeki kabulünden) fazla ücret talebinin MK m. 2’ de düzenlenen objektif iyi niyet kurallarına ve hakkaniyete aykırı olacağı düşünülmelidir¹².

-AAÜT altında ücret öngören sözleşmelerde, sözleşme hükmüne göre ücret belirlenmesi gerektiği görüşünde olanların ifade ettiği gibi; “Avukatın bu tür bir ücret sözleşmesini kuramayacağını bilmesi gerekir. Yasa hükmüne rağmen bilerek ve isteyerek, sözleşmede yasanın öngördüğü sınırın altında bir ücreti kabul eden avukatın daha sonra, işi alırken göz ardı ettiği yasa hükmüne dayanarak (sözleşmedeki kabulünden) fazla ücret talebinin MK m. 2’ de düzenlenen objektif iyi niyet kurallarına ve hakkaniyete aykırı olacağı düşünülmelidir¹³.

-Bir taraftan bilerek hukuka aykırı iş ya da işlem yapan avukatın sonra da, bunun hukuka aykırı olduğunu ileri sürmesi, evrensel bir hukuk kuralı olan, “kimse kendi kusurundan yararlanamaz.” hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

-Öte yandan, Avk. K. 163/II madde hükmüne göre “ ifa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez”. Bu durumda, bir avukatın önce akdettiği ve sözleşme gereğini ifa ettiği bir sözleşmenin akabinde, tarafların yazılı iradelerinin aksine, konuyu yargıya taşımamasının, mezkur hükme de aykırılık teşkil edeceğini düşünüyoruz.

Avukatla iş sahibi arasında kararlaştırılan ücretin; AV.K. m. 164/4’ün “Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılamaz” hükmüne aykırı olduğu sözleşmelerde, ücretin kanunun öngördüğü şekilde hesaplanması gerekir diyen görüş taraftarları; ücrete ilişkin hükmün “*kamu düzenine ilişkin*” olduğunu belirterek, “ *Asgari tarife altında ücret belirlemeyi yasaklayan kuralların amacının avukatlar arasında haksız rekabeti engellemek ve bu suretle mesleğin saygınlığını korumak olduğunu*” belirtmektedir. Asgari Ücret Tarifesi altında ücret sözleşmesi geçersiz sayılarak asgari tarifeye göre ücret belirlendiğinde; korunmak istenen de-

¹⁰ Yarg., 13.H.D., T. 13.03.2006, 2005/10612 E. ve 2006/3518 K sayılı ilamı. ÖZKAN SENGURTEKİN, Meral, Avukatlık Hukuku, Barış Yayınları, İzmir-2006, s. 162; GÜNGERGÖK, s. 75; YALÇINDURAN, Türker, Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara- 2004, s.159.

¹¹ HGK 11.10.2006 T., E. 2006/13-610 ve K. 2006/639 tarihli kararında belirtildiği üzere “Meslekleri gereği, avukatlar yürürlükteki mevzuatı en üst düzeyde bilmekle yükümlüdür” denilmiştir.

¹² GÜNGERGÖK, s. 127; YALÇINDURAN, Türker, Vekalet Sözleşmesinde Ücret, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara- 2007, s. 159.

¹³ YALÇINDURAN, s. 160.

ğerlerin (avukatlar arasında haksız rekabetin engellenmesi, mesleğin saygınlığının korunması gibi) korunduğunu söylemek esasında kendi hatasından avukatın yararlanmasını anlamına gelecektir ki, bu durumda evrensel bir hukuk kuralına aykırı davranılmış olacaktır.

Sözleşmenin geçersiz sayılarak yasaya göre Avukatlık Asgari Ücret tarifesine göre ücret belirlenmesi (sözleşmede belirlenen ücretten fazla) mesleğin saygınlığını korumayacaktır. Bu halde sözleşmenin diğer tarafının, avukatın şahsında mesleğe duyacağı güvensizlikle (eğer alınması gereken ücrete kavuşturulmak saygınlığı korumak ise) amacın aksine “Avukatlık mesleğinin saygınlığı” zarar görecektir sadece avukat korunmuş olacaktır. Bu anlamda, meslek kurallarına aykırı davranan bir davranıştan, bu kuralı ihlal eden avukatın istifade etmesi mümkün değildir ¹⁴.

cb-Hak ve nesafet kuralları gereğince, AAÜT altında ücret alınabilir.

Uygulamada, tarafların azil ya da istifada, dava ya da takip bitmeden “avukatlık sözleşmesi”ni nihayet erdirdikleri durumlarda, hak ve nesafet ilkeleri gereğince, avukatlar olayın somut niteliğine göre, AAÜT’ nin altında ücret alabilir. Yargıtay bu hususun, tarafların iradesi ile olabildiği gibi, uyuşmazlık durumunda mahkemece de tespit edilebileceği¹⁵ görüşüyle uygulamanın yönünü belirlemiştir. Bu görüşe göre; Avk. K. m. 164/5’te karşı taraftan alınacak vekalet ücreti avukata ait sayıldığı halde bu miktarın 657 sayılı Yasa ile sınırlı ödeneceğinin hüküm altına alındığı sözleşme nedeniyle açılan davada Yargıtay hak ve nesafeti hep dikkate almıştır.

Avukatla iş sahibi arasında kararlaştırılan ücretin; AV.K. m. 164/4’ün “Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılmaz” hükmüne aykırı olduğu sözleşmelerde, ücretin kanunun öngördüğü şekilde hesaplanması gerektiğini savunan görüş taraftarları; ücrete ilişkin hükmün “kamu düzenine ilişkin” olduğunu belirterek, “Asgari tarife altında ücret belirlemeyi yasaklayan kuralların amacının avukatlar arasında haksız rekabeti engellemek ve bu suretle mesleğin saygınlığını korumak olduğunu” belirtmektedir. Asgari Ücret Tarifesi altında ücret sözleşmesinin geçersiz sayılarak asgari tarifeye göre ücret belirlendiğinde; korunmak istenen değerlerin (avukatlar arasında haksız rekabetin engellenmesi, mesleğin saygınlığının korunması gibi) korunduğunu söylemek mümkün değildir. Zira;

-Sözleşme geçersiz sayılarak yasa gereği Avukatlık Asgari Ücret tarifesine göre ücret belirlenmesi (sözleşmede belirlenen ücretten fazla) mesleğin saygınlığını korumayacaktır. Bu halde sözleşmenin diğer tarafının, avukatın şahsında mesleğe duyacağı güvensizlikle (eğer alınması gereken ücrete kavuşturulmak saygınlığı korumak ise) amacın aksine “Avukatlık mesleğinin saygınlığı” zarar görecektir sadece avukat korunmuş olacaktır.

-Vekalet ücretinin AAÜT’ nin altında olmayacağına dair yasa hükmünü bileerek, sözleşme kurulurken (uyuşmazlık halinde sözleşmede kabul ettiğinden fazla ücret alabileceğini bilerek) yasal sınırın altında ücreti kabul eden avukat, bu davranışı ile (kanuna aykırı ücreti kabul etmeyen diğer meslektaşlarına karşı) haksız

¹⁴ Vekalet ücretinin AAÜT’ nin altında olmayacağına dair yasa hükmünü bilerek, sözleşme kurulurken (uyuşmazlık halinde sözleşmede kabul ettiğinden fazla ücret alabileceğini bilerek) yasal sınırın altında ücreti kabul eden avukat, bu davranışı ile (kanuna aykırı ücreti kabul etmeyen diğer meslektaşlarına karşı) haksız rekabet yapmış olacaktır. Konun bu yönüyle de değerlendirilmesi gerekir.

¹⁵ Yarg., 13.H.D., T. 13.03.2006, 2005/10612 E. ve 2006/3518 K sayılı ilamı.

rekabette bulunmuş olacaktır.

-AAÜT altında ücret öngören sözleşmelerde, sözleşme hükmüne göre ücret belirlenmesi gerektiği görüşünde olanların ifade ettiği “Avukatın bu tür bir ücret sözleşmesini kuramayacağını bilmesi gerekir. Daha sonra ücretin asgari ücret tarifesine çıkarılmasını istemesinin mesleğe duyulan güveni sarsabileceği” görüşüne katılıyorum. Konu ile ilgili olarak yargı kararları da bu yöndedir ¹⁶.

d- Avukatlık ücretinin hususiyetleri

Tıpkı avukatlık sözleşmesi gibi, avukatlık ücretinin de, diğer genel sözleşmelere ilişkin, ücretlerden farklı yönleri bulunmaktadır. Bunların başlıcalarını şu şekilde tespit etmek mümkündür:

da-Avukatlık ücreti, yazılı sözleşme ile belirlenir. Yazılı ücret sözleşmesi yok ise, genel hükümlere tabi olarak, 5043 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki uyuşmazlıklara, Avk. K. 164/4 hükümleri doğrultusunda, AAÜT uygulanır.

db-5043 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, taraflar arasında sözleşme var ise, söz konusu sözleşme hükümleri tatbik edilir. Sözleşme yok ise, işin alındığı tarihte yürürlükte bulunan AAÜT hükümleri tatbik edilecektir.

dc-Ücret sözleşmesinin hem tabanı hem de tavanı bulunmaktadır.

dd-Sözleşmede ücret ile ilgili düzenleme yok veya geçersiz ise uyuşmazlık anında yürürlükte bulunan AAÜT hükümleri uygulanacaktır.

de-Sözleşmede ücret tavanının aşılması durumunda, tavan miktarı geçerli olacaktır.

df-Konusu para olanlar dışındaki ücret sözleşmeleri geçerli değildir.

dg-Dava sonundaki, kararla tarife dayandırarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir.

dı-Sözleşmede ücret tavanının aşılması durumunda, tavan miktarı geçerli olacaktır.

di-İfa edilmiş bir avukatlık ücretinin geçersizliği ileri sürülemez.

3- Kural Olarak, Tarafların İradelerinin Belirleyici Olması

Kanunda belirtilen bazı istisnai durumlar haricinde, avukat ile müvekkil arasındaki sözleşmenin kurulması için, hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesi bakımından sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterli sayılmaktadır.

Avukatlık sözleşmesi, belli bir hukuki yardım talebinde bulunan iş sahibinin bu talebinin avukat tarafından açıkça yahut zımnen kabul edilmesi ile kurulduğuna ve bu andan itibaren hüküm ve sonuç doğurduğuna göre bu sözleşme rızai bir sözleşmedir¹⁷.

a- Tarafların iradesinin mutlak oluşu

Avukatlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Avukatlık sözleşmesi, hukukumuzdaki diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kurulacaktır. Ancak, Avukatlık Kanununda sözleşme özgürlüğü konusu düzenlenmemiş, bu konuda, BK'daki düzenlenmeden yararlanmak gerek-

¹⁶ HGK 2006/13-610 E.2006/639 K. Sayı ve 11.10.2006 tarihli kararında belirtildiği üzere “Meslekleri gereği, avukatlar yürürlükteki mevzuatı en üst düzeyde bilmekle yükümlüdür” denilmiştir. Zira, yürürlükteki mevzuatı bilmesi “mesleki yükümlülük” kabul edilen avukatların Avukatlık Kanunu’nu en iyi bilmesi gereken kişi olduğu tartışmasız kabul edilmelidir.

¹⁷ GÜNERGÖK, s.35.

miştir. Buna göre; sözleşme özgürlüğü, sözleşmelerin kurulmasında ve koşullarının belirlenmesinde kişilerin özgür iradeleriyle karar verebilmesi serbestisini ifade eder¹⁸. Buradan tarafların iradesinin aynı yönde olması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Bu sözleşme ile avukat, avukatlık hizmeti sunmayı ve bunun yanında diğer özel şartlara uymayı kabul etmekte, iş sahibi de aynı doğrultuda bir irade açıklaması ile sözleşmeyi tevsik etmektedir. Taraflar arasında yapılacak bu sözleşmenin, önceki dönemde olduğu gibi, ille de yazılı olması gerekmez. Yazılı olması bir ispat sorununu aşmada yardımcı olacaktır. Tarafların iradesi ile ortaya çıkacak olan, “avukatlık sözleşmesi”nin rızai bir sözleşme olması nedeniyle, BK. M. 1 uyarınca diğer tüm rızai sözleşmelerde olduğu gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Avukat ile iş sahibi arasında sözleşme, yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir. Yine taraflar bir araya gelmeksizin önceden telefonla, faksla, internetle temasa geçmek yoluyla da sözleşme yapabilir. Günümüzde “avukatlık sözleşmesi”nin yapılması yazılı geçerlilik şekline dayanmadığından, yani işbu sözleşmenin serbestçe düzenlenebileceğinden, sözleşmenin sonuçlarını doğurduğu anı tespit etmek çok zordur. Bu nedenle, somut durumlara göre, sözleşmenin kurulduğunu tespit etmek gerekir. Ancak, ücrete dair taraflar arasında doğan uyuşmazlıklarda, HUMK m. 288’deki miktardan fazla olduğu takdirde tanıkla ispatlanamaz.¹⁹ Zira, Avk. K. M. 163/1, 3. Cümle de “yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispat edilir.” İfadesini kullanmaktadır. Bu durumda, her yıl belirlenen, parasal edimlerin tanık ile ispatlanabileceğine ilişkin miktarın üstündeki miktarlardaki avukatlık ücretinin mutlaka yazılı olması gerekir.

b- Tarafların iradelerinin istisnaları

Avukatlık mesleğinin özelliklerinden dolayı, avukatın takip ettiği bütün işlerde, tarafların iradelerinin uyuşması beklenmeyecektir. Özellikle aşağıda belirtilen hallerde, kanundan kaynaklanan bir zorunluluk ile, avukatın ve diğer tarafın iradesi uyuşmasa da, avukat davayı takip etmek zorundadır.

-Av.K. m. 37/II’ de iki avukat tarafından reddedilen kişinin Baro başkanına başvurarak kendisine bir avukat tayinini istediği hallerde, baro başkanı tarafından tayin edilen avukat baro başkanının belirleyeceği ücret karşılığında işi takip etmek zorundadır.

- Av.K. m. 42’ de meslek içi dayanışma amaçlı olarak baro başkanı tarafından geçici görevlendirme yapılan hallerde de avukat işi takip etmek zorundadır.

-Av. K. m. 179/I’de adli müzaheretten yararlanma isteğiyle baroya başvuruda bulunan kişinin bu isteği kabul edildiğinde adli müzaheret bürosu tarafından görevlendirilen avukat işi takip etmek zorundadır. Ancak avukat, söz konusu işin Avukatlık asgari ücret tarifesi ’ndeki (AAÜT) ücretini baroya ödemesi halinde, yardım talebinde bulunan kişinin işini takip etmek zorunda değildir.

-HMK m. 79’da duruşma sırasında, hal ve davranışları nedeniyle uyarı alan ve dışarı çıkarılan kişiye hakim, kendisine avukat tayin etmeye zorladığında, kişi için avukat ile sözleşme yapma zorunluluğu doğar.

¹⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku, Turhan Yayınevi, Ankara-2006, s. 149.

¹⁹ Bkz. Ankara Barosu Hakem Kurulu’ nun T. 21.06.2004, E. 2004/62 ve K. 2004/105 sayılı kararı; Aynı yönde olmak üzere, KARATEKE, Songül, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara-2006, s. 25; AYDIN, Murat, Avukatlık Ücreti, Ankara-1999, s. 29.

-HMK m. 80'de görülmekte olan bir davada hakim, kendi davasını yürütme yeteneğinden yoksun olan kişiye, kendisine avukat tayin etmesini emrettiğinde, kişi için avukat ile sözleşme yapma zorunluluğu doğar.

-CMK m. 147/1-c ve 150/1 ve 2 hükümlerine göre;

- Yakalanan kişi veya sanık müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde, Baro tarafından kendisine bir müdafii tayin edilir.

- Yakalanan kişi veya sanık, 18 yaşını bitirmemiş veya sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa, talebi aranmaksızın kendisine müdafii tayin edilir²⁰.

4-Taraflarından Birinin (Vekilin) Tekel Hakkına Sahip Kimselerden Olması

Avukatlık sözleşmesinin bir tarafının baro levhasına kayıtlı avukat olması (yasal ayrık durumlar hariç) Avk. K. m. 35 ve m. 63'ün öngördüğü bir zorunluluktur. Avukatlık yapma yetkisini taşımadıkları halde muvazaalı yoldan alacak devralarak ve kanunların tanıdığı başka hakları kötüye kullanarak avukatlara ait yetkileri kullananlar için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve 1000 güne dek adli para cezası öngörülmüştür. (Avk. K. m. 63). Ancak, uygulamada tekel hakkının, sonradan çıkan yasalarla oldukça daraltıldığı görülmektedir.

5- Başarıya Bağlı İfasının Mümkün Olması

Getirilen diğer bir yeni düzenleme de, avukatlık sözleşmesinin şarta bağlı olabileceği konusundadır. Yasalarda, aksine bir düzenleme olan durumlar ayrık olmak üzere, şarta bağlı sözleşme yapılabilir. Bu nedenle, hukuka ve ahlaka aykırı şart ileri sürülmesi durumunda sözleşme yok hükmünde kabul edilmelidir. Kanunun belirlediği miktarın üzerindeki miktarlarda, en yüksek nisbi miktar geçerli olacaktır. Taraflar, sözleşme ile, yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesini avukatlık ücreti olarak kararlaştırabilir. Burada önemli olan husus, avukatın başarıya göre ücret belirlemesi veya yüzde oranı tespitine ilişkin özel bir kanun hükmünün olmamasıdır. Böyle bir kanuni yasak varsa (2942 sayılı Kanun m. 31, 32 ve 33'te olduğu gibi), bu yöndeki sözleşmeler geçersiz olacaktır.

II- SÖZLEŞMENİN SONA ERME HALLERİ

Avukatlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir iş görme akdidir. Bu nedenle, avukatlık sözleşmesini sona erdirmeye halleri de, yine taraflar arasında yapılmış sözleşme ile belirlenir. Ancak, taraflar arasındaki akdedilmiş sözleşmede, sözleşmenin sona erme halleri gösterilmemiş ise, sözleşme genel hükümlere göre sona erecektir. BK genel hükümlerine ve Av.K. 'da belirlenen umum kaidelere bakıldığında; aşağıdaki hallerde ise; sözleşmenin sona erdiği kabul edilmektedir.

a- Avukatın üzerine almış olduğu işi, sözleşmedeki usul ve esaslara göre, sona erdirmesi ve böylece sözleşmenin fiilen gerçekleşmesi,

b- Avukat ile müvekkilin anlaşarak, tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri davayı ya da ilgili işi sona erdirmeye konusundaki anlaşmaları,

c- Tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri bir dava ve takip için tarafların anlaşması ve anlaşma doğrultusunda işin tamamlanması veya somut olayın özelliğine

²⁰ KARATEKE, s. 18.

göre sona erdiğinin kabul edildiğinin anlaşılması²¹.

- d- Avukatın davadan veya vekalet sözleşmesinden istifası.
- e- Avukatın, müvekkil tarafından azli.
- f- Taraflardan birinin ölümü.
- g- Taraflardan birinin ehliyetini yitirmesi.
- h- İş sahibinin iflası.
- i- Avukatın meslekten geçici veya sürekli olarak yasaklanması.

²¹ Örneğin, tarafların işin bitirilmesi konusunda anlaşmışlar, avukat da konu ile ilgili ilk davayı ve ikinci davayı açmış ve kesin hüküm ile reddedilmiştir. Diğer davalar da, bu davanın sonucuna bağlı ise, işin bittiği kabul edilecektir.

III - SONUÇ

Avukatlık mesleği, kökeni binlerce yıl geriye dayanan soylu bir meslektir. Günümüzde de, önemi artan oranda devam etmektedir. Bu nedenle, taraflar arasında yapılan sözleşmelere, Avk. K. Hükümleri ile, diğer BK hükümlerinden farklı olarak, çok sıkı sınırlamalar getirilmiş ve buna karşılık da, avukatlık mesleğine “kamu düzeni” niteliği verilmiştir.

Avukatlık sözleşmesi, yasa ile detaylandırmıştır. Avukatlık sözleşmesi yapılırken, avukatlar, bu kanuni sınırlamalara ve sözleşmenin aşağıdaki unsurları içermesine dikkat etmelidir.

- Sözleşme, belli bir hukuki yardımı ihtiva etmelidir.
- Sözleşmenin belirli bir meblağ yahut değeri (ücreti) kapsamı gerekir ve bu ücretin, kanun ile belirlenmiş bir tavanı ve tabanı vardır.
- Sözleşmede, kural olarak, tarafların iradeleri belirleyicidir. Bazı konularda, kanun, tarafların ve özellikle avukatın iradesinin dışında da avukatın davaya vekil sıfatı ile bakmasını emretmektedir.
- Sözleşmede, taraflardan biri, avukat, kanunda belirtilen şekil ve şartlarda, tekel hakkına sahiptir.
- Sözleşmede, avukatın takip ettiği dava veya işte, söz konusu konuda özel bir kanuni yasak yok ise başarısına göre yüzdelik ücret alması mümkün hale getirilebilecektir.

ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL KARARLARININ SAKATLIĞI VE MÜEYYİDESİ

The Invalidity Of The Decisions Of The Shareholder Meeting Of Joint Stock Companies And Its Sanctions

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI*

ÖZET

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununda (TTK), anonim şirket genel kurul kararlarının butlanı ve iptali, eski 6762 sayılı Kanuna nazaran farklı şekilde ve mehz İsviçre Anonim Şirketler hukukuna uygun olarak düzenlendi. Bu bağlamda, İlk olarak, eski kanunda bulunmayan ancak öğreti ve uygulamada yer alan butlana yeni Kanunda yer verilmiştir.

Ayrıca, yeni Kanunun 445. maddesinde, “kanuna, esas sözleşmeye ve iyiniyet kurallarına aykırılığa ilişkin genel iptal sebeplerinin yanı sıra, bazı maddelerde özel iptal sebeplerine de yer verilmiştir. Bunlar Kanuna yeni alınmış olan, “tevdi eden temsilcisi” (*Depotvertreter*), “organın temsilcisi” (*Organvertreter*), “kurumsal temsil” (*institutionelle Stimmrechtsvertretung*) ve “kurumsal temsilciler” (*institutionelle Vertreter*) olup, bunların genel kurul toplantılarında bazı bildirim yükümünün yerine getirmemesiyle ilgilidir.

Anahtar kelimeler: Anonim şirket, genel kurul, butlan, iptal

ABSTRACT

The invalidity and annulment of the decisions of the shareholder meeting of the joint stock companies in the 6102 Turkish Commercial Code, have been amended in accordance with the Swiss law of joint stock companies. With regard to the previous Code of 6762, the context has been altered in the sense that the rule of “invalidity” which does not appear in the code itself but appears in its doctrine and practice is put in it.

Besides, in the new Code article 445, it is considered that the reasons of annulment of the decisions of shareholder meeting are the contradiction to the compulsory legal rules, the articles of association and good faith. There are also some particular annulment reasons such as not to fulfill the notification duty of “the representative of deposited” (*Depotvertreter*), “the representative of organs” (*Organvertreter*), “the corporate representation” (*institutionelle Stimmrechtsvertretung*) and “the corporate representatives”.

Keywords: Joint Stock Company, Shareholder Meeting, Invalidity, Annulment

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Anonim ortaklıklarda genel kurul (GK), pay sahiplerinin veya temsilcilerinin usulüne uygun çağrı üzerine belirli bir gündemi görüşmek ve karara bağlamak için bir araya gelmesinden oluşan, ortaklığın karar ve irade organıdır. Hukukî sonuç doğuran bir irade beyanı olması nedeniyle genel kurul kararı, bir hukukî işlem niteliğindedir. Genel kurul kararının bu niteliği genel olarak Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında egemen görüş olarak kabul edilmektedir. Ancak tartışmalı olan husus, genel kurul kararının tek taraflı veya çok taraflı işlem olup olmadığıdır. Tek taraflı hukukî işlem olduğunu iddia edenler, iradenin bir bütün olarak “anonim şirkete” ait olduğuna dayanırlar, çok taraflı hukukî işlem olduğunu savunanlar ise, iradenin meydana gelişini göz önüne almakta ve tüzel kişilerin iradesinin kanuna ve esas sözleşmeye uygun olarak toplanan genel kurulda hukuken geçerli oylama sonucunda oluştuğunu belirtirler²². Genel kurul kararının oluşumu açısından çok taraflı işlem niteliğinin daha ağır bastığı kanısındayım.

Genel kurul, oy hakkına sahip pay sahiplerinin veya temsilcilerinin iradelerini açıkladığı ve bilgi aldığı ve ortaklık işlerine ilişkin bazı hakların kullanıldığı bir kuruldur.

Bir karar organı olması nedeniyle de GK, anonim şirketin faaliyetine dolaylı ve dolaysız olarak hâkimdir²³. Ancak GK, eski öğretilde benimsenen artık aşılmış bulunan “hâkimiyet teorisine” göre (*Allmacht-Theorie, Omnipotenztheorie*), yürütme organına ait olan yetkileri kullanamaz ve onları üstlenemez²⁴. Bugün tam anlamıyla olmamakla birlikte “eşitlik teorisi” (*Paritätstheorie*) geçerlidir.

I. YENİ TİCARET KANUNUNA GÖRE SAKAT GENEL KURUL KARARLARI

Genel kurul kararlarının geçerlilik şartlarının *başında*, toplantı ve karar nisaplarına uyulmuş olması gelir. *İkinci olarak*, kararların kanuna esas sözleşmeye ve iyiniyet kurallarına aykırı olmaması gerekir. *Nihayet* alınan karar veya kararların ticaret siciline tescil ve ilan ettirilmesidir. Ticaret siciline tescil ettirilmeyen hiçbir genel kurul kararı geçerlilik kazanamaz.

Yeni Türk Ticaret Kanununda (TTK) genel kurul kararlarının sakatlığı, eski 6762 sayılı TTK’ya nazaran farklı düzenlenmiştir. İlk olarak, eski kanunda bulunmayan ancak öğretide ve uygulamada yer alan butlana yeni Kanunda yer verilmiştir. Hemen belirtelim, Yeni Kanundaki genel kurul kararlarının butlanına ilişkin sebepler, sadece borçlar hukukunda öngörülenler değil, aynı zamanda anonim şirketlere özgü olan sebepler de eklenmiştir.

TTK m. 445 hükmünde, GK “*kararının iptalinin*”, kararın alınmasından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içerisinde mahkemeden talep edilebileceği düzenlenmiştir

²² Bkz. **Pulaşlı**, Şirketler, 4. bası, s. 287 ve dn. 191’de yazılı literatür.

²³ **Arslanlı**, AŞ. II-III, s. 3. Yazar genel kurulu üst organ olarak kabul etmektedir.

²⁴ **Tanner**, Brigitte, Obligationenrecht 5. Teil, Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Die Generalversammlung, Zürich 2003, Art. 698, N. 34-35. **Böckli**, Peter, Schwizerisches Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, N. 1256. Yazar İsviçre hukukuna uygun olarak genel kurulu üst organ olarak görmektedir.

II. YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNDA GENEL KURUL KARARLARININ SAKATLIĞI

A.İPTALİ KABİL GENEL KURUL KARARLARI VE GENEL İPTAL SEBEPLERİ

İptale ilişkin teknik bir sorun, genel kurul kararlarının mahkeme kararıyla iptalinin yanı sıra, gerek mahkeme gerekse mahkeme dışında sulh yoluyla çözümünün mümkün olup olmadığıdır. İsviçre öğreti ve uygulamamasında, bir GK kararının iptali davasında, GK kararının kaldırılması, (iptal edilmesi) sulh yoluyla değil, salt mahkeme kararıyla mümkündür²⁵.

1. Genel İptal Sebepleri

Genel kurul kararlarının iptali davası yeni Kanunda, bir husus hariç, eski TTK'daki düzen aynen korunmuştur. **Yenilik**, TTK m. 446/1, b bendi hükmüdür. Buna göre;

“Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; **çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini** ve yukarıda aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri... iptal davası açabilir”.

Etki kuralının yeni Kanuna girmesinde Yargıtay'ın 11. Hukuk Dairesinin içtihatları etkili olmuştur²⁶. Anılan Dairenin 19.07.2007 tarihli kararında, “... Davacı **ortağın bilgi alma hakkının ihlali nedeniyle GK toplantısında yanlış bir kararın alınması**, diğer bir anlatımla **bilgi vermeme ile alınan kararlar arasında illiyet bağının bulunması halinde ancak alınan kararların iptali söz konusu olabilir**. Bu durumda, mahkemece... *salt bilgi edinme hakkının ihlalinin bahisle... GK kararının iptaline karar verilmiş olması doğru görülmediği* belirtilmiştir²⁷.”

Anılan madde hükmünde, “*çağrının usulüne göre yapılmadığı*”, “*gündemin gereği gibi ilan edilmediği*”, “*yetkisiz kişilerin genel kurula katıldıkları*” ve “*oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediği*” halleri sayılmaktadır. Acaba sayılan bu haller tahdidi mi, yani sınırlı sayı ilkesine göre mi belirlendiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Öğretide *Tekinalp*, yukarıda sayılan dört halin sınırlı sayısı (*numerus clausus*) ilkesine göre belirlendiğini ileri sürmektedir²⁸. Bu görüşe katılmak mümkün değildir, çünkü anılan maddede sayılan iptal sebepleri dışında TTK'nın başka hükümlerinde de GK kararlarının iptalinin davası edilmesi öngörülmektedir²⁹.

Örneğin TTK m. 431/1 ve 2 hükümleri uyarınca, GK kararının iptali talep edilebilir. Belirtmek gerekir ki, TTK m. 431/1 ve 2 hükümlerinde söz konusu hallerde açılacak iptal davasında, ancak hukuka aykırılığın ağır olması halinde genel kurul

²⁵ **BGE 80 I 385** (389). **Dubs/Truffer**, Basler Kommentar, 3. Auflage, Art. 706, N. 27.

²⁶ Örneğin 11. HD'nin 19.07.2007 tarihli ve 2006/2171 sayılı ve K. 2007/10775 sayılı kararında bir genel kurul kararının iptal edilebilmesi için, aykırılık ile dava konusu karar arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği belirtilmiştir (Bu karar için bkz. **Tekinalp**, Ü., Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığın Esasları, İstanbul 2012, § 15, N. 9.

²⁷ Bu kararın haklı eleştirisi için bkz. **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığı, § 15, N. 9.

²⁸ Tek Kişi Ortaklığı, § 15, N.7.

²⁹ Aynı şekilde **Dubs/Truffer**, Basler Kommentar, 3. Auflage, Art. 706, N. 17.

kararının iptal edilmesi gerektiği, buna karşın *iptal nedeninin genel kurul kararının alınmasında “etkili” olduğunun şirket tarafından ispat edilmesi halinde*, açılan iptal davasının mahkemece reddedilmesi gerektiği İsviçre öğretisinde oybirliği ile benimsenmektedir³⁰. Aynı şekilde, TTK m. 431/2 hükmüne göre, bir pay sahibinin talebine toplantı başkanının kurumsal temsilcilerin bildirimlerini rağmen açıklamaması halinde de, alınan genel kurul kararının iptali davasında da, şirketin, toplantıya katılan kurumsal temsilcilerin oylarının alınan karara ve yapılan yönetim kurulu seçiminde etkili olmadığını kanıtlaması halinde de, mahkemenin iptal davasını reddetmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, TTK m. 446/1 b bendinde sayılan dört halin sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığını söyleyebiliriz.

B. ÖZEL İPTAL SEBEPLERİ

Yeni Türk Ticaret Kanunda 445. madde hükmündeki, “*kanuna, esas sözleşmeye ve iyiniyet kurallarına aykırılığa ilişkin genel iptal sebeplerinin yanı sıra, bazı maddelerde özel iptal sebeplerine de yer verilmiştir. Bunlar şöyledir.*

1. Kurumsal Oy Temsilcilerinin Bildirim Yükümünü Yerine getirmemeleri

Yeni TTK’da pay sahiplerinin kendileri temsil ettirmeleri hususunda adi temsilin yanı sıra kurumsal oy temsilcilerine de (*Institutionelle Stimmrechtsvertreter*) (TTK m. 428, 429; İsv. BK m. 689c). Bunlar, organın temsilcisi, bağımsız temsilci, kurumsal temsilcisi ve tevdi eden temsilcisidir. Bu kurumsal temsilciler genel kurulda kendileri tarafından temsil olunacak payların sayılarını, çeşitlerini, itibarî değerlerini ve gruplarını şirkete bildirmek zorundadırlar. Bunlar **bu bildirim yükümünü yerine getirmedikleri takdirde, genel kurulda alınan kararlar, genel kurula yetkisiz katılmaya dair hükümler çerçevesinde iptal edilebilir** (TTK m. 431/1).

2. Bir Pay sahibinin Talebine Rağmen Toplantı Başkanının Kurumsal Temsilcilerin Bildirimlerini Açıklamaması

TTK m. 431/2 hükmü uyarınca, toplantı başkanı genel kurulda kurumsal temsilcilerin anılan maddenin 1. fıkrasındaki bildirimlerini açıklar. **Bir pay sahibinin istemine rağmen toplantı başkanı bu açıklamayı yapmamışsa, her pay sahibi şirkete karşı açacağı dava ile genel kurul kararlarının iptalini talep edebilir** (TTK m. 431/2).

Ancak belirtmek gerekir ki, İsviçre öğretisinde her iki halde de kurumsal temsilcilerinin oylarının *alınan karara ve yapılan seçime etkili olmadığına şirket tarafından kanıtlanması halinde, mahkemenin iptal davasını reddetmesi gerektiği görüşü benimsenmektedir*³¹. Dolayısıyla, bu iki halde, TTK m. 446/1 b (İsv. BK m.689e/2) hüküm uyarınca, “*etkili*” olma durumunun dikkate alınması gerekir.

3. Genel Kurula Murahhas Üyelerle En Az Bir yönetim Kurulu Üyesinin Katılmaması Olmaması (TTK m. 497/2, 437/2).

Pay sahiplerinin yönetime ilişkin sorularının cevaplandırılması için genel kurulda murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin hazır bulunması Ka-

³⁰ Bkz. **Schaad**, Hans-Peter, Basler kommentar, 2008, Art. 689e, N. 5. **Böckli**, P., Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage 2004, Basel Zürich Genf, § 12, N. 317, **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 25, N. 37, dn. 32.

³¹ Ayrıntılı açıklama için **Pulaşlı**, H., 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2011, § 29, N. 411. Aynı şekilde, **Pulaşlı**, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, § 22, N. 224 vd.

nunda öngörülmektedir (407/2). Aksi halde, **paysahipleri bu duruma itiraz edip bunu tutanağa geçirtmesi halinde, finansal tabloların onaylanması, bilanço kârının kullanılması, yönetim kurulunun ibrası ve seçimi gibi alınan tüm kararların kanuna aykırı olduğu nedeniyle iptali dava edilebilir** (m. 437/2)³². Bunun tek istisnası tek ortaklı anonim şirkettir.

4. Genel Kurulda Denetçinin Bulunmaması

1991 tarihli İsviçre BK m. 729c/2 hükmüne göre, denetçi raporu olmadan alınan genel kurul kararının hüküm olacağı ve genel kurulda bir denetçinin hazır bulunmaması halinde ise, genel kurul kararının iptalinin dava edilebileceği öngörülmektedir. Ancak, 1992 tarihinde yapılan revizyonda, İsv. BK'nun 729c maddesi, "bildirim yükümü" (*Anzeigepflicht*) kenar başlığı altında, anonim şirketin açıkça borca batık olması ve yönetim kurulunun bunu mahkemeye bildirmeyi ihmal etmişse, denetim kurulunun durumu mahkemeye bildirmekle yükümlü olduğu şeklinde değiştirildi. Burada ilginç olan şey 1996 tarihli *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*'in "*Schweizerisches Aktienrecht*" adlı eserinde ve 2002 tarihli "*Basler Kommentar*" adlı şerhte, 1991 tarihli 729c maddesi "genel kurulun karar alma şartları" (*Voraussetzungen für die Beschlussfassung der Generalversammlung*) kenar başlığı altında aynen yer almakta ve geçersiz ve iptali kabil genel kurul kararlarına ilişkin açıklamalar da ilga edilmiş bu maddeye dayanılarak yapılmaktadır. Biz de, 6102 sayılı TTK'na ilişkin hem "*Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara Kasım 2011*" hem de "*Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara Ocak 2012*" iki yeni eserimizdeki açıklamaları, anılan bu iki esere dayanarak yapmıştık³³. Ancak, yaptığımız son incelemede İsv. BK m. 729c hükmünün, 1992 tarihinde değiştirildiği ve anonim şirketin borca batık olması ve bunun sonuçlarına ilişkin olduğunu tespit ettik. Buna rağmen özellikle vurgulamak isterim ki, 729c maddesinin 1991 tarihli versiyonunda öngörülen iptal sebeplerinin bugün de geçerlidir.

Yeni TTK'daki duruma gelince: **407 madde hükmünde, denetçilerin ve kendilerini ilgilendiren konularda işlem denetçilerinin genel kurulda hazır bulunacağı öngörülmektedir**. Bu durumda, birden çok ortağı olan anonim şirketlerde paysahiplerinin oybirliği ile denetçinin genel kurulda hazır bulunmasından vazgeçmemişlerse ve **paysahiplerinin denetime ilişkin soruları da denetçinin bulunmaması nedeniyle yanıtsız kalmışsa, bu durum tutanağa geçirtilerek, yılsonu finansal tabloların onaylanması ve bilanço kârının kullanılmasına ilişkin genel kararlarının iptali dava edilebilir**. Aynı şekilde TTK m. 413/3 hükmü uyarınca, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması ve yerine yenilerinin seçimi, finansal tabloların müzakeresiyle bağlantılı olduğundan, **YK üyelerinin seçiminin de iptali dava edilebilir**³⁴.

³² Ayrıntılı bilgi için **Pulaşlı, Şerh, § 29, N. 412 vd.**

³³ Hatta iki eserde de, İsv. BK m. 729c hükmünün yeni TTK'ya alınmadığı belirtmiştir. Bir özeleştiri yaparsak, 729c maddesinin 1991 versiyonu, 1992 tarihinden itibaren ilga edildiği için zaten yeni TTK'ya alınamazdı. Aynı maddenin 1992 tarihli versiyonunda ise, borca batıklık durumunun mahkemeye bildiriminin yönetim kurulunca ihmal edilmesi halinde, denetim kurulunun (İsviçre hukukunda halen şirketin organıdır) bunun mahkemeye bildirilmesine ilişkin yüküm düzenlenmektedir. Bu konu TTK'nın 377. maddesinde İsv. BK m. 725 hükmünden esinlenilerek düzenlenmiştir. Dolayısıyla, İsv. BK. 729c. maddenin 1992 versiyonu bu sebepten TTK'ya alınmamıştır. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere 1991 tarihli ilga İsv. BK m. 729c hükmündeki hususlar halen bir iptal sebebidir.

³⁴ **Pulaşlı, Şerh, § 29, N. 415.**

C. YOKLUK VE BUTLAN

Ancak 6762 sayılı TTK ile ilgili olarak, “*iptal edilebilir*” GK kararlarının yanı sıra, meydana gelişlerinde kurucu unsurlardan birinin olmaması veya konuları bakımından emredici hükümlere aykırı olan GK kararlarının “*yok veya batıl*” oldukları gerek doktrinde³⁵ gerekse Yargıtay kararlarında³⁶ kabul edilmekteydi. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, yeni TTK’da, genel kurul kararlarının *butlanını* da düzenlemiştir. Hemen belirtelim ki, butlanla malûl genel kurul kararlarına ilişkin haller yeni TTK’da açıklanmakla beraber, “**yokluk**” müeyyidesinin **hangi hallerde ve neye göre söz konusu olacağına dair hiçbir hüküm yer almamaktadır**. Bu durumda “yokluk” müeyyidesiyle ilgili olarak, genel hükümlere ve bu konudaki doktrin ve uygulamalardaki görüşlere müracaat edilmesi gerekir.

1. Yokluk Kavramı ve Halleri

Bir genel kurul kararının yokluğu (*Nicht- oder Scheinbeschlüsse*), başlangıçtan itibaren bir genel kurul kararının mevcut olmadığını ifade eder. Bir **işlemin ve bu arada genel kurul kararının kurucu unsurlarının mevcut olmaması halinde, hukukî işlemin veya genel kurul kararının yokluğu, eski deyimle “keenlem-yekûn” veya mutlak butlan ile malûl olduğundan bahsedilmektedir**. Örneğin bir genel kurul kararının alınabilmesi için, mutlaka usulüne uygun davet ve buna uygun toplantı yapılması şarttır, toplantı yapılmadan “*elden dolaştırma usulü*” veya “*mektup*” ile GK kararı alınmışsa, bu GK kararı *kurucu ve şekli noksanlıklar nedeniyle* hukukî anlamda hiç bir etki ve sonuç doğurmaz ve dolayısıyla “*yok*” sayılır³⁷. Aynı şekilde, GK toplantısında Bakanlık temsilcisinin bulunmamış (TTK m. 407/3) veya toplantı tutanaklarını imzalamamış olması halinde (TTK m. 422/1)³⁸, anonim şirketin TTK m. 379 hükmü uyarınca sahip olduğu kendi paylara bağlı oylarla alınmışsa³⁹ GK kararı yok hükmündedir. Yine Genel kurulun **yasaya veya esas sözleşmeye göre yetkili olmayanlar tarafından çağrılıp karar alınmasında da, yokluk söz konusu olur**.⁴⁰ Nihayet yasada öngörülen asgari toplantı ve karar yeter sayılarına aykırı olan genel kurul kararları da yoklukla malûldür⁴¹. Ayrıca, 11. HD. 09.10.2001 tarih ve 5691/7567 sayılı yayınlanmamış bir kararında, “**ana sözleşmedeki yeter sayılar oluşmadan toplanan bir genel kurulda alınan kararların yok hükmünde olduğunun kabulü gerektiğine ve bunun Dairenin yerleşik içtihadı**

³⁵ Ayrıntılı açıklamalar için **Pulaşlı**, Şerh, § 29, N. 354 vd. Ayrıca, **Arslanlı**, Anonim Şirketler, II-III, s. 20, **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 39 vd (53 vd.); Anonim Ortaklıkta Genel Kurulun Toplantıya Daveti Merasimine Aykırılığın Genel Kurul Kararına Etkisi ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, VIII, s.39 vd; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, 4.bası, s. 289 vd. **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu) 12. bası, N. 720 vd; **İmregün**. Anonim Ortaklıklar 4. bası İstanbul 1989, s. 158 vd;

³⁶ 11.HD.6.7.1978 E.78/3158-K.3661 (YKD C.V.Sa.5.s.1319) 11.HD.26.1.1981, E.4607/K.5042 (**Eriş**, Şirketler, 1.baskı, 1109); 11.HD.14.12.1982, E.4988/ K.5387 (YKD. C.IX. Sa.3, s.378 vd); 11.HD.28.5.1986, E.1508/K.3243 (YKD. C.XII, Sa.9, s.1343).

³⁷ **Arslanlı**, AŞ,II-III, s. 68; **Pulaşlı**, Şirketler, 4. bası, s. 334, 350. **Tekil**, F., Anonim Şirketler Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998, s. 306.

³⁸ Yasada, bu haldeki GK kararının “geçersiz” olacağını belirtilmektedir. Ancak hukukî sonuç açısından, yokluk ile geçersizlik arasında hiçbir fark yoktur.

³⁹ **Tekil**, AŞ, 307-308; **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), 12.bası, N. 721

⁴⁰ **Raiser**, Thomas, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. neubearbeitete Auflage, München 2001, s.267, N. 119; BGHZ 11, 231 (236); OLG Frankfurt GmbHR 1997, 171. **Pulaşlı**, Şirketler, 4. bası, s. 350.

⁴¹ 11.HD.29.4. 1993 E. 1992/5419/K.1993/5826 (YKD Ocak 1994, s.74-75);

Tekil, AŞ, s. 308. **Pulaşlı**, Şirketler, 4. bası, s. 334, 350.

olduğuna karar vermiştir⁴².

Yokluğun tespiti davası. Bu durumlarda, iptal davası değil, GK kararının **yok olduğunun tespiti anlamında bir “tespit davası”** açılır ve bu dava herhangi bir zaman aşımı veya hak düşürücü süreye tâbi olmadığı gibi, herkes tarafından ileri sürülebilir ve yargıç tarafından da re’sen dikkate alınır. Ayrıca AO yönetim kurulu “yok” sayılan GK kararlarını icra edemeyeceği gibi, bunların ticaret siciline tescil ve ilânı da olanaklı değildir⁴³. Her nasılsa sicile tescil ve ilân edilse dahi, tescil *yok hükmündeki* kararı ihya etmez, diğer bir deyişle, tescil, yok sayılan GK kararına geçerlik kazandırmaz⁴⁴.

Yoklukla malûl GK kararları, hukuk güvenliği bakımından ihtiyatla karşılanmaktadır. Eski doktrinde *Hirş*, **anonim şirket GK kararlarının hukuk güvenliği açısından her hal-ü kârda iptal edilebilirlik müeyyidesine tâbi tutulmasının doğru olacağını**, çünkü 818 sayılı Borçlar Kanunundaki genel nitelikteki hükmün 6762 sayılı TTK m.381 inci maddesindeki özel hüküm ile tadile uğradığını ve butlan ve yokluk hallerinin de **ancak özel bir itiraz ve iptal davası hakkı vereceğini savunmaktaydı**⁴⁵. Yazar örnek olarak da, batıl evlenmeleri gösterir ve Türk Ticaret Kanunu, batıl evlenmelerde olduğu gibi, hukukî emniyet (güvenlik) ve selamet namına her kararın, hâkimin kararıyla ortadan kaldırılınca kadar, geçerliliğini muhafaza edeceği prensibini benimsemiş olabileceğini ve uzun süre bir GK kararının geçerliliği hususunda şüpheyi düşülecek olursa, bu halin hukuk güvenliği ve selameti için ciddi tehlike olacağı nedeniyle iptal müeyyidesinin uygulanmasının yerinde olacağını ileri sürmekte idi.

Bu düşünceye katılmak mümkün değildir, **çünkü yok hükmündeki GK kararlarına, mahkeme kararıyla iptal edilinceye kadar geçerlilik bahşetmek, emredici hukuk kurallarına uyulması ve hakkın ancak hukuk kurallarına uygun olarak kazanılmasının mümkün olacağı ilkeleriyle bağdaşmayacağı** gibi, hukuka aykırı davranılmasına da özel bir prim vererek kişileri, kanunsuz da olsa yapalım, nasılsa iptal davası açılınca kadar geçerli olacaktır düşüncesine teşvik edeceği açıktır. Bu halin de hukuk güvenliği değil, hukukî güvensizlik yaratacağı kuşkusuzdur.

Yargıtay içtihatlarında durum. Özellikle kavram birliği sağlamak amacıyla belirtmek gerekir ki, eski doktrin ve uygulamada genel olarak *“batıl”*, *“hükümsüz”* olarak anılan ve yeni TTK 447 maddenin üst başlığında *“butlan”* olarak ifade edilen genel kurul kararlarının, maddenin sonunda bu terime uygun olarak *“batıl”* olduğu belirtilmektedir. Ancak *“butlan”* ve *“yokluk”* ile malûl kararlar, sonuçta hukuken aynı anlamı, yani hükümsüzlüğü, geçersizliği ifade eder. Yukarıda da açıklandığı üzere, Yargıtay kararlarında da GK kararlarının *yok* veya *hükümsüz* olduğu görüşü kabul edilmektedir⁴⁶. Ancak, **Yargıtay bir kararında⁴⁷ hatalı olarak, davacının,**

⁴² **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), 9. bası, N. 721’den naklen. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, Yüksek Mahkemenin bu görüşüne katılmak mümkün değildir, çünkü bu gibi genel kurul toplantısındaki nisaplar, yasada öngörülen yetersayılara uygun olmakla birlikte, esas sözleşmedeki yetersayılara uygun değilse, (burada esas sözleşme ile ağırlaştırılmış nisaplar söz konusudur), bu kararların esas sözleşmeye aykırılık nedeniyle yokluğu değil, iptali dava edilmesi gerektiği kanısındayım

⁴³ **Pulaşlı**, Şerh, § 29, N. 356. aynı şekilde, **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), 12. bası, N.720.

⁴⁴ **Pulaşlı**, Şerh, § 29, N. 356. Şirketler, 4. bası, s. 350.

⁴⁵ Ticaret Hukuku, s. 298. N. 313.

⁴⁶ Bkz. 11.HD. 24.9.1994 E.5419/K.5826 (YKD, Ocak 1994, s. 74-75).

⁴⁷ 11.HD. 24.9.1994 E.5419/K.5826 (YKD, Ocak 1994, s. 74-75).

hükümsüzlüğün tespiti yerine, iptal isteminde bulunması halinde, mahkemenin isteme uygun olarak GK kararının iptaline karar vermesi gerektiği görülmüştür. Hatalıdır, çünkü iptali kabil kararlar, mahkemece iptal kararı verilinceye kadar geçersiz olmadıkları için, sağlıklı bir GK kararının hukukî sonuçlarını doğurur ve iptal davası açılrsa bile bu GK kararının uygulanmasına –mahkemece bir tedbir verilmediği sürece– devam edilir. Buna karşın *yok* veya *hükümsüz* sayılan bir GK kararı, başlangıçtan itibaren hiç bir hukukî etki ve sonuç doğurmadığı için, hükümsüz (batıl) olduğunun tespiti kararına kadar da geçerliliğinden bahsedilemez. Bu hüküm farklılığı nedeniyle, **hükümsüz GK kararının iptaline karar verilmesi hukukî açıdan mümkün değildir.** Ayrıca en önemlisi, batıl işlem ve kararları yargıcın re'sen dikkate alması gerekirken, iptali kabil kararlarda, bunun ilgililerce mahkemede dava açılarak ileri sürülmesi gerekir. *Yargıcın, GK kararının batıl olduğunu, davacının açmış olduğu iptal davasındaki şartlardan öğrendiği andan itibaren, artık bu kararın batıl veya yok olduğunu re'sen dikkate alarak buna uygun karar vermesi gerekir.* Kaldı ki yargıç, davacının davayı tavsifiyle de bağlı değildir.

2. Butlan Kavramı ve Halleri

Kavram ve Genel Geçersizlik Sebepleri. Anonim şirket genel kurul kararları da bir hukukî işlem olması nedeniyle, genel olarak Borçlar Kanunu'ndaki sözleşme serbestisi sınırlarına tabidir. Borçlar Yasasına göre butlan, bir hukukî işlemin, hukuk düzeni tarafından öngörülen geçerlilik şartlarını içermemesi nedeniyle başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmamasıdır⁴⁸. Geçersiz bir sözleşme veya karar, kurucu unsurları içermekle birlikte, geçerlilik unsurlarından kamu düzenini ilgilendirecek derecede önemli olanları içermemektedir⁴⁹. Geçersizlik halleri bir genel kural olan 6098 sayılı TBK m. 27 (818 sayılı BK'nun 19-20) maddelerinde düzenlenmiştir. *Bir GK kararı şekil ve usul bakımından geçerli olmakla beraber, konusu itibarıyla BK m. 19 ve 20 hükümlerine aykırı ise, geçersizdir, yani hukuken hiç bir hüküm ifade etmez.* Buna göre bir genel kurul kararı konusu bakımından, *kamu düzenine, emredici hükümlere, ahlâk ve adaba, kişilik haklarına aykırı veya konusu bakımından imkânsız ise, geçersizdir. Diğer bir ifade ile, bu durumda GK kararı mevcut olmakla beraber, ölü doğmuştur.* Belirtmek gerekir ki, yok sayılan karar veya geçersiz (batıl) bir karar arasında hukukî sonuç bakımından hiç bir fark yoktur; hukukî açıdan her ikisinin de baştan itibaren hiç bir etkisi ve hükmü yoktur. Fark sadece teoriktir⁵⁰; **yoklukla malûl GK kararı “kurucu unsurları içermemesi” nedeniyle mevcut değildir; geçersiz GK kararı ise, mevcut olmakla birlikte “geçerlilik unsurlarını içermemesinden” dolayı ölü doğmuştur.** Bu durumda, yok hükmündeki GK kararlarında olduğu gibi, geçersiz bir GK kararına karşı da, TTK m. 445'deki 3 aylık hak düşürücü süreye tâbi olmaksızın her zaman *geçersizliğin tespiti davası açılabilir.* Yargıç, GK kararının geçersiz olduğunu re'sen dikkate alır. Bu itibarla, teknik olarak geçersizliğin ileri sürülmesi bir def'i değil, itirazdır.

3. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Butlan Halleri

Yeni TTK'da butlan halleri m. 447 hükmünde özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre genel kurulun:

⁴⁸ Bu konuda bkz. **Başpınar**, Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, (tez), Ankara 1998, s. 23 vd.

⁴⁹ **Başpınar**, Butlan, s. 23.

⁵⁰ **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), 12. bası, N.720; **Pulaşlı**, Şirketler, 4. bası, s. 351.

a) Payscalelinin genel kurula katılma, asgarî oy, dava ve kanunen vazgeçilemez nitelikte haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran,

b) Payscalelinin bilgi alma, inceleme ve denetim haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran ve

c) Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan

kararları batıldır.

Yasadaki butlan hallerinden birincisi, paysahiplerinin mutlak olarak “vazgeçilemez” ve “alınamaz” nitelikteki paysahipliği haklarına ilişkin bulunmaktadır. Özellikle bu haklar, ortaklığa ilişkin yönetim haklarının asgari standardı olarak nitelenebilir.⁵¹ Ancak hukuk güvenliği açısından, geçersizlik hallerinin uygulanmasında çok titiz ve dikkatli davranılması gerekir.⁵² Bu itibarla, genel olarak kanuna aykırı genel kurul kararlarının geçersizlik değil, sadece iptal edilebilirlik müeyyidesine tâbi olduğunun kabul edilmesi yerinde olur.⁵³

Butlan halleri kanunda, “özellikle” denilmek suretiyle sayıldığından, bunların temel sebepler olduğu ve sınırlı sayı (*numerus clausus*) niteliği taşımadığı anlaşılmaktadır. Ancak, *Gereke*’de de, bütün emredici hükümlere aykırılığın butlan sonucu doğurmadığı ve m. 447’de sayılanların dışında genel kurul kararlarının tespitinde ise butlanın ikincilliği (*Subsidiarität*) ilkesinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁵⁴. Bu ilkenin özel sebepler dolayısıyla iptal etmenin yeterli ve tatmin edici bir yaptırım oluşturmadığı hallerde hukukun genel hüküm ve ilkelerine göre butlana karar verilmesi anlamını taşıdığı ifade edilmektedir. *Bu bağlamda, paysahiplerinin vazgeçilmek nitelikteki haklarından olan genel kurula katılma, konuşma, öneride bulunma, asgari oy, dava hakkı ve kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını kaldıran veya sınırlandıran esas sözleşme hükümleri veya genel kurul kararları butlanla maluldür*, yani hükümsüzdür. Çünkü böyle esas sözleşme hükümleri sadece mevcut paysahiplerinin değil, gelecekte paysahibi olabilecek “potensiyel paysahiplerinin” de menfaatlerini ihlal edecek niteliktedir⁵⁵.

Nitekim *Yargıtay da bir kararında*, bir paysahibinin genel kurul toplantılarına davet edilmediği ve katılmadığı halde yerine kararlara sahte imzalar atılmak suretiyle katılmış gibi gösterilmesi halinde de, eski TTK. 536/f-4 yollaması ile TTK. 381 ve BK. 19, 20 maddeleri uyarınca tüm kararların yoklukla malul bulunduğunu haklı olarak kabul etmektedir⁵⁶.

Ancak, m. 447’de özel olarak sayılmış bulunan üç halin dışındaki emredici hükümlere aykırı olan her genel kurul kararının mutlak surette butlanla malul olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu hususta dikkat edilmesi gereken şey, emredici hükme aykırı olan genel kararının niteliğinin tespit edilmesi ve ona

⁵¹ Botschaft, s. 79, N. 310. 3

⁵² Botschaft, s. 140, N. 321; Böckli, Aktienrecht, 2. Aufl. s. 1012, N. 1922; Schnyder (Christen-Westenberg (von Büren/Stoffel), s. 199, N. 960. Pulaşlı, Şerh, § 29, N. 364.

⁵³ Schnyder (Christen-Westenberg (von Büren/Stoffel), s. 199, N. 960. Pulaşlı, Şerh, § 29, N. 364.

⁵⁴ Madde 447, s. 215.

⁵⁵ Aynı yönde, Karasu, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 63.

⁵⁶ 11.HD. 27.10.2000, E.2000/8467/K.2000/8250 (Kazancı İçtihat Bankası).

uygun yaptırımın uygulanmasıdır. Örneğin, TTK m. 410. hükmünde, genel kurul toplantıya çağırılması, toplantıya katılma ve gündemin ilanına ilişkin hükümler, emredici olarak düzenlenmesine rağmen, bunların ihlali halinde, butlan değil, iptal edilebilirlik hükmünün uygulanması gerekir (m. 445/1. b). Buna karşın, pay sahibinin genel kurulda temsil edilmesine ilişkin hakkının TTK m. 425/1 hükmü kapsamını aşacak şekilde esas sözleşme veya genel kurul kararı ile sınırlandırılması halinde, bu karar iptali kabil bir karar değil, batıldır, geçersizdir⁵⁷.

Anonim şirketin temel yapısına aykırı olan genel kurul kararları da aynı şekilde batıldır. Örneğin, kanunda öngörülen istisnalar dışında (örneğin m. 480/1 gibi) pay sahiplerine ek yükümler yükleyen genel kurul kararları ile m. 329 hükmüne aykırı olarak pay sahiplerine şirkete karşı sınırsız sorumluluk yükleyen kararlar da, anonim şirketin temel yapısına aykırı olduğu için batıldır⁵⁸.

Aynı şekilde, sermayenin korunması hakkındaki emredici hükümlere aykırı genel kurul kararları da batıldır. Örneğin, TTK m. 379 vd. hükümlerine aykırı olarak şirketin kendi hisselerini iktisap edeceğine veya rehin alacağına ilişkin genel kurul kararı veya esas sözleşme hükmü batıldır. Yine m. 332'de öngörülen asgari sermaye miktarına ilişkin hükme aykırı genel kurul kararı ve esas sözleşme düzenlemesi; itibarı değer in altında hisse çıkarılacağına ilişkin genel kurul kararı ve esas sözleşme hükmü; m. 358'deki pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağına aykırı genel kurul kararı ve esas sözleşme düzenlemesi batıldır.

Öte yandan, batıl olan genel kurul kararı ile esas sözleşme hükmünün hiçbir süreye bağlı olmaksızın yıllar sonra ileri sürülebilir. Ancak bu durum hukuk güvenliğiyle de bağdaşmaz. Çünkü söz konusu hükmün veya kararın batıl olduğunun mahkemece tespitine karar verilmesi halinde geçersizlik, kararın verildiği andan itibaren değil, baştan itibaren söz konusu olmakta ve esas sözleşme hükmüne veya genel kurul kararına dayanılarak yapılan tüm işlemleri geriye etkili olarak ortadan kaldırmaktadır. Böyle bir durum doğal olarak, anonim şirketler hukukundaki kesinlik, güvenlik ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi, iyi niyetli üçüncü kişilerin bu hükmeye dayanarak hak iktisaplarına hanel vereceği için kabul edilmemektedir.

Öte yandan, karakteri itibarıyla butlanla malül genel kurul kararları, iptal edilebilir kararların aksine, hiçbir hüküm ifade etmezler ve belirli bir zamanın geçmesiyle de geçerlilik kazanamazlar. Ticaret siciline tescil edilseler bile, kural olarak ihya edilmek suretiyle hukukî bir etkinliğe kavuşamazlar.⁵⁹ Alman Hukuku'nda ise, genel kurul kararının⁶⁰ sicile tescilinden itibaren üç yıl geçmekle, artık geçersizliği ileri sürülememektedir (AktG § 242/2). Türk-İsviçre hukuklarında genel olarak, geçersizlik belirli bir süre ile sınırlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilmektedir. Ancak İsviçre uygulamasında iyiniyetli üçüncü kişileri korumak amacıyla, istisnai olarak geçersizliğin ileri sürülemeyeceği görüşü kabul edilmekte-

⁵⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 94.

⁵⁸ Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 16, N. 168, Karasu, Emredici Hükümler, s. 67.

⁵⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 135. Böckli, Aktienrecht, 2. Aufl. s. 1012, N. 1921; Schnyder/Christen-Westenberg (von Büren/Stoffel), s. 201, N. 971.

⁶⁰ Genel kurul kararının AktG § 241, Nr.1, 3 veya 4 hükümlerine aykırı olması hallerine ilişkin bulunmaktadır.

dir.⁶¹ Nitekim Federal Mahkemenin bir kararına konu olan olayda, bir kooperatifin genel kurulunda nitelikli yasal nisap oluşmadan kişisel sorumluluğun kabul edilmesiyle ilgili olarak alınan kararının geçersizliğine karar verildi. Ancak, bu genel kurul kararı sicile tescil edilmiş ve kooperatifin iflâsına kadar da yıllar boyunca varlığını itirazsız devam ettirmişti. Federal Mahkeme, “*reddedilmesi mümkün olmayan pratik ihtiyaçlar*” nedeniyle, söz konusu kooperatifte kişisel sorumluluğun varlığına güvenen üçüncü kişilerin korunması gerektiğine hükmetmiştir⁶². Sonuç olarak, emredici hükümlere aykırılık halinde, aykırılığın somut olarak hangi emredici hükmü ihlal ettiğine bakılmalı ve duruma göre batıl veya iptal edilebilirlik müeyyidesi uygulanmalıdır⁶³.

⁶¹ **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, §25, N.136; **Schnyder/Christen-Westenberg (von Büren / Stoffel)**, s. 201, N. 971.

⁶² BGE 78 III 33 vd (45).

⁶³ Aynı yönde, **Karasu**, Emredici Hükümler, s. 61-62.

FEDERAL ALMANYA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN GG. 19. MD.Sİ İLE İLGİLİ KARARLARI

*The Decisions of the Federal Constitution Court of Germany
According to GG. Art. 19*

Çeviren ve Derleyen:
Prof. Dr. Servet Armağan*

TAKDİM

1- Aşağıda Temel Haklar ve Hürriyetler ile ilgili bir tercüme ve derlemeyi sunuyoruz. Çalışma, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (FAM) ile, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay ve Eyalet Yüksek Mahkemelerinin kararlarından derlenmiştir. Ancak ağırlıklı olarak Federal Anayasa Mahkemesinin kararları esas alınmış, bu kararlar ile bağlantılı ve ilgili olduğu derecede diğer anılan mahkemelerin kararlarına da işaret edilmiştir. Dikkat edilirse görülür ki, bu yüksek organlar işaret edilen kararlarda, FAM'nin kararlarındaki ifadeleri aynen veya benzer şekilde kullanmışlardır. (Bkz. 54 sıra no. vd.)

2- Türkçe'ye çevrilen kararlar, esas itibarıyla temel hakların özü ve bu öze dokunulamayacağını ifade eden GG (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland/ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası) md.19 ile ilgilidir. Bu md. üzerinde çok şey yazılmıştır ve daha da yazılacaktır. Bu md., 1961 Anayasamıza da alınmıştı.1982 Anayasasında bu md.ye yer verilmemiş,ama benzer unsurları ifade eden md.ler (md. 12-15) yer almıştır. O bakımdan Türk Anayasa Hukuku bakımından halen de önemli ve ilgilidir.

3- Aşağıdaki kararlar okunduğu zaman görülecektir ki, FAM , temel hakların özü, temel hakların sınırlanması, özün zedelenmesi, kanun koyucu ve yürütme organının yetkileri vb. kavramlar üzerinde durmakta ve bu kavramlara açıklık getirmektedir. Bazen aynı konuyu değişik tarihlerdeki kararlarında da dile getirmiş ve ancak biraz farklı kelimeler ve cümlecikler kullanmıştır.

4- Tercüme ettiğimiz kısım, genellikle kararın hüküm kısmıdır. Bağlayıcı olan bu kısımlar dışındaki, kararın gerekçeleri de okunursa, karar daha iyi ve etraflıca anlaşılır. Biz bağlayıcı olan ve ilgili normlar hakkında uygulanan hüküm kısmını tercüme ile iktifa ettik.

5- Alman hukuk dili oldukça ağırdır: Yani kararlar ve açıklamalarda gereksiz kelimeler ve tafsilat yoktur. Daima özet ifadeler, kısa cümle terkipleri halindedir. Bu durum, Almanca için hukuk ve ilim dili olma açısından bir meziyettir, ama böyle bir metnin tercümesini de çok zorlaştırır. Hatta zorluğu aşsanız bile, ortaya çıkan tercüme, kolayca anlaşılmaz ve her zaman tatlı ve güzel bir metin olarak göze görünmez. Bu paradoksal durum, bütün mahkeme kararları için geçerlidir, ama Alman mahkeme kararları için biraz daha açık ve ağır biçimde geçerlidir diyebiliriz.

*Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(*) Daha önce de Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarını, özet ve hüküm kısmı ile sınırlı olarak çevirmiş ve yayınlamıştık. (Bkz. İ.Ü.Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi,yıl:1973,s.10(14sh). Şimdi burada sunduğumuz karar çevirileri ise,onun bir nevi devamı ve fakat sadece Federal Almanya Anayasasının 19.md.si ile ilgilidir (**S.Armağan**).

Bu sebeple aşağıdaki FAM kararlarını okurken okuyucularımdan ricam; yavaş ve dikkatli okumaları, hatta bir defa daha okumaları, eğer yine anlaşılmaz ve şüpheli noktalar kalırsa, bu takdirde, kararın Almanca aslına, gerekirse gerekçesine de başvurmalarıdır. Böylece zihinlerindeki şüpheler giderilmiş olur.

İtiraf edeyim ki, FAM kararlarını senelerdir okurum ve onları ilmi çalışmalarımda sık sık kullandım, her defasında benzer durumlar benim de karşıma çıktı. Üstelik aşağıdaki satırlar ve metinde olduğu gibi, FAM kararlarının en zor kısmı olan hüküm kısmı (Urteilformel) tercüme edilince, Türkçeye sadık bir tercüme ile aktarmak kolay değildir ve her zaman güzel bir tercüme olmayabilir.

6- Kararlardan sonra yer alan rakamlardan birincisi, FAM kararlarının yayımlandığı ve kısaltmalar listesinde gösterdiğimiz külliyatın c.no.sunu; ikincisi ise bu ciltteki sh. no.sunu gösterir. Kararlardan sonra birkaç c.ve sh. no.su varsa, aynı ve benzer ifadelerin birkaç kararda geçtiğini ve oralara da bakılması ricası ile konulmuş rakamlardır.

Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Külliyatı ilk 40 cildi taranarak bu derleme ve tercüme meydana getirilmiştir. İleride müteakip ciltlerdeki kararları da tarama düşüncesindeyim.

7- Gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasalarımızın ilham kaynağı ve örneği olan GG. hükümlerinin FAM tarafından nasıl anlaşıldığı, Anayasa Hukukumuz açısından çok önemlidir.

Özellikle, temel hak ve hürriyetler, bunların sınırlandırılması, özü ve özüne dokunmama gibi kavramların hangi olayda nasıl anlaşıldığı konusunda bu kararları tercüme, hukuk uygulamamıza yardımcı olacaktır kanaatindeyim.

Takdim yazıma son verirken, çok emek vererek ve defalarca üzerinde düşünerek ortaya çıkardığım bu tercüme ve derlemenin hukukçularımıza ve aydınlarımıza yararlı olmasını dilerim.

8- Aşağıdaki tercümede sık sık işaret edilen GG. md.19 hükmü şöyledir:

“Bu Anayasaya göre, kanun veya bir kanuna dayanarak, bir temel hak sınırlandırılmak mümkün olduğu takdirde, bu kanun genel olmalı ve münferit bir olay için geçerli olmamalıdır. Ayrıca kanun, temel hakkı, madde göstererek açıkça belirtmelidir.

Bir temel hakkın özüne hiçbir şekilde dokunulamaz.

Temel haklar, bünyesine uygun olduğu takdirde, millî tüzel kişiler için de geçerlidir.

Kamu gücü tarafından temel hakları ihlâl edilen kimseye hak arama yolu açıktır. Başka bir yetki kabul edilmemişse, normal hak arama yolu sağlanmıştır (söz konusudur). 10.uncu maddenin 2 inci fıkrasının 2 inci cümlesi hükmü saklıdır.”

Postanın gizliliğini düzenleyen 10/2, 2'inci cümle hükmü ise şöyledir:

“Sınırlama, hür demokratik temel düzenin korunmasına, federasyon veya bir eyaletin varlık ve emniyetine hizmet ettiği takdirde, kanun, haberin ilgisine bildirilmemesini, hak arama yerine, meclisler tarafından belirtilen organlar ve yardımcı organlar vasıtasıyla denetimini düzenleyebilir.”

Belirtelim ki, 19/4, son cümle ile, 10/2, 2 inci cümle, Anayasaya daha sonra eklenen hükümlerdir.

KARARLARIN İLGİLİ KISIMLARI

1- GG md. 19/1, c.2 hükmü sadece müstakbel hukuki(teşrii)faaliyete taalluk eder,(2,121) aynen:OVG Koblenz, Urt. v.4.11.54(AS Rh-Pf.3,308).

