

# ÇİMENTO İŞVEREN

ÇİMENTO MÜSTAHSİLLERİ İŞVERENLERİ SENDİKASI YAYIN ORGANI

## Atatürk diyor ki:

..... Şeref hiç bir vakit bir adamın değil, bütün milletindir.  
Eğer yapılan işler mühimse, gösterilen muzafferiyetler (başarılar) barizse,  
inkılabat calibi dikkatse (devrimler dikkat çekiciyse) her fert kendini tebrik etmelidir.  
Çünkü böyle büyük şeyleri ancak çok kabiliyetli olan büyük milletler yapabilir  
ve bu milletin her ferdi böyle en kabiliyetli ve büyük bir millete mensup olduğunu  
düşünerek kendini tebrik etsin.

16.03.1923, Adana



Sema Baydar isimli bir kız çocuğu  
Ata'ya rozet takarken

ÇİLT : 12  
SAYI : 3  
MAYIS 1998

ISSN 1400-5576

www.cmis.org.tr

GAZİ MUSTAFA KEMAL BULVARI 83/7 MALTEPE 06570 ANKARA

<http://www.cmis.org.tr>

# İTİBARİ HİZMET MÜESSESESİ VE İTİBARİ HİZMETLE İLGİLİ BAZI UYGULAMA SORUNLARI

**Prof. Dr. Ali Nazım Sözer**  
**Dokuz Eylül Üniversitesi,**  
**İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi,**  
**Öğretim Üyesi**

1952 Ayvalık doğumlu olan yazar 1973 yılında A.Ü. Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra 1977 yılına kadar İzmir Barosuna Kayıtlı serbest avukat olarak çalıştı. Aynı yılın sonunda üniversiteye asistan olarak girdi 1981'de "Hasta İşçinin İş İlişkisi" konulu teziyle doktor, 1988'de "Sosyal Sigorta İlişkisi" isimli çalışmasıyla doçent, 1994'de de "Türkiye'de Sosyal Hukuk" başlıklı çalışması ile profesör oldu. Halen Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi öğretim üyesi olan Sözer'in İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda yayınlanmış eserleri mevcuttur.

## I. Giriş

"İtibari hizmet" ülkemizde oldukça sık kullanılan ancak, içeriği ve hukuki sonuçları tartışmalı bir müessesedir. Sözü edilen müesseseyi değerlendirebilmek için aşağıda önce, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun temel kavramlarından olan sosyal sigorta ilişkisinin unsurları ele alınmakta daha sonra da, 506 ve 5434 Sayılı Kanunlarda itibari hizmet ile hizmet birleştirilmesi ve itibari hizmet konuları açıklanmaktadır.

## II. Sosyal Sigorta İlişkisinin Unsurları

Ülkemizde sosyal sigorta kurumları, uzun vadeli sigorta dallarında edimleri bazı koşullar gerçekleştiğinde sunmaktadırlar. Bu koşullar Sosyal Sigortalar Kurumunda yaş, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı; Emekli Sandığında yaş ve fiili hizmet süresi; Bağ-Kur'da ise, yaş ve primi ödenmiş süre ölçülerine bağlı kalınarak belirlenmektedir. SSK.'da ayrıca "itibari hizmet süresi" kavramı, Emekli Sandığında ise "itibari hizmet müddeti" ve "fiili hizmet zammı" kavramları aylık bağlanmasında kolaylaştırıcı unsur olarak kullanılmaktadır.

Konu önce Sosyal Sigortalar Kurumu mensupları açısından ele alınacak olursa, aylıkların bağlanmasında sosyal sigorta ilişkisinin varlığının arandığı(1), bu hukuki bağın ise sigortalılık süresi ve primi ödenmiş sürelerden oluştuğu görülür. Sigortalılık süresi 506 SK.'da şu şekilde açıklığa kavuşturulmaktadır: "Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarının uygulanmasında nazara alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı... sigortalının ilk defa çalışmaya başladığı tarihtir. Tahsis işlerinde nazara alınan sigortalılık süreleri, bu sürenin başlangıç tarihi ile sigortalının tahsis yapılması için yazılı istekte bulunduğu tarih, tahsis için istekte bulunmuş olmayan sigortalılar için de ölüm tarihi arasında geçen süredir" (Md.108). Düzenlemeden çıkan sonuç sigortalılık süresinin, ilk kez çalışmaya başlanılan tarih ile emekliliğe hak kazandıran sigorta olayının (yaşlılık, ölüm, sakatlık) doğduğu tarih arasında geçen süre şeklinde tanımlanabileceğidir. Bu sürede kişi işçi olabileceği gibi, işsiz de olabilir. Hizmet akdinin var olduğu zaman içinde sözleşme kanuni (analık izni, grev...)veya akdi (ücretsiz izin) nedenlerle askıda da olabilir. Dolayısıyla, 1960 yılı başında bir ay çalışmış

olan bir kadın, örneğin evlendiği için işini bırakacak olursa, 1997 yılı sonu itibariyle 37 yıllık bir sigorta süresine sahip olacaktır. Ancak, 30 günlük prim ödeme gün sayısı yeterli olmadığı için emekli olabilmesi mümkün olamayacaktır.

Prim ödenmiş süre ise, sigortalının fiilen çalıştığı günler karşılığı olarak ücreti üzerinden tahakkuk ettirilen ödemelerin karşılığıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, sigortalılar için bazı çalışılmayan günler bakımından da prim tahakkuk ettirilmektedir. Böyle bir uygulamaya yıllık izin, ücret ödenen hastalık izni ve ücretli mazeret izinleri (sendikal izin, evlenme izni...) gibi durumlarda rastlanılmaktadır. Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, 506 SK.'da sosyal sigorta borç ilişkisi iki unsurdan oluşmaktadır: Sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı. Emekli Sandığında olduğunun aksine 506 SK.'da fiili hizmet müddeti kavramı kullanılmamaktadır.

Emeklilik olanağı sağlayan hukuki ilişki, Emekli Sandığı iştirakçileri açısından, fiili hizmet süresi olarak adlandırılmıştır. 5434 SK. iştirakçiden kesenek kesilmeye başlanan aybaşından başlayan ve kesenek vermek suretiyle geçirilen süreyi fiili hizmet süresi olarak tanımlamaktadır (Md.31).(2) Bu kavram 506 SK.'daki sigortalılık süresinden farklıdır. Çünkü, yukarıda değinildiği üzere, sigortalılık süresi içinde prim ödenmemiş zaman dilimleri bulunabilmektedir. Ancak fiili hizmet süresi, tanımdan da anlaşılacağı gibi, sadece kesenek ödenmiş sürelerden oluşur.

BağKur mensuplarının edimleri primi ödenmiş süreye göre belirlenmektedir. Bu kavram 1479 SK.'da tanımlanmış değildir. Sigorta dalları düzenlenirken, edimlere hak kazanma koşulları mali yükümlülüğün asgari bir süre yerine getirilmiş olmasına bağlanmıştır. Örneğin, bir kadının kısmi aylığa hak kazanabilmesi için 50 yaşına girmesi ve 15 yıl prim ödemiş olması gerekir. Tam aylık alabilmesi için ise, yaş sınırı olmaksızın 20 tam yıl sigorta primi ödemiş olması şarttır.(3) Dolayısıyla prim ödenmiş süre, bağımsız çalışanların 1475 SK. kapsamında kalan çalışmaları için, buldukları basamak karşılığı mali yükümlülüklerini yerine getirmiş oldukları zaman dilimi olarak tanımlanabilir.

### III. İtibari Hizmet Kavramı

Bu müessese 1479 SK.'da mevcut olmayıp, 506 ve 5434 SK.'larda düzenlenmiştir. Kavram ağır ve yıpratıcı işlerde çalışma nedeniyle çalışma gücü ve hayat süreleri kısalan kişilere yöneliktir. İki amaca hizmet eder. Ağır ve yıpratıcı işlerde çalışmaya özendirmek, erken yıpranma sebebiyle kişilere erken dinlenme olanağı sağlamak(4). Söz konusu amaca ulaşmak için kullanılan yöntem ise, kişilere farazi sigortalılık ve primi ödenmiş gün sayısı kazandırmaktır.(5) Böylece, var olmayan fakat varsayılan bir farazi sigortalılık süresi ve farazi prim ödeme gün sayısı oluşturularak kişiler başkalarına nazaran avantajlı duruma getirilmektedir.(6) Bu avantaj daha erken emeklilik ve daha yüksek aylık almak sonucunu doğurmaktadır.

#### A. 506 Sayılı Kanunda İtibari Hizmet

506 SK.'da itibari hizmet yeraltı ile yerüstü ve denizlerde sürdürülen bazı faaliyetler için düzenlenmiştir.

##### 1. Yeraltı Faaliyetlerine Özgü İtibari Hizmet

Konuya ilişkin ilk düzenleme olan md. 60/E'ye göre: "Sosyal Güvenlik ve Çalışma Bakanlıklarınca tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı veya yeraltı münavebeli işlerinde en az 1800 gün çalışmış bulunan sigortalıların bu işlerdeki prim ödeme gün sayıları toplamına dörtte biri eklenir ve toplamı bunların Malulük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları primi ödeme gün sayısı olarak kabul edilir." Kanun, madenlerde çalışan sigortalılara Malulük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları (MYÖ.S.) bakımından diğer sigortalılara nazaran avantaj sağlamaktadır. Bunun için gerekli koşullar, yeraltında veya yeraltı münavebeli işlerde çalışmak ve çalışmanın en az 1800 güne ulaşmış olmasıdır. Anılan her iki koşul şahsında gerçekleşen kişilerin prim ödeme gün sayısı artırılmaktadır. Artırma mevcut prim ödeme gün sayısının 1/4'ü, yani % 25'i kadardır.(7) Örneğin, 4.000 gün prim MYÖ.S. primi bulunan böyle bir şahsın prim ödeme gün sayısı  $4.000 + (4.000 \times \% 25) = 5.000$  gün olarak kabul edilecektir.(8)

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, maddenin sadece yeraltı maden işçilerine uygulanması gerekmektedir. Diğer yandan, yine düzenlemenin sahip olduğu lafzi açıklık gereği, koşullar gerçekleştiğinde kişinin sadece prim ödeme gün sayısı artırılmakta olup, sigortalılık süresi artırım dışında kalmaktadır. Bu itibarla, söz konusu itibari hizmet uygulaması "itibari prim" olarak adlandırılabilir.(9)

İtibari prim yurt içi çalışmalarda dikkate alınacaktır. Ancak, Y.10.HD. Türkiye ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan Belçika'da yeraltı madenlerinde çalışan sigortalılara da aynı hakkı tanımaktadır.

Gerekçesi ise şu şekildedir: "Sosyal Güvenlik Hukukunun aynı koşullara sahip şahıslara eşit bir biçimde uygulanması bu hukuk dalının temel ilkelerindedir.(10)"

## 2. Yerüstünde ve Denizlerde Sürdürülen Bazı Faaliyetlere Özgü İtibari Hizmet

506 SK.'da itibari hizmetle ilgili diğer hükümler ek Md. 5 ve 6'dır. Söz konusu müesseseden yararlanılabilmesi için iki koşul bulunmaktadır. Belirli bir işi yapıyor olmak (ek md.5) ve bu işin en az 3600 gün yapılmış olması (ek md.6). Henüz 3600 gün dolmadan itibari hizmetten yararlanma talebinde bulunulması yasal değildir(11).

Ek madde 5'de hizmetle ilgili olarak düzenlenen tabloda sigortalılar, hizmetin geçtiği yer ve eklenecek süre haneleri bulunmaktadır. Sigortalılar başlığı altında aslında kapsama giren faaliyet alanları sayılmıştır. Hizmetin geçtiği yer başlığı altında ise, kapsama giren işler belirtilmiştir. Dolayısıyla, bir kişinin itibari hizmetten yararlanabilmesi için, yaptığı işin her iki başlığı da ilgilendirmesi gerekmektedir. Bu gereklilik sadece ilk sırada belirtilen 5953 Sayılı Basın İş Kanunu kapsamında bulunan kişiler yani gazeteciler için aranmamaktadır(12).

Ek md.5, beş gruba ayırmış olmakla birlikte, özetlenecek olursa basın sektöründe, denizcilikte ve bazı sanayi dallarındaki faaliyetleri esas alarak, buralarda belirli bazı özellikler taşıyan işlerde çalışanları itibari hizmetlerden yararlandırmaktadır(13). İlk faaliyet alanı basın sektörü olup, itibari hizmetten yararlanmak için gazeteci sıfatını taşımak yeterlidir. Yani, gazete müdürü, yazı işleri müdürü, istihbarat şefi, muhabir, foto muhabiri, ressam ve karikatüristler yıprandıkları kabul edilen kişilerdir. İkinci faaliyet alanı, basın kartına sahip olanların kamu kurumlarında üstlendikleri görevlerdir. Üstlenilen görevin basın müşavirliği olması gerekir. Üçüncü faaliyet alanı yine basım ve gazetecilik sektörüdür. Ancak bu kez, bedeni ağırlıklı çalışmaları nedeniyle gazeteci sayılmayıp 1475 SK. kapsamına girenlerin faaliyetleri esas alınmaktadır(14). Bu sektörde çalışanların hizmetlerinin aşağıda belirtilen özelliklerden birini taşıması gerekmektedir:

Çalışılan ortamda solunum ve cilt yoluyla vücuda geçen gaz veya diğer zehirleyici maddelerin bulunması, fazla gürültü ve ihtizaz (titreşim) yapıcı makina ve aletlerle çalışılması, doğrudan doğruya yüksek hararete maruz kalma, fazla ve devamlı adali gayret sarf ederek çalışma, tabii ışığın hiç olmadığı, sadece suni ışığın kullanıldığı ortamlarda(15) çalışma ve günlük mesainin yarısından fazlasının saat 20.00'den sonra gerçekleştirilmesi(16). Belirtmek gerekir ki, gazetelerde çalışan idari şefler, memurlar ve ambalaj işi yapanlar(17) itibari hizmetten yararlanamazlar. Çünkü, gazeteci sayılmayan sözü edilen kişiler 1475 SK.'nın kapsamına girmekte ancak, işkollarının gereği olan fiziki ve ruhi çöküntüye maruz kalmamaktadırlar. Yargıtay bir kararında, sadece cilt işinin yapıldığı müstakil bir işyeri çalışanları hakkında uzman bir bilirkişiden rapor alınarak karar verilmesi gerektiğine hükmederken(18), bir diğerinde ozalit işinin gazetecilik ve basım işinden farklı olduğuna dolayısıyla, itibari hizmetin dışında kaldığına hükmetmiştir(19). Özetlemek gerekirse, ek madde 5 ya Basın İş Yasası anlamında gazeteci sayılanlara ya da basım ve gazetecilik işyerlerinde yıpratıcı işlerde çalışan 1475 SK. anlamında işçi olanlara uygulanmak gerekir. Sektörde çalışıp da menfi etkilenmeyenler ayrıca sektör dışı çalışanlar basım ve gazetecilikle ilgisi kurulabilir işler yapsalar da kapsam dışı kalmaktadırlar(20).

