

# siçil

İŞ HUKUKU DERGİSİ

**MALİ HUKUK**  
**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**  
 KARAR İNCELEMELERİ ÇALIŞMA CEZA HUKUKU  
**BİREYSEL İŞ HUKUKU** TOPLU İŞ HUKUKU  
 SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU  
 MALİ HUKUK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU  
 KARAR İNCELEMELERİ  
**MALİ HUKUK**  
 ÇALIŞMA CEZA HUKUKU  
 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU  
**TOPLU İŞ HUKUKU**  
 KARAR İNCELEMELERİ  
 ÇALIŞMA CEZA HUKUKU  
 SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU  
 KARAR İNCELEMELERİ  
**BİREYSEL İŞ HUKUKU**  
 KARAR İNCELEMELERİ  
 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU  
 MALİ HUKUK TOPLU İŞ HUKUKU  
**ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**  
 KARAR İNCELEMELERİ  
 TOPLU İŞ HUKUKU BİREYSEL İŞ HUKUKU  
**MALİ HUKUK** ÇALIŞMA CEZA HUKUKU  
**BİREYSEL İŞ HUKUKU**  
 KARAR İNCELEMELERİ AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU  
**MALİ HUKUK** KARAR İNCELEMELERİ  
 SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU  
**TOPLU İŞ HUKUKU**  
 ÇALIŞMA CEZA HUKUKU  
 MALİ HUKUK BİREYSEL İŞ HUKUKU  
**KARAR İNCELEMELERİ**  
 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU  
**MALİ HUKUK**  
 KARAR İNCELEMELERİ  
 SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU  
**TOPLU İŞ HUKUKU**  
 ÇALIŞMA CEZA HUKUKU  
 BİREYSEL İŞ HUKUKU  
 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU  
**TOPLU İŞ HUKUKU** BİREYSEL İŞ HUKUKU  
 KARAR İNCELEMELERİ HUKUKU **MALİ HUKUK**  
 KARAR İNCELEMELERİ AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU  
**SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**  
 BİREYSEL İŞ HUKUKU MALİ HUKUK  
 TOPLU İŞ HUKUKU



# SOS

Hesabınızda yeterli para olmasa da  
ödemeleriniz güvence altında.



Otomatik ödemeleriniz için İş Bankası'ndan  
**Sınırsız Otomatik Servis (SOS)**  
talimatı verin, ödemeleriniz likit fonlarınızla  
tam zamanında yapılsın.



# SİCİL

## İŞ HUKUKU DERGİSİ

MART '12 • Yıl 7 • Sayı 25

**MESS Adına Sahibi**Tuğrul KUDATGOBİLİK  
MESS Yönetim Kurulu Başkanı**Yazı İşleri Müdürü**Av. İsmet SİPAHİ  
MESS Genel Sekreteri**Yayın Yönetmeni**

Av. Mesut ULUSOY

**Yayın Kurulu**Av. Erten CILGA  
Av. İlhan DOĞAN  
Av. Ender KIZILRAY  
Av. Şeyda AKTEKİN  
Av. Nağme HOZAR  
Av. Vahap ÜNLÜ  
Av. Selçuk KOCABIYIK  
Av. Uygur BOSTANCI  
Av. Murat BATUR  
Av. Dilara DEMİREL  
Av. Mete N. YORULMAZ  
Av. Burak TÜRKMEN**Baskı**Hanlar Matbaacılık  
San. ve Tic. Ltd. Şti.Yeşilce Mah. Aytekin Sok.  
No. 16 Kağıthane/İSTANBUL**Yayın Türü**Yerel süreli yayın. MESS'in  
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

**Baskı Tarihi**

23 Mart 2012

**M E S S****Türkiye Metal Sanayicileri  
Sendikası**Merkez Mahallesi  
Geçit Sokak No: 2  
34381 Şişli/İSTANBULTel: 212 232 01 04  
Faks: 212 241 76 19  
e-posta: mess@mess.org.tr

www.mess.org.tr

Görüşler yazarlara aittir.  
Kaynak gösterilerek alıntı  
yapılabilir.**BİREYSEL İŞ HUKUKU**

<i>6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsaibel Olmayan Bazı Düzenlemeleri</i> .....	5
Prof. Dr. Nuri ÇELİK	
<i>Geçici İş İlişkinin Özel İstibdam Büroları Aracılığı ile Kurulmasına İlişkin Yeni Düzenleme Önerileri</i> .....	10
Prof. Dr. Toker DERELİ	
<i>Muvazzaf Askerlik ve Bedelli Askerliğin Hukuki Sonuçları Açısından Karşılaştırılması</i> .....	15
Prof. Dr. Ali Rıza OKUR	
<i>İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler</i> .....	23
Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT	
<i>Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak Üzerine Bir Değerlendirme)</i> .....	33
Doç. Dr. Levent AKIN	
<i>Ödünç İş İlişkinde Değişiklik Bu Defa Gerçekleşiyor Mu?</i> .....	44
Doç. Dr. Serkan ODAMAN	
<i>Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinin Devri Halinde Devredenin Birlikte Sorumluluğu</i> .....	54
Arş. Gör. Dr. Ulaş BAYSAL	
<i>İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi ve Uygulaması</i> .....	60
Ahmet TAŞKIN	
<i>İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Düünden Bugüne</i> .....	93
Av. Şeyda AKTEKİN	

**KARAR İNCELEMELERİ**

<i>İşyerinde Sigara İçme Yasağını İblal Eden İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi -Yargıtay 9.HD.'nin 11.10.2010 Tarıblı Kararının İncelenmesi-</i> .....	106
Doç. Dr. Hediye ERGİN	
<i>Fazla Çalışmanın İşpatı</i> .....	113
Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ	
<i>Sözleşme Özgürlüğü ve İkale</i> .....	121
Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAKCI	
<i>İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu</i> .....	136
Dr. A. Eda MANAV	

**TOPLU İŞ HUKUKU**

<i>Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme (31.01.2012 Tarıblı Kanun Tasarısı)</i> .....	159
Prof. Dr. Metin KUTAL	

**KARAR İNCELEMESİ**

*Yetki İhtilafı Yaşanan Kamu İşyerlerinde Ücret Zammı Uygulaması* ..... 178  
Av. Filiz ATAY

**SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

*Boşandığı Eşiyle Birlikte Yaşayanın Aylığının Kesilmesi*  
*-Anayasa Karşısında Bir Ülke Gerçeği-*..... 190  
Prof. Dr. Tankut CENTEL

*Son Değişikliklerden Sonra Genel Sağlık Sigortasının Kişiler Bakımından Kapsamı*..... 197  
Prof. Dr. Nüvit GEREK

*5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortasından Kaynaklanan*  
*Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme*  
*(Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.2011 Taribli Kararı Çerçevesinde)*..... 205  
Prof. Dr. Murat ŞEN

*Ücretsiz İzinli İşçilerin GSS Primi Ödeme Zorunlulukları*..... 227  
Dr. Özkan BİLGİLİ

*Sosyal Güvenlik Destek Primini Hangi Sigortalılar Öder ve*  
*Ödenen Bu Prime İstinaden Sağlanan Yardımlar Nelerdir?..* ..... 234  
Murat UĞUR

**MALİ HUKUK**

*Türkiye ile Almanya, Belçika ve Fransa Arasındaki Çifte Vergilendirmeyi*  
*Önleme Anlaşmalarındaki Emek Gelirlerine İlişkin Düzenlemeler* ..... 243  
Prof. Dr. Ahmet KIRMAN

*İşletmelerde Mesleki Eğitim Gören Öğrencilere ve Çıraklara Yapılan*  
*Ücret Ödemelerinde Asgari Geçim İndirimi Uygulanır mı?*..... 249  
Yrd. Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

**ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

*Ceza Hukuku Boyutuyla Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi*..... 256  
Dr. Barış DUMAN

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

*Avrupa Birliği'nin Aile ve İş Yaşamının Uyuşlaştırılması Konusunda*  
*Ebeveyn İznine Yönelik Yeni Direktifi* ..... 274  
Doç. Dr. Alpay HEKİMLER

**KARAR İNCELEMESİ**

*İşyeri Uygulamaları ve Koşulları*..... 284  
Av. Nağme N. HOZAR



# Sendikal yaşamda hareketli günler bizleri bekliyor

Yeni yıl ile birlikte çalışma hayatında yeni bir döneme gireceğimizi söylemek yerinde olacaktır. Şöyle ki, bir yandan Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı, diğer yandan ise İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı sırasıyla TBMM'nin ve hükümetin en önemli gündem maddelerini teşkil etmektedir.

Bilindiği üzere, TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nun 13 Mart 2012 tarihli toplantısında "Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı" üzerindeki görüşmeler tamamlanmıştır. Hazırlanacak Komisyon raporunun önümüzdeki günlerde TBMM Genel Kurulu'na gönderilmesi beklenmektedir. Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda köklü değişiklikler yaparak, iki Kanun'u tek bir Kanun altında toplamaktadır. Tasarının hazırlanış nedenleri arasında; 2010 yılında T.C. Anayasası'nda yapılan değişikliklere uyum sağlamak bulunmaktadır. Diğer bir neden ise, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Avrupa Birliği (AB)'nin uzun yıllardan beri 2821 ve 2822 sayılı Kanunlara yönelik eleştirilerini mümkün olduğunca karşılamaktır. Söz konusu değişikliklerin yasalaşmasının ardından sendikal yaşamda yeni bir sayfa açılacağı kuşkusuzdur. Özellikle sendika üyeliğinin kazanılması, sendikal güvenceler, işkolu barajı ve grev yasakları gibi konularda yapılan esash değişikliklerin etkilerinin ne olacağı uygulamalarla ortaya çıkacaktır.

Öte yandan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin önce yürürlüğünün durdurulması ve sonra iptal edilmesi, takip eden dönemde ortaya konan İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı'nın geri çekilmesi, bu konuda bir kanun çalışması yapılmasını gündeme ge-

tirmiş, böylece İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağı ortaya çıkmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağı, Bakanlık tarafından 25 Ocak 2012 tarihinde Başbakanlığa sunulmuştur. Başbakanlık'ta bulunan Taslağın TBMM'ye gönderilmek üzere imzaların tamamlanması beklenmektedir. Kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanlarına uygulanacak olan Kanun Tasarısı Taslağı'nın yasalaşması sırasında tüm tarafların görüşlerinin alınmasında fayda bulunmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği gibi fevkalade önemli bir alanı düzenleyecek Kanun'un, gerek uygulamacılar gerek yargı mercileri için en iyi şekilde kaleme alınması ve en az tartışmaya sebebiyet verecek şekilde düzenlenmesi zorunludur.

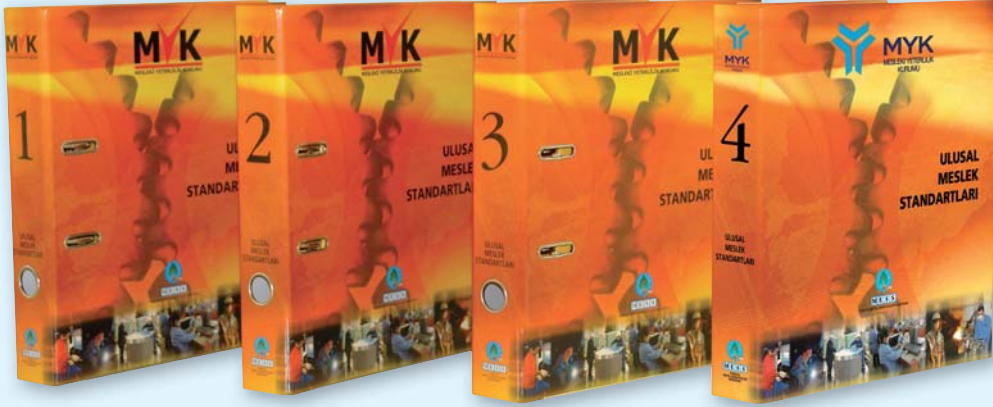
Her iki konuda değerlendirmelerin yer aldığı dergimizin 25. sayısındaki diğer bazı konu başlıklarımız ise şöyle: Boşandığı eşiyile birlikte yaşayanın aylığının kesilmesi-Anayasa karşısında bir ülke gerçeği-, işletmelerde mesleki eğitim gören öğrencilere ve çıraklara yapılan ücret ödemelerinde asgari geçim indirimini uygulanır mı?, iş hukuku açısından işletmelerde disiplin sistemi ve uygulaması ile işyeri uygulamaları ve koşulları. Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemelerinin yer aldığı dergimizin 25. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunarız.

Saygılarımla,  
**Av. İsmet Sipahi**



# Ulusal Meslek Standartları

Ulusal Meslek Standartları sektörün ihtiyacı olan nitelikli işgücüne erişimi hızlandıracak.



Metal sanayinde yeniliklerin öncüsü olan MESS, Mesleki Yeterlilik Kurumu'ndan (MYK) aldığı yetkiyle otomotiv ve metal sektörlerinde Ulusal Meslek Standartları'nı hazırlama görevini sürdürüyor. Hazırlanan Ulusal Meslek Standartları, AB normlarıyla uyumlu bir Ulusal Yeterlilik Sistemi'nin oluşturulmasında temel görevi üstlenecek.

Son olarak 20 Aralık 2011 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan İşletme Elektrik Bakımcısı Seviye 5 Ulusal Meslek Standardı ile bugüne kadar MESS tarafından hazırlanan toplam Ulusal Meslek Standardı sayısı 57'ye ulaştı. Sendikamız MESS, Ulusal Meslek Standartları'nın ulaşılabilirliğini artırmak ve arşivlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yayımlanan standartları ilgili tüm kurum ve kuruluşlar ile sosyal paydaşlara dağıttı. Sendikamızın, meslek standartlarının hazırlanması alanındaki çalışmalarını sektörün önde gelen temsilcileri olan üyeleri ile eşgüdümlü olarak sürdürüyor.



## Yayın Talebi İçin

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi  
Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL  
Tel: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19  
e-posta: mess@mess.org.tr - www.mess.org.tr

Prof. Dr. Nuri ÇELİK

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri

## 1. Giriş

1. Bilindiği gibi, 2011 yılında İş Hukuku alanını ilgilendiren üç temel kanun çıkarılmıştır. Bunlar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'dur. Ancak, İş Hukuku açısından bunların en çok önemli olanı hiç kuşkusuz 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'dur. Bu incelememizde, İş Kanunu'ndaki iş sözleşmeleri paralelinde Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilen hizmet sözleşmelerinin uygulamada önem kazanacağı düşüncesiyle bunlardan bazıları üzerinde durmakta yarar görüyoruz.

2. Hemen belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu'nda son derecede geniş kapsamlı olarak 76 maddede düzenlenen (m. 393-469) hizmet sözleşmelerinin isabetli olanları yanında isabetli olmayanları da vardır. Bunların isabetli olanlarını aşağıdaki şekilde kısaca açıkladıktan sonra isabetli olmayanlarını ayrıntılı olarak ele almaktayız.

İsabetli sayılan sözleşme hükümlerinin değerlendirilmesi esas itibariyle ayrı bir inceleme konusunu oluşturmaktadır. Bu itibarla; Türk Borçlar Kanunu'nun isabetli olduğunu düşündüğümüz hükümlerini, öğretilerdeki tartışmalara girmeksizin, sadece genel bir bilgi vermek üzere ve özet olarak şu şekilde sıralayabiliriz:

Türk Borçlar Kanunu'nda, İş Kanunu'nun 11. maddesindeki düzenlemeye paralel olarak, belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme olarak yapılmasının geçerliliği için esaslı nedenin varlığının aranmış olması (m. 430/II) yerindedir. Aynı şekilde, İş Kanunu'ndaki gibi, belirli süreli sözleşmeyi sona erdirmek için, ister işçi isterse işveren fesih bildiriminde bulunsun, işçiye günde iki saatlik iş arama izninin verilmesi (m. 421/II), azami süresi belirli iş sözleşmesindeki, işçinin kendi rızası ile işten ayrılması durumunda işverene ceza koşulu olarak belirli bir parayı ödeyeceğine ilişkin hükmün tek yanlı olarak işçi aleyhine bir düzenleme olması nedeniyle işçiyi bağlamayacağı esasına, ayrıca kötüniyet tazminatının fesih bildirimini

## Fesih bildirim süreleri bakımından İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasında işin niteliğinden doğmayan bir farklılığın yaratılması isabetsizdir.

süresinin üç katı tutarında olmasına ilişkin İş Kanunu hükmüne Türk Borçlar Kanunu'nda da yer verilmiş olması (m. 420/I ve m. 435), iki kanun arasında işçilerin nitelikleri ve çalışma koşulları bakımından ayırım yapılmasının gereksizliği nedeniyle isabetlidir. Bunun gibi, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın sürenin bitiminden önce işverence sona erdirilmesinin hukuki sonuçlarının İş Kanunu'nda düzenlenmemesinden doğan boşluğun doldurulması konusunda Türk Borçlar Kanunu'nda yeni bir hükme yer verilmiştir. Bununla, sözleşmede kararlaştırılan sürenin sonuna kadar işverence ödenecek tutarın ücret olmayıp tazminat olacağı yolunda ortaya atılan değişik görüşlerin Türk Borçlar Kanunu'nda yasal bir dayanağa kavuşturulmuş olmasının (m. 438/I) yararlı olduğu kuşkusuzdur. Bunlardan başka, fazla çalışmanın yapılmasında İş Kanunu'na göre işçinin onayı alınmakla birlikte, onun fazla çalışma yükümünden söz etmeyi gerektiren koşullar belirtilmemiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda bu boşluğun doldurulması amacıyla bir düzenlemeye yer verilmiş olması da isabetli olmuştur.

## II. Türk Borçlar Kanunu'nun İsbetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri

Bu incelememizde hizmet sözleşmelerinin isabetli olmayan düzenlemelerinin uygulama açısından önemli sorunlar yaratabileceği düşüncesiyle bunlardan bazıları üzerinde durmakta yarar görüyoruz.

Türk Borçlar Kanunu'nun değerlendirmeye esas aldığımız düzenlemeleri üç konu ile ilgili bulunmaktadır. Bunlar aşağıda ayrı ayrı açıklanmaktadır:

### 1. Fesih bildirim süreleri

#### a) İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasındaki farklılıklar

İş Kanunu'nda, belirsiz süreli iş sözleşmelerine ilişkin olarak, işçinin çalışmış olduğu sürele göre bildirimden sonra sözleşmelerin sona ermelerine kadar geçecek olan süreler gösterilmiş bulunmaktadır (m. 17/II). İş Kanunu'nda, işçinin işyerinde kıdemi arttıkça fesih bildirim sürelerinin de artması kabul edilmiştir. İş Kanunu'na göre, fesih bildirim süresi, işi altı aydan az sürmüş işçi için iki, altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için dört, işi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için altı, işi üç yıldan fazla sürmüş olan işçi için sekiz haftadır. Bunlara karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nda ise farklı bildirim süreleri kabul edilmiştir. Bu Kanuna göre, fesih bildirim süresi kıdemi bir yıla kadar sürmüş olan işçiler için iki hafta, bir yıldan beş yıla kadar olan işçiler için dört hafta, beş yıldan fazla olan işçiler için ise altı haftadır (m. 432/II). Fesih bildirim süreleri bakımından İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasında işin niteliğinden doğmayan bir farklılığın yaratılması isabetsizdir<sup>1</sup>.

#### b) Bildirim sürelerinin asgari olması ve değişik şekilde artırılmasının geçerli sayılıp sayılmayacağı

İş Kanunu'ndaki fesih bildirim süreleri asgari olup iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleriyle artırılabilir (m. 17/III). Kanundaki sürelerin işçi ve işveren için değişik olarak artırılmasının geçerli sayılıp sayılmayacağı konusunda bugüne kadar yapılmış olan tartışmalar İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilen yeni bir düzenleme ile sona erdirilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'na göre, fesih bildirim sürelerinin her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da uygun olan fesih bildirim süresi uygulanır (m. 432/V)<sup>2</sup>.

Hemen belirtelim ki, bu konunun tartışıldığı eski dönemde eski Borçlar Kanunu'na (m. 340/son) dayanılarak savunulan bir görüşe göre, bu



## Türk Borçlar Kanunu'nda sadece hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi düzenlenmiş (m. 435 vd.), iş güvencesine ilişkin hükümlere yer verilmemiştir.

durumda kararlaştırmanın geçersiz sayılacağı ve değişik sürelerin yerini yasal sürenin alacağı görüşüne<sup>3</sup> karşı ortaya atılan baskın görüş tarafından Türk Borçlar Kanunu'na yeni olarak getirilen hükümdeki (m. 432/V) esas benimsenmişti<sup>4</sup>.

Tarafların yasal sürenin altında kararlaştırdıkları sürenin yerine Kanundaki asgari süre uygulanır<sup>5</sup>.

Yargıtay'ın kanımızca isabetsiz kararlarına göre, Kanundaki fesih bildirim sürelerinin artırılmasına ilişkin bir sınırın olmaması, bu artışın sınırsız olarak yapılabileceği şeklinde yorumlanamaz, aksine düşünce tarzı toplu iş sözleşmesi ile bildirim süresinin on yıl olarak belirlenmesine ve uygulanmasına imkân verebilir. Toplu iş sözleşmesinde fahiş olarak belirlenen bildirim sürelerine hâkimin müdahalesi gerekir<sup>6</sup>. Yargıtay'ın başka bir kararında üst sınır en çok ihbar ve kötünîyet tazminatlarının toplamı kadar olarak kabul edilmiştir<sup>7</sup>.

### 2. Süreli fesih bildirim ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi

Süreli fesih bildirim, kural olarak, belirsiz süreli sürekli iş sözleşmeleri için söz konusudur. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bir halde, istisnaen, belirli süreli iş sözleşmesi de bu yolla sona erdirilebilir. Şöyle ki; belirli süreli iş sözleşmesinin on seneden fazla bir süre için yapılması halinde Türk Borçlar Kanunu'na eskisinden oldukça farklı olarak getirilen yeni düzenlemeye göre, taraflardan her biri on sene geçtikten sonra altı aylık fesih bildirim süresine uyararak sözleşmeyi feshedebilir (m. 430/III). Eski Kanuna, güçsüz olan işçinin kişilik haklarını korumak amacıyla, onun her zaman bir aylık süre vererek sözleşmeyi feshettiğini bildirebileceği yolunda bir hüküm getirilmiştir<sup>8</sup>. Görüldüğü gibi, yeni düzenleme

ile eskiden sadece işçiye tanınan fesih hakkı işverene de tanınmış, ayrıca eskiden bir ay olan fesih bildirim süresi altı aya çıkarılmıştır. Bunun yerinde bir düzenleme olduğu söylenemez<sup>9</sup>.

### 3. Fesih bildirimine ilişkin koşullara uyulmaması (ihbar tazminatı)

İş Kanunu'nda gösterilen fesih bildirim koşuluna uymadan işi terk eden işçi ya da aynı şekilde işçinin işine son veren işveren, Kanun'daki bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarını tazminat olarak ödemek zorundadır (m. 17/IV). Türk Borçlar Kanunu'nda ise değişik bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, işçi haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır (m. 439/I). Bunun tartışmaya açık ve yerinde olmayan bir düzenleme olduğu kabul edilebilir<sup>10</sup>.

### 4. Süresiz fesih bildirim ile sözleşmenin sona erdirilmesi (Haklı nedenle derhal fesih)

İş Kanunu'na göre, süresiz fesih bildirim ile sözleşmenin derhal sona erdirilmesinde haklı bir nedenin varlığı aranmaktadır. İş sözleşmesinin süresi belirli ya da belirsiz olsun, İş Kanunu'nda gösterilen nedenlerden birinin gerçekleşmesi halinde işçi ya da işveren buna dayanarak sözleşmeyi sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin derhal feshedebilir (m. 24, 25). Hemen belirtelim ki, Kanun'daki iş güvencesi hükümlerine göre işçinin iş güvencesi kapsamında olması ya da olmaması, iş sözleşmesinin süresiz fesih bildirim ile sona erdirilmesi bakımından, herhangi bir fark yaratmaz. Sadece iş güvencesi kapsamında olan işçiler iş güvencesi hükümlerine göre bu güvenceden yararlanabilecek iken, iş güvencesi kapsamında olsun ya da olmasın bütün işçiler haklı nedenle derhal fesih hakkından yararlanabileceklerdir.

Türk Borçlar Kanunu'nda ise durum farklı

dır. Bu Kanun'da sadece hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi düzenlenmiş (m. 435 vd.), iş güvencesine ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. İşçilerin nitelikleri ve çalışma koşulları bakımından iki kanun arasında böyle bir farklılık yaratmanın isabetsiz olduğu açıktır<sup>11</sup>. İki kanun arasındaki farklılık öğretide başka bir tartışmaya da neden olmuştur. Türk Borçlar Kanunu'ndaki sözleşmenin derhal feshinde fesih bildirimini yazılı olması esasının geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesi ve bunun İş Kanunu uygulamasında da aranması gerektiği yolundaki görüşe<sup>12</sup> karşı aksi yönde bir görüş<sup>13</sup> ortaya atılmış bulunmaktadır. Öğretide ve Yargıtay kararlarında konuya ilişkin olarak kabul edilen esaslar bütünüyle göz önüne alındığında aksi yöndeki görüşün isabetli olduğu sonucuna varılmaktadır.

### 5. Yıllık ücretli izin süreleri

İş Kanunu'na göre, çalışma süresi, bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara yılda 14 gün; beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara yılda 20 gün; onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yılda 26 gün yıllık ücretli izin verilir. Ancak, onsekiz ve daha küçük yaşta işçilerle 50 veya yukarı yaşta işçilere verilecek yıllık ücretli izin 20 günden az olamaz (m. 53/IV, V). Kanun'da, çalışma süresi beş yıla kadar olanlara tanınan izin süresi ile ilgili olarak "beş yıl dahil" ibaresine yer verilmiş, böylece, beş yılı aşan ancak altıncı yılı doldurmamış olan işçinin 20 günlük izne hak kazanamayacağı hususuna açıklık sağlanmıştır<sup>14</sup>.

Yıllık ücretli izin süreleri ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu'nda İş Kanunu'ndakinden farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'na göre, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve 18 yaşından küçük ve 50 yaşından büyük işçilere en az üç hafta yıllık ücretli izin verilir (m. 422). Kanun'un bu düzenlemesinden sonraki 423/425. maddelerinde, iznin kullanılmasına ve ücretine ilişkin hükümlerden başka, izinde indirim yapılması konusunda bir düzenlemeye de yer verilmiştir. İki ayrı kanuna tabi olmakla birlikte işçilerin nitelikleri ve çalışma koşulları bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda özellikle

işçi aleyhine yaratılan farklılıkların gereksiz ve isabetsiz olduğu açıktır<sup>15</sup>.

### DİPNOTLAR

- 1 Aktekin, 13.
- 2 Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 15; bu hükmün İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerine uygulanamayacağı görüşü, Mollamahmutoğlu/Astarlı, 804; bu düzenlemenin isabetli olmadığı ve bildirim sürelerinin işçi açısından kısaltulabilmesine olanak sağlanması gerektiği görüşü, E. Özdemir, Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesi'nin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri, 109.
- 3 Atabek, İş Akdinin Feshi, 60-61; Saymen, 558; Oğuzman, Fesih, 192; Tunçomağ, Borçlar Hukuku II, 916; Çil, Şerh, C.1, 734.
- 4 Schweingruber, 114; Çelik I, 230-231; Esener, 225; Çenberci, 243; Ekonomi I, 170; Kaplan, Fesih Hakkı, 55; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 138 dn.25; Mollamahmutoğlu, Hizmet Sözleşmesi, 244; Engin, Toplu İş Sözleşmesi, 148; Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, 637-638; Süzek, İş Hukuku, 462; Soyer, Grundsatzte, 105.
- 5 Çenberci, 242; Narmanlıoğlu I, 271; Centel I, 173; Günay, Şerhli İş Kanunu, 405-406.
- 6 Yarg. 9. HD., 11.4.2006, E. 2006/2630 K. 2006/9547 ve kararı isabetli bulan F. Şahlanan'ın incelemesi, Tekstil İşv. D., Aralık 2006 eki, 2-4; 21.3.2006, E. 2006/109 K. 2006/7052 ve her iki karara ilişkin K. Bakırcı'nın eleştirisi, Sicil İHD, Mart 2007, 106-113; Yargıtay görüşü yönünde H. Kızıoğlu, Sicil İHD, Eylül 2007, 77-81; F. Uşan, Legal İHD, 2007/15, 974-979; Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, 40-41; E. Tuncay Kaplan, Bildirim Sürelerinin Artırılmasının Üst Sınırı, Sicil İHD, Mart 2008, 10-13; bkz. ve karşı. M. Sur, 2006 Yılı Kararları Semineri, 240; bu kararlar, toplu iş sözleşmesinin hâkim tarafından değişen koşullara uyarlanabileceği yolundaki diğer kararları yönündedir; bu konuda aksi yöndeki görüşümüze ve diğer kaynaklara ilişkin olarak bkz. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 24. Bası, İstanbul 2011, § 62a, II, ayrıca bkz. Çelik, Nuri: Toplu İş Sözleşmeleri ile Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılan Sorunlar, Çalışma ve Toplum, 2011/4, 11-21.
- 7 Yarg. 9. HD. 14.7.2008, E. 2007/2449 K. 2008/20203 ve F. Şahlanan'ın sınırlı bir şekilde uygulamak kaydı ile Yargıtay'ın görüşünü isabetli bulan incelemesi, Tekstil İşv. D., Temmuz 2010 eki, 2-4.
- 8 Oğuzman, fesih, 161; Seliçi, 141; Kaplan (Senyen-Kaplan), 34-40.
- 9 Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 13-14; aynı yönde, E. Özdemir, Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri, 110.
- 10 Soyer, agm, 16; Güneş/Mutlay, 276.
- 11 Aktekin, 13.
- 12 Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 14; Gülver, 1008, 1011.
- 13 Alpagut, Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, 938-939.



- 14 Düzenlemedeki “beş yıl dahil” ibaresi konusunda 1475 sayılı Kanun dönemindeki tartışma ile ilgili olarak bkz. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, İstanbul 2000, 284.
- 15 Aktekin, 13; Mollamahmutoglu/Astarlı, 1162; Alpagut, Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, 915; karşılaştırmalı bilgi ve deyimlendirme özensizliğine ilişkin eleştirisi için bkz. Güneş/Mutlay, 265-269.

## KAYNAKLAR

- Aktekin, Şeyda: Yeni Bir İş Mevzuatı Mı Yaratılıyor, MESS İşv. Gazetesi, Nisan 2009, 13.
- Alpagut, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi), İB/GS Üniv. tarafından düzenlenen İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 11. Yıl Toplantısı yayını, İstanbul 2008, 19-52 (Sözleşmesel Kayıtlar).
- Alpagut, Gülsevil: Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İHD, 2011/31, 913-959 (Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri).
- Atabek, Reşat: İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938.
- Centel, Tankut: İş Hukuku, Cilt: I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994 (Centel D).
- Çelik, Nuri: İş Hukuku I, Genel Bilgiler-Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1971 (Çelik D).
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 24. Bası, İstanbul 2011.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 5. Bası, Ankara 1984.
- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1-3, 2. Baskı, Ankara 2007 (Şerh).
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984 (Ekonomi D).
- Engin, E. Murat: Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, İstanbul 1999 (Toplu İş Sözleşmesi).
- Esener, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1978.
- Günay, Cevdet İlhan: Şerhli İş Kanunu, Cilt 1-3, Ankara 2001.
- Güneş, Başak/Mutlay, Faruk Barış: Yeni Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 2011/3, 231-288.
- Kaplan, Emine Tuncay: İşveren Fesih Hakkı, Ankara 1987.
- Kaplan (Senyen-Kaplan), Emine: Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999.
- Kılıçoğlu, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2002.
- Mollamahmutoglu, Hamdi: Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995.
- Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin: İş Hukuku, 4. Bası, Ankara 2011.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, I, 3. Baskı, İzmir 1998 (Narmanlıoğlu D).
- Oğuzman, M. Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955 (Fesih).
- Özdemir, Erdem: 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Sicil İHD, Aralık 2011, 107-113 (Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri).
- Saymen, Ferit Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- Schweingruber, Edwin: Kommentar zum Dienstvertrag des Schweizerisches Obligationenrechts, Dritte Auflage, Bern 1960.
- Soyer, Polat: Grundsätze und Gegenwartsprobleme des Türkischen Arbeitsrechts, Recht und Freiheit, Symposium zu Ehren von Reinhard Richardi, 99-100 (Grundsätze).
- Soyer, Polat: Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Sicil İHD, Haziran 2011, 12-21 (Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi).
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008.
- Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992.
- Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977 (Borçlar Hukuku II).

Prof. Dr. Toker DERELİ

Işık Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Geçici İş İlişkisinin Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Kurulmasına İlişkin Yeni Düzenleme Önerileri

Ülkemizde esnek çalışma ve geçici iş ilişkisiyle ilgili düzenleme girişimlerinde yakın geçmişte yaşanan deneyimleri dikkate alan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Kasım 2011 itibariyle, bazı yeni istihdam türlerine ve geçici iş ilişkisinin özel istihdam büroları vasıtasıyla kurulmasına ilişkin yeni kanun taslakları hazırlamıştır. Bu yazıda sadece mesleki amaçlı geçici iş ilişkisine yönelik düzenleme önerileri incelenecektir. Burada konunun Batı Avrupa'da ve ülkemizde geçirdiği aşamalar bakımından gerek AB'nin bu alandaki 19 Kasım 2008 tarihli 2008/104/EC sayılı Yönergesinin neşrinden önce, gerek bu Yönergenin kabulünden sonra çeşitli incelemelere konu olduğunu belirtmeliyiz.<sup>1</sup>

Bilindiği gibi, 4857 sayılı İş Kanunumuzda geçici (ödünç) iş ilişkisine dair tek düzenleme 7. maddedeki 'bir işçinin holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde... çalıştırılmak üzere başka bir işverene devredilmesini öngören' düzenlemedir.<sup>2</sup> Ödünç iş ilişkisinin mesleki bir faaliyet olarak yürütülmesini kapsamayan benzer düzenleme-

ye Bakanlık Taslağının değişik 7. maddesinde yine yer verilmiştir.

Mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi ilk kez 4857 sayılı Kanun'un kabulü sırasında gündeme gelmişti. Aslında bu Kanunun taslağını hazırlayan Bilim Kurulu, ILO'nun 181 sayılı Sözleşmesi'nde alternatif istihdam türlerinden biri olarak değinilen mesleki amaçlı üçlü ödünç iş ilişkisinin esaslarını, Avrupa uygulamalarından esinlenerek taslağın 93. maddesinde düzenlemişti. Bilindiği gibi, işçi tarafının tepkileri sonucunda bu düzenleme kanunda yer almamıştır. Konu ile ilgili AB Yönergesi'nin 2008'de kabulünden sonra İş Kanunu'nu tadile yönelik 26 Haziran 2009 tarihli ve 5920 sayılı İş Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu da, 7-A maddesinde mesleki amaçlı geçici çalışmayı AB Yönergesi doğrultusunda tekrar düzenlemiş, ancak yine işçi tarafının tepkileri sonucunda Cumhurbaşkanı bu düzenlemeyi eşitlik ve işçinin korunması ilkelerini yeterince gözetmediği gerekçesiyle veto etmiştir. Daha sonra 25 Şubat 2011 tarih-



li Torba Kanun olarak adlandırılan 6111 sayılı Yasaya temel olan Tasarı, 7-A maddesini tekrar gündeme getirmiş, fakat bu düzenleme de yine eleştiriler sonucunda kabul edilen kanun metninde yer almamıştır.

Gerçekte geçici işçi bürolarının Batı ülkelerinde de yasallaşması benzer tepkilerden ötürü kolay olmamış, hatta AB'nin bu konudaki yönergesi bile çeşitli girişimlerden sonra ancak 2008'de kabul edilebilmiştir. İşçi sendikaları ve genellikle aşırı kurallaştırma yanlı çevreler geçici çalışanların geleneksel sürekli çalışanlara göre daha düşük ücretlerde ve kötü çalışma koşullarında istihdam edildiklerini ve iş güvencesinden yoksun olduklarını belirtir, ayrıca bu kategoride çalışanları farklı işyerlerinde ve kesintili çalışmalarından dolayı örgütlemenin güç olduğunu vurgularlar. Medya haberlerinde kullanılan sözcükler, örneğin "kiralık işçi" çeşidinden tanımlamalar da bu olumsuz bakış açısını yansıtır. Konuya bu çeşit 'algılanan klişe bakış' açılarından yaklaşıldığında işçi sendikalarının tepkilerini doğal karşılamak gerekir. Ne var ki, ülkemizde işçi tarafı aynı duyarlılığı yasa çalışmalarının başka aşamalarında, örneğin iş güvencesinde eşğin 30 işçiye yükseltilerek kapsamın daraltılmasında ya da "sendika temsilcilerinin bulunmadığı işyerlerinde işçi temsilcilerinin seçilmesi suretiyle yasanın gerekli gördüğü bazı danışma işlevlerinin yerine getirilmesinin sağlanması" konusunda göstermemişlerdir. Oysa bu gibi konularda ortaya çıkan sakınca ya da boşluklar işçi davasının amaçları ve sendikaların işlevleri bakımından geçici işçiliğin olası sakıncalarından daha önemsiz değildir. Kaldı ki, geçici çalışma yoluyla AB'de istihdamda artışlar sağlandığı yayımlanan istatistiklerce kanıtlanmıştır. Birçok genç işçi çalışma hayatına dönemsel işçilikle başlarken bu istihdam türü kendileri için sürekli çalışmaya dönüşebilmektedir. Yine de AB ülkelerinin tümünde uygulanan bu tür çalışmaya tabi olan işçi oranının pek fazla olmadığı (AB ortalaması olarak % 1,5) söylenebilir.<sup>3</sup> Sistemin daimi işçiliğe geçiş için yararlı, ama işçi sendikalarının örgütlenmeleri açısından düşündükleri derecede sakıncalı boyutlara varmayacağı belirtilmelidir.

Öte yandan ülkemizde geçici çalışmanın mesleki bir faaliyet olarak yürütülmesine İş Kanunu'nda yer verilmemekle beraber, bu yoldan iş ve işçi bulmanın artan esneklik arayışlarına bağlı olarak bazı kişiler ve kurumlar tarafından fiilen ve denetimsiz biçimde uygulandığı bilinmektedir. Bu alanda süregelen boş faaliyetleri sınırlayarak yasal bir çerçeveye oturtmak, hem geçici işçilerin korunması, hem de sektörün kayıt içine alınarak denetlenmesi için gereklidir. Bu faaliyeti borçlar hukukundaki benzer kavramlarla ya da geçici (dönemsel) işçiliğe göre farklı bir üçlü ilişki olan asıl işveren-alt işveren ilişkisi içinde yürütmeye çalışmak sağlıklı çözümler getirmez ve sorunlara yol açar.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın hazırlayıp sosyal tarafların görüşüne sunduğu 2011 Kasım değişiklik Tasarı Taslağı, konuyu AB Yönergesi'nin öngördüğü genel kurallar içinde ve ülkemiz koşullarını dikkate alarak düzenlemeye çalışırken daha önceki tasarılar da düzeltmeler yapmayı ve eksiklikleri gidermeye çalışmıştır. Ancak Taslak bunu yaparken kanımızca bir yandan işçiyi korumak amacıyla da olsa aşırı düzenlemeler yapmış, ama aynı zamanda bazı çelişki ve sakıncalara da yol açmıştır.

Taslakta 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2, 7, 8, 91 ve 99. maddelerinde değişiklikler yapılarak, yeni bazı tanımlar getirilmiş, geçici iş ilişkisine ilişkin 7. madde gözden geçirilmiş, işçi ile yapılacak geçici iş sözleşmesinin ve çalıştırılan işverenle yapılacak geçici iş temini sözleşmesinin şekil şartları düzenlenmiştir. Ayrıca İŞKUR Kanunu'nun bazı maddeleri değiştirilerek geçici işçilikle 7. maddedeki düzenlemelerle paralellik sağlanmak istenmiştir.

Taslağın mesleki anlamda işçi bulma ve yerleştirme faaliyetini bu alanda liberal düzenlemeyi yeğleyen bazı ülkelerdeki gibi herhangi bir gerçek ya da tüzel kişiye değil de asıl amacı esasen iş ve işçi bulmaya aracılık olan bir özel istihdam bürosunun yetki alanı içinde düzenlenmesi isabetli olmuştur. Burada, özel istihdam bürosunun kuruluş ve faaliyet için gerekli izin ve ruhsat koşullarını yerine getirmesi yanı sıra, geçici işçi çalıştırabilmek için ek bazı yüküm-

lülükleri yerine getirmesi gerekecektir. Bu husus esasen baştan itibaren savunduğumuz ve önceki tasarımlarda da yer alan bir gerekliliktir.<sup>4</sup> Taslağa göre, geçici iş ilişkisi kurma izni başvuru tarihinden önceki iki yıl süresince kesintisiz faaliyet gösteren bürolara verilecek, ayrıca İŞKUR tarafından yapılan inceleme sonucunda olumlu rapor düzenlenmiş olması, asgari ücretin iki yüz katı tutarında teminat verilmesi, büro alacağının ve vergi borcunun bulunmaması veya bu borcun yapılandırılmış olması, büro işverenin Sosyal Güvenlik Kurumu'na borcunun bulunmaması koşulları aranacaktır. Taslak ayrıca geçici iş ilişkisi yetkisinin derhal iptal edilmesini gerektiren halleri ve kuralların ihlal edildiğinin anlaşılması durumunda gerçekleştirilecek iptal işleminin aşama ve esaslarını saymıştır. Taslakta eşit işlem ilkesine ilişkin olarak geçici işçinin ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından emsal işçiyle aynı koşullara sahip olması gereği AB Yönergesi doğrultusunda düzenlenmiştir. İş sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin olarak da, geçici iş ilişkisi kurulan işveren gerekli önlemleri almakla, büro ve geçici iş ilişkisi kurulan işveren de gerekli eğitimleri vermekle yükümlü tutulmuştur.

Taslakta İş Kanunu'nun 7. maddesi değiştirilerek mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin kurulmasına yönelik hükümler getirilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında geçici iş ilişkisinin ancak şu hallerde kurulabileceği öngörülmüştür: (a) iş sözleşmesi devam eden işçinin herhangi bir nedenle iş görme edimini yerine getirememesi; (b) işletmenin iş hacminin öngörülemeyen şekilde artması; (c) aralıklı olarak gördürülen kısa süreli işlerde; (d) iş güvenliği bakımından acil işlerde; (e) işletmenin günlük işlerinden sayılmayan işlerde; (f) mevsimlik işlerde. Fıkranın (b) bendi günlük işlerden sayılan işlerde geçici işçi çalıştırılmayacağı izlenimini verirken, (a) bendinden günlük işlerde görev yapmaya devam eden işçinin herhangi bir nedenle iş görme edimini yerine getirememesi halinde geçici iş ilişkisinin kurulabileceği anlamı çıkmaktadır. Bu çelişki, önerilen kapsamı zaten fazlaca daraltan "...günlük işlerden sayılmayan işlerde ..." ifadesinin kaldırılması ile giderilebilir. Geçici işçi çalıştırılacak pozisyonların sı-

nırlanması sürecin kötüye kullanımını önlemek açısından gereklidir ve AB Yönergesi ile uyumludur. Ancak Taslakta belirtilenlere "özel beceri veya teknolojik uzmanlık gerektiren işlerde" ifadesinin eklenmesi, bu çeşit işler ödünç işçi ihtiyacının daha sık duyulabileceği bir kategori olması bakımından yararlı olur.

7. maddenin 4. fıkrasında geçici iş ilişkisiyle çalıştırılacak işçi sayısının işyerindeki işçi sayısının beşte birini geçemeyeceği öngörülmüştür. Bu oran Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen metinde dörtte bir olarak önerilmişti. Taslak kötüye kullanmayı önlemek amacıyla oranı beşte bire indirmiştir. Örneğin 100 işçinin çalıştığı bir işyerinde en çok ancak 20 geçici işçi çalıştırılabilecektir ki, kısıtlama açısından bu makul bir orandır. Maddenin 5. fıkrasında ise 'ilk kez düzenlenecek geçici iş ilişkisinin dört ayı geçemeyeceği, ihtiyacın devam etmesi halinde sözleşmenin toplamda oniki ayı geçmemek üzere en çok üç kez yenilenebileceği' düzenlenmiştir. Oysa maddenin gerekçesinde uzamayı gerektirebilecek bazı haller belirtilerek söz konusu süre 6 ay olarak öngörülmekte ve ihtiyacın devam etmesi halinde sözleşmenin en çok üç kez yenilenmek kaydıyla toplam 18 aya kadar uzatılabileceğinden bahsedilmektedir. Taslakta 7. maddenin devamı olarak yer alan "holding bünyesi içinde veya aynı şirket gruplarında işyerleri arasındaki ödünç geçici işçilikte" de toplam süre bilindiği gibi 18 aydır. İki hüküm arasında paralellik kurmak ve biraz daha esneklik sağlamak üzere burada da toplam sürenin 18 ay olarak düzenlenmesi uygun olur.

7. maddenin 2. fıkrasına göre 21.4.2005 tarih ve 5335 sayılı Kanun'un 30. maddesinin 2. fıkrası kapsamına giren kurum ve kuruluşlarda geçici işçi çalıştırılmaz. Maddenin 6. fıkrasında ise çalıştıran işverenin iş sözleşmesi feshedilen işçisini fesih tarihinden itibaren altı ay içinde geçici işçi olarak çalıştıramayacağı belirtilmiştir. 10. fıkraya göre, yürürlükteki 7. maddede olduğu gibi, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren (büro) ile birlikte sorumludur. İşçi işyerine ve işe ilişkin olup ku-



suru ile sebep olduğu zarardan geçici iş ilişkisi kurulan (çalıştıran) işverene karşı sorumludur. Yine mevcut 7. maddeye paralel olarak, çalıştıran işveren grev ve lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığının tarafı ise, geçici işçi grev ve lokavtın uygulanması sırasında çalıştırılmaz. (2822 sayılı Yasanın 39. maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla.) İşveren, yani büro, işçisini grev ve lokavt süresince kendi işyerinde çalıştırmak zorundadır.

Taslağın 12. fıkrasında, yürürlükteki 7. maddenin 6. fıkrası tekrarlanarak, toplu işçi çıkarılmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde geçici iş ilişkisinin gerçekleştirilemeyeceği vurgulanmıştır.

Taslağın 7. maddesinin 4 (a) fıkrasına göre büro ile geçici işçi olarak çalışacak işçi arasındaki sözleşme yazılı olarak yapılmazsa, süresi ne olursa olsun büro açısından belirsiz iş süreli iş sözleşmesi niteliği taşır. Maddenin 4 (ç) fıkrası gereğince büro ile işçi arasında yapılacak iş sözleşmeleri esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmesi niteliği taşır. 4 (d) fıkrasına göre ise, büro ile çalıştıran işveren arasındaki sözleşme yazılı olarak yapılmazsa bu sözleşmeye göre çalışan büro işçisi sözleşmenin süresi ne olursa olsun çalıştıran işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçisi sayılır. Maddenin 4 (e) fıkrası ise önemlidir. Buna göre “geçici iş ilişkisinin oniki ayın (önerimiz doğrultusunda değiştirilebilirse, onsekiz ayın) ya da sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen devam etmesi halinde sözleşmenin başlangıcından itibaren geçerli olmak üzere çalıştıran işverenle işçi arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş olur. Bu durumda büro, işçinin geçici iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sözleşme süresiyle sınırlı olmak üzere sorumludur. Benzer hükümlere, düzenlemeye ilişki olarak yaptığımız önceki önerilerimizde de yer verilmişti.<sup>5</sup> 7. maddenin yukarıda belirtilen fıkraları uygulamada gerek büro ile işçisi, gerek çalıştıran işverenle geçici işçiler arasındaki iş sözleşmelerinin giderek belirsiz süreli sözleşmeye dönüşme olasılığını gündeme getirmektedir. Bu nedenle, yasal açıdan açık olmakla birlikte, belirsiz süreli işçilerin, (30 işçi

ve altı aylık kıdem kriterleri çerçevesinde) İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinden yararlanacaklarını ayrı bir madde ile belirtmekte yarar vardır.

Taslağın eşitlik ilkesini gözetme amacıyla yaptığı belki iyi niyetli bir düzenleme ise, toplu çalışma ilişkilerimizin hukuksal çerçevesi ile çelişmektedir. Şöyle ki, maddenin 7. fıkrasının (a) bendinde büro işçisinin devredildiği işyerinde toplu sözleşme ile sağlanan haklardan, sosyal yardım ve hizmetlerden işyerinin taraf olduğu işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemek suretiyle emsal işçi ile eşit ölçüde yararlanacağı belirtilmiştir. Bilindiği gibi sistemimizde toplu sözleşmeden kural olarak taraf sendikasının üyeleri, taraf sendikaya üye olmayan işçiler ise o sendikaya dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanırlar. Dayanışma aidatı işçinin talebi üzerine işçinin ücretinden işverence kesilerek işyerinde uygulanan toplu sözleşmenin tarafı olan işçi sendikasına ödenir. Geçici iş ilişkisinde işçinin işvereni, işçiyi çalıştıran işverene devreden istihdam bürosudur. Büronun, taraf olmadığı bir toplu sözleşmeye dayanarak sağlanan ücreti, ücret artışlarını ve sosyal yardımları işçiyeye ödeme yükümlülüğünden bahsedilemez. Burada çalıştıran işverenin ücret ödeme yükümlülüğü olmadığından bu işverenin dayanışma aidatını işçinin büro tarafından ödenen ücretinden keserek işyerinde uygulanan toplu sözleşmeye taraf sendikaya ödemesi de söz konusu olamaz, zira büro işyerinde uygulanan toplu sözleşmeye taraf değildir. Düzenleme ile işyerinde emsal işçilerin eşit işleme tabi olmaları kuralı gerçekleştirilmek istenmiştir. AB Yönergesi ile bir çelişki olmadığı gibi bazı ülke sistemleri geçici iş ilişkisinde bu opsiyona da yer vermişlerdir. Ne var ki ülkemizdeki düzenleniş biçimiyle bir dayanışma aidatı bu sistemlerde mevcut değildir. Dayanışma aidatının Türkiye'ye özgü düzenlenişi açısından burada açık bir çelişki mevcuttur. Bu nedenle düzenlemenin metinden çıkarılması doğru olur. Geçici çalışan büro işçileri ancak büronun girdiği işkolunda faaliyet gösteren işçi sendikasının taraf olduğu toplu sözleşmeden yararlanabilirler. Burada özel istihdam bürolarının girdiği işkolunun belirlenmesi gerektiğini de belirtmeliyiz.<sup>6</sup> Öte yandan, Anayasa değişikliğinin ve esneklik

düzenlemelerinin toplu çalışma ilişkileri sisteminde gerekli hale getirdiği yasal değişiklikler gerçekleştiğinde, işçinin ayrı işkollarında birden çok sendikaya ya da hatta aynı işkolunda farklı işverenlere ait işyerlerinde birden çok sendikaya üye olmalarının yolu açılacağından, geçici işçinin çalıştıran işverenin işyerindeki toplu sözleşmenin tarafı işçi sendikasına üye olarak onun yaptığı toplu sözleşmeden yararlanması esasen mümkün olacaktır.

Taslağın İş Kanunu'nun 99. maddesinin 1. fıkrasında yaptığı değişikliklerle, Yasada öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işverene ceza verilmesi öngörülmekte, izleyen fıkralarda ise bu cezalar belirtilmektedir. Bu fıkralarda göze çarpan bazı çelişkilerin ve mükerrer cezaların herhalde gözden geçirilmesi gerekecektir.

Eşitlik ve işçiyi koruma amaçlarının yeterince gözetilmesi kaydıyla, geçici işçiliğin özel istihdam büroları aracılığı ile yapılmasının, halen büyük çoğunluğu kayıt dışı çalıştırılan bu işçilere yasal koruma sağlanması, bu yolla sosyal güvenlik prim gelirlerinin artması, AB kurallarına uyum sağlanması, dezavantajlı gruplara daimi iş bulma olanaklarının artırılması ve yeni işler yaratılması açısından çeşitli yararları olacaktır. Bakanlık bu konuda ideale oldukça yakın öneriler yapmıştır. Yine de Taslak Tasarı haline getirilirken önerdiğimiz düzeltmelerin yapılması ve sosyal tarafların görüşlerinin dikkate alınması yararlı olur. Bu yazıdaki görüşler kuşkusuz hiçbir tarafı bağlamamakta, sadece kişisel yaklaşımımızı yansıtmaktadır. Kanımızca benzer tepkilerin yine de doğması olasılığı vardır. Burada çok daha güçlü tepkilerin 1963'te grev hakkı yasalaşırken veya 2003'te iş güvenliği düzenlenirken sermaye çevrelerinden, ya da yine 2003'te esneklik düzenlemeleri yapılırken işçi sendikalarından geldiği anımsanmalıdır. Ama o zamanlar iddia edildiği gibi ne Türk sanayii bu değişiklikler sonucu çökmüş, ne de işçiler sanıldığı ölçüde ciddi kayıplara uğramışlardır.

## DİPNOTLAR

- 1 Örneğin, bakınız: T. Dereli, "Batı Avrupa'daki Uygulamalar Işığında Dönemsel (Geçici) Çalışma ve Türkiye Üzerinde

Düşünceler," İşveren, Cilt 43, sayı 12, Eylül 2005, ss.30-34. Aslı B. Acar, "Geçici İstihdam Bürolarının Çalışma Yaşamı Açısından Önemi ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi," İstanbul Üniversitesi, 2011 (henüz neşredilmemiş doktora tezi). N. Ata, "Özel Bürolar Geçici İstihdam İçin Aracılık Yapabilmesi," İşveren, Cilt 43, sayı 12, Eylül 2005, ss. 25-27. N. Süral, "Özel İstihdam Büroları," İşveren, Cilt 43, sayı 12, Eylül 2005, ss. 35-38. Ayrıntılı bir tahlil için, bakınız: M. Kabakçı, "5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükümünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi," Çalışma ve Toplum, Sayı 31, 2011/4, ss. 73-112.

- 2 Avrupa Konseyi daha geçici işçilikle ilgili bir yönerge üzerinde çalışmaya başlamadan önce 91/383 sayılı Yönerge'yi kabul ederek belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışanlar yanı sıra ödünç iş ilişkisi ile çalışan dönemsel işçilerin iş güvenliği ve sağlığı bakımından korunmalarını öngören kuralları koymuştur. 4857 sayılı İş Kanunumuz bu yönerge bağlamında 7. maddesindeki mesleki amaçlı olmayan geçici işçilik düzenlemesinde sadece "...işveren işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür" hükmüne yer vermiştir. Öte yandan İş Kanunu açısından 91/383 sayılı AB Yönergesi'nin uygulanmasına yönelik olarak 7 Nisan 2004 tarihli "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" çıkarılmıştır.
- 3 CIETT, "The Agency Work Industry Around the World," Brussels, CIETT Publications, 2011.
- 4 Bakınız: Dereli, op.cit. s.34.
- 5 İbid.
- 6 T. Dereli, "Flexicurity and Turkey's New Labor Act: Problems and Prospects," ILERA'nın 16. Filadelfiya Dünya Kongresi için hazırlanan bildiri, 2012, s.14.

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Muvazzaf Askerlik ve Bedelli Askerliğin Hukuki Sonuçları Açısından Karşılaştırılması

## I. Giriş

Askerlik doğurduğu sonuçlar, özellikle erkekler açısından son derece önemlidir. Her erkek yaşamının belli bir dönemini, bu görevi ayırmak ve kendisini buna göre ayarlamak zorundadır. Türkiye’de gerçek yaşam askerlik görevini tamamladıktan sonra başlamaktadır. İş bulma, evlenme hep askerliğe endekslenmiştir. Askerlik yapmadan iş bulmak çok zordur. Yine askerlik yapmadan evlenmek de kolay kolay göze alınamamaktadır. Bunda askerlik süresinin oldukça uzun oluşunun etkisi de büyüktür.<sup>1</sup>

İş ve evlenme dışında askerlikle ilgili sorunlar, “vicdani kabul”, “terör”, “bedelli askerlik”, ve “profesyonel ordu” olarak gündeme girmiştir. Biz askerlikle ilgili bu felsefi, sosyolojik ve ekonomik boyutlara girmeden hukuki açıdan askerlikle ilgili üç değişik sorunu, muvazzaf askerlik ve bedelli askerlik açısından ayrı ayrı tartışacağız.

Bu hukuki sorunlar:

- Askerliğin memuriyet kıdemine etkisi (657 s. DMK. m. 83-84)

- Askerlik borçlanması (5510 s. SS ve GSSK m. 41)

- Kıdem tazminatı (1475 s. İş K. m. 14)

Bu soruları ayrı ayrı ele alıp tartışmadan önce muvazzaf askerlik ve bedelli askerliği daha yakından tanımak amacıyla, muvazzaf askerliği ve bedelli askerliği Anayasa açısından, kamu oyundaki bedelli askerlikle ilgili değerlendirmeler açısından ayrı ayrı ele aldıktan sonra yukarıda işaret ettiğimiz üç sorunu tartışmaya çalışacağız.

## II. Anayasa ve Askerlik

Anayasa’da askerlik 1982 Anayasası’nın 72. maddesinde “vatan hizmeti” başlığı altında:

“Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.”

Görüldüğü gibi Anayasa’da askerlik bir vatan hizmeti olarak ele alınmakta ve bir hak ve



ödev olarak nitelendirilmektedir. Madde askerlikten söz etmektedir. Vatan hizmetinden kasdedilenin “askerlik hizmeti” olduğu maddeden dolaylı olarak anlaşılmaktadır. Maddenin ikinci cümlesi bu hizmetin silahlı kuvvetlerde veya kamu kesiminde yerine getirileceğinden söz edince, bunun askerlik hizmeti olduğu anlaşılmaktadır. Madde başlığı “Askerlik Hizmeti” olarak sunulsaydı konu çok daha açık olacaktı. 72. madde Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödevler”in düzenlendiği dördüncü bölümde yer almaktadır. Bu bölümde yer verilen diğer hak ve ödevler sırasıyla: Türk Vatandaşlığı (m. 66), seçme seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları (m. 67), siyasi partilerle ilgili hükümler (m. 68), kamu hizmetlerine girme hakkı (m. 70), vatan hizmeti (m. 72), vergi ödevi (m. 73), dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkıdır (m. 74). Görülüyor ki bu hak ve ödevlerin içeriği açıkça anlaşılmaktadır. Ancak “vatan hizmeti” son derece soyut ve genel bir kavramdır. Bunun sadece “askerliğe” hasredilmesinin nedenine, Anayasanın metninde ve konuya ilişkin bilimsel çalışmalarda yer verilmemiştir.<sup>2</sup>

### III. Muvazzaf Askerlik

Muvazzaf askerlik Anayasa'nın 72. maddesinde işaret edildiği gibi kanunla düzenlenmiştir. Bu Kanun 1927 tarihli Askerlik Kanunudur.<sup>3</sup> Askerlik Kanunu'nun 1. maddesine göre “Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmağa mecburdur.”

Kanunun 2. maddesi askerlik çağını belirlemektedir. Bu hükme göre askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğüne yazılı olan yaşına göre ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmibir sene sürer. Maddenin 9. fıkrası “muhacirler” için özel bir düzenleme getirmiştir: Bunlardan, “Eski memleketlerinde askerlik ettiklerini veya bunun yerine bedel verdiklerini tevsik edenler tekrar muvazzaf hizmete tabi tutulmayıp yaşlıları yerli erbaş ve er ile yedeğe geçirilirler.”

11. fıkrada “Türk vatandaşlarından, Kıbrıs

Türk Federe Devletinde askerlik yaptıklarını tevsik edenler tekrar muvazzaf hizmete tabi tutulmazlar.”

2. maddenin 12. fıkrası bazı koşullarla yabancı ülkede yapılan askerliği de, Türkiye’de muvazzaf askerlik hizmetini yapmış olarak saymaktadır:

“Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenecek esaslara göre; yurt dışında doğan ve ikamet edenler ile kanuni rüşt yaşına kadar yabancı bir ülkeye gitmiş olanlardan buldukları ülke vatandaşlığını da kazanan Türk vatandaşları, talepleri halinde, durumlarına uyan ve Kanunun öngördüğü askerlik statülerinden biri içerisinde askerlik mükellefiyetlerini 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar yerine getirebilirler veya tabiiyetinde buldukları diğer ülkede askerlik yapmış olduklarını belgelemek kaydıyla mükellefiyetlerini yerine getirmiş sayılırlar. Bunların 38 yaş sonuna kadar askerlikleri ertelenmiş kabul edilir.”

Askerlik Kanunu'nun 5. maddesi muvazzaf askerlik süresini ele almaktadır. Bu hükme göre “Erbaş ve erler için muvazzaflık hizmeti süresi; Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel Komutanlığında onsekiz aydır. Bu sürenin, barışta, önce onbeş aya ve bilahare oniki aya kadar indirilmesine, Silahlı Kuvvetlerin de ihtiyacı dikkate alınarak, Bakanlar Kurulunca karar verilebilir.”

5. maddenin 4. fıkrası askerlik çağı dışında bırakılmanın temel esasını düzenlemektedir: “Bu Kanunun tespit ettiği esaslar dışında veya muvazzaflık hizmetini yapmadıkça hiç bir fert askerlik çağından çıkarılamaz.”

### IV. Bedelli Askerlik

#### 1. Temel Esaslar

Askerlik Kanunu sadece “muvazzaf askerliği” düzenlememiştir. Bunun yanında belli bir döviz veya bedel ödeyerek de “muvazzaf askerlik hizmetini” yapmış sayılmayı kabul etmiştir.

Kanunun 10. maddesi “Askerlik yükümlülüğüne” tabi tutulma ve bu yükümlülüğün nasıl yerine getirilmiş sayılacağına dair esaslara yer vermiştir. Buna göre:

“1. Her celp yılından evvel o yıl silah altına alınacak miktar, kaynak olarak Milli Savunma Bakanlığınca tespit edilerek Genelkurmay Başkanlığına bildirilir. Genelkurmay Başkanlığı da Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyaç miktarını tespit ederek Milli Savunma Bakanlığına bildirir.

2. O yıl askere alınacakların tamamı, mevcut celp sistemine uygun olarak temel askerlik eğitimine tabi tutulur. Her celp döneminde eğitim merkezlerine sevk edilen miktar Genelkurmay Başkanlığınca belirlenenden fazla ise; ihtiyaç fazlası olan yükümlüler, temel askerlik eğitimini müteakip, o yılın 1 Ocak tarihindeki T.C. Merkez Bankası döviz alış kurları esas alınarak, dövizle askerlik için tespit edilen miktarın yarısının karşılığı Türk Lirası bedel ödemek veya istekte bulunan kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapmak suretiyle askerlik hizmetlerini yerine getirmiş sayılırlar.

Saklı, yoklama kaçağı veya bakaya durumunda bulunanlar ihtiyaç fazlası kapsamına alınmazlar.

3. Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetlerin ihtiyacı olarak belirlenen yükümlüler askerlik hizmetini bu Kanun hükümlerine göre erbaş veya er olarak yerine getirirler.

Bedel ödemek isteğinde bulunanlar ile kamu kurum ve kuruluşlarında görevlendirileceklerin miktarı, Türk Silahlı Kuvvetleri ihtiyaç fazlası miktarından az ise; geri kalan ihtiyaç fazlası yükümlüler kalan askerlik hizmetini, bu Kanun hükümlerine göre erbaş veya er olarak yerine getirirler.”

Görülüyor ki, “muvazzaf askerlik” yasada tek tip olarak düzenlenmiş değildir. Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyacı kadar yükümlü temel askerlik eğitimine tabi tutulurken (klasik muvazzaf askerlik), ihtiyaç fazlası ya bedel ödeyerek ya da kamu kurumlarında görevlendirilerek askerlik hizmetlerini yapmış sayılmaktadır.

10. maddenin 4/A bendi “bedel ödeme” konusunu<sup>4</sup>, 4/B bendi ise “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevlendirilme”<sup>5</sup> konusunu madde madde düzenlemektedir.

## 2. Bedelli Askerlik

Bedelli askerlik “döviz karşılığı” (ek m. 1)

ve “TL. karşılığı” (geçici m. 47, 47, 48) olmak üzere ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Bedelli askerlikle ilgili temel esaslarda 2011 yılında 6108<sup>6</sup> ve 6252<sup>7</sup> sayılı Kanunlarla bazı değişiklikler yapılmıştır.