2. GG md. 19/1, c.2, GG nin yürürlüğe girmesinden sonra ısdar edilip de, sadece, esasen yürürlükte bulunan temel hak sınırlamalarını değiştirmeden veya çok cüz’i inhirafla tekrar eden kanunlara tatbik edilmez.(5,13,16);2,122,8,329,15,293) Ayrıca bkz. 16,200;28,46 GG 1/1,c.1, bugüne kadar cari olan hukuka yabancı olan, temel haklara müdahale imkanlarının vaz’edilmesine, kanun koyucunun buna hakkı olması ve kanunun açıkça belirtme hali dışında, mani olmalıdır. (5,16;35,188-189 35,189-190).

3- Anayasa yargısı, kanun koyucunun Anayasanın ölçülerine bağlılığını kontrol eder. Kanunlar sadece şeklen usule uygun olarak çıkartılırsa, “Anayasaya uygun” sayılmazlar. Onlar aynı zamanda, Anayasa hukukunun değer nizamı olarak duran hür demokratik nizamın en yüce temel değerleri ile ahenkli olmalı, hatta yazılı olmayan elemanter Anayasa prensiplerine ve anayasanın temel kararlarına (Entscheidung) uygun olmalı, bilhassa hukuk devleti ve sosyal devlet prensiplerine uymalıdır. Bu sebeple, kanunlar her şeyden önce, Anayasada en yüksek değer olan insanın haysiyetini (Würde) ihlal edemez; aynı zamanda insanın siyasi ve iktisadi hürriyetini, bunların özüne dokunacak derecede tahdit edemez (GG 19/2;1/3,2/1). Buradan şu netice çıkar ki, kişilere, özel hayatın teşkilinin (Gestaltung) bir sahası, Anayasa gereğince, mahfuz tutulmuştur. Yani bütün amme iktidarının tesirinden hariç tutulmuş, insan hürriyetinin en son dokunulmaz bir sahası mevcuttur. Bura müdahale eden bir kanun “Anayasaya Uygun Nizamın” ayrılmaz bir parçası olamaz. Bu, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmelidir.

Söylenilenlerden şu netice çıkar ki,bir hukuk normu, sadece bütün bu esaslara uygun olduğu zaman (bir normdur) ve hatta daima “Anayasaya Uygun Nizamın” ayrılmaz bir parçası olur. Bin netice vatandaşın temel fiil ehliyetinin sahasını tesirli bir surette hudutlar. Bunun usul hukuku bakımından manası şudur: Herkes Anayasa şikayeti yolunu kullanabilir. Onun fiil hürriyetini hudutlayan bir kanun, Anayasaya uygun nizama dahil değildir, zira o kanun (şekli veya maddi olarak)Anayasa hükümlerinden birine yahut genel Anayasa prensiplerine aykırıdır; bu sebeple GG md.2/1 deki onun temel hakkı ihlal edilmiş olur.(6,41).(Bu karar Pasaport K. ile ilgilidir. Ayrıca bkz.10,99;10/11).

4- Bir kanun hükmü bir mesleğe girişi engellerse veya giriş yolunu kapatırsa (versperren), öz ihlal edilir. Buna karşılık, adayın kendi şahsi kararına ve şahsi özelliklerine göre şahsında doldurabileceği ,mesleğe kabul için kanuni hudutlar, kaide-ten bu temel hakkın özünü ihlal etmez. Bir sût tacirinin asgari bir eksikliğe ulaşp ulaşmadığı, esas itibariyle, tacirin asla tesir edemeyeceği şartlara bağlıdır. Netice

olarak, meslek seçim hürriyetini atıl bırakan bir tadadilik vardır. Buna, ancak, bu yol ile halk sağlığı esaslı surette korunabildiği zaman, tahammül edilmelidir. Fakat asgari süt eksikliği bu mevzu için asla kaçınılmaz bir vasıta değildir. O halde süt kanunu (MİG) md.14/5, Nr.6'nın mesleğe kabul şartları Anayasaya aykırıdır.(9,45)

5- Kanunda ancak halen mevcut muayyen bir müteşebbisin mevzubahis olması, bu kanunun genel olma vasfını değiştirmez.(10,108).”Tebdir kanunları ne imkansız, ne de diğer kanunlardan daha seri Anayasa yargısı kontrolüne tabidirler.”(4,18f.;25,396;36, 70,400;10,108I).

6- GG 19/1 Genel fiil hürriyetine taalluk etmez. Bu hürriyet, esas itibariyle yalnız Anayasaya uygun nizamın mahfuz kalması şartıyla sağlanmıştır.(Ayrıca Bkz. BVerfGE, 6,32(37)).

(Temel Hakka) Tecavüz, kanunun GG 2/1'nin hudutlanmış temel hak olarak, ortaya koymaması sebebine dayandırılmaz.(10,99);28,46

7- GG 12/1, Kanun koyucuya “düzenlemeler için yetki veriyorsa(verdiği zaman), bu kabil kanunların GG 19. md. mânasında “tahditler”olmadığını açıkça ifade etmiş olur.(Bkz. 7,377 (403-404). Bu sebeple GG 19/2 ile 1/2 tatbik sahası bulamaz. (13,122);28,46

8- Kanun koyucunun GG 12/1, cümle 1 e göre alanı tanzim yetkisinin muhteva ve şümulü, bu temel hakkın manasını ve sosyal hayattaki ehemmiyetini nazara alan bir tefsir yoluyla geniş ölçüde isabetli bir şekilde tespit edilir. Ayrıca temel hakkın özünün hudutlarına başvurmaya (Rückgriff) gerek yoktur. (7,377)

9- GG 12/1, cümle 2 ye göre olan düzenleme yetkisi, meslek icrası ve seçimine şamildir, ancak bu ikisine aynı kuvvetle şamil değildir. Tanzim, meslek icrası için vardır ve ancak bu açıdan meslek seçme hürriyetine de müdahale edebilir. Muhteva olarak tanzimi, ne kadar çok saf bir meslek icra tanzimi olursa, o kadar da serbest (freier), ve ne kadar çok meslek seçimine temas ederse, o kadar da dar olur.

10- Temel hak ferdin hürriyetini korumalıdır. Düzenleme yetkisi toplum menfaatlerinin korunmasını garanti etmelidir.

Her iki talepten çıkan zarurettten, kanun koyucunun müdahalesi için aşağıdaki prensiplere göre bir ayırım yapma emri ortaya çıkar.

a) Meslek icrası hürriyeti, toplum menfaatinin makul düşünceleri maslahata uygun görülürse, sınırlanabilir;temel hakkın korunması,Anayasaya aykırı davranışa karşı müdafaaya münhasırdır, zira bu ölçüden fazlası yük yükleyici ve uygun olmayan bir yük olur.

b) Meslek seçme hürriyeti; mühim toplum nimetlerinin hususî korunması, zorunlu olarak icap ettirirse, sınırlanabilir. Şayet böyle bir müdahale kaçınılmaz ise, kanun koyucu daima, temel hakkı en az sınırlayan müdahale şeklini seçmelidir.

c) Meslek seçme hürriyetine, mesleğe kabul için muayyen şartlar koymak suretiyle müdahale edilirse, subjektif ve objektif şartlar arasında ayırım yapılmalıdır: Subjektif şartlar için, bu şartlarla, mesleğin nizamına uygun icrası için gösterilen gayrete (muayyen) ölçü dışında (ausser Verhaeltnis) uymayan bir manada nisbîlik prensibi caridir. Mesleğe kabul için objektif şartların mecburiliğini ispatta, bilhassa hususi icaplar ortaya konulmalıdır; umumiyetle sadece ispat edilebilir, büyük ihtimal dahilinde olan ağır tehlikeleri defetmek, fevkalade ehemmiyetli bir toplum nimeti için, bu tedbirleri haklı gösterebilir. (7,378,406)

d) GG 12/1, cümle 2'ye göre olan düzenlemeler daima, meslek seçme hürriyeti-ne en asgari müdahaleyi beraberinde getiren “derece” (Stufe) de olmalıdır; bundan sonraki basamak (Stufe), kanun koyucu, ancak korkulan tehlike ile bundan evvelki (Anayasaya uygun) vasıtalarla müessir şekilde mücadele edilemiyorsa, en yüksek ihtimal hesabı ile yapılabilir.

11- FAM, kanun koyucunun tanzim yetkisinin burada verilen hudutlara riayet edip etmediğini kontrol etmeye mecburdur; serbestçe meslek seçme hürriyeti objektif kabul şartları vasıtasıyla sınırlanıyorsa, FAM, bu müdahalenin, toplumun ehemmiyetli bir nimetinin korunması için zaruri olup olmadığını kontrol edebilir. (7,379) ve 408, 411

12- İstimlak kanunları (GG 14/3), GG 19/1 manasında mülkiyet temel hakkını hudutlamazlar. (24,367,398)

13- GG 19/1, GG da hususi olarak mevcut bir istisna (Vorbekalt) sebebiyle bir kanun ile yahut bir kanun sebebiyle hudutlanan temel hakların garantisine hizmet eder. Böyle bir istisna mevcut oldukça, kanun, sadece münferit hal için cari olamaz. GG. 14, mülkiyet garantisinin tahdidi için böyle bir istisna ihtiva etmemektedir. (24,396, 397; 25,399)

14- 1) Tedbir kanunu kavramı Anayasa hukukunda önemli değildir (irrelevant).

2) Anayasaya göre bu kabil münferit kanunlar esas itibariyle imkânsız değildir. GG 19/1 cümle 1' den çıkan münferit kanun yasağı, hususen hukuk devleti prensiplerinden çıkarılamaz (herleiten). Anayasadan –19/1, cümle 1'den sarfınazar-, kanunların muhtevası olarak sadece genel düzenlemelerin mümkün olduğu şeklindeki bir kanun kavramı çıkartılamaz. Münferit bir halin tanzimi ile kanun koyucu, Anayasanın icra ve yargı kuvvetine ayırdığı fonksiyonlara mutlaka ve zorunlu olarak müdahale etmez. (25, 372)

Bir münferit halin düzenlemesi de gerekli olabilir. Bu, bilhassa iktisadi ve sosyal nizam sahasında söz konusudur.

O halde Anayasada sadece temel hakların sınırlanması için münferit kanunlar yasaklanmıştır; bu saha dışında, bu kabil münferit kanunlar ne kabul edilemez (imkansız) (unzulaessig), ve ne de diğer kanunlardan daha fazla, seri bir Anayasa yargısı kontrolüne tabidirler. (25, 398). Ayrıca bkz.8,361.

Anayasayı ihlal eden bir münferit kanunun olup olmadığı meselesinde, ölçü, sadece 19/1 olabilir. (25-399)

(Azınlıkta kalanların görüşüne göre: münferit düzenlemeler sadece temel hakların “sınırları” için değil, aynı zamanda diğer hallerde de yasaklanmaktadır.) Bu görüşe göre: GG 19/1, cümle 1 genel eşitlik prensibini muşahhaslaştırmaktadır. Kanun koyucuya aynı neviden hadiselerden birini keyfi olarak çıkarıp alma ve istisnai düzenleme mevzuu yapmayı yasaklamaktadır (25, 399).

15- GG md. 19/1 cümle 2 sadece, bir temel hak, bizzat kendi içine dercedilmiş (angelegten) sınırları aşarak sınırlamak hedefini güden kanunlar için caridir. (28-36, 62)

16- Bir kanun GG 19/2md.'ye, sadece, bizzat ve doğrudan doğruya temel hakkın özüne dokunur tarzda sınırladığı zaman değil, bu kabil sınırlamalar için icra organlarını yetkilendirdiği zaman da aykırı olur. Hukuk devleti prensipleri (GG 20, 28, 19/4), idari mercilere verilen yetkilerin, külfet yükleyici (belastender) idari

muamelelere teşebbüste hudutlu ve kâfi derecede muayyen olmalarını icap ettirir. Ücret kanunu (Preisgesetz) md. 2/1 bu prensiplerle bağdaşmamaktadır. Fiat politikası, kendi yetkisinin icrasında serbest hukuki sahada hareket edebilen icra organlarına bırakılmıştır. Bu (esas), kuvvetler ayrılığı ve idarenin kanuna uygunluğu prensiplerine aykırıdır. Bu nevi genel yetkilendirmeler yoluyla, GG 19/4 tarafından sağlanan mahkemenin himayesi, şüpheye düşürülür

Ücret Kanunun 2/1.md.'si, tüzükler (Rechtsverordnung) çıkarma yetkisi verdiği için GG. 80/1, cümle 2'ye aykırıdır. Yetkilendirmenin muhteva, maksat ve şümulü kâfi derecede muayyen değildir. (8, 285)

Not: 10 Nisan 1948 (WİGBI, s.27) t. Fiat teşkili ve kontrolü hakkında geçici kanun (Fiat Kanunu) md. 2 şöyledir: “*Fiat teşkiline yetkili yerler (fıkra 2), fiatları, kiralari, hasılat kiralari (Pachten), ücretleri ve mal ve hizmete ait her nevi para değeri olan şeyler (Entgelte), mükâfatlar (Löhne) hariç, tespit ve izin verilecek, yani fiat seviyesini muhafaza edici yönetmelik (Anordnung) ve tasarruf kararnameleleri (Verfügung) ısdar edebilirler.*” (**Çeviren**).

17- Bu sebeple, kişi hürriyetlerinin ortadan kaldırılması, daima önemli sebeplerle haklı olmalıdır. (35,190)

18- Temel haklar prensip itibariyle sadece genel bir kanun ile ve madde bildirilmesi ile sınırlanabilirler.

Temel hakkın esasen mevcut kendi hudutları olarak kabul edilebilen sınırların mümkün olması için, şekli kanuna ihtiyaç yoktur. (3,252-253)

19- Anayasa muayyen sınırlamalara imkan verirse, bu sınırları icra için uygun vasıtalarla da müsaade eder. Bu sebeple kanun koyucu, eğer mücadele edilmesi gereken tehlikenin sadece sınırlama usulleri uygun ise, yalnız “**yaşağa ait açık hüküm müsaadesi**” yoluna değil, tersine “**müsaadeye açık hüküm yasağı**” yoluna da gidebilir. (2, 279- 280)

20- Anayasada derpiş edilen sınırlama sebeplerini hukuki emniyet ve hukuki eşitlik lehine müşahhaslaştırmak, onun (kanun koyucu) meşrû vazifesidir. (2, 284)

21- Gayrı muayyen sayıdaki hadiseler için cari olan bir hukuk prensibinin (metninin) karakteri, onların sayısına uygun mahdud tatbik sahası bakımından bir tayin ve tespiti gidilemez. Bir kanun tarafından tespit edilen hadiselerin daha büyük, yahut daha küçük, sayısı kesin değildir. Belki mühim olan, kanuni hadiselerin mücerret ifadesi (Fassung) sebebiyle, kanunun ne kadar ve hangi hadiselerde tatbik sahası bulacağıının tam olarak tahmin edilememiş olmasıdır.

(10, 241-242)

22- Kanuni bir düzenlemenin üzerine tesir ettiği hadiselerin esas itibariyle kanun koyucuya malûm olması, bu hükmü “Münferit (individual) Kanun” olarak değerlendirmeye zorlamaz. Bir normda ifade edilen kanun koyucunun objektif arzusu, münhasıran bu normun ısdarına sebep olan halleri düzenleme ile son bulmazsa, bu arzu, daha çok nazara alınan hukuki hadiselerin bünyesine, gayrı muayyen diğer birçok hadiseleri düzenlemek için uygun gelir. Kanun koyucuya model hadiselerin büyük miktarı halen mevcutsa, bu genel bir hukuk prensibi de ortaya koyar. (7, 150-151)

23- Kanun koyucu bir münferit hadise sebebiyle , kendisi tarafından yapılan düzenlemenin bir boşluk arz ettiğinin farkına varırsa ve bu saikden (Erkenntnis)

teşrii neticeler çıkartırsa (kanun yaparsa) bu, yasaklanmış olan “Münferit” kanun manasına gelmez. (7, 151)

24- Dükkanların kapatılması hakkındaki 28.11.1956 t. K. İstasyon eczanelerini istisna tutmuştur. Ama bu münferit kanun sayılmaz. (Bkz. 13, 228)

25- Kanuni bir düzenlemeye taalluk eden grupların büyüklüğü, grup muhteva olarak hudutlu ve aynı nevi düzenlemeye tabi olduğu müddetçe, bu düzenlemenin hususi kanun hüviyetinde olma bakımından kabulünde hiçbir rol oynamaz. (8, 333, 361)

26- Kamufle Münferit Kanundan (getarntes Individualgesetz) ancak şu halde bahsedilebilir: Kanun koyucu münhasıran muayyen münferit bir hadiseyi yahut münferit hadiselerin muayyen bir grubunu tanzim etmek ister ve bu maksadı gerçekleştirmek için, bir norm için hadisenin unsurlarını genel olarak formüle eder. Bu normun sadece, kanun koyucunun önceden hayalinde olan ve o norm için bu normun ısdar edildiği müşahhas hadiseye tatbik edilebileceği şeklinde formüle edildiği görülür. O halde evvelâ, eşyanın mahiyetine göre bir münferit kanun olduğu tespit edilmesi ,daha sonra ,kanun koyucunun bu norma kasten, onun münferit karakterini saklayan bir formül verip vermediği sonraki araştırmanın sahası olur. (10, 244)

Bu normun bir münferit kanun mu yoksa genel bir hukuk esası mı arz ettiğinin kontrolü (araştırılması), evvelâ tefsir yoluyla muhtevassından elde edilebilir. Bu esnada, kanun koyucunun içinde ifade edildiği objektifleştirilmiş irade ve arzusu hükmün tefsiri için, kanun koyucunun irade ve arzusunun içine yerleştirilen maksat, kanun hükmünün metninden ve mana bağlantısından ne derece ortaya çıktığında temel ölçüdür. Teşrii faaliyetlere katılan organların veya onların üyelerinden bazılarının sübjektif tasavvurları kesin belirleyici (entscheidend) değildir. Şayet normun muhtevassından, gayrı muayyen bir çok diğer hukuki hadiseleri kavramağa (erfassen) kabiliyeti ortaya çıkarsa, artık münferit kanun yoktur ortada. (10,244)

27- Bu halde, ele alınan hadiselerin bir kısmının kanun koyucu için, diğerleri, bilhassa bilinmeyenler, fakat mevcut kabul edilen hadiselerden daha çok kanun koyucunun kararı için ehemmiyetli olması, mühim değildir. (10, 244-245)

28- Müşahhas bir hadiseye bina edilmiş kanunlar, bir “Tebdir Kanun”unun hususiyetini taşıdığı açıktır. GG tarafından imkansız kabul edilmemiştir ve geçici düzenlemeler olarak kaçınılmazdır. 19/1 de sadece, temel hakların sınırlamalarını ihtiva eden bir kanunun **“genel ve münferit hadise için”** cari olmamasını istemektedir. Fakat bir müşahhas hadiseye bağlı olan bir kanunun, bir diğer bakımdan, yani çok sayıda hüküm ve Reich’in pek çok çeşitli irtibatları bakımından, **“genel ve münferit hadise için”** cari olmayan bir kanun sayılabilir. (15, 146)

29- Hangi şartlar altında istisnai olarak, temel hakkın özüne müdahalenin mümkün olduğu sorusu, mücerrettir ve muhtevadan mahrum bir sorudur. (gegenstandlos) (7, 411)

30- Bir temel hakkın dokunulmaz özünün nerede bulunduğu, her temel hak içinde, temel hakların genel sistemi içindeki onun özel manasından öğrenilebilir. (22, 219)

31- FAM şimdiye kadar, 19/2’nin bir temel hakkın geriye hiçbir şey kalmayacak derecede belli bir münferit durumda ortadan kaldırılmasını (nez’ini) mi yasakladı-

ğı, yoksa sadece temel hakkın özünü bu kabil, meselâ, GG da garanti edilen pratik yolun topluma genellikle verilen garantilerin ihlal edilmesine mi mani olmak iste- diği hakkında karar vermemiştir. Olağanüstü Hal Kanununun kabulü hadisesinde, düzenlenen hayat münasebeti, fiilen yapılan düzenleme ve içtimai görüşler hak- kında, hiçbir temel hakkın **“özünün ihlali”** nin formüle edilmesinin genel tefsirini mühim görmemiştir. Ayrıca, ilgili sınırlamaya göre, temel hakkın tüm sosyal hayat için sahip olduğu mâna hakkındaki hukukî muhtevalı hükmüne esas olacak bir karar da vermemiştir. (Bkz. 2,285)

32- Şahıs Hürriyeti öyle yüksek bir hukuki nimettir ki, ancak hususi olarak ehemmiyetli sebeplerden sınırlandırılabilir. Bu mühim sebeplere ilk önce maddi ceza hukuku ve ceza usul hukuku dahildir. Fertlerin şahsi hürriyetine bu müdahaleler, toplumun korunmasına hizmet ederler. Buna toplumu tehlikeye düşüren ruh has- talarının müessesede yaşatılmaları da girer. Ayrıca ilgilinin korunmasına hizmet eden müdahaleler yardım karakterli olurlar, meselâ mânen hastalık sebebiyle bir mahcurun kapalı bir müessesede, kendisine daha büyük şahsi veya iktisadi zararlar vermesine mani olmak gayesi ile, yerleştirilmesi gibi. (22,219; 10,302)

33- (30.6.1961 t. Fed. Sosyal Yardım K. Md. 73/2-3' e göre yerleştirmede bu şartlar mevcut değildir. Bu sebeple bâtil idiler. (22, 218 vd.)

34- 12/1, mânasındaki meslek icrasını düzenlenmesini ihtiva eden kanunlar 19. md. mânasında “sınırlar” değildir. Bu sebeple 19/2'nin tatbik kabiliyeti yoktur. (13,122)

35- Mülkiyet tasarruf salâhiyetinin sınırlandırılması sebebiyle mutlaka onun özüne dokunulduğu mânasına gelmez. (21, 93)

36- Nisbîlik (Verhaeltnismaessigkeit) prensibi, “vatandaşın devlet otoritesi kar- şısında genel hürriyet talebinin (Anspruch) ifası olan temel hakların bizzat kendi bünyesinden ortaya çıkar. Bu temel haklar âmme iktidarı tarafından ancak, âmme menfaatlerinin korunması için kaçınılmaz olduğu zaman, sınırlandırılabilir.” (19, 348).

37- Anayasanın temel hakların sınırlamasını düzenlediği yerde, daima, bir di- ğer -şahsi veya gayri şahsi (über individuelles)- genel veya müşahhas hadisede ön safta yer alan bir hukuki nimetin (Rechtsgut) korunabilmesi için cereyan eder.

Federal Almanya Cumhuriyetinin varlığı Hür Demokratik Anayasa Nizamı, müessir şekilde korunması, mutlaka şart olduğu takdirde, kendisi için temel hak- ların sınırlandırabileceği, üstün bir hukuki nimettir. (30, 18 (II) Ayrıca bkz.:33 vd.)

38- Tedbir kanunları, ne imkansız, ne de diğer kanunlardan daha sert bir Ana- yasa Yargısı kontrolüne tâbidirler. (10,108 (I)). Krş. 15,146;24,52;25,14,396 ve 36,70,400.

39- Tedbir Kanunlarının Anayasa yargısınca kontrolünde genel prensipler ca- ridir; bu, tedbir kanunlarının nizama koymak istediği hayat sahasının kendine has özelliğinden, tedbir kanunlarında muhtevi temel hakka müdahalenin değerlendirilmesi için (Beurteilung) özel görüşlerin ortaya çıkması imkanını ortadan kaldır- maz. (25, 14)

40- Değirmen K., tek bir iktisat dalında bir anlık krizli durumu karşılamak is- teyen drije ekonomik (lenkendes) bir tedbir kanunudur. Buradan, bu kanunun, bu hedefe varmasından sonra yürürlükten kalkabileceği ve kalkması icap ettiği neti- cesi ortaya çıkar. Burada mevzubahis olan çeşitten nizam siyaseti ile ilgili müda-

haleler, onların gayret ettiği nizamı ortaya çıkarınca, gayelerini tahakkuk ettirmiş olurlar. (25, 23 I)

41- Bir norm, muhtevası ve muhtemel tesirine göre genel bir hukuk prensibi olarak kabul edilirse, teşriî faaliyete katılan organların kastettikleri, genellikle(-verwiegend), muayyen münferit hadiseleri düzenlemek, yahut onların kararları için tasavvurları kesin olması sebebiyle, bu norm kamufle münferit kanun olmaz. Herhalde hadiselerin muayyen bir kompleksi kanuni düzenlemeler tarafından ifade edilmiştir. (10,244-245. Ayrıca bkz. 25,397)

Münferit kanunların yasağı hakkındaki diğer bazı kararlar için bkz.: 8 (361);15 (149, 150);10 (108, 241, 242);24 (52);13(228, 229); 30 (52).

42- Şekli hüküm (Formvorschrift) olan bir normun, şayet o norm boş bir şekilcilik içinde donmamış ve Anayasaya uygun nizamı müşahhaslaştıran (konkre tize eden) kanun koyucuya, çalışmasında lüzumsuz yere mani olmuyorsa, dar tefsire muhtaçtır. (28, 46 II) ve ayrıca bkz. 28.

43- Sınırlandırmalardan bahseden 19/1, cümle 2'nin GG. 5/2 manasında bir "sı-
nır" nazara alıp almadığına kara verilmemiştir. (14, 293). Krş. 9,166;20,177;21,143. Ayrıca bkz. 80,81,99, 100100c STGB.

44- Esasen mevcut hudutlar olarak kabul edilebilen bir temel hak sınırlandırılmasının kabulü için, şekli bir kanuna ihtiyaç yoktur. (3, 252, 253)

45- Kanunun ısdarı sırasında sadece bir hadise "bu hükümle ilgili ve bu da teşriî organca bilindiği için", burada "kanunların genelliği" prensibi ile (GG 19/1) bağdaşmayan bir münferit kanun mevzubahis değildir. Şayet münferit hal sadece düzenlemeye sebep olmuş ve "kanundaki hadisenin unsurları, derpiş edilen hukuki neticenin sadece bir defa ortaya çıkmasını mümkün kılacak derecede mücerret olarak ifade edilmişse", münferit kanun yoktur.

Bu sebeple meselâ dükkanların kapatılması hakkındaki 14.11.1966 t.(şekli) kanun md.8/3, istasyon eczanelerini, açık bulundurma zamanı bakımından istasyonun diğer işleri için cari kolaylıklardan istisna tutması, münferit kanun sayılmaz. Kanuni düzenleme öyle mücerret ifade edilmiştir ki, "istibakbalde kurulan" bütün istasyon eczanelerine de tatbik edilebilir. (13,228,229) ;36401 Benzer durum için bkz. 24,52;259396, 35,378; 36,401

46- Madde belirtme mecburiyetine ait sorunun cevaplandırılması, sadece GG 17 a/1'in mana ve gayesinden çıkarılabilir.

Ratio legis açıkça belirlidir: Diğer sivil şahıslara mümkün olmasına rağmen, silahlı kuvvetlerin müessirliği menfaatine askerlerin bazı temel hakları sert sınırlamalara tabi kılınabilmiştir. Bu sebeple, bir temel hakkın sınırlandırılmasının eski hukuka göre madde belirtme mecburiyetinin olmamasının (ohne Zitierzwang) mümkün olduğu yerde, GG17 a/1'in madde belirtme mecburiyetini genişletmek istediğini kabul için hiçbir sebep yoktur. O halde, kanuni bir düzenleme şeklen GG 17a'ya da dayansa, GG 5/2 mânasında muhteva olarak "genel kanun" görünüyorsa, hudutlanan hak olarak GG.5.md.'nin belirtilmesine ihtiyacı yoktur. (28,291-292 I)

47- Özün dokunulmazlığı formülünü tefsir için gereğinde tanzim edilecek hayat münasebeti, fiilen yapılan tanzim ve buna ait içtimai görüşler ile mana (sı) hakkında ifade edilen hukuki karar esas olabilir ,.... ilgili sınırlamadan sonra temel hak sosyal hayat için, sosyal hayatın tamamı için halâ mevcuttur. (2,285 I)

48- GG 19/2'nin, bir temel hakkın geriye hiçbir şey kalmayacak derecede ortadan kaldırılması, pratik halde yasakladığı yahut sadece temel hakkın özüne bu kabil meselâ, GG' da sağlanan ,topluma verilmiş garantilerin fiilen ortadan kaldırma yoluyla dokunulmasına mı mani olduğu (hakkında) karar verilemez. (2-285 I)

49- 19/1, cümle 1 ve fıkra 2'nin, "Anayasaya uygun nizam yoluyla şahsiyetin serbestçe geliştirilmesinin" sınırlaması hakkında kullanılıp kullanılmayacağı hususunda karar verilmemiştir.

(8,329 II)

50- GG 12/1 kanun koyucuyu "Düzenlemeler" için yetkilendirdiği zaman , açıkça, bu kabil kanunların GG 19.md. mânasında "sınırlamalar" olmadığını ifade etmiş olur.

(13,122 I Ayrıca bkz. 7,403-404)

51- Bedeni tamamiyete ve dokunulmazlığa (unversehrtheit), kanunun metnine göre mümkün olan müdahaleler için de aşılması bu temel hakkın özünü zedeleyecek "mutlak bir hudut" mevcuttur. (16, 201 I).

52- 19/I cümle 2'nin istediği şekil gereği, sadece 5/2 manasındaki, fikir açıklama hürriyetine hudutlar getiren ve bununla esas itibarıyla bu temel hakkın muhtevasını tespit eden, genel kanunlar hakkında ise, münferit hallerde mukabil olarak korunan hukuki nimetlerin muvazenesinden sonra da olsa, caridir. 28,289 I.

53- GG 6/1.md.'sindeki basit bir hakkın evlilik hukukuna ait bir normun kontrolünde, sadece, bu temel hakkın 19/2 manasında özüne dokunulup dokunulmadığına inhisar ettirmek isabetsizdir; zira 19/2'nin özü, koruma garantisinin düzenlediği harici hudutlar, kanun koyucunun bir temel hakkı sınırlamaya yetki verdiği hallere taalluk ederler. (31, 69 I)

54- GG. 2/1 yoluyla temel hakların genel sınırlanması yanında GG'de münferit temel hakların özel sınırlanmaları da düzenlenmiştir. Münferit temel hakların özel sınırlanması imkânı hudutlarını sadece GG 19/1 ve 2'de bulur. OVG Hamburg, Urt. U.5.9.51; VerwRspr. 4,380

55- GG 19 müstakil maddi bir temel hak ihtiva etmez, aksine temel hakların korunmasına hizmet eden bir seri hükümler ihtiva eder. 1,280

56- a) Tefsir yoluyla temel hakların kanuni sınırlanmasına gitme, GG 1/3 ve 19/1'in mânasına aykırıdır.

b) GG 5/3, cümle 1'de sağlanmış sanat hürriyeti, polisiye genel hükümlerinin hudutlarına tabi değildir. Ancak bu hürriyet, devlet camiasının varlığı için zorunlu olan hukuki nimetleri tehlikeye düşüren veya ileri sürülmesi bir diğer temel hakkı ihlal ettiği yerde, hudutlarını bulur. BVerwGE, 1,303.(Urteil 21.12,54)(NJW, 1955,1203).

57- GG. 14/3, cümle 2 ve GG 19/1, cümle 2 Anayasa öncesi hukuk için cari değildir.(2,35)

58- GG 19,20 ve 28'in ihtiva ettiği hukuk devleti prensipleri, idari mercilere verilen idari yetkilendirmenin, hangi hallerde ve hangi mana ve maksatla bu yetkilendirmenin kullanılacağı ve yetkilendirmenin temelinde bulunan tedbirlerin muhtevasını ve olanığının derpiş edilecek kadar hudutlu ve muayyen olmasını gerektirir.

20.5.55.BVerwGe,2,114 (NJW,1955-1693)

59- 19/1, cümle 2, mülkiyetin hududunu tayin eden kanunlar hakkında tatbik edilmez.

BVerwG- 28.6.55 (NJW,1955,1647)

60- Kanun koyucunun kanun yoluyla meslek icrasını düzenleme yetkisi (GG 12/1, cümle 1)GG 19/1, cümle 2 hükümleri dışında kalmaz. BVerwG-28.6.55(NJW,1955,1647)

61- GG 19,20, 28.md.lerdeki hukuk devleti prensiplerinden, fertlerin temel haklarına müdahale için yetkilendirmenin, hangi hallerde ve hangi mâna ve maksatla yetkilendirmeden istifade edileceğinin derpiş edilecek kadar hudutlu ve muayyen olması,gereği ortaya çıkar.VGH Stuttgart, Urt.13.1.1956 (Ba WüVBl.1956,77).

62- 12/1, c.2 ve 14/1, c.2'de olduğu gibi GG'in kanun koyucuya bir vazife verir (muayyen bir düzenleme yapmak ve burada temel hakkın muhteva ve hudutlarını teferruatlı şekilde tespit için), bu, 19/1, c.2'nin gereklerine tabi değildir. BGH.Urteil v.12.11.1957. (NJW, 1958177)

63- GG 14/3, c.2 manasında istimlak kanunlarına GG 19/1 c.1 de belirtilen açıkça belirtme emri (Zitiergebot) tatbik edilmez. BverwG Beschl.17.1.1961(DV-BI. 1961, 247)

64- GG 12/1 c. 2 ye göre yapılan düzenleme GG 19 manasında "hudutlamalar" değildir. BverwG Beschl. 17.7.1961(NJW. 1961,2011).

65- İstimlak kanunları (GG 14/3), GG 19/1 mânasında mülkiyet temel hakkını hudutlamazlar. 24,367

66- Cari hukuka dayanan ve birlikte sadece örf adet hukukunun muteber kıldığı polisin temel haklara müdahalede genel yetkilendirme, tehlikeden korunmak için mümkündür. Bununla beraber basit bir kanun yahut örf adet hukukuna dayalı genel yetkilendirme sebebine dayanarak merciler temel hakların özüne dokunamazlar. VGH Stuttgart 18.2.1952 (NJW, 1952,440)

67- Bir temel hak, temel hakkın özüne uygun varlığı ve gelişmesi, müdahale yoluyla, müdahaleye götüren maddi vesile(Anlass) ve sebebin mutlaka ve zorunlu kılmasından daha kuvvetlice sınırlaması halinde özüne dokunulmuş olur. O halde müdahale sadece, mecburi zaruretlerde (zwingende Notwendigkeit) ve mevzuun durumuna göre mahdut (geringstmöglich) sahada (Umfang) yapılmayabilir ve aynı zamanda, temel hakka esaslı ve mümkün olan en geniş sahayı terkeden bir gayretten hareket edilmiş olmalıdır.

BGH Gutachten u.28.4.1952(DVBI. 1953,471).

68- Bir temel hakkın özüne dokunulduğu meselesi, sınırlamanın gaye ve sebebine göre değil, bilakis temel hakkın hudutlanmasından sonra geriye ne kaldığına göre tespit edilir.

Müracaatçının kendi şahsında serbest kararına göre ifa edebildiği (erfüllen) kabul edilebilir(Zulassung) hudutlamaları (subjektif kabul hudutlamaları), GG 12/1. fıkrasındaki temel hakkın özüne dokunmaz. BverwG Urt.v.14.12.1954 (NJW 1955, 763).

69- Mesleğe girerken de olsa, fertlere özel şartların zorunlu kıldığı bir mesleğe giriş imkanları bâki kalıyorsa, GG 12.md.nin özüne dokunma mânasında tam bir meslek engellemesi (Berufssperre) ortaya çıkmaz. VGH München, Urt.v.18.2.1955(DVBI.1955,253)

70- İhtiyaç yeterli sayıda hukuk müşaviri ile giderilemiyorsa, müsaadenin verileceğini belirten, hukuk müşavirliği sahasındaki suistimallerin önlenmesine dair K.nun 1/1, 2.md.si hükmü , GG 12/1 deki temel hakkın özüne dokunur. BVerwG Urt.v.10.5.1955BVBl.1955,666. (Ayrıca bkz.19,11.)

71- ZPO 153/3, cüm.2. GG 12/1. fıkradaki temel hakkın özüne dokunur(Medeni Usul K.ndaki bu hüküm Adliye idaresi dâva takipçilerini kabulünde, kabul edilmiş avukatların sayısını, kabul için nazara almasının düzenlemesi ile ilgilidir) BVerwG Ur. 10.5.55 (NJW,1955, 1534)

72- Sadece o eyalette hakimlik imtihanında başarı kazananlara, o eyaletin mahkemelerinde avukatlığa kabul hakkı veren eyalet hukuku hükümleri, GG 19/2 ye uygundur. BVerwG 21.6.1955(NJW .1956,234).

73- (Bir mesleğe kabulde) şahsi sınırlamalar ne muayyen ehliyetlerin eksikliği nokta-i nazarından ne de meslek arayanların farklı iktisadi ve sosyal durumları sebebiyle meslek seçme hürriyeti temel hakkın özüne dokunabilir, zira bu nokta-i nazarlar, bu temel hakkın özüne uygundur. BVerwG, Stellungnahme v.18.8.1955 (NJW 1955,1773).

74- 1- Hukuken temel hakların özü, kanun koyucunun prensip itibariyle temel haklara müdahalesinden uzak olan yerdedir. Bu sebeple, bir temel hak ancak, müdahaleyi daha üstün hukuki sebepler zorunlu olarak (zwingend) gerekli kılmıyorsa, bu kabil müdahale ile 19/2 manasında, özüne dokunulmuş olur.

2- Kanun koyucu takdir için maddi bir ihtiyaç olduğuna inanıyorsa, normal kanun koyucunun sınırlayabildiği temel haklar için Anayasada belirtilen sınırlamalar dışında genel hudutlar yoktur. BGH v. 17.10.1955(DÖV.1955, 729)

75- Küçük ticareti koruma kanun Tüzüğü'nün 1.md.sine göre mütehasıslığı isbat zarureti, meslek seçme temel hakkının özüne dokunmaz ve GG 12/1 e uygundur.BVerwG 3.11.1955(NJW, 1956-196)

76- Büyük veya küçük ticaret işletmesi kurma müsaadesinin verilmesini gerekli bilgilerin ispatına bağlayan 29.12.1948 t. Aşağı Saksonya Zanaata Kabul Kanunun 4.md.si hükmü Anayasaya uygundur BVerw 17.11.1955(BVerwGE 2,324.)

77- Bir temel hakkın, kanuni bir müdahale ile özüne dokunulduğu meselesi, sadece temel hakkın mâna ağırlığı nazara alınarak cevaplandırılabilir. Şayet temel hak ihlal edilmez ve devredilmez insan haklarından ise, bu taktirde kanun koyucunun müdahalesi, kanun koyucunun özel temel hak himayesi nokta-i nazarından hareketle değer verdiği temel haklarda söz konusu olandan daha dar hudutlara tabidir.BGH 16.11.1956(JW, 1957,59).

78- Bir temel hak, mesleğe girişi tamamıyla (überhaupt) kapatma ve bu mesleğin seçilmemesine götürebilen bir hüküm (bir ihtiyacın ispatı gereğinde olduğu gibi), temel hakkın özüne dokunur. verwG 22.11.1955 /NJW, 1957,356).

79- Her bir temel hakkın muhtevasına, onun hudutsuz tatbiki üstün hukuki hizmetleri ihlâl ya da tehlikeye düşürebildiği yerde, bir hudut getirilir. Bu kabil üstün hukuki nimetler olarak kamu emniyeti ve vatandaşların sağlığı sayılabilir. Bir temel hakka, temel hakkın hudutsuz tatbikatının tehdit ettiği bu kabil hukuki nimetlerin korunmasını isteyen (geboten), kanuni müdahaleler, bu sebeple bu temel hakkın özüne dokunamaz. BGH.4.7.1957(NJW. 1957,1407)

80- Şayet,ihtiyaç imtihanı meslek seçme hürriyeti temel hakkının esasen mevcut

hudutlarının gerçekleşmesine hizmet ediyorsa, artık meslek seçme hürriyeti (temel hakkının) özüne dokunma imkanı mevcut değildir. BverwG 24.10.1957(NJW 1958,473).

81- Öze dokunma yasağı (cevher garantisi; substanzgarantie) müessesesi, garantiler için olduğu gibi aynı şekilde temel haklar için de caridir. GG 19/2'nin aksine böyle bir prensibi ihtiva etmese de, cevher garantisi Bawyer Anayasasının da ayrılmaz bir parçasıdır Bay. VerfGH. 23.12.1957 (VGHE n.F. 10 II 113).

82- Bir temel hakkın özüne dokunulup dokunulmadığı sorusu, münhasıran, temel hakkın sınırlanmasından sonra geriye kalan (şey)e göre, karar verilir. VGH Stuttgart, Urt.v.12.9.1957 (ESVGH 8,79).

83- GG 12/1, c.2 ye göre yapılan bir kanuni düzenleme GG 19.md. manasındaki “sınırlamalar” değildir. BverGE, 13,97.

84- Federal ülkede ve Batı Berlin dahilinde bir yabancıya “ her türlü siyasi faaliyet” yasağı getiren bir kamu düzenini düzenleyen işlem (Ordnungsverfügung), fikir açıklama hürriyetinin özüne dokunur ve bu genellik içinde, kamu düzeni hukukunun vasıtanın nisbiliği (verhaeltnismaessigkeit des Mittels) esası ile de bağdaşmaz.OVG Münster, Beschl,v.27.7.1965(NJW. 1966,316)

85- Ne halkın ve ne de ilgilinin kendisinin korunmasına hizmet eden,hatta, tersine münhasıran onun “iyileşmesine” (Besserung) hizmet eden, bir büyüğün cebri olarak bir müessese veya yurda yerleştirilmesi, Anayasaya aykırıdır. BverfGE 22,180.

86- Nominal prensibinin ölçüsüne göre (DM=DM prensibi) sermaye faizlerini vergilendirmesi Anayasa prensipleri ile bağdaşmaz. B Finanzhof Urt.27.7.1967(-BFHE 89,422. Jz 1968,266).

87- Nafaka mükellefiyetini ihlal sebebiyle mahkûm olan bir ressam, sadece kâfi gelmeyen kazancını sağlayan müstakil faaliyete (tek kişilik işletme) sarfetmek ve mükellef olduğu nafaka borcunu tediye garanti eden kazanç imkânları temin gayesi ile aynı ayardaki bir müstakil iş durumuna girmek için StGG md.246/2 Nr.1 ye atıfta bulunursa, hukuk devleti prensiplerini ihlâl etmez. OLG Celle,Beschl.v. 26.11.1970. Nds Rpf I.1971, 140

AVUKATLARIN GELİR VERGİSİ KARŞISINDAKİ DURUMLARI

The Position of the Attornies According to Income Tax

Yrd. Doç Dr. Yusuf İLERİ*

ÖZET

Avukatlar gelir vergisi sistemi içinde tamamen ayrı ve bağımsız bir şekilde değil de, serbest meslek erbabı olarak adlandırılan mükellef kesimi içinde bütün bu kesim için belirlenen kurallara göre vergilendirilmektedirler. Bu bütünlük içinde avukatlık mesleğinin özellikleri dikkate alınarak vergilendirme süreçleri, bu bağlamda faaliyetin belirtileri, vergisel ödevleri, gelir ve giderinin nasıl tespit edildiği, kazancın nasıl ortaya çıktığı hususları incelenmiştir. Gelir vergisi stopajı karşısındaki durumları, gelir vergisi ve KDV yasalarının vergilendirme alanında aynı konuda farklı kurallar taşıyan hükümleri, tuttukları defterler, düzenledikleri belgeler, vergi ceza hukukunun avukatların da içinde olduğu serbest meslek erbabına diğer mükellef kesimlerine göre daha ağır cezalar öngörmesi konuları çalışmamızda incelenmiştir.

Anahtar Kavramlar:

Serbest meslek faaliyeti, tahakkuk esası, tahsil esası, gelir vergisi stopajı.

ABSTRACT:

Lawyers are excised tax not in an entirely separate and independent way within the income tax system but within the taxpayers named as self-employed and according to the rules determined for this group. In this context, matters related to taxation process taking into account the characteristics of the occupation of lawyers, indicators of the activities in this scope, tax duty, how income and expenses are determined, how the income is revealed have been examined. Incomes of lawyers are subject to preliminary assessment via apprehension as a rule and final taxation is conducted upon declaration. High withholding rates and heavy burden imposed by VAT rates and inconveniences caused by them have been reviewed in our study. Different rules of VAT and income tax laws about the same event, books kept by the lawyers, documents issued by them, provisions of tax criminal law stipulating heavier penalties for the self-employed in which lawyers are also included have also been examined in our study.

Key Words:

Self-employed activity, accrual basis, collection basis, income tax withholding.

* Yüzüyl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Avukatlık Kanunun 1'inci maddesinde avukatlığın kamu hizmeti sunan serbest bir meslek olduğu belirtildikten sonra “bağımsız savunmayı” temsil ettiği vurgulanmıştır. Gönül ister ki böylesine kutsal bir işlevde bulunanlar bütün vergilerde bağışık tutulsun ve hiç vergi ödemesin. Ancak günümüz devletleri, vergi söz konusu olunca çalmadıkları kapı girmedikleri alan bırakmıyorlar. Bu bağlamda avukatlar da tüm diğer meslekler gibi vergi ödemenin yüksek onurunda yoksun bırakılmamışlardır. Vergi demek; konusu, mükellefi, vergiyi doğuran olay, matrah, oran, stopaj, beyanname vb. unsurlarıyla detaylar silsilesi demektir. Böyle olunca da bir meslek gurubunun yüklendiği bütün vergileri bir makalenin sınırları içinde incelemek olası değildir. Bu nedenledir ki çalışmamız, bu meslek kesimini ilgilendiren en önemli vergi olan gelir vergisini incelemekle sınırlı kalacaktır. Bu çalışma, yeni bir Gelir Vergisi Kanunu tasarısının hazırlandığı ve TBMM’ne sunulduğu döneme denk gelmiştir. Çalışmamızda, bu tasarının konumuzla ilgili hükümleri incelenecek ve bazı önerilerde de bulunacağız. Konumuzun anlaşılabilirliğini sağlamak açısından Katma Değer Vergisi Kanunu ile Vergi Usul Kanunun hükümlerine de ilgisi ölçüsünde değinilecektir.

II. GELİR VERGİSİ KANUNUNUN AVUKATLIK MESLEĞİ İLE İLGİLİ HÜKÜMLERİ

A. GENEL OLARAK

Avukatların büyük bir bölümü mesleki faaliyetini şahsi olarak icra etmektedir. Bir bölümü de şahıs ortakları kurarak bu çatılar altında faaliyetlerini sürdürmektedirler. Bu şekilde mesleki faaliyette bulunan avukatlar serbest meslek erbabı olarak gerçek usulde gelir vergisi mükellefi olurlar. Maliye Bakanlığının verilerine göre 2010 yılında 41.477 avukatın vergi mükellefiyet kaydı vardır. Bu sayı 2011 de 43.501’dir⁶⁴. Avukatların anonim, limited ve eshamlı limited gibi bir sermaye şirketi kurup bu çatılar altında mesleki faaliyetlerini yürütmeleri hukuken mümkün olmadığından bu rakamlar bir bakıma mesleki faaliyetini serbest yürüten avukat sayısını da vermektedir.

Gerçek kişilerin gelirleri gelir vergisine tabidir. Yani gelir vergisinin mükellefi bireydir. Gelir vergisi kural olarak mükelleflerin beyanına dayanır. Bu kural avukatlar için de geçerlidir. Bu beyanın kanunlara uygunluğu ve doğruluğu vergi idaresinin denetimine tabidir. Bu beyan kural olarak bir takvim yılı içinde elde edilen kazancın toplamını kapsamaktadır.

Gelir vergisi vasıtasız bir vergi olduğundan bu vergiyi ödeyenler verginin bütün sıcaklığını hissederler. Bu nedenledir ki gelir vergisi yasaları artan oranlı vergi tarifesini ve vergilendirdiği kişilerin medeni hali, çocuk sayısı, özürlülük gibi özel durumlarını dikkate alırlar. Ülkemizde uygulanan Gelir Vergisi Kanunu da yetersiz de olsa gelir dağılımında adaleti sağlamaya yönelik bu tarz müesseseler içermektedir.

B. SERBEST MESLEK KAZANCI ADI ALTINDA AYRI BİR SINIFLANDIRILMANIN NEDENİ

Tüm diğer vergilerde olduğu gibi gelir vergilerinde de en önemli husus, vergiye

⁶⁴ http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/FGGOVB/faaliyetgrp2011GV.xls.htm

esas alınacak matrahın doğru olarak kavranabilmesidir. GVK'da, gelire giren kazanç ve iratların yedi ayrı başlık altında sınıflandırılması bundandır. Bunlar; ticari kazançlar, zirai kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları, diğer kazanç ve iratlardır. Gelirin hukuki özelliklerinin ve farklılıklarının böyle model kavramlarla tasnif edilmesi tiplendirmidir⁶⁵. Amaç, farklı gelir türleri ve olayları farklı kavramlar; benzer gelir ve olayları aynı kavramlar altında toplamak suretiyle hem sağlıklı bir vergilendirme gerçekleştirmek hem de vergi adaletinde gerçeğe yaklaşımdır. Aksi durumda her ekonomik etkinlik için vergi maddesi yazmak gerekecektir ki, bunu sağlamak mümkün değildir. Avukat, müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, yeminli mali müşavir, mühendis, mimar, doktor, ressam, yazar, bestekar, kimyager, noter, öğretmen, artist vb. meslekleri icra edenlerin faaliyetleri gelir vergisi karşısında serbest meslek faaliyeti olarak kabul edilmiştir. İlk bakışta serbest meslek kazançları; ticari kazançlar, zirai kazançlar gibi müteşebbis faaliyetlerden elde edilen kazançlar olarak görülmektedir. Ancak serbest meslek faaliyetinde ticari kazançtan farklı olarak sermaye değil, şahsi mesai, ilmi veya mesleki ihtisas ön plana çıkmaktadır⁶⁶. Ticari kazanç içindeki berber, küçük tamir işleri gibi bazı faaliyetlerde de mesleki bilgi önemli bir kıstastır, ancak bu meslekler esnaf faaliyeti olarak değerlendirilmiştir. Faaliyetin serbest meslek niteliğini taşıyabilmesi için sermaye faktörü, emek unsuruna göre nazaran geri planda kalmalıdır. Buradaki emek, bedeni çalışmadan ziyade ilmi ve mesleki bilgiye dayanmalıdır. Bu nedenle uygulamada belli bir eğitim düzeyine ihtiyaç gösterilmeyen bu gibi faaliyetler esnaf faaliyeti ve ticari faaliyet sayılmaktadır⁶⁷. Buna karşın serbest meslek erbabı sayılanlar bilim, teknik ve kültürün değişik alanlarında özel öğrenim görmüş kişiler olarak kabul edilmiştir.

Bu kesimin vergilendirme kodlarının farklılık göstermesi tabiidir. Ezcümle gelir vergisinde, vergiyi doğuran olay esas olarak gelirin hukuken ve iktisaden tasarruf edilmesine yani "tahakkuk" esasına bağlandığı halde serbest meslek kazançlarda "tahsil" esasını benimsenmiştir. Çünkü şayet "tahsil" ilkesi benimsenmemiş olsaydı, sağlıklı bir vergilendirme yapmak mümkün olamayacaktı. Nitekim ilerleyen bölümlerde açıklanacağı üzere katma değer vergisinde, vergilendirmenin hizmetin ifasına bağlanması önemli bir probleme dönüşmüştür. Öte yandan yeterli sermayesi olmayan tahsil etmediği bir paranın vergisini vermesi de mümkün değildir. Zira açıklanacağı üzere, sermaye serbest meslek kazancının unsurlarından biri değildir. İlerleyen bölümlerde açıklanacağı üzere mesleki harcamaların giderleştirmesinde de diğer unsurlarına göre farklı esaslar belirlenmiştir. Defter tutma ve belge düzeni de diğer kazanç unsurlarına göre farklıdır. Özellikle bu alanda serbest meslek kazançlarını basit usuller ve en az maliyetle kavrayacak sistemler devrededir.

C. SERBEST MESLEK KAZANCININ TARİFİ

Serbest meslek kazançları kural olarak tevkif suretiyle ön vergilendirmeye tabi tutulmakta, nihai vergileme ise beyan üzerine yapılmaktadır. Gelir Vergisi Kanunun 65 inci maddesinde yapılan serbest meslek faaliyeti tarifinde ticari ve zirai kazançlara göre farklılığı da ortaya konmuştur. Maddedeki tarifle; "*Serbest meslek*

⁶⁵ Mualla ÖNCEL, Ahmet Kumrulu, Nami ÇAĞAN; Vergi Hukuku, 3.Baskı, Savaş Yayınları, S:31

⁶⁶ Maliye Hesap Uzmanları Kurulu Beyanname Düzenleme Kılavuzu, 2012, S:161

⁶⁷ Mehmet MAÇ, KDV-5 (e-Kitap); <http://www.bdo.com.tr/vergi/kdv.php>

faaliyeti, “sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi ve mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında, kendi nam ve hesabına yapılması” şeklinde tanımlanmıştır.

Avukatlık mesleği şu özellikleriyle maddedeki tanıma uygundur.

-Bilgi ve ihtisas: Avukatlık mesleği, sermayeden ziyade şahsi çalışmaya, bilimsel veya mesleki bilgiye ve ihtisasa dayanmaktadır.

-Bağımsızlık: Avukatlık mesleği bir işverene tabi olmaksızın, kişisel sorumluluk altında, kendi nam ve hesabına yapılıyorsa bu faaliyetten elde edilen kazanç serbest meslek kazancı olarak vergilendirilir. Eğer faaliyet bir işverene bağlı olarak, işverenin gösterdiği yerde ve belli bir hiyerarşi içinde yapılıyorsa, o faaliyetten elde edilen gelir ücret olarak vergilendirilecektir.

-Devamlılık unsuru.

D. AVUKATIN VERGİ MÜKELLEFİ SAYILMASININ KOŞULLARI

Avukatlık faaliyetinden doğan kazancın serbest meslek kazancı sayılabilmesi- nin bir diğer unsuru da faaliyetin GVK'nun 66'nci maddesinde belirtildiği üzere” devamlılık arz etmesidir. Avukatlık mesleğinin devamlılık arz edip etmediğinin tespitini ise VUK'un 155'inci maddesinde hükme bağlanan serbest meslek erbabında işe başlamanın belirtilerinden hareketle yapmak mümkündür. Buna göre aşağıdaki hallerden birisinin varlığı avukatlık faaliyetinin devamlı suretle yapıldığına emare teşkil eder.

-Yazıhane, büro gibi işyeri açılması,

-Çalışılan yere tabela, levha gibi mesleki faaliyette bulunduğunu gösteren şeylerin asılması,

-Mesleki faaliyete bulunmak üzere Baro'ya kaydolunması,

Bununla birlikte, mesleki teşekküllere kaydolanlardan görev veya durumları icabı, bilfiil mesleki faaliyete bulunmayacak olanların vergi dairesine bu durumu bildirmeleri halinde faaliyetin devamlı olduğu ileri sürülemez.

Devamlı olarak yapılmayan arızı nitelikteki avukatlık faaliyetinden doğan kazanç ise GVK'nın 82/4'üncü maddesi uyarınca arızı kazanç olarak vergilendirilecektir.

Bir avukatın, avukatlık faaliyeti ile birlikte başka bir iş veya görevle uğraşması faaliyetin serbest meslek faaliyeti olma vasfını değiştirmeyecektir (GVK Md. 66/1). Örneğin bir şirkette sigortalı çalışan avukatın çalıştığı şirketten elde ettiği gelir ücret, aynı avukatın çalıştığı şirket haricinde üçüncü kişilere ait hukuki işlemleri takip etmesi halinde elde ettiği gelir serbest meslek kazancıdır⁶⁸.

Bizzat avukat olmayan bir şahsın, bir ya da birden fazla avukatı bir araya getirerek teşkilat kurmak ve onlara sermaye temin etmek suretiyle veya sair suretle avukatlık kazancından hisse alanlar da serbest meslek erbabı sayılmışlardır⁶⁹.

GVK'nın 66'ncı maddesinin ikinci fıkrasının (3) numaralı bendine göre kolektif, adi komandit ve adi şirketler tarafından yapılan avukatlık faaliyeti sonucunda doğan kazanç, serbest meslek faaliyeti sayılmıştır. Bilindiği üzere, kolektif ve adi komandit Ticaret Kanunu açısından tacir sayılırlar. Ancak GVK'nın 66'nci maddesinde bu tür şirketlerce yapılan serbest meslek faaliyeti sonucu elde edilen gelirin,

⁶⁸ Hesap Uzmanları Kurulu, age, s: 163

⁶⁹ GVK md. 66 fıkra 2 bent 2

serbest meslek kazancı olduğu hükme bağlanmıştır.

III. AVUKATLIK KAZANCININ BELİRLENMESİ

A. AVUKATLARIN KAZANCI TAHSİL ESASINA BAĞLANMIŞTIR

GVK'nın 67'nci maddesinin birinci fıkrasında serbest meslek kazancı *“Bir hesap döneminde mesleki faaliyeti karşılığı tahsil ettiği para ve ayınlar ile diğer suretlerle sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerden, bu faaliyet dolayısıyla yapılan giderler düşüldükten sonra kalan farktır.”* Şeklinde tarif edilmiştir.

Bu tarifte açıkça vurgulandığı üzere serbest meslek kazancı kapsamında elde etme tahsil esasına bağlanmıştır. Buna bağlı olarak da avukatlar tahsilatı yaptıkları esnada serbest meslek makbuzu düzenleyeceklerdir. Bu durumda bir avukat, mesleki faaliyeti karşılığı teşkil eden menfaati tahsil etmediği sürece adına vergi doğmayacaktır. Hizmetin tamamlanıp tamamlanmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Bir başka deyişle hizmet tamamlanmış olsa dahi, bedel eğer tahsil edilmemişse serbest meslek kazancı doğmamış olacak, aksi durumda hizmet tamamlanmamış ancak tahsilat yapılmış ise serbest meslek kazancı elde edilmiş sayılacaktır. Tahsilatın cari yıla, geçmiş yıllara veya gelecek yıllara ait olup olmadığına bakılmaksızın tahsil edildiği yılın geliri sayılıp vergilendirilmektedir. Örneğin bir avukat, mesleki faaliyetinin karşılığını icra yoluyla sonradan tahsil etmişse tahsil edilen bu tutar söz konusu hizmetin fiilen gerçekleştiği vergilendirme döneminde değil, tahsil edildiği dönemin kazancı olarak vergilendirilecektir.

Avukat nakden tahsil etmese dahi bilgisine girmiş olması kaydıyla; adına, kamu müessesesine, icra dairesine, bankaya, notere veya postaya para yatırılmışsa GVK'nın 67 in maddesi uyarınca bu paraları tahsil ettiği kabul edilir ve tahsilatın yapıldığı yılın geliri olarak vergilendirilir. Vergilendirmeye posta, banka, noter vb. kayıtlarının esas alınacağı tabiidir.

Avukatlık kazancı olarak doğan alacağın, başka bir şahsa temlik ve ya müşterisine olan borcu ile takası da tahsil hükmündedir. GVK madde 67 temlikin ivazlı olup olmadığına bakmaksızın, ivazlı temliklerde ise tahsil şartı aramaksızın bu işlemlerin gerçekleştiği yılda hasılat olarak gösterilmesine amirdir.

Barolar tarafından belirlenen asgari ücretin fiilen tahsil edilmemesi veya düşük bedelle tahsil edilmesi halinde;

-Serbest meslek faaliyeti karşılığında elde edilecek hasılat henüz tahsil edilmemiş veya hiç tahsil edilmemişse “gelirin elde edilmesindeki tahsil esası” gereği, serbest meslek kazancından da söz edilemeyecektir.

-Serbest meslek faaliyeti karşılığında elde edilecek hasılat, düşük bedelle tahsil edilmişse, VUK'un 3 ve GVK 67'nci maddeleri hükümleri uyarınca, serbest meslek kazancından söz edilmeyecektir.

B.BEDELİ TAHSİL EDİLMEMİŞ HİZMETİN KDV KARŞISINDAKİ DURUMU

Katma değer vergisinde vergiyi doğuran olay gelir vergisi gibi tahsilata değil, hizmetin ifasına bağlanmıştır. Hiç tahsil edilmeme veya emsaline göre düşük bedelle tahsil durumlarında, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 27'inci maddesi uyarınca, emsal bedel (asgari ücret tarifesini) matrah olarak esas alınmakta ve üzerinden katma değer vergisi hesaplanmaktadır. KDV'nin hizmet ifasına bağlanması, serbest

meslek erbabını tahsil etmediği bir tutarın vergisini ödemek gibi bir paradoksla karşı karşıya bırakmaktadır. Nitekim bu doğrultuda tarhiyatlar yapılmıştır. Danıştay'ın bu tür tarhiyatları onayan ve kaldıran kararları vardır. Danıştay'ın tarhiyatların kaldırılmasını sağlayan yani bu çalışmanın bakış açısına uygun iki kararıyla ilgili bilgiler verilecektir. Danıştay bir ihtilafta, "...davacının müşterilerine muhasebecilik hizmeti sunduğu, bu hizmetin sözleşme hükümlerine göre yürütüldüğü, sözleşmede ücretin aylık olarak ödenmesi koşulu getirildiği halde tahsilatın yapılmasıyla birlikte serbest meslek makbuzunun düzenlendiği dönemde katma değer vergisinin beyan edildiği, bu suretle vergi kaybına yol açıldığından bahisle cezalı tarhiyat yapılmış ise de, ancak ücretin elde edildiği anda serbest meslek makbuzu düzenlenebilmesi ve ilgili dönemde beyan edilmesi zorunluluğu karşısında vergi kaybından söz edilemeyeceği gerekçesiyle cezalı tarhiyatın terkinine" karar vermiştir⁷⁰. Mali müşavirlik hizmeti karşılığında ücret tahsil edilsin veya edilmesin her ay katma değer vergisi beyannamesinin verilerek vergisinin ödemesi gerekip gerekmediğine ilişkin bir dava ya ait Danıştay kararında, "... yükümlünün yaptığı muhasebe ve müşavirlik hizmetinin bir defalık veya aylık olmadığı, yapılan sözleşme gereği en az bir yıl süreyle müşterinin muhasebeyle ilgili her türlü iş ve işlemlerinin yürütüldüğü ve hizmetin bu sürenin sonunda tamamlandığı, serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan iş ve hizmet tesliminden dolayı alınacak ücretler için düzenlenmesi gereken serbest meslek makbuzlarının da iş ve hizmet teslimi sonucunda alınacak ücret tutarı kadar düzenleneceği, ihtilafta yükümlü, müşteriyle yaptığı sözleşme süreleri sonunda aldığı ücretlere ilişkin olarak serbest meslek makbuzları düzenleyip, doğan katma değer vergisini ödediğinden sözleşmede belirtilen ücretlere ilişkin olarak veya bu sözleşmelere dışında ücret alındığına ilişkin ilgili dönemlerde taraflar nezdinde hukuken geçerli somut bir tespit yapılmadığından, taktir komisyonu kararına istinaden tarh edilen kaçakçılık cezalı tarhiyatta isabet görülmediği" gerekçesi ile kabul ederek cezalı katma değer vergisini terkin eden vergi mahkemesi kararı onanmıştır⁷¹.

Türk vergi sisteminin en temel iki vergi yasasındaki bu iki farklı anlayış "hukukun üstünlüğü" kavramı ile sürdürülemez. Danıştay'a yansıyan olaylardan da anlaşılacağı üzere bu hükme ve uygulamaya mükelleflerin uyum sorunu vardır. Yasa hükmü, ifa edilmiş bir hizmetten para alınmamış olsa dahi KDV hesaplanmalı ve Hazineye ödenmelidir demektedir. Bu, Anayasamızın mali güce göre vergi ödeme ilkesini içeren 73 üncü maddesi ile VUK'un vergilendirmede vergiyi doğuran olayın gerçekliği esastır diyen 3 üncü maddesine aykırıdır. Serbest meslek erbabı, ifa ettiği halde alamadığı ücretine mi yansın, yoksa üstüne bir de ödediği vergiye mi! Bu ikiciliği belgelendirmek ise ayrı bir sorundur. Meslek mensubu alamadığı ücretin KDV'ni beyan etmek için serbest meslek makbuzu düzenlemek zorunda kalacaktır. Yasa hükümleri, insan iradesinin her durumda "özgür"ce belirlediği değiştirilemez ve vazgeçilemez hukuki metinler değildir. Sorunun çözümü KDV'yi doğuran olayın gelir vergisinde olduğu gibi tahsil esasına bağlayacak yasal düzenlemenin yapılmasıdır.

⁷⁰ Danıştay 11. Dairesinin 8.11.1997 tarih ve E:1995/5209, K:1997/61 sayılı kararı.

⁷¹ Danıştay 9. Dairesinin 19.11.1997 tarih ve E:1996/4227, K:1997/3641 sayılı kararı.

C. AVUKATLIK KAZANCININ SAPTANMASINDA GİDERLER

1. VERGİ YASALARININ GİDER KABUL ETTİĞİ HARCAMALAR

Yasa koyucu avukatlarca yapılan her türlü tahsilatı kazancın bir unsuru görmesine karşın, mesleki kazançtan indirilecek giderlere yaklaşımı farklıdır. GVK'nın 68 inci maddesinde mesleki kazancın tespitinde dikkate alınacak giderler bir bir sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki serbest meslek kazançlarının vergilendirilmesinde GVK'nın en zayıf halkası giderleştirme ilgili hükümlerdir. Zira mevcut hükümler geliri safi ve gerçek tutarıyla kavranmasına elverişli değildir. Yeni GVK tasarsının da bu hükümleri aynen koruduğunu belirtelim. Öncelikle Kanunun gider kabul ettiği hükümleri inceleyelim:

a-Mesleki kazancın elde edilmesi ve idamesi ile ilgili giderler. GVK'nun 68 inci maddenin 1 inci bendinde mesleki kazancın elde edilmesi ve idamesi ile ilgili giderler kazancın tespitinde dikkate alınacaktır denilmiştir. Ancak bu gelirlerle ilgili yapılan tanıma karşılık gelmez. Zira burada sözü edilen giderlerin neler olduğu bellidir. Bu hüküm çerçevesinde 68 inci maddede ayrı bent olarak açıkça tanımlanmayan "aydınlatma, ısıtma, telefon, kırtasiye giderleri, işle ilgili şehir içi ulaşım, posta, telgraf giderleri, işle ilgili bina, demirbaş, taşıt alımı dolayısıyla alınan borçlara ödenen faizler, bina ya da demirbaş eşyaların bakım onarım giderleri, hizmetli ya da işçilere ödenen ücretler, mesleki gelişim için açılan kurslara yapılan ödemeler, yapılan faaliyetin hacmi ile orantılı temsil ağırlama giderleri" mesleki kazancın tespitinde dikkate alınabilecektir. Bu tarz giderlerin doğrudan mesleki faaliyetle ilgisi aranmaktadır.

b-İşyeri için ödenen kira bedellerinin tamamı indirilecektir. İşyerinin bir bölümünün konut olarak kullanılması durumu değiştirmeyecek, yine kiranın tamamı hasılatından indirilecektir. İlk bakışta konut için ödediği kiralari da giderleştirdiği ve bu durumun meslek mensubu yararına bir sonuç yarattığı düşünülebilir. Ancak işin özü böyle değildir. Çünkü eğer işyeri gerçek kişilerden kiralanmışsa, kiracı yaptığı ödemelerden GVK'nun 94 maddesi uyarınca gelir vergisi stopajı yapmak zorundadır. Eğer mülk sahibi kurumlar vergisi mükellefi ise kiracının kira tutarı üzerinde %18 KDV ödemesi gerekecektir. Stopaj oranı %20'dir. Mevzuata bakılırsa bu stopaj mülk sahibinin kira gelirinden ve onun vergisine mahsuben kesilmektedir. Uygulamada ise genellikle mülk sahipleri talep ettikleri kira tutarını net olarak belirlediklerinden stopajın reel yükü meslek mensubu üzerinde kalmakta, ancak bu tutarları vergisinden mahsup etme nimetinden mülk sahibi faydalanmaktadır.

c-İşyerinin avukatın mülkü olması ve tamamının işyeri olarak kullanılması durumunda, bu işyerine ait amortisman giderlerinin tamamı indirilecektir. Mülkün hem konut hem de işyeri olarak kullanılması halinde ise ince bir ayar yapılmış amortisman giderinin yarısının indirim konusu yapılmasına izin verilmiştir.

d-Hizmetli ve işçilerin giderleri,

e-Mesleki faaliyetle ilgili seyahat ve ikamet giderleri,

f-Mesleki faaliyette kullanılan tesisat, demirbaş eşya ve taşıtlar için VUK'a göre ayrılan amortismanlar,

g-Kiralanın veya amortismanına dahil taşıtların giderleri,

h-Alınan mesleki yayınlar için ödenen bedeller. Kanun maddesinde sadece mesleki yayınlar için ödenen bedellerin giderleştirileceği yazıldığı için, bu amacı

taşımayan genel mecmuaların ve günlük gazetelerin bu maddeyle bağlantı kurarak gider yazmak mümkün değildir.