Dördüncü faaliyet alanı gemi adamları, gemi ateşçileri, kömürcüler ve dalgıçlar şeklinde meslek sayımı suretiyle belirtilmiştir. Mesleklerin adından da anlaşılacağı üzere, bu işlerin denizde ifa edilmesi gereklidir. Beşinci ve son faaliyet alanı "Azotlu gübre ve şeker sanayiinde, fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlar" şeklinde belirtilmiştir. Aktarılan ifadeden yola çıkılarak varılan sonuçlar farklı olabilir. Burada faaliyet alanı acaba sadece azotlu gübre ve şeker sanayii ile mi sınırlandırılmıştır? Yoksa azotlu gübre ve şeker sanayi dışında tüm fabrika, atölye, havuz, depo ve trafo binaları da ayrı ayrı faaliyet alanları olarak nitelenebilecek midir? Bu soruya cevap verebilmek için listedeki hizmetin geçtiği yer hanesine yani, faaliyetin taşınması gereken özelliklere de bakmak gerekir. Aranan özellikler çelik, demir ve tunç döküm işi yapılması; zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz, asit, boya işleriyle gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işler; patlayıcı maddeler yapılması ve kaynak işleri şeklinde belirlenmiştir. İlk bakışta, bu hanede aranan nitelikteki işlerin hepsi azotlu gübre ve şeker sanayiinde bulunan işler değildir. Örneğin, döküm işinin şeker üretiminde yeri yoktur. Ancak, ülkemizde şeker fabriası imal eden fabrikalar da bulunmakta ve bunlar şeker sanayii içinde sayılmaktadır. Dolayısıyla, düzenlemedeki ibare yargı kararlarında da kabul edildiği üzere itibari hizmet tüm fabrika çalışanları için değil, sadece azotlu gübre ve şeker sanayiinde çalışanlar için getirilmiştir şeklinde yorumlanmaktadır(21).

Yıpratıcı nitelikteki işlerin sadece şeker ve azot sanayine ait işyerlerinde bulunduğunu iddia edebilmek mümkün değildir. Belirtilen sanayilerin dışında gaz, kaynak, döküm ve patlayıcı madde etkisinde çalışılan birçok işyeri bulunmaktadır. Dolayısıyla, yasakoyucunun aynı etkiye maruz kalan kişiler arasında makul olmayan bir ayırıma gittiği hususu açıktır. Nitekim, Ankara 1. İş Mahkemesi görmekte olduğu bazı davalarda

Milli Savunma Bakanlığı'na ait Uçuş Bölümü Fabrikasında fazla gürültüden etkilenen, ekmek fabrikasında yüksek harareten etkilenen ve nihayet Ordonat Ana Tamir Fabrikası Akü Bölümünde zehirli gazlardan etkilenen çalışanlar için anayasanın sosyal devlet (md.2) ve eşitlik (md.10) ilkelerine aykırılık nedenleriyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Ancak, mahkeme "Anılan bend hükümlerinde Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı işyerlerinde çalışan sigortalıların yer almaması, belli sigortalılara hak tanıyan ve özü bakımından Anayasa'ya aykırı bulunmayan hükmün iptalini gerektirmez. Kaldı ki, diğer sigortalıların, bu haktan yararlanmaları doğrultusunda her zaman yeni düzenlemeler yapılabilir... Özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilemeyeceğine göre... itiraz konusu hüküm Anayasaya aykırı görülmemiştir." diyerek talebi reddetmiştir(22).

Yukarıda belirtilen beş grup faaliyet alanı içinde kalan belirli işleri yapan kişiler itibari hizmetten yararlanacaklardır. Ancak, sosyal sigorta ilişkisinin yukarıda açıklanan unsurları dikkate alındığında, yararlanma acaba yeraltı maden işlerinde olduğu gibi, sadece prim ödeme gün sayısının artırılmasıyla mı gerçekleşecektir? Yoksa sadece sigortalılık süresinin uzatılmasıyla mı, ya da her ikisi birlikte uygulanarak mı gerçekleştirilecektir? Yargıtay 10. HD. 7.11.1996 tarihli bir kararında, Türkiye Şeker Fabrikaları Anonim Şirketine ait Ankara Makina Fabrikasında istihdam edilen kişinin prim ödeme gün sayısının artırılabilirliğini kabul etmiştir. Dava konusu olayda yerel mahkeme, asıl çalışma yeri atelye dışı olmakla birlikte, günde sadece 2.5 3 saat atelye içinde çalışan temizlik işçisinin çalışmasının tamamı atelyede geçmiş gibi değerlendirmiştir. Daire ise, parttime esasına göre aylık yararlanma süresi hesaplanmalıdır düşüncesiyle kararı bozmuştur(23). Diğer yandan, bir başka olayda ek madde 5 kapsamında faaliyeti bulunan bir işçinin açmış olduğu davada Adana 1. İş Mahkemesi itibari hizmeti hem sigorta süresinden hem de prim ödeme gün sayısından saymıştır. 21. HD. ise 17.2.1996 tarihli kararında yerel mahkemenin yaklaşımını doğru bulmayarak, itibari hizmette sadece sigortalılık başlangıç süresinin geriye götürülebileceği ayrıca prim ödeme gün sayısının artırılmayacağı sonucuna varmıştır(24). Benzer şekilde, Ankara 4. İş Mahkemesi'nin itibari hizmeti sosyal sigorta ilişkisinin hem süre hem de prim unsuru açısından kabul eden bir kararı yine 21. HD. tarafından aynı gerekçelerle bozulmuştur(25). Yerel mahkemenin direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu dairesinin gerekçelerine katılarak direnme kararını bozmuştur(26). Ancak, yine Adana 1. İş Mahkemesi tarafından itibari hizmeti iki yönlü olarak kabul eden bir diğer karar bu kez Yargıtay 10. HD. tarafından 9.6.1997 tarihinde şu gerekçelerle onanmıştır: *"2098 Sayılı Kanunun tanıdığı itibari hizmet süresi ... iki yönden de ekleme zorunluluğunu içermektedir. Gerçekten, kanunun birinci maddesi (506 SK. Ek m.5) 'nin ilk fıkrası itibari hizmetin ... sigortalılık süresine eklenmesini öngörmüştür. Aynı maddenin son fıkrasında ise, "fiilen çalışılmış güne eklenecek itibari hizmet gün sayısının bulunması" yöntemini koymuştur. Maddenin ilk fıkrası ile son fıkrası hükmü bir araya getirilince itibari hizmetin sigortalılık süresine ve aynı zamanda fiilen çalışılmış gün sayısına eklenmesi yasal zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Sigorta süresine ekleme, sigortalılık süresi başlangıç tarihinin itibari hizmet süresince geri götürülmesi anlamındadır. Söz konusu kanunun konulmasında güdülen amacın, insan bedenini aşırı ölçülerde yıpratana ve 2098 Sayılı Yasanın gerekçesinde belirtilen ortalama 44 yıl 8 aylık yaşam sonunda ölüme sürükleyen zor koşullarda çalışanların bir an önce yaşlılık aylığına kavuşturulması olduğu gözönünde tutulunca Kanun hükümlerinin gerçek anlam ve kapsamı yukarıda açıklanan biçimde belirginleşmektedir."* (27)

Yukarıda açıklandığı üzere, ek md.5'de düzenlenen itibari hizmet bakımından 10.HD.'nin hem kendi kararları arasında çelişki, hem de 21 HD. ile arasında yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır. Belirtilen içtihat farklılıkları nedeniyle, anılan dairelerin başkanları tarafından içtihadı birleştirme taleplerinde bulunulmuştur. Kanımca birleştirmenin 21. HD. kararları doğrultusunda yapılması uygun olacaktır. Ek madde 5 konuya ilişkin olarak şöyle demektedir: *"506 Sayılı Kanuna göre sigortalı sayılanların, aşağıda sayılan görevlerde geçen sigortalılık sürelerine, bu sürelerin her tam yılı için, hizalarında gösterilen süreler sigortalılık süresi olarak eklenir... Fiilen çalışılmış güne eklenecek itibari hizmet günü sayısının bulunmasında (çalışılan gün sayısı x 0.25) formülü uygulanır."* Düzenlemede sosyal sigorta ilişkisinin sadece sigorta süresi unsuruna değinilerek, maddede sayılan işleri yapanlara çalıştıkları sürenin 1/4'ü kadar (her tam yıl için 90 gün) ekleme yapılacağı hususu belirtilmektedir (itibari hizmet)(28). Maddede sosyal sigorta ilişkisinin prim unsuruna ise hiç değinilmemektedir. Halbuki, daha önce açıklandığı üzere, madenlerde çalışanlara yönelik olarak tanınmış bulunan itibari hizmette açıkça prim ödeme gün sayısından söz edilerek, artırımın sadece prim ödeme gün sayısına yönelik olarak yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, nasıl madencilerde itibari hizmet uygulamasında sigorta süresi artırılmaz ise, ek md.5 kapsamına giren sigortalılara yönelik itibari hizmet uygulamasında da, prim ödeme gün sayısı artırılmaz(29). Aksi yönde uygulama düzenlemelerin lafzına aykırı düşecektir.

## B. 5434 Sayılı Kanunda İtibari Hizmet

5434 SK. önce fiili hizmet müddetini açıklamış, ardından da iki ayrı itibari hizmet türü getirerek tanımlamıştır. Bunlar fiili hizmet zammı ve itibari hizmet müddetidir.

## 1. Fiili Hizmet

Fiili hizmet, iştirakçiden kesenek kesilen aybaşından başlayan ve kesenek verilmek suretiyle geçirilen süredir (md.31)(30). Kesenekler kural olarak çalışan memurlar için Emekli Sandığına ödenir. Ancak, memurların işgöremezlik hallerinde de maaşlarını kesintisiz almakta oluşu, kesenek ve fiili çalışma ilişkisinin mutlak olmadığı hususunu ortaya koyar. Kaldı ki, borçlanma süreleri de fiili hizmetten sayılmaktadır(31). Fiili hizmet hem aylık bağlama koşullarının gerçekleşmesi, hem de aylığın hesaplanması bakımından önem taşır.

## 2. Fiili Hizmet Müddeti Zammı

Fiili hizmet müddeti zammı, ağır ve yıpratıcı bazı görevlerde bulunanların fiili hizmet müddetlerinin, önceden saptanmış süreler kadar artırılmasıdır. Fiili hizmet ile aynı sonuçları doğurur(32). Yani, hem bağlanacak aylıklar için gerekli bekleme (staj) süresinin dolusunda, hem de aylıkların hesaplanmasında dikkate alınır. Ayrıca, ikramiye tahakkukunda da değerlendirmeye alınır. Fiili hizmet müddeti zammı için iştirakçiler herhangi bir ödeme yapmak zorunda değildirler. Ancak, kurumları o yıldaki son aylık veya ücret üzerinden, eklenecek müddete ait istihkaklar toplamının %28'ini, yarısı kesenek ve yarısı da karşılık olmak üzere, Sandığa gönderir (Md.34)(34).

Zammın tanınacağı durumlar bir listede saptanmıştır (Md.32). Listede iştirakçiler, hizmetin geçtiği yerler ve eklenecek müddetler ayrı ayrı hanelerde gösterilmektedir. Fiili hizmet zammı tanınan haller kısmen 506 SK.'daki itibari hizmet düzenlemeleri ile benzerlik göstermektedir. 5434 SK.'da da, 506 SK.'da olduğu gibi (md.60/e), yeraltı maden işlerinde çalışanlar "maden istihsalinde ... toprak altında maden çıkarma işlerinde" şeklinde bir ifade ile uygulama kapsamına alınmışlardır (md.32/e). 506 SK. Ek Md.5'de basın çalışanlarından ve basın müşavirlerinden söz edilirken, Emekli Sandığı Kanununda da aynı yaklaşım mevcuttur. Hizmetleri Türkiye RadyoTV Kurumu haber hizmetlerinde geçen haber hizmeti yapan ve yürüten daire başkanı, müdür, müdür yardımcısı, şef, muhabir, redaktör, spiker, mütercim, kameraman, fotoğrafçı, sesçi, teknisyen ve teleks operatörü fiili hizmet zammından yararlanırlar. Keza, basın kartı sahibi olup da basın müşaviri sıfatını taşıyan ve meslekleriyle ilgili görevlerde çalışan kişiler de zamdan faydalanırlar (Md.32/i). Yine, Sosyal Sigortalar Kanununda belirtilen denizde çalışan gemi ateşçi ve kömürcüleriyle dalgıçlar kapsama alınmışlardır. Nihayet, benzer son husus fabrika, atölye, havuz ve depolarda çalışanlara ilişkindir(35). Ancak, 506 SK. sadece azotlu gübre ve şeker sanayi çalışanları için hüküm ifade ederken, 5434 SK. bu hususta sanayi dalı ayırımı yapmamıştır. Sözü edilen mekanlarda çalışanların yıpratıcı etkilere maruz kalmaları gerekir. Bu etkilerin bulunduğu ortamlar altı grup halinde şu şekilde sayılmıştır: Döküm işleri (pirinç, demir ve çelik); gaz (zehirli, boğucu) işleri (36), gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işler, asit boya işleri; parlayıcı maddelerin yapıldığı işler; lokomotif ve gemi kazanlarının onarılması ve temizlenmesi işleri; gemilerin sintinelerinde ve kapalı sarnıçların içindeki raspa ve boya işleri; oksijen, elektrik kaynağı, keski, tabanca ile perçin takım sertleştirilmesi ve kum püskürtme suretiyle raspa işleri.