### a) Döviz karşılığı bedelli askerlik

Bu konuyu düzenleyen ek madde 1'e göre: “(2299, 3802, 5380 s. K. larla değişik) Oturma veya çalışma iznine sahip olarak işçi, işveren sıfatıyla veya bir meslek ya da sanatı icra ederek, yurt içinde geçirilen süreler hariç olmak üzere, toplam en az üç yıl süre ile fiilen yabancı ülkelerde bulunan bu Kanun ile 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanununa tâbi yükümlüler, 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar durumlarını ispata yarayan belgelerle birlikte bağlı oldukları Türk konsoloslukları aracılığı ile askerlik şubelerine başvurmaları, (değişik ibare 6252, 30.11.2011 s. K.) 10.000 Avro veya karşılığı kadar yönetmelikte belirtilecek yabancı ülke parasını, başvuru tarihinden itibaren 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar ödemeleri<sup>8</sup> hâlinde muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar. Dövizle askerlik hizmetinden yararlanmak üzere başvuranlar; öngörülen dövizli başvuru sırasında def'aten ödeyebilecekleri gibi, dörtte birini başvuru sırasında, kalanını 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar olan süre içinde en çok üç eşit taksitte ödeyebilirler.

Dövizle askerlik hizmetinden yararlanmak üzere yaptıkları başvuruları kabul edilen yükümlülerden, gereken şartları taşımadıkları anlaşılanlar, ödemeleri gereken yabancı ülke parasını yönetmelikte belirtilen sürelerle uygun ödemeyenler, ücret veya maaşları yurt içinden transfer edilenler, yabancı ülkelerde resmî görevle bulunanlar, dövizle askerlik hizmetinden yararlanmak için gereken yükümlülüklerinin devamı süresince toplam olarak her takvim yılının yarısından fazlasını yurt içinde geçirenler, yurda kesin dönüş yapanlar veya dövizle askerlik hizmetinden yararlanma şartlarını kaybedenler, istekleriyle vazgeçenler, askerliğe elverişsiz olduğu tespit edilenler Millî Savunma Bakanlığı tarafından dövizle askerlik hizmeti kapsamından çıkartılarak durumlarına uygun askerlik işlemine tâbi tutulurlar.

Her ne sebeple olursa olsun 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar dövizle askerlik hizmetinden yararlanmak üzere başvurmayanlar ile başvurdukları hâlde döviz ödemelerini yapmadıkları için dövizle askerlik hizmeti kapsamında çıkartılanlar, 10.000 Avro veya karşılığı kadar yönetmelikte belirtilecek yabancı ülke parasını, başvuru sırasında defaten ödemeleri kaydıyla bu Kanun hükümlerinden yararlanırlar.”

### **b) TL karşılığı bedelli askerlik**

Döviz karşılığı bedelli askerlik sürekli bir düzenlemedir. TL karşılığı bedelli askerlik ise zaman zaman çıkarılan geçici düzenlemelerle sağlanmaktadır. Amaç askerlik için bekleyenlerin azaltılması veya hazineye ek gelir sağlanmasıdır. Bedelli askerlikle ilgili tartışmalar bu şıkta karşımıza çıkmakta, dövizle askerlik şıkkı üzerinde fazla durulmamaktadır. Bu konudaki son düzenleme 30.11.2011 tarihli, 6252 sayılı Askerlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la<sup>9</sup>, Askerlik Kanununa eklenen geçici 46, 47, 48 ve 49. maddelerde gerçekleştirilmiştir.

Bu maddelere değindikten sonra bedelli askerliğin lehinde ve aleyhinde ileri sürülen görüşlere değinecek, bedelli askerlikle profesyonel ordu bağlantısı üzerinde duracak, son olarak da “muvazzaf askerlik açısından” değişik kanunlarda yer alan “Memuriyet Kıdemi (657 s. K. m. 83-84)”, “Askerlik Borçlanması (5510 s. K. m. 41)”, “Kıdem Tazminatı Talebi (1475 s. K. m. 14)” haklarından bedelli askerlik yapanların yararlanabilip yararlanamayacağı konularını hukuki açıdan değerlendireceğiz.

Geçici madde 46'ya göre, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte<sup>10</sup> her ne sebeple olursa olsun henüz fiili askerlik hizmetine başlamamış, 31 Aralık 2011 tarihi itibarıyla (bu tarih dâhil) 30 yaşından gün almış ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu ile 1111 sayılı Askerlik Kanununa tabi yükümlüler, istekleri halinde, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde askerlik şubelerine başvurmaları<sup>11</sup> ve 30.000 Türk Lirası parayı ödemeleri şartıyla temel askerlik eğitimine tabi tutulmaksızın askerlik hiz-

metini yerine getirmiş sayılırlar. Başvuruda bulunanlar, öngörülen miktarı başvuru sırasında defaten ödeyebilecekleri gibi, yarısını başvuru sırasında diğer yarısını ise başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde de ödeyebilirler.”

Geçici madde 47'ye göre: “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce<sup>12</sup> temel askerlik eğitimini süresi içinde yapmadıkları gerekçeyle dövizle askerlik hizmeti kapsamında çıkarılanlardan, halen 1111 sayılı Kanunun ek 1 inci ve geçici 43 üncü maddelerinde belirtilen diğer yararlanma şartlarını taşıdıklarını ve bu Kanunla değiştirilmeden önceki miktarlar üzerinden ödemelerini süresi içinde tamamladıklarını konsolosluklara müracaatla belgelendirenler, muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar. Bunlar hakkında askerlik hizmetini yerine getirmedikleri için idari ve adli soruşturma ve kovuşturma yapılmaz, başlatılmış olanlar sona erdirilir.”

### **3. Bedelli askerliğin politik, sosyolojik ve ekonomik açıdan değerlendirilmesi**

Nüfus arttıkça askerlik için başvurular da artmakta, bu başvurular ordunun ihtiyacının üzerine çıktığı zaman bu birikimin eritilmesi için yollar aranmaktadır. Çözümlerden biri de “bedelli askerlik” uygulamasıdır. Koşulların zorlaması ile “bedelli askerlik” Türkiye’de zaman zaman uygulanmıştır. Temel amaç birikimi azaltmak olmuştur. Ancak bazı dönemlerde bu yol ekonomik nedenlerle de, yani hazineye katkı sağlamak amacıyla da uygulanmıştır.<sup>13</sup>

Askerlikle ilgili birbiriyle çelişen, birbiriyle uyuşmayan çok değişik uygulamalar askerliğin yeniden ele alınıp düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Muvazzaf (zorunlu), dövizli, bedelli, vicdani red kavramları bir arada ve iç içe sürdürülemez. Bu nedenle ülkenin politik, sosyolojik, ekonomik gerçeklerine göre yeni bir askerlik modeli düşünülmeli ve bu farklı kavramlar bunun içinde eritilmelidir.<sup>14</sup>

### **4. Hukuki açıdan bedelli askerlik**

Hukuki açıdan bedelli askerlikle ilgili temel sorun bunun eşitliğe aykırı olduğudur. Ancak



zenginlik ve ayrıcalıklı durumu öylesine yaygındır ki, bunun bedelli askerliğe de yansımaması mümkün değildir.

Temel amaç ekonominin yoksulluğu azaltacak, gelir dağılımında dengeyi sağlayacak bir yönde geliştirilmesidir.<sup>15</sup>

Silahlı kuvvetlerin de ekonomik açıdan yeniden örgütlenmesi ekonomiye olumlu destek sağlayacak biçimde düzenlenmesi gerekmektedir.

10 yıllık süreçte değerlendirilince savunma bütçesi içinde personel harcamalarının payı yüzde 40, silahlanma harcamalarının payı ortalama yüzde 19, personel dışı diğer cari harcamaların (PDCH) payı ise ortalama yüzde 38'dir.<sup>16</sup> Ordunun profesyonelleşmesi, mekanizasyonu ve elektronik savaşa hazırlığı için gerekli yatırımlara kaynak bulunamazken, asker sayısının fazlalığından kaynaklanan yiyecek, giyecek, barınma giderlerinin bütçe içinde yüzde 40'a yakın payı alması herhalde ciddi bir sorundur.<sup>17</sup> Eşitliği sağlama adına da olsa, bu külfete katlanmak ne eşitlik ne de ülke kalkınması adına göze alınabilecek bir sonuç değildir.

Bedelli askerliğin eşitlik adına reddi de kendi içinde tutarlı değildir. Her şeyden önce dövizli askerlik sürekli olarak uygulanmakta olduğuna göre, bedellinin bundan farkı nedir? Yurtdışında çalışanlar işlerini kaybetmesinler diye bedelli askerlik yapabilirken, yurtiçinde çalışanlara aynı gerekçe ile bu hakkın tanınmaması Anayasal eşitliğe uygun düşmeyecektir. Terör ortamında askerlik yapanlar ölümle karşı karşıya görev yaparken, bedel ödeyenlerin bu tehlikeden uzak kalması da eşitlik adına kolay kabul edilebilir bir sonuç değildir. Ancak bunun çözümü herkesi ölüm tehlikesi içine atmak değildir. Herkesin eşit biçimde yararlanacağı bir düzen oluşturmanın zamanı artık gelmiştir. Bu da değişik köşe yazarlarının ortak görüşü olan "profesyonel ordu" sistemidir.<sup>18</sup> Böylece hem yeni bir istihdam alanı yaratılmış, zaman zaman zorunlu olarak bedelli askerliğe başvurma zorunluluğu ortadan kaldırılmış, vatanseverliğe ters düşen bedelli imajı sona erdirilmiş, yoksul ve zengin farkı askerlikte ortadan silinmiş, askerlik süresini satın alma tedirginliği kaldırılmış, silahlı kuvvetlere atıl ve kalabalık bir ordu yerine dinamik, vurucu gücü yüksek,

esnek, daha ucuz bir yapılandırma kazandırılmış olacaktır.

## 5. Bazı hukuki sonuçlar açısından muvazzaf askerlik/bedelli askerlik karşılaştırılması

### a) Memuriyet kıdemi açısından

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun<sup>19</sup> 83. maddesine göre, "Devlet memuru iken muvazzaf askerlik hizmetini yapmak üzere silah altına alınanlardan askerlik görevini tamamlayıp memuriyete dönmek isteyenler, terhis tarihinden itibaren 30 gün içinde kurumlarına başvurmak ve kurumları da başvurma tarihinden itibaren azami 30 gün içinde ilgilileri göreve başlatmak zorundadırlar.

Bunların muvazzaf askerlikte geçen süreleri muvazzaf askerliğe ayrıldıkları sırada iktisap etmiş oldukları derecede kademe ilerlemesi yapılmak suretiyle değerlendirilir. Bu gibilerin muvazzaf askerliğe ayrılmadan önce işgal ettikleri kadroda kazandıkları kademe ilerlemeleri ayrıca gözönünde bulundurulur. Askerlik öncesi kademe ilerlemeleri ile askerlikte geçen süre toplamının 3 yılı aşan kısmı usulü dairende üst dereceye terfi ettikleri zaman bu derecede kademe ilerlemesi yapılmak suretiyle değerlendirilir."

83. madde memuriyet sırasında askere gidip dönenlerin kademe ilerlemesini düzenlemektedir.

84. madde ise, muvazzaf askerlik hizmetini yaptıktan sonra devlet memurluğuna girenlerin kademe intibaklarını ele almaktadır. Buna göre:

"Muvazzaf askerlik görevini yaptıktan sonra Devlet memurluğuna atananlar adaylık esaslarına tabi olurlar ve muvazzaf askerlikte geçen süreleri asaletlerinin tasdikinden sonra kademe ilerlemesi yapılmak ve sınav veya seçmeye tabi tutulmak suretiyle derece yükseltilmesinde değerlendirilir."

83. ve 84. maddeler sadece muvazzaf askerliğin kademe ilerlemesi açısından değerlendirileceğinden söz etmekte bedelli askerliğe yer vermemektedir. Acaba bedelli askerlik yapan da, bedel ödeyerek bu süreleri satın aldığına

## Süre olarak askerlik yapan borçlanabiliyorsa, bedel olarak askerlik yapan da borçlanabilmelidir.

göre, kademe ilerlemesi isteyebilecek midir? İlk bakışta olumsuz görünse de, biraz zorlama da olsa bedelli askerlik yapanlara da memuriyet kıdeminin tanınması gerekmektedir.

1111 sayılı Askerlik Kanunu değişik maddelerinde muvazzaf askerlikle dövizli veya bedelli askerliği eşdeğer saymıştır.

Kanun'un 2/9 maddesi uyarınca, muhacirler eski memleketlerinde askerlik yaptıklarını veya bunun yerine bedel verdiklerini tevsik ederlerse, Türkiye'de tekrar muvazzaf askerliğe tabi tutulmamalıdır.

Kanun 10/2 maddesi fiili askerlik yerine bedel ödeyen veya bunun yerine kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapanları askerlik hizmetlerini yerine getirmiş saymıştır.

Kanun ek madde 1 de fiili askerlik yerine belli döviz miktarını ödeyenleri, muvazzaf askerlik hizmetini yerini getirmiş saymaktadır.

Kanun geçici madde 43'de belli döviz miktarını def'aten ödeyenleri askerlik hizmetini yapmış saymıştır.

Kanun geçici madde 46'da ise bazı koşullarla 30.000TL bedel ödeyenleri temel askerlik hizmetini de yaptırmadan, askerlik hizmetini yerine getirmiş saymıştır.

Bütün bu hallerde yükümlü bedel karşılığı muvazzaf askerlik hizmetinden muaf tutulmakta, bu görevi yerine getirmiş sayılmaktadır. Muvazzaf askerlikte askerlik belli bir süre fiilen-bedenen yapılmakta, dövizli, TL bedelli askerlikte ise bu süre yerine bedel ödenmektedir. İster fiilen, ister bedelle yapılsın, askerlik yapılmış sayıldığına göre, buna bağlanan hukuki sonuçlardan bu bedeli ödeyenler de yararlandırılmalı, bedeli ödenen süreler, 657 sayılı Kanun'un 83 ve 84. maddeleri gereğince memuriyet kıdemi açısından değerlendirilmelidir. Ancak askerliği yabancı ülke ordusunda fiilen veya bedelle yapanlar, bu görevi yabancı ülkeye fiilen veya bedelle sunmuş olduklarından, Türkiye'deki memurluk hizmetlerinde bu

süre veya bedeli memuriyet kıdemi açısından değerlendirmek mümkün olmayacaktır.

### b) Askerlik borçlanması açısından

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun<sup>20</sup> 41. maddesine göre, sigortalının er veya erbaş olarak silah altında veya yedek subay okulunda geçen süreleri borçlanılabilecektir.<sup>21</sup> Bunun için bizzat sigortalının veya hak sahibinin yazılı talepte bulunması, talep tarihinde 82. maddeye göre belirlenecek prime esas günlük kazanç alt ve üst sınırları arasında olmak üzere kendilerince belirlenecek günlük kazancın %32'si üzerinden hesaplanacak primlerini borcun tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödemesi gerekmektedir. Borç ödenince, borçlanılan süre sigortalılık süresinden sayılacaktır. Ancak bunun için askerliğin sigortalı çalışmaya başlamadan önce yapılmış olması gerekmektedir. Sigortalılık süresi ile borçlanılacak sürenin çakışmaması gerekir. Aksi halde aynı süre iki kez ayrı ayrı değerlendirilmiş olacaktır.

41. maddede "er veya erbaş olarak silah altında veya yedek subay okulunda geçen sürelerin" borçlanılabileceğinden söz edilmektedir. Döviz veya TL olarak bedel ödenen veya muhacirlerin geldikleri ülkede ödedikleri bedel karşılığı sürelerin borçlanılıp borçlanılamayacağı konusunda maddede açıklık yoktur.

Memuriyet kıdemi açısından yaptığımız yorumların burada da düşünülmesi ve muvazzaf askerlik ile (er veya erbaş olarak silah altında veya yedek subay okulunda geçen sürelerin) döviz veya bedel ödenen sürelerin eşdeğer olduğu düşünülerek, bedel ödenen sürelerin de borçlanılabileceği ileri sürülebilir. Süre olarak askerlik yapan borçlanabiliyorsa, bedel olarak askerlik yapan da borçlanabilmelidir. 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun yukarıda andığımız hükümleri, bedelli askerliği muvazzaf askerlik sayıp, tekrar yaptırmadığına göre, muvazzaf askerliğe bağlanan sonuçlar, burada askerlik borçlanması, bedelli askerlik için de kabul edilmelidir. Hatta muhacirlerin geldikleri ülkelerde yaptıkları askerlik sürelerinin borçlanıldığı gibi<sup>22</sup>, orada yaptıkları bedelli askerlik için de Türkiye'de askerlik borçlanması olanağı tanımlanabilir.

### c) Kıdem tazminatı açısından

Kıdem tazminatı iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda işverenin işçiye ödemesi gereken temel haklardan biridir. Uzun yıllar Türk İş Hukukunda giderek genişleyip, yaygın bir uygulama alanı bulan ve değişik açılardan tartışılan bu kurum<sup>23</sup>, yeni 4857 sayılı İş Kanununda<sup>24</sup> yer almamıştır. Ancak Kanun bu konuyu boş da bırakmamış, geçici 6. maddesinde “Kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulur. Kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı hakları saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümden anladığımıza göre Yasakoyucu kıdem tazminatı konusunu, ayrı ve özel bir yasa ile “Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu” şeklinde çözmeyi düşünmektedir. Bu yasa çıkarılana kadar da eski 1475 sayılı İş Kanunu’nun, kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi uygulanmaya devam edecektir.

1475 sayılı Kanun’un 14. maddesine göre, kıdem tazminatı ancak belli durumlarda verilmektedir. İşçinin kıdem tazminatı isteyebilmesi için bir yıllık fiili çalışma dışında, iş sözleşmesinin de:

- İşveren tarafından İş Kanunu’nun 25/II’deki sebepler dışında (1475’de 17/II),
- İşçi tarafından İş Kanunu’nun 24. maddesi uyarınca (1475’de 16),
- Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,
- Yaşlılık, emeklilik, malullük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla,
- Kadın işçinin evlenmesi dolayısıyla bir yıl içinde sona erdirilmesi gerekmektedir.

Görüldüğü gibi kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden biri de muvazzaf askerliktir. Muvazzaf askerlik nedeniyle, iş sözleşmesini 17. maddeye göre fesheden işçiye, işveren kıdem tazminatı ödemek zorundadır.

Bu hükmün bedelli askerliği kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, son 6252 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen bedelli askerlikte daha önce uygulanmakta olan “21 günlük temel eğitimin” kaldırılmış olduğuna dayanarak, son bedelli askerlik uygulamasında kıdem tazminatı istenemeyeceği sonucuna varmaktadır.<sup>25</sup> Gerekçe olarak da fiilen askerlik yapılmadığını ileri sürmektedirler.

## Son bedelli uygulamasında eğitim öngörülmediğinden işçi bedelli askerlikten yararlanmak için iş sözleşmesini feshetmek zorunda değildir.

Daha önceki bedelli askerlik uygulamalarında belli bir süre temel eğitim öngörüldüğünden, bedelli askerlikten yararlanmak isteyenler zorunlu olarak iş sözleşmesini, İş Kanunu’nun 17. maddesine göre, “sürelili fesih” yoluyla (1475 sayılı eski İş Kanunu’nda 13. maddeye göre) sona erdirmek zorundaydı. Son bedelli uygulamasında eğitim öngörülmediğinden işçi bedelli askerlikten yararlanmak için iş sözleşmesini feshetmek zorunda değildir. Ancak, gerekli bedeli ödemek için başka olanağı olmayan işçi bu bedeli “kıdem tazminatı” yoluyla sağlamak istiyorsa ve bu amaçla iş sözleşmesini 17. maddeye göre feshederse bu fesih 1475 sayılı Kanununun 14/3. maddesindeki “muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla” fesihtir ve kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Bedelli askerlikten yararlanmak isteyen işçi iş sözleşmesini eski bedelli uygulamalarında olduğu gibi feshetmek zorunda değildir. Ancak, feshederse bu, kıdem tazminatı ödemeyi gerektiren “muvazzaf askerlik dolayısıyla” fesihtir. Yukarıda da vurguladığımız gibi, “muvazzaf askerlik”, bedenen (belli bir süre işten ayrılıp fiilen askerlik eğitimi yaparak) gerçekleştirileceği gibi, döviz ödeyerek, TL ödeyerek veya kamu hizmetinde çalışarak da yerine getirilebilir. 1111 sayılı Askerlik Kanunu bunların hepsini “muvazzaf askerlik” saymış ve askerliğini fiilen değil, bedelen (belli bir döviz veya TL ödeyerek) yapanları da muvazzaf askerliklerini yerine getirmiş saymış ve bunların tekrar askere alınmayacaklarını vurgulamıştır.

Bedelli askerlik toplulumuzun değer yargılarına pek uygun düşmüyor ve eşitlik duygumuzu sarsıyorsa da, paranın giderek tek ve öncelikli değer olduğu bir liberal ekonomik sistemde, yoksul-zengin farkını ortadan kaldıramayacağımıza göre, paranın oluşturacağı eşitsizlikler artarak sürecektir. Bedelli askerlik



konusunda ayrıcalıkları gidermek istiyor, ekonomik, sosyolojik, hakkaniyet açısından daha uygun bir askerlik sistemi gerçekleştirmek istiyorsak yapılacak olan profesyonel askerliğe geçmek ve bunun için gerekli hazırlıkları başlatmaktır. Böylece, bu konudaki zengin-yoksul ayrımı ortadan kaldırılacağı gibi, istihdam alanında önemli katkı sağlanacak, silahlı kuvvetlerin teknolojik gücü artırılacak, milli savunma bütçesindeki atıl harcamalar gerekli ve yararlı konulara kaydırılmış olacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 Uzun süre 24 ay olarak uygulanmış olan askerlik süresinin daha sonra 18, 15 ve 12 aya indirilmesi öngörülmüştür. 21 Haziran 1927 tarihli 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun (RG. 12.-17.7.1927, 631-635) değişik 5. maddesine göre (maddenin askerlik süresine ilişkin 1. fıkrası 21.7.1999 tarihli 4414 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir.) "Erbaş ve erler için muvazaflık hizmeti süresi; Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel Komutanlığında onsekiz aydır. Bu sürenin, barışta, önce onbeş aya ve bilahare oniki aya kadar indirilmesine, Silahlı Kuvvetlerin de ihtiyacı dikkate alınarak, Bakanlar Kurulunca karar verilebilir."
- 2 Aynı hükme, 1961 Anayasası'nın 1971 değişikliğinden sonra 60 ıncı maddesinde de yer verilmişti. Anayasa kitaplarında bu konuya açıklık getirecek bir ifadeye rastlayamadık. Bkz. Gözübüyük, Şeref, Anayasa Hukuku, 16. Bası, Ankara 2008; Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 2009; Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul, 2005; Odyakmaz, Zehra/Kaymak, Ümit/Ercan, İsmail, Anayasa Hukuku-İdare Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 2006; İba, Şeref, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, 2. Bası, Ankara, 2008.
- 3 21.6.1927 tarihli, 1111 sayılı Askerlik Kanunu, RG. 12-17.6.1927, 631-635. Kanun, 1929, 1935, 1940, 1941, 1947, 1961, 1964, 1970, 1974, 1980, 1981, 1982, 1984, 1987, 1988, 1992, 1999, 2001, 2003, 2004, 2005, 2007, 2009, 2010, 2011 yıllarında muhtelif değişiklikler geçirerek güncellenmiştir.
- 4 Bedel ödemeye istekli olanların durumu 4/A bendinde, a, b, c, d, e, f alt bentlerinde düzenlenmiştir.
- 5 Kamu kurum ve kuruluşlarında görevlendirilecek yükümlülerin durumu 4/B bendinde, a, b, c, d, e, f, g, h alt bentlerinde düzenlenmiştir.
- 6 1.2.2011 tarihli Askerlik Kanunu ile Yedek Subaylar ve Yedek Memurlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG. 8.2.2011, 27840.
- 7 30.11.2011 tarihli Askerlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 15.12.2011, 28143.
- 8 Burada eski düzenlemede maddenin 1. fıkrasında yer alan "ve 21 gün süreli temel askerlik eğitimine tabi tutulmaları" ibaresi, 2. fıkrada yer alan "belirtilen yaş sınırı sonuna kadar temel askerlik eğitimini yapmayanlar" ibaresi, 3. fıkrada yer alan "veya yönetmelikte belirtilen süre içinde temel askerlik eğitimlerini" ibaresi ve aynı fıkradaki "ve 21 gün süreli temel askerlik eğitimine tabi tutulmaları" ibaresi 30.11.2011 tarihli, 6252 sayılı Kanunun 1. maddesi ile metinden çıkarılmıştır (RG. 15.12.2011, 28143).
- 9 RG. 15.12.2011, 28143.
- 10 Burada söz konusu olan Kanun 6252 sayılı Kanun'dur, yürürlük tarihi ise yayım tarihi olan 15.12.2011'dir.
- 11 6 aylık süre 15.6.2012 tarihinde dolmaktadır.
- 12 15.12.2011'den önce.
- 13 Özellikle 1999 İzmit depreminin yol açtığı maddi ihtiyaçların önemli bir bölümü Bedelli Askerlik Uygulamasından karşılanmıştır (Bkz. Ateş, Toktamış, Bedelli, Bugün Gazetesi, 19.11.2011).
- 14 Taşgetiren, Ahmet, Tek Çözüm Profesyonel Askerlik, Bugün Gazetesi, 17.11.2011.
- 15 Erduran, Refik, Vicdani Kabul, Sabah Gazetesi, 18.11.2011.
- 16 Barlas, Mehmet, Bedelli Askerlik Profesyonel Orduya Geçiş İçin Fırsattır, Sabah Gazetesi, 4.11.2011 .
- 17 Barlas.
- 18 Göktürk, Gülay, Geçiş Dönemi Çözümü Olarak Bedelli Askerlik, Bugün Gazetesi, 7.11.2011; Taşgetiren; Barlas; Erduran.
- 19 14.7.1965 tarihli, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, RG. 23.7.1965, 12056.
- 20 31.5.2006 tarihli, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, RG. 16.6.2006, 26200.
- 21 Ayrıntı için bkz. Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nursen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2010, s. 494 vd.
- 22 Bkz. Okur, Ali Rıza, "Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu", YHGK'nun 23.11.2005 tarihli, E.2005/10-492, K. 20057646 sayılı Kararına ilişkin bir inceleme, Çalışma ve Toplum, Sayı: 10, 2006/3, s. 101-133; Okur, Ali Rıza, "Askerlik Borçlanmasının sigortalılık Süresine Etkisi (Askerlik Borçlanmasında Ne Değişti?)", Çimento İşveren, Eylül 2001, s. 3-12; Okur, Ali Rıza, "Hocamın Askerlik Borçlanması İsyanı", Akşam Gazetesi, 16.7.2001; Okur, Ali Rıza, "Göçmenler ve Askerlik Borçlanmaları", Cumhuriyet Gazetesi, 22.1.1992; Okur, Ali Rıza, "Göçmen Vatandaşların Yurt Dışındaki Askerliklerini 506, 5434 ve 1479 sayılı Yasalar Açısından Borçlanmaları", İş Hukuku Dergisi, Ocak-Mart 1992, s. 79-85.
- 23 Kıdem tazminatı konusunda ayrıntı için bkz. Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 24. Bası, İstanbul, 2011, s. 305 vd.; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2009; Narmanlioğlu, Ünal, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul, 1973.
- 24 22.5.2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanunu, RG. 10.6.2003, 25134.
- 25 Orhan, Saadettin, "Bu Bedellide Tazminat Yok", Bugün Gazetesi, 26.11.2011; Kurt, Resul, "Bedelli Askere Tazminat Yok", www.muhasebetr.com, 2.2011; Sınay, Tahsin, "İşçinin Bedelli Askerliği ve Kıdem Tazminatı", www.muhasebetr.com, 5.12.2011.

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler

## 1. Genel Olarak

Sürekli bir borç ilişkisi olarak iş ilişkisi salt karşılıklı edimlerin yerine getirilmesinden ibaret değildir. Sürekli borç ilişkileri taraflar arasında bir güven ilişkisi kurar ve asli edim yükümlülüklerinin yanında bir dizi yan edim yükümlülükleri ortaya çıkarır. Öyle ki bu yükümlülükler iş sözleşmesinin devamı sırasında bizzat asli edim yükümlülüklerini destekleyici, tamamlayıcı nitelikte olup, bu yükümlülüklerle aykırılık asli edim yükümlülüğünü etkileyebileceği gibi, taraflar arasındaki ilişkinin devamı noktasında da önem taşır. Karşılıklı koruma yükümlülükleri olarak ortaya çıkan bu yan edim yükümlülüğü iş ilişkisinde işçi bakımından sadakat borcu, işveren bakımından ise gözetme borcu şeklinde belirir.

Sadakat borcu MK md. 2'de yer alan ve tüm borç ilişkileri bakımından geçerli olan, "dürüstlük kuralı"nda temelini bulur<sup>1</sup>. Alman Medeni Kanunu §242'nin deyişiyle "doğruluk ve güven" ilkesinden kaynaklanan bu yan edim yü-

kümlülüğü, asıl edim yükümlülüğünü tamamlayan ve asıl edim yükümlülüğünün doğru ve amaca uygun biçimde ifasına hizmet eden iç içe geçmiş bir dizi davranıştan oluşan yükümlülük olarak belirir<sup>2</sup>. Bu noktada, esasen çağdaş iş hukuku sisteminde sadakat terimi yerine "dürüstlük kuralına uygun davranma borcu" gibi farklı bir terimin kullanılmasının daha isabetli olduğu söylenebilir.

İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmeyen sadakat borcu, feshe ilişkin maddelerde fesih nedenleri bakımından yer almıştır. İşK md. 25/II e uyarınca; "İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması" bir haklı fesih nedenidir. Kuşkusuz bu gibi örnekleri çoğaltmak mümkün olup, İşK md. 25/II b, c, d,1 hükümleri sadakat borcunun kanundaki görünüşleri olarak değerlendirilebilir. Ancak, böyle bir değerlendirme ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle fesih nedeni oluşturan tüm hallerin sadakat borcuna aykırılık olarak

nitelendirilmesi gibi bir sonuca götürecektir. Acaba, böyle geniş bir değerlendirme teknik hukuk açısından doğru mudur? Böyle bir gereksinim bulunmakta mıdır? İleride bu konu kısaca ele alınacaktır.

TBK md. 396'da "Özen ve sadakat borcu" başlığı altında hem özen borcu hem de sadakat borcu düzenlenmiş, "İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır" hükmüne yer verilmiştir. Esasen özen yükümü iş görme borcuna dahildir. İşin özenle ifa edilmemesi işçinin sorumluluğunu gerektirir. Bu noktada gösterilen özenin derecesi TBK md. 400 uyarınca sorumluluğun belirlenmesinde, İŞK md. 25/II 1 veya md. 18 uyarınca iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından önem taşır. Dolayısıyla, özenle ifa bir yan edim yükümlülüğü oluşturmaz; işçinin kötü veya eksik ifa iddiasıyla hangi hallerde sorumlu tutulabileceğini belirler. Özen yükümü sadece işin ifası bakımından değil, sadakat borcu da dahil tüm yan edim yükümlülükleri bakımından da geçerlidir. Örneğin işçi iş sırlarının korunmasında da özenle davranmak zorundadır. İsviçre Hukukunda da özen borcunun adeta ayrı bir borç niteliğinde düzenlenmesi ve bunun bir yan edim yükümlülüğü niteliği taşıyan sadakat borcu ile birlikte aynı maddede ele alınmasının isabetli olmadığı, esasen sorumluluğa ilişkin OR Art 321e (TBK md. 400) hükmünde yer verilmesinin daha doğru olacağı belirtilmektedir<sup>3</sup>.

Sadakat borcu; işçinin, işverenin korunmaya değer menfaatlerini, doğruluk ve güven ilkesinin gerektirdiği şekilde ve kendisinden beklenebilecek makul ölçülerde koruması ve bu menfaatlere zarar verecek davranışlardan kaçınması şeklinde tanımlanabilir<sup>4</sup>. Borç bu noktada öncelikle kaçınma yükümlülüğü ifade ederken, aynı zamanda pozitif davranış yükümü de içerir<sup>5</sup>. Rekabet teşkil edecek faaliyetten kaçınma ilk duruma, belirli şartlarda fazla çalışma veya işvereni bilgilendirme ikinci duruma örnek oluşturur. Sadakat yükümünün sınırları ve içeriği; işçinin işyerindeki görevi, konumu, işin niteliği gibi hususlar dikkate alınarak her bir iş ilişkisi bakımından belirlenir. Örneğin

yönetici işçiler bakımından sadakat borcunun daha yoğun olduğu kabul edilir. Yine, işçinin korunmaya değer haklı çıkarları borcun sınırını oluşturur ve bu noktada borcun içeriğinin tespiti karşılıklı menfaat değerlendirmesini gerektirir<sup>6</sup>.

## 1. Kaçınma yükümü olarak sadakat borcu

Sadakat borcu işçiye işverenin korunmaya değer çıkarlarına zarar vermekten kaçınma yükümlülüğü getirir. İsviçre Hukukunda, işyeri barışının bozulmasından kaçınma, işletmenin itibarının zedelenmesine yol açacak davranışlardan kaçınma, işverenin müşterilerini, elemanlarını, tedarikçileri ayartmaktan kaçınma, rüşvet almaktan kaçınma, rekabet teşkil edecek yan iş yasağı yanında hukuka aykırı veya uygunsuz davranışlarda bulunma yasağı da bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>7</sup>.

Hukuka aykırı bir davranışın örneğinin hakaret, hırsızlık, maddi zarar verme gibi olguların sadakat borcu kapsamında değerlendirilmesi kanımca isabetli değildir. Kanuna aykırı bir davranışın bulunduğu yerde dürüstlük kuralından kaynaklanan sadakat borcuna gidilmesine gerek olmadığı gibi, hukuken doğru da gözükmemektedir. Hırsızlık TCK bakımından bir suçtur. Sadakat bir yan edim yükümlülüğü olarak ortaya çıkar ve ancak yasal bir yükümlülüğün bulunmadığı noktada dayanak oluşturabilir ya da yasal yükümlülüğün sınırlarının tespitinde rol oynayabilir. Kime karşı işlenirse işlensin suç oluşturan, kanuna aykırılıktan söz edilen hırsızlık, hakaret, sataşma gibi davranışların sadakat temelinde değerlendirilmesi teknik hukuk açısından benimsenmemelidir.

### a. Genel olarak işverenin menfaatlerine zarar vermekten kaçınma yükümü

İşçi işverene zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Bu yükümlülük maddi olarak zarar verecek davranışlar gibi, işyeri düzenini, iş barışını etkileyen davranışları da içerir<sup>8</sup>. Dolayısıyla, işyeri barışını, işin akışını etkilediği sürece bu davranışların işveren yerine işverenin aile üyelerine, diğer işçilere



veya müşterilere yönelik olması bir değişiklik yaratmaz. Yine, yükümlülük iş süreleri içinde olduğu gibi iş süreleri dışında da devam eder. İşverenin piyasadaki itibarını sarsıcı, ekonomik kredibilititesini etkileyici davranışlar, açıklamalar ekonomik menfaatlere zarar verecek davranışlar kapsamındadır. Sadakat borcu bu noktada, işçinin ifade özgürlüğünün sınırını oluşturur ve açıklamaların gerçeği yansıtmasının borca aykırılık bakımından önem taşımadığı kabul edilir.

Belirtmek gerekir ki, işyerinde işyerinin amaçlarına veya kamuya zararlı durumlara tanık olan ve etik olmayan veya yasa dışı olguları eleştiren veya meydana çıkaran nitelikteki kamuoyu açıklamaları da dahil bir kısım davranışlar (whistle blowing) sadakat borcuna aykırılık oluşturmayabilir. Bu tip yasa dışı veya etik dışı olguların devamında işverenin korunmaya değer çıkarı olmadığı gibi, açıklama daha üstün hukuki bir değer korunmasına hizmet eder. Örneğin, sağlığa zararlı bir ürünün üretilmesinin açıklanmasında olduğu gibi. İşçinin bu durumda ölçülülük ilkesine uygun olarak hareketi sadakat borcuna aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Ölçülülük ilkesi kapsamında işçiden öncelikle işverenine bu durumu ortadan kaldırma imkanı vermesi beklenir. İşverene yapılan bildirim ve bunun sonuçsuz kalması durumunda işçinin yetkili makamları haberdar etmesi gereklidir. Kamuoyuna açıklamadan yetkili makamlara bildirim işverenin itibarının zedelenmesini önler. Yetkili makamlara bildirim sonuçsuz kalması olasılığında ise, işçi artık kamuoyuna bu konuda açıklamada bulunabilecektir. İşçiden öncelikle işvereni bilgilendirmesinin dürüstlük kuralı gereği beklenemeyeceği hallerde veya zararın işverenin bilgilendirmesi ile önlenemeyeceği ya da işçinin ihbarla yükümlü olduğu hallerde işverene bildirimde bulunulmaması sadakat borcuna aykırı olarak değerlendirilemez<sup>9</sup>.

İş barışının bozulması örneğin yasadışı grev kararına veya greve katılma, işyerindeki diğer işçileri yasadışı greve teşvik etme TİSGLK md. 45/1 uyarınca iş sözleşmesinin haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Esasen işçinin yasadışı greve katılması bizzat iş görme borcuna

aykırılık niteliğindeyken, diğer işçileri teşvik sadakat borcuna aykırılığın bir görünümü olarak ortaya çıkar.

Müşterilerin, işyerindeki diğer işçilerin veya tedarikçilerin ayartılması, bunların başka işyerlerine yönlendirilmesi sadakat borcuna aykırılık oluşturur. Bu davranışların varlığı borca aykırılığın kabulü için yeterli olup, ayrıca bu faaliyetlerin sonuca ulaşması gerekmez<sup>10</sup>.

### **b. Sadakat borcuna aykırı olarak başka işte çalışma yasağı**

TBK md. 396/3 uyarınca; “İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez”. Maddede işçinin mevcut iş ilişkisi yanında çalışması sınırlandırılmıştır. Daha açık bir ifadeyle, işçinin ikinci bir işte çalışması kural olarak serbest bırakılırken, sadakat borcuna aykırılık ve bunun somut görünümünden biri olan rekabet oluşturacak faaliyetler bakımından sınırlama getirilmiştir. İşçinin çalışması tam süreli iş ilişkisinin yanında bir başka yerde çalışma şeklinde olabileceği gibi, esasen aynı dönemde iki veya daha fazla sayıda kısmi süreli iş ilişkisiyle çalışma şeklinde de gerçekleşebilir. İlk durumda bir yan işten söz edilebilirken, ikinci olasılıkta asıl iş-yan iş ayrımı söz konusu olmayacaktır. Ancak iki veya daha fazla iş ilişkisi aynı tarihte başlamadığı takdirde sınırlamaların ilk başlanan iş ilişkisi dikkate alınarak uygulanması, diğer bir ifadeyle ikinci işin ilk iş bakımından sadakat borcuna aykırılık oluşturup oluşturmadığı noktasında değerlendirilmesi gerekir.

#### **aa. Hizmette bulunma**

Yasada ücret karşılığı hizmette bulunmadan söz edilmiştir. Bu noktada hizmetin sürekli, geçici, bir kereye mahsus, bağımlı veya bağımsız olarak yerine getirilmesi önem taşımaktadır<sup>11</sup>. Yine, hizmetin bir iş sözleşmesine dayanması da gerekmez. Ücret karşılığı yerine getirilen faaliyet; eser, taşıma veya diğer bir sözleşme temeline dayalı olabilir<sup>12</sup>. Kuşkusuz ücret salt para şeklinde anlaşılmalı, esasen bir karşılık oluşturabilecek her türlü yarar madde kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin,

## İşçinin iş saatleri içinde ücret karşılığı bir başkasına hizmet etmesi, örneğin iş yoğunluğunun olmadığı saatlerde büro işçisinin online olarak faaliyet göstermesi halinde sadakat borcuna aykırılıktan söz etmek gerekir.

İşçinin iş saatleri dışında kömür karşılığı taşıma hizmetinde bulunmasında olduğu gibi<sup>13</sup>.

Ücret karşılığı olmayan kamusal nitelikli bir ödevin yerine getirilmesi amacıyla yapılan çalışmalarda kural olarak sadakat borcuna aykırılıktan söz edilemeyecektir. Bununla birlikte, kamusal ödevin yerine getirilmesi niteliği taşımayan ancak ücret karşılığı da olmayan bir çalışma işveren bakımından rekabet oluşturduğu takdirde bu tip bir çalışmanın da sadakat borcuna aykırı olduğu kuşkusuzdur. Ücret karşılığı olmayan bir çalışma rekabet teşkil edecek bir faaliyet niteliği de taşıyorsa, acaba sadakat borcuna aykırılık oluşturabilir mi? Örneğin, işçinin iş saatlerinden sonra bir akrabasına yardım amacıyla her gün uzun saatlerle bir başka işyerinde çalışmasında olduğu gibi. Bu tür bir çalışmanın ortaya çıkarabileceği sakıncalar işçinin veriminin düşmesi, ifa yeteneğinin etkilenmesi olabilecektir. Verim düşüklüğünün varlığı halinde iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilir. Bununla birlikte, verim düşüklüğünün ortaya çıkabileceği ihtimali kural olarak tek başına sadakat borcuna aykırılıktan söz etmeyi mümkün kılmaz. Somut olayda bizzat görülen işin niteliği ve özellikleri önem taşır. Ücret karşılığı olmayan bir çalışma bazı hallerde doğrudan rekabet oluşturacak bilgilerin aktarılması şeklinde bir danışmanlık ilişkisi niteliği de taşıyabilir. Faaliyetin ücretsiz olması burada sadakat borcuna aykırılığın bulunmadığı anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla, kural olarak ücret karşılığı sadakat borcuna aykırı şekilde bir başkasına hizmette bulunma yasaklanmış olmakla birlikte, sadakat borcuna aykırılık oluşturan hallerde ücret elde edilmiş olup olmaması bu tür faaliyete yasanın izin verdiği anlamına gel-

meyecektir. Sadakat borcuna aykırı bu tür bir faaliyet iş sözleşmesini haklı fesih nedeni oluşturur.

### **bb. Hizmette bulunmanın sadakat borcuna aykırılık oluşturması**

Yukarıda da belirtildiği gibi, işçinin geniş anlamda bir başkasına hizmette bulunması ancak sadakat borcuna aykırılık oluşturduğu noktada madde kapsamındadır. Maddede açıkça işçinin kendi işvereni ile rekabete girişmeyeceği belirtildiğinden, işçinin rekabet niteliğindeki aynı veya benzer faaliyet alanında çalışması kural olarak yasaktır. Aynı müşteri ihtiyaçlarına yönelik, aynı veya benzer müşteri çevresine hitap eden, aynı tür edimlerin ifasında rekabet söz konusudur<sup>14</sup>. Rekabet teşkil edecek faaliyet işçinin bir başkası için bir hizmet yerine getirmesi şeklinde olabileceği gibi, bağımsız çalışma biçiminde de olabilir.

Bunun dışında rekabet oluşturmayacak faaliyetler kimi hallerde sadakat borcuna aykırılık oluşturabilir. Örneğin, işçinin bir başka işte çalışmasının işyerindeki performansını etkilemesi, iş güvenliğinin tehlikeye düşmesi riskinin ortaya çıkması hallerinde bu durum söz konusu olabilecektir. Haftanın beş günü tam süreli olarak bir fabrikada çalışan şoförün, iş saatlerinin ardından geceleri taksi şoförü olarak çalışmasında olduğu gibi. Şöförlük işinin konsantasyon gerektirmesi, iş güvenliği bakımından işçinin dinlenmiş biçimde işe başlaması gereği dikkate alındığında bu tür bir çalışmanın rekabet oluşturmamakla birlikte, sadakat borcuna aykırı olduğu söylenmelidir. Yan iş kimi hallerde asıl işin niteliği ile bağdaşmayabilir veya işyerinin imajını itibarını sarsabilir. Bu gibi hallerde de sadakat borcuna aykırılıktan söz edilmelidir.

Belirtmek gerekir ki, rekabet teşkil eden veya rekabet teşkil etmemekle birlikte işçinin edim yeterliliğini, performansını etkileyecek bir çalışmanın sadakat borcuna aykırılığından söz edilebilmesi için, bir zararın ortaya çıkması gerekmez. Rekabet teşkil edecek bir faaliyet nedeniyle işveren bir zarara uğramamış olabilir. Yine, doğrudan zarar ortaya çıkmamakla birlikte, işin güvenliği tehlikeye düşmüş veya performansın etkilenmesi olasılığı güçlü bir bi-

çimde var olabilir. Bu durumların sabit olması sadakat borcuna aykırılıktan söz edilmesi için gerekli ve yeterlidir. Yine, rekabet teşkil etmemekle birlikte işçinin iş saatleri içinde ücret karşılığı bir başkasına hizmet etmesi, örneğin iş yoğunluğunun olmadığı saatlerde büro işçisinin online olarak faaliyet göstermesi halinde sadakat borcuna aykırılıktan söz etmek gerekir.

Sadakat borcuna aykırılık bakımından kısmi süreli iş sözleşmeleri özellik gösterir. Öyle ki, kısmi süreli iş sözleşmesi ile işe alınan işçi çoğu kez ayrı bir veya birkaç iş ilişkisi içine girebilecektir. İşçinin kendi mesleğini icra ettiği durumlarda, bu iş ilişkilerinin birbirleriyle rekabet oluşturması olasılığı güçlüdür. Bu durumda işçinin çalışma hakkı ile sadakat borcu arasındaki çatışmadan söz edilebilir. İsviçre hukukunda işverenin kısmi süreli iş ilişkisi kurmakla, işçinin rakip işyerlerinde de çalışabileceğini hesaba katması gerektiği, dolayısıyla esaslı bir çıkar çatışması olmadığı sürece rekabet etme yasağının zımni olarak sınırlandırılmasını onayladığı ileri sürülmektedir<sup>15</sup>. Kuşkusuz sadakat borcuna aykırı olarak çalışmayı ciddi bir rekabet ortamının varlığı haliyle sınırlandıran bu görüş işçinin çalışma hakkının korunması noktasında isabetlidir. Bununla birlikte, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi ile işveren arasında rekabet teşkil edecek bir işte çalışmayı yasaklayan sözleşme hükümleri geçerlidir. Tarafların yasağa aykırılık için ayrıca bir cezai şart öngörmeleri de mümkün ve geçerli kabul edilmelidir. Ancak sözleşmelerle genel bir yan iş yasağı getirilmesi, hiçbir surette başka işte çalışılmayacağına öngörülmesi kural olarak geçerli değildir. Böyle bir düzenleme anayasal çalışma hakkına aykırı olduğu gibi, kişilik haklarına da aykırılık oluşturur<sup>16</sup>.

Mevcut önceden kurulmuş bir iş ilişkisi devam ederken, ücret karşılığı veya rekabet teşkil edecek şekilde bir faaliyette bulunma halinde, ilk işveren bakımından sadakat borcuna aykırılık ortaya çıkar. İkinci işveren, işçinin esasen bir başka iş ilişkisi içinde bulunduğunu sözleşmenin yapıldığı sırada biliyorsa, sadakat borcuna aykırılık iddiasında bulunamaz. Bu noktada işçinin ikinci işvereni mevcut iş ilişkisi hakkında bilgilendirme yükümünden söz edilmelidir<sup>17</sup>.

Yan işte çalışma bakımından değerlendirilmesi gereken bir başka husus, çalışmanın yasal iş süreleri ile bağlantısıdır. Yasal azami iş süreleri iş sağlığı ve güvenliğinin korunması noktasında getirilmiş kamu hukuku nitelikli hükümler olup, bu sürelerin üzerindeki bir çalışma öncelikle yasanın lafzı ve amacına aykırıdır<sup>18</sup>. Dolayısıyla, yan işin yasal azami iş süreleri dahilinde gerçekleştirilebileceği söylenmelidir. Yan işte çalışma ve sadakat borcu ilişkisinde yasal azami iş sürelerinin önemi ise, azami süreyi aşan bir çalışmanın kural olarak işçinin verim yeterliliğini azaltabileceği, iş güvenliğini tehlikeye düşürebileceği hususundadır. Günlük azami 11 saati aşan bir çalışmanın ötesindeki yan işin rekabet teşkil etmese de, kural olarak sadakat borcuna aykırılık oluşturacağı söylenebilir. Zira, yasal çalışma ve dinlenme süreleri objektif olarak normal bir işçinin çalışma gücü dikkate alınarak tespit olunmuştur.

### **c. Sır saklama yükümü**

TBK md. 396/4 uyarınca; “İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatlerinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür”. Görüldüğü gibi yeni Kanunda eskisinden farklı olarak sır saklama borcu açıkça işçinin borçları arasında sayılmıştır. Hukukumuzda TBK’nın kabulünden önce, genel bir sır saklama yükümlülüğü düzenlenmemiş, bazı alanlarda özel düzenlemeler getirilmiştir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda çalışanların (md.73), TTK’da anonim şirket denetçilerinin (md. 404), Avukatlık Kanunu’nda avukatların (md.36), Noterlik Kanunu’nda noter katiplerinin (md.54) sır saklama yükümlülükleri bu kapsamda yer almıştır<sup>19</sup>. Bunun yanı sıra İşK md. 25/IIe hükmünde; “İşçinin,...işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması” haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi kanunda sadece meslek sırrından söz edilirken, TBK’da bu yönde bir sınırlama getirilmemiştir. Esasen, mevcut sistem dahilinde



de meslek sırrı dışı sırlar bakımından da işçinin sır saklama borcundan söz edilebilir. Nitekim, dürüstlük kuralı ve bunun iş hukukundaki görünümü olan sadakat borcu sadece yasada sayılan yükümlülükleri içermediği gibi, fesih nedeni olarak İşK md. 25/II'nin benzeri halleri de içermesi bu yoruma imkan vermektedir. Ancak, TBK hükmünün kabulü ile bu konuda herhangi bir tereddüt kalmaksızın, meslek sırrı dışında tüm sırların belirli şartlarla korunması borcu açıklığa kavuşturulmuştur.

Esasen iş sözleşmesinin devamı sırasında sır saklama yükümü, kanunda açık bir hüküm bulunmasa da mevcuttur. Bu borcun ihlali olayın özelliğine göre, iş sözleşmesini haklı fesih nedeni oluşturabilir. Bununla birlikte, halen mevcut durumda iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra bir sır saklama yükümünden söz edilebilmesi bu konuda taraflar arasında bir anlaşmanın varlığını gerektirir. Nitekim uygulamada da iş sözleşmelerinde sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönem için açıkça sır saklama borcuna yer verildiği görülmektedir. Bu noktada TBK md. 396/4 hükmünün önemi, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonrası için de sır saklama borcunun öngörülmüş olmasıdır.

#### **aa. Maddenin koruma alanı**

##### *aaa. Gizli tutulması gereken bir bilginin varlığı*

İşçinin iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgiler sır saklama borcunun kapsamındadır. Herkes tarafından bilinen veya kolayca öğrenilebilecek, ulaşılabilecek bilgiler sır saklama borcu kapsamında yer almaz. Bu noktada sır saklama borcu niteliği itibarıyla gizli tutulması gereken, işveren tarafından gizli tutulması arzu edilen bilgilerle sınırlı olabilir. Kuşkusuz bilginin sır niteliği taşıması noktasında salt işverenin sübjektif iradesi yeterli görülemez, ayrıca ve açıkça bir anlaşma bulunmadığı takdirde aynı zamanda bunun objektif olarak sır niteliği taşıması da gerekir. Mevzuatın 321a Abs.4 hükmünde de “işçinin gizli tutulması gereken bilgileri” kullanamayacağı veya başkalarına açıklayamayacağından söz edilmiştir. Hangi bilgilerin gizli tutulması gerektiği, diğer bir ifa-

deyle sır niteliği taşıdığı objektif bir değerlendirmeyle belirlenecektir. İşverenin bir bilginin gizli olduğunu belirtmemiş olması, kural olarak sır niteliği taşıyan bir bilginin bulunmadığına işaret etmekle birlikte, somut olayda objektif olarak işçinin bu bilginin sır niteliği taşıdığını anlayabilecek durumda olması, sır saklama borcunun kapsamında değerlendirilmesi bakımından yeterli sayılmalıdır<sup>20</sup>. Maddede “özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri” ifadesine yer verildiğinden saklanması gereken bilgilerin salt üretim ve iş sırları ile sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır.

Üretim sırlarına üretim süreci, üretim talimatları, yeni üretim yöntemleri ve ürünler, teknik-matematiksel çizelgeler, modeller veya araştırma sonuçları dahildir. İş sırları üretim dışında kalan pazarlama, organizasyon alanına, tedarik organizasyonuna, müşteri listesine, fiyat hesaplamalarına, reklam stratejisine, gelir kaynaklarına veya personel yapısına, stok bilgilerine ilişkin bilgileri ifade eder. Yine tüm bunların dışında kalan ve işveren tarafından gizli kalması gerekli olarak tanımlanan veya somut olaydan gizli kalması gerektiği anlaşılan örneğin işverenin mali veya kişisel ilişkileri de sır saklama yükümüne dahildir<sup>21</sup>. İşverenin evinde çalışma halinde ailevi ilişkiler de bu kapsamda yer alır. Yine, yukarıda “genel olarak işverenin menfaatlerine zarar verme yasağı” başlığı altında da yer verildiği üzere, işverenin cezalandırılabilir nitelikteki davranışları, üçüncü kişilere yönelik haksız fiilleri, sözleşmeye aykırılıkları sır saklama borcunun kapsamında yer alır. Ancak kamu yararı veya üçüncü kişilerin ağır basan çıkarı bulunduğu takdirde bilginin açıklanması sır saklama yükümünün ihlalini oluşturmaz. Bu noktada ölçülülük ilkesi geçerlidir<sup>22</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi işçinin, işveren tarafından işletilen huzurevindeki kötü duruma ilişkin yetkili makamlara bildirimde bulunmaksızın bunu televizyonda kamuya bir film halinde yayınlamasını sadakat borcuna aykırı olarak değerlendirmiştir<sup>23</sup>. İşçinin mahkemede tanıklık yapması, tanıklıktan çekilme hakkı bulunmadığı sürece sır saklama borcunun ihlalini oluşturmayacaktır<sup>24</sup>.

Belirtmek gerekir ki, bu bilgilerin öğrenilme

tarzı borcun varlığı bakımından önem taşımaz. İşçinin bu bilgileri tesadüfen öğrendiği, hukuksal veya ahlaka aykırı olarak edindiği veya ona güvenilerek verildiği tüm hallerde sır saklama borcu mevcuttur<sup>25</sup>. İşverenin saklı tutma arzusu ve çıkarı bulunduğu sürece bilgilerin öğrenilme tarzı önem taşımaz.

*bbb. Bilgileri işçinin kendi yararına kullanması veya başkalarına açıklaması*

Sır niteliğindeki bilgilerin işçi tarafından kendi yararına kullanılması yanında bir başkasına açıklanması da madde kapsamında yasaklanmıştır. İşçinin bu bilgileri kendi yararına kullanması üretim sırlarını kullanarak rakip bir malın üretimini yapması, aynı pazarlama tekniklerini kullanarak rakip malları pazarlaması gibi durumlarda söz konusu olacaktır. Bu gibi hallerde işçi bilinçli olarak sır saklama yükümünü ihlal ederken, yükümün ihlali ihmali bir davranışla da gerçekleşebilir. Örneğin, sır niteliğindeki bilgileri içeren belgelerin ihmal sonucu açıkta bırakılması, ağızdan kaçırılmasında olduğu gibi<sup>26</sup>.

*ccc. İş ilişkisinin devamı veya sonrası bakımından yasağın içeriği*

Sır saklama yükümü iş sözleşmesinin devamı sırasında herhangi bir sınırlamaya tabi olmayıp mutlak niteliktedir. Sır niteliğinde bir bilgi söz konusu olduğu sürece bunun açıklanması veya kullanılmasının işverene zarar verecek olup olmaması veya yasanın deyimiyile bu konuda işverenin haklı bir menfaatinin bulunup bulunmadığı önem taşımaz<sup>27</sup>. Önemli olan aleniyet kazanmamış bir olgunun varlığı ve işverenin gizli tutma iradesinin varlığıdır. Nitekim sır kavramının özünde gizli tutulma gereği yer alır.

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra sır saklama yükümünün devamı ise işverenin haklı çıkarının varlığına bağlıdır<sup>28</sup>. Bu noktada borcun zayıfladığından söz edilebilir. Kuşkusuz bunun nedeni tıpkı rekabet yasağında olduğu gibi, işçinin mesleki geleceğinin korunması, iş ilişkisi sürerken elde ettiği mesleki yetenekleri ve tecrübeleri ilişkinin sona ermesinden sonra kullanabilmesidir<sup>29</sup>. Bu noktada işçinin mesleki geleceği ile işverenin sır niteliğindeki bilgilerin

saklanmasıdaki karşılıklı çıkarı dikkate alınmalı ve somut olay bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Yine bu değerlendirmede rekabet yasağı ile aradaki sınıra dikkat edilmeli, sır saklama borcunun yorumlanmasında geniş yorumdan kaçınılmalıdır<sup>30</sup>. Nitekim, rekabet yasağı sözleşmesiyle işçinin rekabet oluşturacak işlerde fiilen çalışması engellenirken, sır saklama yasağında çalışma yasaklanmamıştır. Bu noktada, esasen işçinin normal iş deneyimleri ile edindiği sırları bir başka işyerinde fiilen kullanımı sözkonusu olmadığı sürece, rekabet teşkil edecek işyerinde çalışması sır saklama yükümüne aykırı olarak değerlendirilemez. Bu tür bir çalışmanın engellenebilmesi ancak rekabet yasağı sözleşmesinin yapılması ile mümkün olabilir.

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki sır saklama yükümlülüğü bakımından önem taşıyan bir diğer husus, sır kavramının tespiti noktasındadır. İşçinin kendi zihinsel faaliyeti ile elde ettiği ve çalıştığı işletmeye kazandırdığı bilgiler işçi buluşlarına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla sır oluşturmaz. İşçinin bizzat kendi çalışmasıyla edindiği tecrübe ve bilgi saklama yükümlülüğüne dahil değildir. Bir bilginin genel bir iş tecrübesi mi yoksa ticari sır niteliğinde mi olduğunun tespiti çoğu kez güçtür<sup>31</sup>.

Sır saklama borcu niteliği gereği, rekabet yasağından farklı olarak iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki belirli bir süreyle de sınırlı değildir. Bununla birlikte, aradan geçen zaman bu bilgilerin sır niteliğini ortadan kaldıracaktır. Sır saklama yükümünün özel yaşamı da içerdiği dikkate alındığında, bazı hallerde yükümlülüğün uzun yıllar devamından söz edilebilecektir. Örneğin, özel şoförün işverenin aile yaşamına ilişkin olarak öğrendiği sırlarda olduğu gibi<sup>32</sup>. Somut olayda sır saklama borcunun zaman içinde ortadan kalkıp kalkmadığının tespitinde, iş sözleşmesinin türü, işçinin işyerindeki konumu ve faaliyeti, ekonomik ve teknik gelişmeler gibi bir takım unsurların dikkate alınmalıdır. Ancak toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya işyeri yönetmelikleri ile bu yükümlülüğün belirli bir süre ile sınırlanması mümkündür<sup>33</sup>.

Yasada her ne kadar tazminat talep hakkı fesihle bağlantılı olarak ele alınmışsa da, işverenin sözleşmeyi feshetmeyerek uğradığı zararın tazminini talep etmesi mümkündür.

İsviçre Hukukunda Federal Mahkeme müşteri çevresinin sır saklama yükümüne dahil olmadığını kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, müşteri çevresinin korunması rekabet yasağı sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşir<sup>34</sup>.

#### **d. Menfaat sağlama (rüşvet alma) yasağı**

İsviçre hukukunda sadakat borcu kapsamında rüşvet alma yasağı sayılmakta ve yasak, işçinin işverenin aleyhine olarak, üçüncü kişiye menfaat sağlamak amacıyla çıkar elde etmesi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>35</sup>. Belirtmek gerekir ki, bu noktada işverenin aleyhine olarak üçüncü kişiye menfaat sağlamak, salt hukuka aykırı bir sonucu elde etmek olarak anlaşılmalıdır. Esasen işçinin görev alanında olan ve yerine getirmesi gereken bir işi yapmak için üçüncü kişiden menfaat elde etmesi de yasak kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, bizzat rüşvet alınması işverenin itibarı bakımından aleyhe bir davranış oluşturduğundan, bu davranışla üçüncü kişinin elde ettiği sonuçun hukuka aykırı bir menfaat olup olmadığı ve bu davranışın işverenin maddi veya manevi zararını ortaya çıkarıp çıkarmadığı önem taşımaz.

İşçi sadakat borcu gereği bu tür bir tekli reddetmek zorunda olduğu gibi, red imkanı olmaksızın kendisine bu tür bir menfaat sağlanması durumunda derhal işverene bildirmek zorundadır<sup>36</sup>. Kuşkusuz bu tür menfaat elde etmenin, örneğin bir noter katibinin menfaat karşılığı sahte belge düzenlemesinde olduğu gibi, ceza hukuku bakımından sonuçları saklıdır. Bununla birlikte, yılbaşında takvim, kalem gibi olağan hediyelerin rüşvet alma yasağı kapsamına girmediği söylenmelidir.

## **2. Olumlu davranış yükümlülükleri olarak sadakat borcu**

### **a. İş ve işyerine ilişkin bilgi verme yükümlülüğü**

İşçinin işvereni bilgilendirme yükümlülüğü sözleşmeden, işverenin yönetim hakkına dayalı olarak verdiği talimatlardan veya yasadaki kaynaklanabilir. Bunun yanı sıra işçi, sadakat borcu gereği iş ve işyerine ilişkin olarak işverenin sorularına doğru cevap vermek ve işvereni iş ve işyerine ilişkin esaslı hususlarda doğru, tam ve zamanında bilgilendirmek zorundadır. Bu bilgilendirme yükümlülüğü işyerinin ciro-su, siparişler yanında ortaya çıkan veya olası zarar, aksaklıklar ve düzensizlikleri de içerir<sup>37</sup>. İşçinin kendisinin de içerisinde bulunduğu iş akışı ile ilgili bilgi verme yükümlülüğü yanında kendisiyle ilgili olup işin gereği olarak işverenin bilmesinde çıkarı olan hususlarda bilgi verme yükümlülüğü esasen iş görme borcuna dahil kabul edilmelidir. Örneğin kendi bölümündeki, görev alanındaki aksaklıklar, olumlu gelişmeler veya askerlik gibi özel hayatındaki gelişmeler konusunda. Yine, TBK md. 397'de düzenlenen teslim ve hesap verme borcu, iş görme borcu kapsamında değerlendirilmelidir. Kanımızca kural olarak bu hususlarda sadakat borcuna başvurmaya gerek bulunmaz. Bununla birlikte, iş akışı dışında kalan, iş görme borcu ile bağlantılı olmayan hususlarda bilgilendirme yükümlülüğü doğrudan sadakat borcundan kaynaklanır. İşçinin kendi görev alanı dışında bulunmakla birlikte ortaya çıkabilecek zarar tehlikesi nedeniyle işvereni haberdar etmesinde, tamamen iş ortamı dışında tesadüfen öğrenilen ve işyerine zarar verebilecek bir gelişmenin bildirilmesinde olduğu gibi.

İşçinin bu aksaklıklara neden olan işçileri isim olarak bildirme zorunluluğu bulunup bulunmadığı hususunda İsviçre Hukukunda somut olayın şartlarının belirleyici olduğu, bu bağlamda işçinin işyerindeki konumunun, ortaya çıkan aksaklığın derecesinin dikkate alınması gerektiği belirtilmelidir. Eğer bir zararın önlenmesi için kaçınılmaz ise, işçinin isim bildirmekle yükümlü olduğu söylenmelidir<sup>38</sup>.



## b. Zor durumlarda yardım yükümü

İsviçre Hukukunda zor durumlarda işçinin iş görme borcunun kapsamının geçici olarak genişleyebileceği ve sadakat borcu gereği işçi, sözleşmede kararlaştırılan işin dışında veya farklı bir yerde ya da normal sürenin ötesinde çalışmakla yükümlü olabileceği, hatta işverenin talimatına gerek bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>39</sup>. Esasen zorunlu fazla çalışmaya ilişkin İŞK md. 42 hükmü sadakat borcunun görünümü olduğu gibi, TBK md. 398'de öngörülen fazla çalışma borcu da temelini dürüstlük kuralında bulmaktadır.

## II. Sadakat Borcunun Sınırları

Sadakat borcunun sınırı işçinin korunmaya değer haklı menfaatleridir. Bu noktada sadakat borcunun sınırları yine MK md. 2'nin temelinde yatan beklenebilirlik değerlendirmesi çerçevesinde belirlenmelidir. Dolayısıyla işçinin kişilik hakları kapsamında sağlığının, ekonomik geleceğinin ve çalışma hakkının korunmasındaki çıkarı sadakat borcu bakımından bir sınır oluşturacaktır<sup>40</sup>. Sınırın belirlenmesinde, somut olayın koşulları, çalışma hayatının gerekleri önem taşır. Taraflar arasındaki kişisel ilişki ne ölçüde sıkı ve işçinin işyerindeki pozisyonu hiyerarşik olarak ne ölçüde üst konumda ise, sadakat borcunun da o derece yoğun olduğu kabul edilir.