ı-Mesleki faaliyetin ifası için ödenen mal ve hizmet bedelleri (Bir avukatın takip ettiği dava için bir akademisyenden mütalaa talep etmesi gibi),

j-Emekli sandıklarına ödenen giriş ve emeklilik aidatları ile mesleki teşekküllerle ödenen aidatlar,

k-Ödenen meslek, ilan ve reklam vergileri ile işyerleriyle ilgili aynı vergi, resim ve harçlar,

l-Kanun, ilan ve mukavelenameye göre ödenen tazminatlar.

Serbest Meslek Kazancı Defteri tutan serbest meslek erbabının azalan bakiyeler usulüne göre amortisman⁷² ayırmaları ve yenileme fonu⁷³ uygulamasından yararlanmaları mümkün değildir⁷⁴. Hızlandırılmış amortisman olarak bilinen azalan bakiyeler usulüne göre amortisman sistemi mükelleflere ilk yıllarda yüksek amortisman ayırma dolayısıyla ilk yıllarda daha az vergi ödemek imkanı tanımaktadır. Yenileme fonu ise, amortisman tabi iktisadi kıymetlerin yenilenmek amacıyla satılması halinde, satıştan elde edilen karın yenileme giderlerini karşılamak üzere üç yıl boyunca vergilendirilmemesini ertelemeye imkan sağlamaktadır. Yasa koyucu, bu kısıtlamalara bilanço usulüne göre değil de serbest meslek kazanç defteri tutulmasını gerekçe olarak göstermiştir. Şüphesiz bunun anlaşılır tarafı yoktur. İstenilen kayıt düzeni Serbest Meslek Kazanç Defteri veya belirlenecek ek tablolarla zorunlu hale getirilir ve böylece serbest meslek erbabının da hızlandırılmış amortisman ve yenileme fonu ayırmalarına imkan sağlanabilir.

2. BEYANNAME ÜZERİNDEN YAPILACAK İNDİRİMLER

Yıllık beyanname ile bildirilecek gelirlerden hangi indirimlerin yapılacağı GVK'da belirlenmiştir. Bu indirimlerin yapılabilmesi için; yıllık beyanname ile bildirilecek bir gelirin bulunması ve indirimlerin ilgili mevzuatta belirtilen şartları taşıması gerekmektedir. Bu şartlar aşağıda belirtilen harcamaların ancak kısmi bir bölümünün indirilmesine elverişlidir.

- Şahıs sigorta primleri ve bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları,
- Eğitim ve sağlık harcamaları,
- Sakatlık indirimi,
- Bağış ve yardımlar,
- Sponsorluk harcamaları,
- Doğal afetler ve ilgili ayni ve nakdi bağışlar,
- Türkiye Kızılay Derneğine makbuz karşılığı yapılan nakdi bağış ve yardımlar.

3. VERGİ YASALARININ GİDER KABUL ETMEDİĞİ HARCAMALAR

GVK'nın 68 inci maddesinin son fıkrası hükmü uyarınca; serbest meslek kazancının bu bağlamda avukatlık kazancının tespitinde, her türlü para cezaları ve vergi cezaları ile avukatın suçlarından doğan tazminatlar gider olarak indirilemez. Örneğin bir avukatın mesleğini icrası sırasında kaybettiği ve çalınan paralar ve demirbaşlar gider yazılamaz⁷⁵.

⁷² Vergi Usul Kanunu Madde 315

⁷³ Vergi Usul Kanunu Madde 328

⁷⁴ Azalan bakiyeler usulüne göre amortisman ve yenileme fonu hakkında geniş bilgi için bkz. Hasan YALÇIN, Selçuk YÜCEL, Giderler, Hesap Uzmanları Kurulu Yayınları

⁷⁵ Maliye Hesap Uzmanları Derneği, age, s:174

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanuna göre alınan gecikme zamları ve faizler ile ödenen gelir vergisi ve diğer şahsi vergiler gelir vergisi matrahından ve gelir unsurlarından indirilemez (GVK md.90).

4. GİDERLEŞTİRME YASAĞI FİKTİF VERGİLEMEYE YOL AÇMAKTADIR.

Kazançtan indirilecek giderlerin sayma yöntemiyle belirlenmesi gelirin gerçek ve safi tutarıyla kavranmasına engeldir. Bu ise vergilendirilen kazancın bir bölümünün fiktif olmasına yol açar. Oysa serbest meslek erbabı olarak tarif edilen kesimin ülkemizin entelektüel insan kaynağı olma özelliğinde bakarak vergi yükünün diğer kazanç unsurlarına göre ağır olmaması en azından dengeli olması beklenir. Serbest meslek kazancının ayrı ve bağımsız bir gelir unsuru olarak vergilendirilmesinde amaç bu olsa gerek. Ne var ki GVK'da benimsenen giderleştirme sistemi buna elvermemektedir. Şöyle ki;

a) Mesleki yetenek ve uzmanlığın sürdürülebilmesi için katlanılan dolaylı harcamalar vergi matrahıyla ilişkilendirilmemektedir. Bu harcamalar, insan unsuruna yapılan yatırım ile fiziki sermaye arasındaki ilişkiye benzer bir nitelik taşımaktadır. Eğitim ve öğretim ile ilgili olarak yapılmış olan harcamaların, (vergi bakımından dikkate alınan) amortisman gibi bir işleme tabi tutulması gerekir⁷⁶.

Belirli bir mesleğe yönelik eğitim öğretime ağırlık veren yüksek okullar, müzik ve sahne sanatlarında sanatçı yetiştiren konservatuvarlar; belirli mesleklere yönelik ara insangücü yetiştirmeyi amaçlayan dört yarı yıllık eğitim-öğretim, uygulama ve araştırmaların sürdürüldüğü mesleki yüksek okullardan mezun olanların mesleklerini icra ederek vergi mükellefiyetleri tesis ettiklerinde bu kurumlara ödediklerini bir sistem dahilinde yıllara yayarak ceste ceste vergi matrahından indirmelerinden söz ediyoruz. Günümüzde bir meslek mensubunun ruhsatını alıncaya kadar önemli bir servet harcamak zorunda kaldığı gerçeği herkesçe malumdur. Bunun için okul sistemimize bakmak yeterlidir. Konumuz itibarıyla somutlaştırmak gerekirse 1136 sayılı Avukatlık Kanunun "Avukatlığa Kabul Şartları" başlıklı 3 üncü maddesinde yer alan koşullardan birisi de "Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olup da Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden başarılı sınav vermiş olmak"tır. Hukuk fakülteleri devlet üniversiteleri yanı sıra vakıf üniversiteleri çatısı altında kurulmaktadır. Ülkemizde son yıllarda vakıf üniversitelerinin sayısında önemli bir artış olmuştur. Buna paralel olarak hukuk fakültelerinin sayısı da artmıştır. Devlet üniversitelerindeki öğrencilerinden harç alınırken vakıf üniversitelerinde öğrencilerden katkı payı alınmaktadır. Elbette hukuk fakülteleri özelinde ele aldığımız bu örneği; tıp, diş hekimliği, mühendislikler, iktisat-işletme fakülteleri ve benzerleriyle çoğaltmak mümkündür. İşte bütün bu yüksek öğretim programlarında ödenen tutarların vergi matrahlarıyla ilişkilendirilmesi günümüz gerçeklerine uygun olacaktır. Şu halde avukat olmanın olmazsa olmaz koşullarından biri hukuk fakültesini bitirmekse bu okullara yapılan harcamaların vergi matrahından indirilmesi makul ve mantıklı olanıdır. Ne var ki eğitim ve öğretim için yapılan yukarıda belirttiğimiz harcamalar indirilecek giderler arasında sayılmamıştır. Bu, Anayasa-

⁷⁶ Abdurrahman AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 14. Baskı, Gazi Kitabevi, s.263.

nın 73 üncü maddesinde yer alan “mali güce” göre vergi ödeme ilkesine aykırıdır.”

b)Ülkemizde öğretim; okul öncesi, ilk öğretim, orta öğretim ve yüksek öğretim kurumlarınca yapılmaktadır. Bütün bu süreçlerde bireye yapılan harcamaları vergi matrahının hesaplanmasında dikkate alınacak bir sistem oluşturmak mümkün müdür? GVK’nın 89 uncu maddesi ile mükellefin kendisi, eşi ve küçük çocuklarına ait eğitim ve sağlık harcamalarının, beyan ettiği gelirin %10’nu aşmayan sınırlı bir tutarını vergi matrahından indirilmesi sağlanmıştır. Öyle örnekler vardır ki mükellefin elde ettiği kazanç öğrenim giderleri tamamına yetmemekte ya da bu tutara denk gelmektedir. Sağlık harcamalarıyla birlikte tespit edilen bu oranın düşüklüğü açıktır. Burada ciddi bir problem vardır. Mükellefin mesleki kazancından sağladığı kar, bu harcamalarını karşılayacak tutarda değilse ve mesleki kazancı dışında başka bir geliri yoksa bu tarz harcamalarını nasıl karşılayacaktır? Geliri sadece mesleki kazancından ibaretse gayet tabii sağlık, eğitim, konut temini, tatil vb. her çeşit giderini bu gelirlerle finans edecektir. Bu durumda meslek mensubu kendisi, eşi ve çocukları için yaptığı harcamaları kazançtan indirmeyince, kazanç, harcadığı halde indiremediği tutar kadar yüksek görünecek ve dolayısıyla fiktif bir kazanç üzerinde vergi ödemek durumunda kalacaktır.

c)Ülkemizde adli ve mali tatiller yasa ile devrede olduğu halde tatil harcamalarının giderleştirilememesi bir noksanlıktır.

IV. AVUKATLIK KAZANÇLARINDA VERGİ TEVKİFATI

GVK’nın 94’üncü maddesinin 2 ve 4 numaralı bentlerinde serbest meslek kazançları için vergi tevkifatı öngörülmüştür. Avukatların elde ettiği hasılatlar da bu kapsamda tevkifata tabidir. Söz konusu maddenin 2’inci bendinde yer alan hüküm uyarınca avukatlara yapılan ödemelerden, (ödemeyi yapanın gerçek usulde gelir vergisi mükellefi olması halinde) 2007 ve sonrası için %20 oranında gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekmektedir⁷⁷. Vergi, resim, bilirkişi vb. masraflar karşılığı avukata ödenen tutarlar tevkifata tabi değildir.

Diğer tevkifat oranları ile karşılaştırıldığında tevkifat oranının oldukça yüksek olduğu açıktır. Bir fikir edinmek gerekirse zirai mahsullerde üstelik nihai vergilendirme olduğu halde tevkifat yüzde 2 ila 4, mevduat faizlerinden yüzde 15 düzeyindedir. Hülasa, bir avukatın mesleki hizmeti karşılığında elde ettiği tutarların %20’si vergi olarak kendisinden peşin tahsil edilmekte yani eline dahi geçmemektedir. Gerçi avukat bu tutarları üçer aylık dönemler halinde verilen gelir vergisi beyannamesi ile yıllık gelir vergisi beyannamesi üzerinde tahakkuk eden vergilerde mahsup etmekte, artan tutarları ise diğer vergi borçlarına mahsubunu talep etmekte ya da iadesini isteyebilmektedir. Ancak burada önemli bir sorun vardır. Beyanname üzerinde mahsup edilenler dışında kalan mahsup ve iade işlemleri yıllık beyannamenin verilmesinden sonra gerçekleşebildiği için meslek mensubu kendisinden peşin alınan bu tutarlardan uzun bir süre yoksun kalabilmektedir. Bir örnek vermek gerekirse 2013 yılının Ocak ayında tevkif edilen 8.000,-TL bir verginin zarar ya da matrahsızlık nedeniyle beyanname üzerinde tahakkuk eden vergilerden mahsup edilemediğini varsayarsak, indirilemeyen bu vergi ancak bir sonraki 2014 yılı Mart ayında gelir vergisi beyannamesi verildikten sonra diğer

⁷⁷ Bakanlar Kurulu Kararı 2006/11449

vergi borçlarından mahsubu ya da iadesi istenebilmektedir ki, mahsup ya da iadenin hemen 2014/Nisan ayında gerçekleştirildiğini kabul etsek dahi arada bir yıldan uzun bir süre geçmektedir. Bu süre zarfında bu para için faiz talep etmek de hukuken mümkün değildir⁷⁸.

Daha da vahimi kesintiyi yapan mükellefin bu vergiyi hiç beyan etmemesi veya beyan ettiği tutarları ödememesidir. Ezcümle bu kesintiyi yapan mükellef, tevkif ettiği vergileri beyan etmediği veya beyan ettiği tutarları ödemediği takdirde avukatın kendisinden kesilen bu vergileri beyanname üzerinden mahsup etmesi mümkün değildir. Şayet avukat kesintiyi yapan mükellefin bu tutarları beyan edeceğini ve ödeyeceğini öngörerek mahsup yapmışsa ileride bu tutarları faizleriyle birlikte ödemek zorunda kalacaktır. Gerçi ödediği bu tutarları açacağı bir davayla kesintiyi yapana rücu edilmesini talep hakkı vardır ancak bunların meşakkatli işler olduğu açıktır. İşte bu tür sakıncaların göz önüne alınarak tevkifat oranlarının makul düzeyde tutulmasında yarar vardır. Zira avukata ödeme yapan mükellefin tevkif ettiği vergileri finansman olarak kullanmaya başlaması, bu arada ödeme güçlüğüne düşmesi ve nihayetinde şu ya da bu nedenle bu verginin ödenmemesi halinde işin faturası kendisinden tevkifat yapılan avukata çıkacak ve bu vergiyi ikinci kez ödemek zorunda kalacaktır.

V. SERBEST MESLEK MAKBUZUNDAKİ VERGİSEL YÜK

Yüksek tevkifat oranları katma değer vergisi ile birleştiğinde ortaya ağır bir tablo çıkmaktadır. Konu bir örnek üzerinde daha da anlaşılır olacaktır. Ücretin 1.000,-TL olduğunu varsayarsak ödemeyi yapanın gerçek usulde gelir vergisi mükellefi olması halinde, bu tutardan $(1.000 \times \%20 =)$ 200,-TL gelir vergisi stopajı yapacak, avukatın eline 800,-TL geçecektir. Avukat bu tutar üzerinden ayrıca $(1.000 \times \%18 =)$ 180,-TL hesaplayıp, iş sahibinden tahsil ettiği bu tutarı vergi dairesine ödeyecektir. Yani bir mesleki ödemede diğer tarafın da vergi mükellefi olması halinde taraflardan avukat olan müşterisinden KDV tahsil edecek, müşteri ise avukattan gelir vergisi stopajı kesecektir. Örneğimize dönersek toplam 1.000,-TL'lik bir hizmet bedelinden meslek erbabına 800,-TL kalmakta Devlet ise gelir vergisi stopajı ve KDV adı altında $(200 + 180 =)$ 380,-TL tahsil etmektedir. Oranlara vurursak avukatın payı %67'8'ken hazinenin payı ise %32.20'dir. Gerçi bu tutarın 200,-TL'sini meslek mensubu 180,-TL'sini müşteri ödeyecektir yani vergi yükü dağılmaktadır, ancak yine de bu yüksek tutarlar kayıt dışına elverişli bir ortam yaratmaktadır. Zira daha işin başında yani henüz bu işte kar mı zarar mı yapılacağı belli olmadan Hazine oldukça yüksek tutarlar tahsil etmektedir. Kayıt dışılığa uygun ortam yaratmamak için stopaj ve KDV'nin bulunduğu mesleki kazançlarda gerek stopaj ve gerekse KDV oranlarında indirimle gidilmesi akla en yakın yol olarak görülmektedir.

⁷⁸ Bkz.VUK'un 112. Maddesine 6322 sayılı Kanunla eklenen 4 ve 5. fıkra

VI. AVUKATLIK KAZANCININ BEYANI

Maliye Bakanlığı verilerine göre 2010 yılında vergi mükellefiyeti olan 41.477 avukat ortalama 11.199,30,-TL hesaplanan vergi beyan etmiştir. 2011 yılında beyan edilen vergi ise 11.289,71,-TL'dir⁷⁹.

Serbest meslek kazancı elde eden mükellefler, "Yıllık Gelir Vergisi Beyannamesi-1001 A" ile "Yıllık Gelir Vergisi Beyannamesi Eki"ni dolduracaktır. Anılan ekte yer alan "Serbest Meslek Kazançlarına İlişkin Bildirimi Tablosu" ve "Performans Derecelendirme Bildirimi" dolduracak, başka gelirlerinin de bulunması halinde ise ilgili diğer kazançlara ait tablolar da doldurulacaktır.

Beyannameye ayrıca;

-Kesinti yoluyla ödenen vergilere ilişkin belgeler (beyannameye gösterilen gelire dahil kazançlardan kesilen gelir vergi varsa),

-Yabancı ülkelerde ödenen vergi varsa, ödenen bu vergilere ilişkin belgeler beyannameye eklenecektir.

"Avukat, mesleki gelirini elde ettiği yılı takip eden yılının Mart ayının başından 25'inci günü akşamına kadar (GVK Madde 92) vereceği yıllık beyanname ile beyan eder.

VII. AVUKATLARIN TUTACAĞI DEFTERLER VE KULLANACAĞI BELGELER

Avukatlar "Serbest Meslek Kazanç Defteri" tutarlar ve her türlü tahsilatı için serbest meslek makbuzu düzenlemek zorundadırlar. İşte serbest meslek kazançları adı altında ayrı bir gelir unsurunun oluşturulmasının nedenlerinden biri de budur. Yasa koyucu avukat, müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, yeminli mali müşavir, mühendis, mimar, doktor, ressam, yazar, bestekar, kimyager, noter, serbest öğretmen, artist, sağlık memuru vb. olarak adlandırılan serbest meslek erbabını defter tutma ve belge düzenleme hususlarında tüccarlar gibi karmaşık ve maliyeti yüksek işlemlerin dışında tutmuştur. Gerçekten de ticari kazanç elde eden birinci sınıf tüccarların tutmak zorunda olduğu bilanço usulüne tabi defterler oldukça kapsamlıdır. Avukatların da içinde olduğu "Serbest Meslek Kazanç Defteri" ikinci sınıf tüccarların tutmak zorunda oldukları "İşletme Defteri"ne benzemektedir.

Kolektif, adi komandit ve adi şirketler de mesleki kazançlarını "Serbest Meslek Kazanç Defteri" üzerinden tespit ederler. Bu şirketlerin bilanço esasına göre tuttukları defterler serbest meslek kazancı defteri yerine geçer.

Serbest meslek kazanç defterine işlemlerin günü gününe kaydedilmesi zorunludur. İşlemlerin günü gününe deftere kayıt edilmemesi veya yoklama ve incelemeye yetkili olanlara istendiğinde ibraz edilmemesi halinde her tespit için özel usulsüzlük cezası kesilir.

⁷⁹ http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/FGGOVB/faaliyetgrp2011GV.xls.htm

VIII. AVUKATLARIN BEYANNAMELERİNİ SERBEST MUHASEBECİ MALİ MÜŞAVİRELERE İMZALATMA ZORUNLULUĞU

Maliye Bakanlığınca yayımlanan⁸⁰ “4 Seri No.lu Beyannamelerin Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirlerce İmzalanması ile İlgili Tebliğ” hükümlerine göre mükelleflerin beyannamelerini belli şartlar dahilinde serbest muhasebeci ve mali müşavirlere imzalanması şartı getirilmiştir.

Tebliğe göre avukatların da içinde yer aldığı serbest meslek faaliyetinde bulunanlardan önceki yıl gayrisafi hasılat tutarı belli hadleri aşmayanların beyannamelerini serbest muhasebeci ve mali müşavirlere imzalatma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu hadler her yıl Maliye Bakanlığı tarafından ilan edilecektir. Söz konusu hadlerin, Maliye Bakanlığınca belirlenerek ilan edilmemesi halinde, bu tutarlar her yıl Vergi Usu Kanunu hükümleri uyarınca tespit edilen “yeniden değerlendirme oranı”nda arttırılarak uygulanmaktadır.

İmzalatma zorunluluğunda oldukları beyannameler; yıllık gelir vergisi beyannameleri, geçici vergi beyannameleri, muhtasar beyannameler ile katma değer vergisi beyannameleridir.

Mükellefin bu mecburiyete uymaması halinde çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Ezcümle VUK’nun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrasına eklenen 8. bentle “Kanunun mükerrer 227’inci maddesi uyarınca 3568 sayılı Kanuna göre yetki almış meslek mensuplarına imzalatırma mecburiyeti getirilen beyanname ve ekleri imzalatırmazsa” durum re’sen vergi tarhi sebebi sayılmıştır. Yani bu durumda mükellefin beyan ettiği matraha itibar edilmeyecek; vergi matrahı ya inceleme elemanlarınca belirlenecek ya da komisyonlarca takdir edilecektir.

Belirtmek gerekir ki bu konu uzun süren tartışma, idari kararlar ve yargı evrelerinden sonra bu aşamaya gelmiştir. Süreci burada açıklamakta yarar vardır.

213 sayılı Vergi Usul Yasası’na 4008 sayılı Yasa’nın 6. maddesiyle eklenen Mükerrer 227. maddede; Maliye Bakanlığınca, vergi beyannamelerinin, serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirler tarafından da imzalanması mecburiyeti getirme yetkisi verilmiştir. Beyannamelerin meslek mensuplarınca imzalanması ise 23.2.1995 tarihinde sınırlı bir şekilde başlamıştır. Konu önemli tartışmaların odağı olmuştur. Bazı ihtiyatlı yaklaşımlar dışında muhasebe camiasınca olumlu karşılanan düzenleme avukatların tepkisini çekmiştir. Türkiye Barolar Birliği yetkilileri yaptıkları açıklamalarda, mükelleflerin bütün defter ve belgelerinin denetleme ve değerlendirme yetkisinin bir mesleği icra edenlere verildiğini bunun verginin gizliliği ilkesini ihlal edeceğini savunmuşlardır. Bu yetkileri ancak ilgili devlet memuru ve kamu görevlilerinin kullanabileceği yasal ve kamusal yetkilerin özel kişilere, özel bir meslek gurubuna tanınamayacağını ve devredilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. “Beyanname imzalamasını sağlamak için” Maliye Bakanlığınca yayımlanan Tebliğlerle getirilen sözleşme yapmak zorunluluğu da eleştiriler arasında yer almıştır. Anayasa Mahkemesine kadar taşınan bu görüşlere göre, “Kişi sözleşme hürriyeti çerçevesinde ister odaya kayıtlı olan meslek mensuplarıyla çalışır, isterse muhasebeci çalıştırmaz, tercihinin mali külfetine ve

⁸⁰ Tebliğ, 29.06.1997 tarih ve 23034 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

kanuni sonuçlarına kendi isteğiyle katlanır⁸¹.”

Mecburiyete ilişkin Kanun hükmü, Anayasa Mahkemesine taşınırken, diğer taraftan Maliye Bakanlığı'nın bu Yasadan kaynaklanan genel tebliğler düzeyindeki yetki kullanımları Danıştay'da iptal davasına konu edilmiştir. Maliye Bakanlığınca çıkarılan “Vergi Beyannamelerinin Serbest Muhasebeci ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerce İmzalanması Hakkında (1)⁸², (2) ve (3) sayılı Genel Tebliğler sırasıyla 23.02.1995, 29.03.1995 ve 25.12.1995 tarihlerinde yayımlanmıştır. Bu tebliğlere karşı açılan davalar hakkında, Danıştay Dördüncü Dairesi sırasıyla 21.3.1995, 2.5.1995 ve 19.1.1996 günlerinde “yürütmenin durdurulmasına” karar vermiştir⁸³. Yürütmenin durdurulması kararlarına gerekçe yapılan temel nokta Tebliğ’le getirilen sözleşme zorunluluğudur. Danıştay’a göre;

“... Mükerrer 227 maddede, mükelleflerin, kanuni defterlerini tutmak ve mali tablolarını tanzim etmek için meslek mensuplarıyla yıllık sözleşmeler yapmak zorunluluğu öngörülmediğinden bu hususların Tebliğle, mükelleflerin uyması zorunlu yükümlülük haline getirilmesi, kanunla verilen yetkinin aşılması anlamına gelmektedir⁸⁴.”

Danıştay Dördüncü Dairesi, 1 sayılı Genel Tebliğin iptaline ilişkin davaya baskarken, Tebliğin dayanağı olan Mükerrer 227. maddenin Anayasaya aykırı olduğu savıyla uyumsuzluğu Anayasa Mahkemesine taşımıştır. Danıştay, maddenin tümüyle iptalini istemiştir. Anayasa Mahkemesi iptal istemini sınırlayarak, sadece Maddenin 1. fıkrasının birinci bendi yönünde dikkate alarak incelemiştir. Yani, inceleme konusu, vergi beyannamelerinin serbest muhasebeci ve mali müşavirlere imzalatılma mecburiyetine ilişkin hükmün Anayasa hükümlerine uygunluğu ile sınırlı kalmıştır.

Danıştay'ın iptal başvurusunda, “Yasa koyucunun, vergi beyannamelerinin belirlenen meslek mensupları tarafından da imzalanması mecburiyetinin getirilebileceğini kabul etmesini Anayasaya aykırı bulunmuştur.” İfadesi yer almıştır. Danıştay'ın gerekçeleri arasında öne çıkan “sözleşme” konusudur. Öyle ki aykırılığa gerekçe yapılan Anayasa'nın 5, 6, 12, 48 ve 128 inci maddeleri sözleşme ile ilişkilendirilmiştir. Danıştay'a göre “Vergi mükellefinin, özel kanununda ve uygulamada belli edilen bir yöntemle tek taraflı olarak saptanan bir ücret mukabili, ‘vergi beyannamesinin imzalanması’nı temin için belirli bir meslek gurubuyla madde metninin verdiği yetkiye dayanarak sözleşme yapmaya zorlanması onun maddi ve manevi varlığının gelişmesini önleyen bir yöntemdir. Kişi kendini böyle bir yardıma muhtaç görürse Anayasanın 48 inci maddesinde belirtildiği gibi sözleşme hürriyeti dahilinde bunu sağlamak hakkına sahiptir. (...) Kanunda böyle bir zorunluluğun öngörülmesi Anayasa'nın 5, 12 ve 48 inci maddelerine aykırıdır.”

Anayasa Mahkemesi, bu talebi reddetmiştir⁸⁵. Yüksek Mahkemeye göre, “Mükerrer 227. Maddenin birinci bendi, Anayasa'nın 73. maddesinde düzenlenen vergi

⁸¹ Anayasa Mahkemesi 26.6.1996 tarih ve E:1996/5, K:1996/26 sayılı kararı

⁸² 23.2.1995 tarih ve 22211 sayılı Resmi Gazete

⁸³ Danıştay Vergi Dava Daireleri 08.01.1999 tarih ve E:1997/436, K:1999/32 (3 no.lu Tebliğ hakkındadır); Dördüncü Daire 24.09.1997 tarih ve E:1995/1195, K:1997/2715 (1 no.lu tebliğ hakkındadır)

⁸⁴ Nihal SABAN “Yaşayan Denetim Hukuku Bir Paradoksun Anatomisi; 3568, 12 MD. VE VUK. MÜK. 227 MD.

⁸⁵ Anayasa mahkemesi 26.6.1996 tarih ve E:1996/5, K:1996/26

ödevi ile doğrudan ilgili olmayıp, yasa ile düzenlenen mesleklerden olan mali müşavirlik mesleğinden yararlanarak vergi yönetiminin işlerini kolaylaştırmak ve vergi kayıp kaçagını azaltmak amaçlanmıştır". Yüksek Mahkeme, (hem Tebliğler'in yürütmesinin durdurulmasına hem de iptal talebinin en önemli gerekçesini teşkil eden) sözleşme hususunu da kararında incelemiş ve "Özel kişiler arasındaki ilişkilerde bile sözleşmelerle ilgili bazı temel düzenlemeler kanunla kurala bağlanmışken, kamu hizmetinin düzenlenmesinde gerekli yasalar ve idari düzenleyici metinlerle hukuksal alanı etkileyici bir kısım kuralların sözleşmelerle konulması da doğaldır" denilmiştir. Belirtmek gerekir ki Kanunda beyannameleri imzalamak için meslek mensuplarıyla sözleşme yapmak zorunluluğu öngörülmediği halde, Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan "Vergi Beyannamelerinin Serbest Muhasebeci ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerce İmzalanması Hakkında (1), (2) ve (3) sayılı Genel Tebliği ile böyle bir zorunluluk getirilmiştir. Yüksek Mahkeme bu durumu olağan görmüştür. Anayasa Mahkemesi, verginin kanuniliği ilkesine esnek bir bakış sergilemiştir. İdari düzenleyici metinlerle yani Tebliğlerle sözleşme düzenleme mecburiyeti getirilmesinde bir sakınca görmemiştir. Böylece uzun süren bir yargı sürecinden sonra 4008 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle eklenen 213 sayılı VUK'na eklenen Mükerrer 227. maddenin vergi hukuku içerisindeki yeri kalıcı hale dönüşmüştür.

IX.CEZA UYGULAMASI

Hukukumuzda bazı vergi kanunlarının içine serpiştirilmiş irili ufaklı ceza hükümlerine rastlamak mümkün olmakla birlikte idari vergi suçu ve cezalarına ilişkin hükümlere 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yer verilmiştir⁸⁶. VUK'da maalesef avukatların da içerisinde yer aldığı serbest meslek erbabının daha ağır cezalandırılmasını sağlayan hükümler mevcuttur. Serbest meslek erbabı için daha ağır cezalar öngören bu hükümler idari vergi cezalarıyla ilgili VUK'un 351 inci maddesinde yer alan genel usulsüzlük cezaları ile aynı Kanun Mükerrer Madde 355'de bilgi talebiyle ilgili özel usulsüzlük cezalarıdır. Şimdi bu hükümleri inceleyelim.

A.GENEL USULSÜZLÜK CEZALARI

Genel usulsüzlük suçu vergi kanunlarının şekle ve usule ilişkin hükümlerine uyulmaması halini ifade eder (VUK md. 351). Bu yapıyla genel usulsüzlük suçu vergi mükellefiyetine bağlı olarak; bildirim, belge alma-verme, belge bulundurma, defter tutma ve tasdiki vb. hususlara ilişkin aykırılıkları cezalandırmayı amaçlar⁸⁷. Kanunda suç sayılan fiiller, birinci derece ve ikinci derece filler olmak üzere iki grupta ele alınmıştır. Usulsüzlük fiili re'sen takdiri gerektirirse, bağlı cetvelde yazılı cezalar iki kat olarak kesilir. 213 sayılı VUK'a bağlı Usulsüzlük Cezalarına Ait Cetvel 422 Seri No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile arttırılan ve 1.1.2013 tarihinden geçerli olan şekliyle şöyledir⁸⁸.

⁸⁶ Nihal SABAN, Vergi Hukuku, Der Yayınları, İstanbul-2005,Sh.208 ve 227

⁸⁷ Şükrü KIZILOĞLU vd., Vergi Hukuku 2. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık-2007, sh.208

⁸⁸ Gelirler Kontrolörleri Derneği, Vergi Kanunları 14. Baskı, Nisan 2013, S:168

USULSÜZLÜK CEZALARINA AİT CETVEL

Mükellef Grupları	Birinci Derece Usulsüzlükler (TL)	İkinci Derece Usulsüzlükler (TL)
1.Sermaye Şirketleri	110,00	60,00
2.Sermaye şirketleri dışında kalan 1'inci sınıf tüccar ve serbest meslek erbabı	70,00	35,00
3.II'inci sınıf tüccarlar	35,00	17,00
4.Yukardakilerin dışında kalıp beyanname usulüyle gelir vergisine tabi olanlar	17,00	9,40
5.Kazancı basit usulde tespit edilenler	9,40	4,30

En yüksek cezalar sermaye şirketlerine, akabinde avukatların da içinde yer aldığı serbest meslek erbabına kesilecektir. Bu sıralamanın haksızlığını gösteren diğer bir husus ise serbest meslek erbabının “1’inci sınıf tüccarlar”la eş tutulması, aynı gurup içine alınmasıdır. VUK’un 177 inci maddesine göre yıllık alımları 150.000,- TL satışları ise 200.000,-TL’nin altında olan tüccar ve imalatçılar ikinci sınıf tüccar olarak kabul edilmektedir. Hizmet işletmelerinde ise yıllık 80.000,-TL’nin altında ciro yapan mükellefler ikinci sınıf tüccar statüsündedirler. İstisnaları ve daha yüksek cirolar yapanlar olmakla birlikte serbest meslek erbabının bu bağlamda avukatların rakamları da ortalama böyledir. Büyük çoğunluk serbest meslek erbabı bu cirolara dahi ulaşamamaktadır. Maliye Bakanlığının resmi internet sayfasında diğer meslekler gibi avukatların beyan ettiği matrahlara yer verilmiştir. Bu verilere göre avukatların ortalama olarak 2010 yılı vergi matrahı 38.945,95,-TL, 2011 yılı matrahı ise 39.347,71,-TL’dir⁸⁹. Orta sınıfa mensup ikinci sınıf tüccarlarla serbest meslek erbabının vergi karşısında başkaca da benzerlikleri vardır. İkinci sınıf tüccarlar de tek defter tutmaktadırlar. Bu mükellef gurubunun tuttuğu İşletme Defteri ile serbest meslek erbabının tuttuğu “Serbest Meslek Kazanç Defteri” benzer içerikler taşımaktadır. Serbest meslek erbabını aynı fiille suç işleyen ikinci sınıf tüccara göre daha da ağır cezalandırılması haklı nedenlere dayanmamaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki serbest meslek erbabı daha evvel 3. sıradaki “II’nci sınıf tüccarlar”la aynı gurup içinde iken 12 Eylül 1980 Ara Rejim döneminde 31.12.1980 tarihinde 2365 sayılı Kanunun⁹⁰ 98 inci maddesiyle gerçekleştirilen yasa değişiklikleriyle 2. sıraya alınmıştır. Bu ülkenin teknik, hukuk, bilim, kültür ve sanat alanlarında uzman kabul edilen kesimlerinin bir darbe döneminde gerçekleştirilen yasalarla cezalarının arttırılması kayda değerdir.

B.ÖZEL USULSÜZLÜK CEZALARI

Özel usulsüzlük cezaları mükelleflerin vergi kanunlarıncı öngörülen şekle ilişkin ödevlerin yerine getirilmemesine bağlı olarak kesilmektedir. Bu cezalar, bazı fiiller için nispi bazıları için maktu para cezası şeklinde belirlenmiştir. Özel usulsüzlük cezalarından serbest meslek erbabı için haksızlık öngören hüküm Vergi Usul Kanunu Mükerrer Madde 355’de yer almıştır.

Maddede, Maliye Bakanlığı ile vergi incelemesine yetkili olanlar tarafından istenilen bilgilerin verilmemesi halinde uygulanacak cezalar belirlenmiştir. Burada serbest meslek erbabının yeri genel usulsüzlük cezalarına göre bir basamak daha

⁸⁹ http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/FGGOVB/faaliyetgrp2011GV.xls.htm

⁹⁰ 31.12.1980 tarih ve 17207 sayılı Mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

yükseltilmiş sermaye şirketleri ile birlikte en üst guruba alınmıştır. Sermaye şirketleri vergi uygulamasında birini sınıf tüccar kabul edilmektedir. Maddenin birinci fıkrası şöyledir:

Bu Kanunun 86,148,149,150,256 ve 257’nci maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257’nci madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayan(...);

1.Birinci sınıf tüccarlar ile serbest meslek erbabı hakkında 1.200 Türk Lirası,

2.İkinci sınıf tüccarlar, defter tutan çiftçiler ile kazancı basit usulde tespit edilenler hakkında 600 Türk Lirası,

3.Yukarıda bentlerde yazılı bulunanlar dışında kalanlar hakkında 300 Türk Lirası,

Özel usulsüzlük cezası kesilir⁹¹.

Tanınan süre içinde bilgi verilmemesi halinde avukata kesilecek ceza 2003 yılı için 1.200,-TL’dir. Maddenin 3 üncü fıkrasına göre, “Özel usulsüzlük cezası kesilmesine rağmen mecburiyetleri yerine getirmeyenlere yeniden süre verilerek bu mecburiyetleri yerine getirmeleri tebliğ olunur. Verilen sürede bu mecburiyetlerin yerine getirilmemesi halinde yukarıda yazılı özel usulsüzlük cezaları bir kat (2.400,-TL) arttırılarak uygulanır.” Brüt asgari ücretin iki aylık tutarını aşan bu cezaların bir meslek mensubu için ağırlığı bir yana bir serbest meslek erbabı ile bir sermaye şirketinin aynı tutarla cezalandırılması ayrı bir ağırlıktır. Aynı maddede ikinci sınıf tüccarlar için öngörülen cezalar ise bu tutarların yarısı yani ilkinde 600,-TL, ikincisinde 1.200,-TL’dir. İkinci sınıf tüccarlara denk gelen serbest meslek erbabına burada da bu kesimin iki katı tutarında cezalar öngörülmüştür.

⁹¹ Ceza tutarları yasa gereği her yıl yeniden değerlendirilme oranında artmaktadır. Maliye Bakanlığının yayımladığı 422 Seri No.lu Genel Tebliğinde 2013 yılı için açıklanan tutarlar yazılmıştır.

X. SONUÇ:

Gelir Vergisi Kanunu avukatların kazançlarının vergilendirilmesinde bu meslek gurubunu kendileri gibi bilim, teknik ve kültürün değişik alanlarında özel öğrenim görmüş mesleklerle birlikte serbest meslek erbabı adı altında toplamıştır. Ülkemizin en önemli entelektüel insan kaynağı olma vasfını taşıyan kesimince sağlanan kazançların ayrı bir gelir unsuru olarak vergilendirilmesi önemlidir. Ancak buna olumlu anlamlar atfedebilmek için vergi yasalarının bu kesimle ilgili hükümlerine bakmak gerekecektir. Bu bakış ekseninde;

1. Türk vergi sisteminin en temel iki maddi vergi yasasında GVK, vergilendirmeyi ücretin tahsiline bağlarken; KDV Kanunun hizmetin ifasını esas alması avukatları tahsil etmediği bir tutarın KDV'sini ödemek zorunda bırakmaktadır. Sorunun çözümü Danıştay'ın vergilendirmeyi gelir vergisinde olduğu gibi KDV'de de tahsilata bağlayan kararları doğrultusunda gerçekleştirilecek bir yasal düzenlemede geçmektedir.

2. Serbest meslek erbabının bu kapsamda avukatların kazancı tahsil esasına bağlanmıştır. Yasa koyucu avukatlarca yapılan her türlü tahsilatı kazancın bir unsuru görmesine karşın, mesleki kazançtan indirilecek giderleri bir bir saymıştır. Bu durum mesleki kazancın elde edilmesiyle ilgili bir takım giderlerin kazançtan indirilmemesi dolayısıyla vergilendirilen kazancın bir bölümünün fiktif olması sonucunu doğurmaktadır. Oysa nasıl ki kazanç tarif edilirken "her türlü tahsilat" denilmiş ise, giderleştirmede de aynı anlayış kabul edilseydi; vergilendirilecek kazanç, safi tutarıyla gerçeğe uygun bir şekilde sağlıklı tespit edilmesi mümkün hale gelecekti.

3. Mesleki yetenek ve uzmanlığın sürdürülebilmesi ile ilgili eğitim ve öğretim harcamalarının insan unsuruna yapılan bir yatırım olarak vergi bakımından amortisman gibi bir işleme tabi tutulması gerekir. Bunun yolu da hukuk fakültesi öğrencilerinden alınan harçlar ile katkı paylarının amortisman yoluyla vergi matrahıyla ilişkilendirilmesinden geçmektedir. Böyle bir düzenleme, Anayasamızın mali güce göre vergi ödeme ile ilgili 73 üncü maddesine uygun olacaktır.

4. Bugün için serbest meslek faaliyeti adı altında ayrı bir sınıflandırmanın bu kesime "tek defter tutma" kolaylığı dışında sağladığı başka bir avantaj yoktur. Gerçekten de avukatların mesleki kazançları için yalnızca "Serbest meslek kazanç Defteri"ni tutmaları hem basitlik hem de maliyet açısından önemli bir avantajdır. Ancak bu sadece serbest meslek kazancı elde edenler için geçerli değildir. Ekonomik olarak serbest meslek erbabına en yakın sınıf olan ikinci sınıf tüccarların işleri daha da karmaşık ve çeşitlilik arz ettiği halde, bu mükellef kesimi de "İşletme Defteri" adı altında tek defter tutmaktadır. Belirtmek gerekir ki, gerek serbest meslek erbabının ve gerekse ikinci sınıf tüccarların bu avantajı bazı vergi hükümleriyle törpülenerek sıfırlanmıştır. Çalışmamızda da açıklandığı üzere serbest meslek erbabının tuttuğu "Serbest Meslek Kazanç Defteri" gerekçe gösterilerek hızlandırılmış amortisman ayırmalarına ve yenileme fonunda faydalanmalarına yasak getirilmiştir.

5. Avukatların da kapsamında yer aldığı serbest meslek erbabının düzenlediği, "Serbest meslek Makbuzu"nun vergisel yükü ağırdır. Çalışmamızın içeriğinde de açıklandığı üzere bu makbuz düzenlendiği anda serbest meslek erbabına %20 gelir vergisi stopajı yükü, müşteriye ise %18 KDV yükü getirmektedir. Oranlarla açıklamak gerekirse serbest meslek makbuzuna konu olan paranın sadece %67'8'i meslek

mensubuna kalmakta, %32.20'si hazineye gitmektedir. Daha makbuzun düzenlendiği anda böylesine bir yükün çıkması kayıtdışılığa elverişli bir ortam yaratmaktadır. Bunu düzeltmenin yolu stopaj ve KDV oranlarını indirmek, vergilendirmeyi gerçek kazancın ortaya çıktığı nihai aşamaya kaydırmaktan geçmektedir.

Öte yandan yüksek oranda yapılan stopaj gelir vergisinin, kesintiyi yapan taraftan ödenmemesi halinde, meslek mensubunun bu vergiyi ikinci kez ödeme gibi bir riski vardır. Doğru olan stopaj oranlarının düşük tutulması, vergilendirmenin gerçek kazancın ortaya çıktığı yıllık gelir vergisi ile beyan edilen tutarlar üzerinde yapılmasıdır.

6. Vergi cezalarında kademelendirme olduğu durumlarda avukatların da için de yer aldığı serbest meslek mensupları en yüksek cezaların öngörüldüğü kategoriye alınmıştır. Bilgi istemine ilişkin taleplere uyulmaması halinde uygulanacak cezalar VUK Mükerrer 355'de belirlenmiştir. Yapılan kademelendirmede sermaye şirketleri ile serbest meslek erbabı aynı gurup içine alınmış ve en yüksek cezalar bu kesim için öngörülmüştür. Genel usulsüzlük cezaları beş kademe olarak belirlenmiş olup, avukatların da içinde yer aldığı serbest meslek erbabına ikinci kademe belirlenen cezalar kesilecektir. Bu kez avukatlar, sermaye şirketlerinin bir altında birinci sınıf tüccarlarla aynı kademe içinde gruplandırılmıştır. Çalışmamızda açıklandığı üzere ikinci sınıf tüccarlar ekonomik, mali, sınıfsal, vergisel, defter tutma, belge düzeni gibi birçok alanda serbest meslek erbabıyla benzer özellikler taşıdıkları halde bu kesim serbest meslek erbabına göre daha alt kademelere alınarak ceza tutarları daha düşük belirlenmiştir. Doğrusu, bu ülkenin entelektüel insan kaynağını oluşturan kesimleri için yüksek vergi cezaları öngörülmesini anlamış değiliz.

ÇALIŞMA HAYATININ DENETİMİNDE YETKİLİ KİŞİLER TARAFINDAN DÜZENLENEN TUTANAKLARIN İSPAT GÜCÜ

*In The Control of Working Life, Weight-of-Evidence of
Proceedings Organized By Authorities*

Doç. Dr.Halil YILMAZ*

ÖZET

Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek, çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla ödevlidir (AY. m. 49/2). Belirtilen nedenle devlet, 4857 sayılı İş Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndaki düzenlemelerle;

- Çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler, denetler ve teftiş eder,
- Sosyal güvenliğe ilişkin olan yasaların uygulanmasının denetimini yapar.

Anılan görevler, teftiş ve denetlemeye yetkili memurlar ve müfettişlerce yerine getirilir. Kanun koyucu, söz konusu kanunlara koyduğu hükümlerle, çalışma hayatının izlenmesi ve denetlenmesi işini yerine getiren kamu görevlilerinin çalışma hayatıyla ilgili mevzuatın uygulanmasıyla ilgili tespit tutanaklarının, aksi kanıtlarıncaya kadar geçerli belgelerden sayılacağını bildirmiş, böylece, borçlarını ihlal ederek çalışma hayatının düzenini bozanlara karşı kamu yönetimini etkili kılmaya çalışmıştır.

Anahtar Sözcükler: İş ve sosyal güvenlik hukuku, teftiş, tutanak, ispat gücü.

ABSTRACT

According to constitution, its duty of government taking measures to raise the standard of living, improve the Professional life, defend people who work and unemployed, support working, creating an environment that adequate to prevent unemployment and maintain work peace (AY.m.49/2). For this reason, government,

-follows up the holding of legislations which are about business life, controls and inspects them,

- Inspects the acts about social security.

The duties are performed by inspectors. Legislator has declared that the inspectors' reports about their duties will be valid if someone doesn't prove their invalid. Thus, it's tried to provide forcefulness of legislations against the people who infringe the provisions.

Keywords: Labour and social security law, investigate, proceeding, weight-of-evidence.

* Yargıtay Üyesi.

I. GİRİŞ

İşçi, çalışma hayatında emeğinin karşılığı ve tek gelir kaynağı olan ücreti ile geçimini sağlayan kişidir. İş sözleşmesinden kaynaklanan bireysel alacakları, iş güvenliği, sosyal güvenlik ve hizmetlerinin tespiti ile ilgili şikâyetlerinin en kısa zamanda çözülmesi, bu kişiler için hayati önem taşımaktadır. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek, çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla ödevlidir (AY. m. 49/2). Bu ödevin bir uzantısı olarak devlet, 4857 sayılı İş Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yaptığı düzenlemeler yoluyla, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler, denetler ve teftiş eder. Sosyal güvenliğe ilişkin olan yasaların uygulanmasının denetimi ve teftişi işi bir devlet görevidir⁹². Anılan görevler, teftiş ve denetlemeye yetkili memurlar ve müfettişlerce yerine getirilir. Kanun koyucu, söz konusu kanunlara koyduğu hükümlerle, çalışma hayatının izlenmesi ve denetlenmesi işini yerine getiren kamu görevlilerinin çalışma hayatıyla ilgili mevzuatın uygulanmasıyla ilgili tespit tutanaklarının, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli belgelerden sayılacağını bildirmiş, böylece, borçlarını ihlal ederek çalışma hayatının düzenini bozanlara karşı kamu yönetimini etkili kılmaya çalışmıştır.

İş davalarında ispat özel önem taşımaktadır. İş hukukunun işçiyi koruma işlevi nedeniyle, iş yargılamasında ispat hususu, genel yargılamaya kıyasla farklı ve kendine özgü değerlendirmelere tabi tutulmaktadır⁹³. İş yargısında, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 92/son, 5510 sayılı kanunun 59/2 ve 6331 sayılı kanunun 24/1. maddesi hükmü uyarınca, müfettişler veya görevli memurlar tarafından tutulan tutanaklar, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir⁹⁴. Diğer bir anlatımla; yetkili kişilerce düzenlenen ve tarafların çekince koymaksızın imzaladığı tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli, kesin delil kabul edilmektedir⁹⁵. Aksi ise kural olarak ancak yazılı delille kanıtlanabilir.

Müfettiş veya görevli memurlarca tutulan tutanakların, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli delil kabul edilebilmesi için, bazı özellikleri taşıması gerekir. Tutanakla-

⁹² Bıyıklı Hasan, Sosyal Ceza Hukuku, Ankara 1983, s. 300.

⁹³ Ürcan Gülümden, "Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Senetle İspat", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 767.

⁹⁴ "506 Sayılı Kanunun 130. maddesi hükmüne göre Kurum müfettişi tarafından usulünce düzenlenmiş tutanaklar, aksi eşdeğerde delillerle kanıtlanıncaya kadar geçerli belgelerdendir. Anılan maddede 25.08.1999 tarih ve 4447 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle de "sigorta müfettişlerinin bu kanunun uygulanması bakımından İş Kanununda belirtilen teftiş, kontrol ve denetleme yetkisini haiz bulundukları" öngörülerek bu yönde 4857 sayılı İş Kanununun 92/son maddesine yollamada bulunulmakla, geçerli biçimde düzenlenen tutanak aksinin eşdeğerde delillerle ispatlanması gereğine ilişkin ilke aynen muhafaza edilmiş olup, eldeki davada, aksi eş değerde delille ispatlanamayan Kurum müfettişinin 24.03.2003 tarihli usulünce düzenlenmiş Yerel Denetim tutanağı esas alınarak, davalı işverene ait işyerinde 01.01.2002-24.03.2003 tarihleri arasında davacının hizmet akdi ile çalıştığına tespitine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir" (YHGK'nun 25.02.2009 tarih, 2009/41-93 sayılı kararı).

⁹⁵ "...Davalı işverenin dahi imzası bulunan tutanakta, sigortalı işçinin işyerinde ağır işte çalıştırılmak üzere alındığı yazılıdır. Bu tutanak İş Kanununun 89. maddesinin son fıkrasında belirlenen aksi sabit oluncaya kadar geçerli belgelerdendir. Öbür yandan işverenin kaydı ihtirazi koymadan imzasını taşıyan belge, kural olarak eşdeğerde belgelerle çürütülebilir. Her halde tanık sözleri ile bu belgenin çürütülmesine imkan yoktur" (Y. 10. HD'nin 21.3.1977 tarih, 6722-2051 sayılı kararı).

rın, müfettiş veya memurlar tarafından belgelere dayalı olarak düzenlenmiş olması, belgeye dayalı olmamakla birlikte, düzenlenmesinde hazır bulunan işveren, işçi veya üçüncü kişi beyanları uyarınca düzenlenerek, doğruluğu ilgili kişilerin imzaları ile tasdik edilmiş ve imza inkarına konu olmamış olması gerekir. Bu çalışmada, müfettiş ve görevli memurların şikâyetlere veya genel denetimlere ilişkin olarak düzenledikleri tutanakların, iş davalarındaki delil olma niteliği irdelenecektir.

II. Çalışma Hayatının Denetiminde Yetkili Makamların Tutanak Düzenleme Yetkisi

1. Yetkili Makamlar

Devlet, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler, denetler ve teftiş eder (İK m. 91). “Çalışma mevzuatı” deyimi, çırak ya da işçilerle işverenler arasında çalışmadan doğan ilişkileri düzenleyen, çalışma hayatıyla ilgili, yasa, tüzük ve yönetmelikleri (İş Teftiş Tüzüğü m. 2/B) ifade eder. Devlet, bu işi, müfettişleri aracılığıyla yapar. İş müfettişleri, iş sözleşmesi devam eden işçilerin özellikle yaşamına, sağlığına, güvenliğine, eğitimine, dinlenmesine veya oturup yatmasına ilişkin şikâyetleri ile ilgili rapor ve tutanak hazırlamaktadırlar. İşçi şikâyetleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş müfettişleri tarafından incelenmekte ve sonuçlandırılmakta iken, 6111 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle iş sözleşmesi fiilen sona eren işçilerin kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin şikâyetlerini inceleme yetkisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerine verilmiştir⁹⁶. Bundan böyle, iş sözleşmesi sona eren işçinin, bireysel alacaklarına ilişkin şikâyetleri konusunda başvuracağı makam, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüdür. Kanunun gerekçesine göre, asli görevleri işyeri denetimi olan iş müfettişlerince, iş sözleşmesi sona ermiş işçilerin iş sözleşmesinden kaynaklanan kişisel alacaklarına ilişkin şikâyetlerinin incelenmesi, bu incelemenin işyeri denetimini gerektirmemesi, belgeye dayalı incelemeler olması nedeniyle tam anlamıyla bir teftiş ve denetim faaliyeti olmayıp, bu şikâyetlerin sonuçlandırılmaya çalışılması, bugünkü haliyle hem uzun zaman almakta hem de iş müfettişlerinin asli görevleri olan işyeri denetimlerinden geri kalmalarına neden olmaktadır. Bu nedenle, iş sözleşmesi fiilen sona eren işçilerin kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin işçi şikâyetlerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüklerince incelenebilmesine imkân tanınarak iş müfettişlerinin asli görevleri olan işyerlerinin teftiş ve denetimine yoğunlaşmaları, öte yandan işçi şikâyetlerinin hızlı bir şekilde sonuçlandırılması amaçlanmaktadır.

5510 sayılı kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetim ve kontrolü, eski adı sosyal güvenlik memuru yeni adı ise sosyal güvenlik denetmeni ve denetmen yardımcısı olan, kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütülür (m.59)⁹⁷.

⁹⁶ 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu’nda değişiklik yapılmıştır. 02/11/2011 tarihli ve 28103 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁹⁷ Denetmen ve denetmen yardımcılarının görevleri yönetmeliğin 24. maddesinde; yetkileri 25. maddede; sorumlulukları 27. maddede; rapor ve tutanakların düzenlenme usulü 28. maddede; raporlar üzerinde yapılan işlemler ise 29. maddede gösterilmiştir (Resmi Gazete 11.10.2011).

İşçi Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerinin uygulanmasının izlenmesi ve teftişi ise, iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili Bakanlık iş müfettişlerince yapılır. Dolayısıyla, çalışma hayatıyla ilgili mevzuatı izleme, denetleme ve teftişle ilgili resmi makam ve kişiler Çalışma Bakanlığı ile bakanlığın yetkili memurlarıdır. Bu kişiler iş müfettişleri, sosyal güvenlik denetmenleri ile çalışma ve iş kurumu il müdürlüğü memurlarıdır.

2. Yetkilerin Kapsamı

Çalışma hayatının denetimine ilişkin yasal düzenlemelere bakıldığında, bireysel iş hukukuna (4857 sayılı İK m. 92), sosyal güvenlik hukukuna (5510 sayılı SS-GSSK m. 59) ve iş güvenliği ve sağlığına (6331 sayılı yasa m. 24) ait olmak üzere üç ayrı yasada müfettiş ve yetkili memur tutanaklarının, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli kabul edildiği görülmektedir. Söz konusu husus, tüzük ve yönetmeliklerdeki hükümlerle de desteklenmiştir. Anılan kanunlardaki hükümlere bakılacak olursa, İş Kanunu'ndaki düzenlemenin doğrudan ve diğerlerine göre daha geniş kapsamlı tutulduğu görülecektir. İş Kanunu anlamında, hem çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri, hem de işçi şikayetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü (çalışma ve iş kurumu il müdürlüğü) memurları tarafından tutulan tutanaklar, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli kabul edilirken, konuya 5510 sayılı kanun açısından yaklaşıldığında, sadece kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları (sosyal güvenlik denetmeni ve yardımcıları) tarafından düzenlenen tutanaklar, aksi sabit oluncaya kadar geçerli kabul edilmiştir (m. 59). 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise, 4857 sayılı İş Kanunu'na göndermede bulunmak suretiyle, bu kanun hükümlerinin uygulanmasının izlenmesi ve teftişinin, iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili bakanlık iş müfettişlerince yapılacağını belirtmektedir. Bu kanun kapsamında yapılacak teftiş ve incelemelerde, göndermede bulunulan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 92. maddesinin uygulanacağı belirtilmekle, bakanlık iş müfettişleri tarafından iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tutulan tutanaklar da, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli kabul edilecektir (m. 24). Anılan yasalar genelde aynı hususu düzenlemekle birlikte, aradaki küçük farklılıklar, her yasanın kendi özel düzenleme alanının ve amacının farklı olmasından kaynaklanmaktadır. İnceleme konumuz bakımından, düzenlemeler bağlamında oluşan ortak noktanın, yetkili memurlarca tutulan tutanakların, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli kabul edilmiş olmasıdır. Bunun sonucu olarak bu tutanaklar hakimi bağlar; tutanağa dayanan taraf bunun doğru olduğunu ispat etmek zorunda değildir. İspat yükü, tutanağı kabul etmeyen tarafa düşer. Ancak bu ispatın nasıl gerçekleştirileceği kanun tarafından belirlenmemiştir.

İş hayatının izlenmesi, denetlenmesi ve teftişiyle ödevli olan iş müfettişlerinin işyerine girme ve işyerinde inceleme yapma yetkisi vardır. Bu kapsamda işyerlerini ve eklentilerini, işin yürütülmesi tarzını ve ilgili belgeleri, araç ve gereçleri, cihaz ve makineleri, ham ve işlenmiş maddelerle, iş için gerekli olan malzemeyi gerektiği zamanlarda ve işçilerin yaşamına, sağlığına, güvenliğine, eğitimine, dinlenmesine veya oturup yatmasına ilişkin tesis ve tertipleri her zaman görebilir, araştırabilir, gerekirse bunlara elkoyar, işyerinden örnek alabilir ve ilgililerin ifadesini alabilirler⁹⁸. Bu kanunla (İş Kanunu) suç sayılan eylemlere rastladığı zaman İş Teftişi Tü-

⁹⁸ Süzek Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s. 161 vd.; Akyigit Ercan, İş Kanunu Şerhi, Ankara

züğünde açıklanan şekillerde önlemek yetkisine sahiptirler (m. 92). Ancak müfettişlerin doğrudan icrai karar alma, başka bir ifadeyle işverenlere doğrudan doğruya emir verme yetkileri bulunmamaktadır. Müfettişin raporu üzerine işverenlere gereken emirleri verme, icrai karar alma, kısaca son karar alma yetkisi bölge çalışma müdürlerine aittir⁹⁹.

Müfettiş veya yetkili memurlarca tutulan tutanaklar ile ne ispat edilecek ya da bu kişilerin hangi konulara ilişkin tuttuğu tutanaklar ispat gücünü haiz olacaktır. Yargıtay, ihbar tazminatının ödenmediğini belirten ve işveren temsilcisinin imzasını da içeren iş müfettişliği raporu¹⁰⁰ ile sigortalı işçinin işyerinde ağır işte çalıştırılmak üzere alındığı yazılı olan ve işveren tarafından imzalanan tutanağı İş Kanunu'nun 92. maddesinin son fıkrasında belirlenen aksi sabit oluncaya kadar geçerli belgelerden saymıştır. Ayrıca, müfettiş tarafından tutulan tutanakla, satıştan elde edilecek meblağ üzerinden işçilere prim ödendiğinin kabul edilebildiği¹⁰¹; işe başlangıç tarihinin¹⁰²; yıllık izin hakkının bulunup bulunmadığının¹⁰³; işçinin işe devamsızlığının bulunup bulunmadığının¹⁰⁴; işyerindeki vardiya sistemi ve fazla mesai yapılıp yapılmadığının¹⁰⁵; feshin kimin tarafından yapıldığı ve bununla bağlantılı olarak işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığının¹⁰⁶ tespit edilebildiği görülmektedir.

Sosyal güvenlik denetmenleri, 5510 sayılı kanunun uygulanmasına ilişkin işlemleri denetler. Kurum memurlarının görevleri sırasında tespit ettikleri Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemler, yemin hariç her türlü delile dayandırılabilir. Bu kanunun uygulanması bakımından, kurumun görevlendirilmiş memurları, 4857 sayılı İş Kanunu'nda belirtilen denetim, teftiş ve kontrol yetkisini de haizdir¹⁰⁷. Bu kapsamda olmak üzere, denetime yetkili memurlar sigortalının çalışmaya başlama tarihini¹⁰⁸; işçi ücretinin miktarını¹⁰⁹ ve boşandığı halde boşan-

2008, s. 2316-2317; Sarı Osman, Türkiye'de İşyeri ve Sendika Denetimi, İstanbul 1997, s. 89 vd.

⁹⁹ Süzek, age, s. 313-314.

¹⁰⁰ Y. 9. HD'nin 15.5.2001 tarih, 2001/5601-8442 sayılı kararı.

¹⁰¹ YHGK'nun 24.3.1999 tarih, 1999/10-173-178 sayılı kararı.

¹⁰² "Bölge Çalışma Müdürlüğünce yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporda davacının işyerinde 1.3.1998 tarihinde işe başladığı belirtilmiştir. Gerçekten sigortalı işe giriş bildirgesinde bu tarih gösterilmiştir. Dinlenen tanıklar soyut beyanlarda bulunmuş olduklarına göre anılan raporun aksinin ispat edildiği sonucuna varılamaz" (Y. 9. HD'nin 21.01.2002 tarih, 2001/16358-398 sayılı kararı).

¹⁰³ "Bölge Çalışma Müdürlüğü belirlemesi aksi ispat edilinceye kadar doğru sayılacağından, yıllık izin ücreti ile ilgili bu değerlendirme dikkate alınarak bu alacak hakkında karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Y. 9. HD'nin 14.11.2005 tarih, 2005/32427-35925 sayılı kararı).

¹⁰⁴ Y. 9. HD'nin 17.3.2003 tarih, 2002/16031-4213 sayılı kararı.

¹⁰⁵ Y. 9. HD'nin 03.4.2001 tarih, 2001/1886-5422 sayılı kararı.

¹⁰⁶ Y. 9. HD'nin 01.12.1992 tarih, 1992/4801-13097 sayılı ve 23.12.2008 tarih, 2008/32702-35182 sayılı kararları.

¹⁰⁷ Okur Ali Rıza/Güzel Ali/Canıklıoğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2012, s. 260.

¹⁰⁸ Y. 10. HD'nin 10.5. 2010 tarih, 2010/2458-6793 sayılı kararı; "...Bölge Çalışma Müdürlüğü iş müfettişi davacının işe giriş tarihini 20.4.1998 tarihi olarak saptamıştır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 89/son maddesi uyarınca, müfettişlerinin tespitiye yönelik raporları aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Davacı bu kayıtların aksine 20.4.1998 tarihinden daha önce çalıştığını ispat edememiştir. Bu tarih esas alınarak tazminat ve alacaklar hesaplanmalı ve karar altına alınmalıdır" (Y. 9. HD'nin 18.4.2005 tarih, 2004/24899-13564 sayılı kararı).

¹⁰⁹ Y. 21. HD'nin 24.9.1998 tarih, 1998/5758-5826 sayılı ve 01.4.1998 tarih, 1998/2078-2448 sayılı kararları.

dığı eşiyle fiilen birlikte yaşayıp yaşamadığını(5510 sayılı kanunun 56. maddesi gereği)¹¹⁰ tespiti yetkilidir.

Çalışma bakanlığı iş müfettişleri de, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin uygulanmasını iş sağlığı ve güvenliği yönünden izler, denetler ve teftiş eder. İşyerlerinde incelemelerde bulunan müfettişler raporlarında, iş kazasının meydana geliş şekline ilişkin işçi, işveren ve tanık ifadeleri ile işçilerin çalışma koşulları konusunda edindikleri bilgilere yer verirler.

III. Tutanakların İş Yargılamasında Delil Olması

Denetim kurumları ülkemizde önemli bir etkiye sahiptir. Yaptıkları işlemler resmi işlemlerdir. Toplumsal barışın sağlanması, inceleme konusu yapılan olayların, raporlarında doğru/dürüst, özenli, profesyonel, objektif, maddi gerçeğe uygun, etik kurallarını içerir, sağlıklı ve adaletli bir şekilde değerlendirilmesine ve somut kanıtlarla delillendirilmesine dayalı olmasından geçmektedir¹¹¹. Müfettiş ve yetkili memur tutanakları, diğer takdiri delillere oranla aksinin ispatı oldukça zor olan bir delildir. Bu zorluk nedeniyle mevcut hukukî durumun değişmesine neden olabilmektedir¹¹². Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftiş yetkili iş müfettişleri ile işçi şikayetlerini incelemekle görevli çalışma ve iş kurum il müdürlüğü memurları (m. 92) ve sosyal güvenlik kurumu denetmenleri tarafından düzenlenen/tutulan tutanaklar (m. 59) İş Kanunu'na göre aksi kanıtlanıncaya kadar, 5510 sayılı kanuna göre ise aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Kanun koyucu, tutanağın "aksi sabit oluncaya veya kanıtlanıncaya kadar geçerli" olması ifadesi ile, aksi veya yanlışlığı kanıtlanıncaya kadar bu tutanakların ve yazılanların doğru kabul ediliyor olması gerektiğini anlatmak istemektedir¹¹³. Bu demektir ki, müfettiş ve yetkili memurların yaptıkları işlemler doğru ve gerçektir. Benzer bir düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 204/2. fıkrasında yapılmıştır. Buna göre "...yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılır". Bu nedenle hakim, HMK'nin 204/2. maddesi kapsamında kalan müfettiş tutanakları ile tespit edilen vakıaları ispatlanmış saymak zorundadır. Burada hakimin takdir yetkisi yoktur¹¹⁴.

Müfettiş ve yetkili memur tutanaklarının aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli sayılmasındaki temel düşünce, kamuya olan güvenilirlik karinesidir. Güvenilirlik karinesinden kasıt, bu kişilerin (müfettişin/memurun) kendi gözlem ve eylemleri sonucu elde ettiği ve tutanağa geçirdiği hususlara, ispat imkanı sağlamak amacıyla delil değeri tanınmasıdır. Tutanaklara olan güvenilirlik karinesi ile elde edilen ispat kolaylığına karşı, karşı tarafa bu tespitleri çürütme imkanı tanınmalıdır. O nedenle, kanun koyucunun kullandığı bu ifadeden başka bir sonuç daha çıkmaktadır. Müfettiş veya yetkili memurlar tarafından tutulan/düzenlenen tutanakların, aksi kanıtlanabilen belgeler olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, tutanaklar usul huku-ku bakımından, aksi kanıtlanabilen adi bir karine hükmündedir. Yargıtay'ın da bu

¹¹⁰ Y. 21. HD'nin 08.5.2012 tarih, 2010/11523-7577 sayılı kararı.

¹¹¹ Yılmaz Ejder, "Alt İşverenlik İlişkinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası", Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2009, s. 12.

¹¹² Yılmaz, agm, s. 7.

¹¹³ Bıyıklı, age, s. 344.

¹¹⁴ Süzek, age, s. 316.

yönde kararları vardır¹¹⁵.

Kanunda açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, kanımıza göre, ilgili hükümlerdeki (m. 92) ‘tutanak’ kavramı, hem müfettiş hem de çalışma ve iş kurumu il müdürlüğü memurları tarafından tutulan tutanakları kapsamaktadır. Hukukta “tutanak” tabiri, genel olarak bir konuyu sonuca bağlamak için yapılan görüşme aşamalarının ve kararların yazıya bağlanması anlamındadır¹¹⁶. Rapor ise, belli bir konunun incelenmesinden sonra sonuca bağlayan yazıdır¹¹⁷. Gerek 4857 sayılı gerekse 5510 sayılı kanundaki “tutanak” tabiri, geniş anlamda ele alındığında; gerekçeli rapor tabirini de kapsamaktadır.

Söz konusu olan, müfettiş tutanaklarının aksi sabit oluncaya kadar geçerli sayılması olunca, benzer bir düzenleme İş Kanunu’na göre çıkarılan alt işverenlik yönetmeliğinde de yapılmıştır¹¹⁸. Alt işverenin işyerine ait belgeleri iş müfettişlerince incelenebilir. Zira İş K. m.3/2 cümle 2 hükmü, işyerine ait belgelerin gerektiğinde iş müfettişlerince inceleneceğini düzenlemiştir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin iş müfettişlerince incelenmesi sonucunda muvazaanın tespitine ilişkin gerekçeli müfettiş raporu bölge müdürlüğünce işverenlere tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren 6 işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir (Yönetmelik m. 13/1). Rapora 6 işgünü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaanın tespitini onamış ise tescil işlemi bölge müdürlüğünce iptal edilir ve alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır (m.13/2). Söz konusu düzenleme pek çok açıdan sakıncalar içermektedir. Öncelikle, çoğu kez güç ve yargısal bir incelemeyi gerektiren muvazaanın tespiti görevinin, İş Kanunu’nun 3. maddesi ile iş müfettişlerine verildiği görülmektedir. Oysa iş müfettişi, yaptığı inceleme sonucu ancak yönetim hakkının kimin tarafından kullanıldığı, işçinin seçiminin, denetiminin, disiplin hükümlerinin, fesih yetkisinin kimin tarafından kullanıldığı ve yine ücretlerin kimin tarafından ödendiğini tespit edebilir¹¹⁹.

Yukarıda anılan mevzuatta geçen düzenlemeler, ispat hukuku bakımından ilgililerin durumunu (lehine veya aleyhine olmasına göre) güçlendirmekte veya zayıf-

¹¹⁵ “Davacı işçinin çalıştığı işyerinde ekonomik kriz sebebiyle bir-iki aylık ücretin ödenemediği, önceki tarihlerde de ücret ödemelerinin gecikerek yapıldığı konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Ancak 1.9-20.11.1999 tarihinde ücretlerin ödenmediğini gerekçe göstererek davacı ve bir kısım işçiler toplu halde işbaşı yapmadıkları ve işyerindeki üretimin durmasına neden oldukları gibi, gece ve gündüz vardiyalarına katılarak çalışmak isteyen işçilerin de işyerine girmelerini engelledikleri işyerinde çeşitli kademelerde çalışan dava tanıklarının çok açık ve ayrıntılı anlatımlarından anlaşılmaktadır. Mahkemece Bölge Çalışma Müdürlüğü tarafından yapılan soruşturma sonucunda düzenlenen rapora göre, davalı işverenin feshinin haklı nedene dayanmadığı görüşüne değer verilerek ihbar ve kıdem tazminatı istekleri kabul edilmiş ise de az önce vurgulanan davalı tanıklarının anlatımları, işyerinde, olayı müteakip tutulan, tutanak ve konunun emniyet müdürlüğüne ve Jandarma komutanlığına işveren tarafından intikalini sağlayan yazılar karşısında müfettiş raporunun içeriğinin aksinin isbat edildiği sonucuna varılmalıdır. Öte yandan davacının gösterdiği tanıklar fesih konusu olayla ilgili bir açıklamada bulunmuş değillerdir. Bu delil durumuna göre işveren tarafından gerçekleştirilen feshin haklı nedene dayandığı kabul edilerek kıdem ve ihbar tazminatı istekleri reddedilmelidir” (Y.9. HD’nin 22.01.2002 tarih, 2001/20341-585 sayılı kararı).