Emekli Sandığı Kanunu itibari hizmeti Sosyal Sigortalar Kanunundan daha geniş kapsamlı tutmuştur. Çünkü, yasa yukarıda belirtilenlerin dışında 506 SK.'da olmayan birçok faaliyeti içermektedir. Lokomotif makinist ve ateşçilerinin lokomotif üzerindeki çalışmaları; Tarım Bakanlığı Zirai Mücadele ve Zirai Karantina teşkilatında ayrıca, veteriner teşkilatında görevli memur ve hizmetlilerin teknik ve idari işler ile salgın, bulaşıcı, paraziter hayvan hastalıklarıyla mücadele işlerindeki faaliyetleri; mesleki nedenle iyonizan radyasyonla (röntgen, radyum ve benzeri) fiilen çalışan tüm personel (tabip, teknisyen ve diğerleri); Devlet Tiyatrosunda çalışan devlet tiyatrosu sanatçıları; emniyet teşkilatında çalışan polisten emniyet müdürüne kadar uzanan tüm görevliler ve nihayet cumhuriyet ordusu kadrolarındaki muvazzaf yedek ve gedikli subaylarla askeri memur ve gedikli erbaşlar itibari hizmet zammı kapsamında bulunmaktadır (Md.32). Yukarıda sözü edilen görevlerde bulunanlardan zirai mücadeleye katılanlara her yıl için 2 ay; maden üretiminde, lokomotif üzerinde, denizde, atölye, fabrika, havuz ve depolarda çalışanlara 6'şar ay; diğer görevlilere ise (Devlet Tiyatrosu sanatkarları, radyasyona maruz kalanlar, gazeteciler, asker ve polisler) 3'er ay itibari hizmet zammı sağlanır. Ancak, bu zamların toplamı 8 yılı geçemez. Lokomotif makinist ve ateşçileri 8 yıl kaydına tabi değildir (Md.33/2).

## 3. İtibari Hizmet Müddeti

"İtibari hizmet müddeti,...bağlanacak aylıklar ve yapılacak kesenek iadesi ve toptan ödemelerin hesabında fiili hizmet müddetlerine eklenen müddettir." (Md.35). Bu kavram, fiili hizmet zammından etkileri ve kapsama aldığı çalışanlar bakımından farklılıklar göstermektedir. Fiili hizmet zammı hak kazanımına esas olan bekleme süresinin dolumunda, aylık bağlamada ve nihayet ikramiye tahakkukunda dikkate alınırken, itibari hizmet müddeti sadece aylık bağlamada dikkate alınmakta, belirtilen diğer hususlarda herhangi bir etkisi olmamaktadır(38).

İtibari hizmet müddeti yasada harp ve çatışma nedeni olarak, ayrıca uçucu ve dalıcı personele özgü olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. Aşağıda her iki tür uygulama açıklanmaktadır.

#### a. Harp ve çatışma nedeni itibari hizmet müddeti

Söz konusu müessese, askerlerin ve sivil iştirakçilerin harbe veya harp dışı çarpışmalara katılmaları nedeniyle doğan yıpranmalarının telafisine yöneliktir. Kişi bakımından kapsamına muvazzaf ve yedek subay, astsubay, uzman jandarma çavuş ve uzman çavuşlar ayrıca, erler, erbaşlar ve sivil iştirakçiler girmektedir. Müddet eklenmesi için gerekli olan fiiller ise, harbe katılma, seferberlikte çarpışmalara katılma, harp veya seferberlik ilan edilmeden yabancı ülkelere gönderilen Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevliken çarpışmalara katılma, düşmana tutsak düşme, düşman tarafından enterne edilmedir. Müddet ilavesi harp ve çatışmalara fiilen katılmış olmayı gerektirmektedir. Harp veya seferberlik ilanı tek başına yeterli neden sayılmamaktadır. Eklenecek süre, belirtilen durumlarda geçen zamanın bir katı kadardır. Ancak, 3 aydan az toplam 5 yıldan fazla olamaz (Md.36)(39).

#### b. Uçucu ve dalıcı personele yönelik itibari hizmet müddeti

Kanun uçucu ve dalıcı personel için ek itibari hizmet müddeti kabul etmiştir (Md.37). Yani, anılan kişiler koşulları gerçekleştiğinde fiili hizmetlerine ilave olarak hem fiili hizmet zammından (md.32), hem harp ve çatışma nedeni itibari hizmet müddetinden (Md.36), hem de uçuş veya dalma görevleri sebebiyle sadece kendilerine tanınan itibari hizmet müddetinden (Md.37) yararlanabileceklerdir(40).

Müddetin tanındığı kişiler düzenlemede şu şekilde belirtilmiştir: "Pilot olan ve olmayan ordu uçucuları ile Devlet Havayolları Genel Müdürlüğü uçucu personelinin uçucu olarak, denizaltıcı, dalgıç, kurbağa adam, subay, yedek subay ve askeri memurları ile astsubayların denizaltıcılık, dalgıçlık, kurbağa adam görevlerinde geçirdikleri fiili hizmet müddetleri..." İtibari hizmetten yararlanabilmek için fiilen sayılan görevleri yapıyor olmak yeterlidir. Yer ve kara hizmetlerine alınmış olmak yaralanmaya son verir. Ancak, geçici olarak yıllık izin, hastalık, araç bakımı gibi nedenlerle görev yapamıyor olmak yararlanmaya engel teşkil etmemektedir(41). Eklenecek süre görevde geçirilen her yıl için 6 ay olarak belirlenmiştir.

## IV. Hizmet Birleştirilmesi ve İtibari Hizmet

### A. Hizmet Birleştirilmesi Yapılan Haller

24.5.1983 tarih ve 2829 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun, birden fazla sosyal sigorta kurumuna tabi olarak çalışmış kişilerin emekli olabilmeleri için, bu kurumlarda geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi esaslarını düzenlemektedir. Yasaya göre, kısa vadeli sigorta dallarında (iş kazası ve meslek hastalıkları, vazifeden doğan maluliyet, vazifeden doğan ölüm(42), hastalık ve analık (43)), uzun vadeli sigorta dallarından da malullük ve ölüm hallerinde (Md.8/1)(44) kişilere bağlı olunan son sosyal güvenlik kurumunca aylık bağlanmaktadır. Yani, sözü edilen durumlarda hizmet birleştirilmesine gerek bulunmamaktadır. Keza, aylık bağlanmış süreler için ve ayrıca aylık alma hakkının kayba uğradığı durumlarda da birleştirme yapılmamaktadır (Md.5/son). Geriye hizmet birleştirilmesine esas olarak yaşa bağlı emeklilik kalmaktadır. Bu durumda kişilere bağlı oldukları sigorta kurumlarından son yedi yılda hizmetin en çok geçtiği kurumca aylık bağlanması gerekmektedir (Md. 8).

### B. İtibari Hizmetler Hizmet Birleştirilmesinde Dikkate Alınabilir mi?

Yaşlılık sigortasında yapılan hizmet birleştirilmelerinde doğaldır ki fiili hizmet dikkate alınır. Ancak, birleştirilmelerde itibari hizmetlerin de dikkate alınıp alınmayacağı hususu yargı kararlarında ve doktrinde tartışmalıdır. Sosyal Sigortalar Kurumundan aylık bağlanmasını talep eden bir sigortalının Emekli Sandığında hak kazandığı fiili hizmet zammı dikkate alınmayınca açtığı dava mahalli iş mahkemesince kabul

edilir ve karar 10.HD. tarafından onanır. Karara katılmayan iki üyenin muhalefet şerhleri şu şekildedir: Fiili hizmet zamları itibari hizmetin bir türü sayılır. O nedenle de, sadece Emekli Sandığına bağlanacak aylıklarda dikkate alınabilir. Savaşa katılma nedeniyle tanınan itibari hizmet müddetleri dahi birleştirmeye konu olmaz iken, ağır çalışma koşulları nedeniyle tanınan fiili hizmet zamları için böyle bir uygulama düşünülemez. Diğer taraftan, 506 SK.'a göre elde edilen itibari hizmetler de birleştirmede kullanılmaz iken, 5434 SK.'a göre kazanılan fiili hizmet zamlarını birleştirmeye tabi tutmak çifte standart anlamına gelir(45). 10 HD. daha önce 3.12.1987 tarihinde ise, karşı oy yazısındaki görüş doğrultusunda karar vermiş ve bu karar Y.HGK. tarafından kabul görmemiştir. Daireye göre, fiili ve itibari hizmet sürelerinin sigortalılık başlangıcına eklenmesi suretiyle sigortalılık başlangıcının geriye götürülmesine yasal ve hukuksal olanak bulunmamaktadır. Çünkü, gerek 2828 SK.Md.6 gerekse 506 SK.Md. 108'e göre, sigortalılık süresinin başlangıcı ilgili sosyal güvenlik kurumunda ilk defa çalışmaya başlanılan tarihtir. Olayda bu tarih sigortalının ilk kez Emekli Sandığı'na tabi olarak çalışmaya başladığı 9.10.1962 tarihidir. Dolayısıyla, prim ödeme gün sayısı yeterli olsa dahi, sigortalılık süresi 25 yıl olmayan davacının davasının kabulü mümkün olamaz(46). Yukarıda aktarılan kararı değerlendiren OKUR, Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında 2829 SK. Md.7'de birleştirilemeyecek süreler arasında sadece itibari hizmet süreleri sayıldığı için(47), fiili hizmet zamlarının hizmet süresine eklenmesi gerektiğini ileri sürerek Yargıtay kararını eleştirmiştir. Ancak, söz konusu karara karşı yerel mahkeme fiili hizmet zammının itibari hizmet olmadığını, bu nedenle de hizmet birleştirmesine engel bir durumun mevcut bulunmadığını beyan ile direndiği için konu HGK.'na gelmiştir. Y.HGK. yerel mahkemenin görüşünü benimseyerek, fiili hizmet zammı ve itibari hizmet sürelerini ayrı kavramlar olarak değerlendirmiş ve direnme kararını onamıştır. Böylece, davacının Emekli Sandığı mensubu olarak Zirai Mücadele ve Karantina Teşkilatındaki çalışmaları nedeniyle kazanmış olduğu fiili hizmet zammı Sosyal Sigortalar Kurumu üyesi iken geçirmiş bulunduğu sigortalılık süresine ilave edilerek ona aylık bağlanmasına imkan tanınmıştır. Genel Kurul'a göre, iştirakçiler herhangi bir ödemede bulunmamakla birlikte, kurumlar finanse ettiği için fiili hizmet zammı, primi alınan bir süredir. Bu zam, fiili hizmetten sayılır. Çünkü, onun üzerine ilave edilmektedir. Ayrıca düzenlenmiş olmakla da, itibari hizmet müddetinden ayrı bir müessesedir.(48)

Kanımca, Y.HGK.'nın 15.6.1988 tarihli kararı ile 10.HD.'nin 29.4.1991 tarihli kararlarını isabetli bulabilmek mümkün değildir. Bu dairenin anılan tarihte verilen kararında mevcut karşı oy yazıları ile 3.12.1987 tarihli kararında yapılan değerlendirmeler doğru kabul edilmek gerekir. İhtilafa konu olaylarda uygulanması gereken düzenleme 2829 SK.'un 4. ve 7.maddeleridir. 4. maddeye göre "Kurumlara tabi çeşitli işlerde çalışmış olanların hizmet süreleri, aynı tarihlere rastlamamak kaydıyla bu kanuna göre aylık bağlanmasına hak kazanıldığında birleştirilir." 7. maddeye göre ise, "4 üncü maddede belirtilen hizmet süreleri toplamına itibari hizmet süreleri ile prim ödenmemiş süreler katılmaz." Düzenlemede birleştirmede itibari hizmetlerin dikkate alınmayacağı hususu açıktır. Ancak, sorun söz konusu kavramın terminolojik olarak değerlendirilmesindeki farklılıklardan doğmaktadır. Çünkü, bu müessese 506 SK.Md.60/E'de adı konmaksızın düzenlenmiş, ek Md.5 son paragraf ikinci cümlede ise "itibari hizmet günü" olarak anılmıştır. Belirtilen ilk düzenlemede ele alınan konunun "itibari prim", ikincisinde ele alınanın ise "itibari süre" olarak adlandırılabilceğini yukarıda belirtmiştik. 5434 SK.'da ise, düzenlemelerde adlandırmadan kaçınılmayarak Md.32'de "fiili hizmet müddeti zammı", Md.35 ve 36'da ise "itibari hizmet müddeti" kavramları kullanılmıştır. Değinilen müesseselerin aralarında, sahip oldukları isimlerin dışında hak kazanma koşulları, hak sahibi olabilecek kişiler ve hukuki sonuçları açısından farklılıklar bulunmaktadır. Ancak, kanunlara dahil edilme nedenleri tektir: Bazı çalışanların yapmakta oldukları işler sırasında içinde buldukları ağır ve tehlikeli çalışma koşullarına bağlı olarak, mensubu buldukları kurum tarafından emeklilikte diğer sigortalılara nazaran avantajlı duruma getirilmeleri. Bu durum, itibari hizmet kelimesinin bir üst kavram olduğunu, onun kapsamına itibari prim, itibari süre, fiili hizmet müddeti zammı ve itibari hizmet müddeti uygulamalarını da aldığını ortaya koymaktadır. Ortaya çıkış nedenleri, felsefeleri bir olan söz konusu alt kavramlardan birini hizmet birleştirmesinde dikkate alıp diğerlerini dikkate almamak ne 2829 SK.'un lafzına, ne de itibari hizmet kavramının içeriğine uygun düşer.(49)

\* Bu makalenin hazırlanmasında katkıları bulunan Yargıtay 5. Hukuk Dairesi üyesi Sayın Aslan YENİÇERİ ile fakültemiz öğretim üyelerinden Prof. Dr. Fevzi DEMİR ve Dr. Murteza AYDEMİR'e şükranlarımı sunarım.