İsviçre hukukunda sadakat borcunun işçinin sağlık veya finansal yönden kendisini işverene feda etmesi anlamına gelmediği belirtilmekte ve bu noktada işçinin arkadaşları ile birlikte işvereni, iş sözleşmesini fesihle tehdit ederek ücret artışı talep etmesinin sadakat borcuna aykırılık oluşturmadığı kabul edilmektedir<sup>41</sup>. Kuşkusuz ücret artışı talebiyle işin durdurulması hukuka aykırıdır. Ancak bu durum olmadığı sürece yasal bir hakkın kullanımı niteliğinde olan fesih hakkının kullanılacağı ileri sürülmesinde sadakat borcuna aykırılık bulunmaz. Yine İsviçre Hukukunda işçinin iş arkadaşlarını daha iyi kazanç sağlayan işler hakkında bilgilendirmesi ve açıkça yasak olmadığı sürece kendi ücreti hakkında bilgi vermesinin sadakat borcuna aykırılık oluşturmadığı kabul edilmektedir<sup>42</sup>. Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği gibi işçinin diğer işçilerin işyerinden ayrılması

yönünde çaba göstermesi, rakip bir işletmenin talebi ile hareket etmesi ve bu yolla işverene zarar vermesi amacının varlığı halinde sadakat yükümüne aykırılık bulunacaktır.

## III. Borca Aykırılığın Yaptırımı

Yukarıda da belirtildiği gibi, sadakat borcuna aykırılık iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshine imkan vereceği gibi, işveren uğradığı zararların tazminini de talep edebilir. İŞK md. 26/II uyarınca, iş sözleşmesinin İŞK md. 25/II'de gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerde dayanılarak hak düşümü süresi içinde feshi halinde, işveren işçiden tazminat talep edebilecektir. Kuşkusuz bu tazminata maddi tazminat yanında manevi tazminat da dahildir. Yasada her ne kadar tazminat talep hakkı fesihle bağlantılı olarak ele alınmışsa da, işverenin sözleşmeyi feshetmeyerek uğradığı zararın tazminini talep etmesi mümkündür. Yine, aykırılığın fesih nedeni oluşturacak ağırlıkta olmaması, uğranılan zararın talep edilmesine engel oluşturmaz. Öte yandan, sadakat borcuna aykırılığa sözleşmelerle cezai şart öngörülmesi mümkün ve geçerlidir.

Sadakat borcuna aykırılık aynı zamanda TTK md. 55 anlamında bir haksız rekabet oluşturuyorsa, işveren TTK md. 56'da öngörülen hukuki yollara başvurabilir. Bu bağlamda, fiilin haksız olup olmadığının tespiti, haksız rekabetin men'i, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası, maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi talep edilebilir.

## DİPNOTLAR

1. A. STAEHELIN, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Zürcher Kommentar, Bd.V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art 319-330a OR, Basel 2006.
2. A. ARSLAN ERTÜRK, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010, 3, 173-174.
3. M. REHBINDER/J. F. STOECKLI, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 1. Abschnitt

- Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Bern 2010.
- 4 F. H. SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 483; M. EKONOMİ, İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, 128; T. CENTEL, İş Hukuku I, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1994; S. SÜZEK, İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008, 303; ARSLAN ERTÜRK, 144.
- 5 Ayrıntılı bilgi için bkz. K. ERTAŞ, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, 19 vd.
- 6 U. STREIFF/A. von KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art 319-362 OR, Zurich-Basel/Genf, 2006, Art 321a, N.2.
- 7 REHBINDER/STOECKLI, Art 321a N. 3.
- 8 Basler Kommentar - W.PORTMANN, Obligationenrecht I, Art 1-529, 4. Aufl., Art 321a N.4.
- 9 REHBINDER/STOECKLI, Art 321a, N.3.
- 10 PORTMANN, Art 321a N.6.
- 11 STAEHELIN, OR 321a, Rn.36.
- 12 E. AKYİĞİT, İşçinin Başka İşte Çalışması, Ankara 1995, 8; ARSLAN ERTÜRK, 309. Yazar isabetli olarak, önemli olan hususun, yan işin (faaliyetin) hangi sözleşmesel temele dayandığından ziyade, yan işin iş sözleşmesinden kaynaklanan ve iş görme yükümlülüğünü ifa ederken sadakat borcuna aykırılık oluşturup oluşturmayacağı olduğunu belirtmektedir.
- 13 AKYİĞİT, 38; ARSLAN ERTÜRK, 311.
- 14 STREIFF/von KAENEL, Art 321a, N.10.
- 15 STOECKLI, Mehrfachbeschaeftigung, SJZ 1991, 258.
- 16 AKYİĞİT, 23.
- 17 Yargıtay işçinin sadakat borcu gereği bir başka işyerinde çalıştığını işverene bildirmesi gerektiğini belirterek işverenin izni ve haberi olmaksızın başka işyerinde çalışmasını doğruluk ve bağlılığa aykırı olarak değerlendirmiştir (Y9HD, 16.04.1998, 5032/6738, www.kazanci.com).
- 18 EKONOMİ, 277; EYRENCİ, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989, 38-39; REHBINDER/STOECKLI, Art 321a N. 132.
- 19 Ayrıntılı bilgi için bkz. F. UŞAN, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003,202-203.
- 20 Aynı yönde; UŞAN, 34.
- 21 Portmann, 321a, Rn.24; REHBINDER/STOECKLI; Art 321a, 14; A. STAEHELIN, OR 321a, Rn. 44; STREIFF/von KAENEL, Art 321a N. 12; İş sırrı kavramına ilişkin olarak bkz. UŞAN, 23 vd.
- 22 REHBINDER/STOECKLI; Art 321a, 15; STAEHELIN, OR 321a, Rn. 44; Doktrinde Anglosakson hukuk sistemine paralel olarak, kanuna, genel ahlak ve adaba aykırı sırların sır olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir (UŞAN, 96 vd.).
- 23 BGE 127 III 310.
- 24 STAEHELIN, OR 321a, Rn. 46.
- 25 REHBINDER/STOECKLI, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art 319-330b, Art 321a, Rn.13; STAEHELIN, OR 321a, Rn. 44; STREIFF/von KAENEL, Art 321a N. 12.
- 26 PORTMANN, Art 321a, 26; STREIFF/von KAENEL, N.12
- 27 Aksi görüş için bkz. ARSLAN ERTÜRK, 293. Yazar sadakat borcunun özünde işverenin haklı menfaatlerinin korunması düşüncesinin yer aldığı, dolayısıyla iş sözleşmesi devam ederken de işverenin haklı menfaatinin aranması gerektiği görüşündedir. İsviçre Hukukunda aynı yönde: STAEHELIN, Art 321a, N.45.
- 28 K. DOĞAN YENİSEY/Ö. ÖZTÜRK, İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü, D.ULUCAN'a Armağan, İstanbul 2008, 438.
- 29 PORTMANN, Art 321a, 27; İsviçre doktrininde STAEHELIN tarafından sözleşmenin sona ermesinden sonra olduğu gibi, sözleşme devam ederken sır saklama yükümlülüğünün varlığı için işverenin haklı bir çıkarının bulunması gerektiği ileri sürülmektedir. Yazara göre, işverenin haklı bir çıkarı bulunmadığı takdirde sır saklama yükümlülüğünden söz edilemeyecektir (OR 321a, Rn. 45).
- 30 STAEHELIN, OR 321a, Rn. 47.
- 31 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN YENİSEY/ ÖZTÜRK, 443 vd.
- 32 STREIFF/von KAENEL, Art 321a N. 13.
- 33 STREIFF/von KAENEL, Art 321a N. 13; PORTMANN, Art. 321a, 27.
- 34 STREIFF/von KAENEL, Art. 321a N.13.
- 35 REHBINDER/STOECKLI, Art. 321a, Rn.4; STREIFF/von KAENEL, Art 321a, N. 7.
- 36 STREIFF/KAENEL, Art 321a, N.4; REHBINDER/STOECKLI, Art 321a, N.4.
- 37 Portmann-Art 321a Rn.12, STREIFF/von KAENEL, Art. 321a N. 4; REHBINDER/STOECKLI, art 321a, N. 6.
- 38 STREIFF/von KAENEL, Art. 321a N. 4.
- 39 PORTMANN, Art 321a, N. 13; REHBINDER/STOECKLI, Art 321a, N.8.
- 40 STAEHELIN, Art 321 a, N.8.
- 41 REHBINDER/STOECKLI, Art 321a, N.9.
- 42 REHBINDER/STOECKLI, Art 321a, N.9.

Doç. Dr. Levent AKIN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak Üzerine Bir Değerlendirme)

## I. Giriş

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği Taslağı sosyal tarafların görüşlerine sunulmuş durumdadır. Yönetmelikle, iş sağlığı ve güvenliği alanında büyük önem taşıyan risk değerlendirme çalışmasının tabi olacağı esasların belirlenmesi hedeflenmiştir. Bu çalışmamızda, söz konusu taslakla ilgili tespit ve değerlendirmelerimizi ilgililerle paylaşarak, çıkarılacak yönetmeliğin iş sağlığı ve güvenliği alanına yapacağı ciddi etkiye, kendi düzeyimizde katkı sağlamaya gayret edeceğiz.

## II. Kavram

Yönetmeliğin amacının, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda risk değerlendirmesi yapılması, alınacak tedbirlere karar verilmesi ve bu tedbirlerin uygulanması, gerekli belge ve kayıtların hazırlanması, risk değerlendirmesi yapacak kişi ve kuruluşların nitelikleri ile ilgi-

li usul ve esasları düzenlemek olduğu belirtilmiştir. Yani Yönetmelikle, risk değerlendirmesi ve bunun sonucuna göre gereken tedbirlerin alınıp uygulanmasının usul ve esasları düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemeden hareket edildiğinde, yönetmeliğin hazırlanmasında güdülen amacın isabetli olduğunu söyleyebiliriz. Zira risk değerlendirmesinin ne anlama geldiği hâlâ gereken düzeyde anlaşılabilmiş değildir. Çoğu işletme konuya kendi anladığı şekilde yaklaşmakta ve doğrunun bu olduğunu savunmaktadır. Konuya ciddiyetle yaklaşan işverenler bile, bu alanda somut kriterlerin belirlenmemesi sebebiyle, risk değerlendirmesini kendi yöntemleriyle hayata geçirip, çalışmalarını o doğrultuda yapmaktadır.

Uygulama genelde bu yönde ilerlese de, bir iş kazası ya da meslek hastalığı halinde hukukun devreye girmesi ile konu tümüyle farklı bir çizgiye kayabilmektedir. Zira bir kaza ya da hastalık nedeniyle oluşan zararın tazmini, sorumluların tespiti ve cezalandırılmaları, hukuk



kurallarına göre gerçekleşmektedir. Bu aşamada işyerindeki ihlallere idari para cezası uygulamak isteyen idare, konuya kendi bakış açısı ile yaklaşmakta ve değerlendirmelerini de bu yönde yapmaktadır. Diğer sorumluluk konularını ele alan yargı ise olaydaki kusurun belirlenmesinde, hukuk normları ile yürürlükteki düzene uygun hareket ederek sonuca ulaşmaktadır. Dolayısıyla iş kazasının gerçekleştiği bir işyerinde, kazaya neden olan riski değerlendirip gereken önlemleri aldığını düşünen işveren ya da alınan tedbirlere yönelik talimatlara uyduğunu ileri süren işçi, yargı önünde kendilerine düşen yükümlülükleri gerektiği gibi yerine getirmemiş olmaları sebebiyle kusurlu ve sorumlu görülebilmektedir. Dahası işçi ve işveren, bu süreçte hangi sebeple sorumlu tutulduklarını ve bu sorumluluktan kurtulmak için ne yapmaları gerektiğini de çoğu kez anlayamamaktadır. Bu sebeplerle risk değerlendirilmesinden ne anlaşılması gerektiğinin hukuki bir metne bağlanması düşüncesi, bu alanda yapılacak her tür değerlendirmeye ortak bir payda yaratabildiği oranda isabetli görülebilir.

Ancak bunun bütün sorunları çözeceğini düşünmek doğru olmaz. Bu noktada yönetmeliğin içeriğinin de konunun tüm taraflarını aydınlatmaya ve arzu edilen sonuca ulaşmaya imkân verecek bir yapıya kavuşturulmuş olması gerekir. O sebeple yönetmelikle getirilen düzenlemelerin, iş sağlığı ve güvenliği alanına ne oranda katkı sağlayacağını irdelenmesinde yarar olduğu kanısındayız.

### III. Tanımlar ve tanımlama yöntemi

Yönetmelik tarafından çözümü gereken ilk sorun konuya ilişkin tanımlamalardır. Zira tartışılan, hakkında fikir beyan edilen ve eleştirilen kavramlar konusunda bir ortak anlayış ihtiyacı olduğu görülmektedir. O nedenle, Yönetmelikte yapılan tanımlamaların, konuya gereken düzeyde açıklık getirip getirmediğini ele almakta yarar görüyoruz.

Yönetmeliğe göre risk, tehlikeden dolayı ölüm, yaralanma, hastalık, hasar veya her türlü istenmeyen durumun meydana gelme olasılığını ifade eder (m.4/f). Aynı konu yasalama sü-

reci devam eden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarı Taslağında da tanımlanmıştır. Buna göre risk, tehlikeden kaynaklanacak kayıp, yaralanma ya da başka zararlı sonuç meydana gelme ihtimalini ifade eder (m.4/o). Görüldüğü üzere iki tanım birbirinden farklıdır. Oysa her iki düzenlemenin de aynı içeriğe sahip olması, arzu edilen kavram birliğine hizmet eder. Aksi halde konuya ilişkin yargılama sürecinde iki ifadenin de ayrı ayrı yorumu gerekecek ve mahkemeler, kanuna aykırı düştüğü sürece yönetmelik hükümüne itibar etmeyecektir. O sebeple yol yakınken her iki tanımı da aynı şekilde yapmak daha yararlı olur. Kaldı ki, yasa taslağındaki “zararlı sonuç meydana gelme ihtimali” ifadesinin, yönetmelik taslağındaki “her türlü istenmeyen durumun meydana gelme olasılığı” ifadesinden daha anlaşılır olduğu kanısındayız.

Benzer bir farklılık tehlike tanımında da bulunmaktadır. Yönetmeliğe göre tehlike, işyeri çevresinde ve çalışma ortamında bulunan veya doğal afetlerden kaynaklanan herhangi bir etkenin insanlara, işyerine, çevreye ve işle ilgili her türlü unsura zarar verme potansiyelini tanımlar (m.5/ğ). Yasa taslağındaki tehlike tanımı ise, işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyelini anlatmaktadır. Bu açıdan bakıldığında yasal ifadenin yine daha sade ve anlaşılır olduğu görülmektedir. Yönetmelikte geçen, “İşyeri çevresinde” ifadesinin neyi amaçladığını anlayabilmek mümkün değildir. Bunun işyerinin içini mi, yoksa dışını mı kastettiği anlaşılamamaktadır. Dahası “çalışma ortamı” kavramı da, hukuki açıdan yapılacak değerlendirmelerde sorun yaratabilir görünmektedir. Bunlara eklenen “doğal afetler” ifadesi ise işyeri çevresi ve çalışma ortamı ifadeleri ile kıyaslandığında, çok geniş ve teknik bir kavram olarak durmaktadır. Yasa taslağıyla kıyaslandığında yönetmelikteki ifade çok daha karmaşıktır. “İşyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek” ifadesi anlaşılır ve yeterlidir. Nitekim Yönetmeliğin risk değerlendirmesi tanımında da aynı ifadeler kullanılmıştır. Bunun tehlike tanımında tercih edilmemesi için bir neden olmasa gerekir. Kaldı ki doğal afetin işyerinden kaynaklanamayacağı da düşünülür-

se, yasal ifadenin tercihi halinde bu kavrama da ihtiyaç kalmayacaktır. Ayrıca Yönetmelikte geçen “insanlar” kelimesi de, çalışma yaşamını ilgilendiren bir yönetmelik hazırlandığı düşünüldüğünde, uygun olmamıştır. Onun yerine, yasa taslağında da tercih edilen “çalışan” kavramının kullanılması, hükme daha anlaşılır bir üslup kazandıracaktır.

Konunun temel kavramı olan risk değerlendirmesi tanımlarında da farklılıklar dikkat çekmektedir. Yönetmeliğe göre risk değerlendirmesi; “İşyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilmesi, bu risklerin bertaraf edilmesine ve bertaraf edilemeyenlerin kabul edilebilir düzeye indirilmesine yönelik risk kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması, uygulanması ve uygulamalarının izlenmesi amacıyla yapılması gereken sistematik ve dinamik çalışmaları” ifade eder (m.4/g). Yasa taslağına göre ise risk değerlendirmesi, işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmalardır (m.4/ö). Tanımlamalar aynı şekilde başlayıp sonradan farklılaşmıştır. Bu farklılığın sebebini, tanımlar arasında bir kapsam farklılığının olup olmadığını anlayabilmek güçtür. Oysa konu yeni karmaşalara değil, açıklığa ve anlaşılabilirliğe ihtiyaç duymaktadır. Çünkü halen çoğu işyerinde, riskleri değerlendirmenin ne şekilde hayata geçirileceği ve dahası ne işe yarayacağını tam olarak algılandığını söyleyebilmek mümkün değildir. Bu alanda yapılan saygın çalışmalar, konuya ilgisi olanların motivasyonunu artırsa da, uygulamada iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ne oranda katkı sağladığı henüz ölçülebilmiş değildir.

Tanımlamalarda yaşanan bu tür sorunlara rağmen konuya ilişkin olarak geline aşama olumludur. Eskiden telaffuz dahi edilmeyen risk değerlendirmesi, artık güncel bir sorundur ve sınırlı da olsa onu başarıyla hayata geçiren işyerleri bulunmaktadır. O nedenle geline nokta küçümsenmemelidir. Aksine bu yöndeki çalışmalar, bir düzene oturtulma koşuluyla,

teşvik edilmelidir. Ancak risk değerlendirmesinde arzu edilen seviyeye ulaşılabilmesi için, konunun uygulanabilir olmasını sağlayacak net bir kavram ağı oluşturulmalı, herkesin kavramlardan ve getirilen hükümlerden aynı şeyi anlayabilmesi sağlanmalıdır. Bu alanda hoş görülebilir farklılıklar sadece sektörel alandaki farklılıklardan kaynaklanabilir. Onun dışında işçi, işveren, bakanlık ve yargı, bu alanda kullanılan kavramlardan ve yapılanlardan aynı şeyi anlamalıdır. Bir inşaat şirketi ile bir petrokimya şirketi, farklı alanlarda üretim yapsalar ve değişik risklerle karşılaşsın, onlarla farklı yöntemlerle mücadele etseler de, risk değerlendirmesinin kendilerine ne gibi yükümlülükler getirdiğini, bunlara aykırılığın hangi sonuçları doğuracağını aynı oranda anlayabilmeli ve aynı düzeyde yaşama geçirebilmelidir. Hukuk normlarının genel ve yeknesak norm getiren yapıları, bu amaca yöneliktir.

Bu bağlamda, yukarıda yer verdiğimiz tanımların daha anlaşılır olabilmesi için, Avrupa hukuk sistemlerinde rastlandığı gibi, tehlikenin zarar verme potansiyeli taşıyan etkeni, riskin de bu tehlikeden etkilenme ihtimalini ifade ettiği söylenmekle yetinilebilir. Buna paralel olarak, risk değerlendirmesinin de, bir tehlikenin ilgili işyeri ve işçiler için ne şekilde risk yaratacağının ele alınması olduğu vurgulanabilir. Bu basit anlatım tarzı ile ilgililerin konuyu kendilerine ve işlerine özgü kılabilecek değerlendirmeler yapmalarına imkân sağlanabilir. Aksi halde şu anda olduğu gibi yönetmelik ve yasa taslakları arasında yaşanan ifade farklılıkları, Yönetmeliğin isabetli bulduğumuz temel amacını örseler. Zira başta da işaret ettiğimiz gibi konu, ilgili kavramsal tanımlamaların yapılmaması sebebiyle zaten çok soyut bir içeriğe bürünmüş, herkesin farklı algıladığı bir yapıya dönüşmüştür. Tam da bu noktada hazırlanan bir yönetmeliğin, söz konusu sorunu çözebilmesi beklenirken, aksine yeni tartışmalara neden olacağı görünmektedir. Üstelik, hukuki metinlerde ortaya çıkan farklılıklar, konuya ilişkin tartışmalara bundan böyle hukukçuları da dahil edecektir. Oysa, risk değerlendirmesinin yapılacağı alanlardaki farklılıklar ne olursa olsun, bu değerlendirmeyi yapan da, o değerlendirmeyi denetleyen ve yargılayan da konuya

aynı şekilde bakabilmelidir. Küçük ölçekli bir işletmeye, neden risk değerlendirmesine gerek olduğunu anlatmak yönetmeliğin işi olmasa da, bunu ilk kez yapacak bir işverene risk değerlendirmesini ne şekilde yapacağını anlatmak ve sonuçları konusunda işvereni aydınlatmak, bunu yaparken de yasayla çelişmemek, böyle bir yönetmeliğin en temel görevi sayılmalıdır.

#### IV. Risk değerlendirme yükümlülüğü

Yönetmeliğin 5. maddesinde, işverenin risk değerlendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Madde başlığı, konuya ilişkin genel bir hüküm getirildiği izlenimi verdiği halde ifade tarzı özel bir düzenlemeyi andırmaktadır. Buna göre, “İşveren, işçilerin sağlık ve güvenliğini sağlama, sürdürme ve geliştirme amacına yönelik olarak özel risklerden etkilenecek çalışanların durumunu da dikkate alacak şekilde işyerinde risk değerlendirmesi yapmak veya yapılmasını sağlamakla yükümlüdür.”

Madde metninde yer alan “özel risklerden etkilenecek çalışanların durumunu da” ifadesi, işverenin genel risklerden etkilenecek çalışanların durumunu dikkate alan bir risk değerlendirmesi yapmakla yetinmeyip, bunun yanında özel risklerden etkilenecek çalışanların durumunu da dikkate alacağı gibi bir anlam taşımaktadır. Zaten olması gereken de budur. Fakat madde metninde genel risklerden etkilenecek çalışanların durumuna ilişkin bir açıklık yoktur. Her ne kadar hükmün ifadesinden, genel risklerden etkilenecek çalışanların durumunun evleviyetle ele alınacağını anlaşıldığı ileri sürülebilir ise de, söz konusu olan hukuk metninin yönetmelik olduğu düşünülürse, bu açıklığın madde metninde de olması aranır. Aksi halde düzenleme hukuki yoruma ihtiyaç duyar. O sebeple 5. madde metnindeki “özel” ifadesinin kaldırılmasının daha isabetli olacağı, bu şekilde tüm risklerin ve tüm çalışanların durumunun dikkate alınmasının sağlanmış olacağı kanısındayız.

Buna karşın anılan 5. madde, işverenin risk değerlendirme yükümlülüğünü sadece özel risklerle ve ona muhatap olan işçilerle sınırlı tutmayı amaçlıyorsa, bu çok daha büyük bir so-

run yaratacaktır. Zira işverenin İş Kanunu'nun 77. maddesindeki sorumluluğunu daraltan bir yönetmelik hükmünün yasa karşısında geçerlik imkânı bulunmadığından, hüküm ölü doğmuş sayılacaktır.

Yönetmelik taslağının 5. maddesinde, işverenin risk değerlendirmesi yapmak veya yapılmasını sağlamakla yükümlü olduğu belirtilerek, bu alanda dışarıdan hizmet alınabilmesinin önü açılmıştır. Taslağın 5. bölümünde, “Risk Değerlendirmesi Yapacak Kişi ve Kuruluşların Nitelikleri, Eğitimleri ve Yükümlülükleri” başlığı altında, işyerinde risk değerlendirmesi yapacak kişi ve kuruluşların niteliği düzenlenmiştir (m.11). Buna göre, işyerinde risk değerlendirmesi, Bakanlıkça yetkilendirilmiş eğitim kurumlarınca düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirme Eğitimi Programından yetki belgesi almış kişilerce yapılacaktır. Bu kişiler, teknik meslek yüksek okulu ve iş sağlığı ve güvenliği meslek yüksek okulu mezunları, iş sağlığı ve güvenliği veya iş güvenliği doktorası yapmış olanlar, mühendis, mimar veya teknik elemanlar olarak tarif edilmiştir. Bunlar dışında, işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları da söz konusu risk değerlendirmesini yapabileceklerdir.

Anılan düzenlemeden, risk değerlendirmesinin bireysel bir çalışma olduğunun kabul edildiği, bir kişinin dahi bu işi yapabileceğinin varsayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla teknik meslek yüksek okulu mezunu bir elemanın ya da bir mühendis, mimar veya teknik elemanın bu işi başarabileceği kabul edilmiştir. Oysa Yönetmeliğe göre risk değerlendirmesi, tüm işyerlerinde kuruluş aşamasından başlamak üzere tehlikeleri tanımlama, riskleri analiz etme ve kontrol altına alma ve yapılan çalışmalarını gözden geçirme aşamaları izlenerek gerçekleştirilmelidir. Bu tanım dikkate alındığında, 11. maddede sayılan kişilerin tek başlarına bu işi nasıl yapacakları merak konusu olacaktır. Dahası, bir kaza sonrasında işyerinde risk değerlendirmesinin yapıp yapılmadığı değerlendirilirken, diğer deyişle sorumlu aranırken işveren, 5. maddeye göre bu işi kendisinin yapmadığını, yapılmasını sağladığını ileri sürebilecektir. 5. maddede geçen “yapılmasını sağlamak” ile

kastedilenin de risk değerlendirmesini 11. maddede yaptırarak olduğu anlaşılmaktadır. Yani işveren 11. maddeye göre, Bakanlıkça yetkilendirilmiş eğitim kurumlarınca düzenlenen “İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirme Eğitimi” programından yetki belgesi almış bir kişiye bu işi verdiğinde, 5. madde anlamında kendine düşeni yerine getirmiş sayılacaktır. Yani risk değerlendirmesi yapılmasını sağlama yükümlülüğünü ifa etmiş olacaktır.

Sorun da bu noktadan itibaren başlamaktadır. 11. maddede geçen kişilerin risk değerlendirmesini yapabilmeye yetkinlikleri bir yana, bunu yapabilecek zamana, yetkiye sahip olup olmadıkları ciddi soru işaretleri yaratmaktadır. Bir teknik elemanın, lisans ve sertifikasyon eğitimlerinde aldığı bilgileri, her sektörde aynı yetkinlikle uygulayabilmeye imkânı yoktur. Her sektörün özgün çalışma koşullarının yanı sıra kendine has sayısız riski barındırdığı açıktır. Sözü edilen risklerin özellikle bazılarının, o riske maruz kalma ihtimali olanlar dışında bilinebilmesi mümkün olmadığı gibi onlarsız çözümü de neredeyse imkânsızdır. O nedenle bir işverenin, sahip olduğu işyerindeki risklerin değerlendirilmesi işini, 11. maddede sayılanlardan birine vermiş olması, risk değerlendirmesi yapmış olduğunu göstermez. Yönetmeliğin bu hususu çok net ortaya koyması gerekir.

Yönetmelik risk değerlendirme yükümlüsü olan işverene, bu yükümlülüğüne yerine getirmek için seçenekler sunmalıdır. Ancak sunulan seçeneklerin gerçek yükümlünün risk değerlendirmesi yapma ödevini ortadan kaldırmayacağı, bu hizmetin dışarıdan alınması halinde ise sağlıklı yürütülmesinin işverenin kontrolü altında olması gerektiği açıkça belirtilmelidir.

Bununla birlikte, risk değerlendirmesi işini yapabilen kişilerin olaya ciddiyetle yaklaşmalarını sağlayacak hukuksal alt yapının da oluşturulması gerekir. Taslağın 11. maddesinde sayılan kişilerin, kendilerinden beklenen risk değerlendirme faaliyetini özenle yapmalarını sağlayacak görev tanımlarına netlik kazandırılmalıdır. Bu kişilerden ne beklendiği, içeriği, süresi ve gereği gibi yapılmaması halinde işverene ve zarar gören işçilere karşı sorumlulukları açıklığa kavuşturulmalıdır. İş kazası ve meslek

hastalığının yarattığı hukuki ve cezai sorumluluğun el yakan bir top gibi elden ele atılmasına ve bu ortamda ilgililer arasında sorumlu avına çıkılmasının önüne geçilmelidir.

Bu noktada belirtmek isteriz ki, konuya ilişkin olarak yapılması gereken düzenlemeler, yeni sorumlular yaratmaktan çok, zaten var olan sorumlular arasındaki hiyerarşiyi ve paylaşımı düzenlemeye hizmet etmelidir. Risk değerlendirmesi gibi özel bir alanda söz konusu paylaşımın yapılmaması, sorumlunun tespitinde yargı makamlarını genel hükümlere başvurmak zorunda bırakacaktır ki bunun da iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ne kadar hizmet edeceği belli değildir.

## V. Risk değerlendirme aşamaları

Yönetmeliğin üçüncü bölümü risk değerlendirmesine ayrılmıştır. Bu bölümde anılan değerlendirmenin hangi aşamalardan oluştuğu ve bu aşamaların ne şekilde geçileceği düzenlenmektedir. Buna göre, risk değerlendirmesi tüm işyerlerinde kuruluş aşamasından başlamak üzere tehlikeleri tanımlama, riskleri analiz etme ve kontrol altına alma ve yapılan çalışmalarını gözden geçirme aşamaları izlenerek gerçekleştirilir (m.6).

Risk değerlendirmesi için taslağın öngördüğü dört aşama, üçüncü bölümün diğer başlıklarında düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 7. maddesinde tehlikelerin tanımlanması, 8. maddede risk analizi, 9. maddede risk kontrol adımları ve nihayet 10. maddede risk değerlendirmesinin gözden geçirilmesi ve yenilenmesi ele alınmıştır.

Risk değerlendirmesinin ilk adımı olan tehlikelerin tanımlanmasında öncelikle işyerine ilişkin bilgilerin toplanması gerektiği belirtilmiştir. Bu bilgilerin hangi alanlara ilişkin olduğu yönetmelikte sıralanmıştır. Buna göre, işyeri bina ve eklentileri, iş ekipmanları, kullanılan maddeler, artık ve atıklar, ortam ve kişisel maruziyet düzeyi ölçüm sonuçları, üretim teknikleri, yürütülen faaliyetler, çalışma şekilleri, çalışma izin sistemi, organizasyon ve hiyerarşik yapı, görev, yetki ve sorumluluklar, üretim süreç ve prosedürleri, çalışanların eğitim, yaş, cinsiyet ve benzeri özellikleri, işyerinin geçmişte tabi tutulduğu teftişler, kaza, olay, ramak kala ka-



yıtları ile varsa daha önce yapılan risk değerlendirme çalışmalarının sonuçlarına ait bilgiler toplanacaktır. Toplanan bilgiler ışığında, İş Kanunu'na göre yürürlüğe konulan yönetmeliklerde yer alan hükümler de dikkate alınarak yer seçimi, işyerinin kuruluşu ve işletme safhasında kısa ve uzun vadede ortaya çıkabilecek veya çalışma ortamında bulunan fiziksel, kimyasal, biyolojik, psikososyal ve ergonomik tehlike kaynakları belirlenecek ve kayda alınacaktır. Yönetmeliğe göre bu belirlemeler yapılırken, 7. maddede sayılan ve işyerine özgü olan tehlikeler belirlenecek ve bunlardan kimlerin ve ne şekilde etkilenebileceği göz önünde bulundurulacaktır.

Taslakta tehlikelerin tanımlanması konusunda yapılacak olanlar 7. maddede sıralanmış, bu noktada işverene düşen yükümlülük ise 12. maddede ele alınmıştır. Gerçekten de risk değerlendirmesi yapmak veya yapılmasını sağlamakla yükümlü olduğu belirtilen işverenin bu işi başkasına da yaptırsa birtakım sorumlulukları olduğu açıktır. Zira anılan tanımlamaları yapması istenen kişinin dışarıdan gelmesi halinde bu tespitleri işverenin katkısı olmadan yapabilmesi oldukça güçtür. Nitekim taslağın 12/4 hükmünde, "İşverenlerce, işyerinde risk değerlendirme çalışması yapacak kişi ve kuruluşlara ihtiyaç duydukları her türlü bilgi ve belgeyi temin eder..." hükmü getirilmiştir. Ancak bu düzenlemeye, işverenin, değerlendirme sırasında ilgililerden sakladığı bilgilerin sorumluluğuna kendisinin katlanacağı da eklenmelidir.

Taslağın 12/4 hükmünde, işyerinde risk değerlendirme çalışması yapacak kişi ve kuruluşlara da bir yükümlülük getirilmiştir. Buna göre, "...kişi ve kuruluşlar ise sağlanan bilgi ve belgelerdeki sır niteliği taşıyacağından korumak ve gizli tutmakla yükümlüdür". Bunun dışında, risk değerlendirmesi yapacak kişi ya da kurumların yapacakları değerlendirmeleri, kendilerine sunulan verilerle sınırlı olarak değil, bu konuda uzman bir kişi ya da kurumdan beklenen düzeyde özen göstererek yapmaları gerektiği belirlenmelidir. Dürüstlük kuralı gereği, kendisinden beklenmesi gereken özeni göstermeyen teknik elemanın, risk değerlendirmesi konusundaki kusurundan işverene ve

zarar görenlere karşı şahsen sorumlu olacağı da mutlaka yönetmeliğe eklenmelidir. Yönetmeliğe konulacak bu tür hükümlerin, tarafları sorumlu davranmaya iteceği, yargı önüne gelen uyuşmazlıklarda mahkemelerin değerlendirme yapabilmesini kolaylaştıracağı ve ilgililere hak ettiklerinden fazla sorumluluk yüklenmesini engelleyeceği unutulmamalıdır.

Yönetmeliğin 8. maddesi risk analizine ayrılmıştır. Buna göre, "Öncelikle tespit edilmiş olan tehlike veya tehlike kaynaklarının her biri ayrı ayrı dikkate alınarak bu tehlikelerden kaynaklanabilecek muhtemel riskler ve bu risklerden kimlerin, nelerin, nasıl, hangi sıklıkta ve şiddette zarar görebileceği, toplanan bilgi ve verilerle birlikte uygun yöntemlerden biri veya birkaçı bir arada kullanılarak analiz edilir. Elde edilen sonuçlar yazılı hale getirilir. Analiz edilen riskler derecelendirilmek üzere etkilerinin büyüklüğüne göre önem ve öncelik sıralamasına tabi tutularak yazılı hale getirilir". Düzenleme anlaşılır bir içeriğe sahiptir. Risk analizinde nelerin yapılacağı, genel bir ifade tarzıyla ancak basit olarak ortaya konulabilmiştir. Düzenlemeden risk analizinin, risk değerlendirmesi çalışmalarında geçilmesi gereken aşamalardan biri olduğu açıkça ortaya konulmuştur.

Risk değerlendirmesinin üçüncü aşaması olan, risklerin kontrol altına alınması, taslağın 9. maddesinde ele alınmış ve bu aşamanın altı adımda hayata geçeceği düzenlenmiştir. Bunlar, planlama, risk kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması, risk kontrol tedbirlerinin uygulanması, uygulamaların izlenmesi, raporlama ve gözden geçirmedir.

Risk değerlendirmesinin dördüncü ve son aşaması 10. madde düzenlenmiştir. Risk değerlendirmesinin gözden geçirilmesi ve yenilenmesi, belki de ülkemiz açısından en temel sorunlardan birini oluşturmaktadır. Gerçekten de işyerlerinin çoğunda risk değerlendirmesi yapılmamakta, yapılanların büyük çoğunluğunda da bu değerlendirme bir kez yapılmakla yetinilmektedir. Oysa madde metninden de anlaşılacağı üzere söz konusu değerlendirme, sürekli yapılmadıkça hiçbir anlam ifade etmez. Yapılan ilk değerlendirme sonrası işyeri çalışma koşullarında yaşanan ihtiyari ya da zorun-

lu değişiklikler, bazı riskleri ortadan kaldırırsa da birçok yeni riskin ortaya çıkmasına da neden olabilir. Bu tür değişiklikler olmasa da, işyerindeki üretim süreci, zaman içinde çalışma koşullarına menfi etki edebilmekte, üretim ekipmanında aşınmalara neden olabilmektedir. O sebeple işyerlerinin iki farklı aşamada denetimleri ve yeniden risk değerlendirmesine tabi tutulmaları yaşamsal önem taşımaktadır.

Bunlardan ilki periyodik değerlendirmelerdir. İşyerleri, yeni bir gelişme yaşamasalar da, süregelen üretimin yarattığı tahribat ve doğurduğu yeni riskler sebebiyle belirli periyotlarla yeniden risk değerlendirmesine tabi tutulmalıdır. Nitekim yönetmeliğe göre, yapılmış olan risk değerlendirmesi en az yılda bir gözden geçirilir, en geç üç yılda bir yenilenir (m.10/2). Düzenleme isabetlidir ancak Türkiye'deki çalışma koşulları, kavramların henüz algılanamamış olması ve iş güvenliği bilincinin yerleşmemiş olması karşısında, bu periyotların daha aşağıya çekilmesinde yarar görüyoruz. Henüz kuruluş aşamasındaki risk değerlendirme yapısına olan duyarlılığın artması, konuya yaklaşımın daha ciddi olabilmesi ve işletmelerin bu alandaki organizasyonlarını bir an önce oluşturabilmelerini sağlayabilmek için bir ve üç yıllık sürelerin, en azından geçiş dönemi olarak belirlenecek bir dönem boyunca, daha kısa tutulması gerektiği kanısındayız. Ancak bu noktada yapılacak bir değişikliğin, konuya ilişkin yürürlükteki mevzuatla çelişmemesi ya da çelişki halinde hangi hükmün uygulanacağını açıklanması gerekir. Nitekim kimyasal maddelerle çalışmalarda sağlık güvenlik önlemlerine dair tüzükte söz konusu yenileme süresi beş yıl olarak belirlenmiştir ve konuyla ilgili çelişki yaratmaktadır (m.6/c.5).

Risk değerlendirmesinin tekrarına (yenilenmesine) neden olacak ikinci aşama, işyerinde meydana gelen yeni gelişmelerdir. Yönetmeliğe göre, işyerindeki binalarda yapılan değişiklik sonrasında, işyerinde yapılan teknoloji ve ekipman değişikliği ardından, üretim yönteminde önemli değişiklikler olması, iş kazası-meslek hastalığı veya ramak kala olay meydana gelmesi, yeni bir mevzuatın yürürlüğe girmesi veya mevcut mevzuatta değişiklik yapılmış ol-

ması, çevreden kaynaklanan ve işyeri geneli- ni etkileyen yeni bir tehlikenin ortaya çıkması sonrasında, iş sağlığı ve güvenliği yönünden yapılan teftişlerde gerekli görülmüş olması ve risk değerlendirme raporunda belirtilmiş olması hallerinde, risk değerlendirme çalışmaları yenilenecektir.

Buna ek olarak, risk değerlendirme hizmetinin dışarıdan alındığı hallerde, hizmet alınan kişi ya da kuruluşlardaki değişiklik sonrasında da değerlendirmenin yenilenmesi sağlanmalıdır. Ancak bu noktada, söz konusu yenilemenin belirli bir süre içinde yapılmasını zorunlu kılan bir süre hükmünün taslağa eklenmesinin yararlı olacağı kanısındayız.

## VI. Riski değerlendirecek kişi ve kuruluşlar

Taslağın 11. maddesinde, risk değerlendirmesi yapacak kişi ve kuruluşların niteliği düzenlenmiştir. Buna göre işyerinde risk değerlendirmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirme Eğitimi Programından yetki belgesi almış kişiler tarafından yapılacaktır. Ancak söz konusu maddede, bu kişiler dışında değerlendirme yapabilecek kişiler de belirlenmiştir. Hükme göre, teknik meslek yüksekokulu ve iş sağlığı ve güvenliği meslek yüksek okulu mezunları, iş sağlığı ve güvenliği veya iş güvenliği doktorası yapmış olanlar, mühendis, mimar veya teknik elemanlar, işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları da risk değerlendirmesi yapabilme ehliyetine sahiptir.

11. maddenin başlığında kişi ve kurumlardan söz edildiği halde, madde kapsamında herhangi bir kurumdan söz edilmemiştir. Bu sorunun giderilmesi gerektiği açıktır. Bahis konusu kuruluşlar 12. maddede geçmektedir ancak o maddenin başlığı da, "Risk değerlendirmesinin ifası" olarak belirlenmiştir. Madde başlığı bu olsa da içinde, denetime yetkili kuruluşlardan ve işyeri dışından hizmet alınması düzenlenmektedir. O sebeple bu başlığın da mutlaka gözden geçirilmesi ve içeriği ile örtüşür hale getirilmesi gerekir.

Taslağın 12. maddesine göre risk değerlendirmesi, gereken yetki belgesine sahip olması koşuluyla işveren tarafından da yapılabilir. An-

cak bunun için o işyerinde, işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı görevlendirme zorunluluğunun olmaması gerekir. Aksi halde işveren risk değerlendirmesini, istihdam ettiği hekim ya da İSG uzmanına da yaptırmak durumdadır. Değerlendirmenin işveren tarafından yapılabiliyor olması, söz konusu istihdam zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

İşyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturma yükümlülüğü bulunan işyerlerinde risk değerlendirmesi, öncelikle bu birimde görevli işyeri hekimleri veya iş güvenliği uzmanları tarafından veya "İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Risk Değerlendirme" yetki belgesine sahip olanlar tarafından yerine getirilecektir. Ancak bu hizmet işyeri dışında kurulu yetkili ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden alınacaksa, bu hizmetin öncelikle bu birimde işyerinden sorumlu olarak görevli bulunan, işyeri hekimleri veya iş güvenliği uzmanları tarafından veya "İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Risk Değerlendirme" yetki belgesine sahip olanlar tarafından ifa edilmesi mümkün görülmüştür. Bununla birlikte, 12. maddenin "b" bendindeki ifadenin yeniden düzenlenmesi yararlı olacaktır. Zira "a" bendindeki tanımlamada kullanılan "İşyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı görevlendirme zorunluluğu olmayan işyerlerinde" ifadesinin karşılığı, hekim ve uzman görevlendirme zorunluluğu olmayan işyerleri olmalıdır. Ancak "b" bendinde bunun yerine "İşyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturma yükümlülüğü bulunan işyerlerinde" ifadesi tercih edilmiştir ki bu işyerlerinde zaten hekim ve uzman görevlendirilmektedir. O sebeple ifadelerde paralellik sağlanabilmesi için, "a" ve "b" bentlerindeki ayrımı, hekim ve uzman görevlendirme zorunluluğu olup olmamasına göre yapmakta yarar olduğu kanısındayız.

Taslağın sözü edilen düzenlemelerinde geçen "öncelikle" ifadesi, risk değerlendirmesi düzenlemelerinin etkinliğini azaltabilecek niteliktedir. Zira Yönetmeliğe göre işveren, risk değerlendirmesi için kendi içinden belirleyeceği işçilerden öncelikle işyeri hekimleri veya iş güvenliği uzmanları ya da bu alanda yetki belgesine sahip olanları tercih edecektir. Düzenlemede "öncelikle" denilmesi, bu nitelikte personelin olmaması halinde başka işçilerin de

bu alanda görevlendirilebilmelerinin önünü açmaktadır. Böyle bir uygulama, yetkin olmayan kişilerin de risk değerlendirmesi yapabilmelerine imkân sağlamak olur ki, bunun göstermelik değerlendirmelere neden olması kuvvetle muhtemeldir.

Aynı sakınca dışarıdan hizmet alınan yetkili ortak sağlık ve güvenlik birimleri için de geçerlidir. Taslağa göre, bu birimler de risk değerlendirmesi için öncelikle işyeri hekimleri veya iş güvenliği uzmanları ya da bu alanda yetki belgesine sahip olanları kullanacaklardır. Ancak düzenlemenin ifadesinden, bu tür personelin bulunmadığı hallerde başka personele de bu işin gördürülebileceği anlamı çıkmaktadır ki bunun da önemli bir sorun olduğu açıktır. O sebeplerle taslakta geçen "öncelikle" ifadelerinin çıkarılması ve böylelikle anılan yetkinlikte personelin olmadığı hallerde risk değerlendirmesinin, bu nitelikteki kişilere ulaşıncaya kadar ötelenmesi sağlanmalıdır.

Bunun dışında, risk değerlendirmesi yapacak kişi ve kuruluşları ele alan dördüncü bölüme, değerlendirmeyi yapacak kişilerin sorumluluğuna dair bir hüküm eklenmelidir. Buna göre, işyeri hekimleri veya iş güvenliği uzmanları ya da bu alanda yetki belgesine sahip olanların tercih edildiği olaylarda, bu uzmanların kendilerinden beklenmesi gereken özeni göstermelerinin sorumluluklarına neden olacağı hatırlatılmalıdır. Yine aynı bölüme konulacak bir başka hükümlerle, risk değerlendirmesi için işyeri hekimleri veya iş güvenliği uzmanları ya da bu alanda yetki belgesine sahip olanları tercih edilemediği hallerde doğacak zararlardan doğrudan işverenin sorumlu olacağı vurgulanmalıdır.

Yönetmeliğin bu bölümünde, risk değerlendirmesi yapan kişilere, o işyerindeki varsa işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının yardımcı olması gerektiği düzenlemiştir (m.12/2-4). Hükümün yararlı olacağından şüphe duymuyoruz. Ancak bu noktada biraz daha ileri gidilmeli ve risk değerlendirmesi yapacak yetkilinin, işçilerle doğrudan temasa geçebilmesine, onlara soru sorabilmesine, değerlendirmeye yönelik talimat verebilmesine, üretimin her aşaması hakkında bilgi edinebilmesine imkân sağlayan bir sistem yaratılmalıdır. Risk değerlendirmesinin bireysel

bir çalışmayla gerçekleştirilemeyeceği, bunun bir ekip çalışması olduğu unutulmamalıdır.

## VII. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatı ile bağlantısı

Yönetmelik taslağında, risk değerlendirmesi konusunda hüküm içeren diğer yönetmeliklerle bağlantı kurulmamıştır. Oysa halen yürürlükte olan çok sayıda yönetmelikte, risk değerlendirmesini ilgilendiren hükümler bulunmaktadır. Bu durum, konuya ilişkin yükümlülüklerin içeriğinin ve muhatabının belirlenmesinde sorun yaratabilir görünmektedir. O sebeple taslağa eklenecek düzenlemelerle risk değerlendirmesi konusunda, diğer yönetmeliklerle bağlantı kuralmalı, hangi hükmün esas alınması gerektiği konusunda bir düzen oluşturulmalıdır. Bu düzen diğer yönetmeliklerin özgün hükümlerini geçerli kılarken genel hükümlerde yönetmeliğe müracaatı sağlayabileceği gibi, risk değerlendirmesini ilgilendiren önceki tüm hükümleri ortadan kaldırmak şeklinde de hayata geçirilebilir.

Yönetmelik taslağının mevcut mevzuata adapte edilmemiş olmasının yarattığı bir diğer sorun, taslakta iş sağlığı ve güvenliği kurullarından söz edilmemiş olmasıdır. İş sağlığı ve güvenliği işyeri örgütlenmesinin en temel parçalarından biri olan ve risk değerlendirmesinde önemli rol alan kurulun taslakta hiç ele alınmamasını anlayabilmek mümkün değildir. Gerçekten de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesi gereği, işveren tarafından, iş sağlığı ve güvenliği kurulu üyelerine ve yedeklerine iş sağlığı ve güvenliği konularında eğitim verilmesi sağlanır. Verilecek bu eğitim konularından biri de, işyerlerine ait özel risklerdir (m.6). Bunun yanında aynı Yönetmeliğin 7. maddesinde düzenlenen iş sağlığı ve güvenliği kurullarının görev ve yetkileri arasında, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlikeleri ve önlemleri değerlendirmek, tedbirleri belirlemek, işveren veya işveren vekiline bildirimde bulunmak, sayılmıştır. Bunun yanında işyerinde meydana gelen her iş kazası ve tehlikeli vaka veya meslek hastalığında yahut iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili bir tehlike halinde gerekli araştırma ve incelemeyi yapmak, alınması gereken tedbirleri bir raporla

tespit ederek işveren veya işveren vekiline vermek de kurulun görev ve yetkileri arasındadır (m.7/c-d). Risk değerlendirmesinin tanımından hareket edildiğinde, kurulun söz konusu görevlerinin de risk değerlendirmesi faaliyetine girdiği açıktır. Dolayısıyla, risk değerlendirmesine ilişkin yönetmelikte de, kurulun bu faaliyetteki pozisyonu açıklığa kavuşturulmalıdır. Aksi halde olası sorumluluk hallerinde bir yetki karmaşası muhtemel görünmektedir.

Bu bağlamda çözümü gereken bir diğer sorun da, İş Kanunu'ndaki elli işçi ölçütüdür. İş Kanunu'nda iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu ve yükümlülükleri ile ilgili zorunluluklar için aranan elli işçi ölçütüne Yönetmelik taslağında yer verilmemiştir. Bu durum, risk değerlendirme yükümlülüklerinin muhataplarının belirlenmesinde sorun yaratabilir. Dolayısıyla bu konunun da taslakta açıklığa kavuşturulması, ellinin altında işçi çalıştıran işyerlerindeki durumun net olarak belirlenmesi Yönetmeliğin işlerliğini artıracaktır.

## VIII. Farklı işverenlerin arasında risk değerlendirme organizasyonu

Yönetmelik taslağının 15 ve 16. maddelerinde, aynı işyerinde birden fazla işveren ve alt işverenlik hallerine yer verilmiş ve bunun risk değerlendirme konusundaki sonuçları düzenlenmiştir.

Bunlardan 15. madde, birden fazla işveren olması durumunda risk değerlendirme çalışmalarının nasıl yapılması gerektiğini şu şekilde düzenlemiştir; “Bir işyerinin birden fazla işveren tarafından kullanılması durumunda; her işveren yürüttüğü işler için diğer işverenlerin yürüttüğü işleri de göz önünde bulundurularak ayrı ayrı risk değerlendirme çalışması yapılır ve işverenlerce yapılan risk değerlendirme çalışması sonuçları arasında uyum, koordinasyon ve işbirliği sağlanır.”

Maddenin ifade şekline, hangi amaçla ve hangi tür işyerleri için getirildiğini anlayabilmek mümkün değildir. Ancak birden fazla işveren tarafından kullanılan işyeri ifadesinden ilk akla gelenler, asıl-alt işveren ilişkisi ile iş sahibi-müteahhitlik ilişkileridir. Taslakta alt iş-



verenlerin durumu, 16. maddede düzenlenmiştir. Bu sebeple 15. maddenin uygulanabileceği ilişkilerden birinin, iş sahibi-müteahhit ilişkileri olduğunu sanıyoruz. Böyle bir ilişkide iş sahibi (işveren), kendi işyerinde bir müteahhide iş verebilir. Müteahhidin yapacağı iş, işverenin yürüttüğü süreklilik taşıyan işin bir bölümü değildir. Verilen işin başlangıcı ve sonu bellidir. O sebeple bu ilişki alt işverenlik oluşturmaz. Örneğin fabrika sahasına yapılacak ek binaların ve depoların inşası müteahhide verilebilir. Aynı şekilde, işyerinin bakım onarımı, çatı ve pencerelerinin tamiri ya da yenilenmesi işini alan işveren de alt işveren değil, müteahhit olarak nitelendirilir. Bu tür olaylarda aynı işyerinde farklı işverenlerin varlığından söz edilebilir.

Yönetmelik taslağı, bu gibi hallerde her işverenin kendi işi ile ilgili risk değerlendirmesi yaparken, diğer işverenlerin yürüttüğü işleri de

olsak da, hüküm salt bu tür çalışmaları hedeflememiş olabilir. Bu sebeple, 15. madde hükmü ile hangi işyerlerinin hedef alındığı, düzenlemeye eklenecek ayrıntılarla daha açık olarak ortaya konulmalıdır.

Taslağın 16. maddesinde ise, uygulamada ciddi sorunlara neden olan alt işveren risk değerlendirme çalışmaları ve koordinasyonu düzenlenmiştir. Yönetmelik hükmüne göre, bir işyerinde bir veya daha fazla alt işveren bulunması halinde, yürüttükleri işlerle ilgili olarak her alt işveren, gerekli risk değerlendirme çalışmalarını yapacaktır. Alt işverenlerin risk değerlendirme çalışmaları konusunda ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeler asıl işverence sağlanmalıdır. Bu konuda gerekli koordinasyon ve denetim görevi asıl işverence yerine getirilecektir. Bu tür işyerlerinde alt işverenler, yapmış oldukları risk değerlendirme sonucu düzenle-

## İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Taslağı yasalasmadan bir risk değerlendirme yönetmeliği çıkarılması, İş Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndan yararlananlar kıyaslandığında, çeşitli sorunlara neden olabilir.

göz önünde bulundurması gerektiğini belirtmekte, işverenlerce yapılan risk değerlendirme çalışması sonuçları arasında uyum, koordinasyon ve işbirliği sağlanması gerektiğini düzenlemektedir. Düzenleme işaret ettiğimiz türden çalışma ilişkileri için isabetli sayılabilir. Fakat bu tür ilişkilerde arzu edilen sonucun doğabilmesi için, işverenlerden birinin diğeri üzerinde etkinliğinin olması gerekir. Aksi halde risk değerlendirme çalışmalarındaki koordinasyonun sağlanabilmesi güçleşir. O nedenle birden fazla işverenin aynı işyerinde bulunduğu hallerde, koordinasyonun hangi işveren tarafından (örneğin iş sahibi,...) sağlanacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Aksi halde bu tür işyerlerinde risk değerlendirmesini hayata geçirebilmenin zor olacağı kanısındayız.

Her ne kadar iş sahibi-müteahhit ilişkilerinde 15. maddenin uygulanabileceği kanısında

nen raporun onaylı bir nüshasını asıl işverene vermek zorundadırlar. Asıl işveren de, alt işverence yürütülen risk değerlendirme çalışmalarını denetleyip, bu konudaki çalışmalarını koordine etmek durumundadır.

Öyle görülüyor ki 16. madde hükmünde geçen "bir işyerinde" ifadesi, asıl işverenle aynı ortamda çalışan alt işverenleri kastetmektedir. Zira İş Kanunu'na göre işyeri çok daha geniş bir kavramdır ve bu geniş bakış açısından yaklaşırsa, risk değerlendirmesinde asıl işverene düşen yükümlülük oldukça artacaktır. Gerçekten de İş Kanunu'na göre işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işcinin birlikte örgütlendiği birim olarak tanımlanır (m.2). Ancak İş Kanunu'na göre işyeri bununla sınırlı değildir. Yine aynı maddeye göre, işverenin

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. Nihayetinde 4857 sayılı İş Kanunu işyerini, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olarak görmektedir.

İş Kanunu'ndaki yaklaşım, işyeri için ortak bir mekânı zaruri görmez. İşyeri, bir organizasyon bütünüdür. O sebeple işverenin organizasyonu içinde olma koşuluyla, esas işyeri sayılan kapalı alanda bulunmayıp dışarıda görev yapanlar da işyerinde çalışıyor sayılır. Örneğin beyaz eşya üreten fabrikanın nakliye bölümünde çalışan işçiler, genelde fabrika sahasında değil, araçlarıyla yollarda görev yaparlar. Bu tür bir nakliye işini alt işverene devreden asıl işverenin, nakliye işini yapan lojistik şirketi ile ortak risk değerlendirmesi çalışması yapmasını beklemek pek de mümkün olmasa gerekir. Zaten asıl-alt işveren ilişkilerinde risk değerlendirme işini organize hale getirme çabası güden 16. maddenin amacı da, bu tür alt işverenliklerden ziyade, aynı ortamda, ortak riskleri yaratan ve onlara muhatap olan asıl-alt işverenler olsa gerekir. O sebeple 16. maddede geçen işyeri kavramını daha farklı ifade eden bir yaklaşımın, konuya daha ciddi katkı sağlayacağı kanısındayız.

## IX. Yürürlük ve geçiş hükümleri

İş sağlığı ve güvenliği mevzuatının temel hukuki kaynağı olması beklenen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Taslağında, yasanın yürürlüğünü düzenleyen hükümlere yer verilmiştir. Buna göre yasanın bazı hükümleri, yayımı tarihinden itibaren altı ay, bazıları bir yıl sonra yürürlüğe girecek iken kalan hükümler yayımı tarihinde yürürlük kazanacaktır (m.27).

Yasa taslağı, 27. madde hükmü dışında, ikinci mevzuatın durumunu değerlendiren bir geçiş hükmü daha içermektedir. Geçici 2. maddeye göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77, 78, 79, 80, 81 ve 88. maddelerine göre yürürlüğe konulan yönetmeliklerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na aykırı olmayan hükümleri, İş Sağlığı ve Güvenli-

ği Kanunu'yla öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar yürürlükte kalır.

Yukarıda yer verilen düzenlemelerden konumuzu ilgilendiren, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 8. madde hükmüdür. Risk değerlendirmesi, kontrol, ölçüm ve araştırma başlıklı maddede işverenin, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlü olduğunu düzenlenmektedir. Aynı maddede, risk değerlendirmesinin hangi işyerlerinde ne şekilde yapılacağı, değerlendirme yapacak kişi ve kuruluşların niteliklerinin belirlenmesi, gerekli izinlerin verilmesi ve izinlerin iptal edilmesi ile ilgili usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Yani bu çalışmada incelemeye çalıştığımız türden bir risk değerlendirme yönetmeliğinin, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na dayalı olarak da Bakanlık tarafından çıkarılacağı belirtilmektedir.

Yasa taslağının söz konusu yönetmeliğin çıkarılmasını gerekli gören 8. madde hükmü, Yasanın yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girecektir (m.27). Dolayısıyla, burada ele aldığımız ve 4857 sayılı İş Kanunu'na göre çıkartılacak olan Risk Değerlendirme Yönetmeliği, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Yasalaştırılmasında, yürürlüğünü bir yıl boyunca koruyacak olan Yönetmelikler arasına girecektir. Ancak Bakanlık gerekli görürse, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na dayalı olarak bu süreçte aynı konuda yeni bir yönetmelik hazırlayabilir. Kanımızca İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Taslağı yasalasmadan bir risk değerlendirme yönetmeliği çıkarılması, İş Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndan yararlananlar kıyaslandığında, çeşitli sorunlara neden olabilir. Zira İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, İş Kanunu'ndan yararlanamayan çalışan gruplarını da kapsamına almaktadır. Bu durum, risk değerlendirmesinin daha farklı ele alınmasını gerektirebileceği gibi konuya ilişkin yükümlülerin tespitinde de farklılıklar yaşanmasına neden olacaktır. Kısacası çalışmamıza esas olan Risk Değerlendirme Yönetmeliği Taslağının kabulü ve uygulamaya geçmesi, ardından, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Taslağının yasalasması ile aynı konunun yeniden ele alınması muhtemel görünmektedir.

Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## Ödünç İş İlişkisinde Değişiklik Bu Defa Gerçekleşiyor Mu?

### Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte Türk çalışma hayatı gerçekten de yeni bir döneme girdi. Bunun bir tarafında, kanunun yürürlüğe girmesinden önce kendisini hissettiren “iş güvencesi”, diğer tarafında ise “esneklik” bulunuyordu. İtiraf etmek gerekir ki “iş güvencesi”ne ilişkin hükümler işçi kesimi tarafından memnuniyetle karşılanıp yoğunlukla kullanılabilirken, esasen işverenlerin taleplerinin dikkate alınmasının sonucu olan “esneklik” hükümleri ise çoğu işveren tarafından hiç öğrenilmedi, öğrenenler ise bu hükümlerin uygulanabilir olmadığını gördüklerinde, klasik çalışma yöntemlerini sürdürme yolunu tercih ettiler.

Esnekliğe ilişkin olarak sunulan hükümleri öğrenen ve değerlendiren işverenler esasen uygulamada mütereddit kalmakta haklıydılar. Zira bunların arasında öyle bazı hükümler vardı ki, sadece “adı olsun” dedirtmekten öteye gidemiyordu. O dönemde neler oldu, öncelikle buna bir göz atalım: İşçi, işveren ve hükü-

met temsilcilerinin imzaladığı protokole aykırı bir şekilde, 1475 sayılı İş Kanunu, 2002 yılında 4773 sayılı Kanun ile “iş güvencesi”ne dair hükümleri ihtiva edecek şekilde değiştiriliyordu. Ancak, işveren kesiminin yoğun itirazları sonucunda söz konusu değişikliğin yürürlük tarihi ertelendi. İşte bu dönemde, 1475 sayılı İş Kanunu çağın gereklerine artık uymadığı ve ihtiyaçlara cevap veremediğinden bahisle kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi dışında, 4857 sayılı Kanunun 120. maddesiyle yürürlükten kaldırıldı ve yeni İş Kanunu 10 Haziran 2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girdi. Kanunun gerek hazırlanması esnasında, gerekse yürürlüğe girişi sonrasında sosyal tarafların talep ve itirazları sürekli gündemde kaldı. Düzenlenen birçok kavramın yeni olması nedeniyle soru işaretlerinin bulunması gayet doğal karşılanmalıdır. İtiraf etmek gerekir ki; özellikle İş Hukuku gibi, hayatın içinde olan ve sosyal tarafları yakından ilgilendiren bir hukuk dalında yapılan herhangi bir hukuki düzenlemenin herkesi memnun

edebilmesi mümkün değildir. Ancak, yürürlüğe giren yeni birtakım müesseselerin, İş Hukukumuzun konusu olması gerektiği tartışmasızdır. Özellikle daha yakın inceleme olanağı bulduğumuz Fransız Hukuku ve bunun yanında diğer Avrupa Birliği'ne üye ülkeler hukuklarında söz konusu düzenlemelerin tartışılma ve oluşturulma zamanları dikkate alındığında, yeni bir İş Kanunu'nun kabulü hususunda geç bile kalındığı söylenebilir. Hatta bu dönüşüm süreci devam etmekte ve günümüzde Avrupa Birliği'ne üye birçok ülkede sosyal hukuk alanında önemli değişiklikler yapılmaktadır. Avrupa Birliği'ne katılma istek ve çabaları içinde olan Türkiye Cumhuriyeti'nin de hem evrensel normlara hem de Avrupa normlarına uyum sağlaması gerekmektedir. Şu halde, Türk iş mevzuatının çağdaşlaşmasını batılı normlara yaklaştırmada aramak gerekir. Kapitalist gelişme döneminin ilk aşamalarında işveren karşısında

olmuştur. Bu anlamda, 4857 sayılı Kanun ile yeni bir endüstriyel ilişkiler sistemine adım attığımız açıktır. Bu durumun doğal olarak işlemleri, çalışanları ve yargıyı önemli ölçüde etkilemesi beklenebilirdi, ancak böyle olmadı, zira iş güvencesine ilişkin hükümler yeni bir Yargıtay Hukuk Dairesinin açılmasını beraberinde getirirken, esnekliğe ilişkin hükümler kısır kaldı ve fiilen uygulanamaz duruma düştü.

Bazıları hakkında kalem bile oynatılmamış yeni konular üzerinde üniversitemizin görüş belirtmeleri, yargı organlarının da tartışmalı olabilecek bazı hususlara açıklık getirmeleri bir zorunluluk olarak karşımızdaydı. Belirtmek gerekir ki; bir yasal düzenlemenin başarılı olabilmesinin en önemli koşulu, içerik olarak mevcut toplumsal sorunların çözümüne veya amaçlanan toplumsal hedeflere uygun çözümler ve öneriler sunabilmesidir. Düzenlemenin içeriğinin; özel olarak, kapsa-

## Avrupa Birliği'ne katılma istek ve çabaları içinde olan Türkiye Cumhuriyeti'nin hem evrensel normlara hem de Avrupa normlarına uyum sağlaması gerekmektedir.

çok zayıf duruma düşen işçiyi korumak ve sosyal taraflar arasında menfaat dengesi sağlamak amacıyla getirilen sosyal hukuk düzenlemeleri, küresel rekabetin hızının arttığı bu dönemde, ülkenin ve firmaların rekabet gücünü artırmak ve işsizlik sorununu hafifletmek gibi işlevler de üstlenmektedirler. Almanya ve Fransa gibi kayda değer Avrupa Birliği üyesi ülkelerde dahi "Avrupa Sosyal Modeli" sürekli tartışılmaktadır. Artık hiç kimse Almanya'nın eski Almanya olduğunu söyleyememektedir.