¹¹⁶ Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1982, s. 488.

¹¹⁷ Bozkurt Ömer/Ergun Turgay/Sezen Seriya, Kamu Yönetimi Sözlüğü, Ankara 1998, s. 212.

¹¹⁸ Yılmaz, agm, s. 19.

¹¹⁹ Alpagut Gülsevil, “Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin Hukuka Aykırılığı Üzerine”, İşveren Dergisi, Kasım 2008, s. 58-62; Centel Tankut, “Alt İşverenlik Yönetmeliği, İşveren Dergisi, Kasım 2008, s. 56 vd.

latmaktadır. Bu nedenle, anılan kanun hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, yetkili makamlar tarafından tutulan tutanakların geçerli olabilmesi için bir takım unsurları taşıması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki hareket noktası, ilginin imzası, çekince ileri sürmemesi ve tutanağın dayanaklarının bulunmasıdır.

1. Tutanaklar Gerekçeli Olarak Düzenlenmiş Olmalı

İş müfettişi veya yetkililer tarafından yapılan incelemelere dayalı tutanakların, değerlendirildiği ve varılan sonucun yazıya geçirildiği raporların, sırf bu kişiler (müfettiş/memur) tarafından düzenlenmiş olmaları anılan kanun hükümleri (4857 sayılı İş Kanunu'nun 92/son ve 5510 s.k. m. 59. maddesi) kapsamında kabulleri için yeterli değildir. Keza tutanak, sadece dosyaya sunulan değerlendirme bölümü görülerek hükme esas alınamaz. Bu nedenle, öncelikle tutanağın belirli bir içeriğe sahip olması gerekir. Tutanağın içeriğinden maksat, tespit edilen hususa ilişkin olarak bir sonuç bildirmiş olmasıdır. Ayrıca tutanağın dayanakları ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Tutanağın delil olabilmesi için, gerekçeli, başka bir anlatımla, dayanaklarının olması gerekir. Bu dayanaklar sayesinde taraflar, tespitlerin doğru olup olmadığını anlayabilirler. Tutanaklara ve özellikle iş müfettişinin tutanağına karşı mahkemeye itiraz edilebildiğine göre, tutanaktaki dayanakların hukukî ve olayla ilgili açıklamaların somut olması gerekmektedir. Böylece tutanak, hakimce denetlenebilir, keyfiliğin önüne geçilebilir. Tutanağın tespit ettiği husus gerçeği yansıtmalı, bir başka ifadeyle sahte olmamalıdır. Bu nedenle, Yargıtay, kimi kez müfettiş tutanağının tatmin edici olmaması halinde ayrıca araştırma yapılmasını istemektedir¹²⁰. Bunun için mahkemece, tutanağın tamamı ile eklerinin ilgili merci veya kurumdan istenmesi ve değerlendirilmesi gerekir¹²¹.

2. Doğruluğu İlgili Kişilerin İmzaları ile Tasdik Edilmiş Olmalı

Yetkili memur iş yerini denetlerken, bilgisine başvurduğu kişilerin veya tarafların, kısaca tutanaktaki sonuca ulaşmayı olanaklı kılan ifade sahiplerinin imzalarını almak zorundadır. İşveren yerine tutanağın temsilcisi veya işveren vekili tarafından imzalanması mümkündür. İşveren temsilcisinin beyanı işvereni bağlar. İşçinin ayrıca bu tutanağın aksini ispatı gerekmez¹²².

¹²⁰ "Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, işverenin düzenlediği tutanaklar cümlesinden olarak vizite kağıdında ve bunu esas olan müfettiş raporunda davacıların miras bırakanı İsmet Şaşkın'ın işyerindeki hizmet karşılığı günlük ücretinin brüt 283.333.- TL olarak belirlenmesine, mahkemenin araştırma sonucu saptadığı günlük net ücretin ise 500.000.- TL olmasına, böylece tesbit edilen bu ücretler arasında fahiş bir farklılık görülmesine, adı geçen miras bırakanın 14 günlük çalışmasına ilişkin ücret bordrosunda imzasının bulunmamasına, bu durum karşısında müfettiş raporunun yerli ve kanaat verici bulgulara dayanmadığından aksinin kanıtlanmış olduğunun kabulü gerekmesine göre usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir" (YHGK nun 28.6.2000 tarih, 2000/1060-1080 sayılı kararı).

¹²¹ YHGK'nun 04.02.2009 tarih, 2009/2-48 sayılı kararı.

¹²² "Dosya içerisinde bulunan ve Bölge Çalışma Müdürlüğü İş Müfettişliğince tanzim edilen rapor ve tutanaktaki işveren temsilcisi, davacının müracaat etmesi halinde ikramiye alacağı ile ayakkabı parasının ödeneceğini beyan etmiştir. Davalı işveren yargılamaya aşamasında aksine bir kanıt sunmadığına göre ikramiye ve ayakkabı parası alacaklarının belirlenerek hüküm altına alınması gerekir. Bu nedenle, davacı tarafın kanıtlamadığı gerekçesi ile bu isteklerinin reddi hatalıdır" (Y. 9. HD nin 17.5.2001 tarih, 2001/5576-8430 sayılı kararı); "davacının Kocamustafapaşa işyerinde 13.09.2005 tarihinde çalışmaya başladığına ilişkin tespitin davacı tarafından da imzalandığı, yazılı delil niteliğindeki bu belgenin aksinin ancak eş değerdeki belgelerle ispatlanması gerektiği Mahkemece, dosyadaki yazılı belgeler karşısında aksi ispatlanamadığından istemin reddine karar vermek gerekir" (Y. 10. HD'nin 10.5.2010 tarih, 2010/2458-6793 sayılı kararı).

İşverenin veya temsilcisinin tutanağı imzalarken çekince koyması mümkündür. İşveren dışında, tutanakla tespit edilen husustan hakları etkilenecek olan diğer ifade sahipleri de çekince koyabilir. Çekince konulmadan imzalanan belge, kural olarak eşdeğerde belgelerle çürütülebilir¹²³. Tanık sözleri ile bu belgenin çürütülmesine imkan yoktur¹²⁴. İspatı gereken husus bir hukuki işlem değil de, hukuki fiil ise, Yargıtay, raporun aksinin tanıkla ispat edilebileceğine hükmetmiştir¹²⁵.

Tutanaklara, işçi ile birlikte işverenin ifadesinin de alınması gerektiği düşünülebilir ise de, ilgilinin kendisinden kaynaklanan tespitler bakımından bu zorunlu olmamalıdır¹²⁶. Tutanakta ilgilinin imzasının bulunmaması veya ifadesinin alınmaması halinde bir ayrıma gidilmesi gerekir. İlgili verdiği imzalı ifadesine dayalı olarak tespit edilen, fiili çalışmanın varlığı veya yokluğunun aksini iddia edemez. İlgilinin, aleyhine tespit içeren tutanakta imzası bulunsaydı, aksinin ancak eşdeğerde yazılı delillerle kanıtlanması gerekecekti. Ne var ki, tutanakta, ilgilinin imzası olmasa bile tutanak delil gücünü taşımaktadır. Tutanakta, aksini iddia eden kişinin imzası bulunmadığı takdirde, bu kişi tanık dinletebileceği gibi¹²⁷, mahkemece konunun sosyal güvenlik alanına girmesi halinde, gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından re'sen dahi araştırma ve inceleme yapılmalıdır¹²⁸.

Taraflar yetkili memur tutanağı ile belirlenen tazminat ve alacak miktarlarını kabul ettikleri veya itiraz etmedikleri takdirde, mahkemece ayrıca alacakların tes-

¹²³ "Miras bırakanın 14 günlük çalışmasına ilişkin ücret bordrosunda imzasının bulunmamasına, bu durum karşısında müfettiş raporunun yeterli ve kanaat verici bulgulara dayanmadığından aksinin kanıtlanmış olduğunun kabulünü gerektirir" (YHGK'nun 28/06/2000 tarih, 2000/1060-1080 sayılı kararı).

¹²⁴ YHGK'nun 14.11.1979 tarih, 1978/10-1014-1364 sayılı kararı; YHGK'nun 24.3.1999 tarih, 1999/173-178 sayılı kararı; YHGK'nun 19.4.2000 tarih, 2000/798-799 sayılı kararı.

¹²⁵ Yargıtay'ın fiili durumun ispatına ilişkin bir kararına göre; "Davacı şahitleri davacının hafta tatili ve genel tatil günlerinde de çalıştığını söylemişlerdir. Buna karşı davalı şahit dinletmemiştir. Bu durumda iş müfettişi tarafından tutulan tutanağın aksi ispat edilmiş olduğuna göre, çalışan hafta ve genel tatil günleri ücretine karar vermek gerekirken yazılı şekilde bu isteklerin reddi isabetsiz olup, bozmayı icap ettirmiştir" (Y. 9. HD'nin 02.3.1982 tarih, 1982/2235-2201 sayılı kararı; YKD 1982/8, s. 1121).

¹²⁶ YHGK'nun 2002/782-778 sayılı kararı.

¹²⁷ "Sosyal Sigortalar Kanununun 130. maddesi hükmüne göre Kurum müfettişlerince düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar müteberdir. Dosyada mevcut müfettiş tutanağında, davacının ifadesinin alınmadığı gibi imzasının dahi bulunmadığı görülmektedir. İşe giriş bildirgesinde işveren olarak gözüken Yusuf, müfettişe verdiği ifadesinde inşaatı, müteahhit Ahmet'e yaptırdığını, sigortalıyı, inşaatın son zamanlarında gördüğünü söylemektedir. Tutanağa göre, inşaat sahibinin, davacının çalışmalarıyla ilgili kesin bir bilgiye sahip olmadığı açıktır. İşe giriş bildirgesinin Kuruma verilmiş olması, sigortalının o iş yerinde bir gün süre ile çalıştığına karine teşkil ederse de, bu karinenin aksi her zaman kanıtlanabilir. Müfettiş tutanağı içeriğine göçe davacının sigortalılık başlangıcına esas olmak üzere işe giriş bildirgesinin verildiği tarihte fiilen çalışıp çalışmadığı kuşkuludur. O halde davacının, işe giriş bildirgesinin verilmiş olduğu tarihte çalışıp çalışmadığının kanıtlanması gerekmektedir. Müfettiş tutanağında, çalışmanın fiilen gerçekleşmediğine ilişkin, davacının imzası bulunsaydı aksinin ancak eşdeğerde yazılı delillerle kanıtlanması gerekecekti. Ne var ki tutanakta, davacının imzası olmasa bile tutanağın delil gücünü taşıdığı açık seçiktir. Tutanakta, davacının imzası bulunmadığına göre, davacının tanık dinletebileceği tartışmasız olduğu gibi mahkemece, gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından re'sen dahi araştırma ve inceleme yapılmalıdır. Somut olayda, müteahhit Ahmet'in, işe giriş bildirgesini, davalı Yusuf adına düzenlemiş olması olasıdır. O nedenle Ahmet ile davacının birlikte çalıştığı kimseler Kurum kayıtlarından belirlenip tanık sıfatıyla dinlenmeli, keza tutanak mumzi Yusuf'un bilgisine başvurulmalı ve deliller hep birlikte değerlendirilip varılacak sonuç uyarınca karar verilmelidir" (Y. 10. HD'nin 08.10.2001 tarih, 2001/6263-6599 sayılı kararı).

¹²⁸ Y. 10. HD'nin 08.10.2001 tarih, 2001/6263-6599 sayılı kararı (YKD 2002/3, s. 389).

piti için bilirkişi raporu aldirmaya veya bu yönde araştırma yapmaya gerek yoktur¹²⁹. Ancak tarafların müfettiş tutanağı içeriğini kabul etmeleri, mahkeme açısından her zaman bağlayıcı kabul edilmemektedir. Yargıtay, davalı işveren vekilinin, iş müfettişi raporundaki kusuru kabul etmesi nedeniyle, mahkemece herhangi bir kusur incelemesi yapılmaksızın, müfettiş raporundaki orandan kusurlu kabul edilerek, davanın kısmen kabulüne karar verilmesini, iş müfettişinin belirlediği kusur oranlarının, rücu davası yönünden herhangi bir bağlayıcılığı bulunmadığı, olayın oluşuna ilişkin tespitlerin aksi ispat edilebilir delil niteliğinde bulunduğu gerekçeyle yerinde bulmamıştır¹³⁰.

3. Kurum Kendi Yetkilisi Tarafından Tutulan Tutanaklara İtibar Etmek Durumundadır

Kurum kendi yetkili memurları tarafından tutulan ve geçerli kabul edilen tutanaklara itibar etmek durumundadır¹³¹. Kurumun kendi yetkili memurlarının tuttuğu tutanaklara itibar edilebilmesi için, tutanağın diğer itibar edilen delillerle çelişki oluşturmaması gerekir¹³².

4. Rapordaki Tespitlerin Aksi Hangi Delillerle İspat Edilebilecektir

Hukukta ispat konusu, hukuken önemli sayılan vakialardır. Bir vakıanın varlığı kadar, yokluğu da hukuken önemli olabilir. Kanunda, tutanakların aksinin hangi delillerle ispat edilebileceğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır¹³³. Müfettiş tutanağının, yazılı delil olması karşısında, aksinin eşdeğer bir delille, başka bir ifadeyle ancak yazılı bir delille ispat edilebileceği düşünülebilir¹³⁴ ise de, bu çıkarım her zaman doğru değildir. Yazılı bir delil olan tutanak, hukuki bir işlem değil de, hukuki bir fiili tespit ediyorsa, bunun aksi diğer takdiri delillerle, dolayısıyla tanıkla ispat edilebilir¹³⁵. Burada tutanaktaki tespitin aksini iddia eden kişinin, tutanakta imzasının bulunup bulunmadığı, imzası bulunuyor ise tutanaktaki tespite karşı çekince ileri sürüp sürmediğine de bakmak gerekir. O nedenle, davaya konu işçi alacağı olunca, işçi alacağının temelini oluşturan hukukî ilişkinin niteliğine bakmak gerekir. İşçi alacağı, iş kazası gibi hukukî bir fiilden kaynaklanıyorsa, iş-

¹²⁹ Y. 9. HD'nin 29.01.2001 tarih, 1352/1471 sayılı kararı.

¹³⁰ Y. 10. HD'nin 10.5.2012 tarih, 2011/3594 – 8446 sayılı kararı.

¹³¹ “Sosyal Sigortalar Kurumu, müfettiş raporundaki ücreti esas alarak geçici iş göremezlik ödeneği ödemiştir” (YHGK’nun 19.4.2000 tarih, 2000/798-799 sayılı kararı); YHGK’nun 12.6.2002 tarih, 2002/485-515 sayılı kararı

¹³² Örneğin, “Bölge Çalışma Müdürlüğüne yapılan tespitler İş Kanunu’nun 92. maddesi uyarınca aksi sabit oluncaya kadar muteber ise de, bu tespitler ile dosyadaki bilgi ve belgeler ve hatta Bölge Çalışma Müdürlüğüne alınan ifadeler ile çelişki içindedir. Bu durumda feshin haklı olduğu sonucuna varılarak ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmelidir” (Y. 9. HD’nin 16.02.2000 tarihi, 2000/2154-1674 sayılı kararı).

¹³³ “506 sayılı Yasanın 130, 1475 sayılı İş Yasasının 89. maddeleri gereğince teftişe yetkili memurlarca düzenlenen “İşyeri Durum Tespit Tutanakları” aksi sabit oluncaya kadar muteber belgeler olup, uyusmazlığa konu 13.11.2001 tarihli durum tespit tutanağının içeriğinin, işyeri tanığı ve işveren vekili tarafından da imzalarıyla beyan edilmiş olduğu dikkate alındığında, aksinin ancak doğruluğundan şüphe duyulmayacak nitelikte yazılı belgelerle ispatlanmasının mümkün olması karşısında; davanın reddine karar verilmesi gerekirken, Mahkemece salt tanık beyanlarına itibar edilerek istemin kabulüne karar verilmesi isabetsizdir” (Y. 10. HD’nin 09.02.2004 tarih, 2003/9143-664 sayılı kararı).

¹³⁴ Duman Barış, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2002, s. 103.

¹³⁵ Özdemir Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, s. 100.

verenin tanık beyanı, keşif veya bilirkişi raporu gibi takdiri delillere dayanarak, tutanakların aksini ispatlaması mümkündür (HMK m. 200)¹³⁶. Ancak, işçinin alacağı, iş sözleşmesinden kaynaklanıyorsa, bir hukukî işlem söz konusu olduğu için, iş sözleşmesi senet sayılacağından, senede karşı senetle ispat mecburiyeti ortaya çıkacaktır. İşverenin, kesin delillere dayanarak işçi alacağının bulunmadığını ispatlaması gerekir. Bu durumda işveren, senet, yemin ve kesin hüküm delillerine dayanabilir. Uygulamada, iş davalarında, yazılı bir belge olan ve bir hukuki işlemi içeren senet niteliğini haiz deliller, iş sözleşmesi, ücret hesap pusulaları, ücret bordroları, makbuz ve ibraname biçiminde ortaya çıkabilir¹³⁷.

Müfettiş tutanaklarının aksinin iddiası, bunların gerçeği yansıtmadığı ileri sürülmek suretiyle yapılır. Tutanakların gerçeği yansıtmadığı hususu, asıl davanın görüldüğü mahkemede veya açılacak ayrı bir dava ile başka bir mahkemede ileri sürülebilir. Sahtelik iddiası (örneğin imza inkarı veya yetkili kişi tarafından düzenlenmemesi) her türlü delil ile ispat edilebilir (HMK m. 208). Tutanağın sahte olduğunun iddia edilmesi demek, düzenleyenin haksız fiil işlemesi demek olduğundan, tanık ile de ispat edilebilir.

IV. Tespit Tutanağının Hukuki Niteliği

İş Kanunu'nun 92. maddesinin son fıkrasına göre, iş müfettişleri tarafından düzenlenen raporların ve tutulan tutanakların, işçi alacaklarına ilişkin kısımlarına karşı, taraflarca otuz gün içerisinde, yetkili iş mahkemesine itiraz edilmemesi halinde tutanak kesinleşmektedir. Bu düzenleme, iş müfettişi veya yetkili memurun tutanağını hukuken bir idarî işleme eş hale getirmiştir. Ancak iş müfettişi tutanağı teknik anlamda idarî işlemlerin özelliklerini taşımamaktadır. İdari işlemler, Anayasal sınırlar içinde görev ve yetkileri haiz olarak idarenin, yükümlülüklerini yerine getirme ve özellikle kamu hizmetlerini görebilmede sahip olduğu başlıca vasıtalardan biridir. Bir tasarruf veya kararın idari işlem sayılabilmesi için, bunun bir kamu kurumunca ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş olması ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması gerekir.

İş müfettişlerinin işyerlerindeki çalışma mevzuatının uygulanması ile ilgili tespitleri bağlayıcıdır. Kanunun açık hükmü gereği aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Mahkemeler bu tutanaklardaki tespitleri dikkate almak zorundadır. Tutanakta, aleyhine tespit içeren işçi ya da işveren itiraz etmediği takdirde, tutanak içeriği geçerli kabul edileceği için, yapılan tespit nedeniyle menfaati doğrudan etkilenmektedir¹³⁸. Söz konusu işlem, hukuki sonuçları göz önüne alındığında, kesin ve yürütülebilir etkili bir işlem değildir¹³⁹. İdari işlemin kesinliği, işlemin uygulan-

¹³⁶ Kurt Nesibe Konca, "İş Kanunu'nun 6111 sayılı Kanun ile Değişik 91. ve 92. Maddelerinin Medeni Usul ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 1-2, Şubat-Mart 2012, s. 77.

¹³⁷ Ürcan, agm, s. 770, 790, 799.

¹³⁸ Danıştay 12. Dairesi'nin (2004/4077-2005/1353 sayılı kararı); "Öte yandan, iptali istenen soruşturma raporunun, davacının herhangi bir şekilde menfaatini ihlal eden bir idari işleme dayanak alınması durumunda, bu işlemin idari davaya konu edilebileceği de kuşkusuzdur" (Danıştay 2. Dairesi'nin 2005/2684-2007/3695 sayılı kararı).

¹³⁹ Gözübüyük A. Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2006, s. 336 vd.; Erkut Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s. 139; Gözler

maya hazır ve tamamlanmış bir işlem olduğunu göstermektedir. İdari işlemin yürütülebilirlik özelliği ise, kamu gücünün üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini göstermesidir. Müfettiş tutanağı bu özellikleri taşımakta, bu haliyle adeta bir ön idari işlem ve hazırlık işlemi niteliğindedir. Çünkü, bu işlem yalnız başına ve doğrudan bir hüküm ifade etmemektedir. Müfettiş ya da tutanak düzenleyen memur, son karar alma yetkisine sahip değildir¹⁴⁰. Bu nedenle, idari işlem olarak iptal davasının konusu olamayacağından, itiraz merci olarak iş mahkemesi gösterilmiştir. Rapor veya tutanağın hüküm ifade edebilmesi, taraflarca otuz gün içerisinde itiraz edilmemesine (dava açılmamasına), itiraz edilmişse mahkemenin itirazı reddetmesine bağlıdır. İdari işlem niteliğini haiz olmayan müfettiş tutanakları, resmi evrak niteliğinde kabul edilerek aksi sabit oluncaya kadar geçerli¹⁴¹, güçlü bir delil niteliği tanınmıştır¹⁴².

Tutanakların aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli kabul edilmesi için, içerdiği konunun belirli bir değer ve belirli bir miktarın üzerinde olması koşulu yoktur. İşyerinde bulunan veya o anda ibraz edilen bir belgenin tutanakta adının geçmesi, o belgenin aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli belge sayılmasını gerektirmez. Müfettiş bu belgenin içeriğinin tahkikine muktedir olmadığından, böyle bir belgenin ayrıca mahkemede ilgisi tarafından ibraz edilmesi gerekir. Müfettiş tutanağını aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli belge sayılmasını sağlayan husus, müfettişin/memurun kendi gözlem ve eylemleri sonucu elde ettiği ve tutanağa geçirdiği hususlardır.

V. Tutanağın Tebliği

Kanunda tespit tutanaklarının/raporlarının taraflara tebliğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanımca iş müfettişi raporuna karşı (özellikle mahkeme-

Kemal, İdare Hukuku, Bursa 2003, s. 621.

¹⁴⁰ Süzek, age, s. 313-314.

¹⁴¹ YHGK'nun 24.3.1999 tarih, 1999/173-178 sayılı kararı.

¹⁴² "Dava, işyerinde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesinde öngörülen işçi ücretlerinin net ödenmesi hükmüne rağmen belirlenen net miktarın brüt olarak ödenmesine ilişkin toplu iş sözleşmesi aykırı işveren uygulamasının tespit edildiği tutanağa dayanan iş müfettişi raporunun iptaline ilişkindir. Kaldı ki, işverence toplu iş sözleşmesine aykırı yapılan uygulamayı tespit eden iş müfettişi raporunun 4857 sayılı İş Kanununun 91 ve 92/ son fıkrası uyarınca iş müfettişlerince işyerinde yapılan teftiş sonrası düzenlenen tutanaklar ve buna dayanan teftiş raporlarının aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. İşverence raporun aksi ispatlanmadığı, aksine tespit edilen hususların kabulünde olduğu dolayısıyla iş müfettişinin tespitlerinin doğru olduğu tüm dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Davanın reddi gerekir". (Y. 9. HD'nin 19.6.2008 tarih, 2008/17729- 2008/16448 sayılı kararı); "Davacı, ortağı olduğunu belirttiği limitet şirket işyerinde davalı Cezmi Sevinç'in 20.12.2000 tarihinde geçirdiği kazanın iş kazası olmadığının tesbitini istemiştir. Mahkemece talebin menfi tesbite yönelik olduğu gerekçesi ile davanın reddi doğru olmamıştır. Dosya içindeki 27.12.2002 tarih 91/33SR sayılı müfettiş raporuna göre davalı Cezmi Sevinç'in 20.12.2000 tarihinde davacının ortağı olduğunu iddia ettiği Partner Makine Plastik Tekstil Sanayi iç ve Dış Ticaret Ltd. Şti. işyerinde iş akti ile çalışırken iş kazası geçirdiği, işyeri kayıt inceleme tutanağına göre 12.06.2000-31.10.2000 tarihleri arasında işyerinde çalıştığının belirlendiği, ancak iş kazası geçirdiği tarihte bildirimsiz çalıştırıldığından 506 sayılı Yasanın 80. maddesi gereğince 1 günlük primin tahsilinin gerekeceği hususlarının belirlendiği anlaşılmıştır. 5510 sayılı Yasanın 59 (506 sayılı Yasanın 130.) maddesi hükmü gereği, Kurum müfettiş raporları aksi sabit oluncaya kadar geçerli belgeler olduğu açıktır. Dolayısı ile her zaman eşdeğer belgelerle aksi ispat edilmek üzere menfi tesbit davası açılması mümkün olduğu halde deliller toplanmadan müsbet bir durumun tesbiti istenebileceği, menfi bir durumun tesbiti istenemeyeceği düşüncesi ile dava ret edilmiştir (Y. 21. HD'nin 19.01. 2011 tarih, 2009/16355-201 sayılı kararı); Y. 21. HD'nin, 26.01.2006 tarih, 2005/9879-319 sayılı kararı.

de) itiraz edilebilecek olması karşısında, tebliğ yoluyla, rapor, aleyhine olan tarafa, hem kendini savunma olanağı tanınmış olacak, hem de işyerinde saptanan mevzuata aykırı uygulamaları öğrenme ve düzeltme fırsatı verilmiş olacaktır¹⁴³. Kaldı ki, raporun tebliğine ilişkin bir hüküm bulunmamakta ise de, bunu engelleyen ve yasaklayan bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle, hazırlanan gerekçeli rapor/tutanak, taraflara tebliğ edilmelidir. En azından tespit sırasında hazır olmayan ve tespit raporunda/tutanağında imzası bulunmayan ve özellikle hak alanını ilgilendiren kişilerin bilgilendirilmesi ve itiraz edilebilmesi açısından tebliğ gerekli bir koşuldur.

VI. Tutanaklara İtiraz Edilmesi

Yetkili memurlarca düzenlenen tutanakların, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli belge sayılmasıyla, bu tutanakların yönetimin elinde çalışma hayatının denetimi bakımından son derece etkili bir çare olduğu hemen anlaşılmaktadır. Uygulamada gelişigüzel tutanaklar tutulması mümkündür. Bu nedenle, kanun koyucu 92. maddede, iş müfettişleri tarafından düzenlenen raporların ve tutulan tutanakların işçi alacaklarına ilişkin kısımlarına karşı taraflarca otuz gün içerisinde yetkili iş mahkemesine itiraz edilebileceğini düzenlemiştir. Kanun yoluna başvurulması iş mahkemesince hüküm altına alınan işçi alacağının tahsiline engel teşkil etmez. Kanun, açıkça belirtilenler dışında, tutanakların iptali için ayrıca dava açılabilmesine ilişkin bir imkan tanımamıştır. Aksinin kanıtlanması bir savunma olarak ileri sürülebilir ise de, iptali için dava açılmaz. Kanun koyucu böyle bir yola imkan tanımak isteseydi açıkça düzenlerdi.

1. İtirazın Hukuki Niteliği

İş Kanunu'nun 92. maddesindeki başvuru, "itiraz" biçiminde gerçekleşmektedir. Medenî usul hukukunda itiraz müessesesi bulunmamaktadır. İş müfettişleri tarafından düzenlenen raporların ve tutulan tutanakların işçi alacaklarına ilişkin kısımlarına karşı taraflarca itiraz edilmesi, hukuki anlamda bir davadır¹⁴⁴. Davada, davacı ve davalı olarak iki taraf vardır¹⁴⁵. İş K. m. 92/sondaki itiraz davasında, davacı işçi, iş müfettişi raporunun aksine daha fazla alacak bulunduğunu iddia etmektedir. İşveren ise, rapor veya tutanak ile belirtilen alacağın tutarına itiraz ederek, böyle bir alacağın tamamen veya kısmen mevcut olmadığını iddia ettiğinden, işveren tarafından açılan dava menfi tespit davası niteliğindedir¹⁴⁶. Davacı işveren yönünden burada menfi (olumsuz) bir durumun ispatı söz konusudur. İspat yükü olumsuz iddia eden tarafa değil, olumluyu iddia eden tarafa aittir. Bunun nedeni, ispat yükü kendisine düşen tarafın delil göstermesi bakımından içinde bulunduğu durumudur. Ortada bir çekişmesiz yargı söz konusu olmadığından dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği gerekmektedir.

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Yetkili memurun raporu, idari işleme eş bir işlem gibi görünmekte ise de, kanunda bu raporlara karşı başvurulacak yargı mercii açıkça gösterilmiştir. İş K. m.

¹⁴³ Bıyıklı, age, s. 345.

¹⁴⁴ Yılmaz, agm, s. 13.

¹⁴⁵ Kurt, agm, s. 71.

¹⁴⁶ Kurt, agm, s. 72

92/3, ikinci cümle hükmü, görevli mahkemeyi iş mahkemesi olarak göstermiştir. Yetkili mahkeme bakımından ise kanunda özel bir hüküm getirilmemiş olduğundan, burada iş mahkemelerine ilişkin yetki kuralı uygulanmalıdır. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre, iş mahkemelerinde açılacak her davaya, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince yerleşim yeri mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Buna göre dava, işçinin davalı olması durumunda, işçinin yerleşim yeri veya iş yerinin bulunduğu yer iş mahkemelerinde açılır. İşveren davalı konumunda ise, işverenin yerleşim yeri veya iş yerinin bulunduğu yer iş mahkemeleri, davayı görme yetkilidir.

3. Dava Açma Süresi

İtiraz davasını açma süresi (m. 92), otuz gün olarak belirlenmiştir. Kanunda bu sürenin başlangıcı belirtilmemiştir. Bu durumda süre, rapor ya da tutanağın taraflara tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar (HMK m. 91). O halde davanın, yetkili memur raporunun taraflara tebliğinden itibaren işleyecek otuz gün içinde açılması gerekecektir. Buradaki süre hak düşürücü niteliktedir¹⁴⁷. Sürenin hak düşürücü süre olması nedeniyle uzatılması veya kısaltılması söz konusu olamaz. Kanun koyucunun, rapora itiraz yolunu getirmiş olması karşısında, rapordaki tespitlerin geçerlilik kazanması için, itiraz süresinin geçmesi, itiraz olduğu takdirde sonucunun beklenmesi gerekir. İtiraz olmazsa veya itiraz olup da reddedilirse, raporda tespit edilen işçi alacağı tahsile konulabilir hale gelecektir.

4. Yargılama ve Karar

Raporda tespit edilen işçi alacakları, esas olarak bu davanın konusunu oluşturmaktadır¹⁴⁸. İş Kanunu'nda iki madde dışında (m. 5 ve m. 20) ispat yükünün dağılımı konusunda İş Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir (HMK m. 190/1). Genel hükümlere göre açılan bir davada, ispat yükü davacıya aittir. Türk Medenî Kanunu'na (m.6) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (m. 190) göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. İşverenin açtığı itiraz davası bir menfi tespit davası niteliğindedir. Çünkü, davacı, bir hukukî ilişkinin veya borcun hiç doğmadığını ileri sürmektedir. Adi bir karine niteliğini haiz rapor ve tutanakları, mahkemeye sunmasıyla birlikte, işçi, alacağının varlığını ispat yükünden kurtulmuş olur¹⁴⁹. Mahkemede böyle bir raporun varlığını dosya içeriğinden anladığı takdirde kendiliğinden göz önüne alacaktır. İşverenin, rapor ve tutanakların aksini, diğer bir ifade ile işçi alacağının mevcut olmadığını ispat etmesi gerekir.

Rapor veya tutanakta belirtilenden fazla bir alacağının mevcut olduğunu iddia eden işçinin açtığı itiraz davası, bir alacak davasıdır. Böyle bir davada, ispat yükü işçiye düşer. İşçi, alacağının varlığını, iş sözleşmesine dayandırıyor, sözleşmenin bir hukukî işlem olması nedeniyle, ispat bakımından kanunla öngörülen miktarı aşması hâlinde kesin delillerle ispatlamalıdır (HMK m. 200). İşçinin alacağı, iş

¹⁴⁷ Kurt, agm, s. 72.

¹⁴⁸ Kurt, agm, s. 74.

¹⁴⁹ Topuz Gökçen, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012, s. 68.

kazası gibi bir hukukî fiilden kaynaklanıyorsa, işçi, takdiri delillere dayanarak da alacağının varlığını ispat edebilir.

İşçinin açacağı itiraz davası bakımından, ispat yükünün yer değiştirmesine neden olabilen kriterler önemli rol oynamaktadır. Gerçeğe uygun kabul edilen bir olaydan veya olaylar bütününden yola çıkılarak, diğer bir olayın varlığına dair karar vermeyi gerektiren bir kurala dayanılarak yapılan işleme karine denilir. Hukuki olsun, fiili olsun karine, vicdani kanaate ulaşmakta kullanılan veya bir başka deyişle, ispat faaliyeti sırasında başvurulmuş bir işlemdir¹⁵⁰. İş Kanunu'ndaki hüküm (m.92) gereği, iş müfettişleri ve çalışma ve iş kurumu il müdürlüğü memurlarının hazırladığı rapor ve tutanaklar, medeni yargılama hukuku bakımından, açılan bir davada, rapor veya tutanakta belirtilen işçi alacağının varlığını ve tutarını gösteren kanuni bir karine niteliğindedir¹⁵¹. Karine lehine olan taraf o olayı veya tutanakta belirtilen tutarı, ispat etmekle yükümlü değildir. Tutanak, aksi ispat edilinceye kadar delil teşkil eder. Buna karşılık, karine aleyhine olan taraf, aksini ispat edebilir. Aksini ispat özellikle kanuni kriterlere karşı kullanılan bir ispat faaliyetidir. Karine niteliğinde olan tutanak temelinin ispat edilmesiyle, tutanak aleyhine olan tarafın, karine sonucunun (karineye dayalı olarak varlığı kabul edilen vakıa ya da hukuki durumun) meydana gelmediğine, yani tam tersinin olaya uygun olduğuna hakimi ikna etmesi gerekir¹⁵². Kanunda aksi belirtilmedikçe, kanuni kriterlerin yani söz konusu rapor veya tutanakların aksinin ispat edilebilmesi, tutanakların kesin delil etkisini ortadan kaldırmak mümkündür. Rapor ve tutanakların aksi (imzası olmayan ve çekince ileri süren veya hukuki fiile ilişkin olan tespitler) her türlü delille ve her aşamada ispatlanabilir.

Rapor ve tutanaklar bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Karine sonucunun hakim tarafından, hukuku uygulama görevi kapsamında kendiliğinden uygulan-

¹⁵⁰ Umar Bilge/Yılmaz Ejder, İspat Yükü, Ankara 1980, s. 165-166; Taşpınar Sema, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", AÜHFD, 1996, C. 45, S. 1-4, s. 533; Başözen Ahmet, Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara, 2010, s. 70; Topuz, age, s. 50.

¹⁵¹ Yılmaz, agm, s. 19; Özdemir, age, s. 15; Kurt, agm, s. 76; "Davacının yargı yoluna başvuru hakkı, hukuki yararının bulunduğu gözetilerek yasayla düzenlenmiştir. Mahkemenin yasayla düzenlenen bir hakkın varlığını, hukuki yarar yokluğundan reddetmesi yasanın düzenleme amacına ve ruhuna aykırıdır. Mahkemenin davada menfaati etkilenecek olan işçi tarafından açılan davaları bekletici mesele sayarak veya dosyayı o davalarla birleştirerek sonuca varması gerekirken hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle reddine karar vermesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Y. 9. HD'nin 13.3.2012 tarih, 2012/5982-8344 sayılı kararı); "Mahkemece hizmet akdinin davalı işveren tarafından haklı neden bulunmadığı hâlde feshedildiği kabul edilerek ihbar tazminatı isteği hüküm altına alınmışsa da, dinletilen davacı tanıkları fesih konusunda bilgi vermemişlerdir. Davalının delil olarak dayandığı Bölge Çalışma Müdürlüğü raporunda, davacının işyerinde çalışan diğer bir işçiye hakaret etmesi sebebiyle hizmet akdinin işveren tarafından haklı olarak feshedildiği belirlenmiştir. Bu müfettiş tespiti aksi kanıtlanıncaya kadar kabul edilmesi gerekli delil niteliğindedir. Davacı bu tespitin aksini kanıtlayamadığından, hizmet akdinin haklı nedenlerle davalı tarafından feshedildiğinin kabulü ve ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (Y. 9. HD'nin 18.10.2004 tarih, 2004/7060-23334 sayılı kararı); Hukukumuzda, İş K. m. 92/son fıkra hükmünün öngördüğü kanuni kriterlere benzeyen başka örnekler de vardır. Bunlar arasında, 5054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da bazı durumların varlığı halinde (m. 4, III-IV; m. 59) uyumlu eylemde bulunulmadığının ispatı yükü teşebbüslerle düşmektedir. Ayrıca 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 82/4. maddesindeki "Bu zabıtlar, hilafı ispat olununcaya kadar muteberdir"; İcra ve İflas Kanunu'nun 8. maddesi gereği "İcra ve iflas dairelerinin tutanakları, hilafı sabit oluncaya kadar muteberdir" hükmü de aynı niteliktedir.

¹⁵² Taşpınar, agm, s. 562; Topuz, age, s. 34.

ması gerekir¹⁵³. Bu çerçevede, tutanaklardaki tespit, somut verilere dayanılarak saptanmış olmadığı takdirde, mahkemece daha ayrıntılı bir araştırmaya girilmeli, bu kapsamda davanın Sosyal Güvenlik Kurumu'nu dolayısıyla, kamusal yönü de dikkate alınarak maddî gerçeğe uygun bir karar verilebilmesi amacıyla raporu düzenleyen müfettiş de dinlenebilmeli ve davanın taraflarının iş müfettişine soracakları soruları cevaplandırmasının temini yoluna gidilmesi yerinde olacaktır¹⁵⁴.

Müfettiş tutanağındaki tespit ile mahkemece toplanan diğer delillere göre ortaya çıkan tespit arasında bir çelişki bulunduğu takdirde, bu çelişki giderilmelidir. Örneğin iş kazasından kaynaklanan tazminat davasında, kusur oranına ilişkin müfettiş tutanağı ile davada alınan rapor arasındaki çelişki giderilmelidir¹⁵⁵.

5. İtiraz Davasında Verilen Kararın Başka Davalarda Bağlayıcılığı

İş mahkemesinin verdiği karar, davanın tarafları açısından maddî anlamda kesin hüküm oluşturur. Mahkemenin verdiği kesin hüküm, bu davanın tarafları olmayan kişiler yönünden kesin hüküm ve kesin delil oluşturmaz. Ancak, itiraz davasında verilen hüküm, tarafları farklı diğer bir davada, güçlü takdiri delil teşkil eder¹⁵⁶.

¹⁵³ Topuz, age, s. 185.

¹⁵⁴ Yılmaz, agm, s. 20; Y. 10. HD'nin 31.10.1995 tarih, 1995/8571-9042 sayılı ve 14.9.1994 tarih, 1994/11036-16240 sayılı kararları; YHGK'nun 04.02.2009 tarih, 2009/2-48 sayılı kararı.

¹⁵⁵ Y. 10. HD'nin 18.4.2002 tarih, 2002/2892-3449 sayılı kararı; "Davacı müfettişe verdiği ifadenin işten çıkarılma tehdidi altında verildiğini iddia etmiştir. Ancak davacı 16.03.2006 tarihinde müfettişe ifade vermiş 05.02.2007 tarihine kadar çalışmasını sürdürmüştür. Dosya içeriğinde de davacının tehdit edildiği, baskı altında ifade verdiğine ilişkin herhangi bir delil mevcut değildir. Hata, hile, ikrah gibi iradeyi fesada uğratan hallerin somut delillerle ispat edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple davacının müfettişe ifade verdiği 16.03.2006 tarihine kadar olan çalışma süresi yönünden davacıyı bağlayacaktır. Kaldı ki tanık beyanlarını bütün olarak değerlendirdiğimizde bilirkişinin hesaplamaya esas aldığı çalışma sürelerine ilişkin ifadelerinde söz konusu olmadığı görülmektedir. Hal böyle olunca Mahkemece yapılacak iş fazla çalışma ücreti ve yıllık izin ücreti yönünden de 15 şer gün izin kullandığı yönündeki davacının iş müfettişine verdiği beyanlarını esas alarak denetim tarihine kadar olan süre itibarıyla hesaplama yapmaktan ibarettir" (Y. 9. HD'nin 17.5.2012 tarih, 2010/12004-17448 sayılı kararı).

¹⁵⁶ Yılmaz, agm, s. 21.

VII. SONUÇ

İş hukukunda işçi lehine yorum ilkesi gereği, işçinin geçimini temin ettiği ücret alacakları ile hizmetlerinin tespiti için dava yoluna başvurması ve bunu ispat etmesi güç olmaktadır. Davaların uzaması nedeniyle işçi, hakkına kavuşamamaktadır. İş müfettişlerince düzenlenen tutanakların, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli belge sayılmasıyla, bu tutanakların yönetimin elinde çalışma hayatının denetimi bakımından son derece etkili bir çare olduğu hemen anlaşılmaktadır. Böylece, mahkemeye başvuran taraf iş müfettişi veya çalışma ve iş kurumu il müdürlüğü memurunun hazırladığı rapor veya tutanaklarla, işçi alacağının tahsili veya hukuki durumun ispat edilmesi kolaylaştırılmış olmaktadır.

YAŞLILIK AYLIĞINA HAK KAZANMANIN İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN ETKİLERİ

*The Effects of Becoming Entitled To Take Old Age Pension In
Terms of Job Security Act*

Seracettin GÖKTAŞ*

ÖZET

Sosyal güvenlik bakımından yaşlılık öğretide; “yaşlanmaya bağlı olarak, ferdin çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybederek düzenli ve yeterli gelir getiren bir iş tutamaz veya kendi geçimini kendi gücüyle sağlayamaz hale geldiği biyolojik bir durum” olarak tanımlanmıştır.

Uluslar arası Çalışma Örgütünün 1952 tarih ve 102 sayılı Sözleşmesine göre emeklilik yaşının üst sınırı 65 yaş olarak belirlenmiş ise de, yaşlıların çalışma güçlerini daha uzun koruyabildikleri ülkelerde bu sınırın 65’in üstünde belirlenebileceği düzenlenmiştir.

Yaşlılık aylığına hak kazanmanın yaşı belirlenirken, ortalama ömürden başka, ülkenin demografik, coğrafi ve ekonomik yapısı göz önünde bulundurulur. Nitekim Türkiye’de emeklilik yaşının hem uzun yıllar hem dünya ortalamasının altında belirlenmesinin nedeni, istihdam politikası, insan ömrünün diğer ülkelere nispeten kısa olmasıdır. Oysa ülkemizde bugün ortalama ömür 69’u geçtiği gibi, yaşlılık aylığına hak kazanma yaşının düşük tutulmasının işsizliğin azalmasını sağlamadığı da ortaya çıkmıştır. Gerçekten, enflasyon yüksekliği ve geçim şartlarının zorluğu gibi nedenler erken emekli olanları yeniden iş aramaya itmektedir. Bu da gençlerin iş bulmalarını engellemektedir.

Anahtar sözcükler: Sosyal Güvenlik, Yaşlılık Sigortası, İş Güvencesi, İş Kanunu.

ABSTRACT

Old age is described in doctrine according to social security as “a biological situation that a person is not able to keep a job giving enough salary or earn his/her keep due to losing his/her power of working partly or fully by aging”

Whether, international labour organization(ILO) has determined the top limit of retirement age as 65 according the agreement no:102, date: 1952, it’s regulated that this top limit of retirement may describe over 65 in countries which old people keep their power of work longer.

While right of retirement pays describing, average life and the country’s demographic, geographic and economic status are considering. Thusly, the reason why Turkey’s age of retirement has determined under the average of World for

*Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi.

long years is employment policy and shortness of human life compared to other countries. In fact, it's occurred that describing low the age of earning right of retirement pay is not reducing the unemployment and also today in our country, average life is over 69. On the level, causes as increase of inflation and hardness of living costs are forcing the people early retired to look for a job again. Thus, opportunity of find a job of youth is prevented.

Keywords: Social security, old-age pension, labor-job protection, Labour Law.

I. YAŞLILIK SİGORTASI

A. Yaşlılık Kavramı

Sosyal güvenlik bakımından yaşlılık öğretide; “yaşlanmaya bağlı olarak, ferdin çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybederek düzenli ve yeterli gelir getiren bir iş tutamaz veya kendi geçimini kendi gücüyle sağlayamaz hale geldiği biyolojik bir durum” olarak tanımlanmıştır¹⁵⁷.

Öğretide kronolojik yaş(takvim yaşı) ve biyolojik yaş(vücut yaşı) olmak üzere iki tür yaşlılıktan söz edilmektedir¹⁵⁸. Kronolojik yaş yaşanan yıl sayısını gösterir ve nüfus kayıtlarına göre belirlenir. Biyolojik yaş ise, vücudun yıpranma derecesi olup, vücudun gösterdiği yaşa göre kendini gösterir¹⁵⁹. Biyolojik yaş, kişinin sağlık durumu ve cinsiyetine, çevre şartlarına, yaşanan ülke ve zamana göre değişik olabilmektedir¹⁶⁰. Kronolojik yaş ile biyolojik yaş arasında uyum söz konusu olamayabilir. Buna göre bazı insanlar 70’inde genç, bazıları ise ellisinde yaşlı görünebilir¹⁶¹. Öyleyse tüm insanlar için belli bir yaşlılık sınırı çizmek mümkün değildir¹⁶². Bununla birlikte dünyada yaşlılığın başlangıcı genellikle 60-65 yaş aralığını ifade etmektedir.

Yaşlılık aylığına hak kazanmada kronolojik yaş esas alınmaktadır. Biyolojik yönünden yaşlanmak yaşlılık aylığının belirlenmesinde tek başına yeterli değildir. Başka bir anlatımla yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli kronolojik yaşa ulaşıldığında, aynı zamanda ferdin biyolojik bakımdan yaşlandığı varsayılır.

Uygulamada yaşlılık aylığına hak kazanma emekliliğe hak kazanma ile aynı anlamda kullanılmaktadır.

Erken emeklilik ile genç yaşta emeklilik kavramları farklıdır. Erken emeklilikte bazı özendirici ve zorlayıcı nedenlere bağlı olarak daha önce belirlenen kronolojik yaştan önce talep edenlere yaşlılık aylığının bağlanması söz konusudur. Bu açıdan erken emeklilik bir istihdam politikası aracıdır. Genç yaşta emeklilik ise önceden belirlenmiş bir kronolojik yaş bulunmadan veya belirlenen düşük yaşa gelindiğinde yaşlılık aylığının bağlanmasıdır¹⁶³. Genç yaşta emekliliğin sosyal sigorta ilkelere uygun düşmediği, sosyal güvenlik kurumlarının aktüeryal dengesini bozduğu, onları mali krize sürüklediği ileri sürülmüştür¹⁶⁴.

Dünyada kadınlar için, ortalama ömürleri erkeklerden daha uzun olmasına rağmen, çalışma güç ve arzularını daha erken kaybettikleri, aile içindeki ve çocuk yetiştirmedeki rolleri, çalışma hayatına daha az girişleri gibi nedenlerle erkeklerle nazaran daha düşük emeklilik yaşı belirlenmiştir¹⁶⁵. Bu nedenle ülkelerin çoğunda ortalama emeklilik yaşı erkeklerde 55-70, kadınlarda is 50-65 arasında değişmektedir. Bununla birlikte kadın ve erkekler için aynı emeklilik yaşını belirleyen ülkelerin sayısının giderek artması da dikkat çekmektedir¹⁶⁶.

¹⁵⁷ ALPER, Yusuf: Sosyal Güvenlik ve Emeklilik Yaşının Tespiti, Çimento İşveren, Ocak 1997, s.4-7

¹⁵⁸ UŞAN, Fatih: Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, s.207

¹⁵⁹ TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer: Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul, 2009, 2.Bası, s. 326.

¹⁶⁰ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 326.

¹⁶¹ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 327.

¹⁶² TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 327.

¹⁶³ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 329.

¹⁶⁴ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 329; ALPER, s. 6.

¹⁶⁵ Bkz. TUNCAY/EKMEKÇİ, s.27-328

¹⁶⁶ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 327.

Uluslar arası Çalışma Örgütünün 1952 tarih ve 102 sayılı Sözleşmesine göre emeklilik yaşının üst sınırı 65 yaş olarak belirlenmiş ise de, yaşlıların çalışma güçlerini daha uzun koruyabildikleri ülkelerde bu sınırın 65'in üstünde belirlenebileceği düzenlenmiştir.

Yaşlılık aylığına hak kazanmanın yaşı belirlenirken, ortalama ömürden başka, ülkenin demografik, coğrafi ve ekonomik yapısı göz önünde bulundurulur. Nitekim Türkiye'de emeklilik yaşının hem uzun yıllar hem dünya ortalamasının altında belirlenmesinin nedeni, istihdam politikası, insan ömrünün diğer ülkelere nispeten kısa olmasıdır. Oysa ülkemizde bugün ortalama ömür 69'u geçtiği gibi, yaşlılık aylığına hak kazanma yaşının düşük tutulmasının işsizliğin azalmasını sağlamadığı da ortaya çıkmıştır. Gerçekten, enflasyon yüksekliği ve geçim şartlarının zorluğu gibi nedenler erken emekli olanları yeniden iş aramaya itmektedir. Bu da gençlerin iş bulmalarını engellemektedir¹⁶⁷.

B. Yaşlılık Sigortası Kavramı

Sosyal güvenliğin konusunu teşkil eden tehlikelerin kaynaklarından birisi de fizyolojik tehlikelerdir. Fizyolojik tehlikeler, insanın canlı bir varlık olmasından kaynaklanan, insanın kontrolü dışında ortaya çıkan ve önlenmesi mümkün olmayan tehlikelerdendir. Yaşlanma da fizyolojik tehlike olarak, bu anlamda sosyal güvenliğin konusunu teşkil eden risklerdendir¹⁶⁸.

Yaşlılık sigortası, belli bir yaşa ulaşıldıktan sonra çalışma gücünü kısmen veya tamamen yitirerek çalışma hayatından çekilenin uğradığı sürekli gelir kaybını karşılamak amacıyla kabul edilen, böylece yaşlılık gibi zor bir riski güvence altına alan, sigorta kolları içinde en fazla aylık ödenen ve en fazla gider kolunu oluşturan sigorta koludur¹⁶⁹.

Uzun vadeli sigorta türü olarak kabul edilen yaşlılık sigortası birçok amaca hizmet etmektedir: Öncelikle yaşın ilerlemiş olması nedeniyle çalışma gücünün azalmasından veya kaybindan dolayı dinlenme gereğini duyan sigortalıya, ömrünün geri kalan kısmı için yardım etmeyi ve geçimini sağlayacak sürekli bir gelir sağlamayı amaçlamaktadır. Bunun yanında, uzun yıllar çalışması ile topluma sağladığı ekonomik katkıları nedeniyle sigortalıyı ödüllendirme ve yaşlanarak çalışma güçlerini kısmen veya tamamen yitiren kişilerin faali çalışma hayatından çekilmelerini sağlayarak gençlere çalışma alanları açmak suretiyle istihdam politikasına hizmet etme amaçları da bulunmaktadır¹⁷⁰.

C. Yaşlılık Sigortasının İşçiye Sağladığı Yardımlar

1. Yaşlılık Aylığı

5510 sayılı Kanunu'nun 30/1.maddesi gereğinde işçinin işten ayrılması ve yazılı başvurusu üzerine yazılı talep tarihini izleyen aybaşından itibaren yaşlılık aylığı bağlanır. 5510 sayılı Kanun'un geçici 14.maddesi gereğince Kanun'un yürürlüğe 1.10.2008 tarihinden önce işçi olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı olarak çalışmaları sosyal güvenlik destek primi ödemesi suretiyle mümkündür. Aksi halde aylıkları çalışmaya başladıkları tarihi izleyen ödeme dö-

¹⁶⁷ ALPER, s.11;TUNCAY, A. Can: Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform ihtiyacı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 374-375; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 329.

¹⁶⁸ ARICI, Kadir: Sosyal Güvenlik, Ankara 1999, s. 8-9

¹⁶⁹ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 324.

¹⁷⁰ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 324.

nemi başında kesilir ve bunlardan 5510 sayılı Kanun'a tabi olarak çalıştıkları süre zarfında prime esas kazançları üzerinden kısa ve uzun vadeli sigorta kolları primi ile genel sağlık sigortası primi alınır. Daha sonra bunların çalışmaktan vazgeçip işten ayrılmaları ve yazılı istekte bulunmaları halinde yaşlılık aylığı tekrar bağlanır¹⁷¹.

İlk defa 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğü döneminde çalışmaya başlayan işçinin yaşlılık aylığı almakta iken sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmalarına imkân bulunmamaktadır. İlk defa bu Kanun döneminde çalışmaya başlayan işçinin yaşlılık aylığı almakta iken yine bu Kanun kapsamında bir işte çalışması yaşlılık aylığının kesilmesine yol açacaktır¹⁷².

Sosyal Güvenlik primi ödenmiş veya bildirilmiş süreler bu Kanun'a göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim ödeme gün sayısına ilave edilmez¹⁷³.

2. Yaşlılık Toptan Ödenmesi ve İhya

Yaşlılık sigortasının sağladığı temel yardım yaşlılık olmasına rağmen bazı koşullarda toptan ödemeye de imkân vermektedir. 5510 sayılı Kanun'un 31.maddesine göre, işçinin herhangi bir nedenle işten ayrılması ve yaşlılık aylığı bağlanması için gerekli yaş koşulunu yerine getirmesine rağmen, malullük ve yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanamaması halinde ödediği veya kendi adına ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin her yıla ait tutarlarını primin ait olduğu yıldan itibaren yazılı talep tarihine kadar geçen yıllar için her yılın gerçekleşen güncelleme katsayısı ile güncellenerek toptan ödeme şeklinde verilmesini isteyebilir.

5510 sayılı Kanun'un geçici 5.maddesine göre işçinin Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki hizmet sürelerine ait bölümünün eski mevzuata göre, Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra toptan ödeme isteğine kadarki bölümünün ise bu Kanun'a göre her yılın güncelleme katsayısı ile çarpılarak hesaplanacaktır.

5510 sayılı Kanun'un 31 ve 36. maddelerine göre sosyal güvenlik destek primi ödenmiş veya bildirilmiş süreler için toptan ödeme yapılmaz¹⁷⁴.

3. Sağlık Yardımları

5510 sayılı Kanun'un 60/I(f). Maddesine göre yaşlılık aylığı almakta olanlar kendiliğinden genel sağlık sigortası kapsamına girerler. Bunun için genel sağlık sigortası primi ödemeleri gerekmez. Böylece yaşlılık aylığı alan işçi ve bakmakta yükümlü olduğu kişiler Kanun'un öngördüğü sağlık yardımlarından yararlanabilirler.

D. Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma

Yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için sigortalının bir takım şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Yaşlılık aylığının bağlanabilmesi için gerekli olan temel iki şart, işten ayrılma ve Kuruma yazılı talepte bulunmak olup geri kalan şartlar zaman içinde ortaya çıkan yasal düzenlemeler karşısında değişmiştir. 5510 Sayılı SSGSSK yürürlüğe girmeden önce sigortalı olanlar ve Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra sigortalı olanlar ile özel koşulların uygulandığı sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanabilmesi için gerekli olan hükümler sigortalılar açısından farklılık gös-

¹⁷¹ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 349-350; KORKUSUZ, M.Refik/UĞUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Ankara 2009, s. 283-284.

¹⁷² TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 350.

¹⁷³ KORKUSUZ/UĞUR, s. 283.

¹⁷⁴ KORKUSUZ/UĞUR, s. 283.

termektedir¹⁷⁵. Örneğin, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte belirli bir süre sigortalı olma şartı ortadan kaldırılmış ve temel iki şarta ek olarak belirli bir yaşa ulaşma ve belirli bir süre prim ödeme koşulu yeterli görülmüştür¹⁷⁶.

Yaşlılık aylığının bağlanabilmesi için sigortalının Kuruma yazılı olarak müracaat etmesi gerekmektedir. Bu anlamda sigortalı, yaşlılık aylığına hak kazanabilme şartlarını yerine getirirse dahi eğer Kuruma yaşlılık aylığı bağlanması için müracaat etmemişse yaşlılık aylığının bağlanması söz konusu olmayacaktır. Sigortalının Kuruma yapacağı yazılı başvuruda yaşlılık aylığı talebinde bulunduğunu açık ve anlaşılır biçimde yazması gerekmektedir.

5510 sayılı SSGSSK m.28'e göre sigortalının yaşlılık aylığı alabilmesi için işten ayrılması şarttır¹⁷⁷. Kanun'un 4/a. maddesine tabi sigortalının işten ayrılması, iş sözleşmesini sona erdirmesi demektir. Sigortalı kısmi süreli iş sözleşmesi ile birden fazla işverenlikte aynı anda çalışmaktaysa bu durumda farklı işverenliklerdeki mevcut iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi gerekmektedir. Sigortalının Kuruma yazılı yapmış olduğu başvuru sırasında sigortalının işten ayrılmış olması gerekmektedir. İşten ayrılma, ancak sigortalının yaşlılık aylığı almasına engel olup başvurusuna engel değildir¹⁷⁸. Kuruma yazılı başvuru yapılması ve işten ayrılması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda takip eden aybaşından itibaren yaşlılık aylığı ödenmeye başlayacaktır.

Yazılı başvuru ve işten ayrılma koşulları dışındaki koşullar, bu konuda yapılan yasal düzenlemelerin ortaya çıkış anına göre ayrı ayrı düzenlenmiştir. Böylece sigortalı, ilk kez sigortalı olduğu tarih itibarıyla hangi yasal düzenlemeye tabi ise; o yasal düzenlemedeki hak kazanma koşulları dikkate alınmakta ve şartları taşıması halinde yaşlılık aylığı bağlanmaktadır. Bu bağlamda ülkemizde yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli olan koşullar değişiklik yapan kanunların çıkış tarihleri dikkate alınarak; 08.09.1999'a kadar, 08.09.1999- 30.04.2008 arası ve 30.04.2008 sonrası olmak üzere üç grup halinde ele alınmaktadır. Özellikle 08.09.1999 öncesi dönemde çıkan kanunlar, genç yaşta emekliliğe imkân verecek düzenlemeler getirmiştir. Örneğin, 10.02.1992 tarih ve 3774 Sayılı Kanun ile yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için gerekli olan yaş ve prim ödeme gün sayısı koşulları tümüyle kaldırılmıştır. Yalnızca belirli bir süre sigortalı olunması ve prim ödenmesi yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için yeterli görülmüştür¹⁷⁹. Buna göre sigortalı kadınlar için 20, erkekler için 25 yıl sigortalılık süresinin bulunması ve 5000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi yatırılmış olması durumunda yaşlılık aylığına hak kazanılabilecektir. 18 yaşından önceki sigortalılık süresinin yalnızca primde dikkate alınması, sigortalılık süresinde dikkate alınmaması nedeniyle kadınlar 38, erkekler 43 yaşında 5000 gün primi tamamlamış olmaları durumunda yaşlılık aylığına hak kazanılabilecektir¹⁸⁰.

¹⁷⁵ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası, 2008, İstanbul, s.451.

¹⁷⁶ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 325.

¹⁷⁷ ASLANKÖYLÜ, Resul: Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara 2009, s.817.

¹⁷⁸ Y.10.HD. 30.12.2004, 9451-12130 sayılı kararında sigortalının sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldığı tarihi takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanmasına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir (ASLANKÖYLÜ, s.830.).

¹⁷⁹ BAŞTERZİ, Fatma: Yaşlılık Sigortası, Ankara 2006, s. 118.

¹⁸⁰ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.452; Yarg.10.HD.20.04.1992, 1991/13725-1992/4580 (ASLANKÖYLÜ, s.830.).

4447 sayılı Kanun'da emeklilik yaşı ile ilgili önemli değişiklikler yapılmış ve yaşa bağlı olmayan yaşlılık aylığına hak kazanma olanağına son verilmiştir¹⁸¹. Buna göre ilk kez 08.09.1999 tarihinden sonra sigortalı olan kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş ve en az 7000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta primi yatırmış olması durumunda yaşlılık aylığına hak kazanabilecektir¹⁸². 08.09.1999 tarihinden önce yaşlılık aylığına hak kazanılması için gerekli olan prim ödeme gün sayısı 5000 iken prim ödeme gün sayısı yükseltilerek 7000 güne çıkarılmıştır. Sigortalının yaş koşulunu taşımakla birlikte 7000 gün prim ödeme gün sayısını tamamlayamaması durumunda 25 yıl sigortalılık süresinin bulunması ve 4500 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi yatırmış olması koşuluyla yine yaşlılık aylığına hak kazanması mümkün olabilecektir. Bu sigortalıların kısmi aylıktan yararlanması ise kadın için 60, erkek için 62 yaşını doldurmasına ve en az 15 yıl prim ödemiş olmasına bağlıdır¹⁸³. 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olup da Kanunun yürürlük tarihinden sonra yaşlılık aylığı talebinde bulunulmuşsa 506 sayılı Kanun geç.m.81 hükümlerine tabi olunacaktır¹⁸⁴. 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanlar açısından yasal düzenleme kademeli geçiş hükümlerini içermektedir. Düzenlemenin amacı, zaman için yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli olan yaş sınırını yükseltmektir.

506 sayılı Kanun geç.m.81'in yürürlüğünden sonra Anayasa Mahkemesi 506 sayılı Kanun geç.m.81/ B ve C bentlerini iptal etmiş¹⁸⁵, ancak maddenin A bendindeki hükmü aynen korumuştur¹⁸⁶. Anayasa mahkemesi iptal kararından sonra yürürlüğe giren 23.05.2002 tarih ve 4759 sayılı Kanun'a göre iş sözleşmesi ile çalışan bir sigortalı, kadın ise 20 erkek ise 25 yıldan bu yana sigortalı olmak ve 5000 gün sigorta primi ödemiş olmak koşulu ile isterlerse, yaş haddini beklemeden kadınsa 40, erkekse 44 yaşında emekli olabilme imkânına sahiptir¹⁸⁷.

Yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları, 5510 Sayılı Kanun ile tekrar değişikliğe uğramıştır. 5510 sayılı Kanunda düzenlenen yaş ve prim ödeme koşulları, yine aynı Kanunun 108. maddesine göre 30.04.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁸⁸. Yapılan değişiklikle sosyal güvenlik sisteminde ilk defa uzun bir dönem için geçiş süresi öngörülmüştür¹⁸⁹. Yapılan düzenlemeler yalnızca 30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanlara uygulanacaktır. Dolayısıyla 5510 sayılı SSGSSK'nun yürürlüğe girmesinden önce sigortalı olanlar yasal düzenlemeden etkilenmeyecektir¹⁹⁰. Buna göre 5510 sayılı yasanın yürürlük tarihi olan 30.04.2008 tarihinden önce si-

¹⁸¹ BAŞTERZİ, s. 119.

¹⁸² ERGİN, Hediye: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Geçici Hükümleri, Legal İSGHD, S.21, 2009, s.243.

¹⁸³ TUNCAY/EKMEKÇİ, (2009), s. 332.

¹⁸⁴ ASLANKÖYLÜ, s.845.

¹⁸⁵ AYM. 23.02.2001 tarih ve 1999/41-2001/42 sayılı kararı.

¹⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, "Yasa koyucunun, emekliliklerine iki yıldan az süresi kalan kadın ve erkek sigortalının hak kaybına uğramalarını önlemek için iptali istenilen (A) bendiyle, yürürlük tarihinden önce ve sonra olmak üzere iki ayrı tarihe göre sigortalılık ve prim ödeme süresi belirleyerek adaletli bir toplum ve hukuk düzeni kurmayı amaçladığında kuşku bulunmamaktadır" gerekçesiyle A bendine yönelik iptal istemini reddetmiştir.

¹⁸⁷ GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuku, 9.Bası, İstanbul, s.322, 323.

¹⁸⁸ TUNCAY/EKMEKÇİ, (2009), s.336.

¹⁸⁹ TUNCAY/EKMEKÇİ, (2009), s.337.

¹⁹⁰ GÜNAY Cevdet İlhan: İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara 2008, s.464.

gortalı olanlar hangi sosyal güvenlik kurumuna bağlı çalışıyorlarsa ilgili sosyal güvenlik kurumunun esaslarına bağlı olarak sigortalı olacaklardır¹⁹¹.

5510 Sayılı SSGSSK m. 28'e göre; kadın sigortalının 58, erkek sigortalının 60 yaşını doldurması halinde ve en az 9000 gün prim ödemek kaydıyla yaşlılık aylığı bağlanabilecektir¹⁹².

5510 sayılı SSGSSK m.28'de; 01.01.2048 tarihinde kadın ve erkek sigortalılar için yaşlılık aylığı alma yaşı 65 yaş olarak hedeflenmiştir¹⁹³. Ancak bu tarihe kadar kadın ve erkek sigortalılar için kademeli olarak farklı yaşlar öngörülmüş olup sigortalılar primlerini tamamladıkları tarihteki yaşlar dikkate alınarak yaşlılık aylığına hak kazanabilecektir¹⁹⁴.

Kanun bir takım sosyal nedenlerle yaşlılık aylığı için kolaylaştırılmış seçenekler de öngörmüştür¹⁹⁵. Kolaylaştırılmış seçenekler, yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları bakımından sigortalının işine ve sağlık durumuna göre yaş ve prim ödemeye ilişkin bazı özel koşulları ihtiva etmektedir¹⁹⁶. Buna göre 01.10.2008 tarihinden önce ilk kez sigortalı olup olmamasına göre maden işyerlerinin yer altı işlerinde çalışanlar ile malul ve özürlüler, sakatlık nedeniyle vergi indiriminden yararlanan sigortalılar, erken yaşlananlar, başkasının bakımına muhtaç özürlü çocuğu bulunan kadın sigortalılar ve prim ödeme gün sayısı yetmeyenler kolaylaştırılmış yaşlılık aylığına hak kazanmadan yararlanabilmektedirler.

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce geçerli olan 5434, 506, 1479, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlara göre sigortalı olanların eğer isterlerse 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce veya sonra emekli olduktan sosyal güvenlik destek primi ödemek veya emekli maaşları kesilmek suretiyle iş sözleşmesi ile bağımlı veya bir işverene bağımlı olmaksızın çalışmaları mümkün iken, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ilk kez sigortalı olanlar, emekli olduktan sonra ancak emekli aylıkları kesilmek suretiyle çalışmaları mümkündür. Başka bir anlatımla 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra emekli olanlar sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle dahi çalışmaları mümkün olmayacaktır¹⁹⁷.

¹⁹¹ SARAÇ, Coşkun: Son Tasarı Işığında 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri, S.9, Mart 2008, s. 126.

¹⁹² GÜNAY, s. 464.

¹⁹³ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 446.

¹⁹⁴ ÖZDEMİR, s.200.

¹⁹⁵ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.446.

¹⁹⁶ ASLANKÖYLÜ, s. 816.

¹⁹⁷ AKI, Erol: İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak "Emeklilik", Prof.Dr.Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, İzmir 2007, s. 4, 5.

II. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ

A. Genel Olarak

Günümüzde sosyal devlet anlayışı ve bunun doğal sonucu olarak işçilerin korunması ihtiyacının hissedilmesi işverenlerin serbestisini sınırlayan bazı düzenlemelerin yapılması sonucunu doğurmuştur. İş ilişkisinin sona ermesi üzerine ücret gelirinden yoksun kalmakla birlikte işsizlik riski ile karşı karşıya gelen işçinin feshe karşı korunması, dolayısıyla işvereni ile arasındaki iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması İş Hukukunun en önemli konusu ve sorunu olmuştur¹⁹⁸.

Çalışma hakkı, Anayasamızda temel haklar arasında yer almış olup, 49.maddesinde çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm, ülkemizde Anayasal düzeyde iş güvencesinin kaynağını oluşturmaktadır¹⁹⁹.

Uluslar arası Çalışma Konferansının 2-23 Haziran 1982 tarihinde yaptığı toplantıda kabul edilerek yürürlüğe konulan 158 sayılı ILO sözleşmesi ile işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli ve haklı neden olmadan yapılan fesihlere karşı korunması amaçlanmıştır. Sözleşmenin kabul edildiği bu toplantıda ayrıca sözleşmenin uygulanmasını kolaylaştırmak için bazı açıklama ve önerileri kapsayan 166 sayılı Tavsiye Kararı alınmıştır.