(1) Bkz. Ali Nazım SÖZER, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir, 1991, 15 vd. (SSİ).

(2) Ali GÜZEL/ Ali Rıza OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul, 1996, 340.

(3) Can TUNCAY, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul, 1996, 390, 391(Dersler); GÜZEL/OKUR, 390, 391.

(4) Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2.5.1989 tarih, 1988/51 E., 1989/18 K. sayılı kararı, RG: 4 Ocak 1990, 20392, 12, 22.



(5) Adı geçen Anayasa Mah. kararı, 18.

(6) SÖZER, SSİ, 101.

(7) Mehmet CAN, Açıklamalı İçtihatlı SSK. Uygulaması, Ankara, 1995, 485; Menduh YELEKÇİ, SSK. Şerhi, Ankara, 1996, 659, 660; TUNCAY, Dersler, 263; SÖZER, SSİ, 102, 103; Yusuf ALPER, Türkiye'de Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Bursa, 1997, 206; Kenan TUNÇOMAĞ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul, 1987, 421, 422.

(8) Bkz. GÜZEL/OKUR, 265.

(9) Ali Nazım SÖZER, 1991 Semineri, 175.

(10) Y. 10.HD. 10.5.1993 T, E:1909, K: 2488. Bkz. Can Tuncay, 1979-1983 Semineri, 321, 322 = YKD, Aralık 1983, 1768.

(11) Ancak, Yargıtay bir kararında sigortalının anılan süre dolmadan yaptığı talebi 3600 gün dolduktan sonra uygulanması koşuluyla kabul etmiştir (12) Y. 10.HD. 9.11.1989 T, E:1989/7641, K: 1989/8088, Müjdat Şakar, 1989 Semineri, 195. Kararı inceleyen ŞAKAR Daire kararını uygun bulmamaktadır. Nitekim, Yargıtay daha sonra verdiği bir kararda "506 Sayılı Kanunun Ek 5. maddedeki itibari hizmet süresinin Ek 6. maddede öngörülen 3600 günlük çalışmanın gerçekleşmesinden sonra tanınabileceğine ve hükmün bu koşul gerçekleştiğinde infaz edilebileceğinin Kurumca gözönünde tutulabileceğinden bu yön bozma nedeni sayılmıştır" sonucuna varmıştır. Y. 10.HD. 14.11.1996, E:1996/9659, K:1996/9832, Yayınlanmamış karar. Keza aynı yolda, Y. 10.HD. 14.11.1996 T, E:1996/9646, K:1996/9821, Yayınlanmamış karar.

(12) 4.1.1961 gün ve 212 SK.ile tadil edilen 5953 SK.Md.1'e göre, "Bu kanun hükümleri Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki "işçi" tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu kanun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir."

(13) ALPER, 208; TUNÇOMAĞ, 419.

(14) 20.6.1987 T.'li 3395 SK.'dan önceki dönemde itibari hizmetten yararlanabilecek olan işçiler operatör, mürettip, klişeci gibi ünvanlar belirtilerek sınırlı bir şekilde sayılmıştı. Ancak, belirtilen ünvanları taşımamasına karşın aynı işi yapanların açtıkları davalar lehlerine sonuçlanınca yeni bir düzenleme ile ünvan sayımından vaz geçildi. Bkz. TUNCAY, Dersler, 262. Ayrıca bkz. OKUR/GÜZEL, 281. Anılan nedenle, yeni düzenleme kapsamına giren kişilerin kendilerine itibari hizmet tanınması için açtıkları davalarda 20.6.1987 sonrası için talepte bulunabilmeleri mümkündür. Fakat, Yargıtay önceleri yararlanmayı, ŞAKAR'ın da belirttiği üzere, yersiz bir şekilde itibari hizmetin getirildiği 1.9.1977 tarihine kadar uzatmakta idi. Bkz. Y. 10. HD. 9.11.1989 T, E:1989/7641, K:1989/8088; Y. 10. HD. 29.6.1989 T, E:1989/5153, K:1989/5875, Müjdat Şakar, 1989 Semineri, 195. (Anılan son kararda gazetenin paketleme servisinde çalışan kişinin talebi 1.9.1977 sonrası için kabul edilmiştir. ŞAKAR talebin 1.9.1987 sonrası için kabul edilebileceğini belirtmektedir. Kanımca, davacı kişinin yürüttüğü paketleme işi yıpratıcı bulunmadığında istemin tamamen reddi gerekirdi.) Ancak, Y.10.HD.'nin 21.12.1990 T, 7236/11161 Sayılı kararı ile, yerel mahkemenin direnmesi üzerine Y. HGK.'nun verdiği 12.6.1991 T, E:1991/10-245, K:1991/347 Sayılı kararında görüş değiştirilerek 3395 SK.'da geriye yönelik uygulanması hususunda açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle, azotlu gübre sanayiinde itibari hizmette önceye etkili yararlanma kabul edilmemiştir. Kararlar için bkz. YKD, Ekim 1991, 1463-1465. Kararın değerlendirilmesi için bkz. SÖZER, 1991 Kararları, 174.

(15) "...şayet suni ışık altında çalışma zorunluluğu işyeri binasının yapılış şekline kaynaklanıyorsa, bu durum anılan maddenin II-e bendinin uygulanmasının nedeni olamaz." Y. 10.HD. 22.3.1990 T, 654/2785 Sayılı karar (= İş ve Hukuk Şubat 1991, 39, 40), Tankut Centel, 1990 Semineri, 165.

(16) "...İşletme servisinde çalışmanın ne gibi işleri kapsadığı belirlenmemiştir. Gazete işletmesinin özelliğinden söz edilerek, niteliği belli olmayan bu iş ile ilgili mesainin yarım saat fazlasının saat 20.00'den sonra geçtiğini kabul etmek isabetli sayılamaz. Bilirkişinin kabul ettiği 15 günde bir değişen ikili vardiya ile çalıştığının kanıtları gösterilmemiş..." tir, Y. 10.HD. 22.3.1990 T, 658/2790 (=YKD, Haziran 1990, 857, 858), Centel, 1990 Semineri, 165.

(17) Y. HGK, 22.6.1994 T, 10-226/441 Sayılı karar, Ali Rıza Okur, 1994 Semineri, 138.

(18) Y. 10.HD. 19.3.1987 T, 1474/1536, Ali Güzel, 1987 Semineri, 256 = YKD, Ağustos 1987, 1188.

(19) Y. 10.HD. 17.12.1987 T, 3116/7270 Sayılı kararı, Ali Güzel, 1987 Semineri, 256 = YKD, Mayıs 1988, 651,-653. Kararda mevcut karşı oy yazısında, basım işinin sadece gazetecilik ile sınırlandırılmayacağı belirtilmektedir. GÜZEL ise, bu gerekçenin sigortalının lehine olmakla birlikte yasanın sadece basım işkolunu hedeflemiş olduğu için ozalit işinin kapsam dışı kaldığını açıklamaktadır.

(20) "Bu maddede (ek md. 5 kastediliyor) itibari hizmet sürelerinden yararlandırılacak sigortalılar işyerleri ve çalıştıkları işkolu bakımından tadadi bir şekilde belirlenmiştir... Anılan bentteki "basım" sözcüğünün, mevkute basımını amaçladığı, hem madde metninden, hem de yasama belgelerinden anlaşılmaktadır. ...Basım sözcüğü teneke kutu basım işini kapsamamaktadır. Davacının teneke kutu imalat işinde çalıştığı ...anlaşıldığına göre, davacının çalıştığı işyerinin ve işkolunun basım ve gazetecilik işi sayılamayacağı açık ve

seçiktir. Bu nedenlerle davacının Ek 5. maddenin II. bendi kapsamına giren işlerde çalışmadığı anlaşılmasına rağmen, bu madde kapsamına sokularak yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir. Davacının basım ve gazetecilik işyerlerindeki itibari hizmeti gerektiren işkoşullarına benzer veya daha ağır koşullarda çalışmış olması, Ek 5/II. madde kapsamına dahil edilmesine neden olmaz." Y. 10. HD. E:1991/12801, K:1992/3707, T:24.3.1992, YKD, Ağustos 1992, 1221, 1222.

(21) İhtilaf ortaya çıktığında, sigortalıların itibari hizmetten yararlanabilmeleri için mahkemelerin gerekli teknik ve tıbbi bilgiye sahip bilirkişilerden yararlanmaları gerekmektedir. Bkz. Y. 10. HD. 25.2.1994 T, 1243/3365 Sayılı karar, OKUR, 1994 Semineri, 138.

(22) T: 2.5.1989, E:1988/51, K:1989/18; T:2.5.1989, E:1988/52, K:1989/19; T:2.5.1988, E:1988/53, K:1989/20. Resmi Gazete: 4 Ocak 1990, 11 vd. Kararda üç üyenin müşterek karşı oy yazısı bulunmaktadır: "Aynı nitelikteki iş yerinde aynı koşullarla çalışan işçilerin bir kesimi, bağlı oldukları işkolu nedeniyle itibari hizmet zammından yararlanamamaktadır... yıpratıcı etki işçinin bağlı olduğu işkolundan değil işçinin çalıştığı yer ve koşullarından ileri gelmektedir. Aynı işyerinde ve aynı koşullarda çalışan iki işçiden işkollarına göre birine bu hakkı tanıırken ötekine tanımamak Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz. Öte yandan, Devlet Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumakla ve çalışmayı desteklemekle görevlidir... Aynı yıpratıcı koşullar içinde çalışan işçinin bir kısmına verilen bir hakkın öteki kısmına verilmemesi; Devletin Anayasaca verilen çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek biçimindeki görevine de aykırı düşer... özde Anayasaya aykırılık oluşturur. Bu aykırılığın (işkolu koşulunun) iptali kararıyla giderilerek, yasa kapsamına Anayasaya uygun bir içerik kazandırılması Anayasa Mahkemesi'nin görevi ve anayasal denetim kapsamı içindedir."

(23) Y. 10.HD. 7.11.1996 T, E: 1996/9365, K: 1996/9617, yayınlanmamış karar.

(24) Y. 21.HD. 17.2.1996 T. E: 1996/7337, K: 1997/854, yayınlanmamış karar.

(25) Y. 21.HD. 17.12.1996 T, E: 1996/6268, K:1996/2004, yayınlanmamış karar.

(26) Y. HGK. 2.5.1997 T, E: 1997/21-207, K:1997/392, yayınlanmamış karar.

(27) Y. 10.HD. 9.6.1997 T., E:1997/3756, K: 1997/4405

(28) SÖZER, 1991 Kararları, 175.

(29) Bkz. SÖZER, SSİ, 102.

(30) GÜZEL/OKUR, 340.

(31) Ayrıntı için bkz. İsmail AKÇOMAK, A. Nadir BELLİ, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ve İlgili Kanunlar, Ankara,1982, 98 vd; İsmail AKÇOMAK, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, Ankara, 1989, 171 vd.

(32) "Fiili hizmet müddeti zamları emeklilik muamelelerinde fiili hizmet sayılır.": Md.33/2.

(33) Bkz.Y. HGK. 15.6.1988, 10-270/472, Türk Kamu-Sen, Eylül 1988, 39, 40

(34) AKÇOMAK/BELLİ, 115, 116; AKÇOMAK, 181 vd.

(35) 506 SK.'da ayrıca trafo binalarında çalışanlar da belirtilmektedir. Böyle bir belirleme 5434 SK.'da mevcut değildir.

(36) Tıbbi gazlar atölyesinde çalışan personel itibari hizmet zammından yararlandırılmamaktadır. Bkz. AKÇOMAK/ BELLİ, 110.

(37) Bkz. GÜZEL/OKUR, 341.

(38) AKÇOMAK/BELLİ, 117.

(39) AKÇOMAK, 194 vd.

(40) Bkz. AKÇOMAK/BELLİ, 122: Örneğin, denizaltında görevli bir binbaşı için durum böyledir.

(41) AKÇOMAK/BELLİ, 121.

(42) Md.11

(43) Bkz. SÖZER, SSİ, 83

(44) Md.8/1'e göre, Emekli Sandığından yaş haddinden resen emeklilik ve bağlı olunan kurumun kanunla değiştirilmesi hallerinde de tabi olunan son kurum mevzuatına göre aylık bağlanılır.

(45) 10. HD. E:1990/10916, K: 1991/3761, T:29.4.1991, İş ve Hukuk, Kasım 1991, 34-37. Kararın değerlendirilmesi için bkz. SÖZER, 1991 Kararları, 176.

(46) 10.HD. 3.12.1987 T, 6877/6742 S.'lı ilam, Okur, 1987, 332, 333.

(47) Ali Rıza OKUR, 1987 Kararları, 176.

(48) Y.HGK. 15.6.1988 T, E:1988/10-270, K:1988/472. Yayınlanmamış karar.

(49) 10.HD.'nin değinilen 29.4.1991 tarihli kararı ile ilgili olarak yapılan değerlendirmede de, karşı oy yazısı makul bulunarak, aynı sonuca varılmıştı. Bkz. SÖZER, 1991 Kararları, 176.