Uluslararası hukukun öneminin her geçen gün arttığı bir dönemde, 4857 sayılı Kanunun birçok maddesinin gerekçesinde de açıklandığı üzere özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü'nün temel bazı sözleşmelerinin ve Avrupa Birliği'nin yönergelerine konu olan "olmazsa olmaz" sosyal hukuk kurumlarının artık Türk İş Hukuku mevzuatında da bulunması son derece olumlu

mına aldığı konuyla doğrudan ilgili kişilerin, genel olarak da tüm toplumun beklentilerine cevap vermesi, benimsenmesi ve desteklenmesi, yasanın uygulamadaki başarısıyla doğrudan ilişkilidir. Bunun yanında, bir yasanın uygulamadaki başarısı için öncelikli gereklilik, o yasanın amacına uygun olarak ve doğru yorumlanması, uygulanmasının bu doğrultuda sağlam bir temele oturtulmasıdır. Bunun için de, uygulayıcıların yasayla ilgili sağlam bilgi sahibi olmaları ve güncel gelişmeleri yakından takip etmeleri gerekmektedir. Gerçekten de, yeni İş Kanunu'nda düzenlenen birçok husus yargı kararlarıyla olgunlaştırılmaya müsait ve muhtaçtı. Ancak böyle olmadı. Türk akademik dünyası, yargısı, işçisi ve işvereni esnekliğe kolay uyum sağlayamadılar. Aslında bunun günahını bu kesimlerde aramak da sanırım haksızlık olur. Zira hükümler öylesine keskin sınırlar içerisindey-



## Günümüzde İş Hukuku, sadece çalışanı korumak olan geleneksel rolünü oynamamakta, istihdam ve iş yaratmayla da yakından ilgilenmektedir.

di ki, mevzuat katılığını giderme iddiasındaki yeni düzenlemelerin bizatihi kendileri katılığı bünyesinde barındırıyordu. Bu katılık, yargının da yeni ve uygulanabilir yorumlar getirmesini sürekli engelledi.

Bugüne gelindiğinde durum değişti mi? Ne yazık ki 2003'den bu yana çalışma mevzuatının esnekleştirilmesi ve bunun çalışma hayatına yansımaları noktasında kayda değer bir yol alınmadı. Oysa İş Hukuku artık hiç de eski mantığıyla devam etmiyor. "Sendikasız Endüstri İlişkileri" başlıklı kitaplar yazılabiliyor, "Ödünç İşçilik" kavramı tüm dünyada yerleşiyor ve kimsenin kimseyi görmediği iş ilişkileri oluşturulabiliyor. Bu anlamda, esneklik ile ilgili kalem oynatmadan önce İş Hukukunun bu yeni yapısı hakkında düşünmek ve tartışmak gerekiyor.

### İş Hukukunun Yeni Yapısı ve İşlevi

Bir yandan İş Hukukunun temel varoluş sebebi olan "işçiyi koruma ilkesi"ne, diğer yandan da 4857 sayılı Kanun'un ana mantığına ve getirdiği düzenlemelere bakınca, ciddi sorularla karşı karşıya kalmaktayız. Güvenlik ile esneklik arasında nasıl bir denge kurulmalıdır? İş hukuku başlangıçtaki misyonundan, işçileri korumaktan uzaklaşmakta mıdır? Öncelikle belirtmek gerekir ki, çalışma yaşamının dinamizmi karşısında İş Hukukunun içerdiği kural- ların çağın gerisinde kalması mümkün değildir. Bir başka deyişle, İş Hukuku sürekli değişmek zorundadır. Elbette gayet iyi bilinmektedir ki; İş Hukukunun varlık nedeni; işçinin, çalışma hayatının ortaya çıkardığı çalışma ilişkilerinin, çalışma ortamının olumsuzluklarından korunmasıdır. Ancak, bu durum, bugün çalışma mevzuatının, önceki koruyucu özelliğini ay- nen sürdüreceği anlamına da gelmemektedir.

Çünkü çalışma mevzuatının başlangıçta taşıdığı koruma özelliği, günümüzün bilgi toplumun- da temelini yitirmiş bulunmaktadır. Gerçekten de, günümüzde İş Hukuku, sadece çalışanı korumak olan geleneksel rolünü oynamamak- ta, istihdam ve iş yaratmayla da yakından ilgi- lenmektedir. İş Hukuku, artık sadece işi olan insanları değil, iş arayanları da güvence altına almaya çalışmaktadır. İş hukukunun düzenle- meleri ve prensipleri, artık piyasanın mantığı- nı da göz ardı edememektedir. Zira, artık İş Hukukunun istihdamı desteklemek gibi yeni bir işlevi üstlenmesi söz konusudur. Gerçek- ten de birçok ülkede iş hukuku ve endüstri- yel ilişkiler, başlıca hedefi şirketlerin rekabet gücünü ve istihdam artışını desteklemek olan bir yaklaşıma kaymıştır. Belirtmek gerekir ki, iş hukuku alanında yapılacak değişikliklerden, tek başlarına istihdam yaratmalarını beklemek doğru değildir. Ancak, çalışma mevzuatı eko- nomik sistemin verimli yönetiminin ve buna bağlı olarak istihdam yaratılmasının ve istihda- mın sağlıklı sürdürülmesinin önünde bir engel oluşturmamalıdır. Bu nedenle, iş hukukunun, işçiyi koruma şeklindeki özgün işlevini terk et- meden, yeni işler yaratılmasını engellemek için piyasaya ve işletmeye daha duyarlı olması gerekmektedir. İş hukuku günümüzde, bir ta- raftan yaşama ve çalışma koşullarını koruma- nın aracı olmalı, diğer taraftan da işletmelere piyasanın gereklerine göre rekabet etmelerine olanak veren bir çerçeve sunmak durumunda- dır.

Nihayet, İş hukuku her zaman olduğu gibi bugün de amaç çatışmasında bir uzlaşma ara- malıdır. Buradaki çözümde ise daha fazla es- neklik istemi dikkate alınmalıdır. İşte tam da bu noktada 4857 sayılı İş Kanunu ülkemizde bir milat olarak değerlendirildi ve kanundaki esnekliğe ilişkin hükümlerin varlığı, heyecanı artırdı. Buradaki belki en önemli başlık ise "ödünç iş ilişkisi" idi.

### Ödünç İş İlişkisine İlişkin Yeni Düzenlemelerin Etkileri

1475 sayılı eski İş Kanunu'nda düzenlenen sistem, son derece "katı" kurallardan, günün ihtiyaçlarına cevap veremeyen ve taraf irade-

lerinin de çözümler getirmesini engelleyen düzenlemelerden oluşmaktaydı ve bunların değiştirilmesi veya gereksiz olanların kaldırılması gereği çok açıktı. Gerçekten de, eski çalışma mevzuatımız konjonktürel dalgalanmalara, talep farklılaşmalarına, ürün çeşitlenmesine, değişen üretim ilişki ve tarzlarına cevap veremez nitelikteydi. Memnuniyetle tespit ediyoruz ki, 4857 sayılı Kanunla birlikte, uygulamada birçok konuda sıkıntı yaratan ve uyumsuzluk konusu olan hususların yasal zemine oturtulduğu, bu çerçevede, birçok önemli kurumun ihdas edildiği ve bazı bilinen hususların da yeniden ele alındığı, yeni düzenlemelere gidildiği görülmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, bu düzenlemelerin birçoğu “kanunda bulunmak” dışında bir anlam ifade edememiştir. Bugün bir önemli adım daha atılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesinde değişiklik yaparak evden çalışma, uzaktan çalışma, iş paylaşımı ve esnek zamanlı çalışma şekline ilişkin hükümler getiren “4857 Sayılı İş Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı” ile ödünç iş ilişkisinin özel istihdam büroları vasıtasıyla mesleki olarak yapılacak şekilde kurulmasına yönelik “İş Kanunu ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu’nda değişiklik yapan Tasarı Taslağı” tartışmaya açılmıştır. Bu adımı son derece önemli buluyoruz ancak 4857 sayılı Kanunun mevcut halindeki yetersizlikleri ortadan kaldıracak nitelikte değişikliklerin söz konusu olduğunu söylemek ne yazık ki mümkün değildir.

Getirilmesi düşünülen değişikliklere bakıldığında ise bunların bir bölümünün yine esneklik yolunda bir fayda sağlamayacağı, aksine işveren kesimini cezalandırıcı olduğu ve kolay uygulanabilir nitelik taşımadığı dikkat çekmektedir.

Üzerinde değişiklik öngörülen ilk husus “Ödünç İş İlişkisi” ile alakalıdır. Bu müessese mevzuatımıza dahil olduğunda gerçekten de önemli bir değişikliğin yürürlüğe girdiği anlaşılabilirdi. Ancak bu önemli esneklik müessesesinin mesleki olarak yapılamayacağı görüldüğünde, getirilen yeniliğin esasen uygulanabilir olmadığı da ortaya çıkmış oldu. Gerçekten de

o tarihten bu yana ödünç iş ilişkisinin uygulamada bir yoğunluğu olmadığı rahatlıkla tespit edilebilir. Ne var ki, maddede yapılması öngörülen değişiklik elbette bu durumu tümüyle değiştiriyor. Yeni düzenleme tereddütsüz bir şekilde, müessesenin uygulanma oranını artıracaktır.

## Ödünç İş İlişkisine Başvurulabilecek Haller ve İşler ile İlgili Düzenleme

Taslakla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu’nun 7. maddesinde büyük oranda değişiklik yapılmaktadır. Metinde nihayet ödünç iş ilişkisinin mesleki olarak yapılabilmesinin yolu açılmaktadır. Bu durum kanımızca son derece önemli ve olumlu bir adım olarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, ödünç iş ilişkisinin sadece aşağıdaki hallerde ve işlerde kurulabileceği, kanunun 7. maddesine eklenmektedir:

- İş sözleşmesi devam eden işçinin herhangi bir nedenle iş görme edimini yerine getirememesi,
- İşletmenin iş hacminin öngörülemez şekilde artması,
- Aralıklı olarak gördürülen kısa süreli işlerde,
- İş güvenliği bakımından acil işlerde,
- İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan işlerde,
- Mevsimlik işlerde.

Ne var ki, ödünç iş ilişkisinin uygulanabileceği haller ve işlerle ilgili olarak böyle bir sınırlamanın isabetli olmayacağı kanısındayız. Bu düşüncemizden elbette ödünç iş ilişkisinin sınırsız olarak uygulanabileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Ancak müessesenin anlamı tümüyle bir esneklik fikri olduğuna göre, bunu bu derece sınırlayan hükümlerin mevcudiyetinin tartışmalı olacağı açıktır. Ayrıca böyle bir sayım “esneklik” mantığına da uygun değildir. Bu nedenle, ödünç iş ilişkisinin uygulanabileceği halleri ve işleri genişletme ihtiyacı bugün olmasa bile, çok yakında ortaya çıkacak ve büyük ihtimalle kanunun 7. maddesini yeniden ele alma zorunluluğu söz konusu olacaktır.

Üstelik bu maddeler arasındaki “işletmenin

## Ödünç iş ilişkisi; mevcut çalışanların ihtiyaca cevap veremediği zamanlarda, dönemsel işgücü ihtiyacını karşılamak amacıyla kullanılan yöntemlerden biridir.

günlük işlerinden sayılmayan işlerde” ibaresinin varlığı, ödünç iş ilişkisinin uygulanabilirliğini önemli ölçüde zayıflatmaktadır. Zira ödünç iş ilişkisi tam da bu noktada, bir başka deyişle işletmenin günlük işlerinden sayılan işlerde tatbikat alanı bulacaktır. Gerçekten de, TİSK görüşünde de belirtildiği üzere, böyle bir sınırlandırmaya gidilmesi bu çalışma biçiminin hiç uygulanmaması sonucunu doğurabilecektir.

Tam da bu noktada, bir örnek olması açısından, ödünç iş ilişkisinin yoğunlukla yaşandığı bir ülke olan Fransa uygulamasına bakmak yol gösterici olabilir. Zira Fransa’da konunun geçmişi oldukça eskilere dayanmaktadır ve müessesese birçok merhaleden geçtikten sonra, farklı siyasi iktidarların kendi dünya görüşleri çerçevesinde şekillenmesi akabinde, bugünkü halini almıştır. Kanımızca konuya elbette liberal bir bakış açısıyla yaklaşma ihtiyacı bulunmaktadır.

### Fransa’da Ödünç İş İlişkisinin Gelişimi ve Hakim Olan İlkeler

Ödünç iş ilişkisinin geçmişi Fransa’da gerçekten de oldukça eskidir<sup>1</sup>. Ödünç çalışma işletmeleri ekonomik bir ihtiyaç nedeniyle doğmuş ve gelişmeleri de çok hızlı olmuştur. Ekonomistlere göre; yetmişli yılların ortalarından itibaren ödünç işlerin gelişimi, küresel ekonomik konjonktürdeki gelişmeleri takip etmiştir<sup>2</sup>. Ödünç işçileri seçme, istihdam etme, yönetme ve ücretlendirme ile müşteri işletmelere geçici bir misyon süresince temin hizmeti veren işletmelerin sayısı hızla artmıştır. Ekonomik alanda, üretim gereklilikleri değişiklik gösteren, personel eksikliği bulunan ya da istikrarsızlık yaşayan işletmelere ihtiyaç duyulan kalifiye elemanları temin ederek, ödünç iş ilişkisi önemli bir fonksiyon ifa etmektedir. Bu

gerekçelere işverenlerin, sürekli çalışan işçilerin fesihlerine ait hukuki rejimin getirdiği bazı tereddütlerini de ekleyebiliriz. Sosyal alanda ise, sadece belirli bir zaman sürecinde çalışabilen ya da çalışmak isteyen veya işsiz olan ve sürekli bir iş bulamayan işçiler için ödünç iş ilişkisi önemli avantajlar getirmektedir. Ödünç iş ilişkisi büyük ölçüde personel yönetiminin esnekleştirilmesi, işgücünün dış kaynak kullanımını yoluyla temin edilmesi ve işin geçici hale getirilmesi yolu olarak gelişmiştir<sup>3</sup>.

Ödünç iş ilişkisi; mevcut çalışanların ihtiyaca cevap veremediği zamanlarda, dönemsel işgücü ihtiyacını karşılamak amacıyla kullanılan yöntemlerden biridir. Kanun koyucu, bir nevi “hizmetin kiraya verilmesi” olan bu özel şekle ihtiyatlı yaklaşmıştır. Bu kuşku, söz konusu çalışma şeklini olabildiğince dar bir biçimde düzenleyen muhtelif metinlerin kabul edilmesine neden olmuştur. Hatta toplu iş uyuşmazlıklarında ödünç iş ilişkisinin yasaklanması yoluna bile gidilmiştir<sup>4</sup>. En katı hükümler içeren metin ise tartışmasız 5 Şubat 1982 tarihli tüzüktür. Öyle ki, söz konusu düzenleme, ödünç çalışma işletmeleri hakkında ciddi bir tereddüdün doğmasına neden olmuştur. Müessesenin kötüye kullanılmasını engelleyebilmek amacıyla yürürlüğe giren bu tüzük ile ödünç iş ilişkisine başvuru halleri kesin çizgilerle belirlenmiştir<sup>5</sup>. Gerçekten de, 1982 tarihli söz konusu tüzükten önce bir kesim, geçici karakterli sözleşmelerin ortadan kaldırılmasını savunmaktaydı. Konuya daha gerçekçi bir şekilde yaklaşan kanun koyucu ise ekonomik olarak kullanışlı olduğunun bilinciyle müesseseyi yasaklamamayı uygun buldu.

Bir ödünç çalışma işletmesi olan MANPO-WER ile işçi konfederasyonu CGT arasında 1969 yılında yapılan anlaşmadan sonra, kanun koyucu ödünç iş ilişkisini bir statüye kavuşturmak, ödünç çalışma işletmelerinin kontrolünü organize etmek için 3 Ocak 1972 tarihli kanunu çıkararak konuya müdahale etti. Bu kanunla birlikte, “ödünç iş ilişkisi”, üçlü çalışma ilişkileri arasında en tanınan ve en çok kullanılan yasal statüyü teşkil etmeye başladı<sup>6</sup>. Gerçekten de, ödünç iş ilişkisine gerçek statüsünü kazandıran bu kanun, ekonomik ve sos-

yal olmak üzere iki hususu düzenlemektedir. Ekonomik açıdan, sürekli çalışan işçilerin zarar görmemesini sağlayarak, işgücü piyasasının işleyişini bozmamak için, tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Sosyal alanda ise amaç, bazen kötü niyetli uygulamalarla karşı karşıya kalabilecek olan ödünç işçilere iyi bir koruma sağlamaktır.

3 Ocak 1972 tarihli bu kanun, ödünç iş ilişkisi kurumunun gelişiminin engellenmesine ve ödünç işçilerin statülerinin karmaşık ve zor bir duruma gelmesine izin vermemiştir<sup>7</sup>. 1973'ten 1979'a kadar, ödünç iş ilişkisine başvuru, bu çalışma şekline itirazları olan işçi konfederasyonlarını da kışkırtacak şekilde artmış ve bu müessese daha sık uygulanır hale gelmiştir.

1981 seçimlerinden başarıyla çıkan çoğunluk ise derhal yeni bir metin hazırlama yolunu seçmiştir. Bu yeni düzenlemeyle amaçlanan ise, ödünç iş ilişkisine başvurunun sınırlanması olmuştur. Bu çerçevede, mevzuata riayet edil-

ilgili anlaşma, 16 Haziran 1986 tarihli gençlerin mesleğe girişlerine ilişkin anlaşma, 2 Aralık 1986 tarihli ödünç işçilerin ülke dışında görevlendirilme şartlarına ilişkin anlaşma<sup>9</sup>, 27 Ekim 1988 tarihli işçilerin görevlendirildikleri yerlerdeki kurumlara uyumlarına ilişkin anlaşma, 19 Nisan 1991 tarihli formasyona ilişkin protokol anlaşması, 15 Ekim 1991 tarihli ödünç çalışma işletmelerinin mesleki formasyonuna ilişkin anlaşma, 24 Haziran 1992 tarihli ödünç işçilerin sosyal problemlerine ilişkin çerçeve anlaşma, üç eski anlaşmanın yerine geçen 2 Aralık 1992 tarihli sosyal korumaya ilişkin anlaşma, 20 Ekim 2000 tarihli mesleki formasyona, formasyonla ilgili bireysel haklara ve iş için gerekli sermayeye ilişkin anlaşma). Belirtmek gerekir ki, hem kolektif hem de bireysel ilişkileri içeren bu çok sayıdaki anlaşmalar düzenlenirken, sosyal taraflar birçok nokta üzerinde genellikle mevcut normları birer hüküm haline getir-

## Bugün Fransa'da, dönemsel olarak işgücü ihtiyacıyla karşı karşıya kalan her işveren, ister geçici çalışmaya, ister belirli süreli iş sözleşmesine başvurmayı seçebilir.

memesi halinde müeyyideleri güçlendirmek için 5 Şubat 1982 tarihli tüzük<sup>8</sup> yürürlüğe girdi. Böylece kanun koyucu; ödünç iş ilişkisine başvurunun sınırlı çerçevesini tanımlama; ödünç işçilerin, yerine geçtikleri sürekli işçilerle aynı işlemlere tabi olmalarını garanti altına alma ve ödünç işçi çalıştırmaya kötü niyetli başvuruları yaptırma bağlama amacını gerçekleştirdi. Tüzük, sosyal tarafların reaksiyonlarını harekete geçirmiş ve PROMATT ile UNETT adlı işveren örgütleri ile CFDT, CFTC, CFE-CGC, CGT, FO gibi sendikal örgütler arasında ödünç işçilerin çalışma şartlarıyla ilgili kesintisiz görüşmeler ve anlaşmalar için de başlangıç noktası teşkil etmiştir. Bu anlamda, 9 Haziran 1983 ile 20 Ekim 2000 arasında sayısız anlaşma yapılmıştır (9 Haziran 1983 tarihli mesleki formasyon ile ilgili anlaşma, 14 Haziran 1995 tarihli protokol ile değişik 8 Kasım 1984 tarihli sendikal haklarla

mişlerdir. Ancak bazılarına göre, burada sosyal tarafların özerkliği öncelik arz etmeli ve özel mesleki uygulamalar ile normlar harmanlanarak düzenleme yapılmalıdır<sup>10</sup>.

Sendikal örgütlerin, varlığı kabul edilen söz konusu geçici nitelikteki sözleşmeler üzerinde tereddütleri bulunmaktaydı. Bu problemi ortadan kaldırmak maksadıyla ilk adım 1985 yılında atıldı ve bu tarihte geçici çalışmalar hakkında ulusal anlaşma imzalandı<sup>11</sup>. İki işveren örgütü ile sendikal kuruluşların büyük çoğunluğunun imzaladığı 13 Mayıs 1985 tarihli bu anlaşmada sosyal taraflar, ödünç iş ilişkisinde ulusal düzeyde bir sözleşmeye ulaşmayı kararlaştırdılar. Sosyal içerikli muhtelif hükümleri içeren 25 Temmuz 1985 tarihli kanunla, geçmişteki kanuni düzenlemeye karşılık, ödünç iş ilişkisine başvurma hallerinin genişletilmesi ile ilgili ve görevin süresini sınırlayan düzenlemelerin yu-



muşatılması ile ilgili kaygılara cevap olabilecek yeni prensipler getirildi ve 1982 tüzüğü değiştirildi. Bu yapılırken; belirli süreli iş sözleşmesi ile ödünç iş ilişkisi rejimlerinin, bu yollara başvuru açısından uyumlu hale getirilmesi ve sürekli çalışmaların ödünç çalışmaya dönüşmesinin engellenmesi yoluna gidildi.

Siyasi çoğunluğun değişmesinden sonra, işgücünün kullanımının daha geniş ölçüde esnek hale getirilmesi düşüncesi çerçevesinde, 11 Ağustos 1986 tarihli tüzük<sup>12</sup>, ödünç iş ilişkisinin hukuki yapısını daha liberal bir hale getirdi, bir başka deyişle, başvuru hallerini içeren listeyi ortadan kaldırarak ve sürekliliği olmayan işlerin yerine getirilmesinde ödünç iş ilişkisinin kullanılmasına izin vererek, bu çalışma şekline başvuruyu daha kolaylaştırdı. 11 Ağustos 1986 tarihli tüzükle, kanun koyucu, ödünç iş ilişkisiyle ilgili bazı açıklığa kavuşmamış noktaları ortadan kaldırarak, sadeleştirme ve yumuşatma isteklerini biraz daha ileri götürdü. Tüzük işçiler için mevcut olan garantileri muhafaza etmekle birlikte, müessesedeki katılıkları ortadan kaldırma amacını taşıyordu<sup>13</sup>. Ancak bu yapılırken, ödünç işçinin statüsünün değiştirilmemesine ve ödünç iş ilişkisine başvurunun sistematik bir hale gelmesinin engellenmesine gayret edildi. Söz konusu tüzük vasıtasıyla, ödünç iş ilişkisini düzenleyen kurullarla, belirli süreli iş sözleşmesi için uygulanabilir olanlar uyumlu bir hale getirilmeye gayret edildi.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi, ödünç iş ilişkisinin gelişimi karşısında, Çalışma Bakanı, belirli süreli iş sözleşmeleri ve ödünç iş ilişkisi gibi geçici sözleşmelere ait rejimlerin de dahil olduğu bir sistemde çalışma istikrarını sağlamaya yönelik bir kanun tasarısı hazırladı. Öyle ki, Bakanın girişimi sonucunda işverenler bu konuda, sonu 24 Mart 1990 tarihli “Meslekler Arası Ulusal Anlaşma”ya varacak olan görüşmelere başladılar ve nihayet kanun tasarısına göre hassas esnek hükümler içeren 12 Temmuz 1990 tarihli kanun kabul edildi.

12 Temmuz 1990 tarihli kanunla, kanun koyucu ödünç iş ilişkisine başvurularda tespit edilen suiistimalleri engellemeye yönelik önlemler aldı. Kanun ödünç çalışma ilişkisine başvuru hallerini, bunların listesini yeniden düzenleye-

rek belirledi ve işçilerin statülerini geliştirmeye gayret etti. Bu kanuni düzenleme, söz konusu geçici sözleşme tipine başvuruyu ise azaltmadı<sup>14</sup>. Daha sonra, “Sosyal Çağdaşlaşma” olarak adlandırılan 17 Ocak 2002 tarihli kanun ise, konunun çerçevesini güçlendirme yönünde, aksayan hususları düzeltmeye yönelik önlemler içeriyordu. Bugün Fransa’da, dönemsel olarak işgücü ihtiyacıyla karşı karşıya kalan her işveren, ister geçici çalışmaya, ister belirli süreli iş sözleşmesine başvurmayı seçebilir. Bunlardan birine ya da diğerine başvurmasında belirleyici olacak olan ise ya maliyetlerin karşılaştırılması ya da işe alma ve sözleşme düzenleme gibi işlerden kurtulmak amacıyla uzman bir işletmeyle çalışma iradesi olacaktır<sup>15</sup>.

Belirtmek gerekir ki; 24 Mart 1990 tarihli “Meslekler Arası Ulusal Anlaşma” ve 12 Temmuz 1990 tarihli kanunla birlikte, ödünç iş ilişkisi sistemi bir kez daha yeniliğe uğramış oldu. Adı geçen son reformların temel konusu, ödünç işçilerin haklarında bazı değişiklikler yaparak, ödünç iş ilişkisine başvurulabilecek hallerin sınırlı bir listesini düzenlemek olmuştur. Bu yapılırken, 1986 tarihli tüzükten farklı olarak, ödünç iş ilişkisi ile belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümlerin birbirine yaklaştırılması, benzer hale getirilmesi için bir çaba sarf edilmemiştir<sup>16</sup>. 24 Mart 1990 tarihli anlaşma, “geçicilik” kavramı üzerinde temel bir kültürel değişim getirdi<sup>17</sup>. Daha sonra, Avrupa düzeyinde 18 Mart 1999 tarihinde bir çerçeve anlaşma imzalandı ve belirli süreli iş sözleşmesi üzerindeki bu anlaşma 28 Haziran 1999 tarihli yönerge ile yürürlüğe girdi.

17 Ocak 2002 tarihli “Sosyal Çağdaşlaşma Kanunu” ise uygulanmakta olan hukukta derin değişiklikler yapmamış, sadece aynı işle ilgili olarak birbirini izleyen ödünç çalışma sözleşmelerine ait hükümlerde bazı değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede, ödünç işçi ile ödünç çalışma işletmesi arasındaki ilişkilere bakıldığında, ödünç iş ilişkisinin, belirli süreli iş sözleşmesinin özel bir şekli olduğu izlenimi doğmaktadır.

Bugün konuyu md. L.124-1 ile L.124-21 ve L. 152-2 ile L.152-2-2 arasında ve bazı dağınık hükümlerde düzenleyen Fransız İş Kanunu’na göre:

1- Ödünç çalışma işletmesi (Entreprise de Travail Temporaire); özel faaliyeti, kendisi tarafından işe alınan ve ücret verilen işçileri geçici olarak ödünç alan işletmenin hizmetine verme olan işletmedir.

2- Ödünç çalışma işletmeleri idari makamlar karşısında bir ön bildirim tabii kılınmışlardır, bu çerçevede ödünç çalışma işletmeleri gerek idari makamlara gerekse ANPE'ye (Agence Nationale Pour l'Emploi) bazı bilgiler vermek, idari bir denetimden geçmek ve 2 Ocak 1979 tarihli kanunun belirlediği günden itibaren, herhangi bir ekonomik problem halinde borçlarını ödeyebilecek finansal garantiyi sağlamak durumundadırlar. Aksi halde, cezai müeyyideler dışında, Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimi işletmenin en fazla iki ay süreyle kapatılmasına karar verebilir ve ödünç çalışma işletmesiyle ödünç alan işletme arasındaki "ödünç işçi sözleşmesi" (contrat de mise à disposition) geçerliliğini kaybeder<sup>18</sup>.

3- Ödünç çalışma işletmesiyle ödünç alan işletme ve yine ödünç çalışma işletmesiyle ödünç işçi arasındaki sözleşmeler, her iki sözleşme arasında sınırlı bir ilişki kurularak düzenlenir (temel hükümler ve süre vb.).

Belirtmek gerekir ki, 1984'ten beri sektörde bir "belli noktalarda birleşme" görülmeye başlanmış ve ödünç çalışma işletmelerinin sayısı azalmıştır. Buna bağlı olarak, imzalanan bazı sözleşmeler vasıtasıyla ödünç işçilerin ücretlerinde yükselme, sosyal korumalarında gelişme gözlenmiştir (8 Kasım 1984 tarihli sendikal haklar üzerindeki sözleşme ve ödünç iş ilişkisinin "yardımcı" karakterini tanıyan 13 Mayıs 1985 tarihli genel sözleşme). 18 Nisan 1991 ve 2 Aralık 1992 tarihlerinde imzalanan iki sözleşmenin konuları ise ödünç işçilerin sosyal koruması ve formasyonudur. Nihayet, 27 Mart 2000 tarihli bir sözleşme, çalışma sürelerinin düzenlenmesini ve 35 saate indirilmesini konu ediniyordu.

Ödünç iş ilişkisinin çalışma yaşamı içerisindeki kullanılabilirliği ve yararı bugün tartışmasızdır<sup>19</sup>. Ancak kanun koyucu söz konusu müessesenin uygulamasının sistematik hale gelmesinden ve ödünç işçilerin sürekli işçilere göre daha düşük bir statüye sahip olmalarından kaçınmaya çalışmaktadır.

## Ödünç İş İlişkisinin Toplu İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesine İlişkin Düzenleme

Gerek teoride gerekse pratikte ödünç iş ilişkisi ile alakalı olarak yaşanan en büyük tereddüt, ödünç işçinin toplu iş hukukuna ilişkin müesseselerden nasıl yararlanacağı noktasında düğümlenmektedir. İtiraf etmek gerekir ki bu tereddüt çok da haksız değildir. Ancak bu hususta tümüyle çözümsüz bir durum da bulunmamaktadır. Şöyle ki; ödünç işçinin üye olabileceği sendika, ödünç veren işverenin işyerinin girdiği işkolundaki sendika olabilecek, toplu iş sözleşmesi yetkisinin kazanılması açısından da ödünç işçi ancak ödünç veren işverenin işyerindeki işçi sayısına dahil olacaktır. Ne var ki, meslek olarak yapılan ödünç iş ilişkisinde bu durum bazı tereddütlere yol açabilecek niteliktedir. Zira bu durumda ödünç veren işverenin işçiyi çalıştırabileceği bir işyeri dahi bulunmamaktadır. Ancak işçinin her ödünç verilisinde değişik bir işkolunun söz konusu olmasından, tüm tereddütlere rağmen ödünç veren işverenin faaliyet gösterdiği işkolunu yeğlemek daha doğru olacaktır kanısındayız. Mesleki olarak bu tür faaliyette bulunabilecek İnsan Kaynakları ve Yönetim Danışmanlığı Şirketlerinin ya da Özel İstihdam Bürolarının (büro), mevcut toplu iş mevzuatı çerçevesinde 17 no'lu "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" ya da 28 no'lu "Genel İşler" işkoluna gireceği düşünülebilir.

Ödünç işçinin sözleşmesel ilişki içinde bulunduğu işvereni ödünç veren işverendir, bu nedenle kendisine karşı iş görme edimini ifa ettiği ödünç alan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir. Zira ücret ve sosyal yardımlara ilişkin hükümlerden yararlanması için gerekli olan sözleşmesel ilişki ödünç alan işverenle işçi arasında bulunmamaktadır. Ödünç işçi sadece ödünç veren konumunda olan kendi işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecektir. Ne var ki adı geçen toplu iş sözleşmesinde yer alan ücrete ilişkin hükmün uygulanmaması halinde, söz konusu ödemedi gerek ödünç

alan gerekse de ödünç veren işveren sorumlu olacaktır. Zira İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca ödünç alan işveren de işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumlu olacaktır. Diğer yandan, ödünç işçi ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesinin çalışma süresine, ara dinlenmelerine, iş sağlığı ve güvenliğine ve o işverenin yönetim hakkına ilişkin düzenlemelerine tabi olacaktır. Ayrıca sigara içme yasağı, yemek paydosu, çalışmanın başlangıç ve bitiş saatlerine ilişkin hükümler de niteliğine uygun düştüğü ölçüde ödünç işçiyi de etkileyecektir. Bunun yanında, ödünç işçi, ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan ve bu işverenin fesih ve ceza verme yetkilerini sınırlandıran toplu iş sözleşmesi hükümlerinden ise etkilenmeyecektir.

Ne var ki taslakta, büro işçisinin dayanışma aidatı ödemek suretiyle işyerinde toplu iş sözleşmesi ile sağlanan haklardan da emsal işçi ile eşit ölçüde yararlanacağı düzenlenmiştir. Doğal olarak parasal haklar da aynı çerçevede değerlendirilmektedir. TİSK görüşünde de belirtildiği üzere, ödünç işçi, ödünç alan işverenin değil, büronun işçisi olacaktır. Bu işçilerin ücret ve diğer parasal haklarının ödenmesinden de büro sorumlu olacaktır. Bu durumda, büronun taraf olmadığı bir toplu iş sözleşmesine istinaden sağlanan ücret, ücret zamları, sosyal yardımlar vs. gibi hakların işçiye ödenmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca eklemek gerekir ki, büro ile ödünç alan işveren büyük ihtimalle farklı işkollarına dahil olacaklardır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun ödünç iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinin beşinci fıkrasında, ödünç alan işverenin grev ve lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığının tarafı olması halinde, grev ve lokavtın uygulanması sırasında ödünç işçi çalıştıramayacağı hüküm altına alınmaktadır. Buna göre; ödünç iş ilişkisi, ödünç alan işverenin işyerinde bir toplu iş uyuşmazlığı vuku bulmadan önce kurulduğunda ve bu uyuşmazlık grev ve lokavt aşamasına geldiğinde, ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde çalıştırılması mümkün olmayacaktır. Ödünç veren işveren bu süre boyunca işçisini kendi işyerinde çalıştırmak mecburiyetinde bulunacaktır.

## Değişiklik Öngörülen Diğer Düzenlemeler

Getirilmesi öngörülen bir başka düzenlemeyle, aynı iş için altı ay geçmedikçe ödünç işçi çalıştırılmayacağı hususuna yer verilmektedir. Ancak işyerinde ödünç iş ilişkisinin devamı zorunluysa, böyle bir yasak getirmek isabetli olmayacaktır. Diğer yandan, ödünç iş ilişkisinin istisnai olarak uygulanacağı izlenimini veren bu hüküm esasen müessesenin varlık nedeniyle çelişmektedir. Bu kurum süreklilik içinde, ihtiyaç devam ettiği müddetçe uygulanabilecek bir yapıya ve hukuki statüye kavuşmalıdır. Bu nedenle, söz konusu yasaklayıcı hükmün isabetli olmayacağı kanısındayız.

Değişiklik çerçevesinde getirilen “.....gibi işverenin sağladığı tüm hizmetlerden emsal işçi ile eşit ölçüde yararlanır” hükmünde geçen “işveren” teriminin hangi işvereni ifade ettiği açık bir şekilde anlaşılamamaktadır. Bu işveren ödünç veren mi yoksa ödünç alan işveren midir? Muhtemelen ödünç alan işveren kastedilmektedir. Diğer yandan, emsal işçinin kim olduğu, eşit ölçüde yararlanılacağı belirtilen “tüm” hizmetlerin neler olduğu da netleştirilmelidir. Zira bu husus son derece önemlidir ve getirilmek istenen ifade muğlaktır. Ancak burada ciddi bir tercihle karşı karşıya kalınmaktadır. Zira esnekliğe ilişkin hükümler zaten rekabet avantajına sahip olmak, bu anlamda işgücü maliyetlerini düşürmek amacıyla mevcuttur. Böyle bir eşitlik esasen müessesenin mevcudiyet nedeniyle çelişmektedir.

İş Kanunu'nun 7. maddesinin mevcut halinde bulunan “geçici iş ilişkisi kurulan işverenin işçiye talimat verme hakkına sahip olduğuna” ilişkin hükme, taslakta yer verilmediği görülmektedir. Oysa her ne kadar ödünç işçiyle ödünç alan işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmasa da, bu ilişki sözleşme benzeri (quasi contractus) bir ilişkidir. Bu çerçevede, ödünç alan işverenin doğal olarak ödünç işçiye, kendi çalıştırdığı dönem ile sınırlı olarak talimat verme hakkı bulunmalıdır. Aksi halde müessesenin işlevsel bir anlamı kalmayacaktır.

İşverenin, işçisini grev ve lokavt süresince kendi işyerinde çalıştırmak zorunda olduğuna

dair hükmün özel istihdam büroları için uygulanması, yukarıda da belirtildiği üzere mümkün değildir. TİSK tarafından da kanımızca isabetli olarak belirtildiği üzere, “Cumhurbaşkanı tarafından TBMM’ye iade edilen Kanun metninin ardından hazırlanan metinde bu konuya ilişkin olarak “Devredilen işyerinde grev ve lokavt olması ve özel istihdam bürosunun işçiyi bu süre içerisinde başka bir işyerinde istihdam edememesi halinde, işçinin asgari ücretten az olmamak üzere sözleşmede belirtilen ücretinin yarısını ödemek zorundadır.” şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı. Benzer bir düzenlemenin Taslağa eklenmesi gerekir”.

Yine TİSK tarafından da ifade edildiği üzere, toplu işçi çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde aynı işlerde ödünç iş ilişkisi kurulamayacağına ilişkin düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu md. 29’a uyumlu bir şekilde düzenlenerek “toplu işçi çıkarma çerçevesinde iş sözleşmesi feshedilen işçinin tekrar işe çağrıldığında işe gelmemesi halinde, ödünç işçi çalıştırılabileceğine” ilişkin bir düzenleme getirilmesi kanımızca da isabetli olacaktır.

Türkiye’de öngörülen değişiklik çerçevesinde, ilk defa düzenlenecek ödünç iş ilişkisinin dört ayı geçemeyeceği, ödünç iş ilişkisine olan ihtiyacın sürmesi halinde sözleşmenin toplamda on iki ayı geçmemek üzere en fazla üç defa yenilenebileceği düzenlenmiştir. Mevcut düzenleme, ödünç iş ilişkisinin azami on sekiz ay süreye kadar uygulanabilmesine olanak tanırken, bu süreyi, müessesenin uygulanabilmesini zorlaştıracak şekilde kısaltmak, esneklik sağlamak olarak değil, tam tersine esnekliğe aykırı yöntem olarak değerlendirilebilir. Kanımızca süreye ilişkin mevcut düzenlemenin, ödünç iş ilişkisine başvurulacak haller ve işler arasında hiçbir ayırım gözetilmeksizin devamı isabetli olacaktır.

Nihayet, 4904 sayılı Kanununun 19. maddesinde yapılan değişikliklerle, “geçici iş ilişkisinde, işveren özel istihdam bürosudur. Büro, iş sözleşmesinde yer alan ücretten az olmamak kaydıyla, büro işçisine, çalıştıran işverenin emsal daimi işçisinin aldığı ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki istihkakı ödemek zorundadır” hükmü getirilmektedir. Ne var ki bu hüküm müesse-

senin mantığıyla tümüyle çelişki içindedir. Zira bu düzenlemeyle birlikte, özel istihdam bürosu ödünç işçiye, ödünç alan işverenin daimi işçisine verdiği ücret, prim, ikramiye vb. ödemeleri aynen yapmak durumunda kalacaktır. Bu durumda söz konusu işçinin ödünç alan işverene maliyeti, özel istihdam bürosunun da kar payı düşünüldüğünde, kendi daimi işçisinin maliyetini geçecektir. Açıkça görülmektedir ki, böyle bir düzenlemenin varlığında, “ödünç iş ilişkisi” müessesesinin uygulanma olasılığı ortadan kalacaktır. Bu nedenle, söz konusu hükmün yeniden değerlendirilmesi gereği mutlaklıdır.

## DİPNOTLAR

- 1 Hess-Fallon, B./Simon, A. M.: Droit du Travail et Législation Sociale, 10.éd., 1996, s.50
- 2 Paugam, S.: Le Salarié de la Précarité, Paris, 2000, s.68
- 3 Verdier, J. M./Cœuret, A./Souriac, M-A.: Droit du Travail, Paris, 2002, s.348 vd.
- 4 Gaudu, F.: Le Contrat de Travail, Dalloz, Paris, 1996, s.45
- 5 Hess-Fallon/Simon, s.50
- 6 Gaudu, F./Vatinet, R.: Traité des Contrats-Les Contrats du Travail, LGDJ, Paris, 2001, s.105
- 7 Söz konusu kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Thévenoz, L.: Le Travail Intérimaire, CJR, Lausanne, 1987, s.50 vd.
- 8 Ayrıntılı bilgi için bkz. Thévenoz, s.53 vd.
- 9 Ülke dışında görevlendirilen ve misyonunun süresi üç ayı geçmeyen ödünç işçiler oturma izninden muafırlar. Ancak, ödünç işçinin üç aydan uzun ve bir yıldan kısa süreli olarak, kabul eden ülkedeki bir ödünç alan işverene karşı hizmet görme edimini yerine getirmesi halinde, kabul eden ülke kendisine, yapılacak işin süresi boyunca geçerli ve bu süreyle sınırlı bir geçici oturma izni verecektir. Bkz. Teyssié, B.: Droit Européen du Travail, Litec, Paris, 2001, s.94-95
- 10 Javillier, J-C.: Droit du Travail, 6.éd., LGDJ, Paris, 1998, s.257-258
- 11 Mazeaud, A.: Droit du Travail, Montchrestien, 4.éd., Paris, 2004, s.321
- 12 Ayrıntılı bilgi için bkz. Thévenoz, s.57 vd.
- 13 Hess-Fallon/Simon, s.50
- 14 Hess-Fallon/Simon, s.50
- 15 Guéry, G.: Pratique Du Droit Du Travail, Paris, 2003, s.117
- 16 Rivero, J./Savatier, J.: Droit du Travail, Thémis, 13.éd., Paris, 1993, s.443-444
- 17 Blaise, V. H.: “Les Contrats Précaires Après La Loi du 12 Juillet 1990, Dr.Soc.1991, 11
- 18 Cass. Soc. 28 Février 2001
- 19 Rivero/Savatier, s.444



# Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinin Devri Halinde Devredenin Birlikte Sorumluluğu

## I. Giriş

Avrupa coğrafyasında işyerlerinin el değiştirmesinin, el değiştiren işyerlerinde çalışan işçilerin haklarını zedelediğinin ve borçlar hukukuna ilişkin kuralların, sorunların çözümü için yeterli olmadığını tespit edilmesi üzerine, işyeri devrinde işçilerin haklarının akıbetini düzenleyen iş hukuku kurallarının oluşturulması ihtiyacı doğmuştur. Bu amaçla çeşitli Avrupa devletleri tarafından bu konuda düzenlemeler yapılmıştır<sup>1</sup>. Avrupa Birliği de konu hakkında 1977 yılında Birlik çapında geçerli olacak 77/187 sayılı Yönergeyi çıkarmıştır<sup>2</sup>. Söz konusu Yönerge'nin tekrar kaleme alınması suretiyle işyeri devirleri konusunda 2001 yılında 2001/23 sayılı Yönerge çıkarılmış, 77/187 sayılı Yönerge ise yürürlükten kaldırılmıştır. 2001/23 sayılı Yönerge işyeri devrine ilişkin olarak çeşitli hususları düzenlemektedir.

Türk iş hukukunda 1475 sayılı Kanun döneminde işyerinin devrinin iş ilişkilerine etkisi konusunda mevcut olan boşluğu doktrin ve

yargı isabetli bir şekilde doldurmuşlar, iş hukukunun temel esasları çerçevesinde çözümler üretmişlerdir<sup>3</sup>. Yine de Türk kanun koyucusu, yerinde bir kararla Avrupa Birliği hukukundaki gelişmeleri de dikkate alarak 4857 sayılı İş K. m. 6'da işyeri devri konusunu açıkça düzenlemek yoluna gitmiştir. 6. maddenin gerekçesine de bakıldığında, madde kaleme alınırken Avrupa Birliği müktesebatına uyum göstermek amacının güdüldüğü görülmektedir. Bu açıdan söz konusu düzenleme incelenir ve yorumlanırken Avrupa Birliği'nin ilgili mevzuatının göz önünde tutulması yerinde olacaktır.

## II. Türk Hukukunda İşyeri Devri ve Devreden İşverenin Birlikte Sorumluluğu

İş Kanunu'nun 6. maddesi öncelikle işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak devri halinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları

ile birlikte devralana geçeceğini düzenlemek- te, işçinin iş ilişkisinin devire rağmen varlığını sürdüreceği esasını ortaya koymaktadır. Bu esasın üzerine kurulu olan 6. madde ayrıca, iş ilişkisinin varlığının korunması dışında iş- çinin mevcut olan haklarının devirden zarar görmemesine de hizmet etmektedir. Maddenin işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapılması gereğini düzenle- yen ikinci fıkrası işçinin kıdeme bağlı hakları- nı korurken; devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenlerin birlikte so- rumlu olduğunu öngören üçüncü fıkrası ise, işçinin alacaklarını koruma altına almaktadır. 6. maddenin dördüncü ve altıncı fıkraları işçi- lere işyerinin devri halinde sağlanan koruma- nın istisnalarını, beşinci fıkrası ise işyeri devri halinde fesih yasağını ve bunun istisnalarını düzenlemektedir.

Konumuz açısından önem arz eden düzen- leme, İş K. m. 6/f.3 hükmüdür. Yukarıda belir- tildiği üzere üçüncü fıkra hükmü, işyeri devri halinde işçilik alacaklarına bir koruma sağla- mayı amaçlamaktadır. Kanun hükmünün laf- zı bu korumanın alanını “devirden önce doğ- muş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar” olarak çizmektedir. Söz konusu borç- lardan devreden ve devralan işverenler birlikte sorumlu tutulmuştur. Bu sorumluluğun zaman açısından sınırını ise üçüncü fıkranın ikinci cümlesi, iki yıl olarak belirlemektedir.

Türk hukukunda işyeri devrinin işçilerin haklarına zarar vermesini önlemek yönünde- ki bir düzenleme de yukarıda belirtildiği üzere 4857 sayılı Kanunun 120. maddesi ve geçici 6. maddesi uyarınca varlığını sürdüren 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde bulunmaktadır. 14. maddenin ikinci fıkrasında, “İşçilerin kıdemle- ri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalar- la yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde ça- lıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde iş- çinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet

akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesap- lanır. 12/07/1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdık- ları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır” hükmüne yer ve- rilmiştir. Söz konusu düzenleme ile öncelikle işyeri devrinin işçinin kıdemi hususunda olum- suz bir etki yaratmasının önüne geçilmiş, ayrı- ca kıdem tazminatı açısından işyerini devreden işverenin kendi dönemi ve devir esnasında iş- çinin aldığı ücret ile sorumluluğu olduğu esası kabul edilmiştir. 14. maddede devreden işvere- nin sorumluluğu konusunda zaman açısından herhangi bir kısıtlama yapılmamıştır.

### III. Avrupa Birliği Hukukunda İşyeri Devri ve Devreden İşverenin Birlikte Sorumluluğu

Avrupa Birliği'nin işyerinin devri halinde işçi haklarının korunmasını düzenleyen ve tam ola- rak “İşletme, İşyeri veya İşletme ya da İşyeri Bölümünün Devri Halinde İşçilerin Haklarının Korunması Hakkında Üye Devletlerin Mevzu- atlarının Uyumlaştırılması Hakkında Konsey Yönergesi” ismini taşıyan 2001/23 sayılı Yöner- gesi esas olarak, 77/187 sayılı AB Yönergesinin 98/50 sayılı Yönerge ile değiştirilmiş halidir<sup>4</sup>. Avrupa Birliği'nin 2001/23 sayılı Yönergesi- nin 1. maddesinde Yönergenin hangi devir- leri kapsadığı düzenlenmektedir. 2. maddede “devreden”, devralan”, “işçi temsilcisi” ve “işçi” kavramlarının tanımları yapılmakta, maddenin devamında üye ülkelerin kısmi süreli çalışan- ları, belirli süreli çalışanları ve geçici iş ilişkisi ile çalışanları Yönergenin uygulama alanının dışında bırakamayacağı ifade edilmektedir.

Konumuz açısından önem arz eden 2001/23 sayılı Yönerge m. 3/1'de ise devreden devir tarihinde mevcut iş sözleşmeleri veya iş iliş- kilerinden doğan hak ve borçlarının devir ile birlikte devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin hemen ardından gelen cümlede Birliğin, üye ülkeleri, devreden ve devralanın iş sözleşmesi veya iş ilişkisinden doğmuş, devir

anında mevcut veya mevcut olacak borçlardan birlikte sorumlu olması konusunda düzenleme yapma konusunda serbest bıraktığı görülmektedir. Bu noktada üye ülkelerin devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumluluğu hakkında düzenleme yapıp yapmadığına, yaptılarsa ne şekilde konuyu düzenlediklerine bakmak gerekmektedir. Bu amaçla konuyu farklı şekillerde düzenleyen Avrupa Birliği üyesi ülkelerden Almanya, Fransa, Danimarka, Hollanda ve Avusturya hukuklarında konunun nasıl düzenlendiği incelenecektir. Ayrıca özel hukuk alanında Türkiye ile önemli ölçüde örtüşen normlara sahip olan ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum amacı güden İsviçre'de, konu ile ilgili olarak yürürlükte olan düzenlemeler de ele alınacaktır.

## 1. Almanya

Alman hukukunda işyerinin devri halinde devreden ve devralanın birlikte sorumlu olacağı, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 613a'da düzenlenmiştir. BGB § 613a Alman Medeni Kanunu'nun 1972 yılında revize edilmesi sırasında, yani 1977 tarihli ve 77/187 sayılı Yönerge'den daha önce yürürlüğe girmiştir<sup>5</sup>. BGB § 613a'nın içeriğinde 14 Ağustos 1980, 12 Nisan 1991, 1 Ocak 1995 ve 1 Ocak 2002 tarihlerinde çeşitli değişiklikler yapılmasına rağmen, devreden ve devralanın birlikte sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin 1972 yılından bugüne kadar bir değişikliğe uğramadan varlığını sürdürdüğü görülmektedir. Söz konusu düzenleme incelendiğinde, maddede devreden işverenin devir tarihinde muaccel olan alacaklardan ve devir tarihinden itibaren bir yıl içinde muaccel olacak alacaklardan devralan işveren ile birlikte sorumlu olacağına düzenlendiği görülmektedir. Ancak devirden sonraki bir yıllık dönemde muaccel olacak alacaklara ilişkin olarak, devreden sadece kendine ilişkin dönemle orantılı olarak sorumlu olacağı söz konusu düzenlemede öngörülmüştür. Örneğin işçinin devirden sonraki bir yıl içinde doğacak bir yılbaşı ikramiyesi alacağından devreden işveren, işçinin kendinde çalıştığı süreyle orantılı olarak sorumlu olacaktır<sup>6</sup>. Devir tarihinden önce sona eren iş ilişkilerine ilişkin alacaklardan ise devreden iş-

veren tek başına sorumlu olacaktır, çünkü BGB § 613a'da sadece işyerinin devri sırasında varlığını sürdürmekte olan iş ilişkilerinin devralan işverene geçeceği kaleme alınmıştır<sup>7</sup>. Devreden işverenin sorumluluğundan kurtulması, alacağın zamanaşımına uğraması suretiyle mümkün olacaktır.

## 2. İsviçre

Avrupa Birliği üyesi olmayan ancak Birlik müktesebatına uyumlu olmaya özen ve çaba gösteren İsviçre'de, Medeni Kanununun 5. kitabı olan Borçlar Kanunu'nun 333. maddesinde işyeri devrinin işçi ilişkilerine etkisi konusu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme Avrupa Birliği'nin 77/187 sayılı Yönergesi esas alınarak hazırlanmış olup 1 Mayıs 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle düzenlemenin yorumlanmasında da AB hukuku temel alınmaktadır<sup>8</sup>.

333. maddeye bakıldığında, konunun Avrupa Birliği'nin işçiler açısından öngördüğünden daha korumacı bir yaklaşımla düzenlendiği görülmektedir. 333. maddeye göre işveren işyeri veya işyeri bölümünü bir üçüncü kişiye devrederse, işçinin itirazda bulunmaması kaydıyla iş ilişkisinden doğan tüm hak ve borçlar devralana geçecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca işçinin devri reddetmesi halinde, iş ilişkisi bildirim sürelerinin bitimine kadar devam edecek, bu süre içerisinde devralan ve işçi, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmekle yükümlü olacaktır. 333. maddenin üçüncü fıkrası ise devirden önce muaccel olan ve iş sözleşmesi olağan fesih ile sonlandırılrsa idi geçerli olacak olan bildirim süresinin sonuna veya işçi tarafından devrin reddedilmesi sonucu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar doğacak olan borçlardan, devralan ve devreden işverenlerin birlikte sorumlu olacaklarına ilişkindir. İsviçre hukukunda da devreden işverenin yukarıda belirtilen borçlardan sorumluluğu zamanaşımı süresi ile sınırlıdır

## 3. Avusturya

Birlik üyelerinden Avusturya'nın bu husustaki düzenlemeleri, konumuz bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. Çünkü 2003 yılına

kadar kıdem tazminatı (Abfertigung)<sup>9</sup> olarak nitelenebilecek bir kurumun mevcut olduğu Avusturya'da devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumluluğu, kıdem tazminatı açısından ve diğer işçilik alacakları açısından farklı şekillerde düzenlenmiştir. Avusturya hukukunda işyerinin devrinin, İş Sözleşmesi Hukuku-Uyum Kanunu (Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz) § 3 ile § 6 arasında düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemeler ülkenin Avrupa Birliği'ne tam üyeliği müzakereleri sırasında Avrupa Birliği Yönergeleri doğrultusunda oluşturulmuş olup, yorumlanmasında Birlik hukuku esas alınmaktadır<sup>10</sup>. İşyerinin devri halinde devreden ve devralanın birlikte sorumluluğuna ilişkin düzenleme, bahsi geçen İş Sözleşmesi Hukuku-Uyum Kanunu'nda (AVRAG § 6) yapılmıştır. Söz konusu düzenlemenin birinci fıkrasında özetle, işçi lehine ayrı bir kural olmadıkça işyeri devrinden önceki yükümlülüklerden devralan ve devreden işverenlerin birlikte sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Devir sonrasında doğan işçilik alacaklarından ise kural olarak devreden işveren sorumlu değildir. Söz konusu alacaklar açısından durum, yukarıda değinilen Alman ve İsviçre hukukları ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Avusturya hukukunda söz konusu durumun iki istisnası AVRAG § 6'da öngörülmüştür. Bunlardan birisi kıdem tazminatına, diğeri ise emeklilik sandıklarından elde edilen yardımlara ilişkindir<sup>11</sup>. Konumuz ile ilgili olarak devirden sonra beş yıl içinde doğan kıdem tazminatı alacakları için devreden işverenin ve devralan işveren ile birlikte sorumlu olacağı, söz konusu düzenlemenin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Ancak düzenleme uyarınca, devreden işverenin kıdem tazminatından sorumlu olacağı miktar, devir anındaki durum esas alınarak belirlenecektir. Avusturya hukukundaki düzenlemenin devreden işverenin sorumlu olacağı miktar açısından 1475 sayılı İş K. m. 14/f.3 ile paralel olduğu görülmektedir<sup>12</sup>. İki düzenleme arasındaki önemli fark, kıdem tazminatından sorumluluk konusunda devreden işveren açısından beş yıllık bir süre öngörülmüş olmasıdır. İşçinin devir tarihinden itibaren beş yıl geçtikten sonra kıdem tazminatına hak kazanması halinde,

kıdem tazminatından sadece devralan işveren sorumlu olacaktır.

Kısaca ifade edecek olursak Avusturya hukukundaki düzenleme, Türk hukukundaki düzenleme ile paralellikler arz etmekte ancak önemli bir noktada farklılık göstermektedir. Avusturya hukukunda kıdem tazminatı açısından devre ilişkin hükümde beş yıllık bir zamansal sınırlama öngörülürken, Türk hukukunda böyle özel bir sınırlama öngörülmemiş; diğer işçilik alacakları açısından Avusturya hukukunda devre ilişkin hükümde özel bir zamansal sınırlama öngörülmemiş iken, Türk hukukunda devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlandırılmıştır.

#### 4. Fransa

Avrupa Birliği üyesi ülkelerden Fransa, 1928 tarihli düzenlemeleri ile işyeri devri konusunu ilk kez kanuna konu eden ülkedir. Buna rağmen, düzenlemelerinin 77/178 sayılı Konsey Yönergesi ile çelişmesi nedeniyle, konuyu tekrar ele almak zorunda kalmıştır<sup>13</sup>. 28 Haziran 1983 tarihinde 83-258 sayılı Kanun ile L 122-12-1 maddesinde yapılan değişiklikle Fransa, devreden ve devralan işverenlerin sadece kendi dönemlerindeki borçlardan sorumlu olacağına ilişkin esası değiştirerek yeni işverenin işyerinin devri sırasında var olan ve muaccel olan işçilik alacaklarından yeni işverenin de sorumlu olacağı esasını kabul etmiştir<sup>14</sup>. Devreden işverenin sorumluluğu hususunda ise Fransız hukukunda devirden önceki alacaklar için işçilerin devredene de gidebileceği kabul edilmektedir<sup>15</sup>.

#### 5. Hollanda

Hollanda iş hukukunun 77/187 sayılı Yönerge ile uyumlulaştırılması 1981 yılında Hollanda Medeni Kanunu'nda, Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu'nda, Toplu İş Sözleşmelerinin Genişletilmesi Kanunu'nda ve İflas Kanunu'nda yapılan değişikliklerle gerçekleştirilmiştir<sup>16</sup>. 2002'de yapılan değişiklik ile ise daha önceki düzenlemede tanımlanmayan "devir" ve "ekonomik birlik" kavramları Adalet Divanı kararları doğrultusunda tanımlanmıştır<sup>17</sup>. Hollanda Medeni Kanunu'nun (Burgerlijk Wetboek) Art. 7: 663



düzenlemesi uyarınca işyeri devri halinde işçinin hakları korunmaktadır. Yine aynı düzenleme, devir halinde devralanın devirden önceki işçilik alacaklarından sorumlu olduğunu, devreden ise söz konusu borçlardan dolayı bir yıl süre ile devralanla birlikte sorumlu olacağını öngörmektedir<sup>18</sup>. Söz konusu hükmün sorumluluk açısından özel bir zamansal sınırlama getirmesiyle İş K. m. 6 ile benzer bir yaklaşımı taşıdığı görülmektedir.

## 6. Danimarka

Danimarka 77/187 sayılı Konsey Yönergesi ni 21 Mart 1979 tarihli ve 111 sayılı İşletmelerin Devri Halinde İşçi Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun (lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse) ile iç hukuka aktarmış, söz konusu Kanun 2002 yılında değiştirilerek 2001/23 sayılı Yönerge ile uyumlu olması sağlanmıştır<sup>19</sup>. Danimarka hukukunda da işyerinin devri ile birlikte, iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden, ücret veya çalışma koşullarına ilişkin olarak resmi makamların onayından geçirilerek çıkarılan düzenlemelerden doğan yükümlülükler devralana geçmektedir<sup>20</sup>. Fakat iş kazaları gibi, devreden işverenin tazmin borcunu doğuran eylemlerinden kaynaklanan yükümlülükler devralan işverene geçmemektedir<sup>21</sup>. Devreden işverenin iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden, ücret veya çalışma koşullarına ilişkin olarak resmi makamların onayından geçirilerek çıkarılan düzenlemelerden doğan yükümlülüklerinden doğan sorumluluğu ise işyerinin devri ile sona ermektedir<sup>22</sup>. Devreden işverenin birlikte sorumluluğu noktasında bir düzenlemenin bulunmayışının Birlik hukukuna aykırı olduğu söylenemeyecektir, çünkü yukarıda da değinildiği gibi eski 77/187 sayılı Yönerge ve mevcut 2001/23 sayılı Yönerge devreden işverenin birlikte sorumluluğu konusunda düzenleme yapmak konusundaki inisiyatifi üye ülkelere bırakmaktadır<sup>23</sup>.

## IV. Sonuç ve Öneri

Avrupa Birliği, işyeri devrini düzenlediği 2001/23 sayılı Yönergesinde, devreden işverenin devirden önceki borçlardan dolayı sorumlu

tutulup tutulmayacağı konusunda düzenleme yapmak yetkisini üye ülkelere bırakmış bulunmaktadır. Bunun sonucunda yukarıda örnekler ile açıklandığı üzere farklı ülkeler farklı seçimlerde bulunmuştur. Bunlar incelendiğinde iş hukukuna ilişkin düzenlemelerimizin yakınlık gösterdiği İsviçre, Almanya, Fransa gibi Kıta Avrupası devletlerinin, devreden işvereni devralan ile birlikte devirden önceki borçlardan sorumlu tutarken özel bir zamansal sınırlama öngörmedikleri görülmektedir. Zamanaşımı, devreden işverenin sorumluluğu açısından sınırını oluşturmaktadır.

Kıdem tazminatı ile önemli ölçüde benzeşen bir kurumu barındıran Avusturya hukukunda ise diğer işçilik alacakları açısından devreden işverenin sorumluluğuna özel zamansal bir sınırlama getirilmez iken, kıdem tazminatı açısından beş yıllık bir özel sınırlama öngörmüştür.

Türk kanun koyucusu devirden önceki işçilik alacakları için devreden işvereni sorumlu tutmak yolunu seçerek kanaatimizce isabetli bir tercihte bulunmuştur. Ancak bunu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlandırmak olumsuz sonuçlara yol açabilecektir. Örneğin işyeri devrinden iki yıl sonra, devralan işverenin çeşitli şekillerde ödeme aczine düşmesi halinde işçinin devirden önceki döneme ait alacaklarını, devreden işverenden talep edebilme şansı ortadan kalkmaktadır. İşçi, böyle bir durumda işyerinin devredilmemiş olması halinde elde edebileceği bir alacağı, İş K. m. 6'da öngörülen iki yıllık sınırlama yüzünden elde edememek durumunda kalmaktadır.

Kanun koyucu kıdem tazminatı bakımından ise özel bir zaman sınırlandırması yapmak yolunu seçmemiş, kıdem tazminatı açısından devreden işverene devir tarihindeki kıdem ve ücret üzerinden bir sorumluluk yüklemiştir. Devreden işverenin, kendi dönemine ilişkin borçlardan sorumluluğunun iki yıl sonra sona ereceğini kabul ederken onu, devralan işverenin eylemlerine bağlı olarak da doğabilecek olan kıdem tazminatı borcu ile ilgili kıdem tazminatına ilişkin zamanaşımı süresi olan on yıl boyunca sorumlu tutmak, adalet duygusu açısından uygun bir tercih olarak gözükmemektedir. Kanaatimizce yapılacak yeni bir düzenleme ile

devreden işverenin, kendi döneminde doğan işçilik alacakları açısından sorumluluğunun, söz konusu işçilik alacaklarının tabi olduğu zamanaşımına bırakılması iş hukukumuz açısından ileri bir adım olarak görülebilir. Kıdem tazminatı açısından ise (kıdem tazminatı fonu ile bir çözüm üretilmemesi halinde), devreden işveren açısından Avusturya hukukunda olduğu gibi daha makul bir zamansal sınırın öngörüldüğü bir düzenleme isabetli olacaktır. Yapılabilecek bir başka düzenleme ise, devreden işverenin sorumluluğunun, işyeri devrolmasa dahi işçinin kıdem tazminatına hak kazanması kesin olan, evlilik nedeniyle işçinin iş sözleşmesini feshi, emekliliğe hak kazanma nedeniyle iş sözleşmesinin feshi gibi haller ile sınırlı tutulmasıdır.

## DİPNOTLAR

- 1 Örneğin Fransa'da 1928 yılında, Lüksemburg 1962 ve 1970 yıllarında, İtalya'da 1966 yılında, Almanya'da 1972 yılında bu konuda düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. (Alpagut, Gülsevil: İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, İstanbul 2010, s. 5).
- 2 Yönergenin içeriği hakkında bkz. Alpagut, s. 10 vd.
- 3 1475 sayılı İş K. döneminde işyeri devri ile ilgili tartışmalar hakkında bkz. Güzel, Ali: İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987.
- 4 Franzen, Martin: Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts für die Arbeitsrechtliche Regulierung des Betriebsübergangs, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) - Beilage, 2008, s. 139; Alpagut, s. 15.
- 5 Preis, Ulrich: in Erfurter Kommentar, 6. Auflage, München 2006, BGB § 613 a, kn. 1, s. 1560.
- 6 Beseler, Lothar: in Tscöpe, Arbeitsrecht, 4. Auflage, Köln 2005, Teil 2 G, kn. 121, s. 977.
- 7 Özkaraca, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 312.
- 8 Alpagut, s. 5-6.
- 9 İş sözleşmesinin belirli şartlarda sona ermesine bağlanan bu tazminatın yerini 2003 yılından itibaren "Mitarbeitervorsorgekasse" adı verilen bir fon almıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Marhold, Franz/Friedrich, Michael: Österreichisches Arbeitsrecht, Wien 2006, s. 137 vd.
- 10 Marhold/Friedrich, s. 249; Risak, Martin: Der Betriebsübergang im Österreichischen Arbeitsrecht, NZA – Beilage, 2008, s. 145.
- 11 Ayrıca Avusturya Yüksek Mahkemesi (Oberster Gerichtshof) devirden önce hak edildiği halde kullanılmayan yıllık ücretli izinlerden devreden işverenin işçiyi çalıştırdığı süreyle orantılı olarak sorumlu olacağını kabul etmektedir. Avusturya Yüksek Mahkemesinin bu doğrultudaki kararı için

bkz. OGH 26.5.2004, 9 ObA 17/04x, Arbeits- und Sozialrecht Kartei (ASoK), 2005, s. 31. Doktrinde Avusturya Yüksek Mahkemesinin kabul ettiği esasın ikramiye gibi kıdeme bağlı olarak hak kazanılan işçilik alacaklarına da kıyasen uygulanabileceği dile getirilmektedir. Bu yönde: Marhold/Friedrich, s. 259; Risak, s. 150.