ILO Genel Konferansı tarafından kabul edilen Sözleşme ve Tavsiye kararları, Uluslar arası İş Hukukunun başlıca kaynağını oluştururlar. Tavsiye kararlarının hiçbir hukuki bağlayıcılıkları olmadığı halde, sözleşmeler onay işlemi ile birlikte üye devletleri uluslar arası yükümlülük altına sokarlar. Sözleşmeler onaylanmadıkları sürece üye devletler için bağlayıcı etki doğurmazlar. Onaylanan bir sözleşmenin iç hukukta bağlayıcı etki yaratması için mutlaka uyum yasasının çıkarılması zorunluluğu vardır²⁰⁰.

Türkiye, 158 Sayılı ILO Sözleşmesini 1994 yılında 3999 Sayılı Kanunla onaylamak suretiyle sözleşmedeki esaslara uygun olarak yasal düzenlemeler yapma yükümlülüğü altına girmiş ve bu amaçla önce 1475 Sayılı İş Kanunun 13.maddesini değiştiren ve maddeye bazı fıkralar ekleyen 4773 Sayılı Kanun ihdas olunmuştur. 9.8.2002 tarihinde kabul edilen ve 15.8.2003 gün ve 24847 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan bu Kanunun 15.3.2003 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği 13.maddesinde öngörülmüştür. Böylece Türk İş Hukukunda iş güvencesi hükümleri 15.3.2003 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlanmıştır. 1475 Sayılı İş Kanununun 14.maddesi dışında yürürlükten kaldıran ve 10.6.2003 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 4857 Sayılı İş Kanununda da bazı değişikliklerle birlikte iş güvencesi hükümlerine yer verilmiştir.

4773 ve 4857 sayılı Kanunlarla iş hukuku mevzuatımıza giren iş güvencesi hükümleri esas itibarıyla keyfi fesihlere karşı işçiyi korumayı amaçlamaktadır. Keyfi fesihlere karşı işçinin korunması ise feshin geçerli bir nedene dayandırılması ile mümkün olabilir.

¹⁹⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, 2.Bası, Ankara 2005, s.560

¹⁹⁹ Anayasamızın Çalışma Hakkı ve Ödevi başlığını taşıyan 49.maddesinde : "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. (Değişik fıkra: 03.10.2001 4709/19. m.)Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır" hükmü yer almaktadır.

²⁰⁰ GÜZEL, Ali: İLO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı, İLO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1997, s.48-49

4857 sayılı İş Kanunu, iş güvencesi konusunu 158 sayılı ILO sözleşmesini esas olarak düzenlenmiştir. Ancak, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 2.maddesinde sözleşme hükümlerinin tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve iş sözleşmesi ile çalıştırılan tüm işçilere uygulanacağı öngörüldüğü halde, 4857 sayılı İş Kanununda iş güvencesi hükümlerinin sadece bu Kanun kapsamına olan işçilere uygulanması ve kanunun 116.maddesi ile iş güvencesi hükümlerinin kıyas yoluyla Basın İş Kanunu kapsamına girenlere de uygulanması esası kabul edilmiştir. Deniz İş Kanunu ile Borçlar Kanununa tabi olarak çalışanların iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmış olması 158 sayılı Sözleşme ile tamamen uyumlu bir düzenleme yapılmadığını göstermektedir²⁰¹.

Türk İş Hukukunda, 4857 sayılı İş Kanunu, bireysel ve toplu işçi çıkarma halinde, işverenin fesih hakkını sınırlayan iş güvencesi hükümlerine (m.18, 19, 20, 21, 22 ve 29) yer vermiş, ayrıca 116.maddesi ile Basın İş Kanunun 6.maddesine bir fıkra ekleyerek, iş güvencesi hükümlerinin kıyas yoluyla Basın İş Kanunu kapsamına giren gazeteciler hakkında da uygulanacağını düzenlemiştir. Öte yandan, 4774 sayılı Kanunu'nun 10.maddesi ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunun 30 ve 31.maddelerini değiştirerek bireysel sendika özgürlüğü ile işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencelerinde yeni düzenlemeler yapılmıştır.

B. İş Güvencesi Kavramı

İş güvencesi kavramı esas olarak, geçimini emeği ile sağlayan bağımlı çalışanları, haklı ve meşru bir neden olmaksızın, işveren tarafından iş sözleşmesi ilişkisine son verilmesi durumunda, işverenin fesih işlemini sınırlayan, iş sözleşmesi ilişkisini hukuksal zemine çeken, böylece iş sözleşmesinin işçi açısından dayanıksız niteliğini bertaraf eden ve iş ilişkisine süreklilik kazandıran, koruyucu yönü ağır basan normatif düzenlemeleri gerektirmektedir²⁰². Öğretide, işçinin feshe karşı korunmasının dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılarak tanımlandığı görülmektedir.

Geniş anlamda iş güvencesi, işçinin işini kaybetmesini güçleştiren veya işini kaybetmesinden dolayı uğradığı zararı, riski hafifletmeye, telafi etmeye yönelik tüm önlemlerdir. İş sözleşmesinin önel verilerek bildirimde sona erdirilmesi ile kıdem tazminatı, işsizlik ödeneği gibi ödemeler geniş anlamda iş güvencesi kapsamına girmektedirler²⁰³. Geniş anlamda iş güvencesi, işverenin fesih hakkı konusunda yasa ve sözleşme ile getirilen bütün sınırlamaları ve feshin sonuçlarını hafifleten önlemleri kapsar.

Dar anlamda iş güvencesi ise, kısaca işçinin feshe karşı korunmasıdır. İşverenin fesih hakkını kullanırken geçerli nedene dayanması, geçerli nedeni ispat külfetinin işverene ait olması, feshin geçersizliğine bağlı olarak işçinin işe iadesi veya mahkeme ya da özel hakemce uygun görülecek bir tazminatın ödenmesini kapsayan bir güvencedir²⁰⁴. Dar anlamda iş güvencesinin amacı, işverenin iş sözleşmesini meşru

²⁰¹ ÇELİK, İş Güvencesi, Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s.14, Güzel,

²⁰² EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2006, s. 160; KAR, Bektaş: İş Güvencesi Kavramı, Legal İş Hukuku Dergisi 2005, Sayı 6, s.560-561

²⁰³ KUTAL, Metin: İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı İşçinin Feshe Karşı Korunması 18-19 Mayıs 2001, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s.16.

²⁰⁴ KUTAL, s.16.

ve makul görülebilecek bir neden olmaksızın keyfi olarak sone erdirmesinin engellenmesi, dolayısıyla iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanması ayrıca tarafların feshin mağdur edici sonuçlarından daha az etkilenmesinin sağlanmasıdır.

C. İş Güvencesi Hükümleri

1. Güvencenin Kapsamı ve Fesih Usulü

4857 sayılı İş Kanunun 18.maddesinde iş güvencesi hükümlerinin kapsamı düzenlenmiştir. Maddenin 1.fıkrasında; “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66 ncı maddesindeki süreler dikkate alınır...”- hükmüne yer verilmiş, son fıkrasında ise; “ İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.”denilmek suretiyle işveren vekili ve yardımcılarının iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir.

Buna göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işveren vekili veya yardımcısı olmayan işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmalıdır. İş Kanunu geçerli neden gösterilmesiz zorunluluğundan başka bazı şekil koşullarını da öngörmek suretiyle iş güvencesinin kapsamını genişletmiştir. Buna göre fesih bildirimi yazılı olmalı, fesih nedeni açık ve kesin bir şekilde belirtilmiş olmalı, işçinin davranışlarına veya yetersizliğine dayanılacaksa fesihten önce savunmasının istenmesi gerekir(m.19).

4857 sayılı İş Kanununun 19. maddesinde işverenin bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olduğu öngörülmüştür. Bir görüşe göre maddede öngörülen yazılı şekil koşulu geçerlilik şartıdır. Fesih bildirimi yazılı yapılmamış veya fesih nedeni açık ve kesin bir şekilde belirtilmemişse geçersiz sayılmalıdır²⁰⁵.

4857 sayılı Kanun’a göre işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapsa da her hangi bir sebebe dayandırmadığı fesih işlemi, salt bu nedenle geçersiz sayılacaktır. “Görülen lüzum üzerine” gibi genel ve soyut ifadeler kullanılarak yapılan fesihler de geçerli sayılamaz. Fesih nedeni somut olarak açık ve kesin bir şekilde belirtilmelidir. Fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde belirtilmemiş olması bildirimde fesih nedenin gösterilmediği sonucunu doğurur. İş güvencesi uygulanacak işyerlerinde gerekli şartlara sahip işçiler işveren tarafından geçerli bir neden bulunmadıkça ihbar öneli tanınmak suretiyle de olsa işten çıkarılamaz²⁰⁶.

Fesih bildiriminde fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirtilmesi zorunluluğu işverenin bildirdiği nedene bağlı olmasından dolayı işçi yönünden bir güvencedir. İşveren bildirimde belirtmek zorunda olduğu fesih nedenine bağlı kalacak ve fe-

²⁰⁵ SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, 16.Baskı, Konya 2011, s. 99.

²⁰⁶ GÜNAY, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara-2004,s.125

sih nedenini değiştiremeyecektir²⁰⁷. Bu zorunluluk sadece iş güvencesi kapsamına giren işçiler açısından geçerlidir. İş güvencesi kapsamına girmeyen işçinin iş sözleşmesinin fesih bildiriminde fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirtilmesi zorunlu değildir. Ancak, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçiler yönünden, işveren fesih bildiriminde bir sebep belirtmiş ise bildirdiği fesih nedenine bağlı olacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini fesih konusunda işçinin davranışı ve verimi ile ilgili nedenler bulunduğu işveren işçinin bu iddialara karşı savunmasını almak zorundadır (İş K. m.19/II). İşçiye savunmasını vermesi için uygun bir süre verilmelidir. Kendisine tanınan süre içinde savunmasını vermeyen işçinin savunma hakkından vazgeçtiği kabul edilmelidir²⁰⁸. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendi şartları gerçekleşmiş, işveren buna göre bildirimsiz (derhal) fesih hakkını kullanabilecek ise, işçiden savunma alması 19/2 ve 25/son uyarınca zorunlu değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin davranışlarına dayanan fesihlerde fesih hakkının ne zaman kullanılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Fesih nedeni mevcudiyetini devam ettirmekte ise süre bakımından bir sorun yoktur. Yargıtay işçinin davranışlarına dayanan fesih hakkının makul bir süre içinde kullanılması gerektiğini kabul etmektedir²⁰⁹.

2. Geçerli Nedenler

4857 sayılı İş Kanunun 18.maddesinde "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır..." şeklindeki kural ile fesih bildiriminde gösterilmesi zorunlu geçerli nedenler ana başlıkları itibariyle gösterilmiş bulunmaktadır²¹⁰. Buna göre geçerli neden kavramı; İş K.m.25 anlamında olmayan, iş sözleşmesinin fesih bildirimini geçerli kılan nedenlerdir²¹¹. Madde gerekçesinde başlıkları itibariyle belirtilen geçerli nedenlerin öğretinin katkıları ve yargı kararları ile zaman içinde belirginleşeceği belirtilmiştir.

Geçerli sebepler İş Kanununun 25. maddesinde belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektirdiği şekilde yerine getirmesine imkân vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuç olarak iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyecek durumlarda, feshin

²⁰⁷ SÜMER, s. 100.

²⁰⁸ SÜMER, s. 100.

²⁰⁹ Yarg. 9.HD. 12.09.2005, 24429-29361 sayılı kararı: "... 4857 Sayılı Kanun'un 26. maddesinde düzenlenen 6 iş günlük hak düşürücü süre aynı yasanın 25. maddesinde ki koşulların bulunması halinde uygulanacak olup, Yasanın 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen geçerli fesih hallerinde uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. "Geçerli fesih nedeni" bulunması halinde işverenin eylemi öğrendikten sonra makul süre içinde fesih hakkını kullanmış olması yeterlidir..."; Aynı yönde Yarg. 9.HD. 03.06.2007, 2006/35058 - 2007/5956.

²¹⁰ Maddede "işçinin yeterliliği" şeklinde geçen ibarenin "işçinin yetersizliği" anlamında kullanılması gerekir(EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2006, s. 167).

²¹¹ TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 3.Bası, Kasım 2003, İstanbul, s. 195.

geçerli sebeplere dayandığının kabulü gerekecektir²¹². Öğretide, geçerli neden; iş sözleşmesine hemen son vermeyi gerektirecek ağırlıkta olmamakla birlikte işçinin iş görme borcu üzerinde ciddi bir olumsuz etki doğurarak gerektiği şekilde ifasına olanak vermeyen neden olarak tanımlandığı²¹³ gibi, işletmeye, işyerine zarar vermeksizin iş ilişkisinin devamını olanaklı kılmayacak ağırlıkta bir neden²¹⁴ olarak da tanımlanmıştır.

İş Kanunun 18.maddesinin gerekçesinde işverenin feshe son çare olarak bakması gerektiği ifade edilmiştir. Şayet feshe son çare olarak bakılmamışsa fesih geçerli nedene dayanmış sayılmayacaktır. İş güvencesi hükümlerine göre işverenin bildirimli fesih hakkını kullanırken öncelikle fesihle elde edilmek istenen sonuca daha hafif önlemlerle ulaşması mümkün ise sözleşmeyi feshedememesi ilke olarak kabul edilmektedir²¹⁵. Bu nedenle Geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken işveren sürekli olarak fesihden kaçınma imkânını olup olmadığı araştırılmalıdır²¹⁶.

Kanunda geçersiz nedenler örneklendirilmiştir. Buna göre özellikle geçerli sebep oluşturmayacak hususlar şunlardır;

- Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak,
- İşyeri sendika temsilciliği yapmak,
- Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idarî veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak,
- Irk, renk, cinsiyet, medenî hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler,
- 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmalarının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek,
- Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.

Bunlar örnek olarak gösterilmiş olup benzer nedenler de iş güvencesi yönünden geçerli bir fesih nedenini oluşturmayabilecektir.

Geçerli nedenlerden olan işçinin yeterliliği veya davranışları, işçinin kişiliği ile ilgili olan sebepleri oluştururken; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kay-

²¹² Yarg.9.HD. 09.12.2004 gün ve 10604-27177 sayılı kararı: "... Davacının iş sözleşmesi verilen görevi yapmaması nedeniyle işverence 4857 Sayılı İş Kanununun 25/2-h maddesi uyarınca feshedilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanunun 25/2-h maddesinde işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi koşulu olayda gerçekleşmemiştir. Bu durumda mahkemenin kabulünde olduğu gibi verilen görevi bir defa yapmamak çalışma düzenini bozan işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle mahkemenin işe iadeye ilişkin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve 4857 Sayılı Kanunun 20/3 maddesi uyarınca davanın reddine karar vermek gerekmektedir".

²¹³ ULUCAN, s.25, ÇELİK, İş Hukuku, s.201

²¹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.574

²¹⁵ ÇELİK, İş Güvencesi, s.28

²¹⁶ Yarg.9.HD. 29.12.2003, 2003/23204-22988 sayılı kararı: "...Somut olarak açıklanan bu maddi olgulara göre, fesih işletmenin ve işyerinin gereklerine dayandığından söz edilemez. Fesih en son çare olarak düşünülmelidir. İstihdam fazlası olmadığına ve yeni işçi alımı söz konusu olduğuna göre, öncelikle üretimi ve verimliliği artırıcı önlemler alınmalı, teknolojik gelişmeler takip edilmeli, işyerinde fazla mesai uygulamaları kaldırılmalı, personel yetersizliği gerekçesi ile izin verilmemesi uygulamasına son verilmelidir. Davalı kuruluş bu tür uygulamalara başvurmuş aksine işçi istihdamından kaynaklanmayan gider artırıcı uygulamalara neden olmuştur..."

naklanan sebepler ise işyeri ile ilgilidir.

Sık sık hastalanma, uzun süreli rapor kullanma, işyerinde gelişen teknolojiye paralel olarak işçilere verilen eğitim ve yeni yöntemler konusundaki bilgilendirmelere katıldığı halde öğrenme ve yetiştirmede yetersiz kalma, çalışma ortamına ve mesleğe uyumsuzluk geçerli fesih nedenleridir²¹⁷.

Belirli bir yaş sınırına gelmiş olma ve/veya yaşlılık aylığına hak kazanmış bulunma tek başına geçerli fesih nedeni değildir. İşçinin belirli bir yaşa gelmiş olması iş görme borcunu gerektiği biçimde ifa edememesi ve özellikle aynı ve daha ileri yaştakilere nazaran iş görmede yetersiz kalması, yoğun çalışamaması, gücünde azalma meydana gelmesi halinde fesih için geçerli neden teşkil edebilecektir²¹⁸.

İşçinin bilinen niteliklerinden beklenenden daha düşük performans göstermesi de geçerli fesih nedenidir. Ancak, performans değerlendirmesinin hangi ölçütlere göre yapıldığı önem arz etmektedir. Her şeyden önce objektif kriterlerin dikkate alınması ve değerlendirmenin “açıklık-şeffaflık” ilkesi doğrultusunda işçiye performansının düşük olduğu bildirilerek ve görüşü alınarak ve ancak bir düzelme olmadığında performans düşüklüğüne dayanılmak suretiyle geçerli nedenle fesih yoluna başvurulabilmelidir²¹⁹.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesih nedenleri işletme içi ve dışı nedenler olarak ikiye ayrılmaktadır. İşletme içi nedenler; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin kapatılması, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler işletme ve işyeri içi sebeplere örnek olarak gösterilebilir²²⁰.

İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmeye ilişkin kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletmeye yönelik kararla varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshiye başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır”(ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20/2.maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür²²¹.

²¹⁷ EKONOMİ, Münir: “Hizmet Akdinin Feshi Ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003, C.17, S. 2, Özel Ek. s.9

²¹⁸ EKONOMİ, s.9

²¹⁹ EKONOMİ, s.8

²²⁰ 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18.madde Gerekçesi

²²¹ Yarg. 9.HD. 20.12.2004, 14475-/28303 sayılı kararı: “...4857 sayılı İş Kanunu’nun 20/2.maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür...”

3. Fesih Bildirimine İtiraz

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. Maddesine göre iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşırırlarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülebilir.

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

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

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

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelele ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

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

III. YAŞLILIK AYLIĞINA HAK KAZANMANIN İŞ GÜVEN- CESİ HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN ETKİLERİ

A.Geçerli Neden Bakımından

1.Yaşlılık Aylığına Hak Kazananların İşten Çıkarılmasına Yönelik İşletme Politikasının Oluşturulması

Yaşlılık aylığı almaya hak etmiş işçiler sabit ve sürekli bir gelire sahip olduklarından, diğer işçilere nazaran daha az korunma ihtiyacı gösterirler. Yaşlılık aylığı tam olarak yeterli olmasa bile işçinin ve ailesinin geçimi için önemli bir kaynaktır²²².

166 Sayılı Tavsiye Kararında da ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzeri nedenlerle işten çıkarılan işçilerin son vermeden önce eğitim, yeni bir işe yerleştirme veya işyerinde başka bir işe yerleştirme olanaklarının araştırılması, çalışma süre-

²²² GÜZEL, Ali: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri", LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, S. 16, s. 1299.

lerinin kısaltılması yolu ile iş imkânlarının ortaya çıkarılması, istek üzerine erken emeklilik gibi yolların araştırılması, çıkarılan işçinin öncelikle işe alınması gibi kurallar benimsenmiştir (166 s.Tavsiye K. m. 21, 22, 23, 24). Buna göre salt emekliliğe hak kazanma fesih için geçerli neden değildir²²³. Ancak yine Tavsiye Kararına göre bu genel kuralın istisnası, bir ülkenin iç mevzuatının veya ülke uygulamasının emekliliğe hak kazanmayı fesih nedeni olarak öngörebilmesidir.

166 sayılı Tavsiye Kararına göre fesihden önce istek üzerine erken emeklilik gibi bir yolun araştırılması da başvurulacak yollar arasında sayılmakla, emekliliğe hak kazanma feshin son çare olması ilkesi kapsamında başvurulacak bir yol kabul olarak edilmiştir.

Diğer yandan, iş ve meslek ilişkilerinde eşit davranılmasına ilişkin 2000/78 sayılı AB Yönergesi yaş nedeniyle ayırım yapılmasını yasaklamıştır.

İşveren, girişim özgürlüğü kapsamında emekliliğe hak kazanan işçilerin çalıştırılmayacağına, bu özellikleri taşıyan işçilerin işten çıkarılacağına dair kararlar alabilir. Gerçekten, işveren kendi işletmesiyle ilgili tüm kararlarının amaç ve kapsamını özgürce belirleyebilmelidir. İşverenin emekliliğe hak kazanan işçilerin çalıştırılmayacağına, iş sözleşmelerinin feshedileceğine dair kararını işletme politikası biçiminde personel yönetmeliği ile ortaya koyması mümkündür. Bu tür hükümleri içeren yönetmeliğin yürürlüğü sırasında işe giren bir işçinin iş sözleşmesinin bu nedenle işveren tarafından feshi, kural olarak, geçerli nedene dayandığı kabul edilmektedir. Çünkü iş güvencesinin amacı işçinin her ne pahasına olursa olsun feshe karşı korunması değil, sadece keyfi fesiHLere karşı korunmasıdır²²⁴. Ancak, işverenin kararı kanunlara, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmelerine ve işyerinde görülen işin niteliklerine uygun olmalı, ayrıca karar genel ve objektif olarak uygulanmalıdır. Ayrıca bu halde işyerinde bir işgücü fazlalığının olması şart değildir. Bir görüşe göre personel yönetmeliği veya toplu iş sözleşmesinde yer alsa bile emekliliğe hak kazanmanın tek başına geçerli neden teşkil etmez; öncelikle işçi sayısının azaltılmasını gerektirecek bir nedenin bulunması gerekir. Bu görüşe göre emekliliğin personel yönetmeliğinde yer alması işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde bir kriter oluşturması bakımından önem arz eder²²⁵.

4857 sayılı kanunda tek başına emekliliğe hak kazanma fesih için geçerli neden olarak kabul edilmemiştir. Kanun'un 18.maddesinin gerekçesinde işletme gerekleri ile birlikte emekliliğe hak kazanmanın geçerli fesih nedeni olduğu belirtilmiştir. Buna göre işletme gerekleri emekliliğe hak kazanan işçinin işten çıkarılmasını gerektiriyorsa geçerli nedenin varlığından söz edilebilir. Yukarıda belirtildiği gibi emekliliğe hak kazananların işten çıkarılacağı yönünde yönetmelik hükmü ile ortaya konulan istihdam politikası işletme gerekleri olarak değerlendirilebilir.

İşçinin işe girdiği sırada yönetmelikte emekliliğe hak kazanmanın fesih nedeni yapılacağına dair hüküm yer almadığı halde sonradan yönetmeliğe bu tür bir hükmün eklenmesi veya yönetmelik hükmünün bu yönde değiştirilmesi halinde çalışma koşullarının işçi aleyhine esaslı tarzda değişikliğinden söz edilebilir. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22.maddesi uyarınca işçiden yazılı muvafaka-

²²³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 171.

²²⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 160.

²²⁵ BAYSAL, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, s. 158-159.

tinin alınması gerekir.

Toplu iş sözleşmesine bu yöndeki bir hükmün geçerliliği tartışılabilir. Personel yönetmeliğinde emekliliğe hak kazananların işten çıkarılacağına dair bir düzenleme bulunmadığı halde toplu iş sözleşmesinde bu tür bir hükme yer verilmesi, işçinin “çalışma hakkı” yönünden ele alınması gereken bir konudur. Gerçekten, toplu iş sözleşmesi kanuna aykırı olamaz. Diğer yandan üyelerinin ekonomik hak ve menfaatlerini koruma amacı ile kurulan sendikaların böyle bir konuda yetkisinin bulunup bulunmadığı da tartışmaya açık bir konudur.

Bir görüşe göre İşK.m.18/1’de yer alan fesih nedenleri emredici nitelikte olduğundan, geçerli fesih nedenlerinin işçi aleyhine işyeri iç yönetmelikleri hatta toplu iş sözleşmeleri değiştirilmesi mümkün değildir²²⁶.

Emekliliğe hak kazanmanın fesih nedeni olduğu kanun tarafından öngörül-müşse bu nedenle yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir²²⁷.

Yargıtay’a göre salt emekliliğe hak kazanma fesih için geçerli bir neden olmamakla²²⁸ birlikte, emekliliğe hak kazananların işten çıkarılacağına dair personel yönetmeliği veya iç yönetmelik hükmü genel ve objektif uygulanmak kaydıyla geçerlidir²²⁹. Yargıtay bölge müdürü gibi üst düzey yöneticilerin bu uygulamanın

²²⁶ AKI, s. 9.

²²⁷ Yarg. 9.HD. 30.03.2009, 2008/17001-2009/8698 sayılı kararı: “...Davacı işçi iş sözleşmesini imzalar-ken, geçici iş pozisyonunda ve 5620 sayılı yasanın geçici 1. maddesi kapsamında çalışmayı kabul etmiştir. Fesih tarihinde davacı işçi emekliliğe hak kazandığına ve geçici 1. maddenin 3. maddesi işverene bu durumda fesih hakkı verdiğine göre, yasal nedene dayanan feshin geçersizliğine karar verilmemesi gerekir. Zira işveren yasalda düzenlenen bir fesih hakkını kullanmaktadır; Aynı Dairenin 04.03.2008, 2007/26106-2007/3438 sayılı kararı: “...davacının başlangıçta statü hukuku kapsamında ve 5434 sayılı Emekli Sandığı hükümlerine tabi olarak davalı işyerinde çalışmaya başladığı, 2004 yılında iş sözleşmesi imzalandığı, ancak davacının sosyal güvenlik bakımından Emekli Sandığı Kanununa tabi olmaya devam ettiği, teknisyen yardımcısı olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin bu yasanın 40. maddesi uyarınca 55 yaş haddini doldurması nedeni ile resen emekli edilmek sureti ile feshedildiği, anılan yasanın 40. maddesinde “Posta, telgraf ve telefon hat başbakıcı ve başdağıtıcıları ile hat bakıcıları ve dağıtıcıları” için 55 yaşın yaş haddi sınırı olarak düzenlendiği ve davacının da 02.02.2006 tarihinde 55 yaşını doldurduğu, emekliliğe hak kazandığı anlaşılmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, işveren sosyal güvenlik bakımından davacı işçinin tabi olduğu 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu’nun 40. maddesi uyarınca hareket etmiş ve 55 yaşını dolduran, emekliliğe hak kazanan davacı işçinin iş sözleşmesinin anılan hüküm doğrultusunda feshetmiştir. Davalı işveren burada, doğrudan uygulanma kabiliyeti olan kanunun hükmünü uygulamıştır. İşverenin fesih işlemi, doğrudan bir yasa hükmüne dayandığından ve bu yasa hükmü somut uyuşmazlıkta doğru uygulandığından, bu işlemin 4857 sayılı yasa kapsamında geçersizlik denetimine tabi tutulması olanağı bulunmamaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.”

²²⁸ Yarg. 9.HD. 11.04.2005, 9752-12858 sayılı kararı “...salt emeklilik fesih için yeterli değildir...”

²²⁹ Yarg. 9.HD. 24.4.2007, 4494-12285 sayılı kararı: “... Davalı şirket Personel Yönetmeliğinin 68.maddesi- nin birinci fıkrasında “şirket personelinin görevleri ile ilgilirinin kesilmesini gerektiren yaş haddi 60 yaşlarını doldurdukları tarihtir. Ancak, Sosyal Sigortalar Mevzuatına göre emeklilik hakkını kazanmış olanlar 60 yaş kaydına tabi tutulmaksızın kanuni hakları olan tüm paralı haklarının aynen verilmesi suretiyle şirketle ilgileri kesilebilir...” kuralı yer almaktadır. Davacının iş sözleşmesi emekliliğe hak kazandığı için Personel Yönetmeliğinin 68.maddesi uyarınca feshedilmiştir. Dairemiz uygulamasına göre işyerinde usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş personel yönetmeliğinde emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirileceği düzenlenmiş ise ve ayrıca verimsizlik aranacağı konusunda bir kural konulmamışsa böyle bir düzenlemeye istisnasız ve objektif olarak uyan işveren bu hükme dayalı feshinin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmektedir. Dava konusu işyerinde anılan yönetmelik hükmünün genel ve objektif olarak uygulanıp uygulanmadığı araştırılmadan salt emekliliğe hak kazanmış olmanın fesih için geçerli neden olamayacağı gerekçesi ile davacının işe iadesine karar verilmiş olması hatalıdır. İşyeri ve SSK kayıtları üzerinde gerekirse bilirkişi incelemesi yapılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığına karar verilmelidir”; Yarg. 9.HD. 19.01.2004, 2003/22196 - 2004/261 sayılı kararı: “... Dosya içeriğine göre davacının iş

kapsamı dışında tutulması halinde uygulamanın genel ve objektifliğinin etkilenmeyeceğine karar vermiştir²³⁰. Yine Yargıtay bir başka kararında da emekliliğe hak kazanan işyeri sendika temsilcisinin işten çıkarılmamış olmasını genel ve objektif uygulamaya aykırı bulmamıştır²³¹.

“Genel”lik, emekliliğe hak kazananların işten çıkarılacağına ilişkin uygulamanın tüm işçileri kapsamına almasıdır. İşletmede veya işyerinde çalışan işçilerin bir kısmına yapılan uygulamanın “genel”liğinden söz edilemez²³². Ancak, emekliliğe hak kazananların sayısı işten çıkarılması gerekenlerin sayısından fazla ise emekliliğe hak kazananların tamamının işten çıkarılmamış olması genel uygulamanın varlığını bertaraf etmemelidir. Aksi halde işten çıkarılması gerekmeyenler de “genel uygulama” ilkesi uğruna işten çıkarılmış olurlar. Bu noktada önemli olan, işverenin işten çıkarılması gereken işçileri emekliliğe hak kazananlar arasından karşılayıp karşılamadığıdır. Örneğin, işyerinde emekliliğe hak kazananların sayısı 10, işten çıkarılması gerekenlerin sayısı ise 7 kişi olduğunda, işten çıkarılacak işçilerin tamamı emekliliğe hak kazananlardan seçilmelidir. Bu durumda emekliliğe hak kazanan 3 işçinin işten çıkarılmayacak olması uygulamanın genel niteliğini ortadan kaldırmaz. Emekliliğe hak kazananların sayısının fazla olması halinde işten çıkarılacak işçinin seçiminde işvereni bağlayıcı bir sözleşme hükmü yoksa işveren

sözleşmesinin 7200 prim ödeme gününü doldurmuş olması ve emekliliğe hak kazanması nedeniyle Personel Yönetmeliğinin 11.2.e maddesi uyarınca feshedildiği sabittir. Ancak aynı maddede “performans durumları göz önünde tutularak devamında yarar görülenlerin hizmet akitleri devam ettirilir” hükmüne de yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu yönetmelik 4857 Sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce çıkarılmıştır. 4857 Sayılı İş Kanununda ve gerekçesinde salt emekliliği kazanma feshi için geçerli bir neden olarak düzenlenmemiştir. Davalı işveren feshi için işletmenin veya işin gereklerine dayanmadığı gibi işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan bir neden de belirtmemiştir. Feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşıldığından mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi yerinde bulunmuştur”.

²³⁰ Yarg. 9.HD. 16.06.2008, 18717-16037 sayılı kararı: “...Dairemiz uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir. Somut olayda Bölge Müdürleri ve daha üst düzey yöneticilerden emekliliğe hak kazanıp da halen çalışmakta olan personel bulunduğu ileri sürülmüş ise de, Bölge Müdürü ve daha üst düzeydeki yöneticilerin konumları gereği söz konusu uygulamanın dışında tutulması işletme yönetimi ve menfaatleri açısından olağan karşılanmalıdır. Başka bir anlatımla üst düzey yönetici konumundaki personelin emekliliğe hak kazanmış olmasına rağmen işten çıkarılmaması uygulamanın “objektif ve genel” olma özelliğini bertaraf edemez. Bu nedenle davalı işverenin Personel Yönetmeliği ve Toplu İş Sözleşmesinde yer alan hükmü üst düzey yöneticiler dışında kalan tüm personel için objektif ve genel uygulayıp uygulamadığı araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının kabulü gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.”

²³¹ Yarg. 9. HD. 11.09.2008, 25324-23401 sayılı kararı: “...Davalı işveren ekonomik nedenlerle küçülme kararı almış ve istihdam fazlalığı işçilerin iş sözleşmesini feshetmiştir. İstihdam fazlalığı kanıtlanmıştır. İstihdam fazlalığında emekliliğe hak kazananların seçilmesi objektif bir kriterdir. Emekliliğe hak kazanan, ancak işyeri sendika temsilcisi olarak çalışan iki işçinin çıkarılmaması, bu kriteri ortadan kaldırmaz. Yeni işçi alımı bulunmamaktadır. Davalı işveren ekonomik nedenlerle küçülme kararı almıştır. Davalı işverenin bu kararda keyfi davrandığı iddia edilmemiştir. Bu maddi ve hukuki olgulara göre davacının iş sözleşmesinin işyerinin ve işin gereklerine dayanan nedenlerle feshedildiği, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”

²³² Yarg. 9. HD. 28.04.2008, 14183-10673 sayılı kararı: “...işçi fazlalığının giderilmesinde emekliliğe hak kazananların seçilmesi objektif ve genel bir uygulama halinde geçerli sebep olarak kabul edilebilir. Başka bir anlatımla emekliliğe hak kazanmış işçilerin işten çıkarılmasına ilişkin objektif ve genel uygulama işletme bazında gerçekleştirilmelidir. Üst düzey yöneticileri haricinde tüm personeli kapsayacak şekilde istisnasız bir uygulama yapılması gerekir...”

mutlak ayırım yasağı dışında serbesttir.

Burada sözü edilen emekliliğe hak kazanma ile yazılı başvuru ve işten ayrılma hariç, emekli olmak için kanunun aradığı tüm şartlara sahip işçi kastedilmektedir. Yaşlılık aylığı almakta iken sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle çalışmaya devam edenlerin aynı kategoride düşünülmesi gerektiği söz götürmez. Ancak 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14.maddesinin birinci fıkrasına 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanun ile eklenen 5.bende göre 506 sayılı Kanun'un 60.maddesinde öngörülen yaş koşulu hariç, 60 ve geçici 81.maddelerinde belirtilen prim ödeme gün sayısını ve sigortalılık süresini tamamlamış işçiler bu kapsamda değerlendirilmemelidir²³³.

Konuya ülkemizin koşulları nedeniyle farklı bir açıdan bakılmasında yarar vardır. Genç bir nüfusa sahip olma, 40'li yaşlarda emekliliğe hak kazanabilme ve yaşlılık sigortasının sağladığı yardımların eksikliği (yaşlılık aylığının düşük olması v.b.) gibi koşulların birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle işletme gereklerine de dayansa salt emekliliğe hak kazanma geçerli fesih nedeni kabul edilmemeli; emekliliğe hak kazanma ile birlikte erkekler için en az 55, kadınlar için en az 50 yaş sınırı aranmalıdır. Böylece genç yaşta emekliliğe hak kazananlardan dolayı Kurumun aktüer dengesi bozulmayacak; bu nedenle iş sözleşmesi feshedilenler yeniden iş arayışına girişmeyecek, işsiz gençlere yeni iş alanlarının açılmasını sağlanacaktır. Kuşkusuz bu görüş 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden önce çalışmaya başlayanlar yönünden geçerlidir. Öğretide de ülkemizde geçici dönem için farklı emeklilik yaşı olduğu dikkate alınarak, bunlara göre ve aylık kazanabilme şartına uyum sağlayacak bir yaş, örneğin 57, 58 ve 60 civarı bir yaştan esas alınabileceği ileri sürülmüştür²³⁴.

Yönetmelikte emekliliğe hak kazanmanın yanında ayrıca belli bir yaş sınırı öngörülmüş ise, işçinin sadece emekliliğe hak kazanmış olması geçerli fesih nedeni olmaz, ayrıca öngörülen yaş koşulunun da gerçekleşmesi gerekecektir. Nitekim Yargıtay bir kararında personel yönetmeliğinde yer alan hükümde emekliliğe hak kazanmanın yanında yaş şartının da öngörüldüğünü, davacının fesih tarihi itibarıyla emekliliğe hak kazanmakla birlikte öngörülen yaş koşulunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle işçinin işe iadesine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir²³⁵.

Emekliliğe hak kazanma ile birlikte öngörülen yaş sınırı üst düzey çalışanlar bakımından farklı şekilde düzenlenebileceği gibi, haklı nedenlerin bulunması halinde (deneyim ve bilgi birikiminden yararlanılacak işçi bakımından) feshin belli bir süre geciktirilebileceğine dair hükümlere de yer verilebilir²³⁶.

2. Yaşlılık Aylığına Hak Kazanmanın Yetersizlikten Kaynaklanan Geçerli Neden Olarak İleri Sürülmesi

Yaşlanma, işçinin çalışma gücünü olumsuz yönde etkileyerek performansını

²³³ AKİ, s. 13.

²³⁴ EKONOMİ, Münir: "Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi", LEGAL YKİ, 2006/2, s. 138.

²³⁵ Yarg. 9.HD. 11.04.2005, 9752-12858 sayılı kararı: "... Keza salt emeklilik fesih için yeterli değildir. 4857 sayılı İş Kanunundan önce imzalanan TİS'in 55 yaşında olan ve emekliliği gelenlerin iş sözleşmesinin feshedileceği kuralının, davacının fesih tarihinde 52 yaşında olması nedeni ile uygulanması olanağı yoktur...".

²³⁶ EKONOMİ, Emekliliğe Hak Kazanma, s. 138

düşürebilir. Belirtmek gerekir ki, salt emekliliğe hak kazanmış olmak performansın düşüklüğünü göstermez. Gerçekten, mevcut sosyal güvenlik mevzuatımıza göre örneğin, 45 yaşında yaşlılık aylığına hak kazanmak mümkün olduğundan, salt emekliliğe hak kazanmak performans düşüklüğü anlamına gelmemelidir. İşçinin emekliliğe hak kazanacak yaşa gelmiş olması aynı zamanda verim düşüklüğüne yol açmışsa, iş sözleşmesi emekliliğe hak kazanmaktan dolayı değil “yetersizlik” nedeniyle feshedilebilecektir²³⁷.

Bu nedenle işçinin emekliliğe hak kazandığının ortaya konulması yetmez, ayrıca emekliliğe hak kazanmanın performansını olumsuz etkilediğinin kanıtlanması gerekecektir²³⁸.

Öğretide işletmede yeniden yapılanmanın çok boyutlu, teknolojik değişikliğe giden ve eğitim düzeyi yüksek olan personele ihtiyaç duyulması ve böylece personel profilinin değiştirilmek istenmesi durumunda, bunlara nitelikleri uymayan ve alınacak tedbirlerle dahi noksanlıkların giderilemeyeceğinin anlaşılması halinde onların iş ilişkilerine devam edilmesinin işverenden beklenemeyeceği ileri sürülmüştür²³⁹. Bir görüşe göre teknolojik değişiklik nedeniyle kadro gençleştirilmesi her zaman gerekmez; özellikle feshin son çare olması kapsamında belli bir yaşa gelmiş işçilerin verilecek kısa süreli ve fazla masraf gerektirmeyen bir mesleki eğitim sonucunda yeni teknolojiyi kullanabilecek niteliği kazanıp kazanamayacağı tartışılmalıdır²⁴⁰.

3. Seçim Kriteri Olarak Emekliliğe Hak Kazanma

4857 sayılı İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra özellikle iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında, işverenin işten çıkaracağı işçinin seçiminde uyum zorunda olduğu bir kriter olup olmadığı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmıştır. İşverenin mutlak ayırmacılık yasalarına uyma yükümlülüğü konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte sosyal seçim kriterlerinin dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalara yol açmıştır.

Sosyal seçim, iş sözleşmesinin işletmesel nedenlerle feshi halinde, sosyal açıdan zayıf olan tarafın korunması amacıyla, işten çıkarılacak işçilerin belirli kriterlere göre seçilmesidir²⁴¹. İş Hukuku mevzuatımızda işverenin toplu işçi çıkarırken göz önünde bulundurmak zorunda olduğu sosyal seçim kriterleri öngörülmemiş değildir. Bu nedenle işverenin sosyal seçim ölçütlerini göz önünde bulundurma yükümlülüğünden söz edilemez²⁴². Bununla birlikte işveren, bir kısmının işçinin işten çıkarıl-

²³⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.171.

²³⁸ AKI, s. 9,10.

²³⁹ EKONOMİ, Emekliliğe Hak Kazanma, s. 139; ALP, Mustafa: “Otuz Hizmet Yılına Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep midir?”, LEGAL YKİ, 2006/2, s. 157.

²⁴⁰ BAYSAL, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, s. 157-158.

²⁴¹ ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü mevcut Mudur?, MESS Sicil, 2006/4, s.95-97.

²⁴² Yarg. 9.HD. 30.10.2007, 19014-32041 sayılı kararı: “...somut olayda personel fazlalığını gidermeye yönelik olarak işçi çıkarmada işvereni bağlayan her hangi bir sosyal seçim ilkesi öngörülmediği gibi, davalı işverenin diğer işyerlerinde de iş gücü fazlalığı personeli çıkarma yoluna gittiği, bu nedenle diğer işyerlerinde çalışma olanağı bulunmadığı kabul edilmelidir. Dava konusu olayda işçi çıkarılmasını gerektiren ekonomik neden ve işletmesel bir karar mevcut olduğuna göre üzerinde

ması gereken hallerde işten çıkarılacak işçiyi belirlerken hukuken kabul edilebilir ölçütlerden bir veya birkaçını dikkate alabilir. Bu durumda yargısal denetim işverence göz önüne alındığı belirtilen ölçütlerin genel ve objektif olarak uygulanıp uygulanmadığı yönünde olmalıdır.

Yargıtay, daha önce verdiği kararlarında "...işverence işten çıkarılacak işçi seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterler göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla, sosyal seçimin hangi ölçülere dayandığı saptanmalıdır" şeklinde sosyal seçim kriterlerinin göz önünde bulundurulması zorunluluğuna işaret etmekteydi²⁴³. Yargıtay'ın bu kararları öğretide bir kısım yazarlarca isabetli bulunurken²⁴⁴, diğer bir kısım yazarlarca sosyal seçim kriterlerinin göz önünde bulundurulması zorunluluğunu öngören kanuni düzenleme bulunmadığı, hukuki güven ve açıklık esasları ile bağdaşmadığı, kriterler arasında önceliğin belirlenemediği gibi gerekçelerle eleştirilmiştir²⁴⁵. Yargıtay daha sonra bu görüşünden vazgeçmiş; işten çıkarılacak işçinin seçiminde objektif kriterlerin esas alınması gerektiğine karar vermiş²⁴⁶ ise de, son yıllardaki kararlarında işten çıkarılacak işçinin seçiminde mutlak ayırimcılık yasakları haricinde işverenin serbest olduğunu, bu yönde sözleşme hükmü veya işverenin tek taraflı bir kararının varlığı halinde öncelikle göz önünde bulundurulduğu ileri sürülen kriterin hukuken kabul edilebilir olup olmadığına bakılacağını, daha sonra bu kriterin genel ve objektif

durulması gereken husus; fesihten önce ve sonra işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunup bulunmadığıdır...".

²⁴³ Yarg. 9.HD. 15.05.2006, 10807-13509 sayılı kararı: "...çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır...".

²⁴⁴ GÜZEL, Ali: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri", LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, S. 16, s. 1278.

²⁴⁵ SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 4.Baskı, s. 544-545; ÇELİK, Nuri: İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, MESS SİCİL, 2006/4, s.6-7; ALPAGUT, s. 105.

²⁴⁶ Yarg. 9. HD. 11.12.2006, 24963-32630 sayılı kararı: "...İşgücü fazlalığı durumunda iş sözleşmesi feshedilen işçinin seçiminde işverence bir kriter dikkate alınmış ise, ölçütün hukuken korunabilir olması, objektif ve genel olarak uygulanması yeterlidir. Bu durumda, işverence başka kriterlerin dikkate alınmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilmesi doğru olmaz..."; Yarg. 9.HD. 22.01.2007, 2006/37504-2007/86 sayılı kararı: "...işyerinden kaynaklanan sipariş azalmasının işçi çıkarılmasını zorunlu kıldığı anlaşıldığı takdirde, çıkarılan işçilerin seçiminde objektif kriterlerin dikkate alınıp alınmadığı belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir..." ve aynı Dairenin 19.03.2007, 2006/37022-2007/7447 sayılı kararı: "...istihdam fazlalığı nedeniyle işten çıkarılanların ve dolayısıyla davacının objektif kriterlere göre çıkarılıp çıkarılmadığı dosyadan anlaşılamamaktadır. Bu nedenle, gerekirse işyerinde keşif yapılarak, fesih tarihi itibarıyla istihdam fazlalığı doğuran bir ekonomik neden bulunup bulunmadığı, bir mali müşavir, bir hukukçu ve bir işletme uzmanı olmak üzere üç kişiden oluşan bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır. Şayet ekonomik nedenlere bağlı olarak işgücü ihtiyacında azalma meydana gelmiş ise; iş sözleşmesi feshedilen davacının seçiminde objektif kriterlerin dikkate alınıp alınmadığı, davalı işverene ait başka işyerinde yada aynı işyerinin diğer bölümlerinde değerlendirme olanağı olup olmadığı, bu kapsamda feshin son çare olması ilkesinin uygulanıp uygulanmadığı belirlenerek, sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmiş olması hatalıdır...".

olarak uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi gerektiğini belirtmiştir²⁴⁷.

Yargıtay emekliliğe hak kazanmanın sosyal seçim kriteri olarak kabul edilebileceğine, ancak geçerli bir fesih nedenini oluşturması bakımından söz konusu kriterin genel ve objektif olarak uygulanması gerektiğine karar vermiştir²⁴⁸. Emekliliğe hak kazananların sayısı işten çıkarılması gerekenlerin sayısından fazla ise emekliliğe hak kazananların arasından işten çıkarılacak işçinin seçiminde mutlak ayrımcılık yasakları dışında işverenin serbest olması gerektiği söylenebilir.

Emekliliğe hak kazanmanın seçim kriteri olarak göz önünde bulundurulduğu durumlarda öncelikle iş gücü fazlalığının oluşup oluşmadığı belirlenmeli, iş gücü fazlalığı oluşmuşsa seçim kriteri ile ilgili inceleme yapılmalıdır²⁴⁹.

İşçinin belli bir yaşa gelmesi nedeniyle performans düşüklüğü göstermesi durumunda iş sözleşmesinin feshi mümkün ise de, işçinin emekliliğe hak kazanmasına kısa bir süre kalmışsa fesih hakkının bu halde kullanması gözetme borcuna ve dürlük kurallarına aykırı düşebilir²⁵⁰.

²⁴⁷ Yarg. 9.HD. 12.03.2007, 2006/35803-2007/6301 sayılı kararı: "...Personel fazlalığını gidermede "emekliliğe hak kazanma" olgusu objektif bir kriter olup, genel bir uygulamaya tabi tutulduğunda fesih için geçerli neden olarak kabul edilmelidir..."

²⁴⁸ Yarg. 9.HD. 18.12.2006, 26214-33181 sayılı kararı: "...Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği, "iş gücü fazlalığının giderilmesinde belirli bir yaş sınırında olma ve emekliliğe hak kazanmış bulunma iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde sosyal seçim kriteri olarak kabul edilebilirse de, uygulamanın genel ve objektif bir şekilde yapılması, işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmektedir. Somut uyuşmazlıkta, taraflar arasındaki emeklilik ile ilgili düzenlemenin genel olarak uygulanıp uygulanmadığı anlaşılammaktadır. Davalı işverenin yaş ile ilgili düzenlemeyi genel olarak işyerinde objektif bir şekilde tüm işçilere uyguladığı takdirde feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Aksi halde ise, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmelidir..."

²⁴⁹ Yarg. 9.HD. 29.01.2007, 2006/29977-2007/1218 sayılı kararı: "... Özelleştirme kapsamında bulunan davalı şirketin işyerlerinin önemli bir kısmı özelleştirilmiş, bir kısmının da faaliyetine son verilmiştir. Özelleştirilen ve faaliyetine son verilen işyerlerindeki personel şirketin kalan işyerlerine dağıtılmış olup, bunun ek bir kulfet ve personel fazlalığı doğuracağı açıktır. Davalı işveren, emekliliğe hak kazananları işten çıkarmak suretiyle personel fazlalığını gidermeye çalışmıştır. Personel fazlalığını gidermede "emekliliğe hak kazanma" olgusu objektif bir kriter olup, genel bir uygulamaya tabi tutulduğunda fesih için geçerli neden olarak kabul edilmelidir. İşten çıkarılan personelin yerine yeni işçi alındığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Mevcut olgulara göre fesih geçerli nedene dayandığından davacının işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekir..." (UYAP: Aynı Dairenin 20.10.2008, 31827-27727 sayılı kararı: "...Dairemizce işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve uygulamanın objektif ve genel olarak yapılması fesih için geçerli neden kabul edilmektedir. Somut olayda Özelleştirme Yüksek Kurulunun 20.3.2006 ve 21 sayılı kararı ile dava konusu şirkete bağlı 42 ilin Pazarlama ve Dağıtım Baş Müdürlükleri ile 42 Yaprak Tütün İşletme Müdürlükleri, atölyeleri ve alım noktalarının kapatıldığı, birçok işyerinin kapatılması nedeni ile ortaya çıkan personel fazlalığının giderilmesinde "emekliliğe hak kazanma" ölçütünün dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Mahkemece alınan bilirkişi kurulu raporunda işyerinin son yıllarda kâr ettiği ve işçi sayısının artış gösterildiğinden söz edilerek feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak, şirketin ekonomik durumunun "işletme" düzeyinde ele alınması ve fesih için geçerli neden bulunup bulunmadığının buna göre belirlenmesi gerekir. Davalı şirkette yukarıda belirtildiği gibi kapatılan işyerleri nedeni ile istihdam fazlalığı doğduğu açıktır. Öte yandan dava konusu işyerinde işçi sayısında meydana gelen artış yeni işçi alınmasından değil, kapatılan işyerlerinden nakledilen işçilerden kaynaklanmıştır. Dosya içeriğine göre emekliliğe hak kazanan işçilerin ve bu arada davacı işçinin iş sözleşmesinin objektif ve genel bir uygulama sonucu feshedildiği, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından davacının işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekir. Yazılı gerekçe ile isteğin kabulü hatalı olmuştur..."

²⁵⁰ SÜZEK, Sarper: "İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih", A.Can Tuncay'a Armağan, LEGAL, İstanbul 2005, s. 573.

B. İş Güvencesi Tazminatına Etkisi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesine göre işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilen işçinin açtığı dava sonunda mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdikten sonra, kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlatılmak için işverene başvuran işçiye işveren, bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin davacıyı bir ay içinde işe başlatmaması halinde işçiye 4 ila 8 aylık ücret tutarında bir tazminatın ödenmesine de karar verilir.

Emekliliğe hak kazananların isterlerse emekliye ayrıldıklarında - yaşlılık aylığının yeterli olup olmadığı konusu bir yana - yaşlılık aylığı alabilecekleri göz önünde bulundurulduğunda, bu durumda olanlarla emekliliğe hak kazanmamış olanlar arasında iş güvencesi tazminatı miktarının belirlenmesi noktasında ayırım yapılmasını gerektiren haklı bir neden bulunmaktadır. Yargıtay da iş sözleşmesi feshedilen işçinin emekliliğe hak kazanmış olduğunu dikkate alarak iş güvencesi tazminatının alt sınırdan belirlenmesi gerektiğine karar vermektedir²⁵¹.

İşçinin işten çıkarıldıktan sonra emekliye ayrılmış olması, iş güvencesi tazminatını talep etmesine engel değildir.

C. Fesih Bildiriminden Sonra Yaşlılık Aylığı Almanın İş Güvencesi Hükümlerine Etkisi

1. İşe İade Davasına Etkisi

İş sözleşmesi feshedilen işçinin işe iade davasını açmadan önce veya dava devam ederken emekliye ayrılması mümkündür. İşçinin yaşlılık aylığını alması işverence yapılan iş sözleşmesinin feshini ortadan kaldırmaz. Yargıtay daha önce işverence ihbar öneli verilerek yapılan fesihlerde işçinin önel içinde ayrılması halinde sözleşmenin işçi tarafından feshedilmiş olacağını kabul etmekte iken, daha sonra bu görüşten ayrılarak önel içinde emekliye ayrılmanın işverenin feshini ortadan kaldırmayacağı yönünde kararlar vermiştir.

Hukukumuzda emekliye ayrılan işçinin çalışmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. İlk defa 5510 sayılı Kanun döneminde çalışmaya başlamış olsa bile işçinin yaşlılık aylığı kesilmek suretiyle çalışması mümkündür. Bu nedenle işe iade davası açan işçinin emekliye ayrıldığı göz önünde bulundurulmadan işverenin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı incelenmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.

2. Boşta Geçen Süre Ücretine Etkisi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesine göre işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bu-

²⁵¹ Yarg. 9.HD. 05.02.2007, 2006/30102-2007/2006 sayılı kararı: "...Mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi yerindedir. Ancak, işyerinde 30 yılını dolduran ve emekliliğe hak kazananların iş sözleşmesinin feshedilmesi nedenine göre, işe başlatmama tazminatının alt sınır olan 4 aylık ücret yerine, üst sınır olan 8 aylık ücret olarak belirlenmesi hatalı bulunmuştur..." ; Aynı Dairenin 14.07.2008, 2007/42695- 2008/20141 sayılı kararı: "...davacı işçinin emekliliğe hak kazanması karşısında mahkemece işe başlatmama tazminatının davacının 8 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın fesih sebebine davacının 4 aylık ücreti oranında belirlenmesinin dosya içeriğine uygun düşecektir..."

lunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. İşçinin süresi içinde yaptığı başvurudan sonra işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır.

Maddenin 3. fıkrasına göre işverence kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçinin çalıştırılmadığı ücrete tabi en çok dört aylık süre içinde yaşlılık aylığı alması halinde ücret ve diğer hakları işverenden talep edip edemeyeceği ya da bu süre için işçiye ücret ve diğer hakları ödenmiş ise Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yaşlılık aylığının iadesinin istenip istenemeyeceği cevaplanması gereken sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki, davacının emekliye ayrılmış olması boşta geçen dört aylık ücret ve diğer haklarını talep etmesine engel değildir. Diğer yandan, davacının hukuki anlamda değil de fiili olarak işten ayrılması söz konusu olduğundan SGK'ca yaşlılık aylığının iadesinin istenmesi de doğru olmayacaktır. Bu durumda işçi çalışmaya devam edeceğini belirterek yaşlılık aylığının kesilmesini ya da sosyal güvenlik destek primi ödemeyi tercih edebilecektir.

3. İşverenin İşe Başlatmasına Etkisi

Geçerli neden olmadan iş sözleşmesi feshedilen işçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlatılmak için işverene başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işçiyi işe başlatmak zorundadır. İşçinin bu sırada yaşlılık aylığı almakta olması işverenin işe başlatma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. İşçi de işverenin işe başlama davetine icabet etmeme gerekçesi olarak yaşlılık aylığı almakta olduğunu ileri süremez. İşverenin davetine bu gerekçe ile icabet edilmemesi halinde işçi işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretine hak kazanmayacaktır.

SONUÇ

Yaşlılık aylığı gibi sabit ve sürekli bir gelire hak kazanan işçilerin diğer işçilere göre daha az korunma ihtiyacı gösterdikleri genel olarak kabul gören bir görüştür. Bu nedenle her ne kadar salt emekliliğe hak kazanmak geçerli fesih nedeni değil ise de, personel politikası olarak emekliliğe hak kazanmış işçilerin iş sözleşmelerinin feshedileceğine ilişkin yapılan düzenlemeler genel ve objektif olarak uygulandığı takdirde geçerli kabul edilmektedir.

İşletme gerekleri nedeni ile işçi çıkarılması gereken durumlarda göz önünde bulundurululan “emekliliğe hak kazanma” ölçütü, hukuken korunabilir objektif bir kriterdir. Ancak bu kriterin de genel ve objektif olarak uygulanması gerekir.

Salt emekliliğe hak kazanmak yetersizlik olarak değerlendirilemez. Emekliliğe hak kazanan işçinin verimsizliğine dayanılarak iş sözleşmesi feshedilecekse, fesih-ten önce savunmasının istenmesi ve ayrıca verimsizliğin kanıtlanması gerekecektir.

Kanımızca konuya ülkemizin koşulları nedeniyle farklı bir açıdan bakılmasında yarar vardır. Genç bir nüfusa sahip olma, 40’li yaşlarda emekliliğe hak kazanabilme ve yaşlılık sigortasının sağladığı yardımların eksikliği (yaşlılık aylığının düşük olması v.b.) gibi koşulların birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle işletme gereklerine de dayansa salt emekliliğe hak kazanma geçerli fesih nedeni kabul edilmemeli; emekliliğe hak kazanma ile birlikte erkekler için en az 55, kadınlar için en az 50 yaş sınırı aranmalıdır. Böylece genç yaşta emekliliğe hak kazananlardan dolayı Kurumun aktüer dengesi bozulmayacak; bu nedenle iş sözleşmesi feshedilenler yeniden iş arayışına girmeyecek, gençlere yeni iş alanlarının açılması sağlanacaktır. Kuşkusuz bu görüş 5510 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden önce çalışmaya başlayanlar açısından geçerli olacaktır.

Emekliliğe hak kazanmanın yanında ayrıca belli bir yaş sınırı öngörülmüş ise, işçinin sadece emekliliğe hak kazanmış olması geçerli fesih nedeni olamaz, ayrıca öngörülen yaş koşulunun da gerçekleşmesi gerekecektir.

4857 SAYILI İŞ KANUNUNA GÖRE SÜRELİ FESİHTE GEÇERLİ SEBEBE DAYANMA ZORUNLULUĞUNUN KOŞULLARI

*According 4857 Labour Law, To Conditions Of Valid Reasoning
Oligation In The Termination Of Labour Contract With Notice
Period*

Yrd. Doç. Dr. Yusuf Yiğit*

ÖZET

İş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçinin, yapılan fesih karşısında korunması iş hukukunun temel amaçlarından biridir. Elbette ki, işveren kendisine kanun tarafından verilen yetki çerçevesinde, haklı ve geçerli sebeplere dayandığını belirterek işçinin sözleşmesini fesih hakkına sahiptir. Ancak bu noktada feshin usulüne yapılıp yapılmadığı, dayanılan haklı veya geçerli sebebin gerçekten de var olup olmadığının tespiti önem kazanmaktadır.

Çalışmamızda, işverenin süreli fesih yetkisini kullanırken geçerli sebebe dayanma zorunluluğunun koşulları ele alınmıştır. Ancak bu yetki, yalnızca belli işçi gruplarına özgü olarak kullanılabilir.

Anahtar sözcükler: İşveren, işçi, iş sözleşmesinin sona ermesi, süreli fesih, geçerli sebep

ABSTRACT

Protection of the employee against termination of the labour contract by an employer is one of the fundamental aims of labor law. It is obvious that an employer has the right to unilateral terminate a worker's labour contract by stating that the termination of the labour contract has been conducted based on justified and valid reasons according to the authority given by the law. However, certain issues gain importance. These are whether the termination has been conducted with the procedure or whether valid reasons really exist,

This study aims to discuss the obligation of the employer to rely on valid reasons while using his right to unilateral terminate a labour contract with notice period. However, this right can only be used against certain groups of workers.

Key Words: employer, employee, termination of the labour contract, unilateral termination of the labour contract with notice period, valid reason

* Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi İİBF İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD Öğretim Üyesi

4857 SAYILI İŞ KANUNUNA GÖRE SÜRELİ FESİHTE GEÇERLİ SEBEBE DAYANMA ZORUNLULUĞUNUN KOŞULLARI

1. GİRİŞ

İş sözleşmesinin feshi, iş hukukunun en önemli konusudur. İş sözleşmesinin güçlü yanını oluşturan işveren tarafından gerçekleştirilen fesih işleminin ardından, işçi emek gelirinden mahrum olmakta ve birçok sosyal ve ekonomik sorunla karşı karşıya kalmaktadır. Çağdaş iş hukuku, işçi - işveren anlaşmazlıklarında, taraflar arasında çalışma barışını sağlamak ve iş sözleşmesinin güçlü tarafını teşkil eden işveren karşısında işçinin korunmasını temin etmek için önemli tedbirler geliştirmiştir. Bu tedbirlerden biri de iş sözleşmesinin feshi sürecinde çalışanların korunmasıdır.

İş sözleşmesinin feshi nedeniyle, işverene bağımlı olan işçinin feshe karşı koya-bilmesi, fesih nedeninin geçerli olmadığını ileri sürmesi ve bunu yargı makamları nezdinde dile getirebilmesi ve ardından da bu başvurunun sonuçlarından yararlanabilmesi oldukça önemlidir. İşçinin feshin sonuçlarından yararlanmasının ne anlama geldiği, iş mevzuatının feshe bağladığı sonuçlarla yakından ilgilidir.

Türk İş Hukukunda çalışanlar yönünden “iş güvencesi” kavramı altında ifade edilebilecek düzenlemelerin iş mevzuatında yer alması uzun yıllar almıştır. Başta 158 sayılı ILO Sözleşmesi²⁵² olmak üzere özellikle Avrupa Birliğinin çalışma hayatına ilişkin sözleşme ve yönerge düzeyindeki düzenlemeleri bu alana yön vermektedir²⁵³.

4773 sayılı Kanun²⁵⁴ ile 1475 sayılı İş Kanunu’nda gerçekleştirilen değişiklikler ile iş hukukunda süreli (bildirimli) fesih konusunda “iş güvencesi” başlığı altında değerlendirilebilecek önemli değişiklikler gerçekleştirilmiş²⁵⁵ ve işçilere belirsiz süreli iş sözleşmelerinin²⁵⁶ işveren tarafından “süreli fesih” yoluyla sona erdirilme-

²⁵² Hizmet ilişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme. Türkiye 09 Haziran 1994 tarihli ve 3999 sayılı Kanun ile 158 sayılı Sözleşmeyi onaylamıştır. R.G., 18.06.1994, 21964. 158 Sayılı Sözleşmeye ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı ve Sayısı, 10 Ağustos 1994, 94-5971’dir. R.G., 12.10.1994, 22079.

²⁵³ Örneğin, “Toplu İşten Çıkarmalarla İlgili Üye Devletlerin Mevzuatlarının Yakınlaştırılmasına İlişkin 20 Temmuz 1998 tarih ve 98/59/EC sayılı Konsey Yönergesi” gibi.

²⁵⁴ RG., 15.08.2002, 24847, “İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılan Arasındaki Münasebetlerin Tazimini Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, Kanun, 15.03.2003’te yürürlüğe girmiştir

²⁵⁵ 4857 sayılı İş Kanununda yer alan iş güvencesi sistemine göre, iş güvencesinin kapsamına giren hukuki ilişkiler açısından fesih serbestisi sistemi kaldırılmış, süreli fesih hakkının doğumu kanunda belirtilen geçerli nedenlerin varlığına bağlanmış, bu nedenleri ispat yükü işverene yüklenmiş, söz konusu nedenler gerçekleşmemiş ise, işçinin işe iadesi veya özel bir tazminat (iş güvencesi tazminatı) verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca boşta geçen sürelerle ilişkin olarak işçinin en çok dört aya kadar ücretinin ödenmesi öngörülmüştür. İş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçiler bakımından fesih serbestisi sistemi devam etmektedir.

²⁵⁶ 4857 sayılı Kanun’un 11. maddesinin 1. fıkrasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre, “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır”. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Süzek, Sarper**, İş Hukuku, İstanbul-2012, s.251 vd; **Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim**, Bireysel İş Hukuku, İstanbul-2005, s.52 vd; **Çelik, Nuri**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul-2008, s.85 vd; 1; Aynı maddenin 2. fıkrasında, “Belirli süreli iş sözleşmesi esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren

sinde “geçerli sebep” gösterme zorunluluğu getirilmiş, işçiye feshe itiraz imkanı tanınarak işe iade edilebilmesinin yolu açılmıştır. Daha sonra bu düzenlemeler, bazı değişikliklerle²⁵⁷ birlikte kısa bir süre sonra yürürlüğe giren²⁵⁸ 4857 sayılı İş Kanunu²⁵⁹ (İK) bünyesine aktarılmıştır.

İş güvencesi sistemi açısından önem arz eden hususlardan biri, süreli feshin geçerli sebeplere dayandırılmasıdır. Ancak geçerli sebeple fesih bütün işçiler için geçerli bir uygulama olmadığından, “iş güvencesi” sisteminden faydalanmak için 4857 sayılı İş Kanunu’na göre “iş güvencesi kapsamında işçi” olmak gerekir.

Çalışmamızda öncelikli olarak *süreli (bildirimli) fesih ve geçerli sebeple fesih* kavramları hakkında bilgi verilecek, ardından da süreli fesihte geçerli sebebe dayanma zorunluluğunun koşulları açıklanmaya çalışılacaktır. Geçerli sebebe dayalı fesihten yararlanmanın koşulları İş Kanununun 18. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışıyor olmak, en az altı aylık kıdem süresine tabi olmak, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olmak (İK, m.18/1), ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiye işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili statüsünde olmamak gerekmektedir. Önemle ifade edelim ki, iş güvencesinden yararlanmak İş Kanunu veya 5953 sayılı Basın İş Kanunu²⁶⁰ (BİK, m.6/son) kapsamında işçi olmak (İK, m.116) ve belirsiz süreli iş sözleşmesi-nin işveren tarafından sonlandırılması da şarttır.

2. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRELİ FESHİ

İş sözleşmesinin sona erme şekillerinden biri de süreli fesihtir²⁶¹. Bu fesih türü kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmeleri için geçerli olmakla beraber (İK, m.17, Deniz İş Kanunu, m.16) istisnai olarak belirli süreli iş sözleşmeleri (Türk Borçlar

belirsiz süreli kabul edilir” denilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesi için bkz. **Ayan, Serkan**, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, AÜHFD, C:54, S:4, 2005, s.431 vd.; “Davacı işçi yabancı uyruklu olup, 6 yılı aşkın sürede davalıya ait işyerinde öğretim elemanı ve sanat uygulayıcısı olarak yenilenen iş sözleşmeleriyle görev yapmıştır. Davacının 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanuna tabi olarak belirli süreli izinlerde çalışması ve işi dikkate alındığında bir ya da iki sömestr için belirli süreli iş sözleşmesi yapılması bakımından **esaslı nedenin bulunduğu** kabul edilmelidir. Bu nedenle iş ilgisinin belirsiz süreli hale dönüştürmesi mümkün değildir” Y9HD, 11.10.2005, E.2005/12936, K.2005/33070, **TÜHİS, İş Hukuk ve İktisat Dergisi**, Şubat-Mayıs-2006, s.83; “Davacı üniversitede öğretim üyesidir. 1998’den beri her yıl yenilenen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılmıştır. Olayda birden fazla sayıda belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren esaslı neden bulunmamaktadır. Bu nedenle davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığıın kabulü gerekir”. Y9HD, 02.05.2006, E.2006/10643, K.2006/12286, **Çimento İşveren Dergisi**, Kasım-2006, S:6, C:20, s.49.

²⁵⁷ Örneğin 4773 S.Kanunda yer alan 10 işçi çalıştırma kriteri, 4857 sayılı Kanun ile 30 işçiye çıkarılmıştır.

²⁵⁸ 1475 sayılı İş Kanununun, 14. maddesinde düzenlenen “Kıdem tazminatı”na ilişkin hüküm nedeniyle tek maddeli olarak yürürlüğü devam etmektedir. Bkz. 4857, Geçici Madde-6.

²⁵⁹ RG., 10.06.2003, 25134.

²⁶⁰ 5953 sayılı “Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun”. RG., 20.06.1952, 8140.

²⁶¹ İş sözleşmesi bildirimsiz fesih yoluyla da sona erdirilebilir. **Çelik**, İş Hukuku, s.247 vd; İş sözleşmesi fesih dışı yollarla da sona erebilir. Örneğin tarafların anlaşması, taraflardan birinin ölmesi veya belirli sürenin bitmesi durumunda iş sözleşmesi son bulur; Süreli fesih, “bildirimli fesih”, “olağan fesih”, “önelli fesih” gibi isimlerle de anılmaktadır. **Akyiğit, Ercan**, İş Hukuku, Ankara-2010, s.144.

Kanunu, m.430/3)²⁶² hakkında da uygulanabilir²⁶³.

I. TANIMI VE SÜRESİ

Süreli fesih, normalde herhangi bir sebep gösterme zorunluluğu olmaksızın işçi veya işveren tarafından, asgari miktarı yasanın belirtilmiş olan sürenin sonunda sona ermek üzere, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshedildiğinin önceden karşı tarafa bildirilmesi anlamına gelir²⁶⁴. Bir başka deyişle bildirimli fesih, belirsiz süreli ve sürekli iş sözleşmesini belirli bir sürenin sona ermesiyle sona erdiren bir irade beyanıdır²⁶⁵. Görüldüğü üzere, bildirimli fesihle sözleşme *derhal* değil, fesihden itibaren belirli bir süre geçtikten sonra son bulur. Bu sürenin asgari miktarı yasanın belirtilir.