# Karar İnceleme Köşesi

## Yrd. Doç. Dr. Burhan Özdemir

Hacettepe Üniversitesi,  
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi,  
Kamu Yönetimi Bölümü,  
Öğretim Üyesi

T.C.  
YARGITAY  
10. Hukuk Dairesi  
ESAS NO : 1995/2008  
KARAR NO : 1995/2571  
KARAR TARİHİ : 14.3.1995

**ÖZET:** TRT Genel Müdürlüğü'ne bağlı iş yerlerinde, prodüksiyon amir yardımcısı, yönetmen, yönetmen yardımcısı olarak çalışan kişinin sigortalı sayılabilmesi bakımından; hizmet akdi ile istisna akdi ayırımının, bizzat hakim tarafından; sözleşme asılları, davacıya ait tüm ödeme makbuzları, Çalışma. Müfettişi raporunda belirtilen işyeri kayıtları getirilerek, belgelerin aksi, eşdeğer delillerle kanıtlatılarak, işyeri yetkilileri ve çalışma arkadaşları dinlenmek suretiyle belirlenmesi gerekir.

**DAVA:** Davacı, davalılardan TRT Genel Müdürlüğü'ne bağlı işyerinde ücret karşılığı geçen çalışmalarının tespiti ile bu sürelerin sigortalı hizmetlerden sayılmasına karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine; temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi:

**KARAR:** Davacı, 20.8.1988-99.6.1992 tarihleri arasında TRT Kurumu Ankara Televizyon Müdürlüğü'nde prodüksiyon amir yardımcısı, yönetmen ve yönetmen yardımcısı olarak hizmet akdiyle çalıştığından bahisle S.S.Kanunu kapsamında sigortalı sayılması gerektiğinin tespitini istemiştir.

506 sayılı Kanunun 2. maddesi hükmüne göre, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar. Hizmet akdinin unsurları; hizmetin belirli veya belirli olmayan bir zaman içinde görülmesi, hizmet akdinin konusu olan edimin işverene ait işyerinde yerine getirilmesi, edimin ifasında işverenin denetim ve gözetimi altında bulunulması, edimin ücret karşılığında yapılması ve ücretin zaman esaslı üzerinden saptanmasıdır. İstisna akdinde ise bir eserin ücret karşılığında yaratılması söz konusudur. İstisna akdinde ücretin tespitinde eser göz önünde tutulur. İş sahibinin talimat verme yetkisi ise elde edilecek sonuç içindir. Halbuki hizmet akdinde emir ve talimat yetkisi işçinin çalışma yerinin, işe başlayış ve sona eriş saatinin işverence tespiti biçimindedir. Giderek, istisna akdine işin işyerinde görülmesi zorunlu değildir.

Dava konusu olayda, dosyaya ibraz edilen istisna sözleşmesi başlığını içeren sözleşmelerde davacının muhtelif programlarda prodüksiyon amiri, yardımcısı, yönetmen ve yönetmen yardımcısı olarak çalıştığı belirtilmiş olup çalışma süreleri ve yapılacak ödeme miktarları ise değişkendir. Ne var ki, sözleşmeler suret olup bazıları sigortalı imzasını içermemektedir. Öncelikle sözleşmelerin asılları ile davacıya ait tüm ödeme makbuzları celp edilmeli giderek, davacının TRT Kurumu'ndaki çalışma biçimi, sözleşmelerde öngörülen işlerde çalışıp çalışmadığı somutlaştırılarak saptanmalıdır. Bu meydana 29.1.1992 tarihli Çalışma Müfettişi raporunda öngörülen saptamalar tüm işyeri kayıtları getirtilip, işyeri yetkilileri ile çalışma arkadaşları dinlenmek suretiyle hizmet aktidinin yukarıda öngörülen unsurlarının davacı yönünden gerçekleşip gerçekleşmediği başka ifade ile hizmet akti ile çalışıp çalışmadığı, çalışmışsa süresi dosyada mevcut Sosyal Sigortalar Kurumu'na verilen bildirimler ile sözleşmelerdeki süreler tek tek karşılaştırılarak belirlenmelidir. Giderek, Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununun 275. Maddesindeki "Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez." hükmü de gözönünde bulundurulmalıdır.

Mahkemece, belirtilen maddi ve hukuki esaslar gözetilmeden eksik araştırma ve incelemeyle yetersiz tanık anlatımlarına dayanılarak ve kabule göre de dosyada mevcut istisna sözleşmeleri sürekli çalışmayı

öngörmemesine, TRT Kurumu tarafından Sosyal Sigortalar Kurumu'na verilen dönem bordrolarında ayda en fazla 10 gün çalışılmış gibi bildirimlerin yapılmasına imzalı ve imzasız sözleşmeler ile bildirimler tek tek karşılaştırılıp aksi eşdeğerde delillerle kanıtlanmadan 20.8.1988-9.6.1992 tarihleri arasında sürekli çalışmanın kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır. SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle (BOZULMASINA), 14.3.1995 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

Yargıtay 10. HD., yukarıdaki kararında TRT için prodüksiyon amiri, yardımcısı, yönetmen ve yönetmen yardımcısı adı altında iş gören şahsın, hizmet akdiyle çalıştığından bahisle belirli dönem için sigortalılığının kabulü yolundaki talebini inceleyerek iddiayı kabul eden mahkeme kararını eksik inceleme nedeniyle bozmuştur.(1)

Yargıtay bu kararında, istisna akdi başlığı altında tanzim olunan bir akde göre gördürülen bu işlerin ifa edilmesinin gerçek bir istisna akdi ilişkisine mi, yoksa hizmet akdi ilişkisine mi dayandığının mahkemece araştırılmasını istemiştir.

Yargıtay, işgörenin istisna veya hizmet akdine göre çalıştığı belirlenmesine ışık tutmak üzere, hizmet akdinin unsurları olarak;

- hizmetin belirli veya belirli olmayan bir zaman içinde görülmesi,
  - hizmet akdinin konusu olan edimin işverene ait işyerinde yerine getirilmesi,
  - edimin ifasında işverenin denetim ve gözetimi altında bulunulması,
  - edimin ücret karşılığında yapılması ve ücretin zaman esaslı üzerinden saptanmasını,
- saymıştır.

Yargıtayın görüşüne göre, istisna akdinde ise bir eserin ücret karşılığında yaratılması söz konusudur. İstisna akdinde ücretin tespitinde eser gözönünde tutulur. İş sahibinin talimat verme yetkisi ise elde edilecek sonuç içindir.

Görüldüğü gibi ihtilaf temelde davacının sigortalı (işçi) olup, olmadığı noktasındadır. Eğer inceleme sonucunda işgörenle TRT Kurumu arasında gerçekte bir hizmet akdi olduğu ve çalışmanın buna dayanılarak yapıldığı ortaya çıkarsa, kişi zorunlu sigortaya tabi olacaktır. Çünkü 506 sayılı Kanununun 2. maddesi hükmüne göre, "bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar... sigortalı sayılırlar." Yok eğer çalışma bir istisna akdine dayanıyorsa bu defa işgören bu konumda olmayacak ve zorunlu sigortaya tabi olmayacaktır.

İstisna akdi BK. m. 355'de tanımlanmıştır. Bu hükme göre, "istisna bir akitir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder."

Hizmet akdi ise , BK. m. 313/I'de tanımlanmıştır. Bu hükme göre, "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder." Bu madde hükmünde her ne kadar sadece işin görülmesi ve ücret unsurlarından bahsedilmekte ise de hem doktrinde(2) hem de mahkeme kararlarında(3) bunlara ilaveten bağımlılık (bağlılık/taabiyet) unsuruna da yer verilmektedir. Yani, hizmet akdine göre işgören işçi, işini işverene bağımlı olarak görür.(4) Bu husus onu diğer işgörmeye akitlerinden ayırdeder.(5) Özellikle problem konusu olayda sözü edilen istisna akdinde işgören işverene bağımlı olarak çalışmaz.

İstisna akdinin ayırt edici niteliği ise bir bütün teşkil eden belli bir emek sonucunun bir ivaz karşılığında meydana getirilmesi taahhüdünde bulunulmasıdır. Bu sonucun maddi bir varlığı bulunup, bulunmamasının önemi yoktur.(6)

Klasik bir hizmet akdinde işçinin işverene bağımlılığının ölçüsü genelde onun yönetim ve kontrolünde olma şeklinde tezahür etmiştir. Hizmet akdine göre çalışmada işveren işçiye sadece işin görülmesini değil, işin nasıl, ne zaman ve nerede görüleceğini de söyler.(7) Yani işçi işverenin tayin ettiği çalışma saatleri içinde ve işverenin işyerinde işini görür. Ayrıca işverenin işçiye işini nasıl göreceğini belirtir ve bunu kontrol eder. Nitekim Yargıtay da çeşitli kararlarında bunu vurgulamıştır. Örneğin YHGK.'nun bir kararında "...çalışan ... işveren veya vekilinin buyruğu ve denetimi altında bağımlı olarak edimini yerine getirecektir" anlatımına yer verilmiştir.(8) YHGK.'nun bir başka kararında ise "iş sözleşmesinin ayırıcı niteliği işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi olup, işgörmeye ediminin işverenin... denetim ve gözetimi altında görülmesiyle gerçekleşebilir" denilmektedir.(9) Ancak, zaman içinde klasik hizmet akdinin yanında aptik denilen(10) yeni istihdam tarzları ortaya çıkmış veya daha önce bilinmekle beraber az önem verilen bazı çalıştırma şekilleri

önem kazanmıştır. Bu tür çalışmalarda işçinin işverenin yönetim ve kontrolünde olma özelliği zayıflamıştır. Herşeyden önce teknik bilgi ve beceri isteyen örneğin doktor, mimar, pilot ve mühendis gibi görevleri ifa edenlerin işlerini yaparken işverene mesleki yönden bağımlılıkları azalmıştır.(11)

Ayrıca, işlerin mutlaka işverenin işyerinde görülme durumu değişmiştir. Örneğin şoförler, satış elemanları ve benzeri görevleri ifa edenler işlerini çoğunlukla işyeri dışında yaparlar.(12) Ev çalışmalarında ise işgörenler, kendi evlerini dahi işyeri olarak seçebilmektedirler.(13) Bunun dışında dünyada kısmi süreli hizmet akitleri, değişik esnek çalışma şekilleri yaygınlaşmaktadır. Bunlardan "job sharing" adı verilen kısmi süreli çalışmanın özel bir şekli olan iş ilişkisinde, çalışanlar, kısmen (sınırlı olarak) kendi çalışma saatlerini kendileri tespit ve tanzim edebilmektedirler.(14)

Bu bilgiler ışığında Yargıtayın yukarıdaki kararına bakarsak şu hususları belirtmemiz gerekir.

1- Yargıtay, davacı ile TRT Kurumu arasındaki gerçek hukuki ilişkinin ortaya çıkarılmasını, belirlenmesini istemekte elbette haklıdır. Çünkü taraflar arasındaki sözleşme için her ne kadar "istisna akdi" denilse de gerçek durum bunu yansıtmıyorsa, örneğin ortada bir hizmet akdi varsa, yargı kararı olarak buna hükmedilmesi gerekir. Tarafların akit türü hakkında kendi nitelendirmelerinin yargı kararlarını bağlayıcılığı yoktur. Bir başka ifadeyle, unsurlarını taşımadığı halde sırf taraflar kabul ve beyan etmişlerdir diye bir sözleşmenin istisna veya hizmet akdi şeklinde nitelendirilmesi mahkemeyi bağlamaz. Nitekim bu konu, irade serbestisi kuralının çok daha geniş ve katı olarak uygulandığı İngiliz hukukunda dahi bu şekilde sonuca ulaştırılmaktadır.(15)

2- Yargıtay kararında hizmet akdinin unsurları olarak belirtilen edimin işverenin işyerinde yerine getirileceği, edimin ifasında işverenin denetim ve gözetimi altında bulunulması ve ücretin zaman esnasına göre saptanması konuları üzerinde durmak gerekir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi BK.m. 313/I'de hizmet akdi tanımlanırken sadece işin görülmesi ve ücret unsurlarına değinilmiştir. Ücretin mutlaka zaman esaslı üzerinden tespitine ilişkin yasa da herhangi bir hüküm yoktur. Tam tersine aynı maddenin ikinci fıkrasında (BK.m.313/II), "ücret zaman itibariyle olmayıp yapılan işe göre verildiği takdirde dahi... hizmet akdi yine mevcuttur; buna parça üzerine hizmet veya götürü hizmet denir." hükmü yer almaktadır.

Diğer yönden yine BK.'nun hizmet akdiyle ilgili maddelerinde işin mutlaka işverenin işyerinde görüleceğini öngören bir hüküm mevcut değildir. SS Kanununda da bu yolda herhangi bir hüküm yoktur.(16) Bu şart tamamen Yargıtayın kendi kararlarıyla oluşturduğu bir husustur.(17) Buna mukabil 506 sayılı Kanunun 5. maddesinde, sigortalıların işlerini yaptıkları yerlerin "işyeri" olduğu belirtilmektedir. Buna paralel olarak, İş K. .m.1'de "işin yapıldığı yere işyeri denir" hükmü mevcuttur. O itibarla hizmet akdine göre işin mutlaka işverenin işyerinde görülmesine gereklilik yoktur. İş nerede görülüyorsa işyeri orasıdır. O nedenle ki biz eve iş verme sistemi içerisinde kendi evlerinde üretim yapan insanların - diğer şartlarında varlığı halinde - işverenle aralarında hizmet akdi ilişkisi bulunduğu ve sözkonusu kişilerin işçi niteliğinde oldukları görüşündeyiz.(18)

Görüldüğü gibi Kanunda hizmet akdinden söz edebilmek için Yargıtay Kararında belirtildiği gibi, ücretin mutlaka zaman unsuruna dayalı olarak tespitinden bahsedilmediğinden Yargıtayın bu konuya ilişkin hükmü yasal dayanaktan yoksundur. Tam tersine Kanun parça başı ücreti prensip olarak kabul etmekte, bunun hizmet akdine mani olamayacağını belirtmektedir (BK. m. 313/II). Kaldı ki bu husus Yargıtayın bazı kararlarında da açıkça ifade edilmektedir. Örneğin, Yargıtayın yine 1995 yılında verdiği bir kararında "ücretin maktu olmayıp boşaltılan buğdayın tonu başına alınmış olması hizmet akdinin varlığını ortadan kaldırmaz. Başka bir anlatımla, ücretin ödeme şekil sigortalı olma koşulunu ortadan kaldırmaz" denilmektedir.(19)

3- Kararda üzerinde durulması gerekli bir başka konu da davacının işgördüğü kuruluşça bir taraftan istisna akdine göre çalıştırıldığı iddia edilirken diğer taraftan (iddia edilen süreden az da olsa) SSK'na sigortalı olarak bildirimde bulunulmasıdır.