- 12 1475 sayılı Kanun m. 14/f.3 uyarınca "... işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır".
- 13 Özkaraca, s. 318.
- 14 Kökkılınç Eraltuğ, Ayşegül: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İşyeri ve İşletmelerin Devri Halinde İşçi Haklarının Korunması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 100, Özkaraca, s. 319.
- 15 Boetto, Laetitia: in Ius Laboris – Transfers of Undertakings Guide, s. 93.
- 16 Von Peijpe, Tacovan: Transfers, Dismissal and Change of Conditions in Dutch Labour Law, NZA – Beilage, 2008, s. 151.
- 17 Von Peijpe, s. 151; Kökkılınç Eraltuğ, s. 103.
- 18 Von Peijpe, s. 151.
- 19 Kökkılınç Eraltuğ, s. 98.
- 20 Clasen, Christian K.: in Ius Laboris – Transfers of Undertakings Guide, s. 68; Kökkılınç Eraltuğ, s. 98-99.
- 21 Clasen, s. 68.
- 22 Özkaraca, s. 323.
- 23 Aynı yönde: Özkaraca, s. 324; Aksi yönde: Kökkılınç Eraltuğ, s. 100.

## Ahmet TAŞKIN

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi

# İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi ve Uygulaması

## ÖZET

Disiplin sisteminin ve disiplin cezalarının iş hukuku açısından önemi daha çok iş sözleşmesinin davranışa bağlı olarak geçerli nedenle feshinde ortaya çıkmaktadır. İşçinin bazı davranışları İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi (25. madde), bazı davranışları ise geçerli nedenle feshi (18/1. madde) olarak açıkça gösterilmiştir. Haklı nedenle fesih halleri daha ağır kusura dayanmakta, bu ağırlığa varmayan haller ise istenmeyen, doğru bulunmayan ve disiplin kurallarına aykırı davranış olarak değerlendirilmektedir. Disiplin sistemi ve disiplin cezaları açık olarak İş Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Sadece Kanunun 18/1. maddesinde işçinin davranışları nedeniyle işten çıkartılabileceğine değinilmiş ancak davranışların neler olduğuna sadece madde gerekçesinde örnek kabilinden yer verilmiştir. Uygulamada işçilerin disipline aykırı birçok hareketi geçerli nedenle feshe konu edilmiş, ancak bu, adil olmayan sonuçlar doğurmuştur. Bu nedenle Yar-

gıtay birçok kararında davranışa bağlı olarak iş sözleşmesinin feshinden önce işçiye disiplin cezası verilip verilmediğini aramaktadır. Disiplin suç ve cezaları konusunda işyeri ve işletmelerde bir standart düzenlemenin olmaması büyük bir eksikliktir. Makale, bu eksikliği ve ihtiyacı ortaya koymakta ve çözüm önermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Disiplin, işçi, işletme, işyeri, iş hukuku, sözleşmenin feshi.

## ABSTRACT

The importance of disciplinary system and disciplinary punishments occurs in the way of Labour Law more termination of the employment contract depending on the behavior of worker. Some of the behavior of the worker is clearly demonstrated in the Labor Law, justifiably the termination of the employment contract (article 25), besides the others the termination of the employment contract effectively (article 18/1). In cases of the justifiably termination of the employment contract based on

the more severe defect, defects are less severe that not reach this weight was evaluated as undesirable, disapproved and for violation of disciplinary rules. Only, the article 18/1. of the Law was deal with dismissal of the worker depend on it is behaviors, but the Law was explained this behaviors exemplarily. In practice, contrary to the discipline of the workers have been subject to the termination of many manner of acting about justifiably the termination of the employment contract, but this has led to unfair results. Therefore Court of Appeals, the worker seeking disciplinary action was issued before termination of the employment contract in many decision. There are no rules deal with In disciplinary action and penalties. This is great deficiency. This article propounds this deficiency, requirement and suggest a solution.

**Key words:** Discipline, worker, management, workplace, labor law, cancellation of contract.

## GİRİŞ

Disiplin; ister bireysel, ister kurumsal veya örgütsel, ister kamusal ve isterse özel sektörde olsun her zaman ve her yerde, başarı ve verimlilik için gerekli bir kavram ve unsurdur. Disiplin kurallarının veya bir disiplin sisteminin olmadığı işyeri veya işletme düşünmek mümkün değildir. Rekabetin gün geçtikçe arttığı ve bölgesel olmaktan çıkarak küreselleştiği; istihdamın, üretimin, pazarlamanın gittikçe zorlaştığı, bilinçli ve seçici tüketicilerin çoğaldığı; teknolojinin ve iletişimin korkunç bir hızda değiştiği günümüz iş dünyasında disiplinli olmanın ve çalışmanın önemi gittikçe artmaktadır. İş hukuku alanında işçiler lehine getirilen iş güvencesi, bir yönüyle istihdam artışına tedirginlikle bakılmasına neden olurken, bir yandan insan kaynaklarının en iyi şekilde yönetilmesi tüm işletmelerin ve işverenlerin sorunu haline gelmiştir.

İş güvencesi hükümlerine göre bir işçinin keyfi şekilde işten çıkartılması engellenmiş, ulusal yasalarla ve uluslararası belgelerle istihdamın korunması için gerekli pek çok önlemler alınmış ve düzenlemeler getirilmiştir. Bugünün çalışma koşullarında istihdam da zordur mev-

cut yasalar karşısında işçileri işten çıkarmak da pek kolay değildir. Gerek iş hukukunda getirilen düzenlemeler ve gerekse ekonomik sistemin ve çalışma hayatının gerekleri mevcut insan kaynaklarını en iyi şekilde kullanılması gerektiğini göstermektedir. Bu ise işyeri ve işletmelerde disiplin sistemini ön plana çıkarmaktadır.

Tüm bunlara rağmen 4857 sayılı İş Kanunu'nda disiplin sitemine ilişkin açık bir düzenleme yoktur; ne disiplin soruşturmalarının nasıl yapılacağına ne de disiplin cezalarının nasıl olacağına ilişkin çerçeve niteliğinde bir düzenleme mevcuttur. Özellikle İş Kanunu'nun 18/1. maddesinde iş sözleşmesinin işçinin davranışına bağlı olarak geçerli nedenle feshi hali disiplin cezalarının önemini göstermiştir. Çünkü bu maddenin gerekçesinde sözleşmenin feshini gerektiren nedenler örnek kabilinden sayılmış, uygulamada çok daha fazla nedenle iş sözleşmesinin feshi yoluna gidildiği görülmüştür. Yargıtay pek çok kararında iş sözleşmesinin davranışa bağlı olarak geçerli nedenle feshinde disiplin cezası uygulanıp uygulanmadığını araştırmaktadır. Örneğin, işyerinde sigara içilmesi yasaklanmış ve bir işçi bu kuralı ihlal etmiş ise güvenlik açısından bir risk oluşturmasa bile söz konusu eylem feshe konu edilmektedir. Bu tür kural ihlallerinin sözleşmenin feshi gibi ağır bir sonucu bağlanması adil görülmemektir.

Makalede; disiplin kavramı, disiplin sisteminin önemi, unsurları, niteliği, iş hukukundaki rolü ve ortaya çıkan sorunlara değinmiş ve bazı çözüm önerileri getirmiştir.

## 1. DİSİPLİN KAVRAMI

Disiplin hukuku günümüzde en çok tartışılan ve giderek gelişen hukuk alanlarının birisidir. Etimolojik olarak Latince birini izleyen ya da birinin peşinden giden anlamına gelen "Disciple" kökünden gelen<sup>1</sup> disiplin terimi "yol", "yöntem", "yordam", "eğitme", "yola getirme", "sevk", "idare", "güdüleme, motive etme" ve "yönlendirme anlamlarına gelmekte;<sup>2</sup> hukuksal olarak istenilmeyen bir fiilin sonucu olarak uygulanan yaptırımı ifade etmektedir. Bu anlamda birden çok hukuk alanı, disiplin hukukunun ortak paydasında bulunmaktadır. Esasında di-



sipline ilişkin kurallar sadece memurlara özgü uygulama alanı bulmaz. Bunlar kamu otoritele-ri kadar, yarı kamusal ya da tamamen özel nite-likli teşekküllerde de etkili ve geçerli hükümle-re sahiptir. Örneğin özel işletmelerde disiplinin başlıca gerekçesi ekonomi ve verimliliğin sağ-lanmasında bir araç olmasıdır.<sup>3</sup>

Disiplin kelimesi hukuk sözlüğünde; “yasa-lara ve kurallara uygun davranma, görevini ve yaptığı işi, kendisinden istenilen biçimde, ku-rallara uygun olarak yerine getirme” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>4</sup> Disiplin, çalışanların işletme (kurum) düzenine aykırı davranışlarından do-layı karşılaştıkları yaptırımlardır. Bu anlamda disiplin, yanlış bir davranışın cezalandırılması; amacı ise gelecekte benzer davranışların çık-masının engellenmesidir.<sup>5</sup> Kamu hukukunda oldukça önemli bir yeri olan disiplin ve disiplin mevzuatı özel sektörde ve bu bağlamda işlet-melerde farklı görünüm arz etmektedir. Kamu-da her kurumun disiplin yönetmeliğine karşılık her işletmede disiplin hukuku yoktur. Bir ku-rumda istenmeyen ve disiplin cezasını gerekti-ren davranışlar İş Kanunu'nda (Bkz. m. 18/1) “davranış” diye geçmektedir. Bir tanıma göre disiplin, işçinin gönüllü olarak daha yüksek performans ve işbirliği için çaba harcamasını sağlayacak şekilde bilgi, tutum ve davranışları-nın düzeltilmesini mümkün kılan eğitim;<sup>6</sup> işçi-nin kendini organizasyonun kuralları ve kabul edilebilir standartlarına göre yönlendirdiği bir durum;<sup>7</sup> başka bir tanıma göre; yönetim amaç ve hedeflerini gerçekleştirmek için beraberce uğraş veren işgücünün eğitilmesi ve geliştiril-mesi;<sup>8</sup> diğer tanıma göre de, personelin ina-narak ve arzu ederek işyeri kurallarına ve dü-zenine uygun davranış göstermesini sağlayan güçtür.<sup>9</sup>

İşletmesel anlamda disiplin, çalışanın gönül-lü olarak daha yüksek performans ve işbirliği için çaba harcamasını sağlayacak şekilde bilgi, tutum ve davranışlarının düzeltilmesini müm-kün kılan eğitimidir.<sup>10</sup> En geniş anlamda disip-lin, çalışanların tutum ve davranışlarının, be-lirtilen örgüt kural ve standartlarına uygunluk halidir. Herhangi bir nedenle bu uyum bozul-maya başladığında, yönetim onu tekrar etkin kılmak için harekete geçer. Bu da genellikle

yönetimin gereksinimlerine göre çalışanın tek-rar eğitimini ve teşvikler ile motivasyonu sağ-lanmasını içerir. Ayrıca ceza da ileride olabile-cek suç tekrarını önlemek için kullanılabilir.<sup>11</sup> Disiplin olayına bireysel ve örgütsel boyutta bakılabilir.

### A. Bireysel Anlamda Disiplin Tanımı

Bireysel açıdan disiplin, kişinin, bir başka-sıyla etkileşime girmeden kendi dürtülerini kontrol altına alma,<sup>12</sup> başka bir deyişle, bireyin kendini belirli ihtiyaç ve isteklere uyarlamak amacıyla özdenetimini geliştirme çabasıdır; in-sanın davranışını ödül veya ceza yoluyla şe-killendirmek ve yönlendirmektir; kişinin kendi kendini düzenlemesi ve kontrol etmesidir.<sup>13</sup>

Bireysel disiplinde dışarıdan ve çevreden bir baskı gelmemekte, kişi otoriter etkilerden ay-rık olarak iradi şekilde kendi hareket ve davra-nışlarını biçimlendirip yönlendirmektedir. Her yerde ve herkeste istenen husus budur.

### B. Örgütsel (işletmesel) Anlamda Disiplin Tanımı

İşletmesel (örgütsel) anlamda disiplini bi-reysel disiplinden ayıran temel fark disipline eden ile disipline edilen kişinin birbirinden ayrılmasıdır.<sup>14</sup> Örgüt üyeleri içinde lider duru-munda olan kişinin, örgütün diğer üyelerine karşı disiplini sağlayıcı önlemler alma çabası o örgütün disiplin yaklaşımını belirler. Webster sözlüğünde işletmesel (örgütsel) disiplin kav-ramından üç temel husus çıkmaktadır. Birin-cisi; itaati zorunlu kılarak kazanılmış deneyim, ikincisi; düzelten, kurallara bağlayan, güçlendi-ren veya geliştiren eğitim, üçüncü ise cezadır. Birinci ve ikinci anlamı birleştirerek, disiplinin ceza ve ödül yoluyla, davranışları şekillendir-me ve sınırlandırma olduğu söylenebilir.<sup>15</sup> Örgütsel disiplin, kişiyi grup içinde kontrol ede-cek motivasyon ve isteklendirme önlemleri ile ilgilidir. İşçi disiplini ise, çalışanların davranış-larının olumlu özendiricilerle, ödüllerle dene-tim altına alınması, kural ve emirlere uymanın sağlanması, bunun yanında davranışlarının ko-şullandırılması, sapma gösteren hareketlerin gelecekte tekrarlanmasını önlemek için ceza-

ların kullanılması veya bu yöndeki süreçlerin izlenmesidir.<sup>16</sup>

Disiplinin ceza nitelikli olan ve olmayan tanımları bulunmaktadır. Ceza nitelikli tanıma göre disiplin; kurum mensuplarının kurum düzenine aykırı davranışlarından ötürü tabi oldukları müeyyidelerdir;<sup>17</sup> işçiyi tehdit ederek doğru davranmaya zorlamaktır;<sup>18</sup> istenmeyen davranışı engellemeye yarayan cezaların uygulanmasıdır; işçinin ceza uygulamaları ile istenilen davranışlara sevk edilmesidir.<sup>19</sup>

Ceza nitelikli olmayan tanıma göre disiplin; kural ve düzenlemelere isteyerek uyan personel topluluğunun oluşturduğu bir örgütsel iklim ve tavrın yaratılması ve örgüt standartları ile amaçlarına uymada işçinin öz denetimidir.<sup>20</sup>

### C. Disiplin Sisteminin Unsurları

Disiplinin bireysel ve örgütsel tanımlarına bakıldığında üç unsurdan söz edildiği görülür. Bunlardan birincisi insan unsurudur. Disiplin insana yöneliktir, insanın bulunmadığı yerlerde disiplinden bahsedilemez. Çünkü disiplin, insanın örgütün diğer üyeleri ile etkileşiminden kaynaklanmaktadır. İkinci unsur, insan davranışlarının bir düzene sokulmasıdır. İnsanlar belirli amaçlara birlikte ulaşabilmek için emek ve çaba harcarlar. Bu çabalar esnasında örgüt, bireyden belirli kurallara uymasını ve belirli davranışta bulunmasını bekler. Birey kendisinden beklenen davranışlarda bulunmadığında ise davranışların düzene sokulması gündeme gelir. Üçüncü unsur ise yaptırımdır. Birey kurallara uymadığında bu davranışın sonucu olarak bazı yaptırımlara katlanmak zorunda kalır.<sup>21</sup>

## II. DİSİPLİNİN İŞLETMESEL GEREKLİLİĞİ

Örgütlere bütüncül açıdan yaklaşan insan kaynakları yönetimi, örgütsel (işletmesel) verimliliğin artırılması sürecinde, disiplin konusuna da ayrı bir önem vermektedir. Disiplin sistemi, kamu örgütlerini ve buralardaki uygulamayı akla getirirse de özel sektör kuruluşları da, mevcut insan kaynaklarını en iyi şekilde yönetebilmek ve onlardan en yüksek verimi alabilmek için disiplin yöntemlerinden yarar-

lanmakta ve bununla ilgili birçok kurumsal düzenleme yapabilmektedirler.<sup>22</sup>

Bir işletmenin maddi unsurlarında meydana gelen kayıp ve zararlar çoğu zaman kolayca giderilebildiği halde, insan alışkanlık ve davranışlarından dolayı ortaya çıkan zarar ve kayıpları gidermek ve arzu edilen alışkanlık ve davranışları kazandırmak son derece güç bir iştir. Örneğin bozulan veya bakımsızlıktan dolayı iyi çalışmayan bir makine veya tezgâh tamir edildikten ya da bakımı yapıp yağlandıktan sonra tekrar istenen biçimde çalışabilmektedir. Yine aynı şekilde yangın, sel baskını vs. nedeniyle zarara uğrayan makine ve binalar sigorta ettirmek suretiyle yeniden yerine konabilir. Ancak, düzeni bozan, işyeri koşullarına uygun hareket etmeyen, işe geç gelen veya devamsızlık yapan, işyeri koşullarına uygun giyinmeyen bir kimseyi bu uygunsuz davranışlarından vazgeçirmek ve bunların yerine iyi alışkanlık ve davranışlar kazandırmak oldukça güçtür.<sup>23</sup>

Disiplin denilince akla cezalandırmak gelse de cezaya dayalı disiplin, disiplin sisteminin oldukça küçük bir kısmını teşkil eder. Cezalandırıcı disiplin, ancak iyileştirici ve yönlendirici tüm girişimlerin olumlu sonuç vermediği katı kişilikteki kimseler için sınırlı biçimde kullanılan bir araçtır. Etimolojik olarak bakıldığında da disiplinin personelin inanarak ve arzu ederek işyeri kurallarına ve düzenine uygun davranış göstermesini sağlayan güç olarak tanımlandığı görülür. Burada, vurgulanmak istenilen en önemli husus, personelin inanarak ve arzu ederek işyeri kurallarına ve örgüt düzenine uymasının gerektiğidir. Etrafında güç gösterisinde bulunan ve astlarını tehdit eden bir yönetici belki kısa süre içinde etkili olabilir. Astlar örgütsel düzene ve işyeri kurallarına uygun davranış gösteriyorlarmış gibi hareket ederler. Ancak duygusal bir doyumsuzluk ve küskünlük belirli bir zaman sonra yerini bilincaltı kırgınlık ve kine bırakacaktır. Bu aldatıcı görünüş zamanla yöneticinin zayıf anında veya işbaşında bulunmadığı hallerde gizli sabotajlar veya toplu grevler ve başkaldırımlar biçiminde kendisini gösterebilecektir. O halde, korku ile yaratılan davranışlar etkin bir disiplinle elde edilenlerden daima farklı olmaktadır. Korku-

dan doğan gizli huzursuzluk, güvensizlik ve kinin belirli bir zaman sonra yöneticinin başını derde sokacağını ve onun örgütten ayrılmasına neden olacak kadar önemli sonuçlar doğuracağı kuvvetle muhtemeldir.<sup>24</sup>

## A. İş Hukukunda Disiplin Sistemi ve Buna İlişkin Düzenlemeler

İş hukukunda işverenlere belirli koşulların varlığı halinde disiplin cezası verme yetkisi tanınmış, ancak hukukumuzda Fransız hukukundan farklı olarak işverenin disiplin cezası uygulama yetkisinin koşullarını, kapsamını, sınırlarını, usulünü, itiraz ve yargısal denetimini, bu yetkinin kullanılmasına karşı işçilere getirilen güvenceleri hükme bağlayan genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.<sup>25</sup> Kısacası iş hukuku alanında kamusal alandan farklı olarak disiplin mevzuatı bulunmamaktadır. Gerek İş Kanunu ve gerekse iş hukukuyla ilgili diğer kanunlarda disiplin cezalarına veya sistemine ilişkin bir düzenleme yoktur. Oysa kamu sektöründe özel sektörden farklı olarak disipline ilişkin düzenlemeler, kanun ve yönetmeliklerde ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Bu konuda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili hükümleri ile Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik temel kaynaklardır. Ayrıca her kurum kendi özelliğine ve ihtiyaçlarına göre özel disiplin yönetmeliği çıkarma yetkisine sahiptir. Örneğin, "Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Ödül ve Disiplin Yönetmeliği", "Adalet Bakanlığı Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği", "Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Disiplin Yönetmeliği" ve "Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği" adı geçen kurumlara ait özel disiplin yönetmelikleridir.

Türk iş hukukunda bu konuda genel bir düzenlemenin yokluğu karşısında, disiplin cezalarının tabi olacağı esaslar, iş mevzuatında yer alan bazı kurallar dışında iş hukukunun ilkeleri ile genel hükümler göz önünde tutularak belirlenecektir. İş hukukunda, toplu iş sözleşmelerine ve iç yönetmeliklere konulan hükümlerle sınırlı da olsa bir disiplin hukukunun oluştuğu söylenebilir.<sup>26</sup> İş hukukuna ait kanunlarda açık bir hüküm olmadığı için işletmelerde di-

siplin sistemi kurulması zorunlu değildir. Oysa disiplin mevzuatı işletmeler açısından büyük bir ihtiyaçtır. Zaten böyle olduğu için toplu iş sözleşmelerinde, bazı büyük işletmelerin iç yönetmeliklerinde disipline ilişkin hükümler yer almaktadır. İş sözleşmesinin işçinin davranışları nedeniyle feshinde işçiye disiplin cezası verilip verilmediği Yargıtayca aranmaktadır. Bazen niteliği ve ağırlığı gereği bir davranış iş sözleşmesinin davranışa bağlı olarak geçerli nedenle feshini gerektirse de birçok durumda daha önce disiplin cezası verilmiş olma koşulu aranmaktadır. Çünkü her olumsuz davranış iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshini gerektirmemekte, aksi halde kuralı ihlal edici davranış ile bunun yaptırımını sayılan fesih arasında makul denge ortadan kalkmaktadır. Bu durum da feshin son çare olması ve istihdamın (iş sözleşmesinin) korunması ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenlerden dolayı özellikle iş güvencesi açısından haklı nedenle ve geçerli nedenle fesih hallerinin dışında disiplini ihlal edici davranışların kabulü zorunludur. İş Kanunu işçinin en ağır tutum, davranış ve hareketlerini haklı fesih, bu dereceye ulaşmayan bazı tutum ve eylemlerini geçerli fesih nedeni saymış ancak geçerli fesih düzeyine ulaşmayan hareketler konusunda açık bir düzenleme getirmemiştir. Kanaatimizce işçinin istenmeyen veya olumsuz nitelenen eylemleri için; "iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektiren eylemler", "iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshini gerektiren eylemler" ve "disiplin cezasını gerektiren eylemler" şeklinde kademeli bir tasnif gereklidir. Aksi halde sözleşmede veya disiplin yönetmeliğinde yer alan her yasaklayıcı hükmün ihlali geçerli fesih nedeni olacaktır ki bu husus birçok durumda hakkaniyete ve adalete uygun düşmeyecektir.

Davranıştan kaynaklanan geçerli fesih sebepleri, İş Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen derhal fesih için öngörülen sebepler kadar (haklı feshi gerektiren nedenler) ağır olmamakla birlikte işin normal yürüyüşünü ve işyerindeki uyumu olumsuz etkileyen davranışlardır. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde

çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; 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. Önemle vurgulanmalıdır ki “işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler” ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilir.<sup>27</sup> Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde de bu husus belirtilmektedir. Kural ihlali boyutundaki eylem veya davranışın fesih nedeni olabilmesi için işyerindeki üretim veya iş ilişkisinin olumsuz etkilenmesi gerekmektedir.<sup>28</sup>

## B. Disiplin Hukukunun Önemi

Çalışanın gerek işyerinin genel işleyiş ve kurallarına uymaması gerekse diğer çeşitli sorunlar çıkarması durumlarında arzu edilen yaklaşım, bu sorunların altındaki gerekçelerin anlaşılmasıdır. Dolayısıyla insan kaynakları birimi bu türde sorunları olan personeli öncelikle dinlemeli, anlamaya çalışmalı ve yardımcı olmaya özen göstermelidir. Asıl olan çalışanın kazanmak ve kuruma yararlı bir hale getirmektir. Bütün bu yaklaşımlar cevap vermiyor ise kişinin kuruma zarar vermesini, kendine zarar vermesini önleyecek tedbirler alınmalıdır. Disiplin cezaları bu anlamda uyarıcı olmakta ve kişilerin arzu edilmeyen davranışlarını önleyebilmektedir. Disiplin cezaları genellikle her kurumun kendi iş yönetmeliği gereğince belirlenir ve yine genellikle çalışanın ilk amirinin teklifi ve ilgili tepe yöneticinin onayı ile insan kaynakları birimi tarafından kişiye bildirilir.<sup>29</sup>

Her işletmede yazılı veya sözlü, az veya çok, katı veya yumuşak bir dizi disiplin kuralı bulunur ve bulunmak zorundadır. Disiplin kurallarının çoğu, çalışanların da kabul edeceği düzenlemelerden oluşur. Belli bir ahlak, eğitim ve kültür düzeyine sahip kişiler belli bir yerde nelerin yapıp yapılmaması gerektiği konusun-

da aynı kanaate sahiptirler. Örneğin, işletmenin araç sürücüsü, işletmeye ait araca ile kendi kişisel işini görmeyen etik ve doğru olmayacağını bilir. Aynı şekilde mesai bitmeden görev yerini terk edip eve gitmenin doğru olmadığını her çalışan bilir. Bununla birlikte bir işletmede disiplin kurallarının yazılı olması ve bunun tüm çalışanlara duyurulması ileride çıkacak ihtilafların önlenmesi açısından zorunludur. Amaç, çalışanların açıklarını ve yanlışlarını bulup cezalandırmak olmadığı için hizmet içi eğitimde tüm bu hususlar çalışanlara anlatılmalıdır.

Disiplini olmayan veya bozuk olan bir işletmenin, işyerinin veya kurumun başarılı olması düşünülemez. Yatırım araçları, üretim faktörleri, eğitim, tanıtım ve reklam giderleri gibi birçok faktörün temelinde disiplin yatmaktadır. İş disiplini olmadan işletme başarısı sağlanamaz. Bu nedenle işveren ve ona bağlı yardımcılarının (yöneticilerin, vekillerin) iş disiplinini sağlamaları ve sürdürmeleri zorunludur. Verimliliğin, yüksek performansın ve üretkenliğin temelinde etkin disiplin kuralları yatar. Uygulamada, birçok işverenin düşük performanslı işçisini, disiplin yaptırımını uygulamadan, etkin ve etkili meslek içi eğitim programına tabi tutmadan işten çıkardığı görülmektedir. Oysa bir işçinin işten çıkartılması başvurulması gereken son çaredir. İşveren, başvurulması gereken temel tedbirlere belli bir ölçüde etkili şekilde başvurmuş ve sonuç alamamışsa işçinin sözleşmesini feshedebilir. Fesih, başvurulacak ilk değil, son tedbir veya çaredir.

Disiplin, çalışanların örgütsel kural, düzenleme, politika ve normlardan sapmalarını engelleyen ve düzelteren eylemleri kapsar. Disiplin kavramı cezayı çağrıştırmakla birlikte, ceza uygulaması ile sınırlı değildir. Disiplin soruna, çalışana ve duruma göre farklılık gösteren bir olgudur.<sup>30</sup> Bir işletmede kargaşanın önlenmesi, iş barışının kurulması için disiplin, toplumsal yaşamın her yönünde olduğu gibi gerekli ve kaçınılmaz bir unsurdur.<sup>31</sup> Disiplinin temel amacı çalışanın işletmenin performans standartlarına uygun olarak davranmasını sağlamaktır. Çalışanın işin gereklerini yerine getirmede başarısız olduğunda disiplin eylemi ile karşı karşıya kalır. Bekleneni yerine getirmedeki başarısızlık



doğrudan doğruya çalışanın yapmakta olduğu işlerle ilgili olabileceği gibi, kural ve düzenlemelerle de ilgili olabilir.<sup>32</sup>

Disiplinin temel amaçlarından birisi; işçi, işveren ve diğer çalışanlar arasında karşılıklı saygı ve güven ortamını oluşturmak ve sürdürmektir. Yanlış uygulandığında disiplin düşük moral, kızgınlık ve işçi ve işveren kutuplaşması gibi sorunlara yol açar. Bu gibi durumlarda çalışanların davranışlarındaki gelişmeler kısa ömürlü olacak ve yönetici veya işveren, çalışana kısa zamanda tekrar disipline etme gereği duyacaktır. Bu nedenle disiplin uygulamaları yalnızca davranışı düzeltmekle kalmamalı, işveren ile çalışan ilişkilerinde ortaya çıkabilecek sorunları en aza indirmelidir.<sup>33</sup>

Yapıcı disiplin olarak da adlandırılan olumlu disiplin yaklaşımı örgüt için gerekli kural ve düzenlemelere istekli olarak bağlılığı geliştiren yönetim biriminin bir işlevidir. Disiplin olumlu teşvik ve yapıcı yaklaşımlarla sağlanmalıdır. Ceza aykırı davranışlara uygulanabilir. Ancak bu uygulama düzeltici ve destekleyici nitelikte olmalıdır. Amaç bireye zarar vermek değil ona yardımcı olmaktır. Yönetici olumlu disiplin iklimini çalışanlarda kişisel sorumluluk duygusu ve öz disiplin geliştirerek yaratır. Olumlu motivasyon ve demokratik önderlik ilkeleri uygulanır. Çalışanlar arasındaki bireysel farklılıkların bilincindedir ve buna uygun olarak kişilik özelliklerine göre farklı yöntemler geliştirir. Birey ve grup olarak çalışanlar, arzulanan davranış standartları anladıkları, inandıkları ve destekledikleri için riayet ederler. Sistem sağlıklı olarak çalıştığına, işgöreni yakın denetim ihtiyacı ortadan kalkacak, disipline konu olan olaylar azalma eğilimi gösterecektir.<sup>34</sup>

Olumlu disiplin temel özellikleri dikkate alındığında yapı olarak olumsuz disiplinden oldukça farklı olduğu görülür. Söz konusu özellikler tek tek ele alındığında dikkati çeken nokta, olumlu disiplin sisteminin, olumsuz yaklaşımın sorunlara yol açan temel yanlışlarını gidermeye yönelik olmasıdır. Olumlu disiplinin olumsuz disiplinden farklılaştığı noktalar şunlardır:<sup>35</sup> (1) İşgöreni zorlamaz, öz disiplin ve sorumluluk duygusu oluşturmayı hedefler, (2) Geçmişle değil gelecekle ilgilenir, (3) Tehdit

etmez teşvik eder, (4) Ayrılmakçı değildir saygı ve güveni ön plana çıkarır, (5) İşçiyi yetişkin olarak görür, (6) Sorunların çözümünde işgören ve yöneticiyi birlikte sorumlu tutar, (7) Başarı karşısında suskun kalmaz tepki verir.

### C. Disiplin Cezasına İlişkin Düzenlemelerin Şartları

Disiplin cezası; belli statüde bulunan kimsele hizmet ve iç düzenle ilgili kurallara aykırı davrandıkları zaman uygulanan cezalar olarak tanımlanabilir.<sup>36</sup> İş hukukunda, uyarı, kınama, ücret kesintisi, işin ve işyerinin değiştirilmesi (rotasyon), geçici işten uzaklaştırma, işten çıkarma biçiminde ortaya çıkan disiplin cezalarının uygulanabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. İşçilere bir disiplin cezasının verilebilmesi için her şeyden önce bunun geçerli bir hukuki dayanağı bulunmalıdır. Mevzuatımızda öngörülen hükümlerle disiplin cezasının uygulanabilmesi bir hukuki dayanağın varlığına dayandırılmıştır. Gerçekten, İş Kanunu'nun 38. maddesine göre işveren toplu iş sözleşmesi veya iş akitlerinde gösterilmiş bulunan nedenler dışında işçiye ücret kesintisi cezası veremez. Toplu iş sözleşmesi veya iş akdinde, belirtilen nedenler dışında, işçilere ücret kesintisi cezası veren işverenlere idari para cezası uygulanır (İK 102/b). Aynı şekilde, işverenin kusurlu işçiyi işten çıkarma nedenleri İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrası ile 25. maddesinin II. bendinde belirtilmiştir. Anılan hükümlerde öngörülmemeyen bir nedene dayanarak işveren işçiyi geçerli veya haklı nedenle işten çıkaramaz.<sup>37</sup>

Öte yandan, ücret kesintisi ve işten çıkarma yaptırımları dışında diğer disiplin cezalarının da bir hukuki dayanağının bulunması gerektiği Borçlar Kanunu'nun 315. maddesinde hükme bağlanmıştır. Anılan maddeye göre: "Sınai veya ticari bir teşebbüste, iş sahibi tarafından mesai veya dâhili intizam için muttarit bir kaide ittihaz edilmişse bunlar evvelce yazılmış ve işçiye bildirilmiş olmadıkça, işçiye bir borç tahmil etmez". Bu maddeye göre bir disiplin cezası işyerinde sürekli ve düzenli bir biçimde uygulanacak ise, bunun işçileri bağlayabilmesi için işverence bir iç yönetmelikte önceden yazılmış

## Disiplinin olmadığı yerde düzen, düzenin olmadığı yerde ise verim, istikrar ve performans yoktur. Bu nedenle işletmelerde disiplin sisteminin bulunması ve gerektiği gibi uygulanması bir zorunluluktur.

ve işçiye bildirilmiş olması gerekir. Bunun yanında disiplin cezaları toplu iş sözleşmeleri ve iş akitleri ile de getirilebilir.<sup>38</sup>

İşçilere disiplin cezası verilebilmesinin bir diğer koşulu bu cezanın kendi amacı ile sınırlı olmasıdır. Başka bir anlatımla, ancak işyerinin düzenini ve disiplinini sağlamak amacıyla disiplin cezası verilebilir. İşçinin işyerinin düzenini bozmayan davranışlarına bu yaptırım uygulanamaz. İşçi tarafından bir hakkın kullanılması örneğin yasal bir greve katılma veya yargı organı önünde tanıklık yapma ya da işyerinin düzenini olumsuz yönde etkilemeyen işçinin işyeri dışındaki özel yaşamı nedeniyle işveren tarafından disiplin cezası verilemez.<sup>39</sup>

### D. Disiplin Sisteminin Amacı

Disiplin, tüm örgütlenmiş grup faaliyetleri için zorunlu bir uygulamadır.<sup>40</sup> Nerede belli bir amaç için bir araya gelmiş kişiler varsa orada disipline ve buna ilişkin kurallara ihtiyaç vardır. Disiplinin olmadığı yerde düzen, düzenin olmadığı yerde ise verim, istikrar ve performans yoktur. Bu nedenle işletmelerde disiplin sisteminin bulunması ve gerektiği gibi uygulanması bir zorunluluktur. Disiplin, bir işletmede veya örgütte çalışan personelin etkili ve verimli çalışması için göstermeleri gerekli davranışların tümüdür.<sup>41</sup>

Disiplin, çalışanların örgütsel kural, düzenleme, politika ve normlardan sapmalarını engelleyen ve düzelteren eylemleri kapsar. Disiplin kavramı cezayı çağrıştırmakla birlikte, ceza uygulaması ile sınırlı değildir. Disiplin probleme, işgörene ve duruma göre farklılık gösteren bir olgudur. Kargaşanın önlenmesi sosyal barışın tesisi için disiplin, toplum hayatının her yönünde gerekli ve kaçınılmaz bir öğedir. Disiplinin

temel amacı işgörenin işletmenin performans standartlarına uygun olarak davranmasını sağlamaktır. İşçi, işin gereklerini yerine getirmede başarısız olduğunda disiplin eylemi ile karşı karşıya kalır. Bekleneni yerine getirmedeki başarısızlık doğrudan doğruya işgörenin yapmakta olduğu işlerle ilgili olabileceği gibi, kural ve düzenlemelerle de ilgili olabilir. Disiplinin ikinci amacı işgören-yönetici arasında karşılıklı saygı ve güven ortamını oluşturmak ve sürdürmektir. Yanlış uygulandığında disiplin düşük moral, kızgınlık ve yönetici-işgören kutuplaşması gibi problemlere yol açar. Bu gibi durumlarda işgörenin davranışlarındaki gelişmeler kısa ömürlü olacak ve yönetici işgöreni kısa zamanda tekrar disiplin etme ihtiyacı duyacaktır. Bu sebeple disiplin uygulamaları yalnızca davranışı düzeltmekle kalmamalı, yönetici ile işgören ilişkilerinde ortaya çıkabilecek problemleri en aza indirmelidir. Disiplin eylemini yürütmede iki esastan hareket edilir. Birincisi bir bütün olarak örgütün yararlarına zarar gelmemesi, ikincisi ise bireylerin haklarının korunması, başka bir deyişle iş güvencesinin sağlanmasıdır. Yönetim öncelikle duyarlı önderlik ve yapıcı bir disiplin ortamı yaratarak, iş görenden hangi tür bir davranış beklediğine ve bunu nasıl başarmayı umduğuna karar vermelidir. Daha sonra örgütün her kademesinde ve her biriminde sağlıklı bir disiplin iklimi elde edilmeli ve tutarlı bir disiplin eylemi gereksinimine yanıt verecek belirli bir disiplin süreci oluşturulmalıdır. Ancak yönetilenlerle yönetenler arasında çıkar çatışması bulunduğu veya çalışanların değişik tutum, beklenti ve davranışlara sahip olmalarından dolayı sağlıklı bir disiplin iklimi oluşturmak oldukça güç olmaktadır. Bu itibarla çalışma hayatındaki en önemli hususlardan birinin "Disiplin" olduğu söylenebilir.<sup>42</sup>

Bir disiplin sisteminin veya programının amacı, örgütsel gayelerin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan işgören performansını ve davranışını sürdürmenin araçlarını sağlamaktır; çalışma düzeninin gereği gibi yürütülmesini sağlamak ve çalışanlar için oluşturulan çalışma düzenini korumaktır.<sup>43</sup> Amaçlarından birisi, düzeltici eylemi sağlamak olduğu halde, bundan

daha önemli bir amaç, ilk planda böyle bir eyleme ihtiyaç duyulmasını önlemektir. Bu eyleme olan ihtiyaç insan kaynakları programının olumlu çabalarıyla azaltılabilir. Bu bakımdan disiplin programının yürütülmesinde öncelikle çalışanları olumlu davranışta bulunmaya motive etmek; başarılı olunamazsa disiplin eylemine başvurmak en iyi yoldur.<sup>44</sup>

Disiplin sisteminde temel amaç disiplin cezalarına başvurmadan düzeni sağlama ve korumadır. Diğer bir ifadeyle esas olan disiplin sorunlarının ortaya çıkmasını önlemedir. İnsan kaynakları yönetimi programının süreçlerinin her biri etkili bir biçimde ifa edilirse, düzeltici disiplin eylemine olan ihtiyaç azalabilir. İşin gereklerine uygun eleman alınması durumunda, birtakım uyuşmazlık ve disiplin eylemine konu olan sorunlar ortaya çıkmayabilir. Çünkü işin gereklerine ve örgütün amaçlarına uygun olmayan elemanlar, disiplin sorunlarının kaynağını oluşturabilir. Ayrıca etkili işe alıştırma, eğitim, haberleşme, performans değerlemesi gibi insan kaynakları programlarının oluşturulması, disiplin sorunlarının önlenmesinde veya ortaya çıkmamasında katkıda bulunabilir. Bunun yanı sıra etkili önderlik ve gözetim de, aynı zamanda, uyuşmazlıkların ve disiplin sorunlarının önlenmesine yardımcı olabilir.<sup>45</sup>

### III. ETKİN DİSİPLİN SİSTEMİ

#### A. Genel Olarak

İyi yönetilen bir disiplin sistemi işçilerin ve işletmenin verimliliğini ve performansını yükseltebilir. Başarılı organizasyonların hemen hemen hepsinde etkin bir disiplin politikası uygulanmaktadır.<sup>46</sup> Disiplin, yönetmenlerin yönetim biçimlerine ve disiplin tutumlarına göre değişik nitelik gösterir. Otokratik (yetkeci) yönetim biçimine göre disiplin, bir astın yasal kurallara ve üstün buyruklarına kesin olarak itaat etmesi ve üstün istediği gibi davranmasıdır. Bu tür yönetimlerde disiplin kurallarının işletilmesi yerine işinden memnun kalınmayan işçilere gözdağı verilir. Görevini istenilen düzeyde ve biçimde yapmayan bireyi kötü muamele ile yıldırma ve kötü sonuçlarla korkutma yöntemi gözdağı olarak tanımlanır. Bu yöntemde bi-

rey sürekli denetim ve gözetim altında tutulur. Görevini yapmadığı sık sık yüzüne vurulur ve daima kusuru aranır. Gözdağı yöntemi, başka kurumlara geçme imkânı olmayan veya kısıtlı olan durumlarda etkili olsa da sakıncaları çok fazladır.<sup>47</sup> Demokratik yönetim biçimine göre disiplin, işçiye işletmenin davranış kurallarının öğretilmesi, onun bu kurallara göre davranıp davranmadığının izlenmesi, kurallara çok iyi uyması halinde ödüllendirilmesi ve uymadığında da cezalandırılmasıdır.<sup>48</sup> İster demokratik, isterse otokratik disiplin sistemi olsun, disiplin suç ve cezaları işletmenin amaçlarına uygun şekilde belirlenmelidir.<sup>49</sup> Amaca uygun olmayan suç ve cezalar ne kadar iyi uygulanırsa uygulanırsa iyi ve beklenen bir sonuç vermezler.

Sağlıklı personel seçimi, etkin bir isteklendirme, gerekli kural ve düzenlemelerin yapılması ve çalışanın kurallarının uygulandığı konusunda bilinçlendirilmesi etkin disiplin sisteminin ön koşullarını oluşturur. Etkin disiplin sisteminin oluşturulmasında başlangıç noktası işçi seçimidir. Disiplin sisteminin etkinliği, disiplin uygulamasının zamanında bitirilmesine, ödül ve cezanın yeteri ölçüde verilmesine ve yapılanların çalışanlar tarafından adil bulunmasına bağlıdır. Disiplin uygulamaları birbiriyle tutarlı olmalıdır. Bir davranışa verilen ceza ve ödül, bu davranışı kim yaparsa yapsın uygulanmalıdır. İşçilerin makamı ve kimliği disiplin kurallarının uygulanmasında ayırım yaratmama, uygulamanın niteliğini ve niceliğini azaltıp çoğaltmamalıdır. İşçiler bir kusurundan dolayı birden çok ceza almamalı, ama aynı kusuru tekrarladığında daha ağır cezaya çarptırılmırlar. Disiplin uygulamaları, üstlerle astların ilişkilerini bozmamalıdır. Genellikle disiplin uygulamasına konu olan işçi uygulamanın adil olduğunu algılasa, uygulamayı yapanla ilişkisini bozamaz. Üst ve ast ilişkisinin bozulması, disiplin uygulamasının sağlayacağı yarar yerine zarar verir. Disiplin sisteminin ceza ağırlıklı olmasından çok ödül ağırlıklı olması, beğenilen davranışların çalışanlarda yerleşmesini sağlar.<sup>50</sup> Ayrıca disiplin cezalarının belli bir süre sonra silinmesi işçinin davranışlarını düzeltmesi ve bir daha disiplinsiz hareketlerde bulunmaması açısından önemlidir. İnsanlara hatalarını

düzeltilmesi için imkân verilmesi ve istenilen davranışları sergileyip bir daha disipline aykırı harekette bulunmuyorlarsa eski kusurlarının bağışlanması kişileri motive eder.

Çalışanın işyerinde yapmaması gereken ve çalışma süresince dikkatli olması gereken kimi konular şunlardır: işinde ihmal, dikkatsizlik, düzensizlik göstermek, mazeretsiz işe gelmek; çalışma saatlerine uymamak; işyerinin gelenekleri ve alışkanlıklarına ters düşmek, kurumun çıkarlarına aykırı hareket etmek; amirleri ve arkadaşlarını rahatsız etmek, saygı kurallarının dışına çıkmak, iş arkadaşları ile geçimsizlik. Gerek bireysel disiplini gerekse işyeri disiplini bozan bu haller konusunda insan kaynakları merkezi oldukça hassas olmalıdır.<sup>51</sup>

Bunun gibi, bir disiplin cezasının uygulanabilmesi için işçinin kusurlu bulunması da zorunludur. Ancak işyerinin düzenini kusurlu davranışı ile ihlal eden işçilere disiplin cezası verilebilir. Disiplin cezasının zorlayıcı niteliği kusurun aranmasını zorunlu kılar. Eğer disiplin cezasının dayandığı hukuki metinde kusurun belirli ağırlıkta olması aranıyorsa, bu yaptırımın uygulanabilmesi için kusurun belirlenen ağırlıkta olması gerekir. Aynı şekilde, uygulanacak disiplin cezası işçinin kusuruyla orantılı (ölçülü) olmalıdır. Öte yandan, toplu iş sözleşmeleri ile oluşturulan disiplin hukuku uygulamamızda genellikle disiplin suçunun tekrarı halinde kademeli olarak üst cezaların verilmesi yoluna gidilmektedir. Yargıtayın şu kararında bu uygulama belirgin bir biçimde görülmektedir: “Görevini yapmadığı için Disiplin Kurulu kararı ile 27.3.1983 tarihinde ihtar ve 3.12.1983 tarihinde de yevmiye kesimi cezası alan işçinin, aynı fiilinden dolayı 27.12.1983 tarihinde çıkarma ile tecziyesinde mevzuata, aykırılık yoktur”.<sup>52</sup>

İşçinin mesleki yetersizliği kural olarak kusurlu (kötü niyetli) bir davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden disiplin cezasına konu oluşturamaz. Bununla beraber, mesleki yetersizlik işçinin işinde yeteri kadar çaba göstermemesinden kaynaklanıyorsa kusurun varlığı kabul edilmelidir. Nihayet, disiplin cezasının verilebilmesi için bunları öngören hükümlerin iş hukukundaki kaynaklar hiyerarşisine uygun

bulunması gerekir. Diğer bir deyişle, kaynaklar hiyerarşisine göre daha aşağıda bulunan hukuk kaynağı üstte bulunana göre işçiye daha ağır bir disiplin cezası getiremez. Buna karşılık, alttaki hukuk kaynağı işçi lehine daha hafif bir disiplin cezası öngörebilir. Bu nedenle, örneğin toplu iş sözleşmesi veya iç yönetmelikle getirilen disiplin cezasının İş Yasası kurallarına işçi aleyhine aykırı olması mümkün değildir. Buna karşılık, örneğin İK 25/II uyarınca işten çıkarma yaptırımına yol açan bir disiplin suçuna, toplu iş sözleşmesi, iş akdi veya iç yönetmelikle daha hafif bir disiplin cezası getirilebilir.

Nitekim Yargıtay da belirtilen esaslara uygun sonuçlara varmaktadır. Yüksek mahkemeye göre “Toplu iş sözleşmesi ile getirilen cezalar, yasaya aykırılık taşımadığı ve işçi lehine olduğu takdirde geçerli sayılırlar. İşten çıkarmayı gerektiren nitelikteki bir eyleme yer değiştirme cezasının uygulanması işçi yararına olduğundan geçersizliği ileri sürülemez.” Bunun gibi, Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde işçinin iki gün özürsüz işe gelmemesi halinde yevmiye kesme cezası öngörülmüşse, bu hükme rağmen işverence 25/II, (g) maddesine uygun olarak işten çıkarma yaptırımının uygulanmasını haksız fesih olarak kabul etmiştir.<sup>53</sup>

Son olarak; etkin, etkili ve adil bir disiplin sisteminin kusura dayandırılması şarttır. Bu da, disiplin kuralının ihlali anlamına gelen bir hareket veya davranışın varlığı halinde suçlanan kişinin kusurlu olup olmadığının araştırılması anlamına gelir. Uygulamada birçok işletme bu hususu gözden kaçırmakta, kusur araştırmasına girmeden ilgili gördüğü kişi hakkında yazılı savunma alıp bunu da değerlendirmeden disiplin cezası vermektedir. Bu durum daha çok, istenmeyen bir olayın birden çok işçiyi ilgilendirmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Oysa suçsuz veya kusursuz birisinin cezalandırılması, suçlu olup da ceza almayan bir işçinin varlığından daha çok işletmeye zarar verir. Bu duruma sadece disiplin cezalarının verilmesinde değil, eylemden dolayı haklı veya geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde de rastlanmaktadır. Örneğin, bir işçinin diğerine sataşması veya kötü söz söylemesi kusur araştırması yapılmadan her iki işçinin veya sadece birisinin işten



çıkartılması işletme ve işçiler açısından olumsuz sonuçlar meydana getirir.

## B. Disiplinsizlik Nedenleri

İş Kanunu'nda haklı ve geçerli fesih nedenleri aynı zamanda disiplinsizlik nedenleri olarak gösterilebilir. İşveren söz konusu nedenleri fesih değil de disiplin cezasını gerektiren neden olarak kabul edebilir. Genellikle bu gibi durumlara toplu iş sözleşmelerinde rastlanmaktadır. Örneğin, toplu iş sözleşmesine göre kusurlu olarak bir aylık ücreti aşan zarar verici eylemler ücret kesimi veya uyarı cezasını gerektirebilir.

Bir işletmede disiplinsizliğin nedenleri arasında kötü yönetim de bulunmaktadır. Bu tür işletmelerde disiplin cezaları kötü yönetimin eksikliklerini tamamlamak için uygulanır. Bir yönetici astlarını, onların yetenek, kapasite, performans ve karakterlerini çok iyi tanımalı, buna ve iş tanımlarına göre emir ve talimat vererek yönetim hakkını kullanmalıdır. Bir işçiye görevine girmeyen, yetenek ve kapasitesini aşan bir iş verilmemelidir. Hatalı ve haksız yönetim, işçiyi disiplinsizliğe veya itaatsizliğe itebilir. Herhangi bir sorun karşısında çalışanlara soru sormadan suçlama yapılmamalı, dinlenilmeden de karar verilmemelidir. Konuyu iyice araştırıp sorgulamadan yapılan itham ve suçlamalar haksızlıklara, verilen kararlar da adaletsizliklere yol açmaktadır.

Yöneticiler etkin bir disiplin sisteminin temelini oluştururlar. İşletmelerin disiplin sistemleri ne kadar çağdaş olursa olsun, önemli olan onu uygulayacak yöneticinin yeterliliği ve başarısıdır. Yetersiz bir yönetici elinde, yeterli bir disiplin sistemi istenilen sonuçları vermez.<sup>54</sup>

İşletmelerde sıkça uygulanan bazı temel disiplinsizlik nedenleri şunlardır:

### 1) Devamsızlık

İşe devamsızlık, işverenlerin karşılaştığı en yaygın disiplinsiz hareketlerden birisidir. İşe zamanında gelmeme ve işten zamanından önce ayrılma veya çalışma süresi içinde işi makul bir sürenin üzerinde bırakma/terk etme, devamsızlık kavramı içinde değerlendirilir. Devamsızlığın bir disiplinsizlik olarak kabul edilebil-

mesi için kabul edilir mazerete dayanmaması gerekir. Bununla birlikte sürekli mazeret ileri sürülmesi de kişinin yetersizliğinin bir sebebi olabilir. Makul ve kabul edilir mazeret, üretilmiş mazeret değildir.

### 2) Tutum ve Davranış Bozukluğu

İşyerinde rahatsız edici şakalar, işin ciddiyetini zedeleyen hareketler, diğer işçilerin dikkat, özen ve performansını olumsuz etkileyen davranışlar, kavga, sataşma, söz atma, kırıcı olma, küskünlük, saygısızlık, dikkatsizlik, gevşeklik, tembellik, işe önem vermeme, işe ilişkin koruma araçlarını kullanmama, alkol ve uyuşturucu kullanımı gibi hususlar istenmeyen davranışlar olarak sayılabilir. Bazı tutum ve davranışlar iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshini gerektirirken, bazıları da haklı nedenle feshini gerektirmektedir.

Tutum ile davranış eş anlamlı kelimeler değildir. Tutum, kişiyi davranışa hazırlayan bir eğilimdir.<sup>55</sup> Tutumun bir davranışa dönüşmesi şart olmamakla birlikte genel olarak davranış ve hareket şeklinde ortaya çıkmaktadır. Davranış ise anlamlı, gözlemlenebilen ve yorumlanabilen faaliyetlerdir.<sup>56</sup> Başka bir ifadeyle çevredeki uyaranlara karşı vermiş olduğu bir cevaptır.<sup>57</sup>

### 3) Verilen Bir Emri Yapmamak, Geç veya Kusurlu Yapmak

Yetkili kişinin vermiş olduğu işle ilgili emirlerin zamanında ve istenildiği gibi yerine getirilmesi gerekir. İş disiplini ve verimlilik iş planlarına ve bu planları uygulamaktan sorumlu kişinin talimatlarına uymakla sağlanır. Verilen talimatı yerine getirmemek, geç getirmek veya gerektiği gibi getirmemek disiplin suçu olarak düzenlenmiş olabilir. Bu durumda talimat verenin yetkili, talimat alanın da kendisine söylenen işi yapmakla yükümlü ve sorumlu olması gerekir. Acil veya işin gereği olarak verilen makul talimatlar işçinin iş tanımında yer almasa bile yerine getirilmelidir.

### 4) Düzenleyici-Emredici ve Yasaklayıcı Kurallara Uymamak

Disipline ilişkin kuralların bir kısmı düzen-

leme, bir kısmı yasaklama getirmektedir. Bu bağlamda, bir işin en iyi şekilde nasıl yapılacağına ilişkin kurallar düzenleyici, bir hareket ve davranışın yapılmasını suç sayan kurallar ise yasaklayıcıdır. Örneğin, işyerinde sigara içilmemesine, mesai saatleri içinde ziyaretçi kabul edilmemesine, gazete ve dergi gibi yayınların okunmamasına, işle ait olmayan internet sitelerine girilmemesine ilişkin hükümler yasaklayıcıdır. İşe başlamadan önce iş güvenliğine ilişkin kurallara uymak, işbaşında iş önlüğünü giymek, herhangi bir sorun halinde birim amirine iletmek şeklindeki kullar ise emredici veya düzenleyicidir.

### 5) Ahlaksızlık

Her ne kadar yönetimin çok sık karşılaştığı problemlerden olmasa da işletme içinde veya dışında ahlaksızlık yaşandığında birtakım cezalar uygulanmaktadır.<sup>58</sup> İşletme içinde bayan personele yönelik ahlaksız veya müstehcen söz ya da davranışlar, laf atmalar, dedikodulara, rahatsız edici söylentilere, suçlamalara ve duygusal karışıklığa neden olarak işletmenin huzur ve düzenini bozabilir. Burada önemli olan ahlaksız hareketler sonucu buna maruz kalan personelin şikayetçi olup olmaması değildir. Diğer çalışanların huzursuzluğu ve rahatsızlığı da önemlidir. İşletme dışındaki yaşam şekli kişiyi ilgilendirmekle birlikte özellikle küçük yerleşim yerlerinde çalışanların ahlak dışı davranışları işletmenin itibarını ve saygınlığını zedeleyebilir. Böyle bir durumda söz konusu eylemler disiplin suçu olarak düzenlenebilir.

### C. Disiplin Suç ve Cezaları

İşletmelerin disiplin cezalarını ve eylemlerini gösteren bir yönetmelik çıkarmaları ve bunu uygulamaları yasal olarak zorunlu değildir. Bununla birlikte İş Kanunu'nda belirtilenlerin dışındaki eylemleri sözleşmenin feshini gerektiren disiplin suçu olarak düzenleyemez. Buna karşın işverenin; ihtar, uyarı, kınama, iş veya işyeri değişikliği, terfi etmeme, ikramiye ve primlerden mahrumiyet gibi bir kısım cezalar öngörmesi mümkündür. Bu tür cezaların geçerli olabilmesi için de disiplin cezalarına ilişkin iç yönetmeliğin iş sözleşmesinin kurulmasından

önce mevcut olması ve işçiye tebliğ edilmesi gereklidir.

İşveren, bir eylemden sonra bu eylemi disiplin suçu haline getiren bir düzenleme yapamaz. Ceza hukukunda geçerli olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi burada uygulanır. Bu ilkenin işletmelerde uygulanması disiplin suç ve cezalarının iş sözleşmesinden önce bulunması ve işçiye tebliğ edilmesidir. İş sözleşmesinden sonra konulan disiplin cezalarının yasaya aykırı olmayanları ve işi işçi aleyhine ağırlaştırmayanları işçi tarafından reddedilemez. Başka bir deyişle bir işçi çalışma koşullarını ağırlaştırmayan disiplin hükümlerini gerekçe göstererek iş sözleşmesini feshedemez. Eğer bu nitelikteki disiplin hükümlerinin uygulanmasını kabul etmezse ve disiplin cezasını gerektiren eylemleri yaparsa cezasına katlanmak zorundadır.

Disiplin kuralları işletmenin içinde bulunduğu endüstri, çevre ve ürettiği ürüne bağlı olarak farklılık göstermekle beraber ortak amaçlar olarak şunlar gösterilebilir: a) Personelin, şirketin kaynak, ürün, müşteri ve hissedarlarının korunması, b) İş görenlere çift taraflı memnuniyet doğrultusunda davranış biçimlerinin yaratılması ve düzenlenmesi, c) Kayıpların ve verimsizliklerin önlenmesi, d) Organizasyonun toplumda iyi bir konumda bulunduğunu göstermek suretiyle halkla ilişkiler fonksiyonunun üstlenilmesi.

#### 1) Uyarı

Uyarı cezası, işçinin görev ve davranışındaki özensizliğini engellemek için verilir. Uyarıya konu olayda işletmenin bir zararı söz konusu değildir. Burada işçi; işe, işleyişe ve işyerine bir zarar vermemiştir ancak düzensiz, özensiz, dikkatsiz ve gevşek tutumu ile böyle bir riski ortaya koymaktadır. Uyarı ile hareketlerinde daha dikkatli ve özenli olması, davranışlarına çeki düzen vermesi gerektiği söylenir. Uyarıyı gerektiren bir konuda uyarı cezası verilmemesi halinde işçi yapması gerekeni yapmayacak, kendisinden beklenen performansı gösteremeyecek, belki de yapmaması gerekenleri yapma durumuna düşecektir. İşte böyle bir gidişin önüne geçmek için başlangıçta işçi uyarılmaktadır. İşçi uyarıldıktan sonra makul

bir süre izlenmeli; özensiz ve dikkatsiz davranışlarının sürmesi halinde bir üst disiplin cezası verilmelidir. Uygulamada zaman zaman uyarı veya kınama cezası verilmekte, işçiye kendisini düzeltme fırsatı tanınmadan iş sözleşmesi tutum ve davranışa bağlı olarak geçerli nedenle feshedilmektedir. Bu tür fesih hali haksız ve geçersizdir.

Hangi eylemlerin uyarı cezasını gerektirdiği işletmenin vereceği bir karardır. Diğer disiplin suç ve cezaları da işletmeden işletmeye değişir. Örneğin, Coca-Cola Şirketinin İş Yönetim Etiği Koduna göre, sonuçları ve niteliği bakımından çok ciddi mahiyette olmayan Kod ihlallerini ilk defa gerçekleştirenlere yazılı uyarı cezası verilir. Sonuçları ve niteliği bakımından daha ciddi mahiyetteki ihlaller, ücretsiz uzaklaştırma, hak edişlerin, prim ve hisse senedi opsiyonlarının kesilmesi ya da işten çıkartılmayla sonuçlanabilmektedir.<sup>59</sup>

## 2) Kınama

Kınama, işin ve işletmenin gereklerine ve düzenine aykırılık teşkil eden belli davranışlarından dolayı işçinin yazılı veya sözlü olarak uyarılmasıdır. Kınama cezası, işçinin görev ve davranışındaki kusurlarını düzeltmesi için verilir. Kınama uyarıdan daha ağır bir cezadır. Kınamaya neden olan olayda işçinin bir kusuru ve bu kusurun neden olduğu bir olumsuzluk bulunmakta, işçinin kınamayla kusurlu olduğu bildirilmekte ve bunu düzeltmesi istenmektedir. Diğer cezalarda olduğu gibi kınama cezasının verilmesi halinde de makul bir süre işçi izlenmeli ve kınamanın sonuçlarına bakılmaktadır. Uygulamada kötü niyetli işverenler işten çıkarmayı planladığı bir işçisine kısa aralıklarla (bir ayda iki-üç kez) peş peşe uyarı veya kınama cezası vermekte ve sonuçları beklemeden iş sözleşmesini feshetmektedir. Elbette ki olayın durumuna göre bekleme ve izleme süresi de değişmektedir. Örneğin, işyerine geç geldiği için uyarılan kimsenin bir sonraki gün geç gelmemesi gerekmektedir. Geç gelme olayı genel olarak hemen düzeltilebilecek bir durumdur. Bununla birlikte her olay ve ceza makul süre beklenmeli, izlenmeli ve işçinin kendisini düzeltmesine imkân verilmelidir.

## 3) Rotasyon

Rotasyon bir işçinin görevinin veya çalışma yerinin işletmesel nedenle değiştirilmesidir. Rotasyonun iki tür uygulama şekli bulunmaktadır. Birincisi, eğitim amaçlı, ikincisi ise disiplin amaçlıdır. Esas olan eğitim amaçlı olarak uygulanmasıdır. İşveren, gerek çalışanların ve gerekse işletmesinin yüksek performans göstermesini, maksimum düzeyde kâr elde etmesini, faaliyet gösterdiği sektörde rekabet gücünü artırmasını, yine sektöründe hızla büyüyüp güçlenmesini ister. İşletmenin maksimum kâr elde etmesi, güçlenmesi yegâne amaç olamaz. Çünkü işçiler ve tüm çalışanlar işverenin amaçlarına hizmet eden birer makine ve araç değildir. İşverenin topluma, devlete ve çalışanlara karşı sorumlulukları da bulunmaktadır. Rotasyonun eğitim veya disiplin saikiyle uygulanabilmesi için buna ilişkin hükmün iş sözleşmesinde veya personel yönetmeliğinde ya da işletme içi yönetmelikte bulunması gerekmektedir. Aksi halde işin işçi aleyhine kötüleştirilmesi veya ağırlaştırılması söz konusu olur ki bu da hukuken kabul edilemez. Mevcut geçerlilik koşullarının bulunması halinde işveren kendisinden verim alamadığı bir işçiyi performansını artırmak amacıyla rotasyona tabi tutabilir. Burada amaç, işçiyi zorda bırakarak işten çıkmasını sağlamak olmamalıdır. Örneğin, iş sözleşmesini imzaladığı sırada bekâr iken daha sonra evlenip çocuk sahibi olan ve çocuklarını bulunduğu yerde okula gönderen bir işçiye rotasyon uygulamak amacın dışında bir uygulama olabilir.

## 4) Prim ve İkramiyelerden Mahrumiyet

En etkili ceza yöntemlerinden birisi de alışkanlıklardan mahrum etmektir. İşletmede tüm çalışanlara veya işletmenin belli birimlerindeki çalışanlarına gerek rutin ve gerekse performansla bağlı prim ve ikramiyelerin verilmesi söz konusu olabilir. Örneğin, resmi ve dini bayramlarda belli miktarda ikramiye, kışın yakacak, senelik izinlerde ise tatil parası ödeniyor veya belli dönemlerde çalışanları ödüllendirmek için eğlence, gezi ve etkinlikler düzenleniyor olabilir. Çalışanı bu tür etkinliklerden ve ödemelerden mahrum etmek ciddi şekilde etki edebilir.

**Disiplin cezasının amacı, olmaması gereken bir hareket veya davranışın bir daha tekrarlanmasını engellemek, ortaya çıkmış olan bu olumsuz davranışı düzeltmek ve işlerin planlandığı gibi yürümesini sağlamaktır.**

Ancak bunun da ölçülü şekilde uygulanması gerekir. Öncelikle işçinin neden böyle bir mahrumiyete maruz kaldığını kendi vicdanı ve aklı da kabul etmeli, belirsizlik ve şüphe içinde kalmamalıdır. Cezaların veya disiplin kurallarının adil bir şekilde uygulanması dozunda verilen ilaç gibi, haksız ve ölçüsüz uygulanan kuralların da ölçüsüz veya aşırı miktarda verilen ilaç gibi etkisi olur. Kısaca, ne tür ceza verilirse verilsin ve ne tür tedbir uygulanırsa uygulansın bunun muhataba açıklanarak ölçülü ve adil şekilde tatbiki gerekir.