İK'nun 17. maddesinin 1. fıkrasına göre "*Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir*". İK, fesih bildiriminde işçinin hizmet süresini esas almış, hizmet süresi arttıkça önel süresini de artırmıştır²⁶⁶. Buna göre,

"İş sözleşmeleri;

a) *İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,*

b) *İşi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,*

c) *İşi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,*

d) *İşi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, Feshedilmiş sayılır*" (İK, m.17/2).

"Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir" (İK, m.17/3)²⁶⁷.

²⁶² 6098 sayılı Türk Borlar Kanunu, 04.02.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁶³ Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder.

²⁶⁴ Belirsiz süreli iş sözleşmesini sürdürmek istemeyen taraf, sözleşmenin tek tarafı ve nedensiz sona erdirilmesi sonucu, karşı tarafa zarar verilmemesi veya tarafların menfaatlerinin bağdaştırılması amaçlandığı için, sözleşme ile bağlı olmaktan belirli bir süre sonra kurtulabilmektedir. Böylece iş sözleşmesinin sona ermesi için geçmesi gereken bildirim süreleri içinde işverenin yeni bir işçi; işçinin de başka bir iş bulması ve taraflara gerekli tedbirleri alma olanağı tanınmış olmaktadır. **Şen, Murat**, "Bildirimli Fesihle İhbar Önelllerinin Toplu İş Sözleşmesi ile Artırılması Durumunda İhbar Tazminatı", **AÜEHFD**, C: VI, S:1-4, 2002, s.304.

²⁶⁵ **Çelik**, s.189. "*Bildirim süresi içinde haklı bir fesih nedeni ortaya çıkarsa, sürenin sonu beklenmeden sözleşme derhal feshedilebilir*", Y9HD, 10.10.2003, E.2003/4302, K.2003/16781, **Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Kasım-2003, s.47-48; **Sümer**, s.89.

²⁶⁶ **Akyiğit**, İş Hukuku, s.145.

²⁶⁷ İK'nun, 17. maddesinde belirtilen süreler asgari olup sözleşmelerle (TİS veya iş sözleşmesi) artırılabilir fakat azaltılamaz. **Akyiğit**, İş Hukuku, s.145; Öğretide artırılmış önellere her iki taraf için de geçerli olduğu dile getirilmekle birlikte, (bkz. **Çelik**, İş Hukuku, s.191), uygulamada Yargıtay yalnızca işverenin uyacağı önellere artırımı kabul etmekte, işçinin uyacağı önellere ise artırımı geçersiz görmektedir. Bu durumda işçi için yasadaki süreler uymak gerekmektedir. "*İhbar tazminatı sosyal kamu düzeni ile ilgili olup, artırılmış ihbar önellere ait ücrete sadece işveren mahkum edilebilir*" Y9HD,30.04.2002, E.2002/20615, K.2002/6928, **Çimento İşveren Dergisi**, (Kasım-2002), C:16, S:6, s.63; "*1475 sayılı İş Kanununun 13/B maddesinde "önellere asgari olup sözleşme ile artırılabilir" hükmüne yer verilmişse de işveren lehine ihbar tazminatı hesabı yapılırken sözleşme ile artırılan önellere dikkate alınması doğru değildir. Bir başka anlatım ile yasal önellere ilişkin ücret tutarı göz önünde tutulmalıdır. Gerçekten sosyal kamu düzeni gereği bu sonucun kabulü iş hukuku uygulamasında benimsen-*

“İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir” (İK, m.17/5). Derhal (peşin) fesihlerin geçerlilik kazanabilmesi için ihbar tazminatının da peşin ödenmesi gerekir²⁶⁸.

II. SÜRELİ FESİHTE İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİ

İK'nun 17. maddesinin 1. fıkrasında “Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir” denilmek suretiyle süreli fesihte iş sözleşmesinin “belirsiz süreli iş sözleşmesi” olması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Gerçekten de belirsiz süreli iş sözleşmesinin ne zaman sona ereceği belli olmadığından, sözleşmeyi sona erdirmek isteyen tarafın durumu diğer tarafa uygun bir süre öncesinden bildirmesi gerekir. Bu süre ise yukarıda görüldüğü gibi İK'da belirtilmiş süreleri ifade etmektedir.

Ayrıca süreli feshin geçerli sebebe dayanma zorunluluğunu öngören İK'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında da iş sözleşmesinin *belirsiz süreli iş sözleşmesi* olması gerektiğine vurgu yapılmıştır²⁶⁹. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, iş güvencesinden yararlanamaz²⁷⁰. Çünkü belirli süreli iş sözleşmeleri, sürenin sonunda kendiliğinden sona ermektedir.

İK'nun 11. maddesinin 1. fıkrası gereğince, “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır”. İş sözleşmeleri, kural olarak belirsiz sürelidir²⁷¹.

mektedir. Böyle olunca yasal önellere göre hesaplama yapıp hüküm kurulmalıdır” Y9HD, 31.01.2000, E.2000/1846/2, K.2000/756, Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, 2000-2005, Ankara-2006, s.56; “4857 sayılı İş Kanununda arttırılabileceği öngörülen ihbar önellerinin, sözleşmelerle fahiş şekilde arttırılmasının kamu düzenine aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur. İşçi lehine olarak öngörülen bu artışın da bir sınırının olması gerekir. Gerçekten toplu iş sözleşmesi hükümlerinin de, sözleşme adaleti anlayışı çerçevesinde ele alınması ve uygulanması bir zorunluluktur. Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde ihbar önellerinin arttırılmasına dair bir üst sınır olmaması, bu artışın sınırsız, olarak yapılabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır... Bu durumda, toplu iş sözleşmesi ile belirlenen ihbar önellerinin üst sınırını, hakim tayin etmek durumundadır. Yine, Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” kuralı mevcuttur”. Y9HD, 21.03.2006, E.2006/109, K.2006/7052, **Çimento İşveren Dergisi**, Ocak-2007, S:1, C:21, s.28-29.

²⁶⁸ “İhbar tazminatı ödenmediği sürece ancak ihbar öneli süresi sonuna kadar hizmet akdi devam eder. Bu süre içerisinde işçi veya işveren haklı nedenlerle fesih yoluna gidebilirler”. Y9HD, 11.03.2004, E.4474, K.2004/4788, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2/2004, s.1015. Bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin olarak ödenmesi halinde yapılacak hesaplamada, Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, işçinin son brüt ücreti esas alınır, **Çelik**, İş Hukuku, s.198; ve işçiyne sağlanmış para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve kanundan doğan menfaatler de göz önünde bulundurulur (İK, m.17/son); İK, çerçevesinde yalnızca bu tür fesih imkanı işverene tanınmış iken, Basın İş Kanununda hem işçi (gazeteci) hem de işveren bu olanağa sahip kılınmıştır (Bas.İş.K, m.5/2); Peşin ödemeli fesihte, ihbar önellerine tekbül eden ücretin nakit olarak ödenmesi zorunludur. Bir kısmı nakit olarak ödenirken bir kısmı için senet vermek, “peşin ödemeli fesih” olarak kabul edilmez. **Akyiğit**, İş Hukuku, s.150; Peşin ödemeli fesihte sözleşmenin sona erme zamanı konusundaki görüş ve tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akyiğit**, İş Hukuku, s.150-152; **Çelik**, İş Hukuku, s.195-198.

²⁶⁹ “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır”.

²⁷⁰ “4773 sayılı Yasanın 13/A maddesi gereğince işçinin belirsiz süreli aktifte çalışması halinde feshin geçersizliği istenebilir. Somut olayda belirli süreli hizmet akdi mevcut olduğundan, feshin geçersizliği, işe iade ve tazminat isteklerinin reddi gerekir” Y9HD, 23.10.2003, E.2003/18234 K.2003/17634, **Çimento İşveren Dergisi**, (Ocak -2004), C:18, S:1, s.45.

²⁷¹ **Sümer**, s.43.

Belirli süreli iş sözleşmeleri, İK, m.11/1 gereği, “*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*” sözleşmelerdir²⁷². Ancak belirli süreli iş sözleşmeleri “*esaslı neden*” olmadıkça²⁷³, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılır ise, iş sözleşmesi baştan itibaren belirsiz süreli olarak kabul edilecek²⁷⁴ (İK, m.11/2)²⁷⁵ ve bu işçiler de iş güvencesi hükümleri gereği “*belirsiz süreli iş sözleşmesi*” ile çalışan işçi statüsünde kabul edilecektir²⁷⁶.

4857 sayılı İş Kanunu zincirleme iş sözleşmelerinin belirsiz süreliye dönüşmesi için belli bir tekrar sayısı aramamıştır. Bir defa yapılırsa bile, süreklilik arz eden işlerde esaslı bir neden olmadığı müddetçe, belirli süreli yapılan iş sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir²⁷⁷.

Mevsimlik işlerde çalışan işçinin yaptığı iş niteliğinden ötürü belirli süreli iş sözleşmesini gerektirse de, birbiri ardına yapılan mevsimlik (tam veya kısmi süreli)

²⁷² Bununla birlikte Kanundan doğan belirli süreli iş sözleşmesi yapma zorunluluğu olan haller de bulunmaktadır. Örneğin Özel Öğretim Kurumları Kanunu’na göre, özel öğretim kurumlarında çalışan yönetici ve öğretmenler ile yapılacak iş sözleşmeleri en az bir yıl süreli olmak zorundadır (m.9/1).

²⁷³ Yani “*esaslı neden*” bulunuyor ise, belirli süreli iş sözleşmesi birden fazla üst üste yapılabilir. Nitekim İK’nun 11. maddesinin 2. fıkrasında da bu husus vurgulanmıştır. “*Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar*”; “*Davacının konumu itibarıyla birbirini izleyen belirli süreli sözleşmelerle çalışması mümkündür. Gerek genel müdür oluşu, gerek işin mahiyeti karşısında mahkemenin kabul ettiği şekilde belirli süreli hizmet akdi ile çalışmadığı kabul edilmez. Öte yandan belirli süreli bir sözleşmenin belirsiz hale dönüşebilmesi için dairemizin yerleşik içtihatlarında da olduğu gibi birden çok kez yenilenmiş olması gerekir. Ancak bu genel müdür sözleşmesi kaç kez yenilenmiş olursa olsun belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmez*” Y9HD, 11.04.2003, E.2002/20581, K.2003/6120, **Çimento İşveren Dergisi**, (Temmuz -2003), C:17, S:4, s.52.

²⁷⁴ Farklı terimler kullanılmış olmasına rağmen İş Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrasındaki *objektif koşullarla (nedenlerle)* 2. fıkrasındaki *esaslı nedenler* arasında bir fark yoktur. Çünkü, bir kez yapılan iş sözleşmesi ile zincirleme yapılan iş sözleşmeleri için farklı objektif nedenlerin aranmasının mantıklı bir yönü yoktur. Belirli süreli iş sözleşmesi bir kez kurulurken dahi objektif nedenin varlığı arandığına göre birden fazla yapılan zincirleme iş sözleşmelerinde aynı nedenlerin aranacağı açıktır. Bu nedenle, her ne kadar İş Kanununun 11/2, 3 hükümlerinin yasaya konulmasının gereksiz olduğu düşünülebilirse de konunun açıklığı kavuşturulması açısından yararlı olduğu söylenebilir. Bkz. **Süzek**, s.261; **Sümer**, s.43-44.

²⁷⁵ İK’nun 11. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir; “*Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir*”.

²⁷⁶ Belirli süreli iş sözleşmeleri, İş Hukukunda özellikle 1475 sayılı Kanun döneminde oldukça yoğun tartışılan bir konu olmuştur. Nitekim 1475 sayılı Kanun döneminde belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle belirsiz süreliye dönüşeceğine ilişkin esas, Yargıtay uygulaması ile yer bulmuştur. Y.9HD., 31.10.1989, E.1989/6047 K.1989/9302, **Yargıtay Kararları Dergisi**, (Nisan-1990), s.553; “*Uzayan belirli süreli hizmet akdinin sona erdiği 1.1.2001 tarihinde taraflar arasında yeni bir belirli süreli akit düzenlenmemiştir. Bu nedenle hizmet akdi 2.1.2001 tarihinden itibaren belirsiz süreli hizmet akdine dönüşmüştür*” Y.9HD., 29.01.2004, E.2003/12091, K.2004/1480, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C:1, S:3, (2004), s.1054-1055.

²⁷⁷ Önceki 1475 sayılı Kanun döneminde konu tartışmalı idi. Bu dönemde belirli süreli iş sözleşmesinin bir kez tekrarlanması durumunda, belirsiz süreliye dönüşmesinin söz konusu olmayacağı ancak ikinci tekrardan sonra objektif nedenlerin bulunmaması durumunda sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği kabul edilmiş idi. “*Davacı ile davalı arasında 20.5.1997 tarihinden 31.12.1998 tarihine kadar belirli süreli hizmet akdi imzalanmış, bu sözleşme, sadece bir kez 1.1.1999 tarihinde sözleşmede öngörüldüğü şekilde sona ermiştir. Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, bir kez yenilenmekle, belirli süreli hizmet sözleşmesi belirsiz süreli hizmet akdine dönüşmez*”. Y.9HD., 18.1.2001, E.2000/14609, K.2000/453, **Kılıçoğlu, Ahmet**, İş Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara-2001, s.1237

iş sözleşmeleri de belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir²⁷⁸.

Süreli fesihle geçerli sebebe dayanma zorunluluğuna (iş güvencesine) ilişkin hükümlere 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında ve Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinde²⁷⁹ yer verilmiştir. Dolayısıyla belirtilen hükümler, İK kapsamına girmeyen kimselere²⁸⁰, belirsiz süreli iş sözleşmesine dayalı olarak çalışıyor olsalar dahi uygulanmayacaktır.

5953 sayılı Basın İş Kanunu (BİK)'nın 6. maddesine 4773 sayılı Kanun²⁸¹ ile son fıkra olarak eklenen hükme göre, İK'nun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddelerinin "kıyas yoluyla" uygulanması öngörülmüştür²⁸². Buna göre, BİK kapsamında işçi olan kimseler yani gazeteciler de, belli koşullar altında iş güvencesi kapsamında yer alabilmektedir²⁸³.

III. SÜRELİ FESHİN NEDENLERİ

Süreli fesih, hem işveren tarafından hem de işçi tarafından başvurulabilen bir

²⁷⁸ **Demir**, İş Hukuku, s.249; Yargıtay zincirleme iş sözleşmeleri için geliştirdiği esasları, mevsimlik işler ve kampanya işleri için de aynen uygulayarak birbiri ardına tekrarlanan belirli süreli mevsimlik iş ya da kampanya işi sözleşmelerini baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışılmış kabul etmektedir. "Tek bir mevsim için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer ve bu durumda işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz. Buna karşılık, işçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izleyen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmelerle çalışılmışsa iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11/son maddesi uyarınca belirsiz süreli nitelik kazanacaktır." Yargıtay 9.HD. 14.04.2008 T.2007/11496 E.2008/8311 K. **Büyüktarakçı, Sevil**, "Mevsimlik İşler ve Kampanya İşlerinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:11, Özel Sayı, 2010, s.1101; **Aktay Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan/E. Tuncay**, İş Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara-2006, s.87.

²⁷⁹ İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29 uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır (BİK, m.6/son).

²⁸⁰ "Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz;

- a) Deniz ve hava taşıma işlerinde,
- b) 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde,
- c) Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri,
- d) Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde,
- e) Ev hizmetlerinde,
- f) İş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere çıraklar hakkında,
- g) Sporcular hakkında,
- h) Rehabilit edilenler hakkında,
- ı) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde"

²⁸¹ İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG; 15.08.2002, 24847.

²⁸² Belirli bir olay için konulmuş bulunan bir kuraldaki esasların benzer bir başka olayda uygulanmasına hukukta kıyas adı verilmektedir. Bkz. **Ayan, Mehmet**, Medeni Hukuka Giriş, Konya-2005, s.52; Ancak işyeri bazı yerlerde yasa koyucu tarafından açıkça emredilebilir. Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin son fıkrası da bu şekildedir. Kanun koyucunun doğrudan yönlendirme yapmak yerine kıyasen uygulanır demesinin nedeni söz konusu hükümlerin uygulanabildiği ölçüde uygulanacağı şeklinde anlaşılmasını sağlamak içindir. **Şahlanan, Fevzi**, "İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması", **Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama sorunları**, Legal 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal Yayınları, İstanbul-2006, 130; Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin (e) ve (f) bentlerinin gazeteci için doğrudan uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Aynı şekilde 19. maddenin son cümlesinde yer alan "Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır" şeklindeki hüküm, Basın İş Kanunu'nda karşılık bulamadığı için bu hüküm, "...işverenin 5953 sayılı Kanunun 11. maddesinin 3. fıkrasında gösterilen sebeplerle fesih hakkı saklıdır" şeklinde anlaşılmalıdır. **Göktaş, Seracettin/Çil, Şahin**, Basın İş Kanunu, Ankara-2003, s.70.

²⁸³ Bu konuda 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında işçi olanlara ilişkin bir düzenleme getirilmemiş, bu kimseler de iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmıştır.

yoldur. İşçi tarafından yapılan süreli fesihle işçinin sebep gösterme zorunluluğu iş hukuku açısından önem arz etmeyen bir durumdur²⁸⁴. Fesihle sebep gösterme zorunluluğunun olup olmadığı hususu işveren tarafından gerçekleştirilen fesihlerde önem arz eder. Dolayısıyla örneğin, süreli feshin işçi tarafından gerçekleştirilmesi²⁸⁵ veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin, iradeyi sakatlayan bir neden olmadıkça²⁸⁶, *ikale* (tarafaların anlaşması) yoluyla sona erdirilmesi durumunda iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır.

Süreli feshin iş güvencesine ilişkin sonuçları düşünüldüğünde fesihle sebep gösterme zorunluluğu bakımından ikili bir ayırım yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu ayırımı aşağıdaki gibi yapabiliriz.

A. Geçerli Sebebe Bağlı Olmadan Yapılan Süreli Fesih

İşveren tarafından gerçekleştirilen süreli fesihle, kural olarak, işverenin geçerli bir sebebe dayanma hatta sebep gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır²⁸⁷. Ancak bu ihtimalde işçi gerçekleştirilen fesih sonucunda kuralları oluşmuş ise, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet (veya sendikal tazminat) tazminatı talebinde bulunabilir²⁸⁸. Çalışmamızda geçerli sebebe bağlı olmaksızın gerçekleştirilen süreli feshin sebep ve sonuçları inceleme konusu yapılmayacaktır.

B. Geçerli Sebep Gösterme Zorunluluğu

İK, işveren tarafından gerçekleştirilen süreli fesihlerde kural olarak sebep gösterme zorunluluğu öngörmese de, bazı koşulların varlığı durumunda işverenin süreli fesih yaparken geçerli sebebe dayanmasını zorunlu tutmuştur²⁸⁹. Bu sebeplere ve süreli fesihle geçerli sebebe dayanma zorunluluğu bakımından İş Kanununda belirtilen koşullara aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecektir.

²⁸⁴ Ancak buna rağmen işçinin süreli feshe ilişkin kurallara uymak mecburiyeti bulunmaktadır. Aksi halde gerçekleştirilen fesih sonucunda işçi süreli feshe aykırı davranışın yaptırımları ile (ör: ihbar tazminatı gibi) karşı karşıya kalabilir; Fakat, uygulamada işverenin kötüniyetli davranışları karşısında, işçi tarafından gerçekleştirilen fesihler sonucu feshe karşı korumaya ilişkin hükümlerin kağıt üzerinde kalması söz konusu olabilir. Örneğin geçersiz feshin sonuçlarından kurtulmak isteyen işveren işçinin sözleşmesini feshetmek yerine, hukuka veya ahlaka aykırı davranışları sebebiyle işçi iş sözleşmesini feshetmeye zorlayabilir. **Alp, Mustafa**, “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:5, S:1, 2003, s.3

²⁸⁵ “İşverenin sosyal ve ekonomik üstünlüğünü kullanarak, tazminatları ödeme koşulu, benzeri baskılarla işçinin yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması halinde, gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir”. Y9HD, 18.02.2008, E.2007/24595, K.2008/193, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3, S:18, s.370.

²⁸⁶ “Taraflar arasında iş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiğine ilişkin bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Davacı iş sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirildiğini iddia ederken, davalı işveren ikale yoluyla sözleşmenin sona erdiğini savunmuştur. Dosyada mevcut ve imzası davacı tarafından inkâr edilmeyen dilekçede, davacının şahsına ait özel nedenlerden ve bundan sonra yeterli performans sergileyemeyeceğinden dolayı tazminatların ödenerek iş sözleşmesinin feshedilmesini talep ettiği anlaşılmaktadır. Davalı işverence iş sözleşmesinin feshi davacının belirtilen talebine dayandırılmıştır. Davacı tanıkları dilekçe vermediği takdirde tazminatlarının ödenmeyeceği baskısı altında davacının dilekçeyi imzaladığını açıklamışlarsa da, tanıkların aynı durumda olmaları nedeniyle dava sonucundan menfaatleri bulunmaktadır. Tazminatların ödenmeyeceği şartı tek başına iradeyi sakatlayıcı neden olamaz. Somut olayda iş sözleşmesi tarafların anlaşması ile sona ermiştir”. Y9HD, 26.11.2007, E.2007/35800, K.2007/35329, **Çimento İşveren Dergisi**, (Ocak-2009), C:23, S:1, s.40.

²⁸⁷ **Sümer**, s.98.

²⁸⁸ Ayrıntı için bkz. **Çelik**, İş Hukuku, s.189 vd; **Akyiğit**, İş Hukuku, s.144 vd; **Sümer**, s.89 vd; **Demir**, İş Hukuku, 291 vd.

²⁸⁹ Ancak belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işçinin sadece bildirim sürelerine uyması yeterlidir, ayrıca geçerli nedene dayanma zorunluluğu yoktur. **Sümer**, s.92.

3. 4857 SAYILI İŞ KANUNUNA GÖRE SÜRELİ FESİHTE GEÇERLİ SEBEBE DAYANMA ZORUNLULUĞU

I. GEÇERLİ SEBEP KAVRAMI

İK'nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, “işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından²⁹⁰ ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır”²⁹¹. Geçerli nedenlere dayanmayan bir fesih bildirimi, geçersiz fesih olarak kabul edilmektedir. İK'nun gerekçesinde geçerli neden kavramı, “Geçerli sebepler 25'nci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir” şeklinde tanımlanmıştır²⁹².

İK, 18. maddesinde geçerli fesih sebeplerini sayma yoluna gitmemiş ancak özellikle geçerli sebep sayılmayacak bazı hususlara madde hükmünde yer vermiştir. Böylece, “sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler, 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek” (İK; m.18/3) nedenine dayandırılan fesihler geçersiz kabul edilecektir.

İK'nun 18. maddesinin gerekçesinde “İşçinin yeterliliğinden²⁹³ veya davranışlarından²⁹⁴ kaynaklanan sebeplerin, hangi durumlarda geçerli sebeplerden sayılacağı

²⁹⁰ İşverenin süreli fesih hakkını kullanmasını geçerli kılan işçinin yetersizliği ve davranışları, İK'nun 25. maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir. **Süzek**, s.568.

²⁹¹ İş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçilerin sözleşmelerinin işverence süreli feshinde ise İK m.17 uyarınca herhangi bir geçerli nedenin belirtilmesi gerekmemektedir.

²⁹² İşveren, 18. maddede belirtilen geçerli nedenlerin varlığı halinde iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirebilir. Şayet fesih sebebi İK'nun 25. maddesinin II. fıkrasının kapsamına giren ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri kapsamına giren bir sebep ise bu durumda işveren işçinin sözleşmesini *derhal* (bildirimsiz) feshedebilir. İK'nun 18. maddesinde belirtilen sebepler gerçekleşmeden yapılan fesihlere “geçersiz fesih”; İK'nun 25/II hükmünde belirtilen hallerden biri gerçekleşmeden yapılan fesihlere ise “haksız fesih” denir. Geçersiz veya haksız fesih durumunda, iş güvencesi kapsamında değerlendirilen bir işçinin iş sözleşmesi devam etmekte iken, güvence kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmeleri sona ermekte ancak Kanunda belirtilen tazminat vb haklarını elde edebilmektedirler. Nitekim İK'nun 25. maddesinin son fıkrasına göre, işçinin “feshin bu maddede belirtilen sebeplere uygun olmadan yapıldığı iddiası ile 18, 20 ve 21'inci maddedeki hükümler çerçevesinde yargı yoluna” başvurabileceği hükme bağlanmıştır. Yani iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından geçersiz ve haksız fesih aynı hukuki sonuçları doğurur. Bkz. **Mollahamutoğlu, Hamdi**, İş Hukuku, Ankara – 2011, s.644; **Süzek**, s.649.

²⁹³ İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler: Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimliliği; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir.

²⁹⁴ İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler: 25 inci maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene

ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler²⁹⁵ olarak kabul edileceği ise ancak yargı kararları ile zaman içinde belirginleşebilecektir” ifadesine yer verilmiştir²⁹⁶. Yine madde gerekçesine göre, “işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz”.

Uygulamada Yargıtay’ın verdiği pek çok karar sayesinde geçerli ve geçersiz fesih sebepleri konusunda önemli ilerleme kaydedilmiştir. Örneğin işçinin iş sahiplerine sert davranması²⁹⁷, vevne çalışma kurallarına aykırı hareket ederek çalıştığı vezneye bazı kimseleri alması²⁹⁸, müşteriye karşı “işimi senden mi öğreneceğim, gel yerime otur da işimi sen yap o zaman” cümlesini sarf ettiği durumla ilgili şefin müdahale edip usulüne uygun davacıyı ikazına rağmen tartışmayı sürdürmesi²⁹⁹, işçinin otuz günlük ücretinin tutarına ulaşmamakla beraber işverenin malına zarar vermesi³⁰⁰, ücretinin sık sık haczi nedeniyle, muhasebe veya hukuk servisinde önemli zaman kaybına ve bu nedenle çalışma sürecinin veya işyeri organizasyonunun olumsuz yönde etkilenmesine neden olması³⁰¹, işyeri servis aracında başka bir işçi ile tartışmaya girerek, karşılıklı hakaret ve darp eylemlerini gerçekleştirmesi³⁰² halleri geçerli sebep olarak kabul edilmiştir. Yargıtay işverenin gelecekte oluşacak bir durum nedeniyle işçinin işine son vermesini³⁰³, emekliliğe hak kazanmış personelin

karşı kıskırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir.

295 İşletmenin, işyerinin veya işin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler: İşyerinden kaynaklanan geçerli sebepler işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir. İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi. İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir.

296 Bu madde bakımından geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektirdiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir.

297 Y9HD, 03.03.2003, E.2003/16203, K.2002/2812, Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, 2000-2005, Ankara-2006, s.106.

298 Y9HD, 14.11.2005, E.2005/8457, K.2005/35763, **Çalışma ve Toplum**, 2006/2, s.230.

299 Y9HD, 13.12.2006, E.2006/13951, K.2006/32795, **Çalışma ve Toplum**, 2006/2, s.230.

300 Y9HD, 31.03.2008, E.2007/29966, K.2008/7021, **Çalışma ve Toplum**, 2008/3/18, s.241-242; İş Kanunu’nun 25’nci maddesinin II. Bendinin (i) bendine göre, işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işverenin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması haklı fesih nedenidir.

301 Y9HD, 24.03.2008, E.2008/10863, K.2008/6019, **Çalışma ve Toplum**, 2008/3/18, s.316.

302 Y9HD, 22.11.2004, E.2004/19146, K.2004/25836, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 5/2005, s.271.

303 Y9HD, 13.06.2005, E.2005/17441, K.2005/20762, **Çimento İşveren Dergisi**, (Eylül -2005),C: 19, S:5,

iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeleri objektif ve genel bir şekilde uygulamamasını³⁰⁴, yüksek ücret alan işçileri aşamalı olarak çıkartarak yerine daha düşük ücretle çalışan alt işveren işçilerini almasını³⁰⁵ doğru bulmamış ve bu amaca dönük fesihleri geçersiz olarak kabul etmiştir.

Ayrıca İK'nun 6. maddesi gereğince işçinin, işyeri devri durumunda; yine İK'nun 34. maddesinde düzenlenen ve işçinin ücretinin ödenmemesi sebebiyle kanundaki koşullar çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması durumunda ve nihayet kanuni bir greve katılma durumunda da iş sözleşmesi geçerli sebep iddiasıyla feshedilemeyecektir.

İK'nun, 20. maddesinin 2. fıkrasında ispat hususunda çok önemli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu maddeye göre: “*Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür*”. İşverenin geçerli sebebi ispat edememesi durumunda fesih geçersiz kabul edilecektir³⁰⁶.

II. GEÇERLİ SEBEBE DAYALI FESİH İÇİN 4857 SAYILI İŞ KANUNUNDA BELİRTİLEN KOŞULLAR

A. İşyerinde En Az Otuz İşçi Çalışıyor Olmalı

1. Genel Esaslar

İK, 18. maddesinin 1. fıkrasında süreli fesihte geçerli sebebe dayanma zorunluluğunun söz konusu olabilmesi için işyerinde belli sayıda işçi çalıştırılmasını esas almıştır. Belirli sayıdan az işçi çalıştıran işyerlerinde bu zorunluluğun aranmaması, ekonomik gücü zayıf olan küçük işyerlerinin pahalı ve uzun süreli bir fesih usulünü kaldıramayacağı düşüncesine dayanmaktadır³⁰⁷.

Süreli fesihte geçerli sebebe dayanma zorunluluğu bakımından işyeri işçi sayısının esas alınması, 158 sayılı “*Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme*” hükümlerine de aykırı düşmemektedir³⁰⁸. Nitekim Sözleşme'nin 2. maddesinin 5. bendinden, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından kapsam dışında tutulabileceği anlaşılabilmektedir³⁰⁹.

Türk İş Hukuku açısından iş güvencesine ilişkin hükümlerin kabulü, 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yapılan değişiklikler ile gerçekleşti-

s.67.

³⁰⁴ Y9HD, 21.07.2008, E.2008/21499, K.2008/2666, **Tekstil İşveren Dergisi**, (Eylül-2009), S:354, s.4.

³⁰⁵ Y9HD, 28.03.2008, E.2007/29135, K.2008/6700, **Çalışma ve Toplum**, 2008/3/18, s.273.

³⁰⁶ İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. Y9HD, 20.12.2004, E.2004/14475, K.2004/28303, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi**, 6/2005, s.726; işveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. Y9HD, 18.02.2008, E.2008/2497, K.2008/258, **Çalışma ve Toplum**, 2008/3, S:18, s.374.

³⁰⁷ Ayrıca işçi ile işveren arasında kişisel ilişkilerin ön planda olduğu ve işin başarısının uyumlu ve iyi bir çalışma ortamını gerekli kıldığı küçük işyerlerinde bu koşullara uymayan işçilerin daha basit bir usule uyularak işten çıkarılması bu özelliklerin bir gereği olarak kabul edilmelidir. **Çelik**, İş Hukuku, s.169.

³⁰⁸ Türkiye, 1994 yılında 158 sayılı Sözleşmeyi onaylamış ve böylece mevzuatını sözleşmede öngörülen esaslara uygun hale getirme yükümlülüğü altına girmiştir.

³⁰⁹ Bu nedenle, özel iş yasalarına tabi olanlar ile, İş Kanununun uygulama alanı dışında kalanlar için fesih serbestisi ilkesi geçerli kalmaktadır. **Alp**, s.3-4.

rilmiştir. 4773 sayılı Kanun, işçi sayısı açısından 10 işçi sayısını esas almıştı (4773, m.13/A). 4773 sayılı Kanun, 15.03.2002 tarihinde yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra 1475 sayılı İş Kanunu (14. maddesi dışında) yürürlükten kaldırılmış, yerine 4857 sayılı İş Kanunu³¹⁰ kabul edilmiştir³¹¹. 4857 sayılı İş Kanunu, 4773 sayılı Kanun tarafından düzenlenen iş güvencesine ilişkin hükümleri bazı değişiklikler ile bünyesine almıştır. Bu değişikliklerden biri de süreli fesihle geçerli sebep gösterme zorunluluğuna ilişkin m.13/A'da düzenlenmiş olan “*on işçi çalıştırma*” ölçütünün “*30 işçi*”ye çıkarılması olmuştur.

Süreli fesihle geçerli sebebe dayanma zorunluluğu açısından işçi sayısı sınırı getirilmesi 158 sayılı Sözleşme'nin de tanıdığı bir imkândır. Bu sınırlama öğretide makul karşılanmakla birlikte³¹², ülkemiz koşullarında İK'da öngörülen sayının, güvence kapsamını oldukça daraltması sebebiyle hakkaniyetli olmadığı dile getirilmektedir³¹³.

Kanunda öngörülen işçi sayısı ülkemizdeki işletme yapıları göz önünde bulundurulduğunda, *kanaatimizce* de oldukça yüksek belirlenmiştir³¹⁴. Nitekim bu

³¹⁰ RG, 10.06.2003, 25134.

³¹¹ 4773 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 15 Mart 2003 tarihi ile 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihi arasında hizmet sözleşmesi feshedilen işçiler hakkında eski hükümler uygulanmıştır. **Demir, Fevzi**, İş Güvencesi ve 4857 Sayılı Kanunun Başlıca Yenilikleri, Tes-İş Eğitim Yayınları, Ankara-2003, s.3.

³¹² **Taşkent, Savaş**, “İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme”, Ankara-2002, s.131; **Çelik, Nuri**, “İş Güvencesi Kapsamı İle İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 6, S:12, Güz/2007/2, s.4; İşçi sayısı bakımından sınırlandırmada, güvence kapsamı dışında kalan işçiler yasal sistem içinde tamamen korumasız bırakılmamakta, iş sözleşmesinin işveren tarafından kötüniyetle feshi halinde kötü niyet tazminatı alma hakkı sahip bulunmaktadırlar. “4857 sayılı İş Kanunu'nun 17/4. maddesinde 18. maddelerin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında olan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir düzenlemesine de yer verilmiştir. Bu kural gereği, işçi iş güvencesi kapsamında kalıyor ise, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından kötü niyet tazminatı isteminde bulunamayacaktır” Y9HD, 25.09.2006, E.2006/22213, K.2006/24598, **Çalışma ve Toplum**, 2007/1 S:12, s.244; “Somut olayda davalı işverenin iş güvencesi kapsamında kaldığı davacının da 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. Maddeleri'nin uygulanma alanı içinde bulunduğu tartışmasızdır. İş güvencesi uygulama alanı içinde olan ve feshin geçersizliğini ileri sürmeyen işçi, kötü niyet tazminatı isteyemez. Bu isteğin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” Y9HD, 25.09.2006, E.2006/22213 K.2006/24598, **Tekstil İşveren Dergisi**, Aralık-2007, S:334, s.5-6.

³¹³ **Çelik**, İş Güvencesi, s.4; 4773 sayılı Yasa döneminde öngörülen 10 işçi ölçütü de öğretide eleştiri konusu olmuştu. Buna göre, küçük işletmelerin yaygın olduğu, ondan az işçi çalıştıran işyerlerinin büyük çoğunlukta var olduğunun bilinmesine rağmen, bu durumda işyeri büyüklüğü açısından işçi sayısının örneğin 5 yerine 10 olarak belirlenmesi, çok sayıda işçinin feshe karşı korunma kapsamı dışında bırakılmasına sebep olduğu için, iş güvencesinin çalışma hayatındaki etkisini azaltacağı endişesi dile getirilmekteydi. **Soyer, Polat**, “158 sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması**, İstanbul/-2002, s.274, 292; **Güzel, Ali**, “İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi”, **İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi**, İstanbul-2001, s.19.

³¹⁴ 4773 sayılı Kanunda belirtilmiş bulunan on işçi ölçütü 158 sayılı Sözleşme hükümleri çerçevesinde ve örnek bazı Avrupa Birliği üyesi ülkelerle de kıyaslandığında makul gözükmekteydi. Örneğin *Fransa*'da iş güvencesinin kapsamında olabilmek için *onbir veya daha fazla işçi* çalıştırılması, *Almanya*'da on işçi; *Avusturya*'da beş veya daha fazla işçi sınırlaması bulunmaktadır. <http://www.cesifo-group.de/portal/pls/portal/docs/1/1193596.PDF>, (17.08.2011). “Ancak, 10 işçi ölçütünün 30 işçiye çıkarılması, artık küçük işyerlerinin özellikleri gereği ileri sürülerek

durum, aynı zamanda iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanının, işyerinin çalıştırdığı işçi sayısı ile sınırlandırılması ile güdülen, “küçük işyerlerinin feshin ağır maliyetine karşı korunması” amacına aykırı düşmektedir.

İK'nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde...işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır”.

İK'nun 18. maddesinde belirtilen otuz işçi ölçütü, işyerine ilişkin bir ölçüttür. İK'na göre iş güvencesi hükümlerinin uygulanması açısından işyeri kavramından İK'da tanımlanan işyeri kavramını anlamak gerekir. İK'da işyeri tanımı, Kanunun 2. maddesinde yapılmıştır. Buna göre, “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” (İK, m.2/1-3). Bu bağlamda olmak üzere, ayrı ayrı tescil edilen ancak iş organizasyonu kapsamında bir bütün oluşturan yerler tek işyeri olarak kabul edilecek³¹⁵ ve otuz işçi sayısı buna göre hesaplanacaktır.

İK'nun “istisnalar” başlığını taşıyan 4. maddesinin (b) bendinde belirtilen “50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde”, İK hükümlerinin uygulanmayacağı öngörüldüğünden, iş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyeri ve işletmelerde “30 veya daha fazla” işçi çalıştırma şartı uygulanamayacak, bu işyeri ve işletmeler açısından en az 51 işçi sayısının aranması gerekecektir.

Otuz işçi sayısının tespiti kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırılmalıdır. Bu nedenle, tarafların bu konuda talepte bulunup bulunmadıklarına bakılmaz³¹⁶.

Otuzdan daha az (tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyeri veya işletmelerde 50 veya daha az) sayıda işçi çalıştıran işyeri veya işletmelerde iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu değildir³¹⁷.

İK, 18. maddesinin 4. fıkrasında, işverenlerin işyerlerini bölerek kapsam dışı

mazur görülmesi mümkün değildir. Bu düzenleme ile bu işyerleri ile birlikte orta ölçekli çok sayıda işyerinin ve toplam işçi sayısının yarısına yakınının kapsam dışında kalmasına yol açılmış olduğunda hükmün gerekli olduğu da ileri sürülemez. Ayrıca hükmün, Anayasadaki **ölçülülük** ilkesine (m.13) de uygun düştüğü söylenemez”. Çelik, İş Hukuku, s.212-213; Ancak Anayasa Mahkemesi, bu konu ile ilgili Anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir. AYM, 19.10.2005, E.2003/66, K.2005/72, RG.24.11.2007, 26170.

³¹⁵ Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, 4.B, Ankara-211, s.716.

³¹⁶ Günay, Cevdet İlhan, “İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler”, www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC6.pdf (11.07.2011).

³¹⁷ “Buna karşılık, 50'den az (elli dahil) işçi çalıştıran tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalacağından, bu yerlerde 30'dan fazla işçi çalıştırılrsa dahi (örneğin, 40 işçi), bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. 50 işçinin tespitinde, sadece tarım işçileri değil; diğer işçiler de dikkate alınmalıdır”. Y9HD, 31.03.2008, E.2007/29950, K.2008/7008, **Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2008-2009**, Ankara-2009, s.255; Çalışma yaşamında işverenler belirtilen bu düzenleme gereğince iş güvencesinin dışında kalabilmek için işçi sayısını özellikle yasada belirtilen sayının üzerine çıkarmamaya özen göstermektedirler.

kalmaya çalışmalarına engel olmak için, otuz işçi sayısının “İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde”, işyerinde çalışan işçi sayısının, “bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre...” belirlenmesi esası benimsenmiştir. Aynı iş kolunda bulunma bakımından aynı il sınırları içinde yer alma şartı aranmamıştır.

Buna göre, işçi sayısının belirlenmesinde işverenin “aynı işkolunda” birden fazla işyerinin bulunması durumunda, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı esas alınacaktır³¹⁸.

Öğretide işçi lehine yorum ilkesi ve İK'da engelleyici bir düzenleme bulunmaması gerekçeleriyle gerek aynı işkolunda faaliyet gösteren ancak yurt dışında faaliyette bulunan bir işyerinin Türkiye'deki irtibat bürosunda bulunan işyerlerindeki işçilerin³¹⁹, gerek Türkiye'de bulunan şubeler için aynı işverene ait yurt dışında faaliyette bulunan işyerlerinde çalışan işçilerin³²⁰ otuz işçi sayısının hesabında göz önünde bulundurulması, iş güvencesi uygulaması açısından uygun bulunmaktadır.

Öğretide bir başka görüşe göre ise otuz işçi tespiti yapılırken, aynı işverenin yurt dışındaki işyerlerine kadar işyeri sınırlarını genişletmenin, İş Kolları Tüzüğü'nün uygulama alanının yurt dışına yayılmasına sebep olacağı ve bunun da bazı uygulama sorunlarına yol açabileceği endişesiyle karşı çıkılmaktadır³²¹.

İşletmenin aynı iş kolunda faaliyet gösteren ve yurt dışında bulunan işyerlerinde çalışan işçilerin de otuz işçi sayısının hesabında göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı Yargıtay kararlarına konu olmuş ve belirtilen işçilerin de otuz işçi sayısının hesabına dahil edilmesi benimsenmiştir³²².

Kanaatimizce, gerek mülkiyet ilkesi ileri sürülerek³²³ gerek iş kolu tespitinin yapılmasının güç olacağı belirtilerek, işyeri sınırlarını iş güvencesi uygulaması açısından, aynı işveren ve aynı işkolu söz konusu olmak kaydıyla yurt dışına taşırmamak, hem işyeri sınırlarını daraltma hem de işçi lehine yorum ilkesine aykırı hareket etme anlamına gelecektir. Ayrıca belirtilen sorunların iş mevzuatı ve devletler özel hukuku kurallarının uygulanması sebebiyle çözüme kavuşturulması da mümkündür.

³¹⁸ Belediyenin tüm hizmetlerinin 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 61. maddesinde belirtilen “Genel İşler” işkoluna girmesi sebebiyle, Su Bakım Onarım işyerindeki işçi sayısı değil, davalıya ait tüm işyerindeki işçilerin 30 işçi kistasında dikkate alınması gerekir. Y9HD, 20.03.2006, E.2006/3816, K.2006/7013, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2006/3, S:10, s.244; **Akyiğit**, İş Hukuku, s.182.

³¹⁹ **Aygül Musa/Uşan, M.Fatih**, “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye’de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi?”, **Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, 2007/3, s.75 vd.

³²⁰ **Aygül Musa/Uşan, M.Fatih**, “Türkiye’de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşverene Ait Yurt Dışında Bulunan İşçilerin de Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, **Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2008, S:17, s.56-57.

³²¹ **Tuncay, Can**; “İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu”, **MESS Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.6, Haziran 2007, s.75-81.

³²² **Günay**, www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC6.pdf (11.07.2011); “Kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğini ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı iş kolunda başka işleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir”. Y9HD, 03.07.2006, E.2006/9818, K.2006/19560, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/1, S:12, s.286-287.

³²³ **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s.712.

Aynı işverene ait olmakla birlikte ayrı iş kollarında kurulu bulunan işyerleri, güvence kapsamının uygulama alanı dışında kalacaktır³²⁴. İşyerlerinin, aynı bölge veya il sınırları içerisinde bulunması gibi bir koşul düzenlemede yer almamış, aksine aynı iş kolunda bulunmaları yeterli sayılmıştır³²⁵. Asıl işe yardımcı işler de asıl işin tabi olduğu işkolundan sayılır³²⁶.

Öğretide, otuz işçi ölçütünün belirlenmesinde işverenin aynı iş kolundaki işyerlerinin esas alınmasını öngören yasa hükmü, işçinin korunması ve Anayasa'da düzenlenen "ölçülülük" ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesi ile eleştirilmektedir³²⁷.

Kanaatimizce de iş güvencesi uygulamasında hem oldukça yüksek otuz işçi ölçütünün benimsenmesi ve ayrıca da bu sayının belirlenmesinde işverenin yalnızca aynı işkolundaki işyerlerinin esas alınması, iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını iyice daraltmaktadır. Bu nedenle yalnızca aynı iş kolundaki işyerleri değil, işverenin farklı işkollarındaki işyerlerinin de çalışan toplam işçi sayısının hesabında esas alınması ve bu yönde bir mevzuat değişikliğinin gerçekleştirilmesi daha isabetli olacaktır³²⁸.

Otuz işçi sayısının hesaplanmasında, fesihden önceki işçi sayısı ile olası gelişmelerin gerekli kıldığı işçi sayısına bakılarak veya fesih tarihi ile birlikte işyerinin işgücü kapasitesi de dikkate alınarak³²⁹ bir sonuca varılması gerektiği *öğretide*³³⁰ dile getirilse de, iş sözleşmesinin "*feshedildiği tarihteki işçi sayısı*" esas alınmalıdır³³¹.

Başlangıçta otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyeri durumunda iken, işverence gerçekleştirilen ve mahkemede itiraz süreçleri devam eden fesih işleminin ardından işçi sayısı otuzdan aşağı düşen işyerinde çalışan işçilerin, iş güvencesi kapsamında yer alıp almadıkları da bu noktada açıklığa kavuşturulmalıdır.

Öğretide, örneğin otuz işçiden altısının iş sözleşmesinin feshedilmesi neticesinde başlayan işe iade davası sürecinde, kalan işçilerin iş güvencesi kapsamı di-

³²⁴ **Akyiğit**, İş Hukuku, s.180-181.

³²⁵ **Kandemir, Murat**, "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi", **Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye Armağan**, Eylül-2005, S:6, s.320.

³²⁶ "Sosyal dayanışma ve yardım amacı ile faaliyet gösteren ve Merkezi İstanbul'da olan davalı cemiyetin, amaçları doğrultusunda İnşaat Emlak Dairesi kurduğu, aynı yönetim altında değişik yerlerde inşaat işine girdiği, bu kapsamda davacının çalıştığı İzmir Urla ilçesinde Huzurevi ve Geriatri Hastanesi inşaat yapımına başladığı, bu inşaat işinde 9 işçinin çalıştığı anlaşılmaktadır. Yukarıda anılan hükümler doğrultusunda, işverenin bu inşaat işi, asıl işe yardımcı iştir ve asıl işin tabi olduğu iş kolundan sayılmalıdır. Bir başka anlatımla kurumun sosyal amaçları için yaptığı inşaatın, bağımsız olarak ayrı bir iş kolu olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, davalı cemiyetin tüm işyerlerinde çalışan toplam işçilerin 30 işçi sayısında dikkate alınması gerekir. Mahkemece aksi düşünce ile sonuca gidilmesi hatalıdır". Y9HD, 25.02.2008, E.2008/1289, K.2008/1991, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.344.

³²⁷ **Demir**, İş Hukuku, s.246; **Çelik**, İş Hukuku, s.212-213,

³²⁸ **Çelik**, İş Hukuku, s.213; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s.710; **Demir**, İş Hukuku, s.247.

³²⁹ **Alpagut, Gülsevil**, "İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi-2005**, Ankara-2007, s.81.

³³⁰ **Soyer, Polat**, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, İstanbul-2005, s.42.

³³¹ **Süzek**, s.571; **Demir**, İş Hukuku, s.245; **Kandemir**, s.319; "İşyerinde 27 işçi çalıştığı husus da davanın red gerekçeleri arasında gösterilmiştir. Davalı işverene karşı aynı tarihlerde 3 ayrı işe iade davasının daha açıldığı davacı tarafça ileri sürülmüştür. Bu konu üzerinde durulmalı ve davalıya karşı başkaca işe iade davaları açılmışsa sonuçları araştırılarak ya da beklemek suretiyle işyerinde fesih tarihinde çalışan işçi sayısı ile ilgili sorunun çözümüne gidilmelidir". Y9HD, 20.11.2006, E.2006/22120, K.2006/30720, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/2/13, s.264.

şında kaldıklarının savunulamayacağı, anılan tarihten itibaren bir aylık sürede iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçilerin işletmede çalışan işçi sayısının hesabında dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır³³².

Yargıtay bu konuya ilişkin olarak, işe iade davası sonuçlarının toplu iş sözleşmesi sürecinde yetki tespiti üzerindeki etkisine dair verdiği bir kararında, feshin geçersizliği ve işe iade davalarının sonuçlanıp kesinleşmelerinin beklenmesi ve hasıl olacak sonuca göre yetki itirazının sonuçlandırılması gerektiğini hükme bağlamış, yani böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucun beklenmesi gerektiği dile getirilmiştir³³³.

Çalışan işçi sayısına ilişkin ispat yükünün işçinin üzerinde³³⁴ olduğu belirtilse dahi, böyle bir iddia karşısında hâkimin bilirkişi incelemesi yaptırması yerinde olacaktır.

Yargıtay, otuz işçi sayısının hesabında fesih tarihindeki işçi sayısının göz önünde bulundurulmasını kamu düzeninin bir gereği olarak kabul etmekte ve hakim tarafından bu hususun re'sen dikkate alınması gerektiğine hükmetmektedir³³⁵. Ancak işverenin, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla, *dürüstlük kuralına* (Türk Medeni Kanunu – TMK, m.2)³³⁶ aykırı davranış³³⁷, fesih tarihindeki işçi sayısına bakılmasının önünde haklı bir engeldir. Bunun dışında, işyerinde otuzun altında işçi çalıştırılıyor olsa dahi, işletme gerekleri nedeniyle işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılmaması nedeniyle, işyerinin iş güvencesi kapsamında değerlendirilmesi doğru olmayacaktır.

Fesih bildiriminin yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir³³⁸.

Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısı, iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulamaz. Başka bir anlatımla salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması mümkün değildir³³⁹. Ancak Yargıtay özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan “*birlikte istihdam*” şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmının aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermekte oldukları ve daha çok yönetim

³³² **Günay**, www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC6.pdf (11.07.2011).

³³³ Y9HD, 22.09.2004, E.2004/24208, K.2004/19650, www.kazanci.com (21.08.2011); İşçinin feshin geçersizliğine ilişkin kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on iş günü içinde başvuruda bulunmaması halinde fesih baştan itibaren geçerli bir fesih gibi kabul edilmelidir. **Göktaş, Seracettin**, “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, S., 2008, s.25; Ayrıca bkz. Y9HD, 24.03.2008, E.2007/27699 K.2008/6006, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.311-312.

³³⁴ **Sümer**, s.92.

³³⁵ Y9HD, 08.05.2006, E.2006/10023, K.2006/13003, **Günay, Cevdet İlhan**, İş Davaları, Ankara 2008, s.1134.

³³⁶ “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” (TMK, m.2).

³³⁷ Altı aylık sürenin dolmasına kısa bir süre kala, sırf iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilirse, gerçekleştirilen feshin dürüstlük kurallarına aykırılığı nedeniyle geçersizliği ileri sürülebilecektir. **Çelik**, İş Hukuku, s.216.

³³⁸ Y9HD, 24.03.2008, E.2007/27699 K.2008/6006, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.311-312.

³³⁹ Y9HD, 31.08.2008, E.2007/29950, K.2008/7008, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.253.

organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olmaları dolayısıyla, aynı binalarda hizmet verebilmeleri ve bir kısım işçilerin iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmeleri nedeniyle, bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçilerin de otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınması gerektiğini kabul etmek-
tedir³⁴⁰. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz³⁴¹.

2. Otuz İşçi Sayısının Hesabına Dâhil Edilmeyecek İşçiler

➤ Hastalık, iş kazası, gebelik yada normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame (geçici) işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır³⁴².

➤ Alt işverenin işçileri, asıl işverenin işyeri bakımından, otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar³⁴³.

➤ İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan cırac, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç (geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar otuz işçi sayısının hesabına dahil edilmez³⁴⁴.

➤ Süresiz işlerde çalışanlar ile kamu görevlisi statüsünde olan ve yasalarında işçi statüsünde kabul edilmeyen sözleşmeli personel işçi sayısının tespitinde dikkate alınmayacaktır³⁴⁵.

3. Otuz İşçi Sayısının Hesabına Dâhil Edilmesi Gereken İşçiler

➤ Muvazaaya dayanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi³⁴⁶ kapsamında çalışan alt

³⁴⁰ Y9HD, 23.01.2007, E.2006/29128, K.2007/441, **Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2005-2007**, Ankara-2008, s.394; Y9HD, 24.03.2008, E.2007/27699 K.2008/6006, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.311-312.

³⁴¹ Y9HD, 24.03.2008, E.2007/27699 K.2008/6006, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.311-312; İşçilerin yirmi dokuzu belirli süreli veya kısmi süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışsa da, diğer işçi belirsiz süreli çalışıyor ise, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, iş güvenesi düzenlenmesinden yararlanacaktır. **Günay**, www.kamu-is.org.tr/ pdf/OGC6.pdf (11.07.2011); **Ekonomi, Münir**, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", **Çimento İşveren Dergisi**, C:17, S:2, 2003, s.4.

³⁴² Y9HD, 31.08.2008, E.2007/29950, K.2008/7008, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.253; Y9HD, 24.03.2008, E.2007/27699 K.2008/6006, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.311-312.

³⁴³ Y9HD, 24.09.2007, E.2007/13965, K.2007/27703, **Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2005-2007**, Ankara-2008, s.442; Y9HD, 24.03.2008, E.2007/27699 K.2008/6006, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.311-312.

³⁴⁴ Y9HD, 24.03.2008, E.2007/27699 K.2008/6006, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.311-312.

³⁴⁵ **Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen**, s.183; **Akyiğit**, İş Hukuku, s.181.

³⁴⁶ İK'nun 2. maddesinin 7. fıkrasına göre, "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler"; Y9HD, 18.12.2009, E.2009/247, K.2009/37746, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/2, S:25, s.421-422; "İşçinin, asıl işveren işçileri ile aynı işi yaptığı, taşeron firmaların değişmesine rağmen işçilerin değişmediği, ihale şartnamesine göre asıl işverenin taşeron işçilerin üzerinde yetkisi olduğu, bazı sosyal yardımların bu işveren tarafından karşılandığı ve isten çıkarma yetkisinin olduğu da göz önüne alındığında, taşeron sözleşmesinin muvazaalı olduğu sonucuna varılmalıdır". Y9HD, 20.03.2002, E.2001/18961, K.2002/4614, **Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2000-2005**, Ankara-2006, s.20-21; "Somut uyumsuzlukta, davacının davalı K. işyerinde asıl işte davalının diğer işçileri ile çalıştığı ve davacının başlangıçtan beri davalı K. işçisi sayılması gerektiği sözleşme ve

işveren işçileri, otuz işçi sayısının hesaplanmasında asıl işverenin işçisi olarak kabul edilirler (İK, m.2/6)³⁴⁷.

➤ Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir³⁴⁸.

➤ Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren ile aralarındaki ilişki iş sözleşmesine dayanan³⁴⁹, işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir³⁵⁰.

➤ İş sözleşmesi *askıda* olan işçiler, otuz işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır³⁵¹. Bu anlamda mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışan işçiler de sayıya dâhil edilmelidir³⁵².

➤ İşverenin işçisi olarak nitelendirilmek koşuluyla, tele çalışan ve evde çalışanların da bu sayıya dâhil edilmesi gerekir³⁵³. Yeni teknolojilerin sağladığı imkânlar, çalışma hayatında işyeri sınırlarını genişletmektedir. Gerçekten de tele çalışma veya evde çalışma geleneksel işyerinin dışında, zaman ve mekân sınırlaması olmaksızın esnek çalışma olanağı sağlayan yeni istihdam biçimleridir. Zaten İK da 2. maddesinin 3. fıkrasında işyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla, bu istihdam türüne göre çalışanlar da işyerinin işçisi olarak kabul edilmeli ve işçi sayısına dâhil edilmelidir³⁵⁴.

tanık anlatımları ile anlaşılmaktadır. Kaldı ki davalılar arasındaki sözleşme bir işin verilmesinden çok, işçi teminine yöneliktir". Y9HD, 26.06.2006, E.2006/15117, K.2006/18653, **TÜHİS, İş Hukuk ve İktisat Dergisi**, Mayıs-Ağustos-2007, s.127.

³⁴⁷ "Mahkemece, asıl işveren ile taşeronlar arasındaki sözleşmelerin muvazaalı olduğu, davacının asıl işverenin işçisi olduğu, feshin asıl işverenin talimatı ile yazılı bir bildirim yapılmadan gerçekleştirilmesi nedeniyle geçersiz olduğu, iki işveren arasında alt üst işveren ilişkisi bulunmadığı, her iki işverenin ek müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu belirtildikten sonra; hüküm fıkrasında davacının işe iadesine, tazminat ve boşta geçen sürelerle ilişkin alacakların işe başlatmayan işverenden alınmasına karar verilmiştir. Mahkemenin feshin geçersizliğine ve asıl işveren olan B. İşletmeleri A.Ş. hakkındaki hükmü yerindedir. Ancak asıl işverenin yaptığı sözleşme muvazaalı kabul edilerek davacının gerçek işverenin B. A.Ş. olduğu belirtildikten sonra bu kez muvazaalı sözleşmede kayden yer alan taşeronun da işveren olarak kabul edilmesi hatalıdır. Taşeron yönünden husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmemesi yerinde değildir" Y9HD, 07.10.2004, E.2004/25957, K.2004/22245, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi**, 6/2005, s.778.

³⁴⁸ Y9HD, 24.03.2008, E.2007/27699 K.2008/6006, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.311-312.

³⁴⁹ Aradaki ilişki örneğin vekalet sözleşmesine dayanıyor ise, bu durumdaki işveren vekilleri otuz işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır.

³⁵⁰ Y9HD, 24.03.2008, E.2007/27699 K.2008/6006, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.311-312.

³⁵¹ "Davacı fesih tarihinde iş sözleşmesi askıda olan işçilerden olduğunu, sulama işinin yapıldığı yaz döneminde işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştığını iddia etmiştir. Somut bu maddi olgulara göre, fesih tarihinde bir kısım işçinin iş sözleşmesinin askıda olup olmadığı önem kazanmaktadır. ... İşyerinden ve ilgili kurumlardan kayıtlar getirilerek iş sözleşmesi askıda olan işçiler belirlenmeli ve davacının iş güvencesi kapsamında kalıp kalmadığı araştırılmalıdır" Y9HD, 22.02.2006, E.2006/320, K.2006/3898, **Çimento İşveren Dergisi**, Kasım-2006, S:6, C:20, s.49.

³⁵² **Günay**, www.kamu-is .org .tr/ pdf/OGC6.pdf (11.07.2011)

³⁵³ **Kandemir**, s.320.

³⁵⁴ İşverenin işçisi olarak kabul edilmekle birlikte evde çalışanlar ve tele çalışanların bu sayıya dahil edilmemesi gerektiği de öğretide savunulmuştur. Çünkü İK, m.18/1'de, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinin İK kapsamında kalacağı belirtilmekle beraber, yalnızca işyerine bağlı olarak çalışmak yeterli görülmemiş, işyerinde çalışma koşulu da getirilmiştir. **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s.713.

- Fesih yapıldığı sırada, izinli veya raporlu olanlar da sayıya dahil edilir³⁵⁵.
- İş sözleşmesinde deneme süresi³⁵⁶ bulunan işçiler de, deneme süresi içinde de olsa, işyerindeki işçi sayısına dâhil edilmelidir³⁵⁷.
- Ödünç işçiler, iş sözleşmesi ile bağlı oldukları kendi işverenlerinin işyerinde-ki işçi sayısına dâhil edilirler³⁵⁸.
- Tarım ve orman işlerinde iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanması açısından, 50'den çok işçi sayısının tespitinde, sadece tarım işçileri değil, işyerinde çalışmakta olan diğer işçiler de dikkate alınmalıdır³⁵⁹.

B. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdemi Bulunmalı

1. Genel Olarak

İşverenin süreli fesihte geçerli sebebe dayanma zorunluluğu açısından yasal sistem içerisinde öngörülen bir diğer koşul da, işçinin belli bir kıdem süresine sahip olmasıdır. Bu durumda işe girdikten sonra yasada belirtilen kıdeme ulaşmadan belirsiz süreli iş sözleşmesi süreli feshedilen işçi, işyerinde çalışan işçi sayısı otuz veya daha fazla olsa bile, iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanamayacaktır³⁶⁰.

Süreli fesihte geçerli sebebe dayanma zorunluluğunun bir koşulu olarak, işverence gerçekleştirilecek fesihte, işçinin belirli bir kıdem süresine sahip olmasını öngören İK'nun 18. maddesine göre;

"Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren... geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır" (İK, m.18/1).

"İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir" (İK, m.18/4).

"Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66 ncı maddesindeki süreler dikkate alı-

³⁵⁵ Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen, s.182.

³⁵⁶ *"İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılır. Bu sözleşmeler çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmi süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabilir"* (İK, m.9/2); *"Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir"* (İK, m.15/2). Ayrıntı için bkz. **Soyer, Polat, "Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri", Çalışma ve Toplum, 2008/1, s.27 vd.**

³⁵⁷ İş sözleşmesi ile çalışmayanlar, belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesi ile çalıştırılan işçilerin, deneme süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilerden deneme süresi içinde bulunanların ve süreksiz hizmet ilişkisiyle çalışan işçilerin 158 sayılı sözleşme hükümlerinin tamamının veya bir kısmının uygulama alın dışında bırakılabileceği öngörülmüştür. Ayrıca 3. maddeye göre, sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla, belirli süreli hizmet sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli güvencelerin alınması istenmektedir. Bkz. **Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen, s.182.**

³⁵⁸ **Çelik, İş Hukuku, s.214.** Geçici iş ilişkisi hakkında ayrıntı için bkz. **Benli, Abdurrahman/Yiğit, Yusuf, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları", Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:8, S:4, 2006; "Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendir- diler; fakat aslında "bordro işvereni" olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin et- mekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır". Y9HD, 14.12.2009, E.2009/11766, K.2009/35109, Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2008-2009, Ankara-2009, s.447-448.**

³⁵⁹ Y9HD, 31.03.2008, E.2007/29950, K.2008/7008, **Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Karar- ları, 2008-2009, Ankara-2009, s.255.**

³⁶⁰ İş güvencesinden yararlanmayı işçinin altı aylık kıdem koşuluna bağlayan kanun koyucu bu sürede işçiyi tanıma ve deneme olanağı sağlamaktadır. İş ilişkisinin ilk altı ayında fesih serbestisi geçerlidir. Altı ay içinde işçinin çalışmasını beğenmeyen, işçiden memnun kalmayan işveren geçerli bir sebep göstermek zorunda olmaksızın işçinin sözleşmesini feshedebilir. **Soyer, Feshe Karşı Koruma, s.34.**

nır” (İK, m.18/2).

2. En Az Altı Aylık Kıdem Süresinin Hesabı

İK’nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre geçmesi gereken altı aylık kıdem süresinin hesabında, yine İK’nun 66. maddesinde düzenlenen “Çalışma süresinden sayılan haller” başlığı altındaki sürelerin dikkate alınması gerekir. Hükme göre; “Aşağıdaki süreler işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılır

a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler.

b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler.

c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.

d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler.

e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler.

f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler.

İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz” (İK, m.66).

Belirtelim ki, İK’nun 66. maddesinde belirtilen ve “işçinin günlük çalışma süresinden sayılan” bu sürelerin, işçinin altı aylık kıdeminin belirlenmesine esas alınması önemli değildir. Hatta bu konuda madde hükmüne atıf yapılması dahi anlamsızdır³⁶¹. Zaten bu sürelerin işçinin kıdeminin hesabında esas alınacağı bellidir. Burada Kanun koyucu eğer askı sürelerini kıdemden sayma iradesini ortaya koymak arzusunda ise, bu atfı 66. maddeye değil de, yıllık ücretli izin bakımından

³⁶¹ Süzek, s.577.

çalışılmış gibi sayılan halleri düzenleyen 55. maddeye³⁶² yapması gerekirdi³⁶³. Dolayısıyla işçinin, ister “*günlük çalışma süresinden sayılan haller*”; ister “*yıllık ücretli izin bakımından çalışılmış sayılan haller*” olsun, iş sözleşmesinin devam etmiş sayıldığı tüm süreler dikkate alınarak, kıdeminin belirlenmesi gerekir³⁶⁴.

Altı aylık süre, başlangıç tarihi işçinin fiilen işe başladığı tarih kabul edilmek suretiyle;³⁶⁵

- işçinin bu süre içinde hastalık ya da izin nedeniyle çalışmadığı süreler³⁶⁶,
 - İş sözleşmesinde deneme süresi öngörülmüş ise, deneme süresi³⁶⁷,
 - İşverence gerçekleştirilen süreli fesih durumunda, işçinin kıdemine göre İK, m.17. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre esas alınacak ihbar süresi³⁶⁸,
 - Ücretsiz izin süreleri³⁶⁹,
 - Grev ve lokavtta geçen süreler³⁷⁰,
 - İşyerinin devri halinde, devreden işveren yanında geçen süreler³⁷¹,
- dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir. Sürenin tamamı, iş sözleşmesine dayalı olarak geçirilmeli ve işçi sözleşmenin sona erdiği tarihte de İK kapsamında bir

³⁶² “Aşağıdaki süreler yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır:

- a) İşçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (Ancak, 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlası sayılmaz.).
- b) Kadın işçilerin 74 üncü madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler.
- c) İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz.).
- d) Çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın onbeş günün (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla).
- e) 66 ncı maddede sözü geçen zamanlar.
- f) Hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil günleri.
- g) 3153 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan tüzüğe göre röntgen muayenahanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler.
- h) İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler.
- ı) İşçilerin evlenmelerinde üç güne kadar, ana veya babalarının, eşlerinin, kardeş veya çocuklarının ölümünde üç güne kadar verilecek izinler.
- j) İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65 inci maddedeki kısa çalışma süreleri.
- k) Bu Kanunun uygulanması sonucu olarak işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresi” (İK, m.55).

³⁶³ **Güzel**, İş Güvencesi, s.34; **Süzek**, s. 577.

³⁶⁴ **Güzel**, İş Güvencesi, s.33; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s.570; **Süzek**, s.577.

³⁶⁵ Örneğin iş sözleşmesi, işçinin işe başlamasından önce veya sonra yapılmış olsa da, altı aylık kıdem süresinin hesabında işçinin fiilen işe başladığı tarih esas alınacaktır. İşçi işe başladığı tarihten itibaren altı aylık sürenin dolduğu gün, iş güvencesinden yararlanacak duruma gelmektedir. Bkz. **Ekonomi**, s.5; **Kandemir**, s.13; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s.717.

³⁶⁶ **Sümer**, s.92; **Ekonomi**, s.5.

³⁶⁷ **Ekonomi**, s.5; **Günay**, www.kamu-is .org .tr/ pdf/OGC6.pdf (11.07.2011).

³⁶⁸ Ancak işveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini sona erdirir ise, söz konusu altı aylık süre, ihbar süreleri ile doldurulamayacaktır. Y9HD, 15.10.2010, E.2009/30688, K.2010/29172, www.legalbank.net/kararbank.aspx (09.08.2011).

³⁶⁹ **Ekonomi**, s.5.

³⁷⁰ **Soyer**, Feshe Karşı Koruma, s.36-37.

³⁷¹ Ancak devirden önce işçi ihbar ve kıdem tazminatlarını almış ve işçi daha sonra devredilen işyerinde yeniden çalışmaya başlamış ise, önceki işveren döneminde geçen süre dikkate alınmamalıdır. **Demir**, İş Hukuku, s.246

işyerinde çalışıyor olmalıdır³⁷².

En az altı aylık sürenin varlığı her türlü delille ispat edilebilir³⁷³.

Kanundaki ifadeye göre, altı ayın dolmasına kadar geçerli sebep gösterme zorunluluğu olmaksızın, her zaman feshin yapılması olanağının bulunduğu ve bildirim süresinin bitiminin altı aydan sonraya rastlaması durumunda da³⁷⁴ fesih için geçerli sebep gösterme zorunluluğunun olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır³⁷⁵.

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için iş sözleşmesinin feshine ilişkin bildirimden tebliğ edildiği tarihte, altı aylık çalışma süresini tamamlamış olması gerekir³⁷⁶.

İşçinin işyerinde işe başladığı tarihten itibaren altı aylık bir takvim süresinin geçmesi gerekmektedir. Yani belirsiz süreli iş sözleşmesi ile işe başlayan bir işçinin, iki ay sonra örneğin hastalık sebebiyle 15 günü kapsayan bir rapor alması ve bu sebeple işe gelememesi durumunda, işe gelemeyi askı süresi de kıdem süresinden sayılmalıdır³⁷⁷. Nitekim, iş sözleşmesinin askıda kaldığı durumlarda geçen sürelerin, altı aylık sürenin hesaplanmasında dikkate alınmayacağına ilişkin bir düzenlemeye de Kanun'da yer verilmemiştir³⁷⁸. Şüphesiz ki bu sürenin uzun bir süreyi alması durumunda, artık aradan geçen askı süresini altı aylık sürenin içinde saymamak gerekir³⁷⁹.

Belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmaksızın birden fazla üst üste yapılması neticesinde belirsiz süreli iş sözleşmesine dönmesi durumunda, altı aylık kıdemin hesabında işçinin belirli süreli iş sözleşmesi ile işe başladığı tarih esas alınmalıdır³⁸⁰.

İşveren altı aylık sürenin dolmasına kısa bir süre kala, sırf iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla iş sözleşmesini feshederse, gerçekleştirilen feshin dürüstlük kurallarına aykırılığı nedeniyle geçersizliği ileri sürü-

³⁷² **Soyer**, Feshe Karşı Koruma, s.34-35; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s.718.

³⁷³ "Davacı işçinin gerçekte işyerine 23.3.2005 tarihinde girdiği buna göre 6 aylık kıdem şartının oluştuğu davacı tarafından ileri sürülmüş, bu konuda tanık deliline dayanılmış ve tanık listesi verilmiştir. Davalı işveren de tanıklarını bildirmiştir. Mahkemece tanık dinlenmesinin sonuca etkili olmadığı gerekçesiyle yargılamaya son verilmiştir. Karar bu yönüyle hatalı olmuştur. Tanıklar dinlenmek suretiyle gerçek durumun tespiti gerekir" Y9HD, 20.11.2006, E.2006/22120, K.2006/30720, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/2/, S:13, s.264.

³⁷⁴ İş sözleşmesinin, işveren tarafından bildirim önellerine ait ücretin peşin verilerek feshedilmesi durumunda ise, iş sözleşmesi derhal ortadan kalkar ve ayrıca bildirim önelinin geçmesi aranmaz. **Kandemir**, s.18.

³⁷⁵ **Çelik**, İş Hukuku, s.215; Bu durumda, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçi olayın özelliğine göre, fesih hakkının kötüye kullanıldığını ileri sürerek kötü niyet (koşulları varsa ihbar) tazminatı isteyebilir. **Kandemir**, s.18.

³⁷⁶ **Çelik**, İş Hukuku, 215.

³⁷⁷ **Ekonomi**, s.5. Gerçekten de İK'nun 66. maddesinde düzenlenen "Çalışma süresinden sayılan haller" ile sınırlı kısa süreli aralıkların dikkate alınacağı kuralına yer verilmiştir. Yasa koyucu İş Kanununun 55. maddesindeki düzenlemeyi esas alsaydı farklı sonuca ulaşmak mümkün olabilirdi. **Günay**, www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC6.pdf (11.07.2011); Krş: **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s.570-571.

³⁷⁸ **Kandemir**, s.17.

³⁷⁹ Başka bir anlatımla işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile işe başladıktan sonra alacağı uzun süreli rapor sonucu işe gelememesi sebebiyle hizmet akdinin askıda olduğu süre, altı aylık kıdemden sayılmaz. Ancak kısa süreli hastalık ve ücretsiz izin halinde kıdeme esas süre işlemeye devam edecektir. **Günay**, www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC6.pdf (11.07.2011).

³⁸⁰ **Aktay/Arıcı/Kaplan-Senay**, s.183; **Ekonomi**, s.5.

lebilecektir³⁸¹. *Öğretide*, buradaki yaptırımın, İK'nun 21. maddesinde düzenlenen “Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları” başlığı altında düzenlenen hususlarla ilgili olmadığı ve işverenin bu davranışının, kötünietli bir fesih niteliğinde olduğu gerekçesiyle, bu feshin bağlı sonuçların uygulanması gerektiği ifade edilmiştir³⁸².

Bu konuda, şartın gerçekleşmesine iki taraftan birinin iyiniyet kurallarına aykırı olarak engel olması durumunda o şartın gerçekleşmiş sayılmasına ilişkin BK'nun 154. maddesi (Türk Borçlar Kanunu, m.175/1)³⁸³ hükmünün uygulanması gerektiği³⁸⁴ ileri sürüldüğü gibi, bu gibi durumlarda iş sözleşmesinin feshinin dürüstlük kurallarına aykırılık nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülebileceği de ifade edilmiştir³⁸⁵.

Altı ayın dolmasına kısa bir süre kala, sırf iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla yapılan bir fesih işleminin ardından, yaptırım olarak kötü niyet tazminatının uygulanması, iş güvencesi hükümlerinin işlerliğini zayıflatacaktır³⁸⁶. Bu nedenle yargılama sırasında kötüniet olgusunu kendiliğinden dikkate alması gereken hâkimin, altı aylık kıdem süresinin tamamlanmış sayılmasını kabul ederek, iş güvencesine ilişkin usul hükümlerine aykırılık nedeniyle feshin geçersizliğine hükmetmesi gerekir³⁸⁷.

3. Aynı İşverenin Bir veya Değişik İşyerinde Çalışma

İK'nun 18. maddesinin 4. fıkrasına göre, işçinin altı aylık kıdeminin, “aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek” hesap edileceği öngörülmüştür.

İK'da, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin aralıklı veya aralıksız olmasına ilişkin bir ayırım yapılmamıştır. Böylece, altı aylık sürenin hesabında çalışmanın sürekli olması aranmamalı, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde aralıklarla geçen süreler dikkate alınarak kıdem süresi hesaplanmalıdır³⁸⁸.

Aralıklı çalışma halinde ise, en azından yüz seksen günlük bir çalışma olmasıdır. Sigorta primlerinin yatırılmamış olması, diğer delillerle kanıtlanmış olması halinde, çalışma olgusunu kabule engel oluşturmamalıdır³⁸⁹.

İK'da, otuz veya daha fazla işçi çalıştırma ölçütünde arananın aksine, işçinin en az altı aylık kıdeminin hesabında geçmesi gereken çalışmanın *aynı işkolunda* olma-

³⁸¹ Çelik, İş Hukuku, s.216.

³⁸² Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.719; Alpagut, “İş Güvencesi”, s.209.

³⁸³ Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır (TBK, m.175/1).

³⁸⁴ Soyer, Feshe Karşı Koruma, s.37.

³⁸⁵ Çelik, İş Hukuku, s.216; Güzel, s.33-34; Süzek, s.577 vd.

³⁸⁶ Süzek, İş Hukuku, s.578-579.

³⁸⁷ Süzek, s.579.

³⁸⁸ Aktay/Arıcı/Kaplan-Senyen, s.183; “Birleştirmede fasıllı süreler dikkate alınmalıdır”, Demir, İş Hukuku, s.246; Sümer, s.92; Çelik, İş Hukuku, s.215; Süzek, s.579; Soyer, Feshe Karşı Korunma, s.34; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.718; Aksi görüş; Alpagut, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s.207-208.

³⁸⁹ Günay, www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC6.pdf (11.07.2011).

sı şartı aranmamıştır³⁹⁰. *Öğretide* belirtildiği³⁹¹ üzere bu durum işçinin korunması ilkesine uygun düşmektedir.

C. Belirli Konumda İşveren Vekili Olmamak

1. Genel Olarak

İK'na göre *"İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir"* (İK, m.2/4)³⁹².

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na (STİSK)³⁹³ göre ise işveren vekili İşveren adına işletmenin bütününe yönetenleri, ifade eder (STİSK, m.2/e)

Yukarıdaki hükümlere göre İK çerçevesinde bir *"şube müdürü"* işveren vekili olarak kabul edilebilirken, 6356 sayılı Kanun çerçevesinde ancak bir *"genel müdür"* işveren vekili olarak kabul edilebilecektir. Bu durum, 6356 sayılı Kanun işveren vekili kavramını kendi uygulaması açısından daha dar tutmasından kaynaklanmaktadır. Her iki Kanun açısından değerlendirildiğinde işveren vekili kavramının *"işveren adına hareket etme"* ve işyeri veya işletmede *"yönetim görevinde bulunma"* unsurlarını içerdiği belirtilebilir³⁹⁴. Görüldüğü üzere işveren vekili kavramı İş Kanunu açısından daha geniş tutulmuş ancak, İş Kanunu kapsamında işveren vekili olarak kabul edilen kişilerin tamamı iş güvencesinden dışlanmamış işyerinin bütününe sevk ve idare etme görevinin yanında, işçi alma ve işten çıkarma yetkisine de sahip olunması gerektiği ifade edilmiştir³⁹⁵.

5953 sayılı Basın İş Kanununda (BİK), işveren vekili tanımı yapılmamıştır. BİK açısından işyeri gazete, mevkute, haber ve fotoğraf ajansları olarak belirlenmiştir (BİK, m.1/1). Buna göre, basın işyerleri açısından da, işveren adına hareket eden ve işin ve işyerinin yönetiminde görev alan kişiler de (ör: yazı işleri müdürü gibi) işveren vekili olarak kabul edilebilecektir³⁹⁶.

İş Hukukunda, işveren vekiline verilen temsil yetkisinin kaynağı genellikle iş sözleşmesidir³⁹⁷. Zaten İK da, bu hususa vurgu yaparak, işveren vekilliği sıfatının, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmayacağını hükme bağlamıştır (İK, m.2/5). Şüphesiz ki, işveren vekiline verilen temsil yetkisinin kaynağı *vekalet* ilişkisi de olabilir³⁹⁸.

³⁹⁰ **Sümer**, s.92; İK'nun 18. maddesinin 4. fıkrasının 2. cümlesine göre, *"İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir"*.

³⁹¹ **Demir**, İş Hukuku, s.246.

³⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Başbuğ, Aydın**, *"İşveren Vekilinin İşvereni Dolaylı Temsili ve İş Hukuku Açısından Sonuçları"*, **Kamu İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:7, S:3, 2004, s.1 vd.

³⁹³ RG., 07.11.2012, 28460.

³⁹⁴ **Akyiğit, Ercan**, *"İşveren Vekilinin İş Güvencesi"*, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:7, S:4, 2004, s.12.

³⁹⁵ Özellikle de İK, m.2 deki işveren vekillerinin güvenceden dışlanması halinde, belki de güvencenin uygulanacağı işçi bulmak pek de mümkün olmazdı. **Akyiğit**, *"İş Güvencesi"*, s.13; işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi olmayan işveren vekili *"işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili yardımcısı"* olarak değerlendirilemeyecek iş güvencesi hükümlerinden tam olarak yararlandırılmamalıdır. **Göktaş, Seracettin**, *"İşveren Vekilinin İş Güvencesi"*, **Çalışma ve Toplum**, 2009/1, s.65s.67.

³⁹⁶ **Süzek**, s.588.

³⁹⁷ **Çelik**, İş Hukuku, s.43; **Süzek**, s.166-167.

³⁹⁸ Belirtmek gerekir ki bu durumda İK'nun 2. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen işveren vekilliği sıfatının, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmayacağına ilişkin hüküm uygulanamayacaktır. **Çelik**, İş Hukuku, s.44.

Sürelî fesihte işverenin geçerli sebebe dayanma zorunluluğu açısından İK'nun 18. maddesinin 5. fıkrasında *"İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri"* statüsünde olunmaması gerektiğine vurgu yapılmış ve bu kişiler hakkında *"bu madde (18. madde)³⁹⁹, 19⁴⁰⁰ ve 21⁴⁰¹ inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası"*nın⁴⁰² uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır⁴⁰³.

Ancak, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işveren vekilleri, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamazlar da, İK'nun *"feshih bildirimine itiraz ve usulü"*nü dü-

³⁹⁹ "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66 ncı maddesindeki süreler dikkate alınır.

Özellikle aşağıdaki hususlar feshih için geçerli bir sebep oluşturmaz:

a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.

b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak.

c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.

d) İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.

e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek.

f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.

İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir". (İK, m.18).

⁴⁰⁰ "İşveren feshih bildirimini yazılı olarak yapmak ve feshih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun feshih hakkı saklıdır". (İK, m.19).

⁴⁰¹ "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshih geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

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

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

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan feshih geçerli bir feshih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir". (İK, m.21).

⁴⁰² "İşçi feshih yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir". (İK, m.25/son).

⁴⁰³ Nitekim 158 sayılı İLO Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 5. fıkrasına göre, *"İşçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan hallerde iş sözleşmesiyle çalışanlardan sınırlı bir kategori, gerektiği takdirde...bu Sözleşmenin tamamı veya bazı hükümlerinin kapsamı dışında bırakılabilir"*; 4773 sayılı Kanunla getirilen güvencede sadece işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri iş güvencesinin kapsamının dışında bırakılmış, güvence dışı bırakılan işveren vekilleri daha sınırlı kalmıştır (1475, m.13/A) Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nda iş güvencesinin dışında kalan işveren vekillerinin kapsamı genişletilmiştir. Öğretide bu durumun isabetli olduğu hakkında bkz. Çelik, İş Hukuku, s.216.

zenleyen 20. maddesi hükmünden yararlanabilecektir⁴⁰⁴.

Hükme göre, “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşılırlarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir” (İK, m.20).

Yukarıda belirtilen belirli konumdaki işveren vekilleri, bulundukları konumun stratejik önemi nedeniyle geçerli sebep gösterme zorunluluğundan muaf tutulmuşlardır⁴⁰⁵. Bu düzenlemeler ile bu konumdaki kişilerin işçi olmaları mümkün olmakla birlikte, işveren otoritesini çok üst düzeyde temsil etmeleri nedeniyle, normal işçiler için getirilen güvenceye ihtiyaç duymadıkları dikkate alınmıştır⁴⁰⁶.

Bu noktada önemle ifade etmek gerekirse, işyerinde çeşitli kademelerde işveren vekili olarak görev yapmak, mutlaka iş güvencesi kapsamı dışında kalmayı gerektirmemektedir. Dolayısıyla bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü, işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa İK’nun 18. maddesi anlamında işveren vekili sayılmayacak ve iş güvencesinden yararlanabilecektir. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi uygulamasının kapsamına girebilecektir⁴⁰⁷.

2. İşletmenin Bütününe Sevk ve İdare Eden İşveren Vekili ve Yardımcıları

İK, işletme kavramını tanımlamamıştır. İşletme, işyerine göre genellikle daha geniş bir kavramdır. Örneğin bir bankanın şubeleri, otelcilik işletmesinin otelleri işletmenin kapsamına giren birden çok işyerini meydana getirir. Ancak işletmeyi çeşitli işyerlerinin toplamı olarak da görmemek gerekir. Bazen işletme, tek bir işye-

⁴⁰⁴ Öğretide, belirtilen hükümde İK’nun 20. maddesinin gözden kaçırıldığı ileri sürülmüştür. **Çelik**, İş Hukuku, s.216; Hükümden anlaşıldığına göre feshin geçerli bir sebebinin olmadığı ve haksızlığı tespit edilemekle yetinilecek, örneğin iş güvencesi tazminatı vb hükümlerden yararlanamayacaktır. Bkz. **Akyiğit**, İş Güvencesi, s.16; Durum böyle olmakla birlikte, güvence kapsamı dışında kalan işveren vekillerinin İK, m.20 hükmünü işletmelerinin çok önemli olmadığını da belirtmemiz gerekir. Ayrıca bu yargılama biçiminin uygulanması durumunda kıdem/ihbar tazminatı gibi işçilik alacakları ileri sürülemeyeceği için, bunlara yönelik ayrı bir dava açmanın gerekli olduğunu da belirtmemiz gerekir. **Akyiğit**, İş Güvencesi, s. 16.

⁴⁰⁵ Öğretide, işyeri müdürleri ile insan kaynakları ve personel müdürlerinden ustalara kadar geniş bir yelpaze içinde değerlendirilebilecek ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisine sahip bulunan işveren vekillerinin de işveren yakınlık derecesi ile stratejik konumun önemi göz önünde tutularak bir karara varılmasının yerinde ve uygun olacağı dile getirilmiştir. **Demir**, İş Hukuku, s.251.

⁴⁰⁶ **Akyiğit**, İş Hukuku, s.182; İşverenin 18.maddede belirtilen yetkileri verip çok kısa bir süre sonra da iş sözleşmesini feshetmesi halinde işverenin işçiyi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmamak amacıyla hareket ettiği anlaşılır ise, işçiyi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmak gerekir. **Göktaş**, İş Güvencesi, s.65; Ancak öğretide, bu kişilerin de hiç değilse bir miktar tazminat (ihbar/kıdem tazminatı dışında) gibi belli ölçüde güvenceye kavuşturulmasının isabetli olacağı dile getirilmiştir. **Akyiğit**, İş Güvencesi, s.18; Öğretide bir çelişkiye de dikkat çekilmiştir. Gerçekten de işyerinin bütünü nü sevk ve idare eden ve işçiyi alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili (ör: ustabaşı, mağaza müdürü vb) iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanamaz iken; genel müdür yardımcısının altında yer alan yönetici (ör: İdari ve Mali İşler Müdürü veya Daire Başkanı) iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilecektir. **Göktaş**, İş Güvencesi, s.68.

⁴⁰⁷ Y9HD, 02.03.2009, E.2008/16621, K.2009/5561, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/1 S:24 s.428.

rinden de ibaret olabilir. İşyeri kavramı, belirli bir mal ve hizmet üretimine yönelik iken, işletme kural olarak *iktisadi ve mali* (kar sağlama) amaca dönüktür⁴⁰⁸.

İş Hukuku açısından işletmenin konusunu oluşturan faaliyetler mutlak surette ekonomik nitelikte olmak zorunda değildir⁴⁰⁹. İş Hukuku açısından esas önemli noktayı, işletmenin faaliyetlerinde görev alan işçilerin durumu oluşturmaktadır⁴¹⁰. Bunun önem arz ettiği noktalardan biri de işletmenin bütününe yöneten işveren vekili ve yardımcılarının iş güvencesinin kapsamında yer alıp almadıkları bakımından değerlendirmeye tabi tutulmasıdır.

İK, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcılarını iş güvencesinin kapsamı dışında tutmuştur⁴¹¹. Bir başka deyişle, örneğin genel müdür ve genel müdür yardımcıları kapsam dışında bırakılmıştır.

Ancak belirtelim ki, işyerinde genel müdür veya genel müdür yardımcısı unvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucunu doğurmaz. Önemli olan, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütününe yönetip yönetmediğidir. Bu hususlar hakkında işveren vekilinin görev tanımı ve konumuna bakmak gerekir. İşletmenin bütününe sevk ve idare etme yetkisi işletmenin organizasyon şeması, iş sözleşmesi ve personel yönetmeliği hükümlerinden hareketle tespit edilebilir⁴¹².

⁴⁰⁸ **Süzek**, s.178-179.

⁴⁰⁹ **Güzel, Ali**, İşverenin Değişmesi, İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul-1987, s.67.

⁴¹⁰ **Güzel**, s.64.

⁴¹¹ Bkz. **Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen**, s.184; 4773 sayılı Kanunda, sadece işletmenin bütününe yöneten işveren vekilleri kapsam dışında bırakılmıştı. İş Kanununda bilim komisyonunca hazırlanan taslak kabul edilerek, işveren vekili sayısı artırılmış, işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiye işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında da iş güvencesi hükümlerinin uygulanmaması isabetle öngörülmüştür. **Çelik**, İş Hukuku, s.216; Bu konumdaki işveren vekillerinin işçi alma veya işten çıkarma yetkilerinin olup olmadığına bakılmayacaktır. Y9HD, 19.09.2005, E.2005/21058, K.2005/30347, **Çalışma ve Toplum**, 2005/4, S:7, s.164.

⁴¹² Y9HD, 01.02.2010, E.2009/13573, K.2010/1817, **Çalışma ve Toplum**, 2010/3, S:26, s.363; **Göktaş**, İş Güvencesi, s.66; Nitekim Yargıtay, yerel mahkemelerin bu konuda eksik incelemeye dayalı kararlarını bozmaktadır. "...davacı ile Genel Müdür Yardımcısı görevi yapmak üzere iş sözleşmesi imzalandığı, davalı anonim şirketin işletme düzeyinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak işyeri organizasyon şeması, yönetmelik ve davacının görev tanımını içeren belgeler getirilmediğinden, davacının Genel Müdür olmadığına işetmeyi temsil, işletmenin bütününe sevk ve idare edip etmediği anlaşılmaktadır. Anılan belgeler getirilmeli, davacının Genel Müdür Yardımcısı olarak görev tanımına göre işveren vekili ve yardımcısı niteliğinde işletmenin bütününe sevk ve idare edip etmediği belirlenmeli, ediyorsa iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağından, davanın reddine, ediyor ise şimdiki gibi karar verilmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır..."; Y9HD, 04.04.2008, E.2007/29740, K.2008/7437, www.insangucu.com.tr (12.08.2011); "...Somut olayda davacı işyerinde ürün yönetim müdürü olarak çalışmaktadır. Dosya arasında işyerine ait organizasyon şeması ve imza sirkülerinden başka davacının işveren vekili olup olmadığı konusunda bir delil bulunmamaktadır. Davalı savunması mahkemece gerektiği ölçüde araştırılarak bir değerlendirmeye tabi tutulup sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeyle hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." Y9HD, 22.01.2007, E.2006/27697, K.2007/123, www.insangucu.com.tr (12.08.2011); "...Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davacının davalıya ait işyerinde insan kaynakları başkanı olarak çalıştığı anlaşılmaktadır, Davalı işverence organizasyon şeması sunulmuşsa da davacının işveren vekili yardımcısı olup olmadığı tam olarak anlaşılamamaktadır.. Mahkemece sözü edilen şemada davacının üstü konumunda 8 kişinin bulunduğu belirtilmiş ise de bu durum kesinlik arz etmemektedir. Davalı işveren, davacının doğrudan şirket CEO'sun bağlı işveren vekili yardımcısı olduğunu, bu nedenle işçi alma ve çıkarma yetkisinin aranmayacağını belirtmiştir. Gerçekten işletme bazında davacı doğrudan işveren ne bağlı işveren vekili yardımcısı konumunda kabul edilmelidir Bu durumda ayrıca işçi alma ve çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığı önemli değildir Dosyada mevcut organizasyon şemasına göre işyerinde bir yapılanma olup olmadığı ve davacının işveren vekili yardımcısı konumunda bulunup bulunmadığı

İşveren vekili yardımcısı işletmenin bütününe sevk ve idare eden konumunda olmayıp, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilinin yardımcısı konumundadır. Bu bakımdan işveren vekili yardımcısının genel müdür konumundaki işveren vekiline *bağlı* olarak çalışması gerekir⁴¹³.

İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcılarının işletme bazında sorumluluğu nedeniyle güvence kapsamında yer alıp almadıklarının tespiti yapılırken ayrıca işe alma ve işten çıkarma yetkisine sahip olmaları aranmaz⁴¹⁴.

Tekrar belirtmek gerekirse, işveren vekili yardımcısının iş güvencesi kapsamı dışında kalması bakımından, işçi alma veya işten çıkarma yetkisine sahip olup olmadığına veya işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili olup olmadığına bakılmamaktadır⁴¹⁵.

İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili yardımcılarının sayısı, iş bölümü dolayısıyla fazla olabilir. Bu bakımdan işveren vekili yardımcılarının yetkisi sınırlandırılmış da olabilir. Şüphesiz ki bu durum iş güvencesi kapsamı dışında kalmayı etkilemeyecektir⁴¹⁶.

Yargıtay tarafından verilen konu ile ilgili örnek bazı kararlarda, banka acentelerinden sorumlu genel müdür yardımcısının⁴¹⁷, şirketin Avrupa üretim direktörünün⁴¹⁸, bankanın genel müdürünün⁴¹⁹ işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili konumunda olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay, genel müdüre vekalet yetkisi bulunan işveren vekili yardımcısını da işveren vekili olarak kabul etmiştir⁴²⁰.

Genel olarak genel müdür yardımcıları (ör: banka genel müdür yardımcısı gibi) işveren vekili yardımcısı olarak kabul edilebilirse de, olayın özelliğine göre, daire başkanı, personel müdürü, muhasebe müdürü gibi kimseler de işveren vekili

kuskuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulduktan sonra karar verilmesi gerekirken, yetersiz organizasyon şemasına dayanılarak ve davacının işçi alma ve çıkarma yetkisinin bulunmadığı gerekçesinden hareketle işveren vekili veya yardımcısı konumunda bulunmadığı sonucuna varılmış olması hatalı olmuştur..." Y9HD, 05.05.2008, E.2007/35813, K.2008/11429, www.insangucu.com.tr (12.08.2011).

⁴¹³ Ancak, işveren vekili yardımcısının yardımcısı, güvence kapsamındadır. **Göktaş**, İş Güvencesi, s.68; "Dosyada mevcut organizasyon şemasına göre, davalı şirketin üst yöneticisinin Avrupa Üretim Direktörü olduğu, bu yöneticinin altında fabrika müdürünün görev yaptığı, davacının ise, fabrika müdürüne bağlı lojistik müdürü olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Buna göre davacı, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili veya işveren vekili yardımcısı değildir". Y9HD, 24.09.2007, E.2007/13502, K.2007/27929, **Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2005-2007**, Ankara-2008, s.449.

⁴¹⁴ "Somut olayda, işyerinin işletme bazında olduğu ve davacının Genel Müdür Yardımcılığı görevinde bulunduğu, banka acentelerinden sorumlu olduğu, bu şekilde işletmenin bütününe sevk ve idare eden konumunda olduğu, işletme bazında sorumluluğu nedeni ile burada işe alma ve işten çıkarma yetkisinin aranmayacağı, davacının işveren vekili sıfatını taşıdığı anlaşılmaktadır. Açıklanan bu nedenle davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Davanın reddi gerekir". Y9HD, 19.09.2005, E.2005/21058, K.2005/30347, **Çalışma ve Toplum**, 2005/4, S:7, s.164; Kural olarak, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilinin, işçi alma ve işten çıkarma yetkisinin varlığını kabul etmek gerekir. **Göktaş**, İş Güvencesi, s.66.

⁴¹⁵ Bkz. **Göktaş**, İş Güvencesi, s.68.

⁴¹⁶ Y9HD, 02.03.2009, E.2008/16621, K.2009/5561, **Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2008-2009**, Ankara-2009, s.346.

⁴¹⁷ Y9HD, 01.02.2010, E.2009/13573, K.2010/1817, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/3 S:26 s.363.

⁴¹⁸ Y9HD, 24.09.2007, E.2007/13502, K.2007/27929, **Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2005-2007**, Ankara-2008, s.449.

⁴¹⁹ Y9HD, 01.02.2010, E.2009/13573, K.2010/1817, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/3 S:26 s.363.

⁴²⁰ Y9HD, 05.04.2007, E.2007/9465, K.2007/602, www.huseyinust.com.tr (16.08.2011).

yardımcısı olarak değerlendirilebilir⁴²¹.

3. İşyerinin Bütününe Sevk ve İdare Eden ve İşçiyi İşe Alma ve İşten Çıkarma Yetkisi Bulunan İşveren Vekilleri

İK gereğince, “İşveren tarafından mal ve hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir”. (İş K. m.2/I) Ayrıca “işverenin işyerinde ürettiği mal ve hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır” (İş K. m.2/II). İşyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün sayılacağı da İK’nun işyeri kavramını düzenleyen 2. maddesinin 3. fıkrasında yer almıştır.

İşyerinin bütününe sevk ve idare eden ancak işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi olmayan (örneğin banka şube müdürleri), veya sadece işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunan (örneğin insan kaynakları müdürü) işveren vekilleri iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir⁴²².

Dolayısıyla İK’da yer alan “İşyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri” ifadesindeki “ve” sözcüğü karşısında, işyerinin bütününe yöneten işveren vekillerinden başka, işçi alma ve çıkarma yetkisine sahip olan işveren vekillerinin, **her iki yetkiye birlikte sahip olmaları durumunda**, iş güvencesi kapsamı dışında kaldıkları sonucuna varılabilecektir⁴²³.

İşyerinin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri (madde hükmünde bu kimselerin yardımcıları sayılmamıştır) aynı zamanda işçi alma ve işçi çıkarma yetkisine sahip ise iş güvencesinin kapsamı dışında yer alacaktır⁴²⁴. İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları yönünden ise işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisine sahip olma şartı aranmamıştır.

Önemle belirtmek gerekirse, her iki yetkinin de fesih bildiriminin tebliği anında mevcut olması gerekir⁴²⁵. Kuşkusuz bu kuralın dışında kalan ve İK kapsamında işveren vekili olarak kabul edilen diğer çalışanlar, iş güvencesi kapsamında yer alacaktır⁴²⁶. Ayrıca ifade edelim ki, işçi alma ve çıkarma yetkilerinin de birlikte bulunması gerekir. Yani sadece işçi alma veya sadece işçi çıkarma yetkisinin varlığı iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını beraberinde getirebilecektir⁴²⁷.

⁴²¹ **Göktaş**, İş Güvencesi, s.67

⁴²² **Sümer**, s.93.

⁴²³ **Çelik**, İş Hukuku, s.216; Bu yetkinin tek taraflı olarak işverence geri alınması, çalışma koşullarında esaslı değişiklik (İK, m.22) anlamına geleceği için işveren vekili statüsündeki işçiyi bağlamayacaktır. Bu durumda işveren vekili iş güvencesi kapsamı dışında kalmaya devam edecektir. **Göktaş**, İş Güvencesi, s.65; Öğretide işyerinin tümünü yöneten ancak işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunmayan veya işçi alma veya çıkarma yetkisi bulunmakla birlikte işyerinin tümünü yönetme yetkisi olmayan işveren vekillerinin de kapsam dışında olması gerektiği ileri sürülmüştür. **Demir**, İş Hukuku, s.251-254.

⁴²⁴ **Demir**, İş Hukuku, s.250.

⁴²⁵ **Akyiğit**, İş Güvencesi, s.14.

⁴²⁶ Merkez Şube Müdürü konumundaki bir işveren vekili, iş güvencesinden yararlanabilir. Y9HD, 11.12.2003, E.2002/20222, K.2003/20604, **Çalışma ve Toplum**, 2004/1, s.145-146.

⁴²⁷ “Alman Hukukundaysa işletme müdürü vb. konumundaki yönetici işçilerin iş güvencesinden kısmen de olsa dışlanabilmesi için işyerine bağımsız biçimde işçi alma veya işyerinden işçi çıkarma yetkisinin

III. SÜRELİ FESİHTE GEÇERLİ SEBEBE DAYANMA ZORUNLULUĞUNU ÖNGÖREN DÜZENLEMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İş Hukuku alanında, mevzuatın emredici hükümleri *mutlak emredici hükümler* ve *nisbi emredici hükümler* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak emredici hükümlerin aksi hiçbir şekilde kararlaştırılamazken; nisbi emredici hükümlerin aksi işçi lehine olmak üzere, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile değiştirilebilmektedir⁴²⁸.

İK, geçerli sebebe dayalı fesihle ilgili (*iş güvencesi*) düzenlemelerinde (İK, m.18-21) hem nisbi emredici hem de mutlak emredici hükümlere yer vermiştir. Gerçekten de İK'nun 21. maddesinin son fıkrasına göre “*Bu maddenin birinci⁴²⁹, ikinci⁴³⁰ ve üçüncü⁴³¹ fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir*”.

Hükme göre, geçerli sebebe dayalı olarak iş sözleşmesinin feshi söz konusu olduğunda, iş güvencesi sisteminin işletilmesi zorunlu olacak ve işçinin, işe iade talebini barındırma zorunluluğu bulunan başvurusunda, *işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığına mahkeme veya özel hakem tarafından tespiti istenecektir*⁴³². *İşçiyi başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmayan işveren, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür* (İK, m.21/1). Ayrıca geçersizliğine hükmedilen feshin sonucunda işe iadesine karar verilen işçiye, işverence işe başlatılsın veya başlatılmasın, *kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının da ödenmesi bir zorunluluktur* (İK, m.21/3). Bu hükümlerin aksinin toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile aksinin işçi lehine de olsa kararlaştırılması mümkün değildir.

Ancak 21. maddenin son fıkrası dışında kalan ve “*iş güvencesi*” adı verilen geçerli sebeple feshe ilişkin düzenlemelerin, işçi lehine olmak şartıyla aksinin kararlaştırılması mümkün olabilecektir.

Buna göre toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile altı aylık kıdem süresinin

bulunması aranır” (KSchG. § 14/2), **Akyiğit**, İş Güvencesi, s.15.

⁴²⁸ **Süzek**, s.129.

⁴²⁹ “*İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur*” (İK, m.21/1).

⁴³⁰ “*Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler*” (İK, m.21/2)

⁴³¹ “*Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir*” (İK, m.21/3).

⁴³² “*Toplu iş sözleşmesinin 21/3. maddesinde öngörülen iş güvencesine ilişkin cezai şart tazminatı işe iade davası açılarak hükümleri yerine getirilmiştir. Zira iş güvencesi kapsamında bulunan davacı feshin geçersizliğine karar verilmesini istemiş, mahkemece feshin geçersizliğine, işe iadesine dair hüküm kurulmuştur. Bu karar üzerine davacının başvurusuna rağmen işverence işe alınmama yolundaki tasarruf 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi hükümlerine tabi bulunduğundan Toplu İş Sözleşmesi'nin 21/3. maddesinin uygulanma imkanı kalmamıştır. Mahkemece bu istemin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır*” Y9HD, 24.04.2008, E.2007/17197, K.2008/10251, **Tekstil İşveren Dergisi**, (Mayıs-2009), S:350, s.5-6.

kısaltılması⁴³³, otuz işçi ölçütünün azaltılması⁴³⁴ ya da tüm işveren vekillerinin iş güvencesinden yararlanmasının kararlaştırılması⁴³⁵ iş güvencesi sistemine aykırı olmayacaktır.

⁴³³ **Soyer**, Feshe Karşı Koruma, s.37-38; **Süzek**, s.565 vd; **Çelik**, İş Hukuku, s.217; **Demir**, İş Hukuku, s.246; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s.715; **Akyiğit**, İş Güvencesi, s.248; “İş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından kanunda öngörülen asgari işçi sayısına ilişkin kural nispi emredici olup, işçi lehine değiştirilebilir. Bu nedenle, işçi sayısına bakılmaksızın iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağını öngören sözleşme hükümleri geçerlidir. Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta işyerinde fesih tarihi itibarıyla toplam 13 işçi çalışmakta ise de, işyerinde fesih tarihinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 24.maddesinde sendika üyesi işçilerinin iş sözleşmelerinin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep olmaksızın feshedilmesi halinde işyerinde işçi sayısına ve işçinin kıdemine bakılmaksızın 4857 sayılı İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21.madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir”. Y9HD, 22.02.2010, E.2010/4905, K.2010/4260, **Çalışma ve Toplum**, 2010/3, S:26, s.257; “4857 Sayılı İş Kanununun 18. maddesine göre iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğu için işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması gerekir ancak Kanunun bu maddesi nispi emredici bir madde olup, taraflar her zaman işçi lehine bunun aksini kararlaştırabilirler. Nitekim taraflar arasında imzalanmış işyerinde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesinin İş Güvencesi ve işçi çıkartılması başlığını taşıyan 34. maddesinde iş akdinin feshedileceği durumlarda işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 4857 sayılı İş Yasasının iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hükmünü getirmiştir. Bu durumda işyerinde çalışan işçi sayısı otuz işçinin altında olsa dahi Toplu İş Sözleşmesinin bu maddesine itibar etmek gerekirken, mahkemenin aksine düşünce ile davanın reddine karar vermesi hatalıdır”. Y9HD, 26.05.2005, E.2005/12317, K.2005/19404, **Çalışma ve Toplum**, 2006/2, S:9, s.275.

⁴³⁴ **Demir**, İş Hukuku, s.246; **Süzek**, s.565 vd; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s.715; **Ekonomi**, “Hizmet Akdinin Feshi”, s.28; **Çelik**, İş Hukuku, s.217; Y9HD, 22.02.2010, E.2010/4905, K.2010/4260, **Çalışma ve Toplum**, 2010/3, S:26, s.257; Y9HD, 26.05.2005, E.2005/12317, K.2005/19404, **Çalışma ve Toplum**, 2006/2, S:9, s.275.

⁴³⁵ **Göktaş**, İş Güvencesi, s.72; **Süzek**, s.497, 590; Y9HD, 26.05.2005, E.2005/12317, K.2005/19404, **Çalışma ve Toplum**, 2006/2, S:9, s.275; Y9HD, 22.02.2010, E.2010/4905, K.2010/4260, **Çalışma ve Toplum**, 2010/3, S:26, s.257.

SONUÇ

İş sözleşmesinin işveren tarafından fesih yoluyla sona erdirilmesi, işçi açısından arzu edilmeyen bir husustur. Ancak fesih sürecinin asıl önem arz eden yönü, bu süreçte işçinin korunması ve feshin zararlarından mümkün olduğunca az etkilenmesinin sağlanmasıdır. İK'da, feshin olumsuz sonuçlarından daha az etkilenmenin yollarından biri olarak düzenlenen süreli fesihle geçerli sebebe dayanma zorunluluğu ile ilgili ulaştığımız sonuçları aşağıdaki gibi belirtmek mümkündür:

1. 4857 sayılı İş Kanunu, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin *süreli fesih* yoluyla sona erdirilmesini, belli koşullar altında *geçerli sebep* gösterme zorunluluğuna bağlamıştır. Buna göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları veya işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinden olmamak şartıyla, belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır (İK, m.18/1; İK, m.18/son).

2. Süreli fesihle geçerli sebebe dayanma zorunluluğu, görüldüğü gibi tüm işyerleri için kabul edilmemiştir. Uygulama otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerleri ile sınırlanarak, alan oldukça daraltılmıştır. Belirtilen sayı sınırı 158 sayılı ILO sözleşmesi ile makul ölçülerle kabul edilebilir bir uygulama olarak benimsenmiş iken İK'nun getirdiği sınırlama makul gözükmemektedir.

3. Otuz işçi sayısının hesaplanmasında, işverenin aynı iş kolunda kurulu birden fazla işyerinde çalışan toplam işçi sayısı dikkate alınmaktadır. İş güvencesi uygulamasında hem oldukça yüksek otuz işçi ölçütünün benimsenmesi ve ayrıca da bu sayının belirlenmesinde işverenin yalnızca aynı işkolundaki işyerlerinin esas alınması, iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını iyice daraltmaktadır.

4. Otuz işçi sayısının tespitinde *fesih bildiriminin yapıldığı tarihteki* işçi sayısı esas alınmalıdır. Kapasitesine bakılarak otuzdan fazla işçinin çalıştırılması gerektiği düşüncesi ile sayısal olarak bu sayıdan daha aşağı işçi çalıştıran işyeri/işletmenin iş güvencesi kapsamında değerlendirilmesi düşüncesine iştirak etmemekteyiz.

5. Ayrıca aynı iş kolunda faaliyet gösteren işyerlerinden birinin yurt dışında bulunması durumunda, bu işyerlerindeki işçilerin, aynı iş kolundaki toplam işçi sayısının hesabında göz önünde bulundurulması ve aynı esasın Türkiye'de şubesi bulunan aynı işverene ait yurt dışında faaliyette bulunan işyerlerinde çalışan işçiler için de geçerli olması düşüncesine iştirak etmemekteyiz.

6. Süreli fesihle geçerli sebebe dayanma açısından iş sözleşmesinin feshine ilişkin bildirimin tebliğ edildiği tarihte, altı aylık çalışma süresinin tamamlanması da yasal sistem açısından bir zorunluluktur. İşverenin altı aylık sürenin dolmasına kısa bir süre kala, sırf iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla iş sözleşmesini feshetmesi dürüstlük kurallarına aykırı olarak kabul edilmeli ve iş güvencesine ilişkin usul hükümlerine aykırılık nedeniyle feshin geçersizliği ileri sürülebilmelidir. Bu durumda işçiye kötüniyet tazminatı hakkı tanınması düşüncesine katılmamaktayız.

FAZLA VE YERSİZ TAHSİLATA FAİZ ÖDEMESİ ALANINDAKİ SÜREÇ: YASAL DÜZENLEMELER, YARGI KARARLARI VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARI SONUCU YAPILAN YENİ DÜZENLEMELERİN ANALİZİ

*The Process in the Payment of Interest about the More and
Irrelevant Payments Received The Analysis of the New
Regulations as Results of the Legislation and Decision of the
Constitutional Court and Judicial Decisions*

Yrd. Doç Dr. Yusuf İLERİ*

ÖZET

Devletin de hata yapacağı ve bu hatasını telafi etmesi gerektiği olgusu günümüzde artık bütün kesimlerin kabul ettiği bir gerçekliktir. Devletimiz bugünlerde haksız ve yersiz alınan vergilere faiz işletmektedir. Ne var ki bu noktaya kolay gelinmemiştir. Mevcut düzenlemelerin eksik tarafları da olsa geline aşama önemlidir. Şu tespiti yapmak gerekir: Geline nokta büyük oranda yargı kararları şekillendirmiştir. Fazla ve yersiz alınmış vergilere faiz ödemesi mevzuu bu çalışmada yargı kararlarını da kapsayacak şekilde irdelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Haksız ve yersiz tahsilat, faiz ödemesi, tecil faizi.

ABSTRACT

The Government can make a mistake and that mistake has to correct by Government that the fact everyone agrees. Today, The Government pays the interest for the taxes unwarranted. It is not enough but this step is important because the point is not come easy. That determination of you needs to do. The Judicial decisions to shape of this situation. In this study, the subject of the interest payments over and unwarranted taxes, encompasses judicial decisions.

Keywords: Unwarranted collection, payment of interest, postponement interest.

* Yüzüyl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1. Giriş

Vergi sistemimiz devletin mükellefteki alacağına faiz yürütülmesi ve tahsilinde oldukça başarılı düzenlemelerle donatılmıştır. Hatırlamak gerekirse kamu alacağı vadesinde ödenmediği zaman gecikme zammı alınır, oranları her zaman yüksek olan bu zamların gider yazılması kanun namına kabul edilmez. Mükellef, tecil talebinde bulunmuş ve bu talep kabul edilmiş ise gecikme zammı yerine tecil faizi öder. Henüz tahakkuk etmemiş vergi alacakları için normal vade tarihinden tahakkuk tarihine kadar gecikme faizi alınır. Vergi matrahının hesaplanmasında kanun namına gider kabul edilmeyen kalemlerden biri de bu gecikme faizleridir. İşletmenin bu vergileri finansman olarak kullandığı sanılır. Oysa bu faizlere, gider kabul edilmeyişinin getirdiği vergi yükleri de ilave edilirse, en ağır kredilerin bedelleri bunların yanında hayli hafif kalır. Bir dönem ise bu faiz işi öyle bir abartılmış ki gecikme faizleri takvim yılı sonlarında vergi aslına dönüştürülmüş yani mürekkep faiz bile alınmıştır⁴³⁶.

Bu ayrıcalığı, alacakların tahsilinde de görürüz. Vergi alacakları, kamu hizmeti ve kamu yararı ile özdeşleştirildiği için bu tür alacaklar özel alacaklarla kıyaslandığında daha öncelikli ve ayrıcalıklı alacaklar olarak koruma altına alınmış, takip ve tahsili de oldukça sıkı kurallara bağlanmıştır.

Ne var ki; mesele, mükellefin, devletteki vergi alacağına faiz işletilmesi ve bunun iadesine gelince vergi sistemimiz duyarsızdır. Hiç kuşku yok ki burada temel etken konunun hazineyle olan doğrudan ilgisidir. Mükellefin fazla ve yersiz ödediği vergiyi sıfır maliyetle kullanmak imkanı varken, faiz ödemeye razı olmak bu nedenledir ki kolay olmamıştır.

2. Mükellef Alacaklarının Faizlendirilmesinde Yasal Boşluk

TBMM'nin ilk yasası bir vergi yasasıdır⁴³⁷. Kesinleşmiş ve vadesi geçtiği halde ödenmemiş vergi borçlarına ötedenberi faiz yürütülmektedir. Henüz tahakkuk etmemiş ve/veya kesinleşmemiş vergi alacaklarına gecikme faizi uygulaması ilk olarak çeyrek asır önce 1986 başından başlamıştır⁴³⁸. Ne var ki, mükellefin, devletteki vergi alacaklarına faiz söz konusu olunca vergi sistemimiz sessiz kalmıştır. Bu alanla ilgili gösterilen ilk düzenleme aslında yargı kararlarının infazının gecikmesi sonrasında ödenecek tazminata ilişkindir. Yani bu hüküm, fazla ve haksız alınmış vergilere faiz ödemesini içeren bir düzenleme olarak gösterilemez. 2577 sayılı Kanunun 28'inci maddesinin 6'nci fıkrası⁴³⁹, vergi davalarında kararın idareye tebliğinden sonra bir ay içinde gereğinin yapılmaması halinde, idarenin kanuni gecikme faizi ödemesini öngörmektedir. Ne var ki burada, öyle doğrudan idareden talep edilecek ve idarenin de hemen hesaplayıp ödeyeceği bir faiz yoktur. Tam tersine yasa, (faiz talebini, hükmolunacak faizin miktarı vb.) faizle ilgili tüm hususları mükellefin açacağı bir davaya ve bu davanın sonucuna bağlamış ki, bu husus bir başına bu

⁴³⁶ Mürekkep faiz, 3505 sayılı Kanunla 1.1.1989 tarihinde yürürlüğe girmiş, 3946 yayılı Kanunla 1.1.1994 tarihi itibarıyla kaldırılmıştır.

⁴³⁷ Agnam Resmi Kanunu isimli bu yasa 7.2.1337 tarih ve 1 no.lu Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu tarihte henüz Cumhuriyet kurulmamıştır.

⁴³⁸ 3239 sayılı Kanunla yapılan bu düzenleme 11.12.1985 tarih ve 18955 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴³⁹ 20.01.1982 tarih e 17580 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

hükmü işlevsiz kılmaktadır.

Ancak, 1980'li yıllarda uygulamaya sokulan vergi politikalarının olumsuz etkilerini dengelemek için “mükellef hakları”nda söz edilmeye başlanmıştır. Fazla ve yersiz yapılan vergi tahsilatına faiz talebi bu temelde dillendirilmiştir. Devlet alacakları söz konusu olunca yüksek oranlı gecikme zammı ve faizler; hatta bunların gider kabul edilmemesi tamam anlaşılır şey de, mükellefin alacağı ne olacak? Faiz işlemeyince bu parayı bedelsiz kullanmanın dayanılmaz cazibesi mükellef alacağının daha uzun süre süruncemede kalması sonucunu doğurmuyor mu? Vergi sistemimiz, 1990'ların sonlarına gelinceye kadar bu ve benzeri sorulara kapalı kalmıştır. Yasa düzeyinde bir düzenleme olmayınca; fazla ve yersiz tahsil edilen vergilere faiz yürütülmesi yönündeki talepler İdare tarafından reddolunmuştur.

3. Yasal Boşluğu İdarenin Sorumluluğu Temellinde Yargı Yoluyla Doldurma Arayışları

Vergi yasalarında mükellefin devletteki vergi alacaklarına faiz yürütülmesi ile bunun tahsiline ilişkin bir hüküm olmayınca, mağdurları, çözümünü genel hükümlerden hareketle yargı yoluyla aramaya çalışmışlardır. Buradaki mantık şu olmuştur; Hukuk devletinde, idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararın tazmini için açık bir kanun hükmüne ihtiyaç olamaz. Bu arayışta temel dayanak Anayasa olmuştur. Çünkü Anayasanın 2 inci maddesi, Hukuk Devleti ilkesini benimsemiştir. Anayasanın 40 inci maddenin 3 üncü fıkrasında “Resmi görevliler tarafından yapılan hukuka aykırı işlemler neticesi kişilere verilen zararların da, kanun hükümleri çerçevesinde, Devletçe tanzim edilmesi” öngörülmektedir. Bu hükümler yanı sıra Anayasamızın 129/5 inci maddesinde “Kamu görevlilerin yetkilerini kullanırken kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir” vurgusu yapılmıştır. Hukuk devleti ilkesiyle birlikte, İdarenin sorumluluğunun temel kaynağı olarak kabul edilen Anayasa 125/7’de ise “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” Bu konuda İdareye karşı dava açabilmenin koşulları ise İYUK 2, 12 ve 13 üncü maddelerine dayandırılmıştır⁴⁴⁰.

İdarenin haksız ve yersiz tahsil ettiği vergilere bu çerçevede faiz talep edilmiş, bu taleplerin İdarece reddi üzerine uyuşmazlıklar yargıya taşınmıştır. Ezcümle 1994 yılında açılan bir davada Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu 06.03.1997 tarih ve E;1997/138, K:1995/138 sayılı kararıyla⁴⁴¹ “...Bir verginin hukuka aykırı tahsili nedeniyle, tahsil tarihinden itibaren yükümlüler lehine yasal faiz işleyeceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığı” gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir; ama bu kararda eksikliği dillendirilen yasal düzenleme, iki yıl içinde, 1999 yılında (4369 sayılı Kanunla VUK’ta yapılan değişikliklerle) gelmiştir⁴⁴². Gerçi bu da sınırlı bir düzenlemedir. İleride değinileceği üzere bu hükümler yürürlükte iken yargı makamları bunu yetersiz görerek, bu düzenlemelerle öngörülenden fazla faiz

⁴⁴⁰ YAVAŞLAR FUNDA Başaran, Anayasal Bir Hak Olarak Vergi İdarelerinde Faiz, Vergi dünyası, Ocak-2008 S:317

⁴⁴¹ <http://www.danistay.gov.tr/>

⁴⁴² Bu uyuşmazlıkta Ankara 1. Vergi Mahkemesi, vergi dairesini kanuni faiz ödemeye hükmetmiş, bu kararın Danıştay Dokuzuncu Dairesince bozulması üzerine Vergi Mahkemesinin kararında ısrarı ile uyuşmazlık DVDDGK taşınmıştır.

ödenmesi yönünden kararlar vermiştir. Ortada konuya ilişkin özel düzenleme olmadığı sırada dahi, yargı kararlarının bu özel hükümlerle öngörülenin ilerisinde faiz ödenmesi yönünde kararlar verdiğini göz önüne alıp geriye baktığımızda, 4369 sayılı Kanunla gerçekleştirilen düzenlemenin durup dururken yapılmadığını, olası yargı kararlarına karşı bir pozisyon alındığını düşünürüz.

4. Yargı Sarmalında Yapılan Yasal Düzenleme

İlerleyen bölümlerden yapılan açıklamalardan daha net anlaşılacağı üzere, mükellefin devletteki alacaklarının faizlendirilmesi ile ilgili uyumsuzluklar yargı kararlarıyla şekilleneceği bir sırada, yasa koyucu (olayına mahsus olarak dileyenler Maliye Bakanlığı diyebilir) böylesine Devlet hazinesiyle yakın ilgisi olan nazik bir hususu sadece yargı kararlarına bağlı kalmasına rıza göstermemiş yani duruma müdahale etmiştir. İşte bu nedenlerdir ki 213 sayılı Vergi Usul Kanunun 112 inci maddesine 4369 sayılı Kanunun 2 inci maddesiyle 4 no.lu fıkra eklenmiştir. 1.1.1989 tarihinde geçerli olmak üzere yürürlüğe giren bu hüküm şöyledir:

"Fazla ve yersiz olarak tahsil edilen veya vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuat gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120 nci madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir."

Buna göre, mükelleflerden fazla ve yeriz tahsil edilen vergilerin iadesinde, tahsilatın üzerinde yıllar geçmiş olsa da istenilen bilgi ve belgelerin teslimiyle yapılan iade talebinden sonraki üç ay içinde yapılmayan iadeler için bu üç ayın sonundan başlamak üzere düzeltme fişinin tebliğ edildiği güne kadar işleyen tecil faizinin vergi aslı ile birlikte ödenecektir.

Belirtmek gerekir ki bu hüküm, mükellefin uğradığı kaybı telafi etmekten uzaktır. Nedenlerini ayrıntılarına girmeden şu başlıklar altında sayabiliriz: a)Faiz hesaplanmasına başlangıç olarak verginin Devlete ödendiği tarihi almaması, b) İadenin belge tamamlanmasına bağlı kılınması c)Tamamlanması istenilen belgelerin Maliye Bakanlığınca belirlenmesi ve bu belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iadenin yapılmaması halinde faizlendirmenin başlaması, d)Faiz oranlarının gecikme faizi değil daha düşük olan tecil faizine göre hesaplanması, e) Verginin mükellefçe tasarruf edildiği tarihte değil de, düzeltme fişinin mükellefe tebliği ile birlikte faizlendirme takviminin durması. Gerçekten de bu ölçülere göre mükellef ya uğradığı zararın çok altında faiz alacaktır ya da hiç alamayacaktır.

Açıklanan nedenlerle bu özel amaçlı düzenleme çare olmaktan uzak kalınca uyumsuzlukların yargıya taşınma işi sürmüştür. Mükelleflerden gelen faiz talepli davalarda; bir kısım uyumsuzluklar bu madde hükümleri kapsamında çözüme bağlanırken, ilginçtir bu madde daha yürürlükte iken bir kısım yargı kararları açık açık bu maddeyi dikkate almayacaklarını vurgulayarak, idarenin genel sorumluluğu kapsamında hüküm ihdas etmişlerdir. Bir bakıma yasa yokmuş gibi yargılamaya kalınan yerde devam edilmiştir. Bu ise parçalı ve ikili bir hukuk oluşmuştur.

5. Yargı Kararları Yasal Düzenlemeyi Yetersiz Görüyor

Yargı kararları incelendiğinden özellikle Danıştay Yedinci Dairesi, önüne gelen uyuşmazlıkları istikrarlı bir şekilde yürürlükteki özel düzenleme olan VUK'nun 112 maddesinin 4. üncü bendine göre değil, hukuka aykırı ödenen verginin hazineye girişinden iadesine kadar geçen zaman aralığını karşılayacak kadar bir faizle mükellefe ödenmesi yönünde kararlar vermiştir.

Danıştay Yedinci Dairesi bu kararlarında⁴⁴³, 112'inci maddenin Devletin vergi alacakları için gecikme faizi öngören 3'üncü fıkrasıyla⁴⁴⁴, mükellefin devletteki alacaklarına tecil faizi öngören 4'üncü fıkrasını karşılaştırmış ve bu karşılaştırma sonucunda faizin 4'üncü fıkra göre değil, 3'üncü fıkra göre ödenmesine hükmetmiştir. Kararlarda, özel düzenleme olan yürürlükteki 112 maddenin 4 üncü fıkrasının uyuşmazlığa uygulanamayacağı belirtilirken gerekçeleri açıklanmamış, hatta "Hukuk devletlerinde, açıklanan nitelikteki bir zararın faiz ya da başka bir ad altında ödenecek tazminatla karşılanabilmesi için, açık yasa hükmü aranması düşünülemez" diyerek md.112 fıkra 4'ü özel düzenleme olarak kabul etmemiştir. Mükellefin faiz kaybı 3'üncü fıkra göre belirlenirken Anayasanın 125'inci maddesinin son fıkrasında yer alan "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmü dayanak kılınmıştır. Buradan hareketle zararın hizmet kusurundan kaynaklandığı, "İdarenin sorumluluğu" ile ilgili kurallara ve kusurlu sorumluluk esasına göre tazmin edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu kararların hüküm bölümünde faizden mahrum kalmanın sonuçları üzerine oldukça detaylı ve derin analizler yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki faizin, mükellefe ödenecek faizi öngören 112 maddenin 4 üncü fıkrasına göre değil de, İdareye ödenecek gecikme faizini düzenleyen ve faiz tutarını yükselten 3 üncü fıkra göre belirlenmesi, faizden yoksun kalmanın yarattığı ağır sonuçlar üzerine yapılan tahlillere bağlı kılınmıştır. Bu arada Danıştay dairelerinin konuyla ilgili kararlarında farklı gerekçelerde okumaktayız. Örneğin, Danıştay Yedinci Dairesinin 27.01.2009 tarih ve E:2005/340, K:2009/498 sayılı kararında yukarıda yapılan açıklamalara yer verilmekle birlikte ayrıca "İdarenin verginin haksız alındığını kabul etmediği ve dolayısıyla sözü edilen 112'inci maddenin 4'fıkrasının, artık uyuşmazlığa uygulanmasının hukuken olanaklı bulunmadığı" vurgusunu yapmıştır⁴⁴⁵. Danıştay Yedinci Dairesi 30.06.2005 tarih ve E:2005/1507, K:200174650 sayılı kararında ise yasal faiz ödenmesine karar vermiş ancak yasal faizin ne olduğunu açıklamamıştır⁴⁴⁶.

Buna karşılık, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, konuya ilişkin uyuşmazlıklar hakkında farklı kararlar vermekle birlikte ağırlıklı olarak, "İdarenin genel sorumluluğu kapsamındaki faiz taleplerini, 112. maddenin 4. fıkrasıyla irtibatlandırmış ve yasada bu yönde düzenleme olmadığı" gerekçesiyle reddetmiştir⁴⁴⁷.

O halde şu soruya da cevap aranmalıdır. İdare tarafından verilen zararın tazmini için açık bir kanuni düzenleme varken, yani VUK'nun 112/4 üncü maddesi

⁴⁴³ Danıştay Yedinci Dairesinin, 29.11.2005 tarih ve E:2002/2002, K:2005/2955 kararı ile 24.02.2005 tarih ve E:2001/1208, K:2005/239 sayılı kararı

⁴⁴⁴ İkmalen, re'sen veya idarece yapılan tarhiyatlarda (...) Geçen süreler için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanır.

⁴⁴⁵ www.kararevi.com/karars/805469 alınış tarihi 28.09.2012

⁴⁴⁶ www.danistay.gov.tr

⁴⁴⁷ Yavaşlar, agm.

yürürlükte ve üstelik henüz Anayasa Mahkemesince iptal edilmemişken bu yasaya rağmen başka bir kıstasa göre faiz ödenmesi mümkün müdür? Yavaşlar, Alman Hukuku'nda ister devletin mükellefe, isterse mükellefin devlete faiz ödeyebilmesi için açık bir kanun hükmünün şart” olduğunun tespitini yaparak, Türk Hukukuna dönmekte; eğer VUK'nun 112 maddesinin 4 üncü bendi olmasaydı, o zaman sadece anayasal düzenlemelerden hareketle faiz ödenmesinin mümkün olup olmadığı tartışması yapılabilirdi ki, Türk Hukuku'nda VUK 112/4'de faizle ilgili bir düzenleme olduğundan, bu madde yürürlükte olduğu sürece, İdarenin, Anayasa'dan kaynaklanmakta olan genel sorumluluk kurallarına başvurması mümkün değildir” demektedir. Yazara göre iptal edilene ya da kanun koyucu tarafından kaldırılana kadar VUK md.112 b.4'e uyulması şarttır. İlgililere, idarenin hukuka aykırı işlemlerine karşı yargı yoluna başvuru imkanını düzenleyen –Anayasa'ya dayalı- genel hükümlerden (İYUK md.2, md.12 ve md.13) hareketle de VUK md. 112 b.4 uygulanması yoluna gidilemez. Çünkü özel bir düzenleme (lex specialis) olan VUK md. 112 b.4, İYUK md.2, md.12 ve md 13 karşısında uygulanması önceliğine sahiptir. Farklı bir uygulama, ancak VUK md.112 b.4'e rağmen, “mükellefe iadesi gereken vergi aslıyla birlikte, fazla vergi tahsilinden iadesine kadar geçen sürenin tamamı için faiz verilmesinin VUK'da açıkça öngörülmemiş olması”nın, kanunda boşluk değerlendirilmesi halinde mümkün olabilir demektedir.

Yazar, böyle bir değerlendirmenin yapılmasının mümkün olmadığını da ifade etmektedir. Çünkü “Kanunda uygulanabilir hüküm bulunmadığını kabul edebilmek için, bir olayın, sadece düz anlam itibarıyla hiçbir hükmün kapsamına girmemesi yetmez, zıt anlam itibarıyla de bir hükmün kapsamına girmemesi gerekir. Diğer bir ifade ile kanun koyucu bir hükmü koyarken hükmün düz anlamı dışında kalan unsurları kanunun himayesi dışında bırakmışsa, düz anlamın kapsamı dışında kalan unsurlar için kanun boşluğu bulunduğu söylenemez. Kanun bir meseleyi olumsuz şekilde çözmüştür ve böylece Kanun hükmünün zıt anlamının uygulanması (argumentum a contrario) söz konusu olur⁴⁴⁸.

6. Uyuşmazlık Anayasa Mahkemesinin Önüne Geliyor

Danıştay Dava Daireleri tarafından verilen farklı kararlar ve ortaya çıkan ikili hukuk İdare ve Yasama Organı üzerinde bir etki yaratmamıştır. İdarece yapılan iadelerde üç aydan sonrasına faiz ödenmeye devam edilmiştir. Herkes dava açmadığı ve açılan her dava idarenin genel sorumluluğu temelinde karara bağlanmayınca mevcut durumu korumak ve sürdürmek İdarenin işine gelmiştir. Dolayısıyla Devlet hazinesine yük getirmemek için bu hükmü değiştirecek adımlar atılmamıştır. Ama kanunların Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesi, itiraz yolu işletilerek harekete geçirilmiş ve bu hükmün iptali sağlanmıştır. İtiraz başvurusu Aydın Bölge İdaresi Mahkemesince, hükmün Anayasanın 2, 10 ve 35. Maddelerine aykırı olduğu gerekçeleriyle yapılmıştır. Yüksek Mahkeme talebi Anayasanın 2 ve 35 inci maddeleri yönünden kabul etmiş, 10. maddeyle ilgisini görmemiştir⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Yavaşlar, agm.

⁴⁴⁹ 10.02.2011 tarih ve E:2008/58, K:2011/37 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı 14.05.2011 tarih ve 27934 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

A. Eşitlik İlkesi Geçerli Değil

Yüksek Mahkeme, itirazın 10. maddeyle ilgisi yok derken her ne kadar gerekçesini yazmamış ise de, bu uyuşmazlıkta teraziye oturtulan taraflarından biri devlettir. Anayasa'nın 10 maddesi bireyler kanun önünde eşittir demektedir ve hangi sebeplerle eşit olacağının koşullarını düzenlemektedir. Diğer bir ifade ile Anayasa'nın 10. Maddesinde, "devlet ve birey kanun önünde eşittir" şeklinde bir ifade yer almamıştır. Kuşkusuz, birey ile devleti yasa karşısında eşitleyen anayasal bir norm düşünülemez. Diğer bir ifadeyle özel çıkar ile genel yararın yasa karşısında eşitlenemeyeceği tabiidir. Burada mesele, devlet ve bireylerin eşit kurallara tabi tutulması değil, bu iki kesimin temsil ettiği menfaat arasında adil bir dengenin kurulmasıdır. Bu denge ise, Anayasanın 10'uncu maddesinde açıklanan "kanun önünde eşitlik" ilkesinin devlet ve bireye eşit uygulanmasıyla değil, Anayasanın 13'üncü maddesinde vurgulanan ölçülülük ilkesinde hareketle kurulabilir. Yüksek Mahkemenin kararında geçen, genel yarar ile kişi yararı arasındaki dengenin bozulduğu yönündeki değerlendirmeyi bu bağlamda okumak gerekir.

B. Hükümün Somut İptal Nedeni

Anayasa Mahkemesinin iptali istenen hükme somut eleştirisi fazla ve yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde, faizin, tahsilatın yapıldığı tarih yerine başvuru tarihinden üç ay sonra başlatılmasına ilişkin kısımdır. Hükümün eleştirilen diğer kısımları ezcümle iadenin belge tamamlanmasına bağlı kılınması, tamamlanması istenilen belgelerin Maliye Bakanlığınca belirlenmesi, gecikme faizi yerine tecil faizi oranlarının uygulanması, faizlendirmeyi sonlandıran nedenler iptal gerekçesi olamamıştır. Bu nokta önemlidir. Zira bu ölçüler, iptal edilen hüküm yerine ikame edilen hükümün analizinde gerekli olacaktır. Hemen belirtelim ki Aydın Bölge İdaresi Mahkemesi'nin itiraz talebine; faizin başvuru tarihinden sonraki üç ay içinde başlatılması ile gecikme faizi yerine tecil faizinin uygulanması hususları gerekçe olmuştur. Şu halde Yüksek Mahkeme bu taleplerden gecikme faizi yerine tecil faizi uygulanmasını reddetmiş, sadece faizin başvuru tarihinden sonraki üç ay sonra başlatılması yönündeki talebi haklı görmüştür.

C. İptal Nedenleri Hukuk Devleti İlkesi, Mülkiyet Hakkı Ve Ölçülülük İlkesi Olmuştur

Yüksek mahkeme fazla ve yersiz tahsil edilen vergiye, tahsilatın yapıldığı tarihten itibaren faiz işletilmemesini, alacaklı-borçlu ilişkilerinin borçlu olan kamu kurumları lehine bozulmasına sebebiyet vereceğini belirtmiş ve bunu hukuk devleti ilkesine aykırı görmüştür. Yüksek Mahkeme bu uygulamanın kamu kurumlarını borcunu ödemesini geciktirmede teşvik edici olduğunu da tespit etmiş ve vatandaşların devlete olan güvenini sarsmasına yol açacak bu kuralı da hukuk devleti ilkesine aykırı görmüştür.

Yüksek Mahkemenin alacak hakkını faizle ilişkilendirerek mülkiyet hakkı kapsamında kişilerin temel hakları arasında kabul etmesi önemlidir. Yanlış veya yersiz vergi tahsilatının, kişileri mülkiyet haklarından mahrum edeceği de Anayasanın 35 inci maddesine aykırı bir kural olarak tespit edilmiştir. Hülasa, Anayasa Mahkemesi haksız ve yersiz tahsil edilen bir verginin devlette kaldığı zaman dilimi kadar faizle ilişkilendirilmeden iadesini; hem hukuk devleti ilkesine, hem mülkiyet hakkına hem de ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur.

D. Ulusüstü Hukukun Gerekçe Yapılması

Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokol'ün 1. Maddesindeki şu hüküm Yüksek Mahkemenin Kararına gerekçe olmuştur.

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para Cevzalarının ödenmesini sağlama için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâle getirmez.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kural uyarınca Eko-Elda Eveci/Yunanistan davasında(9.3.2006 günlü, Başvuru No:10162/02) verdiği şu kararda, karara gerekçe kılınmıştır.

“Haksız olarak tahsil edilen verginin beş yıl beş ay sonra faizsiz olarak iade edilmesini, belli bir meblağdan yararlanma hakkı uzun süre engellenen şahsın, mali durumunda önemli ve kesin zararlara neden olduğu, bu durumun sürdürülmesi gereken genel yarar kişi yararı arasındaki dengeyi bozduğu, şahıs üzerine aşırı yük yüklediği gerekçesiyle mülkiyet akının ihlali olarak değerlendirmiş ve mülkiyet hakkı çiğnenen şahsa faiz ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.”

Anayasa Mahkemesi'nin kararında alıntıladığımız bu satırlar Aydın Bölge İdare Mahkemesi'nin itiraz talebinde de aynen yer almıştır. Öncesi de var: Yukarıda incelediğimiz Danıştay Yedinci Dairesi kararlarına da, Ek Protokol'ün 1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Eko-Elda Eveci/Yunanistan davasındaki kararı kaynak olarak geçmiş ve hükme gerekçe yapılmıştır. Fazla ve yersiz tahsilata faiz ödenmesini öngören VUK'nun 112/4 üncü maddesi yürürlükte olduğu ve henüz iptal edilmediği halde, bu yasaya göre değil de idarenin sorumluluğu temelinde kanuni faiz ödenmesi yönündeki Danıştay kararları, Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı ışığında anlam kazanmaktadır.

7. Yeni Bir Yasal Düzenleme Yapılıyor.

Anayasa Mahkemesinin 10.02.2011 tarihinde verdiği iptal kararı 14.05.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu karar, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi yönünde olduğu halde, yasa koyucu bu süreyi beklemeden, üç ay içinde 6322 sayılı Kanun'un⁴⁵⁰ 14'üncü maddesi ile iptal edilen (4) numaralı fıkrasını yeniden düzenlemiş, maddeye (5) numaralı bir fıkra eklemiş ve önceki (5) numaralı fıkra (6) numaralı fıkra olarak teselsül ettirilmiştir. Ayrıca VUK'a bir geçici madde ekleyerek yeniden düzenlenen (4) numaralı fıkranın yürürlük tarihini özel olarak belirlemiştir.

6322 sayılı Kanunla VUK'un 112. maddesine eklenen (4) ve (5) numaralı fıkralar şöyledir:

“4. Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler, fazla veya yersiz tahsilatın mü-

⁴⁵⁰ 15.06.2012 tarih ve 28324 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

kelleften kaynaklanması halinde düzeltmeye dair müracaat tarihi, diğer hallerde verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanun'a göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120. madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade edilir."

"5. Vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanun'a göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120. madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir."