Mevzuatımıza göre, (İstisnalar dışında) sadece hizmet akdiyle çalışanlar sigortalı sayıldıkları için (506 sK.m.2) yalnız bunların SSK'na işveren tarafından bildirilme zorunluluğu vardır (506 sK.m.9). Ayrıca sigortalılık, işe alınıp işbaşı yapmayla kendiliğinden başlar. SSK'na bildirilmemiş olsa bile, kişi işe başlamakla sigortalı olur.

Oysa, istisna akdine göre çalışan bir kişinin aynı şekilde zorunlu sigortaya tabi olması ve kendisinin 506 sayılı Kanunun 9. maddesi uyarınca SSK'na bildirilme zorunluluğu yoktur.(20) Hal böyleyken TRT Kurumunun davacıyı belirli günler için çalıştırdığından bahsederek (bildirge düzenleyerek) SSK'na bildirmesi(21), işgörme akdinin taraflarca "istisna akdi" olarak nitelendirilmesine rağmen, gerçekte hizmet akdi olduğunun işverence de dolaylı olarak kabulü anlamında değerlendirilebilir.

4- Yargıtayın yukarıdaki kararda hizmet akdinin unsuru olarak saydığı hususlardan birisi de, işgörmenin işverenin denetim ve gözetimi altında yapılmasıdır.

Yukarıda belirtildiği gibi işin görülmesi sırasında işverenin yönetim ve kontrolünde bulunmanın zayıfladığı,

genellikle atipik diye adlandırılan bazı çalıştırma türleri ortaya çıkınca bu husus, hizmet akdini diğer işgörmeye akitlerinden ayırmada yegane kriter olma özellik ve önemini kaybetmiştir. Örneğin İngiltere’de hizmet akdini ve işçiyi diğer akitlerden bu arada özellikle istisna akdinden ve bağımsız çalışandan ayırt etmek için mahkemelerce birden çok ölçü birlikte uygulanmaktadır.(22) Bunlardan bizce en önemlisi, işgörenin "kendi adına bir girişimde bulunan" konumunda bulunup bulunmadığıdır. Bir başka ifadeyle işletmenin rizikosunu üzerine alıp almadığıdır. Eğer işgören işletme rizikosunu üzerine almışsa bağımsız çalışandır. Aksi halde işgören bir işçidir.(23) Görüldüğü gibi İngiltere’deki uygulamalarda işçi ve bağımsız çalışan kavramları birbirinin zıddı ve alternatifi olarak ele alınmaktadır.

5- Yukarıda açıklandığı gibi sigortalılık açısından kural, hizmet akdi ile çalışma olmakla beraber istisnai olarak, hizmet akdi dışında çalışma yapanlar da sigortalı sayılmış ve 506 sK. Kapsamına alınmışlardır. İşte bunlardan birisi de 2167 sK.’un 14. maddesi ile 506 sK.’a ilave edilen Ek Madde 1 (3520 sK.’la, Ek Madde 10) hükmü uyarınca sigortalı sayılan sanatçılardır. Kanunun bu maddesi ile sigortalı sayılanların hizmet akdi dışında başka bir akitle örneğin istisna, neşir, vekalet akdi ile de çalışmalarını mümkündür(24).

Kanunda, bu maddeye göre sigortalı sayılacakların Sosyal Güvenlik, Kültür ve Turizm ve Tanıtma Bakanlıkları tarafında birlikte saptanacağı ifade edilmiştir (3520 sK.’la, Ek Madde 11). Nitekim adı geçen Bakanlıklarca hazırlanan bir liste SSK tarafından 1978 yılında yayınlanmıştır(25). Aynı liste küçük değişikliklerle 1994 yılında, Sigorta Primleri Takip ve Tahsilatı Genel Tebliği (No:7) ekinde tekrar yayınlanmıştır(26). Bu listede, Sinema Sanatçıları ve Çalışanları grubu içerisinde "Yapım Yönetmeni (Prodüksiyon Amiri) Yardımcıları" da yer almaktadır. O nedenle, TRT’de (Ankara Televizyon Müdürlüğünde) prodüksiyon amiri, yardımcısı, yönetmen ve yönetmen yardımcısı olarak çalıştığı anlaşılan davacının, istisna akdiyle çalışıyor olsa bile 506 sK.’un Ek Madde 10 hükmü uyarınca sigortalı sayılması gerekir. İstisna akdiyle çalışanların dahi sigortalı olabilecekleri, yukarıda sözü edilen SSK Genel Tebliğinde açıkça belirtilmiştir. Ancak Yargıtay 1989 yılında verdiği bir kararda(27) davacının bu maddeden istifadeyle sigortalı olabilmesi için, yaptığı işin sözkonusu listede bulunmasına ilaveten ayrıca gerçekten sanatkar niteliğini kazanmış olması gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtayın, sanatçı olan TRT çalışanı hakkında karar verirken işin 2167 sayılı Kanun hükümleriyle ilgili yönünü de dikkate alması gerekirdi. Ancak bu yapılmamıştır.

Sonuç olarak şunları söyleyebiliriz: Yargıtayın önüne gelen ihtilafın ana noktasını bir çalışanın sigortalı mı değil mi olduğunun tespiti teşkil eden bir davada genel olarak hizmet - istisna akdi, buna bağlı olarak işçi - bağımsız çalışan farkını ve bu akitlerin özellik ve unsurlarını belirttiği bir yerde iş hukukundaki gelişmelere yer vermesi, bunları dikkate alması beklenirdi. Oysa Yargıtay bunları kararına yansıtmadığı gibi, sigortalı sayılabilmek yönünden, BK.’nun hizmet akdinin bir unsuru olarak öngörmediği, işin mutlaka işverenin işyerinde görüleceği, gibi ayrı bir şart aramıştır. O nedenle kararın bu bölümüne katılmıyoruz(28). Kararda katılmadığımız bir başka husus, BK.m.313/II’de açıkça, yapılan işe göre ücret tespitinin kabul edildiği bir durumda, hizmet akdinin bir unsuru olarak zaman esasına göre ücret belirlenmesi esasının öngörülmesidir. Kararda, ayrıca işin 2167 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanuna getirilen Ek Madde 10 hükmü ile ilgili yönü tamamen ihmal edilmiştir. O itibarla, kararı bu açıdan da eksik ve hatalı buluyoruz.

## Dr. Gülsevil Alpagut

İstanbul Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi,  
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku,  
Araştırma Görevlisi

T.C  
YARGITAY  
HUKUK GENEL KURULU  
ESAS NO : 1998/9-46

KARAR NO : 1998/11  
KARAR TARİHİ : 04.02.1998

YARGITAY KARARI

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 3. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 26.6.1997 gün ve 1997/132 E-953 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzere, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 4.11.1997 gün ve 1997/14430-18485 sayılı ilamiyle; (...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı işçi davalıya ait işyerinde çalışmakta iken bağlı bulunduğu sendikanın şube yönetim kuruluna seçilmiştir. Daha sonra bu şubenin genel kurulunda seçilememek suretiyle yönetim kurulundaki görevi sona ermiştir. Davacı tekrar daha önce çalışmış olduğu işyerinin işverenine müracaat ederek işe alınmasını istemiş ise de işe alınmamıştır. Davacı bunun üzerine bu davayı açarak kıdem, ihbar tazminatı ile Toplu İş Sözleşmesinin 12. maddesinde öngörülen tazminatı istemiştir. Hemen belirlemek gerekir ki davacı sendika yönetim kuruluna seçilmekle işyerinden ayrılmış bulunmaktadır. Diğer bir deyimle istifa etmiştir. Böyle bir durum iş akdinin askıya alınması anlamına gelmez. Davacının seçimi kaybettikten sonra tekrar iş yerinde çalışmak istemesine karşılık taraflar arasında yeniden hizmet akdi ilişkisi kurulmamıştır. Bu durum 1475 Sayılı İş Kanununun 13. maddesinde öngörülen ihbar tazminatı ve aynı Kanununun 14. maddesinde belirtilen kıdem tazminatını gerektiren haller kapsamına girmemektedir. O halde, davacının bu isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili

#### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde 11.7.1977 tarihinden 1.9.1993 tarihine kadar aralıksız çalıştığını, bu tarihte profesyonel sendikacı olarak atanması nedeni ile iş akdinin askıya alındığını; 15.2.1996 tarihinde profesyonel sendikacılık görevinin sona ermesi üzerine 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesine dayanarak 15.2.1996 tarihinde işe dönmek için yazılı başvuruda bulunduğunu yasal bir aylık süre geçtiği halde işbaşı yaptırılmayarak iş aktinin fiilen sona erdirildiğini öne sürerek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve TİS'nin 12. maddesi gereğince tazminat isteminde bulunmuştur. Mahkemece kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmiş, TİS'nin 12. maddesi uyarınca istenen tazminatın ise reddine karar verilmiştir. Davalının temyizi üzerine Özel Dairece "davacı, sendika yönetim kuruluna seçilmekle işyerinden ayrılmış yani istifa etmiştir. Bu yön iş akdinin askıya alınması anlamına gelmez. Taraflar arasında yeniden hizmet akdi ilişkisi kurulmamıştır. Bu durum 1475 Sayılı İş Kanununun 13. maddesinde belirtilen ihbar tazminatını ve aynı Kanununun 14. maddesinde belirtilen kıdem tazminatını gerektiren haller kapsamına girmemektedir. Davanın reddi gerekir" gerekçesiyle bozulmuştur. Mahkeme kararında direnmiştir.

2821 Sayılı Yasa'nın 29. maddesi işçi sendikaları ve konfederasyonu yöneticiliğini teminat altına alma amacıyla; "sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçiler, bu görevlerinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek, kendi istekleriyle çekilmek suretiyle son bulması halinde, ayrıldıkları işyerinden işe yeniden alınmalarını istedikleri takdirde işveren talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde bu işçilerin o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorundadır. bu takdirde işçinin eski kıdem hakları ve ücreti saklıdır" şeklinde düzenleme getirilmiştir. Burada uyuşmazlığın çözümü açısından 29. madde ile getirilen teminatın niteliği üzerinde durulması gerekir. Öncelikle belirtelim ki işçilerin sendika yöneticiliğine serbestçe seçilmelerinde ve seçilmeyi istemelerinde kamu yararı vardır. Bu yarar koruyucu tedbirlerin Yasa koyucu tarafından alınmaması, giderek kamu düzenini etkileyici sonuçlar doğurabilir, işte bu nedenledir ki, 2821 Sayılı Yasa 29. maddeye aykırı hareketi ceza-i yaptırıma bağlamıştır. Ne varki, salt bu yaptırım Yasa koyucunun amaçladığı teminatın uygulamada işlemlerini sağlayacak nitelikte sonuçlar yaratmayabilir, gerçekte, de ceza-i yaptırımın niteliğini kendi menfaat dengesi açısından değerlendiren işveren bu ceza-i yaptırıma razı olarak işçiyi işine almayabilir. O nedenle Yasa koyucu bir hususu güvence altına alma amacını güdüyorsa o güvencenin tam anlamıyla işlemlerini sağlayacak düzenlemeyi de getirmek istediğini gözeterek Yasa hükümlerini yorumlamak, yorum kurallarının ve Yasa'nın amacını sağlamanın tabii bir sonucu olduğu açıktır. Hal böyle olunca Yasa'nın amaçladığı teminatın tam işlerliği için ceza-i yaptırımın yanında hukuki yaptırımın da öngörüldüğünün kabulü zorunluluğu doğmaktadır. Nitekim Yasa koyucunun güttüğü amaca uygun düşen bu yorum tarzı madde metnine ilave olunan "zorundadır" sözcüğüne de tamamıyla uygun düşmektedir. Şu durum karşısında 2821 sayılı Yasa'nın 29. maddesine aykırı hareket halinde davacı işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağını kabulünde duraksamaya yer olmamalıdır. O nedenle yerel mahkemenin bu yöndeki, direnmesi yerinde görülmüş ve kararın onanması gerekmiştir. Ne var ki, kıdem ve ihbar tazminatı miktarı dairesince denetlenmediğinden bu hususun incelenmesi için dosyanın Özel Dairesine gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararının ONANMASINA, kıdem ve ihbar tazminatı miktarının incelenmesi için, dosyanın 9. Hukuk Dairesine gönderilmesine, 4.2.1998 gününde oy çokluğu ile



karar verildi.

#### KARŞI OY YAZISI :

Davacı işçi davalıya ait işyerinde çalışmakta iken bağlı bulunduğu sendikanın şube yönetim kuruluna seçilmiştir. Daha sonra bu şubenin genel kurulunda seçilememek suretiyle yönetim kurulundaki görevi sona ermiştir. Davacı tekrar daha önce çalışmış olduğu işlerinin işverenine müracaat ederek işe alınmasını istemiş ise de işe alınmamıştır. Davacı bunun üzerine bu davayı açarak kıdem, ihbar tazminatı ile Toplu İş Sözleşmesinin 12. maddesinde öngörülen tazminatı istemiştir. Mahkemece Özel Dairenin bozma kararına direnilerek ihbar ve kıdem tazminatlarına hüküm kurulmuştur. Davacının sendika yönetim kuruluna seçilmekle işlerinden ayrılmış bulunduğu, bu ayrılmanın diğer bir deyimle istifa veya devamsızlık sebebiyle bir fesih olduğu anlaşılmaktadır. Dosyadaki belgelerden hizmet akdinin askıya alındığı belirtilmiş ise de, böyle bir kabul 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 29. maddesine aykırıdır. Davacının dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlandığı Toplu İş Sözleşmesi dosya içerisinde bulunmamaktadır. İşten ayrılma tarihinde yürürlükte bulunan Belediye-İş Sendikasının bağtladığı Toplu İş Sözleşmesinde profesyonel sendika yöneticiliğinde görev almak için işten ayrılan işçilerin hizmet akitlerinin askıya alınacağı yolunda bir kural bulunsa da; yasaya aykırı olarak yapılan bir düzenlemeye geçerlilik tanınamaz.