### **5) Rütbe İndirimi**

Rütbe indirimi (tenzil), personelin daha az ücret ve sorumluluk taşıyan bir alt kademedeki göreve atanması olup disiplinle ilgili bir uygulamadır.<sup>60</sup> Bir işletmede kariyer imkânlarının varlığı kişisel performans ve işletmeye bağlılık için oldukça önemlidir. Ödüllendirme ve meslekte ilerleme (yükselme) en etkili motivasyon unsurlarından birisidir. Özellikle nitelikli personel alımında işletmeye başvuran kişiler için önemli olan hususlardan birisi işyerinde yükselme imkânının varlığıdır. İşletmede bir üst göreve (pozisyona) geçmek, ücret aynı kalsa da itibar ve sosyal statü kazanmak anlamına gelir. Bu da çalışanlar için bir ödüldür. Bunun tersi ise bir ceza ve mahrumiyettir. Bu nedenle verilen rütbenin veya unvanın geri alınması bir disiplin cezası olarak uygulanabilir.

### **D. Cezalandırmanın Kuralları**

Disiplin cezasının amacı, olmaması gereken bir hareket veya davranışın bir daha tekrarlanmasını engellemek, ortaya çıkmış olan bu olumsuz davranışı düzeltmek ve işlerin plan-

landığı gibi yürümesini sağlamaktır<sup>61</sup>. Ceza veya mahrumiyet vereni de alanı da üzer ve bunların ilişkilerini bozabilir ya da en azından zedeleyebilir. Ceza vereni ve alanı daha az üz-  
mek, bunların arasındaki ilişkilerin bozulmasını önlemek; işçinin adalet duygusunu bozmasına izin vermemek için bazı ussal kuralların önceden konulması, ceza verenin ve ceza alanın bunları bilmesi gerekir. Ceza vermenin bazı işletmesel ve eğitsel kuralları şunlardır.

### **1) Cezaya Konu Olan Olay ya da Davranışın Nedeni Araştırılmalıdır**

Bir kusurun ya da suçun, işçi tarafından neden yapıldığı bilinmedikçe işçiye verilen cezanın haklı olup olmadığını kestirmek kolay olmaz. Kusura ya da suça ilişkin sağlam kanıtlar elde edilmelidir. Böyle bir araştırma bazı yönetim kusurlarını da ortaya çıkarabilir. Ayrıca elde edilen kanıtların ceza veren disiplin amiri veya disiplin kurulu tarafından incelenmesi, cezayı verenin, ceza alacak işçinin yerine kendisini koymasına, böylece olaya ya da davranışa onun açısından bakmasına yol açar. Ceza verenin empati (eşduyumu) içine girmesi, cezanın ussal verilmesine yardım eder.

Cezaya konu olayda nedenleri araştırmak, işletmenin yararına yararlıdır. Her kural ihlalinde tek kusurlu bunu ihlal eden kişi değildir. Bazen sistemin olumsuz yanları veya diğer kişiler suçun veya kusurun işlenmesinde katkı sahibidir. Örneğin, birim amirinin emirlerini yerine getirmeyen veya geç yerine getiren işçinin bu eylemi disiplin cezasını gerektirebilir. Eğer aynı birimde çalışan birçok işçi aynı suçu işliyorsa amirin de incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca olayın esasını araştırmak ve somutlaştırmak birim veya disiplin amirinin ya da işçinin davranışlarından ve işinden sorumlu olan üst pozisyondaki kişinin objektif hareket edip etmediğini denetlemek açısından da gereklidir. Araştırma veya soruşturmanın yokluğu denetim ve itiraz hakkını ortadan kaldıracığı için keyfiğe veya kusurlu harekete neden olabilir.

### **2) Ceza Zamanında Verilmelidir**

Disiplini bozan yanlış bir davranış derhal ve görüldüğü yerde durdurulmalıdır. Görüldüğü



ve bilindiği halde görmezlikten gelme ve müsamaha gösterme o davranışın uygun görüldüğü veya en azından hoş görüldüğü anlamına gelir. Bu ise, hataları ve yanlışları özendirici bir etki yapar. Deneyimler, yöneticinin toleranslı ve müsamahakâr davranışlarının disiplini bozucu hataların ve yanlış hareketlerin sayısını ve şiddetini artırdığını göstermektedir.<sup>62</sup> Uygulamada, işverenlerin disiplini bozucu hatalar karşısında hemen işlem yapmadıkları, aylar sonra biriken hataları geçerli feshe konu ettikleri görülmektedir. Bu gibi olaylarda işveren işçinin son eylemi için yazılı savunma istemekte, buna karşı aylar öncesinden yapılan hataları da işçinin kusuru olarak bildirmektedir. Disiplin cezası ile yaptırıma bağlanmayan eylemlerin sonraki eylemlerle birleştirilerek feshe konu edilmesi doğru ve geçerli bir yaklaşım değildir. Bu durumda gerek ispat sorunu ortaya çıkmakta gerekse önceki eylemlerin işverence hoş görüldüğü sonucuna varılmaktadır. İşçiye disiplini bozucu eyleminden dolayı gecikmesizin disiplin cezası verilmesinin İş Kanunu'na yansıyan uygulaması haklı nedenle fesihlerde görülmektedir. Kanununun 26. maddesine göre, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Kamu görevlileri hakkında uygulanan 657 sayılı Kanununun disipline ilişkin hükümlerinde de suç ve ceza zamanlaşımı söz konusudur.

Bir kusurun ya da suçun cezası, işçiye geciktirilmeden süresi içinde verilmelidir. Ceza vermekte aceleci olmamak gerekirse de verilecek bir cezanın da geciktirilmemesi gerekir. Cezayı gerektiren eylem veya davranıştan itibaren uzunca bir süre geçmiş ise verilecek ceza etkisini kaybeder. Zaten işyeri disiplin yönetmeliğinde hangi eylem veya davranışların hangi disiplin cezasını veya mahrumiyeti gerektirdiği, bunların hangi sürelerde uygulanacağı yazılıdır. Cezaların verilmesi bunun belli bir süre tekrarlanmama koşuluna bağlı kılınabilir. Örneğin, işyerine geç gelen veya erken ayrılan

bir işçiye amiri hatırlatmada bulunabilir veya yaptığı eylemin uyarma veya kınama cezasını gerektirdiğini ancak bir ay süreyle tekrarlanmaması halinde bu cezanın verilmeyeceğini söyleyebilir. Bu durumda işçinin kişisel dosyasına söz konusu ceza girmemiş olur.

Cezanın zamanında verilmesinde sıcak soba kuralına uymak gerekir. Sıcak soba kuralı, ceza uygulamasının, sıcak sobaya dokunulunca olan yanmaya benzer özellikler taşıması gerektiğine dikkat çeker. Bu kural, ceza uygulamasının önceden uyarma, çabukluk, tutarlılık ve kişisizlik esaslarına dayanan bir eylem olması gerektiğini vurgulayan bir öneriler bütünüdür. Sıcak soba, yaklaşınca hissedilen ısıyla, kendisine dokunmanın yanacağını önceden belli eder. Aynı şekilde, suç sayılan davranışların (kural ihlallerinin) ve bunlara karşılık uygulanacak cezaların personele önceden bildirilmesi ve açıklanması gerekir. Sıcak sobanın, dokunmanın elini hemen o anda, çabucak yaktığı gibi, kural ihlaline ilişkin ceza gecikmeden verilmelidir. Aksi takdirde davranış ile ceza arasındaki bağlantı zayıflar; cezanın hem etkisi (caydırıcılığı), hem de haklı ve yerinde bir uygulama olarak algılanma etkisi azalır.<sup>63</sup>

Bir işletmede disiplin suçlarına ve cezalarına ilişkin zamanlaşımının disiplin yönetmeliğinde veya personel yönetmeliğinin disipline ilişkin maddelerinde düzenlenmiş ve çalışanlara tebliğ edilmiş olması gerekir. Uygulamada bu hususun çok sık olarak göz ardı edildiği görülmektedir. Örneğin, işçinin işe geç gelme şeklindeki son eyleminden dolayı yazılı savunması istenmekte, bu olaya önceki tarihlerde işten erken çıkma, amirin emrini dinlememe, meslektaşlarına kaba ve kırıcı davranma gibi eylemler de eklenmektedir. Dava dosyasının yapılan incelemesinde önceki eylemlerinden dolayı hiçbir disiplin cezası almadığı ve iddiaların somutlaştırılmadığı görülmektedir.

### 3) Ceza, Kusura ya da Suça Denk Olmalıdır

Her şeyden önce, disiplin kurallarına aykırı bir eylemin veya davranışın varlığı halinde suçlanacak kişiler hakkında kusur araştırması yapılmalıdır. Burada bir hâkim veya mahkeme

kadar hassas olunması gerekmesede kusursuz bir kimseyi cezalandırmaktansa kusurlu kimseyi cezasız bırakmak daha iyidir. Uygulamada bu hususa fazla önem gösterilmemekte, yüzeysel ve genel bir gözlemlerle kişiler hakkında işlem yapılmaktadır. Oysa işletmede eşitlik ve adalet son derece önemlidir. Olaya karışan birden fazla işçiden haklı bir nedene dayanmadan sadece birisini işten çıkarmak veya disiplin cezasına çarptırmak, işletmeye yarardan çok zarar verir.

Suç veya kusur teşkil eden eylem ile bunlara verilecek cezalar arasında makul ve adil bir denge olmalıdır.<sup>64</sup> Cezaların etkisi ve gücü onun ağırlığında ve şiddetinde değil, yerinde ve zamanında ölçülü ve mutlak şekilde uygulanmasındadır. Suçta ve cezada adaletsizlik disiplinden beklenen etkiyi ya hiç vermez veya az verir. Örneğin, iki kez birer saat süreyle işe geç gelen bir işçinin işyerinin veya görevinin değiştirilmesi ya da bunun iş sözleşmesinin feshine konu edilmesi durumunda bir dengeden söz edilemez. Ceza veya mahrumiyetten amaç intikam almak, işçiye acı vermek ve onu üzmemek değildir. Ceza son uygulanması gereken bir tedbirdir ve amacı istenmeyen hareket veya tutumun değiştirilmesi ve terk edilmesidir. Bu, hem eylemlerin suç olarak nitelendirilmesinde hem ceza türünün belirlenmesinde hem de cezanın uygulanmasında dikkat edilmesi gereken bir husustur.

İş Kanunu'nda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda olduğu gibi disiplin nedeniyle işe son verme yoktur. Bunun yerine iş sözleşmesinin geçerli ve haklı nedenle fesih halleri vardır. İş Kanunu'nun 18/1. maddesinde belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğu belirtilmektedir. Burada cezalandırıcı disiplini ilgilendiren terim "davranış" kelimesidir. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshi ile disipline aykırı hareketler anlaşılmaktadır. İşçinin istenmeyen ve disiplin hükümlerine aykırı olan bir davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin feshi adil olmayan bir uygulama olarak görülmektedir. İş sözleşmesinin feshine dayanak oluşturan davranışla-

rın disiplin cezası ile giderilme veya düzeltilme imkânı varken doğrudan doğruya feshe başvurmak kusur ve yaptırım dengesini bozmaktadır.

Disiplin cezası verilmesi veya davranışından dolayı bir işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi için adli makamlara intikal etmiş olan bir soruşturmanın sonucu beklemeye gerek yoktur. Uygulamada mahkemelerin yanlış bir şekilde adli soruşturma veya yargılamanın sonucunu beklediği görülmektedir.<sup>65</sup> Danıştay'ın birçok kararına göre, kamu görevlileri hakkında ceza mahkemesi tarafından verilen beraat kararı disiplin cezasına engel değildir.<sup>66</sup>

#### **4) Disiplin Suçu İşleyen Kişiyeye Savunma Hakkı Verilmelidir**

Suçlanan kişiyeye savunma hakkının tanınması gerek ceza ve gerekse disiplin hukukunda anayasal bir haktır. Anayasa'nın 129/2. maddesi, savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceğine ilişkindir. Bu hüküm iş hukukunda işçiler için de geçerlidir. Adil, hukuka ve hakkaniyete uygun bir ceza için disiplin suçu işleyen kişiyeye savunma hakkının tanınması gerekir. Burada önemli olan ve ön plana çıkan husus ihlal edilen kuralın veya işlenen kusur ya da suçun niteliğine ve ağırlığına uygun bir savunma süresi verilmesidir. Suçlama yazılı olarak yapılmalı ve savunma yazılı olarak alınmalıdır. Savunma yazısı bilerek imzalanmamış ise bu husus tutanak ile tespit edilmelidir. Uygulamada bazı işverenlerin ihlal edilen disiplin kuralı nedeniyle 2-3 günlük savunma süresi verdiği, savunma yapılmadan veya savunma süresi dolmadan iş sözleşmesini feshettiği görülmektedir. Burada savunma istemenin usulsüz olduğu ve samimi olmadığı açıkça ortadadır. İşçi savunma yapmayacağını bildirmiş ise sürenin bitmesini beklemeye gerek yoktur.<sup>67</sup> Bu durumda ispat açısından işçinin savunma yapmayacağına ilişkin sözlü beyanı iki kişi tarafından tutanak altına alınmalı, yazılı beyan ise işçinin dosyasına konulmalıdır.

Bu nedenle disiplin önlemi uygulanmadan önce, konu ile ilgili araştırma yapılmalı, suçluluğundan emin olunsa bile ilgili kişiyeye müdahale edilmeden konuyu kendi açısından anlatmasına veya savunma yapmasına imkân

**Disiplin cezalarının olumlu sonuç vermesi için herkese eşit şekilde uygulanması gerekir.**

**Eşitlik, bir suçun kim tarafından işlenirse işlensin aynı cezaya çarptırılacağı anlamına gelir.**

tanınmalı;<sup>68</sup> ilgili kişiye “çabuk savunmanı yap sana ceza vereceğiz” veya “seni işten atacağız” türünden adil olunmayacağı ya da önyargılı davranıldığı içeren bir mesaj verilmemelidir. Sadece cezada değil, disiplin soruşturmasında da adil hareket edilmelidir.

### **5) Suçlama Açık, Ayrıntılı, Somut ve Anlaşılır Olmalıdır**

Disiplin cezası verilecek işçinin ne ile suçlandığını açık ve tam olarak bilmesi gerekir. Soyut ve belirsiz suçlamalarda bulunmak uzun bir savunma süresi verilmiş olsa da savunma hakkını kısıtlayacağı ve denetim imkânını ortadan kaldıracığı için geçersiz ve anlamsızdır. Uygulamada bu konuya dikkat edilmediği genel ve soyut ifadelerle işçinin suçlandığı ve savunmasının istendiği görülmektedir. Somut iddia ve suçlama, yer, tarih, kişi ve olay hakkında yeterli bilgi verilmesidir. “Arkadaşlarınıza hakaret ettiğiniz, verilen emirleri yapmadığınız, zaman zaman işe geç geldiğiniz, işinizi düzgün bir şekilde yerine getirmediğiniz ve kendinizden beklenen performansı göstermediğiniz anlaşılmıştır. Hakkınızdaki suçlamalara ilişkin savunmanızı 3 gün içinde yaparak insan kaynakları birimine vermeniz rica olunur” şeklindeki bir savunma istemi soyut ve genel olduğu için geçersizdir. Bu örnekte, işçinin hangi işçiye hangi tarihte ne söylediği, hangi tarihte hangi saatte işe geç geldiği, hangi amir tarafından verilen ne tür bir işin ne suretle yerine getirilmediği gibi hususlara değinilmiş olması gerekir.

### **6) Disiplin Cezasına İtiraz İmkânı Tanınmalıdır**

Disiplin suç ve cezalarına ilişkin düzenlemeleri, kısaca disiplin yönetmeliğini açık, ayrıntılı ve sistematik bir şekilde düzenlemek ve bunu

adil bir şekilde uygulamak, işletmenin kalitesi, güvenilirliği ve itibarı açısından da önemlidir. İşletmede her pozisyon veya işte çalışan kişilerin disiplin amirleri ve disiplin kurulunun kimlerden oluşacağı önceden belirtilmeli, verilecek cezalara ilişkin itiraz süreleri gösterilmelidir. Disiplin cezasını veren kişi ile itirazı inceleyen kişinin farklı olmasına dikkat edilmelidir. Çalışanlara haklar ve özgürlükler vermek işletmenin ve işçilerin performansı açısından yararlıdır. Hak arama özgürlüğünün tanınması, çalışanların işletmeye güvenmeleri ve haksızlığa maruz kalmayacaklarına inanmaları yönünden önemlidir. Her bir cezaya öngörülecek itiraz süresi, itirazın şekli ve yapılacağı kişi veya makam disiplin yönetmeliğinde gösterilmelidir. Bir işletmenin işçiler için koyduğu şekli kuralara kendisinin de uyması ve keyfilikten kaçınması saygınlığını artıran bir husustur.

### **7) Cezalar H herkese Eşit Uygulanmalıdır**

Disiplin cezalarının olumlu sonuç vermesi için herkese eşit şekilde uygulanması gerekir. Eşitlik, bir suçun kim tarafından işlenirse işlensin aynı cezaya çarptırılacağı anlamına gelir. Ayrımcılık, diğer alanlarda olduğu gibi disiplin cezalarının uygulanmasında da olumsuzluklar yaratır. Mesaiye geç gelen bir işçi uyarı cezası ile cezalandırılırken diğerinin de geç geldiğinin bilinmesine rağmen ceza almaması iş huzurunu ve düzenini bozar. Bazı işçilerin suç ve kusurları karşılıksız kalırken bazılarının cezaya maruz bırakılması kadar bazılarının eylemleri görülürken bazısının ortaya çıkarılmaması veya üstünün örtülmesi de o kadar zararlıdır.

Sıcak soba kuralı cezaların uygulanmasında da geçerlidir. Bilindiği gibi, sıcak soba aynı durumdaki herkesi, her zaman aynı derecede yakar. Ceza uygulamaları da böyle tutarlı ve eşit şekilde uygulanmalıdır. Tutarsız uygulamalar personelin moralini olumsuz yönde etkiler, yönetime güven ve saygıyı azaltır, itiraza ve hak aramaya yöneltir, söylentilere, dedikodulara ve hoşnutsuzluklara neden olur. Dedikodu çalışanlar arasında huzursuzluk ve stres nedenidir.<sup>69</sup> Bu da çalışanların performansını olumsuz etkileyen bir faktördür. Ancak doğal

olarak bu konuda sobadan biraz daha ayırt edici olmak gerekir. Sobaya ilk kez dokunan da, onuncu kez dokunan da aynı şekilde yansa da her dokunma yanmanın acısını daha da artırır. Bu nedenle personelin geçmişteki kural ihlallerini, performans kayıtlarını, hizmet süresini göz önüne almadan herkese aynı cezayı vermek, tutarlılık sayılmaz. Önemli olan aynı koşullar altındaki herkesin aynı şekilde cezalandırıldığı ve bu koşulların objektif, standart ölçütlere (kuralları kaçınıcı kez ihlal ettiği, kaç yıl hizmet verdiği, performans düzeyinin ne olduğu...) göre belirlendiğinin personel tarafından bilinmesidir.<sup>70</sup>

Sıcak soba, kim olduğuna bakmadan, herkesi aynı derecede yakar. Onun için kişilerin önemi yoktur. Sadece kendisine dokunulmuş olması önemlidir. Personel de, disiplin eyleminin, kendi kişiliği, kimliği nedeniyle uygulanmadığına, yaptıklarının sonucu olduğuna inanmalıdır. Yöneticiler öfke, intikam, sevgi, merhamet gibi kişisel duygularını bu uygulamaya katmamalıdır. Onları, kuralı ihlal edenin kim olduğu değil, ne yaptığı, kaçınıcı kez yaptığı, genel başarı durumu, hizmet süresi ilgilendirmelidir.

### **8) Ceza, Disiplin Kurallarının İhlali Halinde Verilmelidir**

Ceza uygulanmasında niyet, istenmeyen davranışın bastırılması ve sona erdirilmesidir.<sup>71</sup> Başka bir deyişle, cezanın verilmiş amacı istenmeyen davranışların terk edilmesi veya istenilen şekilde hareket edilmesinin temin edilmesi suretiyle bireysel ve kurumsal verimliliğin ve performansın artmasına hizmet edilmesidir. Yegâne amaç işletmenin varlık nedenine uygun hareket etmektir. Bu nedenle disiplin ve ödül sistemleri konulur, bu nedenle eğitim, kariyer, plan, performansa dayalı ücret gibi uygulamalara yer verilir. Disiplin cezasının bunun dışında bir amacı olamaz. Örneğin, yöneticinin veya birim sorumlusunun otoritesini güçlendirmek için gözdağı amacıyla disiplin cezası verilemez. Yöneticiler, “Benimle iyi geçin, yoksa seni mahvederim, ayağını kaydırırım, öyle ceza veriririm ki hayatını söndürürüm” gibi kişisel, bençil ve ilkel nedenlerle çalışanlara veya astlarına

ceza vermemelidir. Uygulamada işletme içi rekabet, terfi ve kariyer için astlarını cezalandıran yöneticilere rastlanmaktadır. İşverenin, kurmuş olduğu disiplin sistemi içinde bunu engelleyici tedbirleri almış olması gerekir.

İyi bir yöneticinin işletmenin veriminde ve performansında rolü çok büyüktür. Böyle bir yönetici, çalışanlar arasındaki ilişkilerin yönetiminde ve çalışanların yönlendirilmesinde katkısı göz ardı edilemez. Amirin tutumu, astların çalışma istekleri, kurallara uymaları, disiplinli çalışıp çalışmamaları hususlarında etkili olacak ve disiplin sorunlarının ortaya çıkmasını önleyecektir. Bu gibi durumlarda çalışanların tutumu amirlerinin tutumunu yansıtır. Amirin tutum ve davranışları disiplin sorunlarının ortaya çıkmasında veya çıkmamasında önemli rol oynar. Amirin hatalı tutumu, çalışanların yanlış davranışlarda bulunmasına yol açabilir. Örneğin bazı yöneticiler, astlarının iyi veya kötü davranışlarını görmezden gelir. Bu, olumlu davranın motivasyonunu bozduğu gibi olumsuz davranan kişiyi de cesaretlendirir.<sup>72</sup>

Personel, hatasını gördüğü halde susmayı tercih eden yöneticisinin bu davranışlarını yanlış hareketleri onaylama biçiminde yorumlayabilir. Böylece, “haydi şimdilik sesimi çıkarmayayım, personelle kötü olmayayım, affedici olmak iyidir” gibi düşüncelerle yanlış hareketlere izin veren yöneticiler iyi alışkanlıkları kazandırma yerine kötülerinin geliştirilmesine neden olurlar. Müsamaha sınırı aşıldığında arada bir yapılan ikaz ve müdahalelere ise personel aldırılmamakta veya nadiren yapılan bu müdahaleler personel ile yöneticinin arasının açılmasına dahi neden olmaktadır.<sup>73</sup>

### **9) Disiplin Prosedürü ve Ceza Adil Uygulanmalıdır**

Disiplin sisteminin işletilmesi ve özellikle de disiplin cezalarının verilmesi istenen bir durum değildir. Ceza vermek hem alan hem de uygulayan için hoş olmayan bir durumdur. Hiçbir hak edilmiş ceza, ödülün ve iltifatın yerini tutmaz. Ödül alanlara bu ödülü vermek ve alanın memnuniyet ve sevincini paylaşmak ne kadar rahatlatıcı ise suç işleyene ceza vermek de o kadar rahatsız edici bir durumdur. Bu neden-



le disiplin sürecinin ve prosedürünün iyi niyet, hukuk ve ahlak kurallarına uygun şekilde yerine getirilmesi gerekir. Disiplin amiri veya disiplin kurulu, bir işçiye ceza verirken öfke, kin, intikam, kızgınlık, stres, sevinç, alay ve benzeri duygulardan arınmış olmalıdır. Bunu profesyonelce ve makul bir şekilde yerine getirmelidir. Sonuçta bu da yerine getirilmesi gereken bir iş veya görevdir. Cezanın amacı bunu hak eden kişinin moral, motivasyon ve psikolojisini bozmak değildir. Bu nedenle her cezanın uygulanmasında en kısa sürede bunun telafi edilmesi için muhabata fırsat verilmelidir.

Disiplin cezası kural ihlaline ve dolayısıyla davranışa verildiği için kişinin şahsiyeti ve onuru hedef alınmamalı, davranışa odaklanılmalıdır. Burada kötülünen ve tasvip edilmeyen kişi değil, o kişinin davranışındır. Bu nedenle, disiplin cezası alan kimse kendisinin değil, disiplin kuralını ihlal edici davranışının hedef alındığını bilmelidir. Aksi halde bir şekilde disipline aykırı hareket etmiş kimse kendisini hedef alınmış ve dışlanmış hissedebilir. Bu da onu güvensizliğe, tedirginliğe ve kaygı duymaya iter. Sonuçta moral ve motivasyon kaybı nedeniyle performansında düşme yaşanır. Cezalandırmada kişisel olmamak ve eylemi kişiselleştirmemek temel ilkedir. Kötü yöneticiler veya disiplin amirleri eylemle değil bu eylemi yapanla (fail) ilgilenmekte ve işçi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Onlara göre, kurallara uymayan personel kötüdür ve bu nedenle de cezalandırılması gerekmektedir. Verilen ceza sadece istenmeyen davranışı yapanın değil diğer personelin de aklını başına getirmelidir. Ceza hukuku anlamında cezanın caydırıcılık etkisi disiplin için de söz konusudur. Oysa ortada bir olay vardır ve amaç bu olayın, hareket veya davranışın kurallara aykırı ve yanlış olduğunun ilgili kişiye anlatılmasıdır.

### **10) Disiplin Cezası Yeterli Delile Dayanmalıdır**

Bir işçi hakkında disiplin soruşturması başlatılmadan önce yeterli ve somut bilgilere dayanmak gerekir. Soyut veya şüpheli bilgilerle çalışanlar hakkında disiplin işlemi uygulamak çalışanların adalet duygusunu, işletmeye olan

bağlılığını ve inancını, moral, motivasyon ve performansını olumsuz etkiler.

Disiplin eylemine konu olacağı düşünülen olay hakkında yönetici veya amir, gerekli tüm bilgileri, gerçekleri bir araya getirmelidir. Cezanın verilip verilmemesine veya ceza verilecekse hangi şiddette cezanın uygulanacağına karar vermede bu verilerin kullanılması disiplinin sağlığı açısından önemlidir. Verileri toplama olgusu, çok kere olayın incelenmesi sürecidir. Bir inceleme yapmaksızın sadece görüşler ve tahminlerle karara varılırsa, yanlış sonuçlara varmak kolay olur. Aynı zamanda belli bir dönem boyunca bir grupla çalışmış bir amir, bu inceleme tekniğini iyi bir biçimde bilmelidir. Ayrıca yönetici veya amir, cezanın gerçekler, kanıtlar doğrultusunda verilmesini arzu etmeli ve bilgileri toplamada istekli olmalıdır. Son olarak bunlardan başka yönetim, bilgi toplarken diğer çalışanların engellemelerinden sakınmak ve küstahça davranışlarına yenilmemek için onların tümü hakkında saygılı olmalıdır.<sup>74</sup>

### **E. İşletmede Disiplini Sağlamanın Yöntemleri**

İşletmelerde disiplinin ne şekilde sağlanmasının daha etkin bir yol olduğu konusunda ortak bir görüş yoktur. Personelin bilinçli ve istekli olarak kurallara uymasını sağlamanın önemi konusunda genelde görüş birliği olsa da, kural ihlallerinde ne tür uygulamaların daha etkili olduğu konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bunların en yaygın olanları şunlardır:

#### **1) Önleyici Disiplin**

Önleyici disiplin, çalışanların kural, düzen ve düzenlemeleri ihlal etmemesi amacıyla yönlendirilmesi ve yönetilmesidir.<sup>75</sup> İstenmeyen bir hareketi cezalandırmaktansa bu hareketin meydana gelmesini önleyecek tedbirler almak çok daha iyidir. Bu nedenle, önleyici disiplin yaklaşımında, örgütsel disiplin sürecinin ilk aşaması kural ve düzenlemeleri oluşturmaktır. Personelin kural ve düzenlemeleri benimsemesi, onların gerekli ve hakça olduğunu algılaması sağlanır. Hatta işletme içinde bu tür kuralların oluşturulması sırasında çalışanların

da katkısı alınır. Böylece çalışanlar, hem kendi kabul ettikleri kurallara uyma gereği duyar, hem de bu kuralların niçin gerekli olduğunu bilir. Burada, “sürecin parçası olmayan, sorunun parçası olur” mantığından hareket edilir. Personele sorumluluk kazandırmak sorunları da azaltır. Çünkü sorumlu personel (insan kaynakları) sorunsuz işletme anlamına gelir. Bunu sağlamanın en esaslı yolu da sürekli eğitim, etkili iletişim, eşit ve adil yönetimdir.

Örgütsel disiplin sürecinin ikinci aşaması olan kural ve düzenlemelerin personele iletilmesi de önleyici disiplin yaklaşımında önem taşır. Neleri yapıp neleri yapmaması gerektiği ve istenmeyen davranışlarda bulunduğu zaman karşılaşacağı sonuçların neler olacağı, personele kesin ve net bir biçimde bildirilmelidir. Bu konuda açık olunmasının hatalı davranışları önleyeceği düşünülür. Önleyici disiplin anlayışının amacı, örgütlerde kurallara istekle ve bilinçli olarak uyulan, öz disiplinin esas olduğu bir ortamın oluşturulmasıdır. Burada hedef, kuralların ihlal edilmesini önlemektir.<sup>76</sup>

Önleyici disiplinin iki yönü bulunmaktadır. Birincisinde çalışanların psikolojik ve ruhsal açıdan disipline uymaları sağlanır; ikincisinde ise çalışanların kuralları ihlal etmeleri için, işletmesel, yönetsel, fiziksel ve teknolojik önlemler alınır. Örneğin, personelin zamanında işe gelip zamanında işten ayrılması ve giriş-çıkışların kart ve imza ile veya biyometrik sistemle (yüz, parmak izi ve iris tarama) denetlenmesi fiziksel ve teknolojik önlem; bu hassasiyetin her çalışana anlatılması ise psikolojik ve eğitsel önlemdir.

İnsanlar kötü alışkanlıklara sahip kişiler olarak doğmadıkları gibi başlangıçta herhangi bir iyi alışkanlığa da sahip değillerdir. O halde, insan, iyi veya kötü her türlü alışkanlıklarını çevresinden kazanmakta ve geliştirmektedir. Alışkanlıkların kazanılması kadar, terk edilmesi de güçtür. Bu nedenle alışkanlıkların kazanılması ya da geliştirilmesi, zaman, emek ve enerji isteyen bir husustur. İnsan iyi bir gözlemcidir. Çoğu kez çevresi tarafından kabullenilen ve çoğunluğun tasvip ettiği davranış ve hareketlere yönelir ve tasvip edilmeyenlerden de kaçınır. Şu halde, öğrenmede insana çevresi iyi bir ör-

nek olmakta ve onun davranışlarına rehberlik etmektedir. Disiplin için kötü alışkanlıklardan kaçınma ve iyi alışkanlıklara yönelmede personelin çevresinin ve yöneticilerin çok önemli rolleri vardır. Kuşkusuz iyi alışkanlıkları geliştirmek için işyerinden işyerine ve kişiden kişiye değişen çeşitli yöntemler vardır. Örneğin, kuralları ve çalışma koşullarını önceden sade ve anlaşılır bir dille açıklamak, basit gözlem yoluyla hataları hemen düzeltmek, unutulmaları hatırlatmak, yapılması gerekenleri tekrarlamak, teşvik etmek, prim ve ödül vermek, çalışanla ilgili önlemlerdir. Alışkanlıklar kazandırılırken yöneticinin rolü, uygulanan yöntem kadar personelin de kişilikleri önemli rol oynamaktadır. Bazıları kısa süre içinde gerekli davranış ve tutumları öğrenip uygulayacakları gibi bazıları da aksine çok uzun süre öğrenme ve uygulamada önemli güçlükler çıkarabileceklerdir. Yöneticinin göstereceği sabır, dikkat ve iyi bir öğretici olma becerisi bu güçlükleri yenmede en önemli faktördür.<sup>77</sup>

Önleyici disiplinde olumsuz hareketi yapan işçi uyarılmakla yetinilmez. Bunun yanında işçinin neyi, neden ve nasıl yapması gerektiği de kendisine anlatılır. Yöneticiler çalışanlar için iyi birer yol gösterici ve öğretici olmalıdır. Kötü alışkanlıkların ve disiplini bozucu davranışların önlenmesi kadar iyi davranışların da çalışanlara kazandırılması önleyici disiplin açısından önemlidir. İşletmede yetkisi ve sorumluluk sahibi çalışanların ve yöneticilerin yönetsel ahlak yönünden yeterli olmaları önleyici disiplinin başarısı için gereklidir. Yönetsel ahlak, örgütsel (işletmesel) amaçlara ulaşmak ve işleri başarmak için yöneticiler veya örgütler tarafından geliştirilen davranış standartları ve ahlaki kurallardır. Başka bir ifadeyle, yöneticilerin eylem ve kararlarına rehberlik eden ilkelere dir.<sup>78</sup>

## 2) Düzeltici Disiplin

İşletmelerde ister demokratik, isterse otokratik yönetim yaklaşımı uygulansın, önleyici disiplinle alınan tüm önlemlere rağmen kurallara uymayanlar, bilinçli veya kötü niyetle emirlere itaat etmeyenler ya da araç-gereç ve makinele- re zarar verenler olabilir.

Az ya da çok sayıda işçi, yönetime, işletmeye, iş arkadaşlarına ve işlerine karşı değişik bir tutumla yaklaşır. Bu gibi davranışlar düzeltici eylemi gerektirir.<sup>79</sup> Başka bir deyişle, işletmelerde önleyici disiplin yaklaşımı uygulansa da, zaman zaman personelin kuralları ihlal eden davranışlarda bulunduğu görülür. Bu durumda geçerli olan yaklaşımlardan biri düzeltici disiplin yaklaşımıdır. Bu klasik disiplin yaklaşımı, istenmeyen davranışların ceza uygulanarak sona erdirilebileceği anlayışına dayanır. İnsanın tüm davranışlarının kendisi için olumlu bir sonuca (ödüle) ulaşmayı amaçladığı bilindiğine göre, olumsuz sonuca (cezaya) götüren davranışı kimsenin tekrarlamak istemeyeceği düşünülür. Cezalandırıcı disiplin yaklaşımı, personelin istenmeyen davranışlarını kısa sürede (geçici de olsa) düzelttiği için yaygın olarak kullanılır. Düzeltici disiplinin uygulanma biçimlerinden biri kademeli disiplin yaklaşımıdır. Bu yaklaşımda, tekrarlanan suçların daha şiddetli cezalarla karşılanması söz konusudur. Personelin ilk hatasında daha hafif bir ceza uygun görülürken, bu hata tekrarlandıkça verilen cezanın şiddeti artar. Eğitim kurumlarında öğrenciye art arda uygulanan uyarı, kınama, bir dönem uzaklaştırma, iki dönem uzaklaştırma, okulla ilişkisinin kesilmesi şeklindeki cezalar, kademeli disiplin anlayışını yansıtır. Bu tür uygulama, birçok işletmede görülmekte ve en son kademede ki ceza, personelin işine son verilmesi olmaktadır.<sup>80</sup>

### 3) Cezasız (Yapıcı-Olumlu) Disiplin

Cezasız disiplin, düzene ilişkin kuralların ihlali halinde diyalog ve eğitime ağırlık veren yeni bir yaklaşımdır. Disiplin suçunun işlenmesinden itibaren istenmeyen davranışı sergileyen işçi ile işveren arasında bir dizi diyalog ve iletişim yaşanmaktadır. Cezasız disiplin, klasik disipline (düzeltici ve kademeli) alternatif olarak gösterilir. Ancak bu yöntemin işletmeler tarafından yaygın olarak kullanıldığı söylenebilir. Personelin hatalı davranışını suç olarak değil, nedenleri belirlenmesi gereken bir sorun olarak ele almak ve çözümü için ona rehberlik etmek, yapıcı disiplinin temelini oluşturur.<sup>81</sup> Bu, bir tür cezasız disiplin yaklaşımıdır. Ge-

leneksel (düzeltici, cezalı) disiplin anlayışının bazı sakıncaları bu yolla ortadan kalkmaktadır. Bu yaklaşıma göre öncelikle hiçbir insan cezalandırılmaktan hoşlanmayacağı için ceza, insan kaynakları yönetimi anlayışına uygun değildir. Cezalı disiplin anlayışının bir diğer sakıncası da, ceza alan insanın sadece itaat yoluyla kurallara uyma gösterdiği gerçeğidir. Kural koyucular ortada yokken bu tür uyma davranışı da ortadan kalkar. İtaat yoluyla uyma, bilinçli ve sürekli bir uyma davranışı değildir. Yapıcı disiplinden amaç, personelin istenmeyen davranışlarını cezalandırmadan engellemektir. Yapıcı disiplin anlayışında sorunlu personele, önleyici disiplin yaklaşımında aşılacak istenen, kurallara isteyerek ve bilinçli olarak uyma davranışı kazandırılmaya çalışılır. Birinci kural ihlalinde yönetici (rehber) personelle bu ihlalin neden kaynaklandığı, bir sorunu olup olmadığı, ihlalin tekrar olmaması için kendisine nasıl yardımcı olabileceği konularında görüşür. Cezasız disiplin süreci genellikle şöyle işlemektedir:<sup>82</sup>

- Yönetici (rehber) sorunlu personele, sorununu çözmeye razı olmasını sağlayacak bir konuşma yapar.

- Altı hafta içinde sorun tekrar ortaya çıkarsa, personele yazılı bir uyarı yollanır ve bu uyarının bir kopyası dosyasına konur. Bunun yanı sıra, sorunlu kişiyle hiçbir tehdit içermeyen bir görüşme yapılır.

- Yazılı uyarıdan sonraki 6 hafta içinde olay tekrarlanırsa personele 1 gün ücretli izin verilir ve yapılan görüşmede, bir gün boyunca evde oturup bu işin kendisi için uygun olup olmadığını, işletmenin kurallarına uymak isteyip istemediğini düşünmesi istenir. Geri döndüğünde kurallara uyup uymama konusundaki kararını bildirir.

- Sonraki bir yıl içinde sorun tekrarlanmazsa, uyarı ve bir günlük izin belgeleri dosyasından çıkarılır. Sorun tekrarlanırsa, işine son verilir.

İşçinin istenmeyen davranışlarını cezalandırmadan düzeltmeyi amaçlayan yapıcı disiplin, bunun için danışmanlık (counseling) yaklaşımını kullanılır. İşçi bir kuralı ihlâl ettiği zaman karşılıklı olarak bunun nedenleri araştırılır, tekrarlanmaması konusunda gereken önlemler

alınır ve müşterek bir anlaşmaya varılır.<sup>83</sup> Danışmanlık; davranışı değiştirme veya etkileme çabası olarak kabul edilebilir. Daha spesifik olarak düşünüldüğünde, insan gelişimine hizmet eden insan verimliliğini maksimize eden bir çaba olarak görülebilir. Amaç sorunları olan bireylere yardımcı olmaktır.<sup>84</sup> Örneğin, işe geçen ve/veya erken ayrılan bir personelin işine son vermeden veya disiplin cezası uygulamadan önce bunun nedenleri araştırılır, personelle konuşarak durumu düzeltmesi istenilir. Bunun bir netice vermemesi halinde disiplin cezası uygulanır veya iş sözleşmesi sona erdirilir.

Bu disiplin yönteminde bir tek ceza vardır; o da işten çıkarmadır. İşten çıkarma, cezasız disiplinde işçiyi rehabilite etme çabasında umutların bittiği anlamına gelir. Cezasız disiplin bu noktaya gelinceye kadar yapıcı yönde elinden geleni yerine getirmiş ancak istenilen sonuca ulaşamamıştır. Son aşamaya geldiğinde karar işçiye bırakılır. Sistemin en çarpıcı özelliği, işten çıkarma kararının alınması dâhil tüm aşamalarda yönetimin işçinin karşısında değil, yanında olmasıdır.<sup>85</sup>

Yasal olarak suç sayılan davranışlar (hırsızlık, cinayet, vb.) karşısında bu aşamalar izlenmeyip derhal ilişkisi kesilir. Yapıcı disiplin yaklaşımının olumlu olduğu kuşkusuzdur. Bunu uygulayan işletmelerde işten çıkarmalara daha az rastlanmakta ve disiplin kuralı ihlalleri daha az görülmektedir.<sup>86</sup> Ancak düzeltici (cezal) disiplin anlayışı da, ceza uygulamalarında objektif ve adil olunması, suça uygun cezalar konması ve keyfi davranılmaması koşuluyla olumlu bir yaklaşım sayılır.

#### 4) Cezalandırıcı (Olumsuz) Disiplin

Olumsuz disiplin yaklaşımında verimlilik ve etkinliğin sağlanması ön plana çıkmış, insan unsuru klasik yönetim teorilerinin ışığında incelenmiştir. Yönetimlerin keyfi uygulamaları ve çalışanları baskı ve ceza ile disipline etme çabaları özellikle 1930'lardan sonra sendikaların güçlenmesi ile bir ölçüde denetim altına alınabilmiştir. Bununla birlikte olumsuz disiplin özellikle, işleri alıştırdıkları biçimde yapmayı tercih eden yöneticilerin bulunduğu işletmeler-

de halen yaygın olarak kullanılmaktadır. Douglas McGregor'un X teorisinde insana negatif bir anlam yüklenmektedir. Bu teorisinin sonucu olarak işgören işten kaçma eğilimi gösteren bir davranış sergileyecektir. Bunu önleyici tedbirler alınmalı, disipline önem verilmeli, işgöreni çeşitli cezalarla korkutmalı ve onu harekete geçirmek için zaman zaman maddi olarak ödüllendirmelidir. Bu düşüncenin hâkim olduğu örgütler baskı ve cezaya tek kurtarıcı olarak sarılmışlar, getirdikleri sayısız kural ve düzenlemelerle bireyin davranışlarına yön vermeye çalışmışlardır. Olumsuz disiplin uygulamalarında, bireyin gösterdiği davranışı sonuçsal koşullamaya bağlayan Skinner'in "davranış düzeltme" kuramı temel alınmıştır. Bu kurama göre bireyin gösterdiği davranışa örgütün tepkisi olumlu ise, birey bu davranışı güçlendirecek ve tekrarlayacaktır. Bunun aksine bireyin gösterdiği davranışa örgütün tepkisi olumsuz olursa söz konusu davranış zayıflayacaktır.<sup>87</sup>

Her işletmenin kendine özgü bir ceza sistemi vardır. Yönetim biçimi otokratik olan işletmelerde cezalar daha kapsamlı ve ağırdır. Yönetim biçimi koruyucu, destekçi ve birlikçi yönetim biçimlerine doğru gittikçe cezalar ağırlığını kaybeder. Ceza, edim düzeyini düşürmekten, kural dışı davranmaktan caydırmak için işgörene yapılan elem verici etkileri kapsar. Ceza sistemi, disiplin sistemine bağlandığında işçinin kural dışı davranışlarını azaltabilir. Ama disiplin sistemi, kurallara aykırı davranışlar için çalıştırıldığında, disiplin sisteminin amacı işgörene yalnızca ceza vermek olur. Böyle işleyen bir disiplin sistemi, çalışanı kurallara uygun davranmaya çekemez.<sup>88</sup>

Araştırmalar, cezanın başlangıçta çalışanı etkilediğini; ama kısa sürede işçinin kaçma yollarını bularak cezadan etkilenmediğini göstermektedir. Buna karşılık, ödülün çalışanları etkileme gücü daha yüksek ve sürekli olabilmektedir. Bu yüzden işletmelerde cezanın seyrek ve zor durumda kalındığında verilmesi tavsiye edilmektedir. Ceza insana elem verdiği için olumsuzluğu anlatır. Ama kimi kez cezanın da insanı istenmeyen davranışı yapmaktan alıkoyduğu, istenilen davranışı yaptırdığı görülür. İşletmelerin çalışanlar için uygun bulduğu



cezalar, özeldede bazı ayrılıklar gösterse de genelde birbirlerine benzerler. Kamu kesiminde çalışanlara verilebilecek cezalar yasayla belirlenir ve yönetmeliklerle ayrıntılı hale getirilir. Özel sektörde cezalar toplu sözleşmelerle ya da işletme yönetiminde belirlenir. İşletmelerde verilen cezalar, uyarı, kınama, para cezası, rotasyon, prim ve ikramiyelerden mahrumiyet, ücret artışının ertelenmesi, görev değiştirme ve görevden çıkartma şeklinde olmaktadır.<sup>89</sup>

Ceza en çok kullanılan, en az anlaşılan ve kötü uygulanan öğreti şeklidir. Ceza özündeki karmaşıklık neticesi ile ayrıntılı tanımlanmalı ve çok dikkatli uygulanmalıdır. Olumsuz disiplininde ceza tehdidi iş görenin ileride gösterebileceği aykırı davranışları önlemek, belirlenen kurallar dâhilinde hareket etmesini sağlamak için kullanılmaktadır. Olumsuz disiplin sistemi geçmiş yıllardan bugüne kadar geniş uygulama alanı bulmuş olmasına rağmen, ağır eleştirilere uğramıştır. Söz konusu sistemin oluşturulması ve uygulamasından kaynaklanan sorunlar yöneticilerle çalışanları ayrı kutuplara çekmiştir. Sonuç olarak, iş gören, işletme ve yönetime karşı kin, nefret ve intikam hisleriyle dolmuş, yöneticiler ise, mümkün olduğunca bu tatsız ve sevimsiz görevden kaçmaya çalışmışlardır. Olumsuz disiplinin hatalı yönlerini şu başlıklar altında toplamamız mümkündür: Davranış değil, kişiyi yargılama, yanlış sorumluluk, olumsuz geri besleme, yetersiz tanımlama, geç müdahale, yanlış amaç, yanlış zaman, yanlış mantık, yanlış ilişki, yanlış tavır.<sup>90</sup>

Ceza verilerek sağlanan disiplin yöntemi, çalışan bireyin davranışlarını hızla değiştirecek bir potansiyele sahiptir. Ceza alan kişi bundan zarar göreceğinden bu hareketi veya davranışını genelde hemen düzeltecektir. Bu yöntem çabuk sonuç veren bir yol olsa da kalıcı davranışsal sonuçlar elde etmekten çok çabuk sonuç almak isteyen yönetim birimleri için iyi bir yöntem olabilir. Ayrıca bu yöntemin tercih edilme nedenlerinden birisi de daha ucuz ve kolay oluşudur.<sup>91</sup> Disiplin denilince genelde ilk akla gelenin cezalandırıcı yöntem olmasının nedeni toplumsal algıdır. Çocukluktan yetişkinliğe, kırsal kesimden kentsel bölgelerdeki insanlara, eğitimliden eğitimsizlere kadar geniş kitlelerin

disiplin algısı, ihlali halinde cezayı gerektiren kurallar oluşudur.

### 5) Kademeli Disiplin

Kademeli disiplin, tekrarlanan suçlar için daha şiddetli cezalar verilmesini öngörür. Başka bir deyişle, suçların tekrarı halinde farklı cezaların öngörülmesi söz konusudur. Bundan amaç, ilk kez kuralların dışına çıkan işçiyi bir şans vermek, hafif bir cezayla uyarıda bulunmak ve kendisine davranışını düzeltmesi için bir fırsat daha tanımaktır. Şayet işçi istenmeyen davranışını tekrarlayacak olursa, alacağı cezanın şiddeti de artacaktır.<sup>92</sup> Kademeli disiplin sisteminde işlenen suçlar arasında önceden belirlenmiş bir süre olmalıdır. Örneğin, bir eyleminden dolayı uyarı cezası alan işçinin beş yıl sonra aldığı ikinci uyarı cezası tekrara konu edilmemesi ve cezasının ağırlaştırılmaması gerekir. İlk işlenen suç ile ikinci kez işlenen suç arasında ne kadar kısa süre olursa işçi lehine hareket edilmiş olur. İşveren kademeli disiplin sisteminde iki suç arasında suçun ağırlığına göre makul bir zaman dilimi öngörmelidir.

Kademeli disiplin anlayışı iş hukukunda adil bir yaklaşım tarzı olup, iş sözleşmesinin ve ilişkinin korunması ve feshin son çare olması ilkesine de uygundur. İş Kanunu'nun 18/1. maddesinde işçinin davranışlarından dolayı iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinden önce işçiye hareket ve davranışlarını düzeltmesi için bir şans verilmesi, istihdamın korunması açısından yararlı ve hakkaniyete uygun bir uygulamadır. İş Kanunu'nun anılan maddesi geçerli fesih hallerini saymak yerine nelerin geçerli feshe konu edilemeyeceğini belirtmekle yetinmiştir.

## F. Şikâyet (Yakınma) Sistemi

### 1) İşletmelerde Şikâyet

Şikâyet, bir işçinin işletmeye, çalışma koşullarına, çalışanlara veya diğer hususlara ilişkin hoşnutsuzluğunu, memnuniyetsizliğini veya rahatsızlığını ilgili kişiye veya makama bildirmesidir. Bu hoşnutsuzluk henüz ölçülebilecek, gözlenebilecek ya da anlatılabilecek düzeye

çıkmamış, sızlanma (complaint) veya doyum-suzluk düzeyinde olabilir; doğru ve haklı olabildiği gibi yanlış ve haksız da olabilir. Hoşnutsuzluk; duyguların, inançların, düşüncelerin ve beklentilerin sarsılmasından ve yıkıma uğramasından doğabilir. Her ne sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın, bir çalışanın hoşnutsuzluğu, memnuniyetsizliği, duygusal, düşünsel, fiziksel veya ruhsal yönden rahatsızlığı onun verimini ve performansını, dolaylı olarak da diğer çalışanların ve işletmenin performansını olumsuz yönde etkiler. Bu nedenle müşteri memnuniyetinde olduğu gibi çalışanların memnuniyetinde de hassas olunmalı, işletmesel anlamda gerekli önlemler alınmalıdır. Bir işletmede şikâyet sistemi bulunmuyorsa orada dedikodu, karalama, kötöleme, iftira ve suçlamalar ortaya çıkar ki bu da işletme açısından oldukça zarar verici bir durumdur. Zaten uygulamada işten çıkarmaların birçoğunda gösterilen nedenlerden birisi de işçinin dedikodu yapması, işverenler ile meslektaşları ve yöneticileri hakkında kötü sözler söylemesi veya çalışanları işletme aleyhine tahrik etmesidir. Bu gibi durumlarda işveren tutum ve davranışından dolayı buna neden olan işçisinin iş sözleşmesine son vermekte, amacına ulaşması ve uygulamasını haklı göstermesi için de bunu performans düşüklüğü, verilenleri kötü yapma, talimatlara uymama gibi nedenlerle pekiştirmektedir. Aslında burada temel neden işçinin dedikodu yapması, kötü söylentiler çıkarması, çalışanlar, yöneticiler ve işletme hakkında olumsuz konuşması, bu yolla işyerinin huzur ve düzenini bozarak performans kaybına neden olmasıdır.

Herhangi bir iş ortamında personel kendilerine adil davranılmadığı ya da işyeri şartlarının tatminkâr olmadığı duygusuna kapılabilirler. Bu şikâyetler derhal tespit edilmeli ve olabildiğince önlemler alınmalıdır. Personelin hoşnutsuzluğu devam eder ve bunların sebepleri ortadan kaldırılmazsa, rahatsızlık büyük bir olasılıkla artacak, böylece, işgücü verimliliği azalacaktır. Personel her zaman kendisini rahatsız eden, huzursuz yapan şeyin ne olduğunu bulamaz. Kendi duyguları da doğru yorum yapmasını engelleyebilir. Bu sebeple personel gerçek şikâyetinin farkında olmadan başka

şeyler hakkında şikâyette bulunabilir. Başka bir durumda ise personel kendisine rahatsızlık veren duygunun kaynağını biliyordur, ancak bunu aktaracak sözcükleri bulamıyordur. Bu gibi durumlarda, gözetimci, personelin kendini ifade etmesine katkıda bulunacak görüşme ve rehberlik yöntemlerinde beceri sahibi olmalıdır. Dahası bazı durumlarda ilgili olmayan sözcüklerle ifade edilen şikâyet belirtilerini de tanıyabilmelidir.<sup>93</sup>

İşveren, işletmesinde yakınma sistemi kurmuş ve bunu iyi yönetmiş olsa, şikâyetler büyümeden ve işletme içinde yayılmadan dinlenecek ve çözüme kavuşturulmuş olunacaktır. Bazen şikâyetlerin haklılık ve doğruluk yönü de olduğu dikkate alınırsa yetkili kişilerce dinlenilmesinde oldukça yarar bulunmaktadır. İşletme açısından şikâyet sisteminin bulunması da çoğu zaman yeterli olmamakta bunun etkin ve etkili bir şekilde yönetilmesi de gerekmektedir. Örneğin, bir işyerinde işçilerden birisi devlet büyükleri hakkında kötü sözler ve hakaretler içeren e-postayı diğer çalışanlara göndermiş, bundan rahatsız olan bir işçi durumu yöneticiye iletmış ama bir çözüm alamayınca karakola şikâyette bulunmuş ve işyerine gelen kolluk görevlileri işletmede bulunan tüm bilgisayarlara el koymak istemişti. Bunun üzerine şikâyeti ile işletmeyi zor durumda bırakan işçi işten çıkartılmış, işçinin işe iade davasında da bu işçi işe iade edilmişti. Çünkü yasal olarak şikâyet hakkının usulünce kullanılması fesih sebebi olamaz. Bu somut olayda işveren, etkili ve etkin bir şikâyet sistemi kurmadığı için böyle bir süreç yaşanmıştı.

Şikâyet sistemi her işletme için gerekli ve yararlıdır. Şikâyet hakkı, çalışanların hoşnutsuzluktan kurtarılması için verilen bir haktır. Bir çalışanın hoşnutsuzluk içinde olması, onu uyumsuz yapar; bundan da işletme zarar görür. Bu tür zararlardan işletmeyi ve çalışanları kurtarmak için işçinin şikâyetini dinlemek ve nedenini anlamak gerekir. Bunun için çalışanların yakınması anında yakınma sistemine iletilmelidir. Yakınma sistemi, çalışanların açık, gizli, yazılmış, yazılmamış, doğru, yanlış, gerçek, yalan, ussal, duygusal her türlü yakınmalarını toplayabilmeli, saptayabilmeli, değerlendirip,

yakınmayı giderecek yol ve yöntemleri gösterebilmelidir.<sup>94</sup>

Yönetim, şikâyetçileri, şikâyetin yapılış biçiminden, anlatımından, konusundan, içeriğinden dolayı hiçbir nedenle kusurlu bulmamalı ve suçlamamalıdır. Her şikâyet ve sızlanma, işletmenin ya da çalışanların karşı karşıya kalacağı önemli bir sorunun belirtisi olabilir. Şikâyet sistemini yönetenler, her yakınmayı çözülmesi gereken bir sorun olarak görmeli; bu sorunun çözülmesinin işletmeyi geliştirebileceğini düşünmeli; sorunu işçinin hoşnutsuzluğunu kaldıracak ve işletmeye yararlı kılacak biçimde çözmelidir. Şikâyet sisteminin işletilmesinde ve yönetiminde en önemli sorun, yakınılan konudan üst yönetmenlerin kendilerine suç payı çıkarmalarıdır. Şikâyeti, kendine yapılan eleştiri olarak algılayan yönetici veya birim amiri, şikâyetçiyi hedef alabilir. Şikâyetin üstle astın ilişkisini bozmasına yer verilmemeli; üst astın yakınma hakkını tanınmalıdır. Gerekirse yakınılan konunun, şikâyetçinin de katılacağı bir sorun çözme takımınca ele alınması sağlanmalıdır. İşletme için bir konudaki bireysel yakınmadan daha çok toplu yakınma önemlidir. Bir konuda şikâyetçilerin sayısı çoğaldıkça, yakınılan konunun önemli bir sorun olma olasılığı artar. Şikâyetçilerin oluşturacağı bir takım eliyle sorunun çözülmesi denenebilir. Çalışanlardan yaşça genç ve yaşlı olanlar orta yaşlılardan; düşük ücretliler yüksek ücretlilerden; yüksek öğrenimliler orta öğrenimlilerden; kişisel özelliği yönünden kötümser olanlar iyimser olanlardan daha çok yakınmaktadırlar.<sup>95</sup>

Her şikâyet, sızlanma veya hoşnutsuzluk üç şey hakkında bilgi vermekte ve işverene yapılması gerekenler konusunda yol göstermektedir. Birincisi, şikâyete konu olay veya durum; ikincisi, şikâyette bulunan işçi, üçüncüsü ise şikâyet sistemidir. Her şikâyette bu üç unsur incelenmeli, analiz edilmeli ve sonuçlarıyla birlikte şikâyet sisteminde girdi olarak yer almalıdır. Şikâyet haklı ve yerinde ise incelenmesi gereken esas husus şikâyete konu olay, şikâyet haksız ve yanlış ise işçidir. Her durumda şikâyetin sonuçları da incelenmesi gereken bir husustur. Yakınan işçi şikâyetinde haklı çıkmamış ise kendisine kızılmamalı, bu konuda

bilgilendirilmeli, bir daha gereksiz şikâyetlerde bulunmaması için dolaylı şekilde yönlendirilmelidir. Yakınan kimse haklı ve doğru bir konuda rahatsızlığını dile getirmiş ve bunu yaparken de şikâyet prosedürüne uymuş ise işletme açısından bir eksikliği dile getirdiği ve giderilmesine neden olduğu için memnuniyetle karşılanmalıdır. Kısaca, şikâyet sistemini olumlu kullanıp işletmeye yararlı olan takdir edilmeli, usulsüz kullanan veya şikâyetinde haksız olan bilgilendirilip yönlendirilmelidir.

## 2) Belli Başlı Şikâyet Nedenleri

Bireyin şikâyeti çoğu kez sorunun gerçek nedenini tam olarak ortaya koyamaz. Örneğin, gözetimcisinin kendisine sabahları “günaydın” demediğinden şikâyet eden bir personel ile yapılan görüşme, personelin asıl rahatsızlığının kendisinin yetki sahibi olamamasından kaynaklanan eziklik duygusu olduğunu ortaya koymuştur. Yani, şikâyet yönetim kademesindeki herkesi üstü kapalı bir şekilde hedef almıştır ya da personel içinde çalıştığı fiziksel şartların yeterince tatminkâr ve emniyetli olmadığını şikâyet konusu yapabilir. Fakat ayrıntılı bir inceleme, şikâyetin gerçek nedeninin personelin aksi davranışlı gözetimcisinden kaynaklandığını bulabilir. Bu durumda, fiziki çalışma koşullarının iyileştirilmesi şikâyeti ortadan kaldırmayacaktır. Öyleyse, genelde yapılması gereken şey, her bir şikâyetin sorunun özünü yansıttığından emin olduktan sonra çözülmesidir. Şikâyete katkıda bulunduğu genelde kabul edilmiş bazı öğeleri şöyle sıralamak mümkündür:<sup>96</sup>

## IV. DİSİPLİN SİSTEMİNİN NİTELİĞİ

### A. Genel Olarak

Ceza, istenmeyen bir davranışı zayıflatmaya ve bu davranışın bir daha ortaya çıkmasını engellemeye yönelik bir negatif yaklaşımdır. Bir işçi tembellik yapıyor, işe geç geliyor, kötü iş yapıyor veya diğerlerinin işini engelliyorsa, yönetici bu işçiyi uyarmayı, cezalandırmayı hatta işten çıkarmayı bile düşünebilir. Ceza yönteminin kırılma ve düşmanlık gibi verimliliği düşürücü etkileri olabilmektedir. Bu yüzden işçi-

leri istenmeyen, davranışlarından vazgeçirmek için mümkün olduğunca olumlu pekiştiriciler kullanılmalıdır. Ceza mekanizmaları çalıştırılırken, yöneticiler, hangi davranışı değiştirmek istediklerini iyi düşünmeli ve cezanın ölçüsünü iyi ayarlamalıdır. Unutmamak gerekir ki, çalışma hayatında aşırı disiplin, tehdit ve cezalandırma hiçbir zaman motivasyon unsuru olamaz, bilakis motivasyonu engellemektedir.<sup>97</sup>

Disiplin ister olumlu ve harekete geçirci olsun isterse olumsuz veya sınırlayıcı olsun her iki durumda da amaçların elde edilmesi için zorunlu kabul edilen politikaları, kuralları, düzenlemeleri ve süreçleri, bir birey veya grubun izlemesini ya da bunlara ayak uydurmasını özendiren uygulamadır. Disiplin fonksiyonu, grubun çıkarlarını tehlikeye atabilen bireysel davranışlara sınırlamalar getirmek ve düzeni sürdürmektir.<sup>98</sup>

Her işletme, amaçlarını gerçekleştirmek için koyduğu ilke ve kurallarını uygulamak zorundadır. Disiplin sistemi, bir işletmenin yargı sistemidir. İşletmenin ilke ve kurallarına aykırı davranışlarda bulunan işçilerin bu yargı sistemi ile istenilmeyen davranışları istenilen niteliğe dönüştürülmeye çalışılır. İlke ve kurallara uyan ve uymayan davranışların türü ve niteliği işletmeden işletmeye değiştiği için disiplin uygulamalarının sınırı da işletmeden işletmeye değişir. Bazı işletmeler işçinin her davranışını denetim altında tutmaya çalışır. İşçinin kişiliği yerine işiyle uğraşmak işletme için daha yararlıdır.<sup>99</sup>

Disiplin sistemi ve uygulaması çalışanlardaki adalet duygusunu sarsmamalı, aynı fiili yapan kişilere eşit ve objektif olarak uygulanmalıdır. Adil olmayan disiplin uygulamaları faydadan çok zarar verir. İşletme açısından adalet, işçilere işletmeye katkıları oranında haklarını; ilke ve kurallara aykırı davranışları halinde de cezalarını vermedir.

Yasalara ve işletmenin disiplin sistemine uygun olarak hak dağıtıcı adalet (distributive justice) ve hak dağıtımında kusurları düzeltici adalet (corrective justice) olmak üzere iki tür adalet vardır. Bu iki tür adalet, yönetimin ödeme, özendirme, disiplin, değerlendirme, ödül ve ceza gibi her türlü eylem ve işlemlerinde kullanılmalıdır. Bunun için işletmenin adalet sistemi

hem dağıtıcı hem de düzeltici adaleti gerçekleştirecek şekilde kurulmalıdır.<sup>100</sup>

Bir işçi, kendisi ile ilgili verilen yönetsel kararların, kendini sürekli zarara uğrattığını görürse, hak dağıtıcı adaletin kusurlu çalıştığı kanısına ulaşır. Kusurlu çalışan adalet, yarattığı zararlar işçiyi zorlar, giderek bunalıma iter. Haksızlık, işçinin ihtiyaçlarını ne denli engelliyor, işçiyi ne denli zarara uğratiyorsa işçinin içine düştüğü zorlanma ya da bunalım o denli artar. Hak dağıtıcı adalet kusurlu olduğunda işçiyi yalnızca zorlamaz ya da bunalıma itmez, aynı anda böyle adaletsizliklerin olabileceğini işçiye öğretir ve bu da işçinin işletmeye olan güvenini sarsar.<sup>101</sup>

Her işletmenin kendine özgü bir disiplin sistemi vardır ve her disiplin kuralı yöneticiden yöneticiye farklı yorumlanıp farklı uygulanır. Dolayısıyla disiplin sistemleri ve uygulamalar birbirinin tıpa aynısı değildir. Durum böyle olmakla birlikte disiplin sistemlerinin asgari standardının olması gerekmektedir. İş hukuku alanında tüm işletmelerin esas alacağı disiplin düzenlemelerine ilişkin çerçeve yönetmelik bulunmamaktadır. Devlet memurları hakkında Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik bulunmakta, tüm kamu kurumları kendi bünyelerine uygun olarak disiplin yönetmeliği çıkarmaktadır. Dolayısıyla kamu kurumları biri çerçeve diğeri özel olmak üzere iki disiplin yönetmeliğine bağlı kalmaktadır. İşletmeler için böyle bir uygulama söz konusu değildir. Tüm işletmelerin esas alacağı bir disiplin yönetmeliği cezalandırıcı ve ödüllendirici olmalı, bunlar arasında bir denge kurulmalı, uygulayıcının keyfilikliğini ve nispiliğini önleyecek ölçüde açık ve net olmalı, gerek ödül ve gerekse cezayı gerektiren eylemler açık, sade ve ayrıntılı şekilde belirtilmeli, eylem ve ceza arasında makul bir denge bulunmalı, cezalar hafiften ağıra doğru sıralanmalı, işçiye savunma ve disiplin cezasına itiraz hakkı tanınmalı, çok da fazla hüküm içermemelidir. Örneğin, uyarma, kınama, ücretten belli oranda kesinti yapma, belli bir süre ücretsiz çalıştırma, ücretsiz izin kullandırma şeklinde cezalar; belli süre eğitime tabi tutma, rotasyon ve pozisyon değişikliği gibi işletmesel tedbirler düzenlenmelidir.