Belirtmek gerekir ki bu düzenlemelerle, hukuken öngörülmemiş ya da öngörülenden fazla tahsil edilen bir verginin mükellefe iadesinde faizlendirme üç guruba ayrılmış ve her bir gurup için ayrı kriterler konmuştur: (a)Mükelleften kaynaklanan nedenler, (b)Vergi idaresinden kaynaklanan nedenler, (c)Vergi kanunlarından kaynaklanan nedenler. Bunlardan mükelleften kaynaklanan nedenlerle vergi idaresinden kaynaklanan nedenlerle fazla ve yersiz tahsilata yapılacak faiz ödemesi (4) numaralı fıkra, vergi kanunlarından kaynaklanan nedenlerle yapılacak faiz ödemesi ise (5) numaralı fıkra düzenlenmiştir. Şimdi de yeni düzenlemeyi bu başlıklar altında açıklamaya çalışalım

A. Mükelleften Kaynaklanan Nedenler

VUK'un 112. İnci maddesinin (4) üncü bendine göre eğer fazla veya yersiz tahsilat mükelleften kaynaklanıyorsa faiz, mükellefin düzeltme için başvuru yaptığı tarihten işlemeye başlayacaktır. İptal edilen düzenlemede, mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi durumunda faiz başlıyordu. Anayasa Mahkemesi hükmü iptal ederken hatanın kimin tarafından işlendiğine bakmaksızın, faizin, tahsilatın yapıldığı tarih yerine, başvuru tarihinden üç ay sonra başlatılmasını yanlış görmüştü. Ancak yasa koyucu faiz başlangıcını hatayı kimin işlediğine bakarak her durum için farklı saptamıştır. İlk bakışta bu bakış açısının Yüksek Mahkemenin kararına aykırı olduğu düşünülebilir. Ancak mükellef bizzat kendi hatasıyla fazla ve yersiz vergi ödemiş ise, faiz başlangıcının talep tarihine bağlı kılınması işin doğasına uygundur. Nitekim VUK'un 123 üncü maddesi zamanaşımı süresi dolduktan sonra meydana çıkarılan vergi hataları için düzeltme yasağı getirmiştir. Uzun yıllardır yürürlükte olan bu kuralın genel bir kabul gördüğü aşıkardır. Demek ki faiz bir yana vergi aslının geri alınması dahi her zaman ve koşulda mümkün olmayabilir. Bu mantıkla, mükellef hatasıyla ödenen vergiye talep tarihinden başlanarak faiz hesaplanması anlaşılır bir durumdur.

Burada esas sorun fazla ve yersiz tahsilatın kimden kaynaklandığının nasıl belirleneceğidir? Vergi yasalarında, fazla ve yersiz tahsilatın hangi durumlarda mükelleften, hangi durumlarda vergi idaresinden ve hangi durumlarda vergi yasalarından kaynaklandığına ilişkin bir tarif ve saptama yoktur, 6322 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerde de bu hususa bir açıklık getirilmemiştir. Kimi zaman fazla ve yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklandığını tespit etmek mümkün olsa da çoğu zaman İdare ile mükellef arasında bu noktada görüş farklılığı oluşacaktır.

İdare, kendinden kaynaklanan nedenlerle mükelleften fazla ve yersiz vergi aldığı durumlarda, bu çok açık olsa dahi faiz ödememek için bu gerçeği kabul etmeyecektir. Nitekim, konuya açıklık getirmek amacıyla yayımlanan 418 sıra no.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde⁴⁵¹ de bu kriterler saptanmamış, bundan kaçınılmış; son derece önemli olan bir konu sadece örnek bir olay üzerinde açıklanmıştır. Burada verilen örnekte ise, mükellefin daha evvel vermiş olduğu gayrimenkul sermaye ilişkin gelir vergisi beyannamesinde beyan ettiği vergiyi ödediği ve bilahare vergi hatası sebebiyle düzeltme beyannamesi verip iadesini talep ettiği yazılmış, ancak hatanın mahiyeti ile niçin mükelleften kaynaklandığı gibi temel hususlara bir açıklık getirilmemiştir.

Öte yandan VUK'un 20'inci maddesi, verginin tarhi, vergi dairesinin işidir demektir. Buna göre, vergi dairesi kanunlarında gösterilen matraha yine kanunlarında gösterilen nispeti uygulayarak vergi alacağını tespit edecektir. Eğer idarenin böyle bir görevi varsa, görevini yerine getirmediği gerekçesiyle olayda hizmet kusuru olduğunu ileri sürmek mümkün olacaktır⁴⁵². Yani düzenlemenin bu bölümü önceki VUK md.112/4'de olduğu gibi işlevsiz kalacaktır. Diğer bir ifade ile vergi tarhının her şart ve zeminde vergi dairesinin görevi olduğu kabul edilecek ise o zaman fazla ve yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanma durumu neredeyse sıfırlanacaktır. Şayet geniş kitlelerle uğraşan idareye bütün beyanları anında inceleme ve çıkacak sonuca göre tarhiyatı yapma yükü getirmek, vergi idaresinin günümüzde sahip olduğu personel ve teknik imkanlar çerçevesinde en azından şimdilik fiilen mümkün değilse o vakit VUK'un 20 inci maddesindeki hükme yeni bir yasal düzenleme ile bir açıklık getirmek gerekecektir.

Yeni düzenlemeye göre de, mükellef kendisinden kaynaklanan nedenlerle yersiz vergi ödemiş ise verilmesi gereken belgeleri tamamlayacaktır; ancak faiz, belgelerin tamamlandığı tarihte değil, talep tarihinden itibaren işlenecektir ki, bu da belgelerin tamamlanması gibi faiz talebini zora sokan ve hatta bazen yok eden bir kuralın aranmaması demektir ki önemlidir.

B. Vergi İdaresinden Kaynaklanan Nedenler

Konuya ilişkin yasa metni olduğu gibi yukarıya alınmıştır; burada mükelleften kaynaklanması halinde denildikten sonra diğer hallerde denilmiştir. Diğer bir ifade ile yukarıdaki başlık bu yazının yazarına aittir. Yasa metninde "vergi idaresinden kaynaklanan" nedenlerle fazla ve yersiz vergi tahsilatı gibi bir ifade yoktur. Oysa biliyoruz ki, vergi ilişkisinin iki tarafı vardır; bunlardan bir mükellef diğeri vergi idaresi olduğuna göre şu halde burada diğer hallerde ibaresinden anlaşılabilecek olan vergi idaresidir. Dikkat edilirse bu kadar açık olduğu halde yine de hassasiyet gösterilmiş "vergi idaresi" demekten kaçınılmıştır. Kanun koyucunun gösterdiği bu yüksek hassasiyet dikkate alınırsa, haydi haydi ilkesinden hareketle vergi idaresinin daha ileri hassasiyet göstereceğini, kendisinden kaynaklanan nedenlerle düzeltme yapsa dahi yine de çok istisnai haller dışında bunun kendi hatası olduğunu kabul etmeyeceğini konunun yargıya havale edilmesini bekleyeceğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Ancak yine de şayet vergi dairesi büyüklük yapar fazla ve yersiz tahsilatın kendisinden kaynaklandığını kabul ederse, işte o vakit verginin tahsil tarihinden

⁴⁵¹ 08.09.2012 tarih ve 28405 sayılı Resmi gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁵² Yavaşlar, agm.

düzeltilme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için tecil faizi oranında bir faiz mükellefe ödeyecektir

Fazla ve yersiz tahsilata vergi dairesi neden olmuşsa, faiz hesaplanması verginin tahsil edildiği tarihte başlayacaktır. Düzenleme bu yönüyle Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmüyle uyumu olduğu gibi yukarıda incelemeye çalıştığımız idarenin sorumluluğu temellindeki yargı kararlarıyla da örtüşmektedir.

C. Vergi Kanunlarından Kaynaklanan Nedenler

Vergi yasaları; kaynaktan kesinti, geçici vergi uygulamalarında olduğu gibi çeşitli nedenlerle genel kuralın dışına çıkarak sonradan iade edilmek üzere önceden daha fazla vergi ödemesini öngörmüş olabilir. Maliye Bakanlığının 418 sıra no.lu VUK Tebliğinde KDV iadeleri bu tertipten sayılmıştır. Bu durumlarda, fazla tahsil edilen vergi, (iptal edilen hükümde olduğu gibi) mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamladığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren faiz işletilecektir. İptal edilen düzenlemede tamamlanması istenilen belgeleri belirleme yetkisi Maliye Bakanlığına bırakılmış idi, yeni düzenlemede bu çıkarılmış, yerinde bir belirleme ile ilgili mevzuatın öngördüğü belgeler denilmiştir. Burada faiz başlangıcının, ilgili mevzuat gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlanmasına bırakılması mükellefe haksız bir iade yapılmasını engellemek açısından bir tedbir olarak anlaşılabilir. Ancak belgelerin tamamlanmış olması halinde de, idareye üç ay süre vererek, faizi bu sürenin sonundan başlatmak hem anlaşılır bir durum değildir, hem bu uzun bir süredir, hem de Anayasa Mahkemesinin somut iptal nedenine bakılırsa, düzenlemenin bu bölümü iptal gerekçelerine aykırı olmuştur.

Vergi kanunlarından kaynaklanan fazla ve yersiz vergi iadelerine ilişkin düzenlemelerin yapıldığı VUK'un 112 maddesinin (5) no.lu fıkrasıyla ilgili özel bir yürürlük kuralı getirilmemiştir. Bu da anlaşılır bir şeydir. Zira (4) no.lu fıkra ile ilgili yapıldığı gibi burada da yeni hükmün geçmişe uygulanmasına yasak getirilseydi; KDV, geçici vergi ve stopaj gibi iadelerin tamamı sekteye uğradı ki, bunun katlanılacak bir sonuç olmayacağı açıktır.

Anayasa Mahkemesi somut iptal nedeninin "fazla ve yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde, faizin, tahsilatın yapıldığı tarih yerine başvuru tarihinden üç ay sonra başlatılmasına" ilişkin kural olduğunu; hükmün gerek doktrinde ve gerekse yargıda eleştirilen diğer kısımlarına bu bağlamda faizlendirmeyi sonlandıran nedenlere; daha açık bir ifadeyle, düzeltme fişinin mükellefe tebliği ile iadenin sonlandırılmasına ilişkin hükmüne yönelik bir eleştiri yapmadığına yukarıda değinmiştik. Bu nedenle olmalı ki, yeni düzenlemede de; ister mükelleften, ister vergi idaresinden kaynaklansın isterse vergi kanunlarından kaynaklansın öncekinden olduğu gibi düzeltme fişinin tebliği ile faizlendirmenin duracağına ilişkin kural korunmuştur.

8. Yeni Düzenlemeyle Yaratılan Hukuksal Boşluk

6322 sayılı Kanunun 16'inci maddesiyle VUK'a eklenen Geçici 29'inci maddede "Bu Kanunun 112. maddesinin (4) numaralı fıkrası, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesinde uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

Bu madde, Kanunun yayımlandığı 15.06.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu durumda 6322 sayılı Kanunla VUK'un 112 maddesinde yapılan düzenlemelerden (4) numaralı fıkra, sadece 15.06.2012 tarihinden sonra fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesinde uygulanacaktır. Bu hükmün mevhum-u muhalifi diyor ki, bu yeni düzenleme 15.06.2012 tarihinde önce fazla ve yersiz tahsil edilen vergilere uygulanmayacaktır. Yani 15.06.2012 tarihinden önce hatalı olarak ödenen vergilerin iadesi sırasında faiz ödenip ödenmeyeceği ile ödenecek ise hangi kurallara göre yapılacağı konusu belirsiz hale gelmiştir. Oysa bu hükümler iptal edilen bir hüküm yerine, bu hükmün iptali ile doğan yasal boşluğu doldurmak üzere kanunlaşmıştır. Geriye dönüp Anayasa Mahkemesi kararını okuduğumuzda bunu net olarak görüyoruz.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 112. Maddesinin dördüncü fıkrası fazla ve yersiz alınan vergilerin iadesinde başvuru tarihinden üç ay sonra başlamak üzere sınırlı da olsa faiz ödenmesine imkan tanımaktadır. Fıkranın iptali halinde sınırlı olarak yapılan ödemelerin dayanağını oluşturacak bir düzenleme kalmayacaktır. Doğacak bir hukuksal boşluk, iptal gerekçelerinde izah edilen kişilerin mülkiyet haklarında mevcut durumdan daha da geriye gidilmesine ve Anayasa gereği olması gereken durumdan daha da uzaklaşmasına sebep olarak kamu düzeni ve kamu yararını bozucu nitelikte olduğundan (...) iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine (...) karar verilmiştir.

Ortaya ilginç bir durum çıkmıştır. Yüksek Mahkeme, doğacak hukuksal boşluğun mülkiyet haklarını kamu düzeni ve kamu yararını bozucu nitelikte ihlal edeceği tespitini yaptığı halde; kamu düzenini sağlamak ve kamu yararını korumakla yükümlü olanlar böyle bir tehlike görmemişlerdir. 6322 sayılı Kanunla yeniden düzenledikleri VUK'un 112. Maddesinin (4) fıkrasını yürürlüğe girdiği 15.06.2012 tarihi öncesine bağını keserek Yüksek Mahkemenin öngörüsünün ilerisinde bir hukuksal boşluk yaratmışlardır. Hatırlamak gerekirse (4) no.lu fıkra ile mükelleften ve vergi idaresinden kaynaklanan nedenlerle fazla ve yersiz tahsilata yapılacak faiz ödemesine ilişkin hükümleri düzenlenmiştir.

Peki, 15.06.2012 tarihinde önce hukuka aykırı olarak bir şekilde tahsil edilen vergilere hangi yasa uygulanacaktır? Bir an için bu taleplerin o tarihlerde yürürlükte olan VUK'un iptal edilen 112/4 hükmüne göre neticelendirileceği düşünülebilir. Ancak kanaatimizce bu mümkün değildir. Çünkü o tarihlerde yürürlükte olan hüküm iptal edilmiş, iptal edilenin yerine yapılan düzenleme ise 15.06.2012 sonrasından fazla ve yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesinden uygulanır denilmiştir. Şu halde mükelleften ve vergi idaresinden kaynaklanan nedenlerle fazla ve yersiz tahsilata faiz ödenmesi hususunda, yukarıda IV bölümünde belirtilen 4369 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1.1.1989 tarihi öncesine dönmüştür. VUK'un iptal edilen 112/4 fıkrası yürürlükte iken bile yargı mercilerince dikkate alınmamış, bu konudaki uyuşmazlıklar idarenin sorumluluğu temelinde çözüme bağlanmıştır.

Buradan bakılırsa 15.06.2012 tarihinden önce hukuka aykırı bir şekilde tahsil edilen vergilerle ilgili faiz taleplerine ilişkin uyuşmazlıkların idarenin sorumluluğu temelinde Danıştay 7. Dairesinin yukarıda V. bölümde belirtilen kararları doğrultusunda çözüleceğini bekleyebiliriz. Ancak, Aydın Bölge İdaresi Mahkemesi'nin 112/4 ilişkin itiraz talepleri arasında somut hükmün gecikme faizi oranında değil de tecil faizi oranında faiz içerdiği yer almış, ne var ki bu talep, Yüksek Mahkeme tarafından iptal nedenleri arasında sayılmamıştır. Şu halde bu önemli argüman dikkate alınırsa bundan sonraki yargı kararlarında faiz oranının, gecikme faizi oranında değil de, tecil faizi oranında gerçekleşeceğini beklemek daha da makul ve mantıklı görülmektedir.

SONUÇ

1. İnisiyatif alanda olunca: haksız da alınmış olsa, alınanın geri verilmesi elbette kolay olmayacaktır. Fazla ve yersiz tahsilata faiz ödenmesi sürecinde bugüne kadar yaşanmışlar bu tarihsel gerçeği bir kez daha doğrulamıştır.

2. Devlet hazinesine yük getirdiği gerekçesiyle kamu tarafı, fazla ve yersiz tahsilata faiz ödenmesine hep soğuk bakmıştır. Mağdurları ise konuyu yargıya taşımışlardır. Bu alandaki ilk düzenleme olan VUK'un 112/4 üncü fıkrasının, böyle bir sarmal sırasında, yargı kararlarının idare aleyhine çıkacağı endişesiyle yasalaştırıldığı anlaşılmaktadır. Bunun mükellefin uğradığı kaybı telafi etmekten uzak sınırlı bir düzenleme olduğunu kaydedelim.

3. Muhatabına uğradığı zararın çok altında bazen ise hiç faiz ödenmemesi sonucunu doğuran hükümler içeren 4369 sayılı Kanunla yapılan bu düzenlemeler daha yürürlükte iken Danıştay'ın bazı dava daireleri kararlarında açıkça bu hükümleri dikkate almayacaklarını vurgulayarak, faiz taleplerini idarenin genel sorumluluğu kapsamında karara bağlamışlardır.

Yargı kararları incelendiğinden özellikle Danıştay Yedinci Dairesi, önüne gelen uyuşmazlıkları istikrarlı bir şekilde yürürlükteki özel düzenleme olan VUK'nun 112 maddesinin 4 üncü bendine göre değil, hukuka aykırı ödenen verginin hazineye girişinden iadesine kadar geçen zaman aralığını karşılayacak kadar bir faizle mükellefe ödenmesi yönünde sonuçlandırmıştır. Bu kararların bize göre en önemli tarafı mükellefe ödenecek faiz tutarının, devlete ödenecek gecikme faizini belirleyen VUK'un 112'inci maddenin 3'üncü fıkrasına göre belirlenmesidir. Özel düzenleme Hazine yararına olduğu halde, bu değil de; bireysel çıkarla, kamu yararını eş tutan kararlar verilmiştir.

4. İncelememize konu olan VUK'un 112/4 fıkrasını Aydın Bölge İdare Mahkemesi itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine götürmüştür. Anayasa Mahkemesi hükmü iptal ederken Anayasanın 2'inci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı görmüş, ayrıca Anayasa'nın 35'inci maddesindeki mülkiyet hakkını ihlal eden özellikler taşıdığına karar vermiştir. İtiraz talebinde dillendirildiği halde, Yüksek Mahkeme konunun Anayasa'nın 10. maddesinde sözü edilen "kanun önünde eşitlik" ilkesiyle ilgisini görmemiştir.

Somut hüküm üzerinde yargılamayı analiz edersek; iptal talebinde, faizin başvuru tarihinden sonraki üç ay içinde başlatılması ile gecikme faizi yerine tecil faizinin uygulanması hususları gerekçe olduğu ve bu nedenlerle hükmün iptali istendiği halde; Yüksek Mahkeme bunlardan, faizin, tahsilatın yapıldığı tarih yerine başvuru tarihinden sonraki üç ay sonra başlatılması yönündeki talebi iptal gerekçesi yapmıştır. Şu halde mükellefe ödenecek faizin devlete ödenecek faize eş olması yönündeki yargı kararlarındaki görüşün Yüksek Mahkeme tarafından benimsenmediğini söyleyebiliriz.

5. Yeni düzenlemede de fazla ve yersiz tahsilata ödenecek faiz, devlete ödenecek faize eşit gelecek şekilde değil, daha düşük olan tecil faizine bağlanmıştır. Düzenlemede, fazla tahsil edilen bir verginin mükellefe iadesinde, faizlendirme; mükelleften, vergi idaresinden ve vergi kanunlarından kaynaklanan nedenler olarak üç guruba ayrılmış ve her bir gurup için ayrı kriterler konmuştur. Buna göre hata, mükelleften kaynaklanmışsa, talep tarihinden; vergi idaresinden kaynaklanmışsa,

tahsilat tarihi itibarıyla faiz işlemeye başlayacaktır. Böyle bir ayırımın haklı bir mantığı olmakla birlikte, işin içinde faiz olunca, vergi idaresinin kendisinden kaynaklanan hataları kabulleneneğini söylemek zordur. Yasa koyucunun bu hususta net ve açık tarif ve tespitler yapmaması, mükellefle idare arasında yeni bir uyumsuzluk alanı yaratacaktır.

6. Yeni düzenlemeye göre, fazla ve yersiz tahsilat vergi kanunlarından kaynaklanmışsa, mevzuat gereği tamamlanması gereken beyannamelerin vergi dairesine verilmesinden sonra üç içinde iade yapılmamış ise, faiz bu tarihten sonra başlayacaktır. Eğer belgeler noksansız verilmiş ise faizlendirme için üç ay bekleminin haklı bir mantığı olamaz. Anayasa Mahkemesinin somut iptal nedenine bakılırsa, düzenlemenin bu bölümü iptal gerekçelerine aykırı olmuştur.

7. VUK'a eklenen Geçici 29'inci madde ile "Bu Kanunun 112. maddesinin (4) numaralı fıkrası ile yapılan düzenlemenin yürürlük tarihinden sonraki tahsilata uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hüküm fazla ve yersiz iadenin mükellef ve vergi dairesinden kaynaklandığına ilişkin hususları düzenlemektedir. Kanun, 15.06.2012 tarihinde yürürlüğe girdiğine göre bu tarihten önce fazla ve yersiz tahsil edilen vergilerin faizlendirmesinde söz sahibi olmayacaktır. Bu durumda 15.06.2012 tarihinde önce hukuka aykırı olarak bir tahsil edilen vergilere uygulanacak bir yasa kuralı kalmamıştır. Çünkü o tarihlerde yürürlükte olan hüküm Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir. Şu halde yaratılan hukuki boşluğun eskiden olduğu gibi yine yargı kararlarıyla doldurulacağını söyleyebiliriz.

15 ARALIK 2012 TARİHLİ MISIR ARAP CUMHURİYETİ ANAYASASI GENEL PRENSİPLERİ

*The General Principles of the Constitution (December 15, 2012)
of Arab Republic Of Egypt*

Arapça Aslından Çeviren:
Prof. Dr. Servet Armağan*

Takdim

1. Aşağıda Mısır Arap Cumhuriyeti'nin yeni Anayasasının genel prensiplerini bulacaksınız.

Mısır, Arap ve İslam Dünyası'nda her bakımdan önemli ve lider konumunda bir devlettir. Mısır iki yıldan beri "Arap Baharı" diye adlandırılan anayasal gelişmeler çerçevesinde yeni bir anayasaya sahip oldu. Anayasa için 15.12.2012 günü bir Referandum yapıldı. Referanduma Halkın % 32.9 u katıldı, katılanların ise % 63.8 i kabul oyu kullandı. Mısır Yüksek Seçim Kurulu, 25.11.2012 günü yaptığı açıklamada, Referanduma itirazların reddedildiğini ve Anayasanın kesinleştiğini ilan etti. Halen daha geniş bir anayasanın yapılması arzusu da bulunmaktadır. Bu gayeyle seçilen yasama organı ve teşkil edilen anayasa komisyonu Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinden, yeni bir anayasa çalışma faaliyeti durmuş bulunmaktadır.

2. Aşağıda Mısır Anayasası'nın genel hükümlerini, prensiplerini takdim ediyorum. Eğer vakit bulabilirsem anayasanın diğer hükümlerini de çevirip sunmayı isterim.

3. Anayasa hükümleri incelenirse, metni hazırlayanların Dünya'daki ve modern demokrasilerdeki modern gelişmelerden istifade ettikleri anlaşılır. Özellikle sosyal haklar konusunda modern demokrasilerdeki gelişimine uygun hükümler yer almaktadır. Hatta yer yer sosyalist eğilimli hükümler de göze çarpar.

Zaten Mısır eski devlet başkanlarından ve bir darbeyle iş başına gelen Cemal Abdülnasır döneminde, Sosyalizmin bir türü Mısır'a getirilerek çeşitli sektörlerde uygulanmaya konulmuştu.

4. Meslek hayatımda bir kısım Mısır hukukçularıyla tanıştım ve ortak çalışmalarımız oldu. Mısırlı meslektaşlarım iyi öğrenim görmüş hukukçulardır. Anayasa ve Medeni Hukuk sahasında Fransız hukuk kültürünün tesirinde kalmış kimselerdir. Zaten Mısır'ı modern hukuk düzeni, özellikle Danıştay'ın kuruluşu çalışması Fransız örneğini andırmaktadır.

5. Anayasanın hükümlerinin orijinal Arapça aslından çevirdiğimiz için, zannediyorum okuyucuya daha iyi bir metin sunmuş bulunuyoruz. Arap dilinin zenginliği ve bütün teknik tabirlere karşılık bulması ve Mısırlıların dil konusundaki büyük becerisi metnin dilini çok ilmi ve akıcı bir hale getirmiştir.

*Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

6. Sunduğum bu çevirinin mukayeseli Anayasa Hukuku alanında çalışma yapanlara faydalı olacağına inanıyor ve diliyorum.

METİN

1.Bab: DEVLET VE TOPLUM

1. Fasl

Siyasi Prensipler

Madde 1. Mısır Arap Cumhuriyeti tam egemenliğe sahip, bağımsız bir devlettir ve parçalanmayı kabul etmeyen bir bütündür; siyasi rejimi demokrasidir. Mısır halkı Arap ve İslam ümmetinin bir parçası olup Nil havzasına ve Afrika Kıtasına, mensubiyetinden ve Asya'ya uzanmasından şeref duyar. İnsan medeniyetine olumlu katkıda bulunur.

Madde 2. İslam devlet dinidir. Arapça devletin resmi dili ve islam şeriatının prensipleri, yasamanın ana kaynağıdır.

Madde 3. Mısır Hristiyan ve Yahudilerinin mevzuat prensipleri, onların özlük işlerini, dini hayatlarını ve ruhani reislerinin seçimini düzenleyen temel mevzuattır.

Madde 4. Ezher-i Şerif toplayıcı bağımsız bir kurumdur ve bütün işlerini yerine getirmekte doğrudan yetkilidir. İslam davasını, din ilimlerini ve Arapçayı Mısır'da ve Dünyada yayma görevi ve yetkisi vardır. Ezher-i Şerif Yüksek Âlimler Heyetinin görüşü islam dinine ait konularda alınır.

Ezher-i Şerif'in başkanı bağımsız olup görevden alınamaz. Özel bir kanun Yüksek Âlimler Heyeti üyeleri arasından başkanın seçilme usulünü düzenler.

Devlet, Ezher'in hedeflerini gerçekleştirmeye yetecek her türlü mali desteği sağlar. Bütün bu konular, düzenleyici bir özel kanuna göre yerine getirilir.

Madde 5. Halk, egemenliğini kullanma ve koruma yetkisine sahiptir, milli birliği muhafaza eder ve egemenliğin kaynağı odur ve bu fonksiyonları Anayasa'da gösterildiği şekilde kullanır.

Madde 6. Siyasi düzen demokrasi ve şura esaslarına göre yürütülür. Genel haklar ve görevlerde bütün vatandaşlar arasında eşitliği sağlayan vatandaşlık esası, çok partili ve siyasi çoğulculuk esasına dayanan ve egemenliğin barışçı şekilde kullanılması, kuvvetler ayrılığı ve aralarında denge, hukuk devleti, insan haklarına ve hürriyetlerine saygı esaslarına dayanır. Bütün bunlar Anayasa'da düzenlendiği şekilde yerine getirilir.

Hiçbir siyasi parti ırk, soy ve din sebebiyle vatandaşlar arasında ayırım yapma esasına dayanamaz.

Madde 7. Milli güvenliği muhafaza, ülkeyi savunma ve koruma mukaddes bir şeref ve görevdir. Askerlik, özel kanun hükümlerine uygun olarak mecburidir.

2.Fasl

Sosyal ve Ahlaki Prensipler

Madde 8. Devlet adalet, eşitlik ve hürriyeti gerçekleştirecek yolları ve vesileleri sağlar ve sosyal dayanışma ve karşılıklı hürmet yollarını kolaylaştırmayı ve toplum bireyleri arasında dayanışmayı gerçekleştirir. Kişilerin haysiyet ve mallarının ko-

runmasını sağlar ve vatandaşların tümüne asgari yaşama şartlarının gerçekleştirilmesine gayret eder. Bütün bunlar özel kanunun çerçevesinde yapılır.

Madde 9. Devlet, güvenliği ve esenliği sağlar ve ayırım yapmaksızın bütün vatandaşlara eşit fırsatlar sunar.

Madde 10. Aile toplumun temelidir, temelleri din, ahlak ve milliyetçiliktir.

Devlet Mısır ailesinin asil bünyesini esas alarak gelişmesini ve istikrarını korumaya gayret sarf eder ve ahlaki temellerini kuvvetleştirme ve korumaya çalışır. Bütün bunlar özel bir kanunun hükümleri çerçevesinde yerine getirilir.

Devlet okuma yazma bilmemeyi giderme ve çocuk hizmetlerini meccani olarak yerine getirir ve kadının ailesi içindeki görevleri ve genel hayatı çerçevesine uygun olarak düzenler.

Devlet yardıma muhtaç, boşanmış ve dul kadınlara gözetim hizmetleri sunar.

Madde 11. Devlet ahlak, edep ve kamu düzenini korur ve dini terbiyenin ve milli duyguların, ilmi gerçeklerin ve arap kültürünün yüceltilmesi, halkın tarihi ve medeni mirasını yüceltmek için gayret gösterir, bütün bunlar özel bir kanuna uygun olarak yerine getirilir.

Madde 12. Devlet toplumun kültür, medeniyet ve dil temellerini korur ve öğrenimin, ilmin ve terbiyenin arapçalaştırılmasına çalışır.

Madde 13. Özel unvanlar yasaklanmıştır.

3.Fasıl

İktisadi Prensipler

Madde 14. Milli ekonomi, kapsamlı ve kesintisiz kalkınmayı, halkın geçim standardını yüceltmeyi, refahı gerçekleştirmeyi, fakirliği ve işsizliği gidermeyi, daha çok iş sahası sağlamayı, daha çok üretimin gerçekleşmesi ve milli gelirin çoğalmasını hedefler.

Kalkınma planı, sosyal adaleti ve dayanışmayı sağlama ve dağıtıcı adaletin gerçekleşmesi, tüketicinin haklarını koruma ve çalışanların haklarını muhafaza ve sermaye ile emek arasında külfetlerin yüklenilmesinde ve vergi adaletini paylaştırılma da katılım esasına göre yapılır.

Ücret, üretimle bağlantılı olmalı ve kişisel gelirler arasındaki farkı giderici ve ücretlerin asgari ücretin en aşağı hududun garanti etme ve maaşların her vatandaşın onuruna yakışır seviyede korunmalıdır; kamu sektöründe ise, kanun hükümleri dışında, hiçbir asgari ücret çizgisi istisnası yapılamaz

Madde 15. Tarım milli ekonominin temelidir. Devlet her tarım parçasının korunması ve artırılması ile görevli olup, tarım gelirlerinin artması, bitkisel sınıfların, hayvan soylarının ve balık zenginliğinin kalkınmasına çalışır ve beslenme güvenliğinin gerçekleşmesine ve tarımsal üretimin taleplerine uygun çoğaltılmasına, idaresine ve pazarlamasına ve tarımsal sanayinin desteklenmesine çalışır. Özel bir kanun devlet, arazisinin sosyal adalet esasına göre kullanılmasını düzenler, köylüyü ve tarım işçisini sömürüden kurtarmaya çalışır.

Madde 16. Devlet kırsal bölgelerin ve taşranın kalkınmasını sağlar ve köylülerin ve kırsal sakinlerinin hayatını yüceltmeye çalışır.

Madde 17. Sanayi milli ekonominin temeldir. Devlet stratejik sanayi dallarını korur ve sanayinin gelişmesine destek verir, modern teknolojinin yerleşmesi ve tat-

bikâtını sağlar.

Devlet büyük ve küçük ölçekli sanayiye gözetir.

Madde 18. Devletin tabii serveti halkın malıdır, gelirler halkındır. Devlet bu serveti korur ve en iyi şekilde gelir elde edilmesine ve nesillerin haklarına dikkat edilmesine gayret sarf eder.

Devlet arazilerinde tasarruf ve işletilme imtiyazının verilmesi ya da kamuya açık yerlerin birine işletme izni verilmesi ancak özel bir kanuna göre yapılır.

Sahibi olmayan her mal devletin mülküdür.

Madde 19. Nil nehri ve sularının geliri milli bir servettir. Devlet bu serveti koruma ve geliştirmeye ve ona gelecek düşmanca davranışları gidermeye mecburdur. Özel bir kanun bu servetten istifade yollarını düzenler.

Madde 20. Devlet, sahillerini, denizlerini, su yollarını ve göllerini korur ve zenginliğini muhafaza eder ve tabii tahrip edicilerden korur ve ona gelecek her türlü zararları giderir.

Madde 21. Devlet meşru mülkiyetin bütün kamusal ve özel çeşitlerini ve vakıfları korur ve himaye eder. Bütün bunlar özel bir kanuna uygun olarak yapılır.

Madde 22. Kamu malları ve korunması devletin ve toplumun üzerine milli bir görevdir.

Madde 23. Devlet kooperatifçiliğin bütün çeşitlerini korur ve destekler ve bağımsızlığını sağlar.

Madde 24. Özel mülkiyet korunmuştur ve hiçbir sapma ve ihtikâra yol açmaksızın milli iktisat ve toplumsal dayanışmaya hizmet eder. Miras hakkı, milli ekonomide garanti edilmiş bir haktır ve özel kanunda gösterilme ve yargı kararı dışında, ona ayrı bir mükellefiyet yüklenemez ve toplum yararı olma ve adil bedeli peşin ödenme dışında, kamulaştırılmaz.

Bütün bunlar özel kanuna uygun olarak yapılır.

Madde 25. Devlet hayır vakıfları düzenini canlandırır ve teşvik eder.

Vakıflar kanunu, vakıf düzenini gösterir, kurulmasını ve mallarının idare edilmesini ve geliştirilmesini ve müstefitlere gelirlerinin dağıtılmasını, vakfın şartlarına uygun olarak düzenler.

Madde 26. Sosyal adalet, genel mali mükellefiyetler ve diğer edimlerin ve vergi düzeninin temelidir. Genel vergilerin değiştirilmesi ve kaldırılması ancak bir kanunla mümkündür ve kanunda gösterilen haller dışında kimseye vergi alma yetkisi verilemez. Kimseye bunun dışında vergi, harç gibi diğer mali mükellefiyetler, kanun sınırları dışında, konulamaz.

Madde 27. Çalışanlar, projelerin idaresi ve gelirlerinde hisse sahibidirler, ayrıca üretimin artırılmasında ve görevlerin yerine getirilmesinde, kanuna uygun olarak üretim birliklerinin planlanmasının uygulanmasında söz sahibidirler.

Çalışanlar (işçiler), kamu sektörü birimlerinin idare meclislerindeki seçilmiş üyelerin sayısının yüzde ellisi kadar temsil edilir. Özel bir kanuna göre küçük ölçekli tarım işçilerinin ve zanaat erbabının idare meclislerindeki üyelikleri, kooperatifler, tarımsal ve sanayi birimlerinde yüzde seksenden az olamaz.

Madde 28. Devlet tasarrufu teşvik ve tasarruf sahiplerini, sigorta ve geçime hizmet eden malların himayesini sağlar.

Özel bir kanun bu durumu düzenler.

Madde 29. Millileştirme ancak genel kamu yararı ölçülerine göre ve bir kanunla, adil bedeli peşin olarak verilmek suretiyle yapılabilir.

Madde 30. Genel müsadere yasaklanmıştır.

Özel müsadere ancak yargı kararıyla mümkündür.

DÜNYADA VE TÜRKİYE'DE CEZA HUKUKU REFORMLARI: İSVİÇRE'DE CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN ŞARTLARI

*Criminal Justice Reforms in Turkey and in the World: Conditions
of Punishability in Switzerland*

Prof. Dr. Günter HEINE

Çeviren: **Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah BOZBAYINDIR**

I

Geçtiğimiz asrın doksanlı yıllarının başında suç politikası zaviyesinden bakıldığında İsviçre, o güne kadarki ceza hukuku binasının temellerinin bir kısmının mevcut yeni suç politikası ihtiyaçlarını taşıyamadığı büyük bir şantiyeyi andırıyordu. Bu durum, evvela kökenleri Carl Stooss tarafından 1893/94 yıllarında⁴⁵³ kaleme alınan ön tasarılar kadar dayandırabilecek olan Ceza Kanunu'nun temel kaidelerinin, hiçbir zaman esaslı bir değişikliğe uğramamış olmasından kaynaklanıyordu. Cezalandırılabilirliğin koşullarının tespitinde kendisine başvuru sistem ve metodolojinin hâlâ tamamen 19. Asırdaki ceza hukuku öğretisini yansıtırıyor olması ve gerek öğretinin gerekse de uygulamanın kendilerini çoktan günün gereklerine uydurmuş olması karşısında ceza hukukunun genel hükümlerinde bir ıslahatın yapılması elzem hâle gelmişti. Müteakip sayfalar, bilhassa ceza kanuna göre cezalandırılabilirliğin şartları ile alakalıdır. Bu nedenle, ceza kanunu hükümlerinde bir diğer esaslı reforma uğramış olan hukuki neticeler mevzuuna yalnızca kısmen değinilecektir. Bu husustaki ana konu başlıkları kısa süreli şartsız hürriyeti bağlayıcı cezaların geri plana itilmesi,⁴⁵⁴ güvenliği temin etmeye yönelik tedbirlerin genişletilmesi, bilhassa süresiz muhafaza altına alma ve II.2.âda daha yakından ele alınacak olan sonradan muhafaza altına alma kararıdır.

İsviçre Ceza Kanunu, özel hükümlerde de bu sıralar günceldir ve bunun nedeni de federal devlet tarafından kontrol edilen kendi kendini düzenleme modeli sebebiyle kısmen ihraç maddesi hâline dönüşen kara paranın aklanması suçları, bir bütün olarak malvarlığına karşı ve evrakta sahtekârlık suçları reformunun yanı sıra terörizmin finansmanı suçu (Ceza Kanunu m. 260^{quinquies}) örneğinde olduğu gibi uluslararası mükellefiyetlerin gereğinin yerine getirilmesi için yapılan düzenlemelerdir. Buna ilâveten, yeni bir Genç Ceza Kanunu yürürlüğe girmiş ve 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren de 26 farklı kanton ceza muhakemesi kanunu, yeni İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu marifetiyle yürürlükten kalkacaktır.

II

Cezalandırılabilirliğin şartları hususunda İsviçre kanun koyucusunun genel

*Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

⁴⁵³ Daha fazla bilgi için bkz. *Stratenwerth, Mélanges-Gauthier, ZStrR 114 (1996), 4 vd.*

⁴⁵⁴ Mamafih bu husustaki reformun reforme edilmesi söz konusudur. Bu husustaki uluslararası temayüle ve eskiden beri cari olan itirazlara karşın kanun koyucu, uygulamandan gelen ısrarlı tenkitler neticesinde kısa süreli şartsız hürriyeti bağlayıcı cezayı yeniden uygulamaya sokulmasına karar vermiştir. (Krşl. 30 Haziran 2010 tarihli Ceza Kanunu'nun Değiştirilmesi ile ilgili Açıklayıcı Rapor).

itibarıyla ilgili düzenlemelerinin, mukayeseli hukuktaki tesiriyle birlikte müşterek Almanca konuşan hukuk ailesi ile karakterize edilen ceza hukukunun güncel gelişimine büyük ölçüde uyduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, bu düzenlemeler kısmen İsviçre’ye mahsus hususiyetleri aksettirmekte ve belli noktalarda ceza hukuku korumasında İsviçre lider rolünü üstlenmeye gayret etmektedir.

1. Suçun Unsurlarının Üç Aşamalı Yapısı ve Müstakil Hukuki Müesseseler

Temelleri *Hans Schultz* tarafından 1985 yılında bir ön Tasarıyla⁴⁵⁵ atılan ve 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Kanunu Genel Hükümler Reformu’yla İsviçre, kendisini **suçun unsurlarının üç aşamalı yapısına** uyumlu hâle getirmiştir. Cürümler, üç yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlardır. Cünha ise üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezasını gerektiren suçlardır (m. 10). Yeni düzenlemenin sonucu olarak bazı suçların sınıflandırılmasında değişiklikler ortaya çıkmıştır: Örneğin, güvenliğe karşı suçlar sahasında (örneğin kamu güvenliğinin ateşli silahlarla tehlikeye sokulması, m. 260^{quater}) veya malvarlığı ceza hukukunda (örneğin, çek ve kredi kartının kötüye kullanılması [m. 148]) olduğu gibi belli suçlar cürüm hâline getirilmiştir. Yine birtakım suçlar da alenen suç işlemeye ve şiddet eylemlerinde bulunmaya tahrik (m. 259) veya mahkumların serbest bırakılması (m. 310) suçlarında olduğu gibi cünha seviyesine indirilmiştir.

Kanundan bağımsız olarak gelişmiş hâkim doktrine kısmen uygun olarak, bundan böyle kanunen kastın niteliğinin açıklığa kavuşturulduğu söylenebilir. Buna göre **kast** subjektif haksızlık unsuru olarak anlaşılmakta (Ceza Kanunu m. 12 f. 2) ve **haksızlık bilinci**, kusur (Ceza Kanunu m. 21) kapsamında ele alınmaktadır. Hukuka uygunluk sebebi olan ve mazeret sebebi olan zorunluluk hâlinin yanısıra meşru savunmada, hukuka uygunluk sebebi olan meşru savunma ve mazeret sebebi olan meşru savunma (yani meşru savunmada sınırın aşılması, m. 16) olarak ayrılmıştır. Bundan başka, **taksirli suçun** Kanundaki tanımından ve yerinden yola çıkılarak taksirle işlenen haksızlığın, her zaman şahsileştirilmiş bir mükellefiyete aykırılık rabitasını icap ettirdiği neticesine varılmaktadır.⁴⁵⁶ Bu, hukuk düzeninin her vatandaştan yüksek düzeyde dikkat ve özen talep ettiği anlamına gelmektedir. Yetenek, eğitim ve tecrübelerine binaen kişisel olarak daha büyük bir dikkatle eylemde bulunabilecek olanlardan, daha büyük dikkatle eylemde bulunmaları beklenmektedir.

Vurgulanması gereken bir husus da **meşru savunmada**, Almanyada olduğu gibi cesur bir savunma hakkı tanımak yerine, yalnızca koşullara göre münasip bir savunmanın hukuka uygun olacağının düzenlenmiş olmasıdır. Bu tarz bir düzenleme ile hukuk düzeninin korunması ilkesi önemli ölçüde sınırlandırıldığı gibi, bu düzenleme münsaip bir savunmanın her zaman ölçülülük ilkesinin kısıtlaması altında olduğu anlamına gelmektedir.⁴⁵⁷

Zorunluluk hâlinde, örneğin halk sağlığı gibi umuma ait hukuki değerlerin ve bu nedenle de uyuşturucu madde ticaretindeki menfaatin, m. 17’nin lafzına binaen zorunluluk hâlinin kapsamında olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁵⁸ Buna

⁴⁵⁵ *Hans Schultz*, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils usw., Bern 1987, ilk olarak 1985 senesinde Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmıştır.

⁴⁵⁶ *Stratenwerth*, Strafrecht AT I, 3. Aufl. 2005, § 16 N 12 ilave kaynaklar ihtiva etmektedir.

⁴⁵⁷ Krşl. *Stratenwerth*, Strafrecht AT I, § 10 N 73 vd.

⁴⁵⁸ *Seelmann*, Basler Kommentar Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, Art 17 N 3 ek kaynaklar ihtiva etmektedir.

karşılık İsviçre’de, umuma ait hukuki değerler konusunda kanuni bir düzenlemeye gidilmemiş, bu hususta *kanun üstü* hukuka uygunluk sebepleri alanına müracaat edilmektedir, ki bu kapsamda *haklı menfaatlerin korunması* da yer almaktadır.⁴⁵⁹ Mamafih, bu silsile aceleci bir şekilde devletin zorunluluk hâli müessesesine başvurulmasına mâni olmaktadır. Yakın zamanlarda, Almanya’da bunun aksine teza-hürler görülmüştür.⁴⁶⁰

Bir diğer yenilik de **mazeret sebebi olan zorunluluk hâlinde** (m. 18), daha önceki tehlikenin ortaya çıkmasında failin kusuru bulunmaması gerektiği koşullundan, bundan böyle sarfınazar edilmiş olmasıdır. Bu kısıtlama, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hâli bakımından gerekçelendirilmemiş ve mazeret sebebi olan zorunluluk hâli için ise oldukça katı düzenlenmişti. Aksi takdirde, kendisi tarafından düşüncesizce provoke edilen fevri karakterdeki bir kişinin hayati tehlike arzeden saldırısından korunmak için olayla ilgisi olmayan yayaların arkasına geçerek korunmaya çalışan ve bu nedenle bunların hayatını tehlikeye atan kimsenin bir sınırlama olmaksızın cezai sorumluluğuna gidilmesi gerekirdi.⁴⁶¹ Bununla birlikte, yeni Kanun’a göre de tehlikeye katlanma mükellefiyeti söz konusu olabilir. Bilhassa bu, failin tehlikeye mükellefiyete aykırı olarak yol açtığı ve yalnızca tehlikeyi değil, aynı zamanda zorunluluk hâlini de öngörebileceği vâkıalar için geçerlidir.⁴⁶²

M. 18 **mazeret sebebi olarak üçüncü kişi lehine kurtarma yardımı**nı da kapsamaktadır. Mamafih bu mazeret sebebi olan üçüncü kişi lehine kurtarma yardımı, failin tehdit altındaki hukuki değerle münasebeti bakımından açık bir normatif filtre ihtiva etmediği için sorunludur (bu durum komşu memleketlere nazaran farklılık arz etmektedir). Böylece, bu husustaki salahiyet, meclisten yargıya nakledilmektedir. Yargı, beklenebilirliğin hangi şartları altında faile ceza verilmeyeceğine karar verebilir. Bu noktada ortaya çıkan soru, yardımda bulunan kişi ile hukuki değerlerini kurtarmak istediği kimse arasında yakın bir münasebetin (kanun dışı olarak) gerekli kılınıp kılınamayacağıdır. Bu literatürde kabul görmüştür.⁴⁶³ Ancak doğrusu bunu İsviçre bakımından reddetmek olacaktır. Meclis, kararını bu hususta yakın bir münasebet talep etmemekten yana vermiştir. Bunun nedeni de muhtemelen, İsviçre toplumunda gelişmiş olan veya gelişmiş olduğu varsayılan dayanışma yükümlülüklerine, başka yerlere nazaran daha geniş bir hukuki alan sağlanmak istenmiş olmasıdır.⁴⁶⁴

İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme (Ceza Kanunu m. 23 f. 2-4) müessesesi de kanunen düzenlenmiştir. Bu hususta evvela, gönüllü vazgeçme

⁴⁵⁹ Krşl. BGE 94 IV 70, *Stratenwerth*, *Strafrecht AT I*, § 10 N 58.

⁴⁶⁰ Örneğin, kamu vergi açığını kapatmak için suç işlenmek suretiyle elde edilmiş banka verilerinin satın alınması bağlamında bkz. *Ambos*, *Datev-Magazin* 2/2010, 43 f. S. karşı görüş *Heine*, *FS-Roland v. Büren*, 2009, 922, 929.

⁴⁶¹ *Stratenwerth*, *Strafrecht AT I* § 11 N 73, *Seelmann*, *BSK*, Art. 17 N 6.

⁴⁶² *Heine*, *recht* 2008, 259.

⁴⁶³ *Frischknecht*, *recht* 2008, 190 vd.

⁴⁶⁴ *Heine*, *recht* 2008, 260. Elbette, zorunluluk hâlinde yardımda bulunan kişinin, tıpkı kendisi tehlike altında bulunan kişininkine denk, etkili bir çatışma baskısı altında olması gerekir. Bu çatışma baskısının varlığı daha ziyade, yardımda bulunan kişiye, yardımda bulunulan kimselerin yakınlık derecesi arttığı hallerde kabul edilmelidir (*Stratenwerth/Wohlers*, *StGB Handkommentar* 2. Aufl. 2009, Art. 18 N 4; ve *Trechsel/Jean-Richard*, *StGB Praxiskommentar*, 2008, Art. 18 N 5). Fakat, mevcut sosyal dayanışma yükümlülüklerinin varlığı ilgili vakada söz konusu ise yardımda bulunulabilecek kimseler yakın münasebet içinde olanlarla sınırlı olmayacaktır.

imtiyazının daha eski Ceza Kanunu’nun (1942) yürürlüğe girmesiyle birlikte, sadece ihtiyari bir ceza affı veyahut cezada indirimde gidilmesini öngörmüş olduğu kaydedilmelidir. İsviçre’nin, örneğin Almanya’da olduğu gibi tam ve eksik teşebbüs ayırımı konusundaki yönü tam ceza muafiyeti veya ceza indirimi arasında belirlenen geniş bir çaplı bir tartışmadan⁴⁶⁵ büyük ölçüde kurtulmuş olması bu esnek çözümle irtibatlandırılabilir. Hâl böyleyken, İsviçre’deki yeni düzenleme kendisine rehber olarak Alman Ceza Kanunu § 24 f. 2’yi almıştır. Lâkin bu hukuk mukayesesı yapılırken, Alman öğretisindeki hâkim görüşe göre tam da hususta “kesinlikle hatırı sayılır bir başarı sağlayamamış” bir madde olduğu hususu nazarı itibara alınmamıştır.⁴⁶⁶ Daha açık bir ifade ile bu düzenleme, gönüllü vazgeçmeyi isteyen suç ortağına birtakım ilâve kuşku uyandırıcı yükler getirmektedir. Zira yeni düzenlemeye göre eskisinden farklı olarak artık suç ortağının, suç fiiline olan katkısını geri alması yeterli olmayacaktır. Bilakis gönüllü vazgeçmeyi isteyen suç ortağı kanunen, suçun tamamlanmasının önlenmesinde katkıda bulunmakla veya herhalde bunun önlenmesi için gayret sarfetmekle mükellef kılınmıştır.⁴⁶⁷ Böylece Almanya’dan, öğretinin de kâfi surette mâlumu olan sistematik belirsizlikler ithal edilmiştir.

Bir başka yenilik de uzun zamandır eksik olan **temsil ilişkilerinde cezalandırılabilirlik** (m. 29) konusunda genel bir düzenlemenin yapılmış olmasıdır. Bu madde hükmüne göre, bir tüzel kişinin mükellefiyete aykırı fiillerinin, onu temsil eden gerçek kişilere isnat edilmesi mümkün olmaktadır. Bu mesele şimdiye kadar yargı tarafından yalnızca hukuki metotların tatbiki suretiyle ele alınıyordu.⁴⁶⁸ Zira bu neviden bir düzenleme esas olarak yalnızca malvarlığı ceza hukuku için mevcuttu.

Elbette, hangi sahaların *kanunen düzenlenmediği* hususu da önem arz etmektedir. Bu kapsamda, **faillik** müessesesi yer almaktadır ve bu tercih, Uzmanlar Komitesi Tasarısı’yla tamamen uyumludur. Bu tercihe, bir hukuk mukayesesine dayanılmak suretiyle şöyle pragmatik bir gerekçe arzedilerek: Bu hususta yapılacak bir kanuni düzenleme “ya eksik ya da çok karmaşık olacaktır” denmiştir.⁴⁶⁹ Bu nedenle böyle bir düzenleme yapmak yerine bu meseleye mahsus hususi şartların geliştirilmesi vecibesi, yargı ve öğretiye bırakılmıştır. Yargı ve öğreti ise müşterek faillik ve dolaylı faillik müesseselerini uzun zaman önce kabul etmiştir. Fiil üzerinde hâkimiyet nazariyesinin değişik biçimlerinin de gözle görülür derecede tesirleri söz konusudur. Tabii ki birçok münferit mesele hakkında tereddütler mevzuu bahistir. Federal Mahkeme bu tereddütlerin giderilmesi için belli noktalarda sözcülük vazifesini üstlenmiş ve her seferinde önemli gelişmelere imza atmıştır. Örneğin, Rolling-Stones-Vakası’nda (BGE 113 IV 458) taksirli müşterek faillik üzerinde Mahkeme’nin yaptığı tartışma, Almanya’yı da önemli ölçüde etkilemiştir.⁴⁷⁰ Ayrıca, von Roll- Kararı’nda Mahkeme ilk kez örgüt üzerinde hâkimiyet hukuki müessesesine ticari işletmelerle ilgili olarak başvurmuştur.⁴⁷¹ Nihayet Antilop Eti-Kararı da (BGE 119 IV 289) tarafsız hareketlerle yardımda bulunma hususunda ilkeler ihtiva etmektedir.

⁴⁶⁵ Bkz. Eser, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 24 N 12 vd.

⁴⁶⁶ Bkz. Eser, in Schönke/Schröder, § 24 N 74.

⁴⁶⁷ Bkz. Heine, FS-Eser, 2005, 504 bu sahifede ek kaynaklar da zikredilmiştir.

⁴⁶⁸ Bu hususta bkz. Stratenwerth, Strafrecht AT I, § 13 N 145 f vd.

⁴⁶⁹ Botschaft Bundesrat, BBl. 1999 I 2012.

⁴⁷⁰ Bkz. Heine, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, N 115 vor § 25.

⁴⁷¹ Bkz. Heine, ZStrR 119 (2001), 32 und in Schönke/Schröder, § 25 N 25a-c.

2. Kanunilik İlkesi

Yeni Ceza Kanunu genel hükümleri, hukuk devleti bakımından eski çözüme nazaran daha iyi temellere oturtulmuştur. Örneğin bu, Ceza Kanunu m. 19 f. 4 hükmünde kasdi olanın yanısıra taksirli **sebebinde serbest hareketi** de, yani kusur ehliyetine kaçınılabılır bir hareketle zarar vermesi ve bunun yanında bu hâldeyken işlenen fiili öngörebilmesi hâlini, kapsamaktadır. Bu nedenle İsviçre’de hukuk devleti bakımından, örneğin vaziyetin hiç de tatmin edici olmadığı Almanya’ya nazaran hukuk devleti bakımından daha ikna edici bir çözüm söz konusudur.⁴⁷²

a. Kanunların Geçmişe Yürütülmesi Yasağı, ne bis in idem ve Güvenlik Tedbirleri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (“AİHS”) onaylanmasından önce Federal Mahkeme, kanunların geriye yürütülmesi yasağının güvenliği sağlama amaçlı ve eğitici tedbirlere genişletilmemesi görüşündeydi (BGE 97 I 919 E. 1a und b). Artık Yüksek Mahkeme, kanunsuz ceza olmaz ilkesini açıkça bütün güvenlik tedbirlerini kapsayacak şekilde tarif eden yeni Ceza Kanunu m. 1’i ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (“AİHM”) büyük bir ihtimalle muhafaza altına almayı ceza olarak tasnif edecek olmasını göz önünde bulundurmak suretiyle bir U-dönüşü gerçekleştirmiştir (2007): **Kanunların geçmişe yürütülmesi yasağı**, “bir suç nedeniyle karar verilebilecek olan ve suçun işlenmesinden öngörülemeyecek olan ceza niteliğindeki **devlet tarafından tatbik edilen zorlayıcı tedbirlere** uygulanacaktır” (BGE 134 IV 129, E. 3.3.3). Bu karar birçok sebepten özel bir ilgiyi hak etmektedir: İlk olarak, İsviçre Yüksek Mahkemesi her daim kendisi için önemli bir referans noktası olan Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu husustaki görüşünden bilinçli olarak ayrılmıştır. Alman Mahkemesi, kanunların geçmişe yürütülmesi yasağının iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine ve özellikle güvenlik nedeniyle muhafaza altına almaya uygulanamayacağı görüşünü savunarak Anayasa m. 103 II’nin etkisini sadece cezalarla sınırlamıştı (2004).⁴⁷³ İkinci olarak, Federal Mahkeme AİHS’i (m. 7 I) doğru yorumlamıştır. Zira AİHM 17.12.2009⁴⁷⁴ tarihli sansasyonel kararında Alman Anayasa Mahkemesi’nin hakkında karar verdiği bu vakada AİHS 5 ve 7. (kanunsuz suç olmaz) maddelerinin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, güvenlik nedeniyle muhafaza altına almanın pratikteki biçimini de göz önünde bulundurmak suretiyle bu güvenlik tedbirinin ceza olarak kabul edilmesi gerekir ve bu nedenle kanunların geçmişe yürütülmesi yasağı kapsamındadır, demiştir.⁴⁷⁵

Bu, yeni kanun yürürlüğe girmezden evvel (1 Ocak 2007) suç işleyen faile yeni kanunun uygulanabilmesinin, prensip olarak yalnızca bu kanunun daha katı düzenlemeler getirmemesi hâlinde mümkün olacağı anlamına gelmektedir.⁴⁷⁶

Muhafaza altına alma kararının sonradan verilmesi (Ceza Kanunu 65 II) konusunda *ne bis in idem* ve kanunların geçmişe yürütülmesi yasağı bakımından bazı

⁴⁷² Bkz. Heine, FS-Eser, 503.

⁴⁷³ VerfGE 109, 133, mukayese ediniz ayrıca BVerfGE 109, 190, Fischer, StGB 57. Aufl. 2010, § 66b N 6 vd.; eleştiri için bkz.. Kinzig, NJW 2003, 911 ff. Karara konu olan vaka, ilgiliye güvenlik nedeniyle muhafaza altına almanın ilk defa uygulanmasında geçerli olan 10 senelik azami sürenin geriye yürür şekilde kaldırılmasıyla ilgiliydi.

⁴⁷⁴ M Almanya’ya karşı, 19359/04.

⁴⁷⁵ Daha fazla malumat için bkz. Kinzig, NSTz 2010, 233.

⁴⁷⁶ BGE 134 IV 129, krşl. Heine, recht 2008, 252.

özel sorunlar söz konusudur.⁴⁷⁷ Herşeyden evvel, Ceza Kanunu Genel Hükümler Reformu’nda yapılan “sonradan iyileştirmeler” kapsamında getirilen Kanun’un son hükümler kısmının 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendi hükmüne göre suç fiilini bu değişiklikler yürürlüğe girmeden evvel işleyen failer bakımından da sonradan muhafaza altına alma kararı verilebilmesi imkânı getirildiğinden, bu durum bu güvenlik tedbirinin tatbik edileceği bu durumdaki kimseler bakımından AİHS 7 f. 1 hükmünün ihlâli anlamına gelecektir. Zira, önceki Kanun’a göre (Eski Ceza Kanunu m. 42, 43 Ziff. 1 f. 2) bu güvenlik tedbiri, bu durumdaki bir failin suçu işlediği veya hüküm giydiği sırada düzenlenmiş değildi.⁴⁷⁸

Kanun koyucu, diğer hâllerde hükümlünün lehine uygulanacak olan yargılanmanın yenilenmesini, aynı şartların varlığı hâlinde failin aleyhine uygulanmasını da yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda öngörmüştür (bkz. m. 410 f. 1 b. a). Bu tarzda geleneksel bir muhakeme ilkesinin altüst edilmesi neticesinde, karar verildiği sırada mevcut olan ancak mahkemeye sunulmamış olabilecek delil ve olgular belirleyici olacaktır. Bu müessesenin bu şekilde düzenlenmesi özel olarak AİHS m. 5 f.1⁴⁷⁹ ile ilgili bir sorun teşkil etmemesine karşın AİHS 7 numaralı protokolün m. 4 f. 1 ile tam bir uyumsuzluk içindedir. *Ne bis in idem* kuralı bu düzenlemeyle ihlâl edilmiştir; çünkü ilk karar sırasında gerekçelendirilmeyen teşhislerin, ilk defa hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı sırasında ortaya çıkması nedeniyle hâlihazırda hakkında hüküm verilmiş bir fiile uygulanan yaptırımın ağırlaştırılması söz konusudur.⁴⁸⁰ Muhafaza altına alma kararının sonradan verilmesinin yalnızca mahkumiyet kararı verildikten sonra ortaya çıkan olgulara dayanılarak karar verilmesini öngören Almanya ile mukayese dikkate şayandır (Alman Ceza Kanunu § 66b). Almanya’da, savcılık itirazı söz konusu olmadığı sürece önceki kararların düzeltilmesine izin verilmemektedir.⁴⁸¹ Bu, Almanya’yı *ne bis in idem* kuralını ihlâl etmekten korumakta, buna karşın güvenlik amacıyla muhafaza altına alma kararının sonradan verilmesinde AİHS 5 I hükmüne göre müdahale yetkisi mevcut değildir.⁴⁸²

Her iki ülke de bu meseleyi temelden tekrar ele almalı ve güvenlik nedeniyle muhafaza altına almayla ilgili sistemlerin tamamını reforma tâbi tutmalıdır. Bu nevi bir reform kapsamında özellikle muhafaza altında tutulan kimselerin barınma şartlarının iyileştirilmesi, terapi imkânlarının genişletilmesi, fakat aynı zamanda gerekli hâllerde salıvermeden sonra sürekli gözetim altında bulundurmaya ihtiva etmelidir.⁴⁸³

⁴⁷⁷ Bu hususta, bu güvenlik tedbirinin yeni kanun yürürlüğe girmeden evvel “bir suç işlemiş veya hüküm giymiş” faillere de uygulanıp uygulanmayacağı sorusuyla karşılaştırınız. Ceza kanunun son hükümler kısmının 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendi.

⁴⁷⁸ Bkz. *Stratenwerth/Wohlers*, StGB Handkommentar, Schlussbestimmungen StGB Ziff. 2 N 2, *Trechsel/Pauen Borer*, StGB Praxiskommentar, 2008, Art. 65 N 8, *Kunz/Stratenwerth*, Jusletter v. 13.12.2004, N 25, krşl. *Heer BSK*, Art. 65 N 32.

⁴⁷⁹ Bkz. EGMR Urteil v. 17.12.2009, 19359/04, RZ 86 vd..

⁴⁸⁰ Bkz. *Stratenwerth/Wohlers*, StGB Handkommentar, Art. 65 N 2, *Trechsel/Pauen Borer*, StGB Praxis-kommentar, Art. 65 N 5.

⁴⁸¹ BGH v. 22.2.2006, 5 StR 585/05 E. II. 2 a. cc.

⁴⁸² Daha fazla bilgi için bkz. *Kinzig*, NStZ 2010, 239 ek kaynaklarla birlikte., krsl. 11.08.2010 tarihli, “Güvenlik Amacıyla Muhafaza ve Hâl ile Gidiş Denetimi Tedbirlerinin Yeniden Düzenlenmesi İçin Bir Kanun Tartışma Tasarısı”, hrsg. v. deutschen Bundesministerium der Justiz.

⁴⁸³ Krşl. *Bartsch*, Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme 2010, 203 vd.

b. İhmâlî ve Özgü Suçlar

Genel hükümler reformunun başarılarından biri de **ihmâl** suretiyle icra konusunda açık bir kanuni hüküm getirilmiş olmasıdır (m. 11). Genellikle vatandaş, pasif kaldığı hâllerde prensip olarak sadece kriminal düşüncüler beslemesi nedeniyle cezalandırılmamaktadır. Bilakis böyle bir sorumluluk sadece onun garantör sıfatı taşıması hâlinde söz konusu olacaktır. Garantörlüğün kapsam ve muhtevası evvelden beri tartışmalıdır. Bu nedenle, kanun koyucunun bu hususta kanuni bir esas ihdas etmiş olması memnuniyet vericidir. Elbette garantörlüğün kaynakları konusunda Ceza Kanunu m. 11 açıkça, bunların Kanun'da sayılanlarla sınırlı olmadığını ifade etmektedir. Bu sebeple yalnızca garantörlüğün sebepleri değil, daha da önemlisi garantörlük mükellefiyetlerinin de sınırları hâlâ açıktır. Bunun bir sebebi de, kanun koyucunun garantörlerin özel mükellefiyetini açıkça belirtmekten imtina etmiş olmasıdır.⁴⁸⁴

Özgü suça iştirak müessesesi de yeni düzenlenmiştir (m. 26). Böylece, hukuki özel faillik niteliği hususundaki, bilhassa kamu görevlisi işlevi ve şerik bakımından ortaya çıkacak hukuki neticelere dair tartışmaya kanuni düzenlemeyle son verilmiştir. Buna göre, hem gerçek özgü suçlar hem de gerçek olmayan özgü suçlar bakımından bağlılık kuralı kabul edilmiştir; ancak şerik bakımından mecburi ceza indirimi öngörülmiştir.

Bir ticari işletmedeki suçlar için esas olarak, gerçekten işletme adına hareket etmiş olan veya hareket etmiş olması gereken gerçek kişiler sorumlu olacaktır. Malum olduğu üzere, bir suçun oluşması için özel bir mükellefiyetin ihlâli gerekli kılınmış ve bu mükellefiyetin bir tüzel kişiye yüklenmiş olduğu hâllerde birtakım zorluklar ortaya çıkmaktadır. Bu isnatla alakalı boşluğu artık eskiden özel alanlara mahsus düzenlemelerin yerine Ceza Kanunu m. 29, genel bir düzenleme marifetiyle doldurmaktadır. Bu suretle, suç tipinde öngörülen özel mükellefiyet yalnızca tüzel kişileri kapsadığı (örneğin işyerindeki kazaları önlemek için gerekli tedbirleri alma mükellefiyeti, m. 230) hâlde, somut ihlâlin bağımsız karar verme yetkisini haiz bir çalışandan kaynaklandığı vakalar çözüme kavuşturulmuştur. M. 29 suçun isnat edileceği kimse hususundaki bu boşluğu, genel olarak bağımsız karar yetkisini haiz çalışanlar veya gerçekteki yöneticiye ilgili suçun isnadı imkânını getirmek suretiyle kapatmakta ve böylece kendisini Avrupa anlayışına uyumlu hâle getirmektedir.

3. Kusur İlkesinin Güçlendirilmesi

Kusur ilkesine, önceye nazaran daha sistematik bir geçerlilik tanınmıştır. Böylece, mazeret sebebi olan zorunluluk hâlinde failden, tehlike altındaki hukuki değerden sarfi nazar etmesi talep edilemiyorsa artık o kusursuz hareket (daha önce ceza indirimi ifadesi kullanılıyordu) etmiş olacaktır. Buna ilâveten, elverişsiz teşebbüste failin ağır bilgi ve anlama hatası söz konusu ise ceza verilmemesi öngörülmüştür ve kusur yeteneğindeki zayıflama hâlinde de yeni bir mecburi ceza indirimi getirilmiştir.

4. Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu

Almanya'dan farklı olarak İsviçre kanun koyucusu, 1 Ekim 2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere **tüzel kişilerin ceza hukuku anlamında sorumluluğu-**

⁴⁸⁴ Krşl. Stratenwerth/Wohlers, StGB Handkommentar Art. 11 N 1 vd.

nu kabul eden cesur bir Tasarı’yı, Ceza Kanunu’nun genel hükümlerine dâhil ederek yürürlüğe sokmudur. Zira “böyle bir sorunun varlığını kabule, bu hususta bir düzenlemenin lüzumuna ve mümkün olup olmadığına en nihayetinde öğreti değil, kanun koyucu karar vermiştir”.⁴⁸⁵ “Kendine has bir yapısı olan bir isnat” sistemi temelinde tüzel kişilerin sorumluluğu iki ihtimalde ortaya çıkmaktadır: Birincisi, tüzel kişi bünyesinde işletmeye özgü bir suç “tüzel kişinin örgütsel zaafıyla ilgili sorumluluğu ancak ilgili fiilin tüzel kişideki bir gerçek kişiye isnat edilememesi hâli”dir (bu tüzel kişinin cezai sorumluluğunun yedekliliği olarak ifade edilmektedir, Ceza Kanunu m. 102 f. 1). İkincisi ise Kanun’daki listede sayılan yedi suçtan dolayı (örneğin, yolsuzluk suçları ve kara paranın aklanması), tüzel kişinin bu nevi suçları önlemek üzere lüzumlu ve beklenebilir örgütsel tedbirleri almadığı hâllerde tüzel kişinin cezalandırılmasıdır (Ceza Kanunu m. 102 f. 2).⁴⁸⁶ Diğer tüm meseleler, uygulama ve öğretiye bırakılmıştır.

Fakat **yaptırım** konusunda, yani 5 milyon Frank’a kadar para cezası ile İsviçre kanun koyucusu bu konuda bilhassa yaptırım çeşitliliğine sahip Güney Batı Avrupa memleketlerinden ayrılmaktadır.

Uygulamada bugüne kadar bu madde **oldukça az bir önemi** haiz olmuştur. Şimdiye kadar tüzel kişilerin sorumluluğu ile alakalı yalnızca iki vaka ele alınmıştır. Bu vakalarda, hizmete mahsus bir araç vasıtasıyla trafikte işlenen cünhalarda mesul şoförün tespit edilememesi söz konusuydu.⁴⁸⁷

Bu örnek bize üç farklı hususta bazı sonuçlara varmamızı sağlamaktadır: İlki, tek başına içeriği boş bir normun, çok sayıda farklı yorumun gelişmesini teşvik ettiği ve bunun da uygulamayı kararsızlığa sevk ederek yalnızca sembolik ceza hukukundan doğru bir temayülü ortaya çıkarmasıdır. İkincisi, tüzel kişilerin sorumluluğunun Ceza Kanunu’ndaki düzenleniş biçimi, tüzel kişilerin sorumluluğunun katı bir şekilde bireysel ceza hukukunun öncüllerine göre kabul edilmesi temayülünü desteklemektedir. Üçüncü olarak, bu düzenleme birçok nedenden ötürü güdülen amaca hizmet etmemektedir⁴⁸⁸ ve bu nedenle bireysel ceza hukukunun yanında, bir ölçüde Avusturya ve İtalya’yı takip ederek, ikinci bir yol tesis edilmelidir.

⁴⁸⁵ Botschaft Bundesrat, BBl. 1999 I 2141.

⁴⁸⁶ Daha fazla bilgi için bkz. Heine, recht 2005, 1 vd.

⁴⁸⁷ Krşl. Niggli/Gfeller, BSK, 2. Aufl. 2007, Art. 102 N 54 ilave kaynaklar zikredilmiştir.

⁴⁸⁸ Daha fazla bilgi için bkz. Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, 241 vd.