## KARARIN İNCELENMESİ

Sendikanın genel kurul dışındaki zorunlu organlarında görev almak işçinin kendi iradesine bağlı olup, maddi ve manevi bir zorlamadan bahsedilemez. Öte yandan, ifa imkansızlığı kısa olmayıp 2821 sayılı Kanunun 12/2. maddesine göre en azından dört yıllık bir süre için söz konusu olduğundan, hizmet akdinin askıya alınmış olması, kabul edilemez. Sendika organlarına veya kamusal görevlere seçilmiş olan işçilerin hizmet sözleşmeleri fesh edilmek suretiyle işten ayrıldıkları öğretide de kabul edilmektedir (Bkz. Prof. Dr. Sarper Süzer, İş Akdinin Askıya Alınması Genel Teorisi, Ankara 1989, s.59). Bu durumda sendika yöneticiliğinden önceki dönem için davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamadığı gibi, işveren ihbar öneli tanımadığı için ihbar tazminatı ödeme borcu altında olduğu düşünülebilir. Davacının seçimi kaybettikten sonra tekrar işyerinde çalışmak istemesi ve işe dönme şartlarının oluşmasına karşılık taraflar arasında yeniden hizmet akdi ilişkisi kurulmamıştır. Bu bakımdan son dönem için 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesinde öngörülen ihbar tazminatı ve aynı Kanununun 14. maddesinde belirtilen kıdem tazminatı hakkı doğmamıştır. Sendikalar Kanununun 29. maddesinde yer alan "zorundadır" sözcüğü bu taleplerin kabulünü gerektirmez. Gerçekten hizmet akdinin haklı bir sebep olmadan feshi halinde koşulları gerçekleştiğinde ihbar ve kıdem tazminatlarından işveren sorumlu tutulabilir. Anılan maddede işverenin hizmet akdini kurmadığı sendika eski yöneticisinden dolayı aynı Kanununun 59/2. maddesine göre para cezasına mahkum edilmesi yeterli olmadığından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.10.1987 tarih ve E: 9-313, K: 728 sayılı kararında (belirtilen olay farklı da olsa) haksız feshin parasal sonuçlarına da katlanması düşünülebilir. Zira, kıdem tazminatının kamu düzeniyle yakın ilişkisi ve haksız yere ödenmesinin ceza-i yaptırımların konusunu oluşturması nedeniyle hizmet akdi kurulmadan feshin sonucu olan bu tazminata karar verilemeyeceği gibi, ihbar tazminatı şartları da oluşmaz.

Bu durumda, Anayasa'nın 51. maddesi uyarınca temel hak olarak güvence altına alınan sendika kurma ve yönetici olma hakkının somutlaşması için düzenlenen Sendikalar Kanununun "İşçi Sendikası ve Konfederasyonu Yöneticiliği Teminatı" başlıklı 29. maddesindeki Yasa boşluğunun, Medeni Kanununun 1. maddesi uyarınca İş Hukukunun "işçinin korunması" ve işçinin sendika yöneticiliği görevi için hizmet akdini feshederken sendikadaki görevinin "seçime girmemek yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle son bulması halinde tekrar eski işi veya eski işlerine uygun bir başka işe diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorunda olduğu" yolundaki düzenlemeye güvendiğinden haksız feshin sonuçları olan tazminatlar gözönünde bulundurularak işe almadığı yönetici için işverenin şartları oluştuğunda bir tazminatla sorumlu tutulması gerektiği kabul edilerek doldurması gerekir.

Ancak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 4. maddesi uyarınca davada ihbar ve kıdem tazminatı ile Toplu İş Sözleşmesinin 12. maddesinde öngörülen tazminat dışında bir talep bulunmadığı ve hakim in istekten başkasına hüküm kurması mümkün olmadığından koşulları oluşmayan ihbar ve kıdem tazminatları isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olduğundan bozulması görüşüyle çoğunluğun kararına katılmıyorum.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda yer alan kararı SenK. m. 29'da düzenlenen sendika yöneticiliğinin teminatı ve buna bağlanan hukuki sonuçlar ile ilgili olup, karar gerekçeleri ve hukuki dayanakları bakımından eleştiriye açıktır.

I. Hukuk Genel Kurulu Kararından anlaşıldığı üzere;

- 1) Davacı (işçi) davalıya ait işyerinde çalışmakta iken bağlı bulunduğu sendikanın şube yönetim kuruluna seçilmiş ve işyerinden ayrılmıştır.
- 2) Davacının yönetim kurulundaki görevi şube genel kurulunda seçilememek suretiyle sona ermiş ve davacı eski işverene müracaat ederek işe alınmasını talep etmişse de, işverence işe alınmamıştır. Davacı bunun üzerine kıdem ve ihbar tazminatı ile toplu İş Sözleşmesinin 12. maddesinde öngörülen tazminatı istemiştir. Yerel mahkemece davacının talepleri kabul edilmiştir.
- 3) Kararın temyizi üzerine davacının talepleri doğrultusunda hüküm tesis eden yerel mahkeme kararı;
  - davacının hizmet sözleşmesinin istifa suretiyle sona erdiği,
  - davacının yöneticilik görevi sona ermesinden sonra işyerinde çalışmak istemesine rağmen yeniden hizmet sözleşmesi ilişkisi kurulmadığı,
  - bu durumun İş Kanununun 13. maddesinde öngörülen ihbar tazminatı ve aynı Kanunun 14. maddesinde belirtilen kıdem tazminatını gerektiren haller kapsamına girmediği gerekçesiyle Yargıtay 9. Hukuk Dairesince bozulmuştur.
- 4) Yerel Mahkemece verilen direnme kararı üzerine konu Hukuk Genel Kurulunca ele alınmış ve Hukuk Genel Kurulu direnme kararını;
  - Yasada 29. maddeye bağlanan cezai yaptırımın maddede amaçlanan teminatın tam işlerliğini sağlamada yetersiz olduğunu bu nedenle cezai yaptırım yanında hukuki yaptırımın da öngörüldüğünü kabul zorunluluğunun bulunduğunu,
  - 29. maddeye aykırı hareket halinde işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağı gerekçeleriyle onamıştır.

II. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 3. Bölüm Teminatlar başlığı altında yer alan 29. maddesinde işçi sendikası ve konfederasyonu yöneticiliğinin teminatı düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında sendika yönetiminde görev almak üzere işten ayrılan işçilerin yönetimdeki görevlerinin belirli nedenlerle sona ermesi ve yine belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda eski işverenlerine işe alma zorunluluğu getirilmiştir. Maddede sendika ve konfederasyon yöneticilerinin iş güvencesi düzenlenmiş, aynı zamanda Anayasada da dayanağını bulan ve olumlu sendika özgürlüğünün uzantısını teşkil eden sendikal faaliyette bulunma hakkı güvence altına alınmış, korunmuştur. SenK.m.29/1'de yöneticilik teminatından yararlananlar "sendika ve konfederasyon yönetim kurulu üyeliği veya başkanlığında" görev alanlar olarak sayılmış, maddenin son fıkrasında "sendika şube yönetim kurulu ile başkanları"nın da aynı haklardan yararlanabileceği belirtilmiştir. Oysa 29. maddenin başlığı "İşçi sendikası ve konfederasyonu yöneticiliğinin teminatı"dır. Doktrinde madde metninde özel olarak açıkça belirtildiğinden yöneticilik güvencesinden sadece kuruluşun yönetim kurullarında veya başkanlığında görev alanların yararlanabileceği belirtildiği gibi, madde başlığında "yöneticilik" sözü kullanılmasından hareketle SenK.m.9/V uyarınca denetleme kurulu üyelerinin de bu kapsamda düşünülmesi gerektiği de savunulmuştur.

1) SenK. m. 29/1'de işçi sendikası ve konfederasyonu yöneticiliği güvencesinden yararlanabilmesi bazı koşulların varlığına tabi tutulmuştur. Bunlardan birincisi, sendika ve konfederasyon yönetim kurullarında veya başkanlığında görev almak sebebiyle işçinin kendi isteği ile işten ayrılmış olmasıdır. Güvenceden yararlanabilmek için ikinci koşul, sendika yönetim kurulu veya başkanlığına seçilen işçinin bu görevinin "seçime girmemek, yeniden seçilememek veya kendi istekleriyle çekilmek" suretiyle son bulmuş olmasıdır. Ancak, "yönetim kurulundaki ve başkanlıktaki görevleri ile ilgili fiillerinden dolayı hüküm giymiş olanlar bu haktan yararlanamazlar" (SenK. m. 29/2).

Nihayet, yukarıdaki şartların gerçekleşmesiyle sendika yöneticiliği güvencesinden yararlanmak isteyen eski yöneticinin bu güvenceden yararlanabilmesi için görevinin sona ermesinden itibaren üç ay içinde işverene başvurması gereklidir.

2) SenK.m.29 ile sağlanan yöneticilik güvencesinin kapsamı, maddede öngörülen şartların gerçekleşmesiyle, sendika yönetim kurulu üyeliği veya başkanlığından ayrılarak işyerine başvuran işçiye eski işinin veya eski işine uygun diğer bir işin verilmesi, diğer bir ifadeyle işverene sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesidir. Maddeye göre; "...işveren talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde bu işçileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorundadır. Bu takdirde işçinin eski kıdem hakları ve ücreti saklıdır..."

Madde metninde işverenin işe alma yükümünün doğması için işyerinde boş yer bulunması koşulu öngörülmemiştir. Bununla birlikte Yargıtay'a göre, işverenin yükümünün doğabilmesi işyerinde boş yer bulunması koşuluna bağlıdır. Oysa doktrinde de belirtildiği üzere eski yöneticinin işe alınmasını boş yer koşuluna bağlamak işe alınmayı tamamen işverenin inisiyatifine bağlamak anlamına gelir. Öte yandan yasada başvuruyu alan işverene eski yöneticinin işe alınması için bir aylık bir süre tanınmıştır ki, bu süre işyerinde boş yer bulunmasa dahi, işverene bu olanağı sağlamak, gerekli tedbirleri almak için tanınmış bir süredir. Kaldı ki, Yasako-yucunun işçinin işe alınmasını boş yer bulunması şartına bağlamak istediği diğer

sözleşme yapma zorunluluklarında, örneğin, İşK. m. 25/A-III ve İşK. m. 27/IV'de bunu açıkça belirtmesinden, SenK.m.29 kapsamına giren durumlarda sözleşme yapma yükümünün doğmasının işyerinde boş yer bulunması koşuluna bağlanmadığı söylenebilecektir.

3) İşverenin SenK. m. 29'da düzenlenen bu yükümüne aykırı davranması halinde hukuki yaptırım konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanundaki açıklık salt SenK.m.59/bent 2'de kabul edilen cezai yaptırım konusundadır. Doktrinde bazı yazarlarca, madde hükmüne aykırılığa salt bir cezai yaptırım getirildiğinden hareketle işverenin sözleşme yapma yükümüne aykırılığı durumunda hukuki bir müeyyidenin sözkonusu olmadığı savunulmuştur .Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, diğer tüm kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluklarında olduğu gibi, burada da işçinin işe alınmak üzere işverene başvurmasına rağmen yükümlülüğünü yerine getirmek için irade beyanında bulunmayan işverene karşı aynen ifa davası açılabilir. Aynen ifa davası sonucunda verilecek hüküm işverenin kabul yönünde irade beyanı yerine geçecek ve bu şekilde hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır .

Yargıtayın sendika yöneticiliğinin güvencesine ilişkin kararlarında ise istikrarlı bir uygulamanın varlığından söz etmek mümkün görünmemektedir. Yargıtayın 274 sayılı kanun döneminde verdiği bir kararda yasa hükmüne aykırı davranan işveren bakımından cezai sorumluluğun yanında hukuki sorumluluğun sözkonusu olduğu ve bu sorumluluğun kapsamının "işe alınmamak suretiyle işsiz kalan işçinin tekrar iş bulabileceği süre içerisindeki ücret alacağı karşılığı tazminat olması gerektiği belirtilmiştir . Yüksek Mahkemenin daha sonraki bir kararında ise, kanuni yükümlülüğüne uymayan işverene karşı kanunda cezai müeyyide dışında başka bir müeyyide konulmadığına hükmedilmiş ancak bu karara karşı verilen direnme kararı üzerine konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca ele alınmış ve Hukuk Genel Kurulu "işverenin bu yükümlülüklerine aykırı davranmasının kural olarak işçiye tazminat davası hakkı vereceği" sonucuna varmıştır .