Bir düzenlilik ve uyumsuzluk tanımı olan “disiplin” çoğu kimse tarafından “cezalandırma” olarak tanımlanır. Disiplin kavramı cezayı içermekle birlikte yalnız bununla sınırlı değildir. Disiplin sistemi denilince akla cezalandırma gelse de, adil bir sistemde ceza kadar ödül ve eğitime ilişkin hükümler de bulunmalıdır. Disiplin kavramı içinde; cezalandırma dışında eğitim, boyun eğme, öz denetim, danışmanlık, örgütsel davranış gibi konular da bulunmaktadır. Çünkü disiplinde amaç cezalandırmak değil, bir amaca ulaşmak için düzenli ve uyumlu çalışmak, bir standardizasyona tabi olmak, başarıyı teşvik, taltif ve ödüllendirmek ve sonuçta bireysel ve kurumsal performansı artırmaktır. Feshin son çare olması ilkesinde olduğu gibi bir disiplin sisteminde de ceza başvurulacak son tedbir olmalıdır. Uygulamada işverenlerin çoğu disiplinsizlik karşısında doğrudan iş sözleşmesini feshe yönelmekte, nadiren bir veya iki kez uyarma cezası uygulayıp sonradan feshine başvurmaktadır. Disiplin kuralları iş sözleşmesinin feshedilmesi için hazırlanmış gerekçeler değil, işçinin davranışlarını düzeltmesi için hazırlanmış etkili metinlerdir.

İşletmenin başarılı olabilmesi, üyelerindeki davranışların son derece güvenilebilir ve hareket biçimleri çok önceden belirlenmiş tasarı ve politikalara uygun olmasına bağlıdır. İyi işletmeciliğin sağlanması, işletmenin çağdaş teknolojiye uygun olarak geliştirilmesi, işyerinde düzenli davranışların ve barışçıl ilkelerin geliştirilmesi ile mümkün olur. Başarı için disiplin şarttır. Disiplinsiz çalışmadan verim alınması mümkün değildir.<sup>102</sup> Bunun yanında iyi bir işletmede disipline etme değil, disiplinli olma üzerine odaklanılır. İlki baskı ve stresi, ikincisi ise sorumluluk ve başarıyı çağrıştırmaktadır.

Hukukumuzda disiplin cezasının uygulanmadan önce kural olarak işçinin savunmasının alınması zorunluluğundan söz edilemez. Her ne kadar iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde işverence belirsiz süreli iş akitlerinin süreli feshinde işçinin savunmasının alınması gerekiyorsa (İK m.19/2) da, isabetsiz olarak işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranış nedeniyle yapılan haklı nedenle derhal fesihlerde (İK m. 25/II) savunma alma zorunluluğu

getirilmemiştir. Hukuk sistemimizde en ağır disiplin cezasını oluşturan haklı nedenle derhal işten çıkarmalarda dahi işçiye savunma hakkı tanınmadığından diğer disiplin cezalarında (iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde işçinin davranışı nedeniyle süreli fesihler dışında) böyle bir zorunluluğun bulunmadığının kabulü öncelik gereğidir. Ancak, toplu iş sözleşmesi, iş akdi veya iç yönetmelikte disiplin cezası uygulanmadan önce işçiye savunma hakkı tanınmışsa kuşkusuz bu zorunluluğa uymak gerekir. Buna karşılık, verilen disiplin cezaları yargı denetimine tabidir. Bu, kişinin yargı organı önünde anayasal hak arama özgürlüğünün/(Anayasa, m. 36) doğal sonucudur. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da “İşçinin her yönden özlük haklarını ilgilendiren disiplin cezasının iptaline ilişkin dava açma hakkının varlığı, aynı zamanda temel haklar arasında yer alan hak arama özgürlüğünün doğal sonucu” olduğunu hükme bağlamıştır. Verilen disiplin cezalarını kesin sayan, bunlar hakkında yargıya gidilemeyeceğini öngören sözleşme hükümleri geçersizdir.<sup>103</sup> Hukuk sistemimizde bu yönde açık bir düzenleme yer almadığından, iş mahkemesince işverenin verdiği disiplin cezasının iptali ve işvereni bir işlem yapmaya zorlayıcı nitelikte karar verilmesi mümkün değildir. Nitekim yüksek mahkemeye göre: “İş hukukunda işverenin düzenleyici işlemlerde bulunmasını zorlayıcı nitelikte karar verilmesi olanağı yoktur. Mahkemece davacıya verilen ihtar cezası sonucu, terfi ettirilmeme işleminin hatalı olduğunun karar yerinde belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, terfinin yapılması ve intibakının gerçekleştirilmesi şeklinde hüküm kurularak işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması, iş hukukunun ilkeleriyle bağdaşmaz”.<sup>104</sup>

## B. Disiplin Amirleri ve Disiplin Kurulları

İşletmelerde disiplin cezaları genel olarak insan kaynakları birimi veya bu birimde görevli birim amiri tarafından verilmektedir. Bazen de işletmede disiplin kurulu bulunmakta, bir kısım ağır disiplin cezaları bu kurulca verilmektedir.

## 1) Disiplin Amiri

Disiplin amirlerinin mümkün olduğunca ilk kademe amirlerinden seçilmesi önemlidir. Çünkü işçileri en iyi tanıyan ve onları gözlemleyen kişi ilk derece amirlerdir.<sup>105</sup> İşletmede belli görevlilere ilişkin belli cezalar disiplin amirleri tarafından verilmektedir. Bu tür cezalar genellikle uyarma, ihtar ve kınama gibi cezalardır. Hangi disiplin cezalarının disiplin amiri, hangilerinin disiplin kurulu tarafından verileceği işletmeden işletmeye değişir. Disiplin cezalarının etkili olabilmesi için yerinde, doğru ve adil olarak uygulanması; bu nedenle de disiplin amirlerinin bu konuda eğitilmeleri gerekmektedir. Disiplin amirleri, disiplin cezasını uygularken farklı duygu ve düşüncelerle hareket edebilir. Disiplin cezası verilmesinde izlenen tutumlardan bazıları şunlardır:<sup>106</sup>

### a) Kinci Tutum

Disiplin hükümlerini kinci (vindictive) tutumla uygulayan disiplin amiri, astlarıyla iyi ilişkiler kuramaz, ilişki bozukluklarının öcünü almak için astlarının yanlışlarını, kusurlarını kollar ve ilk fırsatta kovuşturmaya başvurarak astlarını üzme, cezalandırmaya çalışır; amacına ulaştığında da rahatlar. Öç alıcı, hınç dindirici bir disiplin, astları kısa sürede işlevsizleştirir ve savunmaya geçirir.

### b) Cezalandırıcı Tutum

Bazı işletmelerde cezalandırıcı (retributive) tutum bulunmakta ve disiplin sistemi de ceza ağırlıklı olmaktadır. Bu tür işletmelerde, kusur ya da suç sayılacak işlem ve eylemlerin bütün inceliklerine kadar uzun bir dökümü yapılır. Buna karşılık ödül, tek bir maddede yer alır. Bazı disiplin amirleri, ceza ağırlıklı disiplinden hoşlanır, bazıları da giderek cezalandırıcı bir tutum geliştirmek zorunda kalırlar. Bu tutumu benimseyen disiplin amirleri, disiplini bir tür gözdağı, korkutma, zarara uğratma, istenmeyen işçiden kurtulma aracı olarak görürler.

### c) Caydırıcı Tutum

Caydırıcı (deterent) tutuma önem veren disiplin amirleri, astlarını istenmeyen davranışları yapmaktan korumak için sık sık disiplin kurallarına başvururlar. Kimi kez, disiplin kuralları-

na dayanarak gözdağı verdiği de olur; ama zorla kalmadıkça disiplin uygulamasına geçmez.

### d) Sağaltıcı (rernedial) Tutum

Disiplin kurallarına uygun davranmayan işçinin bu tutumunun nedenlerini araştırmak; onu istenen davranışları yapacak biçimde eğitmek; işçinin sorunlarını çözmeye kılavuzluk etmek; ona danışmanlık yapmak bu tür tutumun göstergeleridir. Bu tutumda olan yönetmen, disiplini, istenmeyen davranışlardan işçileri kurtarmanın bir aracı olarak görür ve uygular.

### e) Özdenetimi Yerleştirici (substitution) Tutum

İşçi, kendini denetleme yeterliğine ulaştığında yönetmenin denetimine gerek kalmaz. Özdenetim yeterliğini geliştirmiş işçilerden oluşan bir örgütte, disiplin, denetim, değerlendirme, ödül, ceza sistemleri giderek işlevsizleşir; disiplin sistemi, amacına ve anlamına uygun olarak çalışır. Bu tür tutum, ancak işçileri yüksek düzeyde eğitim görmüş olan ve birlikçi yönetimle yönetilen örgütlerin yönetmenlerinde görülebilir.

## 2) Disiplin Kurulu

İşveren işten çıkarma konusunda işçiyi doğru değerlendirip, söz konusu kusur veya suç objektif bir kurul ile araştırıp karara varmak için Disiplin Kurulu oluşturabilmektedir. Bunun işçiler açısından güven duygusunun devamına, işveren açısından doğru karar vererek yasal süreci eksiksiz tamamlamaya olan katkısı büyüktür. Ancak bu sürecin işleyişinde zaman kıstası var mıdır ve nedir? Bu sorulara cevap vermek gerekmektedir. İşyerinde tanımlanmış bir disiplin yönetmeliği mevcut ise ve bu yönetmelik temelinde kurulu bulunan bir disiplin kurulu mevcut ise yüksek mahkeme işçinin suçlandığı işten çıkarmaların bu kurul tarafından incelenmeden yapılmasını hatalı bulmaktadır. Demek oluyor ki, işten çıkarma işleminin yapılmasında işveren kusurlu personelin savunmasını alıp kovuşturmayı başlattıktan sonra iddianın doğruluğunun araştırılmasını ve isabetli kararın verilmesini daha objektif bir bakışa ve araştırmaya sahip disiplin kuruluna bırakacaktır.<sup>107</sup>

Disiplin kurulu, genellikle sendikal faaliyetlerin bulunduğu işyerleri ile toplu iş sözleşmesi yapılan işyerlerinde söz konusu olmakla birlikte, bireysel iş sözleşmesi uygulanan işyerlerinin de bu yönde çalışmalarının olduğu görülmektedir. İşyerlerinde disiplin kurulu kurulması yasal bir zorunluluk değildir. Bu nedenle işçi sayısının bir önemi bulunmamaktadır. Disiplin kurulu esas olarak yasal mevzuat, işyeri iç yönetmelikleri veya iş sözleşmesinde belirlenen çalışma düzenine ilişkin hükümleri, işçilerin ortak çıkarlarını ilgilendiren ve aynı zamanda işyeri düzenine ilişkin kurullarla iş barışının bozulmasına yönelik davranışlara ilişkin yaptırımları belirlemektedir. Disiplin kurulu, hem toplu iş sözleşmesi uygulanan işyerlerinde, hem de bireysel iş sözleşmesi bulunan işyerlerinde kurulabilecektir. Disiplin kurulunun, sendikali ve sendikasız işçi ayrımı yapılmaksızın tüm işçilere uygulanması gereklidir. Disiplin kurullarının, işyeri disiplinine aykırı davranışların önlenmesi, işyeri disiplinine aykırı davranışların cezalandırılması ve işyerinde düzenin korunması ve sürekliliğin sağlanması gibi yararları bulunmaktadır.<sup>108</sup>

Disiplin kurulunun kaç kişiden ve kimlerden oluşacağına işveren karar verir. Bununla birlikte kurulun insan kaynakları biriminde görevli ve tercihen uzman olan kişilerden oluşması ve sayının tek (3 veya 5) olmasına dikkat edilmesi yerinde olacaktır. Bu, karar çoğunluğunun oluşturulması için de gereklidir.

## SONUÇ

Gerek bireysel, gerek örgütsel olarak, başarıya ulaşmak için disiplinli çalışmak şarttır. Özellikle, büyük oranda kâr amacıyla kurulan, küresel rekabet ortamında varlığını sürdürmek ve geliştirmek için hem ekonomik hem de verimli çalışmak zorunda bulunan işletmeler için iyi bir disiplin sistemi hayati derecede önemlidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda işçilerin disiplin suçlarına, soruşturmasına ve cezalarına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İşyeri veya işletmelerde disiplin yönetmeliğine veya iş sözleşmesinin eki niteliğinde sayılan personel yönetmeliğinin disipline ilişkin hükümleri-

ne ya da bireysel veya toplu iş sözleşmesinde yer alan disiplin hükümlerine aykırı hareket edilmesi yargıya taşınmadıkça iş hukukunu ilgilendirmemektedir. İş güvencesi hukukunda disiplin cezalarının en önemli olduğu konu işçinin davranışlarına bağlı olarak iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi halidir. İş Kanunu haklı nedenle iş sözleşmesinin feshi hallerini tek tek saymış, geçerli nedenle fesih hallerini ise saymamış, geçerli fesih sayılamayacak durumları belirtmekle yetinmiştir. Dolayısıyla sorun iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde değil daha çok geçerli nedenle feshinde ortaya çıkmaktadır. Gerek İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde, gerekse Yüksek Mahkeme (Yargıtay ve Danıştay) kararlarında basit bir disiplin cezasının iş sözleşmesinin feshine konu edilemeyeceği belirtilmiş ise de neyin basit bir ihlal olduğu da disiplin soruşturmasını ve sonuçta disiplin sistemini ilgilendirmektedir. Her işletme kendi disiplin yönetmeliğini belirlemede yasal sınırlar içinde tamamen özgürdür. Ancak bir işletmenin ücret kesim cezası verdiği bir eyleme diğeri uyarı verebilmektedir. Bizce disiplin suç ve cezalarında tüm işletmeleri ilgilendiren, kapsayan bir standart oluşturulmalı, bu yasal bir zemine oturtulmalıdır. Bu husus uygulamada yeknesaklık ve bir düzen getirecek, disiplin konusunda ortak bir dil ve uygulama oluşturacaktır.

Bugün için iki-üç kez uyarı cezası alan bir işçi tutum ve davranışı nedeniyle işten çıkarılabilmektedir. İşveren, söz konusu disipline aykırı eylemlerin işletmenin düzeni bozduğuna karar vermekte, mahkemeler de çoğunlukla buna uymaktadır. Elbette ki aynı türden bir veya birden fazla eylem bir işletme için düzeni bozucu davranış sayılırken diğeri için böyle sayılmayabilecektir.

Kamuda görevli memurlar için 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun disipline ilişkin hükümleri ve bu Kanunun 134. maddesine dayanılarak çıkarılmış olan çerçeve niteliğindeki Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik ile kamu kurumlarının kendi bünyelerine uygun olarak çıkardıkları disiplin yönetmelikleri uygulanmaktadır. Kamu kurumlarında olduğu gibi İş Kanunu'nun uygulandı-

ğı yerlerde geçerli olacak bir disiplin mevzuatı oluşturulmalıdır.

## DİPNOTLAR

- 1 Erol EREN, Yönetim Psikolojisi, 4. Baskı, Beta Yayınları, 1993, s. 274; Ahmet TAŞKIN, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 121; Sadrettin SÜRBAHAN, Disiplin Cezaları ve Uygulaması, 1976, s. 13; Nuri TORTOP, Personel Yönetimi, 6. Baskı, Yargı Yayınları, Ankara, 1999, 217.
- 2 A. Alper DURMUŞ, Memur Disiplin Hukuku, 2. Baskı, Tekağaç Eylül Yayınları, Ankara, 2004, s. 11.
- 3 Oğuz SANCAKDAR ve İlker TEPE, "Alman Federal Disiplin Kanunu ve İdari Disiplin Soruşturmalarının Temel Esasları", İUHFM C. LXIX, S.1-2, 2011, s. 251.
- 4 D. Yılmaz TEKİN, Hukuk Sözlüğü, Tekağaç Eylül Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 100.
- 5 TORTOP, s. 217; Bkz. Derya Ergun ÖZLER, İnsan Kaynakları Yönetimi, in: İşletmecilik, Kuram ve Uygulama, (Ed. M. Kemal DEMİRCİ), 2. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 345.
- 6 [www.zevki.org/isletmelerde-disiplin-istek-t133411.html](http://www.zevki.org/isletmelerde-disiplin-istek-t133411.html) (ET: 24.1.2012)
- 7 David A. DE CENZO, Stephen R. ROBBINS, Personnel/ Human Resource Management, Prentice Hall, New Jersey, 1988, s. 478; (Aktaran: Zeyyat SABUNCUOĞLU, İnsan Kaynakları Yönetimi, 4. Baskı, Bursa, 2009, s. 335.)
- 8 Bkz. SABUNCUOĞLU, İnsan Kaynakları Yönetimi, s. 335.
- 9 Erol EREN, Yönetim Organizasyon, Beta Yayınları, İstanbul, 1993, s. 33.
- 10 William B. WERTHER and Keith DAVIS, Personnel Management and Human Resources, Second Edition, McGraw Hill, International Editions, 1988, s. 433.
- 11 Türker BAŞ ve Kadir ARDIÇ, "Verimlilik İçin İş Disiplini ve Etkin Disiplin Sisteminin Kurulması", Amme İdaresi Dergisi, Cilt:36, Sayı:3, Eylül 2003, s. 136.
- 12 TORTOP vd., s. 322.
- 13 Bkz. ÖZLER, s. 345.
- 14 GEYLAN, s. 133; Bkz. BAŞ/ARDIÇ, s. 132; Bkz. Ayşin CİNGİL, İnsan Kaynakları Yönetiminde Disiplin Sistemleri ve Üç Askeri Hastanenin Disiplin Sistemine İlişkin Bir Örnek Olay Çalışması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi SBE, İstanbul, 1996, s. 4 vd., ÖZLER, s. 345
- 15 Bkz. BAŞ/ARDIÇ, s. 132.
- 16 BİNGÖL, İnsan Kaynakları Yönetimi, s. 581.
- 17 T. Bekir BALTA, İdare Hukuku Ders Notları, SBF Yayınları, Ankara, 1966, s. 441.
- 18 Osman TELİMEN, "İnsanları Çalışma Düzenine Sevk Etmek İçin İleri Sürülen Metotlar", İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 11, Şubat 1968, s. 444.
- 19 CİNGİL, s. 5.
- 20 Bkz. CİNGİL, s. 5.
- 21 TORTOP vd. s. 322; Bkz. Öznur YÜKSEL, İnsan Kaynakları Yönetimi, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007, s. 161-166.
- 22 Bkz. TORTOP vd. İnsan Kaynakları Yönetimi, 3. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2010, s. 322; Bkz. Türker BAŞ ve Kadir ARDIÇ, "Verimlilik İçin İş Disiplini ve Etkin Disiplin Sisteminin Kurulması", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 36, Sayı:3, Eylül 2003, s. 131.
- 23 EREN, s. 274.
- 24 Bkz. EREN, s. 275.
- 25 Sarper SÜZEK, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", Çalışma ve Toplum, 2011/1, s. 9 (Disiplin Cezaları).
- 26 SÜZEK, Disiplin Cezaları, s. 10.
- 27 Ethem KARA, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Fesli ve Sonuçları, 3. Bası, Bilge Yayınları, Ankara, 2011, s. 66; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU ve Muhittin ASTARLI, İş Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 868; Cuma Arif DEMİR, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, s. 104 vd.
- 28 Ayşe Tuba ÇOMOĞLU, İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarına Dayanan Geçerli Nedenle Feshi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2008, s.28.
- 29 FINDIKÇI, s. 101.
- 30 BAŞ/ARDIÇ, s. 131.
- 31 Bkz. Ali AVŞAROĞLU, Beşeri Münasebetler, 1967, s.15.
- 32 BAŞ/ARDIÇ, s. 131; Bkz. TORTOP vd., s. 322.
- 33 BAŞ/ARDIÇ, s. 131
- 34 BAŞ/ARDIÇ, s. 136.
- 35 BAŞ/ARDIÇ, s. 136.
- 36 TEKİN, s. 100.
- 37 SÜZEK, Disiplin Cezaları, s. 10.
- 38 SÜZEK, Disiplin Cezaları, s. 11.
- 39 SÜZEK, Disiplin Cezaları, s. 11.
- 40 BİLGÖL, İnsan Kaynakları Yönetimi, s. 581.
- 41 TAŞKIN, s. 122.
- 42 [www.zevki.org/isletmelerde-disiplin-istek-t133411.html](http://www.zevki.org/isletmelerde-disiplin-istek-t133411.html) (ET: 24.1.2012)
- 43 TORTOP vd., s. 324.
- 44 BİNGÖL, İnsan Kaynakları Yönetimi, s. 582.
- 45 BİNGÖL, İnsan Kaynakları Yönetimi, s. 582.
- 46 Bkz. CİNGİL, s. 33.
- 47 Salih GÜNEY, Davranış Bilimleri, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2000, s. 477; Bkz. TAŞKIN, s. 123.
- 48 BAŞARAN, s. 161; Oğuz SANCAKDAR, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 122.
- 49 DURMUŞ, s. 13.
- 50 BAŞARAN, s. 162.
- 51 FINDIKÇI, s. 101.
- 52 SÜZEK, Disiplin Cezaları, s. 11.
- 53 SÜZEK, Disiplin Cezaları, s. 12.



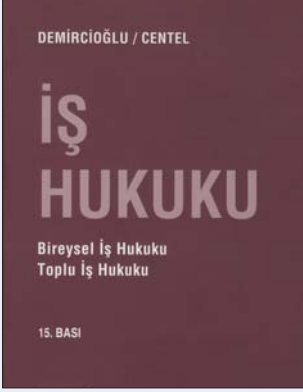
- 54 BAYKAL, s. 22; CİNGİL, s. 38.
- 55 Çiğdem KAĞITÇIBAŞI, Günümüzde İnsan ve İnsanlar: Sosyal Psikolojiye Giriş, 12. Basım, Evrim Yayınları, İstanbul, 2010, s. 109.
- 56 Bkz. Mahmut OKTAY, Davranış Bilimlerine Giriş, Der Yayınları, İstanbul, 2000, s. 26; Salih GÜNEY, Davranış Bilimleri, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2000, s. 15 vd.
- 57 EREN, s. 125.
- 58 Erkal ETÇİOĞLU, Endüstri İlişkileri: Ders Notları, Sakarya, 2009, s. 86.
- 59 [www.thecoca-colacompany.com/ourcompany/pdf/COBC\\_Turkish.pdf](http://www.thecoca-colacompany.com/ourcompany/pdf/COBC_Turkish.pdf) s. 40 (ET: 26.1.2012)
- 60 Neslihan OKAKIN, Çalışma Yaşamında İnsan Kaynakları Yönetimi, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 87.
- 61 Bkz. TAŞKIN, s. 124-125; Cahit TUTUM, Personel Yönetimi, Ankara, 1979, s. 188.
- 62 EREN, s. 281.
- 63 <http://notoku.com/orgutsel-disiplin-sureci/> (ET:24.1.2012)
- 64 Bkz. M. Zeki YILDIRIM vd., İnceleme ve Soruşturma, Alp Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 254.
- 65 Bkz. Benzer açıklamalar, Mustafa SÖNMEZ, Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2000, s. 208 vd.
- 66 Kaman KARAN, Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 96; Bkz. Danıştay 12. Daire, E.1995/7836, K. 1997/846; Danıştay 8. Daire, E. 1994/7095, K. 1996/3113; Bkz. Kadir KARTAL, Adil Yargılama Çerçevesinde Memurların Disiplin Soruşturması, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2010, s. 59.
- 67 Bkz. SANCAKDAR, s. 310.
- 68 DURMUŞ, s. 15; Bkz. M. Zeki YILDIRIM vd., s. 255; Bkz. KARAN, s. 103; Bkz. KARTAL, s. 69.
- 69 Salih GÜNEY, "Stres ve Stresle Başa Çıkma", in: Yönetim ve Organizasyon, Ed. Salih GÜNEY, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2007, s. 608.
- 70 Bkz. <http://notoku.com/orgutlerde-temel-disiplin-yaklasimlari/> (ET: 24.1.2012)
- 71 Bkz. Songül ALTINIŞIK, "Öğrenme", in: Yönetim ve Organizasyon, Ed. Salih GÜNEY, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2007, s. 487.
- 72 BİNGÖL, İnsan Kaynakları Yönetimi, s. 583.
- 73 EREN, s. 281.
- 74 BİNGÖL, İnsan Kaynakları Yönetimi, s. 588.
- 75 Bkz. William B. WERTHER ve K. DAVIS, Personnel Management and Human Resources, Graw-Hill Book Company, New-York, Inc. 1981, s. 372 (Aktaran: CİNGİL, s. 9); ÖZLER s. 345.
- 76 Bkz. TORTOP vd., s. 323; <http://notoku.com/orgutlerde-temel-disiplin-yaklasimlari/> (ET: 24.1.2012)
- 77 Bkz. EREN, s. 275.
- 78 Bkz. Şevki ÖZGENER, İş Ahlakının Temelleri: Yönetimsel Bir Yaklaşım, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2009, s. 96 vd.
- 79 BİNGÖL, İnsan Kaynakları Yönetimi, s. 582.
- 80 <http://notoku.com/orgutlerde-temel-disiplin-yaklasimlari/> (ET: 24.1.2012); Bkz. SABUNCUOĞLU, İnsan Kaynakları Yönetimi, s. 338; Bkz. ÖZLER, s. 346.
- 81 Bkz. ÖZLER, s. 346; Olumlu disiplin için bkz. TORTOP vd., s. 324.
- 82 <http://notoku.com/orgutlerde-temel-disiplin-yaklasimlari/> (ET: 24.1.2012); Bkz. SABUNCUOĞLU, İnsan Kaynakları Yönetimi, s. 338.
- 83 Ramazan GEYLAN, İşletmelerde Personel Disiplini, MET Yayıncılık, Eskişehir, 1993, s. 36.
- 84 Bkz. SABUNCUOĞLU, İnsan Kaynakları Yönetimi, s. 338.
- 85 GEYLAN, s. 47; CİNGİL, s. 18.
- 86 Bkz. Besim BAYKAL, "İş Yerlerinde Disiplin", Sevk ve İdare Dergisi, Sayı: 114, Şubat 1978, s. 28.
- 87 <http://notoku.com/orgutlerde-temel-disiplin-yaklasimlari/> (ET: 24.1.2012)
- 88 BAŞARAN, s. 164-165; Bkz. TORTOP vd., s. 323.
- 89 Bkz. BAŞARAN, s. 165.
- 90 <http://notoku.com/orgutlerde-temel-disiplin-yaklasimlari/> (ET: 24.1.2012)
- 91 CİNGİL, s. 17.
- 92 GEYLAN, s. 36; Bkz. SABUNCUOĞLU, s. 339; Bkz. TORTOP vd., s. 323.
- 93 Halil CAN, Şahin KAVUNCUBAŞI ve Selami YILDIRIM, İnsan Kaynakları Yönetimi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009, s. 459.
- 94 BAŞARAN, s. 164; Şikâyet için bkz. CAN/KAVUNCUBAŞI/YILDIRIM, s. 456 vd.
- 95 Bkz. BAŞARAN, s. 164.
- 96 CAN/KAVUNCUBAŞI/YILDIRIM, s. 459.
- 97 YILDIRIM, s. 29.
- 98 [www.zevkli.org/isletmelerde-disiplin-istek-t133411.html](http://www.zevkli.org/isletmelerde-disiplin-istek-t133411.html) (ET: 24.1.2012)
- 99 BAŞARAN, s. 161.
- 100 BAŞARAN, s. 162.
- 101 BAŞARAN, s. 162.
- 102 Hüsamettin KIRMIZIGÜL, Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 2.
- 103 SÜZEK, Disiplin Cezaları, s. 13-14.
- 104 SÜZEK, Disiplin Cezaları, s. 14.
- 105 Bkz. CİNGİL, s. 14.
- 106 Bkz. BAŞARAN, s. 163.
- 107 <http://mmurat12.blogcu.com/etiket/disiplin> (ET: 24.1.2012)
- 108 [www.ozdogrular.com/content/view/1125/177/](http://www.ozdogrular.com/content/view/1125/177/) (ET: 24.1.2012)

## KAYNAKLAR

- A. Alper DURMUŞ, Memur Disiplin Hukuku, 2. Baskı, TeKağaç Eylül Yayınları, Ankara, 2004.

- Ahmet TAŞKIN, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Ali AVŞAROĞLU, Beşeri Münasebetler, 1967.
- Ayşe Tuba ÇOMOĞLU, İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarına Dayanan Geçerli Nedenle Feshi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2008.
- Aysin CİNGİL, İnsan Kaynakları Yönetiminde Disiplin Sistemleri ve Üç Askeri Hastanenin Disiplin Sistemine İlişkin Bir Örnek Olay Çalışması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi SBE, İstanbul, 1996.
- Besim BAYKAL, "İş Yerlerinde Disiplin", Sevk ve İdare Dergisi, Sayı: 114, Şubat 1978.
- Cahit TUTUM, Personel Yönetimi, Ankara, 1979.
- Cuma Arif DEMİR, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.
- Çiğdem KAĞITÇIBAŞI, Günümüzde İnsan ve İnsanlar: Sosyal Psikolojiye Giriş, 12. Basım, Evrim Yayınları, İstanbul, 2010.
- D. Yılmaz TEKİN, Hukuk Sözlüğü, Tekağaç Eylül Yayıncılık, Ankara, 2007.
- David A. DE CENZO, Stephen R. ROBBINS, Personnel/ Human Resource Management, Prentice Hall, New Jersey, 1988.
- Derya Ergun ÖZLER, İnsan Kaynakları Yönetimi, in: İşletmecilik, Kuram ve Uygulama, (Ed. M. Kemal DEMİRCİ), 2. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Erkal ETÇİOĞLU, Endüstri İlişkileri: Ders Notları, Sakarya, 2009.
- Erol EREN, Yönetim Organizasyon, Beta Yayınları, İstanbul, 1993.
- Erol EREN, Yönetim Psikolojisi, 4. Baskı, Beta Yayınları, 1993.
- Ethem KARA, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları, 3. Bası, Bilge Yayınları, Ankara, 2011.
- Halil CAN, Şahin KAVUNCUBAŞI ve Selami YILDIRIM, İnsan Kaynakları Yönetimi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009
- Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU ve Muhittin ASTARLI, İş Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- <http://mmurat12.blogcu.com/etiket/disiplin> (ET: 24.1.2012)
- <http://notoku.com/orgutsel-disiplin-sureci/> (ET:24.1.2012)
- Hüsamettin KIRMIZIGÜL, Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998.
- Kaman KARAN, Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- M. Zeki YILDIRIM, Metin ÇİFTÇİ, Şükrü TÜRKMEN ve Öner ÇALIŞKAN, İnceleme ve Soruşturma, Alp Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Mahmut OKTAY, Davranış Bilimlerine Giriş, Der Yayınları, İstanbul, 2000, s. 26; Salih GÜNEY, Davranış Bilimleri, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2000.
- Mustafa SÖNMEZ, Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2000.
- Neslihan OKAKIN, Çalışma Yaşamında İnsan Kaynakları Yönetimi, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Nuri TORTOP, Personel Yönetimi, 6. Baskı, Yargı Yayınları, Ankara, 1999.
- Oğuz SANCAKDAR ve İlker TEPE, "Alman Federal Disiplin Kanunu ve İdari Disiplin Soruşturmalarının Temel Esasları", İUHFM C. LXIX, S.1-2, 2011, s. 251.
- Osman TELİMEN, "İnsanları Çalışma Düzenine Sevk Etmek İçin İleri Sürülen Metotlar", İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 11, Şubat 1968.
- Öznur YÜKSEL, İnsan Kaynakları Yönetimi, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007.
- Ramazan GEYLAN, İşletmelerde Personel Disiplini, MET Yayıncılık, Eskişehir, 1993.
- Sadrettin SÜRBAHAN, Disiplin Cezaları ve Uygulaması, 1976.
- Salih GÜNEY, "Stres ve Stresle Başa Çıkma", in: Yönetim ve Organizasyon, Ed. Salih GÜNEY, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2007.
- Salih GÜNEY, Davranış Bilimleri, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2000, s. 477; Bkz. TAŞKIN, s. 123.
- Sarper SÜZEK, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", Çalışma ve Toplum, 2011/1.
- Songül ALTINIŞIK, "Öğrenme", in: Yönetim ve Organizasyon, Ed. Salih GÜNEY, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2007.
- Şevki ÖZGENER, İş Ahlakının Temelleri: Yönetimsel Bir Yaklaşım, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2009.
- T. Bekir BALTA, İdare Hukuku Ders Notları, SBF Yayınları, Ankara, 1966.
- TORTOP vd., İnsan Kaynakları Yönetimi, 3. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2010, s. 322.
- Türker BAŞ ve Kadir ARDIÇ, "Verimlilik İçin İş Disiplini ve Etkin Disiplin Sisteminin Kurulması", Amme İdaresi Dergisi, Cilt:36, Sayı:3, Eylül 2003.
- Türker BAŞ ve Kadir ARDIÇ, "Verimlilik İçin İş Disiplini ve Etkin Disiplin Sisteminin Kurulması", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 36, Sayı:3, Eylül 2003.
- William B. WERTHER and Keith DAVIS, Personnel Management and Human Resources, Second Edition, McGraw Hill, International Editions, 1988.
- [www.ozdogrular.com/content/view/1125/177/](http://www.ozdogrular.com/content/view/1125/177/) (ET: 24.1.2012)
- [www.thecoca-colacompany.com/ourcompany/pdf/COBC\\_Turkish.pdf](http://www.thecoca-colacompany.com/ourcompany/pdf/COBC_Turkish.pdf) s. 40 (ET: 26.1.2012)
- [www.zevkli.org/isletmelerde-disiplin-istek-t133411.html](http://www.zevkli.org/isletmelerde-disiplin-istek-t133411.html) (ET: 24.1.2012)
- Zeyyat SABUNCUOĞLU, İnsan Kaynakları Yönetimi, 4. Baskı, Bursa, 2009.

# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu ve Prof. Dr. Tankut Centel tarafından hazırlanan “**İş Hukuku**” adlı eserin gözden geçirilmiş 15. baskısı Şubat 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

Üç bölümden oluşan eserin ilk bölümünde, iş hukukunun tarihi gelişimi, iş hukukunun temel kavramları ve iş hukukunun uygulanması başlıkları altında genel bilgilere yer verilmiştir. Eserin ikinci bölümünde bireysel iş hukuku ve üçüncü bölümünde de toplu iş hukuku, alt başlıkları ile birlikte ele alınmıştır.

Eserin bireysel iş hukukuna ilişkin bölümü Prof. Dr. Tankut Centel, toplu iş hukukuna ilişkin bölümü ise Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu tarafından kaleme alınmış; daha sonra, her iki bölüm, her iki yazar tarafından birlikte gözden geçirilmiştir. Yazarlar, özellikle yirmi beş yılı aşkın bir süreden bu yana iş hukuku dersinin mühendislik fakültelerinde zorunlu okutulan ders olduğunu, bunda, iş hukukunun, işletmelerde işçi çalıştırması yüzünden mühendisler için taşıdığı önemin payının büyük olduğunu belirterek, hazırlanan bu ders kitabının bu nedenle ders kitabı-şerh ayrımı anlayışına dayanılmadan özellikle bu kişiler için hazırlandığını ifade etmişlerdir.



Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Ali Güneren tarafından hazırlanan “**İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları**” adlı eserin genişletilmiş 2. baskısı Temmuz 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, iş kazaları ve meslek hastalıklarından doğan uyuşmazlıkların ülkemizdeki sosyal, ekonomik ve özellikle teknolojik gelişmelere paralel olarak artması ve bu kapsamda bir başvuru kitabı eksikliğinin giderilmesi ve uygulamada görülen yanlışlıklar karşısında uyuşmazlıkların çözümüne bir ölçüde katkıda bulunmak amacıyla hazırlanmıştır.

Eser; bedensel bütünlüğün zedelenmesinden kaynaklanan tazminat davaları, destekten yoksun kalma tazminat davaları ve ölüm veya ruhsal bütünlüğün zedelenmesinden kaynaklanan manevi tazminat davaları olmak üzere üç kitaptan oluşmaktadır.

Eserde, iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcunu yerine getirmeyen işverenlerin özellikle hukukî sorumluluğu incelenmiş, her üç kitap, uygulama yönüyle ele alınmış, gerekli görüldükçe öğretinin görüşlerine de yer verilmiş ve yeni Yargıtay kararları gözden geçirilerek örnek nitelikte olanlar, ilgili bölümlerin sonuna konulmuştur.

Esere 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, yeni hükümleri açıklanarak işlenmiş, ayrıca, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği hükümlere ilgili konu işlenirken değinilmiştir.

**Şeyda AKTEKİN**

MESS Müşavir Avukatı

# İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Dünden Bugüne

## 1. Giriş

Ülkemizde özellikle son yıllarda iş sağlığı ve güvenliği alanında önemli gelişmeler yaşanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yayımlanması ile başlayan değişim sürecinde; söz konusu Kanun kapsamında yayımlanan yönetmelikler, geçtiğimiz yıllarda onaylanan “İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamı” hakkında 155 sayılı ILO Sözleşmesi ve “İş Sağlığı ve Hizmetleri” hakkında 161 sayılı ILO Sözleşmesi, üçlü sosyal diyalog yoluyla oluşturulan Ulusal İSG Politika Belgeleri ve hem bu Belgelerde, hem de 2007-2013 AB Müktesebatı'na Uyum Programı'nda çıkarılacağı taahhüt edilen ve son günlerde yine gündemde olan İSG Kanun Tasarısı Taslağı ile İSG alanında ülkemizde önemli gelişmeler kaydedilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, Kanun'un iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerinin uygulama esaslarını gösteren yönetmelikler çıkarılırken AB'nin iş sağlığı ve güvenliği yönergeleri esas alınmıştır. Çıkarılan bu yönetmelikler AB yönergeleri ile uyum-

lu olmaktan da öte, ilgili yönergelerin çevirisi niteliğindedir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca 12 Haziran 1989 tarih ve 89/391/EEC sayılı Avrupa Birliği Konsey Direktifi esas alınarak 9.12.2003 tarihinde yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği de bu yönetmeliklerden biridir. Ancak söz konusu Yönetmeliğin önce yürürlüğü durdurulmuş<sup>1</sup>, daha sonra da Danıştay 10. Dairesi'nin 16.5.2006 tarih, 2004/1942 Esas ve 2006/3007 Karar sayılı kararıyla iptal edilmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin iptaline; “4857 sayılı Yasa'nın 78. maddesi uyarınca iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili ilkelerin, öncelikle üst hukuk normu olan bir tüzükle düzenlenmeksizin doğrudan yönetmelikle düzenlenmesinin anılan Kanun hükmüne aykırı olduğu” gerekçesiyle karar verilmiştir.

Bu gelişme üzerine hazırlanan ve ilgili yönetmeliklere atıf yapan maddeleri hariç neredeyse İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği ile birebir aynı hükümleri içeren İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzük Taslağı hazırlanmıştır. Ancak Tüzük Taslağı mevcut hukuki ve fiili karışıklığı



## 50 kişi çalıştırılması koşulunun kaldırılması yarardan çok zarar getirecek, istihdamı cezalandırma, yatırım yapmayı caydırma ile eş anlamlı bir nitelik kazanabilecektir.

ortadan kaldıracak nitelikte bir hukuki metin olarak görülmemiş ve İş Kanunu'nun 5. Bölümü ile 89/391 sayılı Yönerge hükümlerini içeren ayrı bir İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çıkarılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>2</sup>. Nitekim Tüzük Taslağı Danıştay tarafından Başbakanlığa iade edilmiştir<sup>3</sup>.

İade gerekçesi olarak Danıştay kararında aynen, “.. Tüzük Taslağında yer alması zorunlu bulunan temel ilkelerin; Yasada öngörülen amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin her aşamada alınacak önlemler bakımından içeriği belli, somut ve etkin kurallar halinde düzenlenmediği, soyut ve doğrudan uygulama gücü olmayan bir biçimde ifadelendirildiği, risklerin önlenmesi, değerlendirilmesi ve mesleki riskler konusunda standartların belirlenmediği, işçi ve işveren kesiminin bilgilendirilmesi ve bilinçlendirilmesine yönelik yeterli koruyucu hükümleri içermediği, herkesin farklı yorumlayabileceği şekilde düzenlendiği, uygulamada karışıklığa ve duraksamaya neden olabileceği” gösterilmektedir. Bu gerekçeden anlaşılacağı üzere Bakanlık, söz konusu taslak metniyle, sadece yasa koyucunun, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin temel ilkeleri “tüzük”le düzenleme yolundaki buyruğuna hizmet etmiş olmakta; ancak, bu ilkelerin kapsam ve içeriğini hukuka uygun biçimde düzenleyememiş bulunmaktadır<sup>4</sup>.

Tüm bu yargısal gelişmeler sonucunda iş sağlığı ve güvenliği alanının temel kanun çatısı altında düzenlenmesi politikası tercih edilmiş ve ilk Taslak Aralık 2006 tarihinde hazırlanarak sosyal tarafların görüşlerine sunulmuştur. Ancak bu Taslak; sosyal taraflarca ciddi olarak olumsuz yönde eleştirilmiş ve Taslak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından geri çekilmiştir.

Bundan sonraki altı yıl içinde konuyla ilgili altı taslak hazırlanmışsa da hiçbir Taslak üzerinde tam anlamıyla bir uzlaşma sağlanamamıştır. Tüm bu çalışmalarını takiben, 27 Ekim 2011 tarihinde yapılan Üçlü Danışma Kurulu toplantısında Temmuz 2010 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarı Taslağı üzerinde madde bazlı müzakerelere başlanmış, ancak yapılan görüşmeler neticesinde Taslağın bazı teknik sorunlar içerdiği anlaşılmıştır. Bu nedenle Üçlü Danışma Kurulu, Taslağın Kurul'da değerlendirilen ilk dört maddesi dışındaki hükümlerinin sosyal taraf temsilcilerinden oluşan bir Teknik Komite tarafından incelenmesi ve nihai halinin tekrar Kurul'a sunulması hususunda karar almıştır. Teknik Komite'nin 28 Ekim 2011 tarihinde yaptığı toplantıdan sonra Bakanlık tarafından Kasım 2011 tarihinde bir Taslak hazırlanmış ve sosyal taraflara gönderilmiştir.

Sosyal tarafların görüşlerinin iletilmesini takiben Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yeni bir taslak hazırlanmıştır. Makalemizin de konusunu oluşturan 15 Kasım 2011 tarihli Taslağın da eleştirilecek pek çok yönü bulunmakla birlikte, bu Taslak, çok küçük değişikliklerle Bakanlık tarafından 25 Ocak 2012 tarihinde Başbakanlığa sunulmuştur. Başbakanlık'ta bulunan Taslağın TBMM'ye gönderilmek üzere imzalarının tamamlanması beklenmektedir.

Aşağıda, Taslakla ilgili hem genel, hem de madde bazında değerlendirmelerimiz bulunmaktadır. Dileğimiz, söz konusu değerlendirmelerimizin Taslağın TBMM'ye gönderilmesi halinde Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu ve bu komisyon nezdinde çalışacak Alt Komisyonlarca; Taslağın herhangi bir nedenle Başbakanlıkça geri gönderilmesi halinde ise Bakanlıkça göz önünde bulundurulmasıdır.

## 2. Taslağın değerlendirilmesi

### 2.1. Genel olarak

Taslak ile; Kanunun kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanlara fa-

## Belirli sürelerde iş sağlığı ve güvenliği alanında çalıştığını belgeleyenlere eğitime katılma ve sınavda başarılı olma koşuluyla A ve B sınıfı belge verilmesine yönelik düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır.

aliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı düzenlenmektedir.

Bunun yanı sıra Taslakla; işverene, mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak iş sağlığı ve güvenliği hizmetini sunmak için çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerinde (A) sınıfı, tehlikeli sınıfta yer alan işyerinde en az (B) sınıfı, az tehlikeli sınıfta yer alan işyerinde en az (C) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı ile bütün tehlike sınıflarında yer alan işyerlerinde işyeri hekimi ve işyeri hekimi dışındaki diğer sağlık personeli görevlendirme yükümlülüğü getirilmekte ve işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı, diğer sağlık personeli görevlendirme konularında 50 işçi çalıştırma sınırı kaldırılmaktadır. Ayrıca, Kanunun yürürlüğü açısından 50'den az işçi çalıştıran işyerleri ile 50 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri arasında ayırma gidilerek, bu hükümlerle ilgili Kanun'un uygulanması açısından bir yıllık geçiş süresi getirilmektedir.

Her ne kadar işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı görevlendirme konularında 50 işçi çalıştırma sınırının kaldırılmasına ilişkin hükmün uygulanması için bir yıllık bir geçiş süresi tanınmış olsa da, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı görevlendirme gibi konularda 50 işçi çalıştırma koşulunun kaldırılması, hem istihdam üzerindeki yüklerin ağırlaşmasına neden olacak, hem de ülkemizdeki istihdamın büyük bir kısmını sağlayan KOBİ'lerin ekonomik gücünün azalmasına neden olacaktır. Bu açıdan, 50 kişi çalıştırılması koşulunun kaldırılması yarıdan çok zarar getirecek, istihdamı cezalandırma, yatırım yapmayı caydırma ile eş anlamlı bir nitelik kazanabilecektir. Söz konusu sınırın

kaldırılması halinde, işyerlerinin kayıt dışına yönelmeleri gibi çalışanların aleyhine işleyecek bir durumun ortaya çıkması ihtimali de bulunmaktadır.

Taslakla, yürürlükleri durdurulan ve iptal edilen Yönetmelikler nedeniyle üç bilinmeyenli denklem niteliğindeki mevcut işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı sertifika veya belgelerine ilişkin yeni düzenleme getirilmektedir. Buna göre, Kanunun yayımı tarihinden önce Bakanlık tarafından verilen işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı sertifikası veya belgesi ile Türk Tabipleri Birliği tarafından verilen işyeri hekimliği sertifikası sahiplerinden belgeleri geçersiz sayılanların, mevcut belge veya sertifikalarını Kanunun yayımından itibaren bir yıl içinde 6. maddeye göre düzenlenecek belge ile değiştirmeleri şartıyla bu Kanunla verilen bütün hak ve yetkileri kullanabilme imkânı getirilmiştir. Bunun yanı sıra aynı tarihten önce eğitim kurumlarınca verilen işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı eğitimlerini tamamlayanlardan eğitimleri geçersiz sayılanların ilgili mevzuata göre sınava girmeye hak kazanacakları düzenlenmiştir<sup>5</sup>.

Önceki Taslaklara göre bu maddeyle getirilen düzenleme isabetli olmakla birlikte, Taslağın 6. maddesinin 8. fıkrasına göre çıkarılacak Yönetmelikle yapılacak düzenlemelerde şu hususlara dikkat edilmesi önem taşımaktadır:

Taslak, hali hazırda mevcut olan ve 50 ve daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde uygulanan işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğü konusunda 50 işçi sınırını ve bununla birlikte iş güvenliği uzmanı görevlendirme konusunda "sanayiden sayılma" koşulunu kaldırmaktadır. Kanunun yürürlüğü konusunda ayırımı gidilerek, bu hükümlerle ilgili Kanun'un uygulanması açısından bir yıllık geçiş süresi getirilmiştir. Bunun yanı sıra, Taslağın geçici 4. maddesi hükmü ile geçici bir süre bir üst sertifika sınıfında çalışma imkânı tanınmıştır. Bu düzenlemeler birlikte ele alınsa dahi, mevcut durumda yetersiz sayıda olan geçerli belgeye sahip iş güvenliği uzmanı ihtiyacı, 50 işçi sınırının ve sanayiden sayılma koşulunun kaldırılması durumunda daha da artacaktır.

Belirtilen nedenler göz önünde bulundurularak; gerek işletmelerimiz için geçerli belgeye sahip iş güvenliği uzmanlarının görevlendirilmesinde zorluk yaşanmaması, gerekse uzun yıllardır iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapan ve belirtilen nedenlerden dolayı büyük ölçüde hak kaybına uğrayan iş güvenliği uzmanlarının karşılaşılabilecekleri mağduriyetin önlenmesi açısından, belirli sürelerde iş sağlığı ve güvenliği alanında çalıştığını belgeleyenlere eğitime katılma ve sınavda başarılı olma koşuluyla A ve B sınıfı belge verilmesine yönelik düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır.

Çalışma sürelerinin tespitinde, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapılıp yapılmadığının incelenmesi, bu kişiler için fiilen iş güvenliği uzmanlığı yapma kriterinin tespiti noktasında, Sosyal Güvenlik Kurumu ve işyeri kayıtlarının yanı sıra diğer resmi kayıtların esas alınması ile söz konusu düzenleme ile getirilen imkânın kötüye kullanılması da önenebilecektir.

Bu uygulamanın bir defaya mahsus olmak üzere istisnai olarak gerçekleştirilmesi, düzenlemenin uygulanabilirliğini artıracak gibi, endüstriyel ilişkiler sisteminin zarar görmesini de engelleyecektir.

Bunların yanı sıra, Taslağın "Çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması" başlıklı 14. maddesinde işverence iş sağlığı ve güvenliği konularında çalışanların veya temsilcilerinin görüşlerinin alınacağı, bunlara teklif getirme hakkı tanınacağı ve bu konulardaki görüşmelerde yer almalarının ve katılımlarının sağlanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel görevi bulunan sağlık ve güvenlik destek elemanları ile iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcilerinin;

- İşyerinden görevlendirilecek veya işyeri dışından hizmet alınacak işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer personel ile ilkyardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri için kişilerin görevlendirilmesi,

- Risk değerlendirmesi yapılarak alınması gereken koruyucu tedbirlerin ve kullanılması gereken koruyucu ekipmanın belirlenmesi,

- Sağlık ve güvenlik risklerinin önlenmesi ve koruyucu hizmetlerin yürütülmesi,

- Çalışanların bilgilendirilmesi,

- Çalışanlara verilecek eğitimin planlanması konularında önceden görüşlerinin alınacağına ilişkin hüküm getirilmiştir. Söz konusu düzenlemede yer alan "çalışanların" veya "temsilcilerinin" ifadeleri çok genel ve geniş kapsamlı ifadeler olduğundan bu hüküm, özellikle binlerce kişi çalıştırılan büyük işletmeler açısından uygulanamaz niteliktedir.

Taslak, işyerinde işverene sağlık ve güvenlikle ilgili çalışmalara katılma, çalışmalarını izleme, tedbir alınmasını isteme, tekliflerde bulunma ve benzeri konularda çalışanları temsil etmeye yetkili, bir veya daha fazla kişinin iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi olarak görev yapmasını sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Taslakla ayrıca işyerindeki çalışan sayısına göre kaç iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisinin seçileceği de düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre en az iki işçi çalışan işyerinde iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi seçileceği anlaşılmaktadır. Bu madde ile diğer taslaklardan farklı olarak işyerinde iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi bulundurma yükümlülüğünde sınır 10'dan 2 çalışana indirilmiştir. Uygulamada sıkıntıya yol açacak ve aslında her işyerini yükümlülük altına sokacak böyle bir düzenlemenin değiştirilmesi gerekmektedir.

Bunun yanı sıra, maddenin son fıkrasıyla işyerinde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu hükümleri uyarınca yetkili sendika bulunması halinde işyeri sendika temsilcilerinin iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi olarak da görev yapabileceğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. İsbetli bir düzenleme olmakla birlikte, uygulamada karışıklık çıkmaması bakımından, bu maddede düzenlenen ve toplam çalışan sayısına göre belirlenecek olan iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi sayıları ile 2821 sayılı Kanun'un 34. maddesinde yer alan ve toplam çalışan sayısına göre belirlenen işyeri sendika temsilcisi sayıları arasında paralellik sağlanmalıdır.

## 2.2. Madde bazında değerlendirme

### Madde 4 Tanımlar

Taslağın İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri

başlıklı 6. maddesinin 8. bendinde; “Mühendis, mimar ve teknik elemanlar, bu maddeye göre çıkarılacak yönetmelikle belirlenen şartları sağlamaları ve kriterlere uymaları koşuluyla Bakanlıkça düzenlenecek iş güvenliği uzmanlığı belgesini alabilirler.” düzenlemesi bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemede yer alan “teknik eleman” kavramının niteliğinin belirlenmesi açısından 4. maddeye teknik eleman tanımı getirilmesi isabetlidir. Ancak, bu düzenlemelere paralellik sağlaması açısından aynı maddenin (f) bendinde yer alan iş güvenliği uzmanı tanımının da “İş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş ve iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip mühendis, mimar ve teknik elemanı” şeklinde değiştirilmesi uygun olacaktır.

Bunun yanı sıra maddenin (o) ve (ö) bentlerinde risk ve risk değerlendirmesi tanımlarına yer verilmiştir. Burada risk; “tehlikeden kaynaklanacak kayıp, yaralanma ya da başka zararlı sonuç meydana gelme ihtimali” olarak tanımlanmıştır. Ancak risk ve risk değerlendirmesi tanımlarının ILO ve OHSAS 18001 İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sisteminde belirlenen tanımlara uygun hale getirilmesi doğru olacaktır. Nitekim, ILO Yönetim Kurulu’nun 244. toplantısında alınan karar uyarınca hazırlanan raporda risk, “Belli bir dönemde veya koşullar altında istenmeyen olayın ortaya çıkma olasılığı ve çevre koşullarına göre sıklık (belli zaman birimi içindeki olay sayısını) olasılığı (belli bir ön oluşuma bağlı olarak ortaya çıkma ihtimali)” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, risk tanımında “sıklık” ve “olasılık” ibareleri birlikte kullanılmaktadır. Oysa Taslakta sadece “ihtimal” kelimesine yer verilmiş ve risk kavramının kapsamı genişletilmiştir.

Bunun yanı sıra, Taslakta yer alan tanım da risk değerlendirmesi kavramının kapsamı genişletilerek risk yönetimi tanımına benzetilmiştir. Risk değerlendirmesi ise risk yönetim sürecinin tamamını kapsayan nitelikte değil, sürecin bir bölümünü oluşturmaktadır. Risk değerlendirmesinin, OHSAS 18001 İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sisteminde tanımlanan, “Tehlikelerden kaynaklanan riskin büyüklüğünü tahmin etmek ve mevcut kontrollerin ye-

terliliğini dikkate alarak riskin kabul edilebilir olup olmadığına karar vermek için kullanılan prosestir.” şeklinde tanımlanması yerinde olacaktır.

Taslağın (c) ve (m) bentlerinde eğitim kurumu ile ortak sağlık ve güvenlik birimi tanımı getirilmiştir. Her iki tanım da İş Kanunu’nun 2. maddesine 6009 sayılı Kanun’la yapılan ilavelere paralel niteliktedir. Ancak, İş Kanunu’nda ortak sağlık ve güvenlik biriminin, yalnızca yetki belgesine sahip kamu kurum ve kuruluşları ile Türk Ticaret Kanunu’na göre faaliyet gösteren şirketler olarak tanımlanması, uygulamada sorunlara yol açmıştır. Endüstriyel ilişkilerin temel aktörlerinden biri olan işveren sendikalarının ve bunların kurucusu olduğu eğitim vakıflarının, ortak sağlık ve güvenlik birimi kurma konusunda yetkilendirilmemesi önemli bir eksikliktir. İSG Kanunu’nda da aynı yanlıştın yapılmaması doğru olacaktır.

Aynı biçimde eğitim kurumunun, işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı eğitimlerini vermek üzere gerekli yetki belgesine sahip yalnızca kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler ve Türk Ticaret Kanunu’na göre faaliyet gösteren şirketler olarak tanımlanması da eğitim kurumlarının işveren sendikaları ile bunların kurucusu olduğu vakıflar tarafından kurulmasına engel olmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği alanında uzun yıllara dayanan uzmanlıkları ile başarılı çalışmalar yürüten işveren sendikaları ve bunların kurucusu olduğu vakıfların eğitim kurumu oluşturma noktasında yasal engele maruz bırakılması doğru değildir. Her iki düzenlemede de değişiklik yapılması ve İSG Kanunu yürürlüğe girdiğinde İş Kanunu’nda bu konuda yer alan hükümlerin yürürlükten kaldırılması uygun olacaktır.

Ayrıca maddenin (p) bendinde sağlık ve güvenlik destek elemanı tanımı ilave edilmiştir. Söz konusu tanım da; sağlık ve güvenlik destek elemanının asli görevinin yanında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilkyardım ve benzeri konularda özel olarak görevlendirilmiş uygun donanım ve yeterli eğitime sahip kişiyi ifade edeceği düzenlenmiştir. Taslakla işyerlerinde bir iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi bu-



lundurulması zorunlu tutulmuşken, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü getirilmişken ve İkyardım Yönetmeliği uyarınca ilkyardımcı bulundurma yükümlülüğü varken, ayrıca böyle bir tanıma yer verilmesi, uygulamada karışıklığa yol açacak niteliktedir. Aynı konuda başka unvanlar altında çok sayıda kişinin varlığının kargaşaya yol açacağı açıktır, bu nedenle söz konusu tanımın Taslaktan çıkarılması uygun olacaktır.

### **Madde 5 İşverenin genel yükümlülüğü**

Yeni Taslakla işverene “çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlamak için mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil gerekli her türlü tedbirin alınması” yükümlülüğü getirilmiştir. Önceki Taslakta yer almayan “her türlü” ibaresinin yükümlülüğü sınırsız hale getirdiğinden Taslaktan çıkarılması gerekmektedir.

Ayrıca, maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde işverenin “sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun sürekli olarak iyileştirilmesi amacıyla yönelik çalışmalar yapmakla” sorumlu tutulması 89/391/EEC sayılı AB Yönergesi hükümlerinin Türkçeye tercüme edilmesinden kaynaklanan muğlak bir ifadedir. Değişen şartlar kavramı hem çok geniş, hem de tanımlaması zor bir kavramdır. Aynı şekilde mevcut durumun sürekli iyileştirilmesi yönünde yapılacak çalışmaların da sınırı ve çerçevesinin nasıl belirleneceği meçhuldür. Yapılacak düzenlemelerde bu denli sübjektif kriterlerin kullanılması söz konusu Tasarı Taslağının yasalaşması halinde uygulanabilirliğini azaltacaktır. Bu nedendir ki bu ifadenin madde metninden çıkarılmasına veya söz konusu muğlak hükmün açıklanmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Bunun yanı sıra maddenin 5. bendinde yer alan “Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülükleri, birinci fıkranın (a) bendinde yer alan işverenin genel yükümlülüğü ilkesini etkilemez.” hükmü ile neyin amaçlandığını anlayabilmek de mümkün değildir. Zira çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluğunu etkiler. Çünkü çalışanların sağlık ve güvenlik önlemlerine aykırı hareketleri, bu kişilerin uğ-

radığı zararlarda müterafik kusur olarak değerlendirilebilir. Bu halde de işverenin sorumluluğu kural olarak o oranda daralır. Dolayısıyla bu düzenleme ile amaçlanan, müterafik kusurdan işverenin yararlanmasını engellemek değilse, madde metninde bulunması gerekmez. Genel sorumluluk ilkeleri ile sorun çözüme kavuşturulabilir.

Bu açıklamalar ışığında, maddede sayılan yükümlülükler bakımından daha somut ifadelerle yer verilerek 1. fıkranın (b) bendine “işverenin değişen şartlarına uygun” ibaresi eklenmeli ve maddenin 5. bendi Taslak metninden çıkarılmalıdır.

### **Madde 6 İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri**

Genel Değerlendirme bölümünde de değinildiği üzere, söz konusu maddede yapılan düzenleme ile işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı görevlendirme konularında 50 işçi çalıştırma sınırı kaldırılmıştır. Maddenin 13. bendinde; Bakanlığın, kamu kurum ve kuruluşları hariç olmak üzere ondan az çalışanı bulunan çok küçük ölçekli işletmelere yönelik olarak bu maddenin uygulanmasında; destekleyici ve kolaylaştırıcı nitelikte özel düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu ve yapılan özel düzenlemenin etkinliği ve sürekliliğinin sağlanması için Bakanlık, Sağlık Bakanlığı, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ile ilgili meslek kuruluşlarının işbirliği yapmasının esas olduğu ve yapılacak işbirliği ve düzenlemenin usul ve esaslarının çıkarılacak bir Yönetmelik ile belirleneceği düzenlenmektedir. Elli işçi sınırı mutlak kaldırılacaksa da, söz konusu destekleyici ve kolaylaştırıcı uygulamaların 10'dan az çalışanı bulunan işyerlerine değil, 50'den az işçi çalıştıran bütün işyerlerine yayılması uygun olacaktır. Bu işyerlerinde maddede yer alan hizmetlerin sunumu konusunda, iş sağlığı ve güvenliği alanında oldukça başarılı uygulamaları olan Almanya örneğinin göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır. Alman mevzuatına göre, 50'den az işçi çalıştıran işverenler o işyerinde çalışan, mesleğinde en az 2 yıl tecrübesi olan ve 12 haftalık konuyla ilgili eğitim almış bir çalışanını bu işle görevlendirebilmek-

tedir. Bu şekilde yapılacak bir düzenleme; yukarıda sayılan nedenlerin yanı sıra, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yapılan işi ve tehlikelerini bilen o işyerinden kişiler tarafından, sürekli yürütülmesine olanak tanınması sebebiyle önem taşımaktadır.

Taslağın Tanımlar başlıklı 4. maddesinden işyeri hemşiresi çalıştırma yükümlülüğünün çıkarılması isabetli olmuştur. Ancak yerine “diğer sağlık personeli” görevlendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu düzenlemenin, mevcut İş Kanunu’nun 81. maddesi ve İş Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği’ndeki gibi “gereğinde diğer sağlık personelinin görevlendirilmesi” şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır. Zira iş sağlığı ve güvenliği çok disiplinli bir alandır. Bu alanda yapılacak düzenlemelerde, bütün işyerleri için diğer mesleklerin zorunlu istihdam kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Bu mesleklerle mensup kişileri istihdam etme zorunluluğu getirecek düzenlemeler yapmaktan kaçınılmalı ve iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınacak önlemler bakımından ilgili diğer elemanların uzmanlığından yararlanılması hususu ihtiyaca yönelik olmalıdır.

Ayrıca, söz konusu maddenin 6. bendinde yer alan “İşveren veya işveren vekili, görevlendirdiği kişi veya hizmet aldığı kuruluşlar tarafından iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuata uygun olan ve yazılı olarak beyan edilen tedbirleri yerine getirmekle yükümlüdür.” şeklindeki hükmün Ocak 2010 Taslağında yer alan “İşveren, işyerindeki faaliyetlerini, hizmet aldığı ya da görevlendirdiği kişi veya kuruluşların iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuata uygun olan teklif ve tavsiyelerini dikkate alarak yürütür.” şeklinde düzenlenmesi uygun olacaktır.

Söz konusu maddenin 14. bendinde işyeri tehlike sınıflarının 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 83. maddesine göre belirlenen kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi göz önünde bulundurularak ilgili tarafların görüşlerinin dikkate alınması suretiyle Bakanlıkça belirleneceği düzenlenmektedir. Tehlike sınıflarının mevcut düzenlemede ve eski taslaklarda olduğu gibi üçlü yapıda oluşturulan bir komisyonca belirlenmesine

imkân tanıyan bir düzenleme getirilmesi uygun olacaktır.

### **Madde 7 İşyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarının görev, yetki ve yükümlülükleri**

Söz konusu maddenin 2. bendinde yer alan “İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları görevlendirildikleri işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili tedbirleri işveren veya işveren vekiline yazılı olarak beyan eder. Beyan edilen hususlardan hayati tehlike arz edenlerin işveren tarafından yerine getirilmemesi halinde ise bu hususu Bakanlığın ilgili birimine bildirir.” hükmünün, işyerinde çalışma barışını bozma ve kötü niyetli uygulamalara sebebiyet verme riski bulunduğundan Taslaktan çıkarılması uygun olacaktır.