Yargıtayın 2821 sayılı Kanununun 29. maddesine ilişkin olarak 1986 yılında verdiği kararlarda ise, madde hükmüne aykırılığın ceza yaptırımına veya feshin hukuki sonuçlarıyla ilgili hakların talep edilebilmesine imkan verdiği bunun dışında işe iade anlamına gelecek bir yaptırımın öngörülmediğine hükmedilmiştir . Yargıtay 9HD'nin 1.5.1986 tarihli kararına karşı konunun Hukuk Genel Kurulu önüne gelmesi üzerine, Hukuk Genel Kurulu kararında hiç bir suretle işe alınmama durumunda işe iadeye karar verilemeyeceği, ancak "hukuksal yaptırımın parasal gereklerine hükmedileceği" belirtilmiştir . Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 1987 tarihli bir kararında ise, kanunun hukuki bir yaptırım getirmediği, aynen ifayı da içermediği sadece cezai yaptırım getirdiği, olayda hizmet sözleşmesi de kurulmadığından BK. m. 325 uyarınca ücret talebinde bulunulamayacağı gibi, işçinin haksız fiile dayanarak tazminat da isteyemeyeceği sonucuna varılmıştır . Doktrinde de haklı olarak eleştirildiği gibi, esasen Yargıtayın 1986 tarihli kararlarındaki, feshin hukuki sonuçlarına ilişkin hakların yönetici işçi tarafından talep edilebilmesine ilişkin görüşün benimsenebilmesi için öncelikle taraflar arasında bir hizmet sözleşmesinin varlığı gereklidir. Dolayısıyla Yargıtayın bu kararlarından bir bakıma yüksek mahkemenin hukuki yaptırımın kapsamını belirlemede yönetici işçi ile işveren arasında bir hizmet sözleşmesinin kurulduğu ve bunun işverence feshedildiği varsayımını kabul ettiği söylenebilecektir. Esasen mahkeme kararı ile hizmet sözleşmesinin kurulması gerektiği görüşünü benimseyen yazarlarca da mahkeme kararına rağmen işçiye iş vermeyen işverenin temerrüde düşeceği ve işçinin BK.m.325 uyarınca ücreti talep edebileceği belirtilmektedir ki, hizmet sözleşmesinin feshi ihbarı için neden aranmayan bir hukuki sistem içerisinde eski yönetici işçiyi çalıştırmak, işe almak istemeyen işveren hizmet sözleşmesinin bu yolla kurulmasını takiben sözleşmeyi feshedebilecektir. Bunun hukuki sonucu ise, kural olarak yine işçinin ihbar ve şartları gerçekleşmişse kıdem tazminatına hak kazanması olacaktır. Dolayısıyla yasanın amacı maddede öngörülen şartların gerçekleşmesiyle hizmet sözleşmesinin kurulması olmakla birlikte, sözleşmenin mahkeme kararı ile kurulması feshi ihbarın nedene bağlandığı sistemler bakımından iş güvencesi sağlamakta iken, hukukumuz açısından yine bir tazminatla yetinilmesi sözkonusu olacaktır. Bu bağlamda, öncelikle feshe ilişkin hukuki sistem ve pratik sonuçlar dikkate alındığında aynen ifa davası ile işçinin işe alınmasını savunan görüşün İş Hukuku sistemimiz içerisinde uygulanabilirliği tartışılabilir.

4) Yargıtayın bugüne kadar ki kararlarından çıkan bir diğer sonuç sendika yönetiminde görevi sona eren eski yöneticinin kıdem tazminatına hak kazanmasıdır. Yargıtayın konuya ilişkin bir kısım kararlarında eski yöneticinin kıdem tazminatına hak kazandığı belirtilmiş ancak bunun hukuki dayanağına yer verilmemiştir. Nitekim, 9HD.'nin 1992 tarihli bir kararında "sendikadaki görevinden kendi isteğiyle ayrılan ve eski işine dönme istemi reddedilen işçinin geçmiş hizmetleri toplamına göre ve başvuru tarihindeki ücretine göre ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacağına" hükmedilmiştir . Bunun gibi 1994 tarihli bir diğer kararında sendika yöneticisi seçilerek işten ayrılan işçinin yöneticilik sıfatının sona ermesinden sonra işe alınmaması halinde "işten ayrıldığı tarihteki kıdem ve hizmet süresi esas alınmak suretiyle başvuru tarihindeki emsal kıdemdeki sendika üyesi olmayan işçiye ödenmesi gereken ücret esas alınarak kıdem tazminatına" hak kazandığı belirtilmiştir .

Yargıtayın 1995 tarihli kararlarında ise, eski yöneticinin kıdem tazminatı hakkı doğrudan SenK.m.29/1'de

yer alan "...Bu takdirde işçinin eski kıdem hakları ve ücreti saklıdır" hükmüne dayandırılmaktadır. Kararlarda kıdem tazminatı hakkının doğması için sözleşmenin kurulmuş olması veya 29. maddeye uygun bir başvurunun bulunması da aranmamıştır. Yargıtay 9. HD'nin bir kararında, sendika yönetimindeki görevi, işlediği bir suç nedeniyle ihraç suretiyle sona eren yöneticinin işyerine başvuruda bulunması ancak işe alınmaması üzerine işten ayrıldığı tarihe kadar geçen hizmet süresi için o tarihteki koşullara göre hesaplanacak kıdem tazminatına hak kazanacağına hükmedilmiştir. Yargıtay'a göre; 29. maddede işçinin eski kıdem hakları saklı tutulmuş olup, maddede belirtilen koşullar işe alınma ile ilgilidir. Bu nedenle maddede öngörülen koşulların gerçekleşmemesi işçinin kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldırmaz. Bunun gibi, 9. HD.'nin aynı yıl içinde verdiği bir diğer kararında da profesyonel sendika yöneticiliğinden ayrılıp amatör yönetici olarak faaliyet gösteren işçinin işe alınmadığından bahisle kıdem tazminatı talebini reddeden yerel mahkeme kararı, aynı gerekçe ile bozulmuştur. Görüldüğü gibi, 1995 tarihli kararlarda eski yöneticinin kıdem tazminatı talebi işe alınmamanın hukuki sonuçları kapsamında değil, maddede anılan şartların gerçekleşmediği durumlarda dahi, doğrudan yöneticilik görevinin sona ermesine bağlı bir hak olarak değerlendirilmiş ve kabul edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, maddede yer alan yöneticinin eski kıdem hakları ve ücretinin saklı olduğunu belirten hüküm yeni bir sözleşme kurulması durumunda kıdeme bağlı hakların elde edilmesinde, önceki çalışma süresinin hesaba katılması ve ücretin düşürülmemesini ifade etmektedir. Nitekim, madde metninde hizmet sözleşmesinin kurulması şartları belirtildikten sonra, "bu takdirde işçinin eski kıdem hakları ve ücreti saklıdır" hükmüne yer verilmiş, kıdem haklarının dikkate alınması yeni bir sözleşmenin kurulmasına bağlanmıştır. Bu bağlamda 29. madde kıdem tazminatına hak kazandıran özel bir hali düzenlememektedir. İşçinin yöneticilik görevinin ifası için hizmet sözleşmesini sona erdirmesi İşK.m.13 uyarınca gerçekleştiği için sona erme anında kıdem tazminatına hak kazandırmadığı gibi, salt yöneticilik görevinin sona ermesi de kıdem tazminatına hak kazandırmaz. Nitekim, işverenin yeni bir hizmet sözleşmesi kurması durumunda da ilk çalışma dönemine ait kıdem süresi ancak ikinci sözleşmenin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi koşuluyla hesaba katılacaktır. Bunun gibi, eski yöneticinin işe alınmaması durumunda - mahkeme kararı ile hizmet sözleşmesinin kurulmasına imkan tanıyan görüş kabul edilmediği sürece- kıdem tazminatına hak kazanılması tazminat talebi çerçevesinde yine maddede anılan şartların gerçekleşmesi ve usulüne uygun bir başvurunun bulunmasıyla gündeme gelebilecektir. Tazminat talebinin kapsamında, eski yöneticinin işe alınsaydı elde edebileceği değerler, bu bağlamda -hizmet sözleşmesinin feshi ihbarının nedene bağlanmadığı hukuki sistem içerisinde işçiyi çalıştırmak istemeyen işverenin en fazla feshi ihbar önelleri süresince sözleşmeyle bağlı kalabileceği dikkate alındığında- feshi ihbar önelleri tutarında ücreti ve kıdem tazminatı olabilecektir.

5) Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun inceleme konusu kararına konu olayda; davacı işçi davalıya ait işyerinde çalışmakta iken bağlı bulunduğu sendikanın şube yönetim kuruluna seçilmiş ve şube yönetim kurulundaki görevi genel kurulda seçilememek suretiyle sona ermiştir. Bunun üzerine eski yönetici daha önce çalışmış olduğu işyerinin işverene müracaat ederek işe alınmasını istemiş ise de işe alınmamıştır. Yerel Mahkeme davacının kıdem ve ihbar tazminatı ile TİS'de öngörülen tazminatın ödenmesi talebiyle açtığı davada, davacının şube yönetim kuruluna seçilmesi üzerine hizmet sözleşmesinin SenK. m. 29 uyarınca askıya alınmış olup, yöneticilik görevinin sona ermesinden sonra davacının işe alınmamasının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandıracığı yönünde karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yerel mahkeme kararını davacının işyerinden istifa etmek suretiyle ayrıldığı, yöneticilik görevinin bitmesinden sonra yeniden işyerinde çalışmak istemesine rağmen taraflar arasında hizmet sözleşmesi ilişkisi kurulmadığı, istifa halinin İşK.m.13'de öngörülen kıdem tazminatını gerektiren haller kapsamına girmediği gerekçeleriyle bozmuştur. Dolayısıyla 9. Hukuk Dairesinin bu noktada 1995 tarihli kararlarında yer alan görüşünden döndüğü, ancak bu kararı ile 29. maddeyi tamamen işlevsiz bıraktığı görülmektedir. Öte yandan bu kararda Yargıtayın sendika yöneticisinin işe alınmaması durumunda feshin hukuki sonuçlarına veya hukuksal yaptırımın parasal gereklerine hükmedileceğine ilişkin içtihatlarından da ayrıldığı görülmektedir. Zira karara konu olayda Yargıtay kıdem tazminatı talebini 29. madde kapsamında öngörmediği gibi, "feshin hukuki sonuçları" veya "hukuksal yaptırımın parasal gerekleri" çerçevesinde de değerlendirmemiştir. Sonuç olarak 9. Hukuk Dairesinin bu kararı sendika yöneticilerine tanınan güvencenin salt cezai yaptırıma özgülmesi yönünde bir sonuç doğurabilecektir ki, maddenin lafzı ve ruhu bakımından bu sonucun kabulü mümkün değildir.

6) Nitekim, yerel mahkemece verilen direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu işçilerin sendika yöneticiliğine serbestçe seçilmelerinde ve seçilmeyi istemelerinde kamu yararının bulunduğu, 29. maddeye aykırılığın salt cezai yaptırımla karşılanmasının güvencenin işlerliği bakımından yeterli olmadığı, bu nedenle maddeye aykırılığın bir hukuki yaptırımın kabulünü gerektirdiğini belirterek bu yaptırımın kapsamında ihbar ve kıdem tazminatını öngörmüş ve yerel mahkemenin direnme kararını onamıştır. Şüphesiz SenK.m.29'a aykırılığın salt bir cezai müeyyide ile karşılanması hükmün amacına ve işlevine aykırıdır. Zira

madde hükmünün amacı şartların gerçekleşmesiyle hizmet sözleşmesinin kurulması ve iş güvencesinin sağlanmasıdır ki, bu aynı zamanda olumlu sendika özgürlüğünün de bir güvencesidir. Kişilerin sendika yönetimine katılmaları ancak sendika yöneticiliği görevinin bitmesinden sonra işlerine geri dönme imkanının tanınması ve yöneticilik görevine seçildiği zamana kadar olan haklarının korunması ile gerçekleşebilir. Öte yandan madde hükmünün salt bir cezai yaptırım içerdiği, hukuki bir yaptırım öngörmediğinden de bahsetmek mümkün değildir. Bir hükmün cezai yaptırım ile karşılanması onun hukuki yaptırımdan yoksun olacağı anlamına gelmez.

Bu noktada Hukuk Genel Kurulu Kararı bir hukuki yaptırım gerekliliğinin kabulü açısından yerindedir. Ancak karar bakımından dikkati çeken bir husus, yerel mahkeme kararında sendika yöneticiliğine seçilerek işyerinden ayrılan işçinin hizmet sözleşmesinin askıya alındığından söz edilerek, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin bu bazda değerlendirilmesi, Hukuk Genel Kurulu kararında ise bu konuya yer verilmemesidir. Dolayısıyla Hukuk Genel Kurulunca yerel mahkeme kararının düzeltilerek onanması yoluna gidilmemesinden kararda, ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin kabulünde hukuki dayanak olarak, işçinin sendika yöneticiliğine seçilmekle hizmet sözleşmesinin askıya alındığı görüşünün kabul edildiği sonucu çıkarılabilecektir. Oysa doktrinde de belirtildiği gibi, 29. maddede öngörülen hizmet sözleşmesini sendika yöneticiliğine seçilmesi nedeniyle fesheden işçi ile sözleşme yapma zorunluluğudur. Yasa metninden bu durumda hizmet sözleşmesinin askıya alındığı sonucunun çıkarılması mümkün olmadığı gibi, bu durumda askı halinin kabulü askı kurumunun esaslarıyla da bağdaşmaz. Öncelikle, sendika yöneticiliğine seçilme durumunda işçinin bu görevi kabul zorunluluğu bulunmadığından işin ifası bakımından bir ifa engelinin söz edilemeyecektir. Bunun yanısıra, askıya alınmanın karakteristik özelliklerinden birini oluşturan ifa etmemenin geçici olması durumu da, yöneticilerin görev süresi dikkate alındığında kural olarak bu sürenin geçici olarak nitelendirilmesine imkan vermez. Nihayet yasa metninden askı halinin kabulü sonucu çıkarılamayacağı gibi, karara konu olayda Hukuk Genel Kurulunun taraflar arasında bu yöndeki bir anlaşmadan veya toplu iş sözleşmesi hükmünden de hareket etmediği karşı oy yazısından anlaşılmaktadır. III. Sonuç olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının SenK.m.29'a aykırılığa hukuki yaptırım bağlanmasının kabulü noktasında yerinde olduğu, bu bağlamda 9. Hukuk Dairesinin kararlarının benimsenemeyeceği ancak hukuki yaptırıma dayanak olarak askı halinin kabul edilmesinin askı kurumunun esaslarıyla bağdaşmayıp bunun bir zorlama ifade ettiği belirtilmelidir.