### **Madde 9 Acil durum planları, yangınla mücadele, kişilerin tahliyesi ve ilkyardım**

Taslak, söz konusu maddenin 1. fıkrasının (b) bendiyle, işverene, işyerinin büyüklüğü ve taşıdığı özel tehlikeler, yapılan işin niteliği, çalışan sayısı ile işyerinde bulunan diğer kişileri dikkate alarak önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda uygun donanımına sahip ve bu konularda eğitimli yeterli sayıda kişiyi görevlendirme yükümlülüğü getirmektedir. Bilindiği gibi, 22 Mayıs 2002 tarih ve 24762 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İlkyardım Yönetmeliği ile özel kurum ve kuruluşlara personel sayılarına göre ilkyardımcı bulundurma zorunluluğu getirilmiş, söz konusu Yönetmelik 18 Mart 2004 tarih ve 25406 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “İlkyardım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile değiştirilmiştir. Bu Yönetmelik ile tüm kurum ve kuruluşlarda istihdam edilen her yirmi personel için bir, ilgili mevzuata göre ağır ve tehlikeli işler kapsamında bulunan işyerlerinde her on personel için bir olmak üzere, söz konusu Yönetmeliğe göre yetkilendirilmiş merkezden en az “Temel İlkyardım Eğitimi” sertifikası almış ilkyardımcının bulundurulması zorunlu kılınmıştır. Bu yükümlülüğün ise söz konusu Yönetmeliğin ya-

yımlanmasından itibaren iki yıl içerisinde, yani 18 Mart 2006 tarihine kadar yerine getirileceği düzenlenmiştir. Bu tarihten itibaren de Yönetmelik kapsamındaki işyerlerinde ilkyardımcı istihdamına bilfiil başlanmıştır. Ancak Taslakla, İlkyardım Yönetmeliği'nin bu maddesi ile ilgili herhangi bağlantı kurulmadığından işverenler hem bu maddede yer alan yükümlülükle, hem de İlkyardım Yönetmeliği'nde yer alan ilkyardımcı bulundurma yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacaklardır. Bu nedenle söz konusu düzenleme ile İlkyardım Yönetmeliği'nde yer alan düzenleme arasında bağlantı kurulması şarttır.

Bunun yanı sıra maddenin 4. bendinde, işverenin, çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları ve amirine hemen haber veremedikleri durumlarda, istenmeyen sonuçların önlenmesi için bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkân sağlayacağı hüküm altına alınmış ve "Böyle bir durumda çalışanlar ihmal ve dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamazlar." şeklinde düzenleme yapılmıştır. Yapılan bu düzenleme, büyük risk taşımaktadır. İş sağlığı ve güvenliği alanı, öncelikle insan hayatını ilgilendiren bir alandır. Bu nedenle, uzman olmayan kişilerce müdahalelerde bulunulmasına imkân tanımak, üstelik bu kişileri bir de bundan sorumlu tutmamak, hukuk mantığına ters düşmektedir. Kaldı ki, burada çalışanın müdahalesinden dolayı bir zarar doğması halinde, çalışanın ihmal ve dikkatsiz davranışı da ispat edilemediği sürece, çalışan sorumlu tutulmamakta, ama doğan zarardan işverenin sorumluluğu devam etmektedir. Bu durum, hakkaniyete uygun değildir. Söz konusu düzenlemenin Taslaktan çıkarılması gerekmektedir.

### **Madde 13 Çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitimi**

Söz konusu maddenin 2. fıkrasının (b) bendinde; işverene başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların, aynı maddenin 1. fıkrasında belirtilen bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri verme ve yap-

cakları işlerde karşılaşacakları sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitim aldığına dair belge olmaksızın işe başlatmama yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu belgenin nasıl elde edileceği açık değildir. Madde subjektif ve muğlak ifadeler içermektedir. Bu eğitimin alındığına dair belgenin ne tür bir belge olacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bunun yanı sıra, her işyerinin kendine özgü riskleri ve tehlikeleri de barındırdığı bir gerçektir. Bu nedenle işçinin kendi işvereninden sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitim alması, her zaman yeterli olmayabilir. Bu durum kendini en çok geçici iş ilişkisinde gösterebilir. Kaldı ki, aynı maddenin (ç) bendiyle işveren geçici iş ilişkisi ile işyerine gelen çalışanlara iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı gerekli eğitimin verilmesini sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Söz konusu 2. fıkranın (b) ve (ç) bentleri birlikte değerlendirildiğinde; işveren geçici iş ilişkisi ile çalışan işçileri işe başlatabilmek için hem sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitim aldığına dair belge isteyecek, hem de bu kişilere eğitim verecektir. Bu iki bent arasında bir çelişki olduğu ortadadır. Bu nedenle söz konusu maddenin tekrar değerlendirilmesi gerekmektedir.

Maddenin 5. fıkrasında mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan işlerde yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığına belgeleyemeyenlerin çalıştırılmayacağı düzenlenmekte, 8. fıkrasında ise mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan işlere ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğine dair hüküm getirilmektedir. İş Kanunu'ndaki mevcut düzenlemeye göre, mesleki eğitim almadan işe başlatılmama yükümlülüğü ağır ve tehlikeli işler için bulunmaktadır. Bu düzenlemenin de uygulamada çeşitli belirsizliklere ve sıkıntılara yol açtığı bilinen bir gerçektir. Durum böyleyken, Taslakla mesleki eğitim almadan çalıştırmama yükümlülüğünün daha da sıkıntılı hale getirilmesi doğru değildir. Ayrıca mevcut çalışanların bu düzenlemeden istisna edildiklerine yönelik konuyla ilgili bir geçiş hükmünün düzenlenmesine ihtiyaç vardır.

### **Madde 14 Çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması**

Genel Değerlendirme kısmında da bahsedildiği üzere maddeyle, işverence iş sağlığı ve güvenliği konularında çalışanların veya temsilcilerinin görüşlerinin alınacağı, bunlara teklif getirme hakkı tanınacağı ve bu konulardaki görüşmelerde yer almaları ve katılımlarının sağlanacağı düzenlenmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere, söz konusu düzenlemede yer alan “çalışanların” veya “temsilcilerinin” ifadeleri gibi çok genel ve geniş kapsamlı ifadelerin özellikle binlerce kişi çalıştırılan büyük işletmeler açısından uygulanamaz nitelikte olması sebebiyle, bu hususun düzeltilmesi için “çalışanların ve temsilcilerinin” ifadesinin 15 Kasım 2011 tarihinde yapılan Üçlü Danışma Kurulu toplantısında sağlanan mutabakat gereği; “çalışanların ve/veya temsilcilerinin” şeklinde düzenlenmesi uygun olacaktır.

Bunun yanı sıra, maddenin 2. fıkrasındaki işverenin, yeni teknolojilerin planlanması ve uygulanmasında, seçilecek iş ekipmanının, çalışma ortam ve şartlarının çalışanların sağlık ve güvenliğine etkisi konusunda çalışanların ve temsilcilerinin görüşlerinin alınmasını sağlayacağına ilişkin düzenleme de uygulamada sıkıntı yaratacaktır. Burada yer alan “planlanması ve” ifadesinin sağlanan mutabakat gereği metinden çıkarılması gerekmektedir.

Her iki düzenleme bakımından, çalışanların veya temsilcilerinin görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanmasının İSG Kurulu aracılığıyla yapılacağına ilişkin bir ilave hüküm getirilmesi uygun olacaktır.

### **Madde 15 Çalışanların yükümlülükleri**

Maddenin 1. fıkrasında yeni Taslakla yapılan düzenleme ile; çalışanlar iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlü tutulmuşlardır. Söz konusu düzenleme ile önceki taslakta yer alan “iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili usul ve esaslar” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve çalışanların yükümlülüğü sadece “sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin

### **Çalışanların veya temsilcilerinin görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanmasının İSG Kurulu aracılığıyla yapılacağına ilişkin bir ilave hüküm getirilmesi uygun olacaktır.**

bu konudaki talimatları doğrultusunda” olmak üzere sınırlandırılmıştır. Maddenin önceki taslaktaki gibi; “Çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili usul ve esaslar, aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdürler.” şeklinde değiştirilmesi, çalışanların yükümlülüklerinin sınırlanmaması açısından önem taşımaktadır.

### **Madde 19 İş sağlığı ve güvenliği kurulu**

Maddenin 3. ve 4. fıkralarında bir işyerinde birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması haline yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Fiziki olarak aynı mekânda kurulu işyerlerinde birden fazla iş sağlığı ve güvenliği kurulu bulunması halinde, her ne kadar işbirliği içinde çalışsalar da her bir kurulun aldığı kararların nasıl uygulanacağı hususunda sorun çıkması kaçınılmaz olacaktır.

Bunun yanı sıra maddenin 2., 4. ve 5. fıkrasında alt işveren-asıl işveren ilişkisinin varlığı halinde iş sağlığı ve güvenliği kurullarının nasıl kurulacağına yönelik hükümler getirilmiştir. Asıl işverenin alt işverenin işçilerinin iş kanunlarından doğan haklarından müteselsilen sorumlu olduğuna yönelik genel sorumluluk hükümleri varken, böyle ayrıntılı hükümlere gerek olmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle her üç fıkranın da Taslak metninden çıkarılması uygun olacaktır.

### **Madde 22 İdari para cezaları ve uygulanması**

Taslağın 22. maddesiyle neredeyse Kanunun her bir maddesine yönelik ve son derece



ayrıntılı ve de fahiş nitelikte idari para cezası hükümleri getirilmiştir. Söz konusu maddedeki ceza gerektiren fiillerin sadeleştirilmesi ve cezaların miktarının da indirilmesi uygun olacaktır.

Bunun yanı sıra, maddenin çeşitli bentlerinde “Aynı maddenin ..... fıkrasında öngörülen yönetmeliğin uyulmayan hükümlerine” de idari para cezası verileceğine ilişkin ifade yer almaktadır. Bu ifade, Anayasa’ya ve hukukun genel prensiplerine aykırıdır.

Anayasa’nın suç ve cezaya ilişkin 38. maddesindeki ilkelerden biri “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesidir. Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konular” denilerek “cezanın yasallığı” ilkeleri getirilmiştir. “Suç ve cezanın yasallığı” ilkesi; Anayasa’nın yasaklayıcı ve buyurucu kuralları ile gerek toplum yaşamı gerek kişi hak ve özgürlükleri yönlerinden getirdiği güvence- lere aykırı olmamak koşuluyla bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yalnızca yasa koyucuya ait olmasını zorunlu kılar.

Anayasa hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan suç ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Günümüzde bu ilkeye uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de yer verilmektedir.

Anayasa’nın 38. maddesine göre hangi eylemlerin suç sayılacağı ancak yasayla öngörülebilir. Anayasa’nın 7. ve 87. maddeleri gereğince yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ait olup bu yetki devredilemez. Anayasa’daki açıklık karşısında yürütmenin suç ve cezasını oluşturabilmesi mümkün değildir.

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin esası, Kanun tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye yer verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir. Kişinin, yasak eylemleri ve tabii tutulacağı cezaları önceden bilmesi, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Söz konusu ilke,

Anayasa’nın kişinin temel hak ve ödevlerine ilişkin bulunan ikinci bölümünde yer almaktadır.

Suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılması yeterli değildir. Ayrıca yürürlüğe konulan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerekmektedir.

Anılan ilke ve kurallar karşısında, Anayasa’da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilemeyeceği açıktır. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Belirtilen nedenlerle Taslağın yukarıda yer alan ve idarenin tek yanlı işlemlerinden birisi olan yönetmeliklere uyulmaması halinde idari para cezası öngören hükümleri hukuka ve Anayasa’ya aykırıdır, Taslaktan çıkarılması gerekmektedir.

### **Madde 26 Yürürlükten kaldırılan ve değiştirilen hükümler**

Maddenin 2. fıkrasıyla 4857 sayılı İş Kanunu’nun geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinde değişiklik yapılmış ve geçici iş ilişkisi kurulan işverenin işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi verme yükümlülüğüne ilişkin hüküm maddeden çıkarılmıştır.

Söz konusu hükmün Taslağın “Çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitimi” başlıklı 13. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendinde yer alan ve işverene geçici iş ilişkisi ile işyerine gelen çalışanlara iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı gerekli eğitimin verilmesini sağlama yükümlülüğü getirilmesi nedeniyle maddeden çıkarıldığı düşünülmektedir. Ancak bu hüküm, Taslağın aynı maddesinin 2/b bendinde yer alan ve işverene başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların, aynı maddenin 1. fıkrasında belirtilen bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri verme ve yapacakları işlerde karşılaşacakları sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitim aldığına dair belge olmaksızın işe başlatmama yüküm-

## Kanun Tasarı Taslağı, AB Yönergelerinde bulunmayan hususlara da mevzuatımızda yer vermek, Yönergelerde var olan istisnai bazı hükümleri de mevzuatımıza dahil etmemek eğilimi göstermektedir.

lülüğü getiren hükmüyle çelişkili niteliktedir. İş Kanunu'nun 7. maddesinde yer alan hükmün değiştirilmesi hususunun bu konudaki çelişki giderildikten sonra değerlendirilmesi uygun olacaktır. Bu konu hakkında da 13. maddeye yönelik açıklamalarımızı tekrar ediyoruz.

Bunun yanı sıra maddenin 3. fıkrasının (c) bendi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun işveren vekilini tanımlayan 2. maddesinin 4. fıkrasının sözü konusu Kanunun yürürlüğe girmesinden bir yıl sonra yürürlükten kaldırılacağı düzenlenmiştir. Böyle bir geçiş süresine neden ihtiyaç duyulduğu anlaşılammıştır. İSG Kanun Tasarısı Taslağı, 4. maddesinde işveren vekili tanımına yer vermektedir. Bu bir yıllık sürede hangi tanımın geçerli olduğuna ilişkin karışıklık yaşanabilecektir. Hal böyleyken, söz konusu tanımın İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan tanımla paralel hale getirilmesi ve herhangi bir geçiş süresi getirilmeden aynı Kanunun 2. maddesinin 4. fıkrasının yürürlükten kaldırılması daha uygun olacaktır.

### Geçici Madde 5

Söz konusu maddeyle; Kanunun yayımı tarihinden önce Bakanlık tarafından verilen işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı sertifikası veya belgesi ile Türk Tabipleri Birliği tarafından verilen işyeri hekimliği sertifikası sahiplerinden belgeleri geçersiz sayılanların mevcut belge veya sertifikalarını Kanunun yayımından itibaren bir yıl içinde "İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri" başlıklı 6. maddeye göre düzenlenecek belge ile değiştirmeleri şartıyla bu Kanunla verilen bütün hak ve yetkileri kullanabilecekleri düzenlenmiştir. Getirilen düzenleme yerinde olmakla birlikte, 6. maddenin yürürlü-

ğü için bir yıllık geçiş süresi getirildiği göz ardı edilmiştir. Söz konusu 6. maddenin Kanun'un yayımından bir yıl sonra yürürlüğe gireceği düşünüldüğünde, mevcut belge veya sertifikaların Kanunun yayımından itibaren bir yıl içinde bu maddeye göre düzenlenmesi konusunda fiili imkânsızlık bulunmaktadır. Bu konunun mutlaka düzeltilmesi gerekmektedir.

### Madde 27 Yürürlük

Taslağın hem işverenin genel yükümlülüklerini içeren 5. maddesinin hem de iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisine yönelik hükümler içeren 16. maddenin yayımı tarihinden altı ay gibi kısa bir geçiş süresi sonrası yürürlüğe girmesine ilişkin düzenlemenin yeterli olmayacağı görüşündeyiz. Bu sürenin uzatılması gerekmektedir.

### 3. Sonuç

İş sağlığı ve güvenliği alanındaki ülkemiz mevzuatının Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Teşkilatı normlarına uygunluğunun sağlanması amacıyla hazırlanan Kanun Tasarı Taslağı, AB Yönergelerinde bulunmayan hususlara da mevzuatımızda yer vermek, Yönergelerde var olan istisnai bazı hükümleri de mevzuatımıza dahil etmemek eğilimi göstermekte ve böylece önemli bir çelişkiye imza atmaktadır.

AB müzakere sürecinde uyum sağlanacak Yönergelerde yer alan hükümler konusunda dikkatli bir inceleme yapılması; Yönergelerde bulunmayan hükümlerin mevzuatımıza alınmaması, gerekmektedir. Örneğin Taslağın esas alındığı 89/391/EEC sayılı AB Yönergesi'nin işverenlerin yükümlülüklerine ilişkin getirdiği "Genel hüküm" başlıklı 5. maddesinin 4. fıkrasında; Yönerge'nin, işverenin kontrolü dışındaki olağandışı ve öngörülemeyen durumlar nedeniyle ortaya çıkan olaylar ve işverenin bütün önlemleri almasına karşın ortaya çıkması engellenemeyecek sonuçlar doğuran istisnai durumlar gibi bazı konularda işverenlerin sorumluluklarının sınırlandırılması veya sorumluluk dışı bırakılması konusunda, Üye Ülkeleri kısıtlamayacağı hükmü getirilmiştir. Ancak söz konusu hükme Taslak'ta yer verilmemiştir.

Öte yandan Kanun Taslağı'nın yasalaşması

## Taslakta, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki iyi uygulamalara yönelik hiçbir teşvike yer verilmemesi büyük bir eksiklik.

konusunda aceleci davranılması, hazırlık sürecinde dile getirilen muhtemel uygulama sorunlarının gözden kaçırılması sonucunu doğuracaktır. İş sağlığı ve güvenliği gibi fevkalade önemli bir alanda düzenlenecek Kanun'un, gerek uygulamacılar gerek yargı mercileri için en iyi şekilde kaleme alınması ve en az tartışmaya sebebiyet verilmesi zorunludur. Taslağın yeterince üzerinde çalışılmadan yasalaşması halinde, iş sağlığı ve güvenliği alanında yaşanan sorunlara yenilerinin eklenmesi olasılığı ortaya çıkacaktır.

15 Kasım 2011 tarihinde yapılan Üçlü Danışma Kurulu toplantısında madde bazında müzakerelerde bulunulan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'na ilişkin olarak sosyal taraflardan çok kısa bir süre içinde görüşlerinin gönderilmesi istenmiş, daha sonra da Taslak bazı küçük değişikliklerle Başbakanlığa sunulmuştur.

Çalışma yaşamını doğrudan etkileyen iş sağlığı ve güvenliği alanında çıkarılacak Kanuna ilişkin görüşlerin çok kısa bir sürede hazırlanmasının ve/veya güncellenmesinin istenmesi de önemli hususların gözden kaçırılması riskini artıracaktır. Bakanlığın sosyal taraflara görüşlerini bildirmeleri için iki günlük süre tanınması, konuyla ilgili ayrıntılı bir çalışma yapılmasını engellemektedir. Çalışma hayatının içinde yer alan kesimlerin önemli bir kısmında ilk defa uygulanacak kurallar bütünü düzenleyen bir kanun taslağının, aceleyle getirilmeden, sosyal taraflara görüş oluşturmaları için yeterli süre verilerek ve konunun tüm yönleri üzerinde ayrıntılı çalışma yapılarak hazırlanmasının sağlanması gerekmektedir<sup>6</sup>.

Bunun yanı sıra Taslak'ın ülkemiz gerçeklerine uygun olmadığı düşünülmektedir. En başta, ülkemizdeki işyerlerinin %95'ten fazlasının KOBİ olduğu dikkate alınmamıştır. Risk değerlendirmesi kavramını hiç duymamış bir işverenin, çalışanın çalıştığı ortamda riskleri

belirleme ihtimali yoktur. Bu durum, Kanunun uygulanma kabiliyetini neredeyse imkansız hale getirecektir.

Taslağa göre tüm çalışanları kapsayacak bir kanunun uygulamalarını izleyecek, denetleyecek, ikincil mevzuatı hazırlayacak olan teşkilat, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'dır. Bakanlığın İSG Genel Müdürlüğü'nün ise fiilen bu hizmetleri yürütmesi öngörülmektedir.

Taslağın 22. maddesinde "Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi"nin oluşturulacağı düzenlenmiştir. Konsey sisteme öncelikle, öneri sunmak üzere oluşturulmuştur. Bu düzenlemeler, Kanunu yürütecek örgütsel yapının bir yeterlilik sorunu ile karşı karşıya kalacağı endişesini uyandırmaktadır.

Bakanlığın ve Genel Müdürlüğün elindeki olanaklara paralel biçimde İSG konusunda tüm çabayı gösterdiği muhakkaktır. Ancak sadece 4857 sayılı Kanun'a tabi çalışanlara sunulan hizmetler de dahi sorunlar yaşandığı hesaba katıldığında kapsamın büyük ölçüde genişletilmesine rağmen örgütsel yapılanmada Bakanlığın elini güçlendirecek köklü bir değişikliğe gidilmemesi kanımızca önemli bir eksiklik.

Yirmi sekiz madde ve beş geçici maddeden oluşan Kanun Taslağının sadece bir maddesi doğrudan çalışanların yükümlülüklerini düzenlemektedir. Taslak metin, bu alandaki tüm görevleri işverene yüklemektedir.

Oysa ki, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri işveren tarafından alınacak önlemler olduğu kadar aynı ölçüde işçi açısından uyulacak yükümlülükleri de ifade etmektedir. Sadece işverenin görevini aksatması değil, işçinin de ihmalî söz konusu olabilir. Bu ihmal de işveren ne yaparsa yapsın, almış olduğu tüm önlemlerin geçersiz olması sonucunu doğurabilir.

İş sağlığı ve güvenliği uygulamaları işçinin de aktif ve yapıcı katılımını gerektiren uygulamalardır. Çok sayıda işçi çalıştıran veya geniş bir alanda üretim yapan işverenlerin her işçiyi kontrol ve denetim altında tutması bahis konusu olamaz. Özellikle bu noktada işçilerin alınan önlemlere uyum konusundaki yaklaşımları daha büyük önem taşıyacaktır.

Sadece söz konusu Taslak metin değil, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki tüm düzenleme-

lerimiz işverenlerimizi çok ağır mükellefiyetler altında bırakmıştır.

Bu düzenlemeler nedeniyle hiçbir işverenin iş kazasından kaynaklanan bir tazminat davasında, kusuru olmasa bile haklı çıkma olasılığı bulunmamaktadır. Teorik olarak bu sonucun işverenleri daha dikkatli olmaya sevk edeceği düşünülse bile, uygulamada her koşulda sorumlu tutulacağını düşünen işvereni tersi düşünceye taşıyabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Diğer taraftan işveren yükümlülüklerinin ihlali halinde uygulanacak idari para cezaları, Taslakta ayrıntılı biçimde sayılırken, yükümlülüklerini ihlal eden çalışanlar için hiçbir idari para cezası yaptırımına yer verilmemesi, güvenlik kültürünün oluşturulması noktasında sorun teşkil etmektedir.

Sonuç itibarıyla mevzuatımızda; uygulama ve denetimlerimizin iş sağlığı ve güvenliği alanında görev ve sorumlulukların, işçi ve işveren arasında eşit olduğu, birinin uygulama zorunluluğu kadar, diğerinin de uyma zorunluluğunun olduğu temel yaklaşım olarak benimsenmelidir.

Bunların yanı sıra, Taslakta, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki iyi uygulamalara yönelik hiçbir teşvike yer verilmemesi büyük bir eksikliklerdir. Bilindiği üzere, belirlenecek sürelerde iş kazası yaşanmayan işyerleri açısından prim indirimleri sağlanması, iş sağlığı ve güvenliği maliyetlerinin vergi indirimleri ve avantajlı kredi sağlanması gibi yollarla azaltılması, günümüzde iş sağlığı ve güvenliğinin geliştirilmesinde sıkça başvurulan mekanizmalardır. Taslakta yer alan yaptırımların yanı sıra, iyi uygulamalar konusunda benzeri teşvik ve avantajlara mutlaka yer verilmesi gerektiği düşünülmektedir<sup>7</sup>.

## DİPNOTLAR

- 1 Dan. 10. D., E.2004/1942, 24.5.2004.
- 2 Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, 4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayıncılık, Ekim 2005, s.31.
- 3 Dan. 1. D., E. 2005/1187, K. 2006/174, 10.2.2006.
- 4 Bkz. Prof. Dr. Tankut Centel, İş Sağlığı ve Güvenliği Alanındaki Son Gelişmeler, Sicil, Eylül 2006, s. 5-6.
- 5 Av. Şeyda Aktekin, İSG Alanında Yeni Hareketlenmeler, MESS İşveren Gazetesi, Aralık 2011, s. 3.

- 6 Av. Şeyda Aktekin, İSG Alanında Yeni Hareketlenmeler, MESS İşveren Gazetesi, Aralık 2011, s. 3.
- 7 Prof. Dr. Can Tuncay, ILO ve AB Normları Işığında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı, Sicil, Aralık 2008, s. 67 ve dipnot 36: "...iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverenlere maliyet artırıcı bir dizi yükümlülük yüklenirken Taslakta onları bu yönde teşvik ve motive edici hükümlere de yer verilmemesi önemli bir eksikliklerdir. Oysa bu tür hükümlere yer verilmesi yerinde olurdu. Bunlar işletmelere ücretsiz danışmanlık ve eğitim hizmetleri verilmesi ve ekonomik teşvikler sağlanması olabilir. Daha açık bir ifade ile özen gösteren, düzgün çalışan ve mesleki risklerini azaltan, bu alanda başarılı olan işverenlere vergi indirimi, prim indirimi sağlanabilir, ucuz yatırım kredisi verilebilir. AB Komisyonunun 2007-2012 Strateji Bildirisinde bu hususlara ilişkin önerilerine yukarıda değinilmiştir..."

## KAYNAKLAR

- Prof. Dr. Tankut Centel, İş Sağlığı ve Güvenliği Alanındaki Son Gelişmeler, Sicil, Eylül 2006.
- Prof. Dr. Can Tuncay, ILO ve AB Normları Işığında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı, Sicil, Aralık 2008.
- Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, 4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayıncılık, Ekim 2005.
- Av. Şeyda Aktekin, İSG Alanında Yeni Hareketlenmeler, MESS İşveren Gazetesi, Aralık 2011.
- TİSK Görüşleri, 18 Kasım 2011.



Doç. Dr. Hediye ERGİN

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# İşyerinde Sigara İçme Yasağını İhlal Eden İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi -Yargıtay 9. HD.'nin 11.10.2010 Tarihli Kararının İncelenmesi-

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2009/27644  
**Karar No** : 2010/28421  
**Tarihi** : 11.10.2010

### DAVA

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi B. K. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### KARAR

Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleş-

mesinin 12.04.2008 tarihinde gece 7,5 saatten fazla çalışmayı kabul etmemesi, bunun üzerine hazırlanan ve sunulan istifa dilekçesini imzalaması üzerine fesih nedeni yaratılarak feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayanmadığını belirterek, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21. maddeleri uyarınca feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının işyerinde sigara içilmesinin yasak olmasına rağmen bu yasağı ihlal ettiğinin kamera kayıtları ile tespit edildiğini, iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğünü, iş sözleşmesinin 15.04.2008 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-ı maddesi uyarınca feshedildiğini, feshin haklı nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece keşif sonrası fizik mühendisi bilirkişiden alınan rapora itibar edilerek, işyerinde üretim sırasında sigara içtiği anlaşılan davacının bu eyleminin, üretimde kulla-

nılan malzemelerin belirlenen çabuk yanıcı özellikleri nedeniyle işin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü; işyerinde başka çalışanların da sigara içiyor olduklarına ilişkin iddianın, bu gerçeği değiştirmeyeceği gibi davacının iş akdinin feshedilmesini geçersiz hale getirmeyeceği, davacı işçinin iş akdinin haklı ve geçerli nedenle feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Türk Medeni Kanununun 2. maddesi uyarınca “herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Objektif iyiniyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralını düzenleyen madde, bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanılmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir.

İş Kanunu'nun 5. maddesine göre de “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz”. İş Kanunu'nun 5. maddesi ile ayrımcılık açısından doğrudan ayrımcılığın yanı sıra dolaylı ayrımcılık da yasaklanmış, ancak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık kavramları tanımlanmamıştır.

Somut uyuşmazlıkta davacı iş sözleşmesinin 12.04.2008 tarihinde gece fazla mesai yapmaması ve bunun üzerine hazırlanan istifa dilekçesini imzalaması nedeni ile bu tarihte sözlü olarak feshedildiğini iddia etmiş,

davacı tanıkları bu olguyu doğrulamış, davalı ise davacının iş sözleşmesinin yasak olduğu halde işyerinde sigara içmesi ve işyeri güvenliğini tehlikeye düşürmesi nedeni ile feshedildiğini, kamera ve tutanak kayıtları bulunduğunu savunmuş, kamera kayıtlarını sunamamış, tutanak tanıklarını dinletmiştir.

Keşif sonrası anlatımlara ve bilirkişi tespitine göre her ne kadar “sigara izmaritinin ya da ateşinin üretilen plastik malzemeler içerisine düşmesi halinde, yangın çıkma ihtimalinin bulunduğu” sigara içilmesinin iş güvenliğini tehlikeye düşüreceği tespit edilmiş ise de, işyeri yetkilileri tarafından sigara içmenin yasak olduğu belirtilmesine rağmen, üretim sırasında sigara içildiği, sigara içen kişilerin uyarılmadığı, sigara içme yasağının gerektiği şekilde uygulanmadığı hatta üretimin aksaması için sigara içilmesine izin verildiği, ancak şimdiye kadar bu nedenle hiçbir işçi hakkında işlem yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Olayların gelişimine göre davacının iş sözleşmesinin tanıklar tarafından doğrulanması nedeni ile 12.04.2008 tarihinde eylemli olarak feshedildiği, işyerinde iş güvenliğini tehlikeye düşürmesine rağmen tüm işçilere ve hatta idari personelce sigara içildiği, bugüne kadar bu nedenle işçi çıkarılmamasına rağmen sigara içmenin daha sonra işveren tarafından fesih sebebi yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır. Davalı işverenin fesih hakkını kullanırken Medeni Kanun'un 2. maddesindeki kurala uymadığı, ayrıca eşit işlem borcuna aykırı davrandığı sabittir. İşverenin gerçekleştirdiği fesih bu nedenle haklı ve geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

## HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2. Feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE,

3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında BELİRLENMESİNE,

4. Davacı işçinin işe iadesi için işverence süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin GEREKTİĞİNE,

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6. Davacının yapmış olduğu 40.00 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.000 TL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine,

Kesin olarak 11.10.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

## I. UYUŞMAZLIĞA KONU OLAY

Somut olayda davacı, iş sözleşmesinin fazla çalışmayı kabul etmemesi üzerine fesih nedeni yaratılarak feshedildiğini ve feshin geçerli nedene dayanmadığını belirterek, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21. maddeleri uyarınca feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının işyerinde sigara içilmesinin yasak olmasına rağmen bu yasağı ihlal ettiğinin kamera kayıtları ile tespit edildiğini, iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğünü, iş sözleşmesinin 15.04.2008 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-ı maddesi uyarınca feshedildiğini, feshin haklı nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

İlk derece mahkemesi işyerinde üretim sırasında sigara içtiği anlaşılan davacının bu eyleminin, üretimde kullanılan malzemelerin belirlenen çabuk yanıcı özellikleri nedeniyle işin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü; işyerinde başka çalışanların da sigara içiyor olduklarına ilişkin iddianın bu gerçeği değiştirmeyeceği gibi davacının iş akdinin feshedilmesini geçersiz hale getirmeyeceği, davacı işçinin iş akdinin haklı ve geçerli nedenle feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise "işyerinde iş

güvenliğini tehlikeye düşürmesine rağmen tüm işçilere ve hatta idari personelce sigara içildiği, bugüne kadar bu nedenle işçi çıkarılmamasına rağmen sigara içmenin daha sonra işveren tarafından fesih sebebi yapıldığı sonucuna ulaşmıştır. Davalı işverenin fesih hakkını kullanırken Medeni Kanun'un 2. maddesindeki kurala uymadığı, ayrıca eşit işlem borcuna aykırı davrandığı sabittir. İşverenin gerçekleştirdiği fesih bu nedenle haklı ve geçerli nedene dayanmaktadır" sonucuna vararak yerel mahkemenin kararının bozulmasına ve feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine hükmetmiştir.

## II. HUKUKİ SORUN

Somut olayda uyumsuzluk, sigara izmaritinin ya da ateşinin üretilen plastik malzemeler içerisine düşmesi halinde, yangın çıkma ihtimali bulunan işyerinde sigara içen işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı ve/veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

## III. DEĞERLENDİRME

### 1. NİKOTİN BAĞIMLILIĞI

Sigaranın bağımlılık yapma özelliği olduğu ve hastalığa yol açtığı bugün artık tartışmasız

bir şekilde kabul edilmektedir. Sigara içme başka hastalıkların ortaya çıkmasında rol oynayarak sağlığa zarar vermektedir. Sigara içen bir kişinin akciğer kanseri, gırtlak kanseri, mide kanseri gibi hastalıklara yakalanma riski yüksektir. Ayrıca, sigara içme kalp krizi, beyin kanaması gibi hastalıklara da yol açabilmektedir.<sup>1</sup> Kronik sigara içenlerde dikkat, hafıza, motivasyon ve kondisyonu yönlendiren beyin faaliyetleri sürekli olarak zarar görür. Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) tespitine göre, aktif sigara içme hastalıklarının ve erken ölümlerin en önemli sebebinin oluşturur. 1950 yılından 2000 yılına kadar yaklaşık 20 milyon insan sigara içme nedeniyle ölmüştür. Yeni yapılan bir araştırma, sigara içenlerin, sigara içmeyenlere oranla 10 yıl daha önce öldüklerini göstermiştir.<sup>2</sup> 1997-2002 yılları arasında tüm dünyada 1,1 milyar insan, dünya nüfusunun yaklaşık üçte biri sigara içmekteydi. Bu sayının 2010 yılında 1,3 milyar, 2025 yılında 1,5-1,6 milyara yükselmesi beklenmektedir.<sup>3</sup>

İşverenin işyerinde sigara içmeyen işçileri koruma yükümlülüğü, bu işçilerin sağlığının pasif içicilik yoluyla bozulması olasılığından kaynaklanmaktadır.<sup>4</sup> "Pasif sigara içiciliği" kendisi sigara içmeyen bir kişinin başkasının sigara dumanını istem dışı solması suretiyle meydana gelir. Özellikle kapalı yerlerde sigara içildiğinde, sigara içmeyenler de pasif olarak sigara dumanından etkilenmektedirler ve bunun sağlığa zararlı etkileri olmaktadır.<sup>5</sup> Aktif sigara içmenin yol açtığı solunum yolu hastalıklarına, kanser gibi hastalıklara pasif içiciler de kolaylıkla yakalanmaktadırlar. Bundan başka, pasif içicilerde kısa süre devam eden gözde yanma ve iltihap, baş ağrısı, solunumla ilgili şikâyetler, baş dönmesi hissi ve mide bulantısı gibi sağlığa zarar veren somut belirtiler oluşur.<sup>6</sup>

## 2. KAMU VE ÖZEL SEKTÖR İŞYERLERİNDE SİGARA İÇME YASAĞI

4207 sayılı 07.11.1996 tarihli "Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun" 26.11.1996 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.<sup>7</sup>

Daha sonra bu Yasanın bazı hükümleri 5727 sayılı 3.1.2008 tarihli "Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile değiştirilmiştir.<sup>8</sup> Bu yasanın 2. maddesinin I. fıkrasına göre; "(1) Tütün ürünleri;

a) Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında,

b) Koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında" tüketilemez.<sup>9</sup>

Sigara içmek, işçinin kişiliğini serbestçe geliştirme özgürlüğüne giren bir husus olup, işveren tarafından saygı gösterilmesi gereken kişilik haklarının bir parçasıdır.<sup>10</sup> İşçinin sigara içme hakkı ile işverenin ve işyerinde sigara içmeyen diğer işçilerin işyerinde sigara içilmemesindeki menfaatinin denkleştirilmesi gerekmektedir.<sup>11</sup> Bu bağlamda, acaba işverenin işyerinde sigara içen işçilere bir sigara içme odası tahsis etme yükümlülüğünün bulunduğu bahsedilebilecek midir? Bu soruyu cevaplamak önce Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun hükümlerine bakmak gerekmektedir. Yasanın 2. maddesinin 2., 3. ve 4. bentlerinde hangi yerlerde tütün ürünlerinin tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabileceği sınırlı sayıda (numerus clauses) belirtilmiştir. Buna göre:

"(2) Ancak;

a) Yaşlı bakım evlerinde, ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde, cezaevlerinde,

b) Şehirlerarası veya uluslararası güzergahlarda yolcu taşıyan denizyolu araçlarının güvertelerinde,

tütün ürünleri tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir. Bu alanlara onsekiz yaşını doldurmamış kişiler giremez.

(3) Otelcilik hizmeti verilen işletmelerde, tütün ürünleri tüketen müşterilerin konaklamasına tahsis edilmiş odalar oluşturulabilir.

(4) Açık havada yapılan her türlü spor, kültür, sanat ve eğlence faaliyetlerinin yapıldığı yerler ile bunların seyir yerlerinde tütün ürünleri kullanılamaz. Ancak bu tesislerde, tütün



## Yasa hükmünde özel sektör işyerleri sigara içme odası oluşturulabilecek yerlerden sayılmadığından, işverenin işyerinde sigara içme odası tahsis etmek gibi bir yükümlülüğünün bulunduğundan söz edilemeyecektir.

ürünlerinin tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir”.

Görüldüğü gibi Yasa hükmünde özel sektör işyerleri sigara içme odası oluşturulabilecek yerlerden sayılmadığından, işverenin işyerinde sigara içme odası tahsis etmek gibi bir yükümlülüğünün bulunduğundan söz edilemeyecektir. Aksine Yasada belirtilen sigara içme yasağına uymamanın yaptırımları göz önünde bulundurulduğunda, işverenin sigara içme yasağına uyulmasını sağlamakla yükümlü olduğu sonucuna varılmaktadır. Zira anılan Yasanın 5. maddesinin 2. fıkrasında, “yasakların uygulanması ve tedbirlerin alınması ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeyen işletme sorumluları, işletme iznini veren kurum yetkilileri tarafından önce yazılı olarak uyarılır. Bu uyarı yazısı, ilgili işletme sorumlusuna tebliğ edilir. Bu uyarıya rağmen, verilen sürede yükümlülüklerini yerine getirmeyenler, belediye sınırları içinde belediye encümeni, belediye sınırları dışında mahalli mülki amir tarafından beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idari para cezası ile cezalandırılır.” hükmü getirilmiştir. Bu hüküm aynı zamanda işyerinde sigara içilmesi yasağına aykırı davranan işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshi için dayanak oluşturur.

### 3. İŞ GÜVENLİĞİNİN TEHLİKEYE DÜŞÜRÜLMESİ NEDENİYLE HAKLI FESİH

İş Kanunu'nun 25/II-(1) bendine göre, “İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bu-

lunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması” nedeniyle işveren işçinin iş akdini haklı nedenle derhal feshedebilir. Maddede işçinin kendi isteği (kastı) veya savsaması (ihmal) yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi işveren açısından haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. İşçi iş güvenliğini objektif olarak tehlikeye düşürmüş ise, tehlike de işçinin kastı veya ihmalden gerçekleşmiş ise herhangi bir zararın meydana gelmiş olması şartı aranmaz.<sup>12</sup>

Yargıtay kararına konu olan somut olayda, işyerinde sigara içilmesinin yasak olmasına rağmen bu yasağı ihlal ederek iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle davacı işçinin iş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-1 maddesi uyarınca feshedilmiştir.

Hollanda 's-Gravenhage İstinaf Mahkemesi'nin 11.02.2005 tarihli kararı somut olaydaki uyumsuzlukla neredeyse birebir örtüşmektedir. Hollanda'da Veendam petrol limanında sigara içen işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilmiş, yerel mahkeme işverenin feshini haklı bulmuştur. Davacı işçi, fesihle son çare olma ilkesi gereği işverenin kendisini önceden uyarmak veya kınamak gibi daha hafif bir tedbire başvurması gerektiği savunmasını yapmıştır. Bundan başka davacı işçi;

1) Davalıya ait işyerinde 17 yıllık kıdeminin bulunmasını,

2) Daha önce petrol limanında sigara içtiği için herhangi bir uyarı almamış olmasını,

3) İşyerinde sigara içme yasağının aralarında yöneticilerin de bulunduğu kişiler tarafından da ihlal edildiğini, ancak daha önce bu yasağı ihlal eden kişilerin hiçbirinin iş akdinin feshedilmediğini belirterek yapılan feshin haksız olduğunu ileri sürmüştür.

Hollanda 's-Gravenhage İstinaf Mahkemesi ise davalı işyerinde 17 yıllık kıdemi olan, 37 yaşındaki bir işçiden sigara yasağına aykırılığın işyerinde yol açacağı ciddi riskleri bilmesinin ve buna uygun davranmasının beklenebilir olduğuna dikkat çekmiştir. Yüksek Mahkeme, “Petrol limanındaki sigara içme yasağına aykırılık, yangın ve patlama riski tehlikesi ve bu tehlikenin kişileri, çevre ve işverenin güvenlik

ve güvenilirlik alanındaki itibarı da göz önünde bulundurulduğunda ciddi bir ihlaldir” demek suretiyle yerel mahkemenin derhal feshi haklı bulan kararını onamıştır. İstinaf Mahkemesi işçinin daha önce bu konuda uyarı almamış ve sigara içme yasağının ihlali nedeniyle sözleşmesi feshedilen ilk kişi olmasının bu konuda herhangi bir farklılık yaratmayacağını, eş deyişle feshin haklılığını ortadan kaldırmayacağını vurgulamıştır. Zira, işyerinde sigara içme yasağı sadece sigara içen işçinin sağlığını-güvenliğini korumayı amaçlamamakta, aksine diğer işçilerin sağlığı ve güvenliğiyle, çevreyi korumayı sağlamayı hedeflemektedir. Bu bakımdan, işveren vekili konumundaki kaptanın sigara içen işçiyi görmezden gelmesi somut olayda farklı bir hüküm verilmesini gerektirmez. Yüksek Mahkeme, patlayıcı madde bulunan işyerinde sigara içmesinin işçinin kendi sorumluluk alanına giren bir husus olduğunu ve bu konuda işçiye uyarı verilememiş olmasının yapılan feshi haksız kılmayacağı görüşündedir.<sup>13</sup> Kanımızca, Yargıtay kararına konu olan somut olayda da aynı sonuca ulaşılması gerekmektedir.

#### 4. İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİNDE AYRIMCILIK YASAĞI

İş Kanunu'nun 5. maddesinin I. fıkrasına göre, “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.” Bu maddede ayrımcılık yasağının geçerli olduğu alanlar “ve benzeri sebepler” denilmek suretiyle ayırım yasağının sadece sayılan hallerle sınırlı olmayıp, benzer nedenlerle de işveren ayırım yasağını ihlal edemeyecektir.<sup>14</sup> İş K. m.5/6'da öngörülen işçinin dört aylık ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatı sadece iş ilişkisinin kurulmasından sonra veya sona ermesinde uygulanır.<sup>15</sup>

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 11.10.2010 tarihli kararında, işyerinde iş güvenliğini tehlikeye düşürmesine rağmen tüm işçilerin ve hatta idari personelin sigara içtiği, daha önce bu nedenle işçi çıkarılmamasına rağmen sigara içmenin daha sonra işveren tarafından fesih sebebi yapıldığı belirtilerek, davalı işverenin fesih hakkını kullanırken Medeni Kanun'un 2.

maddesindeki kurala uymadığı, ayrıca eşit işlem borcuna aykırı davrandığı, işverenin gerçekleştirdiği feshin bu nedenle haklı ve geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılmıştır.

Kanımızca işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesinde eşitlik ilkesine aykırı davranması feshi geçersiz hale getirmez. Zira iş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılık yasağına aykırı davranmanın yaptırımını İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilmiş olan işçinin 4 aya kadar olan brüt ücreti tutarında bir tazminatın ilgili işçiye ödenmesidir. Somut olayda davacı işçi dava ikame ederek ayrımcılık tazminatı talep edebilecektir.

#### IV. SONUÇ

Somut olayda yerel mahkeme, işyerinde üretim sırasında sigara içtiği anlaşılan davacı işçinin bu eyleminin, üretimde kullanılan malzemelerin belirlenen çabuk yanıcı özellikleriyle işin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü; işyerinde başka çalışanların da sigara içiyor olmalarına ilişkin iddianın, bu gerçeği değiştirmeyeceği gibi davacının iş sözleşmesinin feshinin geçersiz hale getirmeyeceği, davacı işçinin iş sözleşmesinin haklı ve geçerli nedenle feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir.

Kanaatimizce, işyerinde sigara içme yasağının aralarında yöneticilerin de bulunduğu kişiler tarafından da ihlal edilmesinin ve daha önce bu yasağı ihlal eden kişilerin hiçbirinin iş sözleşmesinin feshedilmemesinin yapılan feshin haksız olması sonucunu doğuracağı yönündeki Yargıtayın 11.10.2010 tarihli kararı isabetli değildir. Zira, davacı işçi sigara yasağına aykırılığın işyerinde yol açacağı ciddi riskleri bilebilecek durumdadır. Buna rağmen işyerinde sigara içmeye devam etmekle diğer işçilerin pasif içicilik yoluyla sağlığının bozulmasına yol açtığı gibi, işyerinde iş güvenliğini de tehlikeye düşürmektedir. İş Kanunu'nun 25/II-(1) bendinde işçinin kendi isteği (kastı) veya savsaması (ihmal) yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi işveren açısından haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Madde hükmünün uygulanması için söz konusu tehlikenin işçinin kastı veya ihmali ile gerçekleşmesi gerekli

ve yeterli olup, herhangi bir zararın meydana gelmiş olması şartı aranmaz. Somut olaydaki gibi yanıcı ve patlayıcı madde bulunan işyerinde sigara içmesi işçinin kendi sorumluluk alanına giren bir husustur ve bu konuda işçiye uyarı verilememiş olması da yapılan feshi haksız kılmaz. Dolayısıyla, yanıcı madde bulunan işyerindeki üretim esnasında sigara içerek işin güvenliğini tehlikeye düşüren davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı ve geçerli nedene dayandığını belirten yerel mahkeme kararı, yasal düzenlemeler ışığında hakkaniyete uygun ve isabetlidir.

## DİPNOTLAR

- 1 Lepke, Kündigung bei Krankheit, s.75, Rdnr.93.
- 2 Lepke, Kündigung bei Krankheit, s.75, Rdnr.93.
- 3 Lepke, Kündigung bei Krankheit, s.73, dn. 32, 33.
- 4 Ahrens, Rauchverbot, AR-Blattei SD, 1310, s.4.
- 5 Künzl, Rauchen und Nichtraucherschutz im Arbeitsverhältnis, s. 531, 535 f. Almanya'da 2006 ve 2007 yıllarında yaklaşık 3300 kişi pasif sigara içiciliği nedeniyle hayatını kaybetmiştir (Lepke, Kündigung bei Krankheit, s.76, Rdnr.94).
- 6 Ahrens, Rauchverbot, AR-Blattei SD, 1310, s.4. Almanya'da 1.9.2007'de pasif içicilerin korunması için toplu taşıma araçlarında sigara içme yasağı öngören bir Yasa yürürlüğe girmiştir. Ancak bu yasak, özel sektör işletmelerinde henüz geçerli değildir.
- 7 Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun, RG. 26.11.1996, 22829.
- 8 Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG. 19.1.2008, 26761.
- 9 Söz konusu Yasanın 2. maddesine göre tütün ürünlerinin tüketilmesinin yasak olduğu diğer işyerleri de şöyledir:
  - c) Taksi hizmeti verenler dahil olmak üzere karayolu, demiryolu, denizyolu ve havayolu toplu taşıma araçlarında,
  - ç) Okul öncesi eğitim kurumlarının, dershaneler, özel eğitim ve öğretim kurumları dahil olmak üzere ilk ve orta öğrenim kurumlarının, kültür ve sosyal hizmet binalarının kapalı ve açık alanlarında,
  - d) Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde,
 tüketilemez"
- 10 Ahrens, Rauchverbot, AR-Blattei SD, 1310, s.6.
- 11 Ahrens, Rauchverbot, AR-Blattei SD, 1310, s.6.
- 12 Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, s.68; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, s.326-327.
- 13 's-Gravenhage İstinaf Mahkemesi'nin 12.5.2005 tarihli 03/1050 sayılı Kararı; www.rechtspraak.nl (10.03.2012)
- 14 İş ilişkisinde eşit davranma borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, s.23-24; Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.39 vd.
- 15 İş Kanunu'nda işe almada ayrımcılığa karşı bir yaptırım getirilmemiş olması, bu ayrımcılık yasağının etkinliğini azaltmaktadır, bkz.: Süzek, İş Hukuku, s.404.

## KAYNAKLAR

- Ahrens, Martin: Rauchverbot, AR-Blattei SD, 1310, s.4.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 24. Bası, İstanbul 2011.
- Ergin, Hediye, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.
- Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, 2. Bası, İstanbul 2008.
- Künzl, Reinhard: Rauchen und Nichtraucherschutz im Arbeitsverhältnis, ZTR 12/1999, S. 531-539.
- Lepke, Achim: Kündigung bei Krankheit, Handbuch für die betriebliche, anwaltliche und gerichtliche Praxis, 13. Aufl., Berlin 2009.
- Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, (Hizmet (İş) Akdinin Feshi).
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008.
- Şakar, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 9. Bası, İstanbul 2011.
- Tuncay, Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- Yıldız, Gaye, Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

## Fazla Çalışmanın İspatı

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2008/32151

**Karar No** : 2010/15577

**Tarihi** : 01.06.2010

### ÖZET

Davacının fazla çalışmasının olup olmadığı ve hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatillerde çalışıp çalışmadığı hususunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur. Davacı tanıklarının anlatımlarıyla davacının fazla çalışmasının olup olmadığı ve hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatillerde çalışıp çalışmadığı hususlarında sonuca ulaşmak mümkün değildir. Uzman bilirkişi marifetiyle işyeri kayıtları ve işyeri kapasitesi incelenerek fazla çalışma gerektirir bir çalışma düzeni bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekir.

### DAVA

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla çalışma, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil ile hafta tatili ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi N. T. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### KARAR

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı vekili, davacının davalı işyerinde 15.08.2002 - 01.08.2006 tarihleri arasında



görev yaptığını iş akdinin işverence haksız olarak feshedildiğini belirterek kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücretlerinin hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacının fazla çalışmasının olup olmadığı ve hafta tatili ile ulusal bayram genel tatillerde çalışıp çalışmadığı hususunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

Dosya kapsamına göre; davacı tanıklarının anlatımlarıyla davacının fazla çalışmasının olup olmadığı ve hafta tatili ile ulusal

bayram genel tatillerde çalışıp çalışmadığı hususlarında sonuca ulaşmak mümkün değildir. Uzman bilirkişi marifetiyle işyeri kayıtları ve işyeri kapasitesi incelenerek fazla çalışma gerektirir bir çalışma düzeni bulunup bulunmadığı tespit edilerek tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle sonuca gidilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.06.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

## KARAR İNCELEMESİ

İnceleme konusu kararda, davacı işçi yerel mahkeme huzurunda, fazla çalışma yaptığını tanık anlatımlarıyla ispat edememiştir. Yerel mahkeme buna rağmen, davayı kabul etmiştir. Kararın davalı işveren tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, tanık anlatımlarıyla ispat edilemeyen fazla çalışma olgusunun kabul edilmesi yerine işyerinde keşif yapılarak işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığının belirlenmesi gerektiğini, bu nedenle kararın eksik incelemeye dayalı olduğunu belirterek bozma kararı vermiştir.

### 1. İspat Yükü

Davacının, dava konusu ettiği hakkı elde edebilmesi, ancak bu hakkın dayandığı olguların varlığının mahkeme önünde ortaya konulmasına bağlıdır. Taraflar arasında çekişmeli bulunan vakıaların, davaya bakan hakimde kanaat oluşturma amacıyla, iddia edildiği gibi gerçekleştiği konusunda yapılan inandırma faaliyeti “ispat” olarak tanımlanmaktadır. İspat işlemi ise deliller yoluyla yapılır.<sup>1</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 187/I. maddesi de “İspatın konusunu tarafların üzerinde

anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir.” ifadesi ile bu esası belirtmektedir.

Yargılama hukuku açısından önem taşıyan bir diğer konu ise “ispat yükü”dür. İspat yükü, taraflar arasında çekişmeli bulunan olguların kim tarafından ispat edilmesi gerektiğinin belirlenmesi olarak tanımlanmaktadır.<sup>2</sup> Yargılama aşamasında ispat yükünün kime ait olduğunun belirlenmesi, taraflardan birinin ya da her ikisinin gösterdiği deliller ile çekişmeli olguların aydınlatılmadığı, hakim tarafından taraflar arasında çekişmeli bulunan olgu hakkında bir kanaate varamadığı hallerde gerekli olmaktadır. İspat yükü, tarafların elde etmek istedikleri hakkın dayandığı olguların gerçekleştiğinin ispat edilemediği durumda aleyhe kararla karşılaşma olasılığıdır. Daha açık bir ifadeyle, ispat yükü kendisine düşen taraf, iddiasını ispatlayamazsa dava aleyhine sonuçlanır, davacı ise davası reddedilir, davalı ise aleyhine hüküm verilir.<sup>3</sup>

Medeni Kanunun 6. maddesi uyarınca “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” Dolayısıyla yargılama aşamasında, ispat yükü, davacıya düşer.

## Delil gösterme yükü altında olan taraf, delil gösteremezse veya gösterdiği delil ile kendi lehine olan vakıaları ispat edemezse duruma göre ulaşmak istediği usuli hedefe ulaşamaz ya da aleyhe sonuçlara katlanmak durumunda kalır.

bileceği gibi davalıya da düşebilir. İspat yükünün, davadaki sıfatlardan bağımsız olarak “bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran tarafın, o vakıayı ispat etmekle yükümlü olması” şeklinde anlaşılması gerekmektedir.<sup>4</sup> Nitekim HMK 190/I. madde hükmü “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.” ifadesi ile bu esası vurgulamaktadır. İspat yükü kendisine düşen taraf, iddiasını ispat edemezse, ispatın konusunu oluşturan vakıa ispat edilememiş sayılır. Bu aşamada ispat yükü kendisine düşmeyen karşı taraf, söz konusu iddianın aksini ispat etmekle yükümlü değildir.<sup>5</sup>

İspat yükü kendisine ait olan taraf, yargılama aşamasında sunacağı deliller ile kendi iddiasının dayandığı olguların doğruluğu ya da karşı tarafın iddialarının yerinde olmadığı konusunda hakimde kanaat oluşturmaya çalışacaktır. Bu durum ise “delil gösterme yükü” olarak ifade edilmektedir. İspat yükünü taşıyan taraf çoğunlukla delil gösterme yükünü de taşımakla birlikte bu durumun aksi de söz konusu olabilmektedir. Delil gösterme yükü altında olan taraf, delil gösteremezse veya gösterdiği delil ile kendi lehine olan vakıaları ispat edemezse duruma göre ulaşmak istediği usuli hedefe ulaşamaz ya da aleyhe sonuçlara katlanmak durumunda kalır.<sup>6</sup>

## II. Yargıtay Kararlarında Fazla Çalışmanın İspatı ve Deliller

Fazla çalışma iddialarının ispatı konusunda Yargıtay kararlarına baktığımızda Yüksek mahkemenin özellikle işçinin imzasını taşıyan bordro, işyeri kayıtları, tanık beyanları, keşif ve

birlikte delillerine işaret ettiği görülmektedir.

Öğretide<sup>7</sup> ve Yargıtay kararlarında fazla çalışma yapıldığının ispatının işçiye, fazla çalışma ücretinin ödendiğinin ispatının ise işverene<sup>8</sup> ait olduğu genel bir kural olarak belirtilmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin fazla çalışma ile ilgili kararlarında<sup>9</sup> ispat açısından hangi delillerin kullanılacağı konusunda işçi tarafından imzalanmış bordro olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Kararlarda Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin çeşitli olasılıkları göz önünde bulundurarak ispat için hangi delillerin kullanılacağını, kullanılan bir delil ile hakimde kanaat oluşturulmadığı durumda hangi delil ile ispat faaliyetine devam edileceğinin de belirtildiği görülmektedir.

İşçi tarafından ihtirazi kayıt konulmadan imzalanmış ve fazla çalışma sütununda ay içinde yapılan fazla çalışma süreleri ve karşılığında ödenen ücretleri gösteren bordroların varlığı halinde, bu bordroların “sahteliği ispat edilinceye kadar” geçerli olduğu, bordroda gösterilen sürelerde fazla çalışma yapıp karşılığının ödendiği kabul edilmekte, işçinin burada gösterilenden fazla çalışma yaptığı yönündeki iddiasına geçerlilik tanınmamaktadır.<sup>10</sup> Bu uygulama öğretide, haklı olarak eleştirilmiştir. Eleştirilerin gerekçesi, bordronun ihtirazi kayıt ileri sürmeden imzalanmasının, işçinin fazlaya ilişkin haklarından feragat ettiği anlamına gelmeyeceğidir. Anılan görüşe göre bordroda bulunan imza ancak bordroda gösterilen fazla çalışma süreleri ve karşılığında ödenmiş bulunan zamlı ücret için geçerli sayılmalı, bunun üzerinde yapıldığı iddia edilen fazla çalışma, işçi tarafından her türlü delille ispat edilebilmelidir.<sup>11</sup>

İşçinin imzasını taşıyan ve usul hukuku açısından “senet” niteliği taşıyan bordronun sahteliği ispat edilirse delil olarak da geçerliliği kalmayacaktır. Bordronun sahteliği kavramı, gerçekte işçiye ait olmayan imzanın yer aldığı bordroları da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Bordronun sahteliğinin ispat edildiği durumlarda ise işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilecektir.

Yüksek mahkeme, bordronun işçi tarafından ihtirazi kayıt ileri sürülmeden imzalanmış

olması durumunda işçinin bordroda gösterilenden fazla sürelerle çalışma yaptığını ispat edebilmesi için mahkemeye “yazılı belge” ibraz etmesi gerektiğini ifade etmektedir. İşçi bordroyu “ihtirazi kayıt” koyarak imzalamış ise, bordroda gösterilen sürelerden daha fazla çalıştığını her türlü delille ispat edebilir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2009 yılında karara bağladığı bir uyuşmazlıkta ise fazla çalışma ücretinin ödenmediğini iddia ederek iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin davası, imzalı bordro bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine 9. Hukuk Dairesi “...İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün olmadığı görüşü Dairemizce ilke kararı olarak benimsenmiştir. Gerçekten, fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışmaların gösterildiği ve karşılığında zamlı ücret tahakkuklarının yer aldığı bordro işçi tarafından imzalanmakla içeriğinin kabul edildiği anlamı ortaya çıkmaktadır. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağını daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir...” ifadelerine yer vermiştir.<sup>12</sup> Bu karara konu olan olayda, işyerinde yürütülen çalışmada kaç vardiyanın uygulandığı tespit edilememiştir. Davacı tanıkları günde 12 saat üzerinden iki vardiya çalıştıklarını, davalı işveren tanıkları ise günde üç vardiya olduğunu beyan etmişlerdir. Yargılama aşamasında işyerinde keşif yapılarak bilirkişi raporu hazırlanmışsa da bu raporda günde kaç vardiya çalışıldığının tespit edilmediği belirtilerek işyeri kayıtlarının dosyaya ibraz edilmesi sağlanarak bu kayıtlardan günde kaç vardiya olduğunun tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu hususu tespit açısından önem taşıyacak bir diğer belge olarak da “...işyerinin Bölge Çalışma Müdürlüğünde olağan denetimler sonucu hazırlanmış olan inceleme raporları da getirilmelidir.” diyerek yerel mahkemeye işyerinde kaç vardiya çalışıldığının tespiti konusunda yol göstermiştir. İşyerinde kaç vardiya olduğunun belirlenememesi, işçinin imzasını

içeren bordrolarda birer saatlik ya da birkaç saatlik fazla çalışmaların gösterilmiş olmasına rağmen tanık beyanlarında çok daha fazla sürelerle fazla çalışma yapıldığının beyan edilmiş olması üzerine yüksek mahkeme “... Yasal bir hakkın kötüye kullanımının dahi korunmadığı bir hukuk düzeninde, içtihat birliğinin sağlanması temel amacına yönelik olarak Dairemizce ilkeye bağlanan hususların kötüye kullanılmayacağı açıktır. İşçinin çalışmaları karşılığı tam olarak bordroda gösterilmediği halde tahakkuk belgesinde imzası alınmak suretiyle haklarının ortadan kaldırılması kabul edilebilir bir durum değildir.” ifadeleri ile kararı bozmuştur.

İşçi imzasını taşıyan bordronun bulunmaması durumunda da fazla çalışma yaptığını ispat edebilmek için işyeri kayıtlarına dayanabilir. İşyeri kayıtlarından anlaşılması gereken işyerine giriş çıkışları gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları gibi işveren tarafından işyerine ilişkin olarak düzenlenmiş ve işyerindeki çalışma şeklini belirlemeye yarayacak her türlü belgedir. Bu kapsamda değerlendirilebilecek bir diğer kayıt ise İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır. İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanununun 32 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ödenir. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve İş Kanununun 37 nci maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir.”

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, incelediği bir uyuşmazlıkta fazla çalışma yaptığını iddia eden bir kamyon şoförünün talebinin yerel mahkeme tarafından ispatlanamadığı gerekçesiyle reddedilmiş olmasını “...Dosya arasında, davacı tarafından sunulan takograf kayıtları bulunmaktadır. Bunlar bilirkişi tarafından incelenmiştir. Mahkemece söz konusu kayıtlar uzman bilirkişiye incelenerek diğer delillerle birlikte bir değerlendirmeye tabi tutulmalı ve bu alacaklar konusunda bir karar verilmelidir. Karar

## İmzalı bordro bulunması durumunda, bordroda gösterilen sürelerden daha fazla çalıştığını ispat edebilmek için işçinin yazılı delil ikame etmesi gerekmektedir.

bu yönüyle de eksik incelemeye dayanmaktadır...” ifadeleri ile bozmuştur.<sup>13</sup> Bu karardan da anlaşıldığı üzere, işyeri kayıtları terimi, işçinin fazla çalışma yaptığını tespiti yarayabilecek her türlü belge olarak anlaşılmalıdır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararları uyarınca işyeri kayıtları ile fazla çalışma yapılıp yapılmadığı konusunda hakimde karar vermeye yetecek bir kanaat oluşturulamaması durumunda işçi, tanık dinleterek de fazla çalışma yaptığını ispat edebilir. Çalışma “fiili bir olgu” olduğundan her türlü delille ispatı mümkündür. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların ve işverene karşı dava açmış bulunan tanıkların anlatımlarına değer verilemeyeceği de kararlarda belirtilen bir diğer esastır.<sup>14</sup>

Yüksek mahkeme davacı tarafın fazla çalışma talebini, işverene karşı dava açmış bulunan tanık beyanlarına itibar ederek kabul eden yerel mahkeme kararını da “...Mahkemece, tanık beyanları esas alınarak, davacının fazla mesai yaptığı kabul edilerek anılan alacağa karar verilmiştir. Ancak dinlenen tanıkların davalı aleyhine dava açtıkları ve davacıların bu konuda birbirlerine tanıklık yaptıkları anlaşılmaktadır. Davalı aleyhine dava açan işçilerin tanıklıklarına kural olarak itibar edilmemesi gerekir. Bu sebeple özellikle davacıları yaptığı kurye işi nedeni ile işyerinde bilirkişi marifeti ile keşif yapılarak, kurye çıkış ve geliş saatleri, teslim ettikleri kargo evrakları incelenerek, fiilen yapılan kurye işinin niteliği ve yoğunluğunun fazla çalışma gerektirip gerektirmediği, yapılmış ise haftalık 45 saati aşan fazla çalışmanın ne kadar olduğu belirlenmeli, bu konuda rapor alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.” ifadelerine yer vererek bozmuştur.

İş davalarında sıklıkla başvuru deliller-

den biri olan tanık beyanı takdiri bir delildir. Dolayısıyla hakimi bağlamaz. Ancak hakim, tanık beyanını serbestçe takdir ederken sadece vicdani kanaati ile karar veremez. Tanık beyanları yönünde ya da aksine hüküm tesis edilmesi durumunda, tanık beyanının neden kabul edildiği ya da edilmediği belirtilmelidir.<sup>15</sup>

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin değindiği bir diğer olasılık ise her ay bankaya yatırılan ücretin miktarının farklı olması durumudur. Bu olasılıkta işçi tarafından imzalanmış bordro bulunmamakla birlikte, işçi fazla çalışma yaptığını “yazılı delille” kanıtlayabilir.<sup>16</sup>

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir diğer kararda<sup>17</sup> daha fazla çalışma yaptığını iddia eden işçinin talebini, davacı tarafın dinlettiği tanık beyanları ve dosya kapsamına göre kısmen kabul eden yerel mahkeme kararını “eksik inceleme” gerekçesiyle bozmuştur. Kararda “...Davalı işverenin emlak bürolarında çalışanlar hakkında çıkarıp uyguladığı personel yönetmeliği ve günlük çalışma saatlerine yönelik yazılı düzenlemesi bulunup bulunmadığı araştırılmalı, var ise dosya arasına alınmalı, işyerinde ehil bilirkişi katılımı ile keşif yapılarak yapılan işin fazla mesaiyi gerektirip gerektirmediği, fazla mesaiyi gerektiriyorsa günlük kaç saat fazla mesaiyi gerektirdiği hususunda rapor alınmalı ve sonucuna göre karar verilmeli iken bu hususlara riayet edilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır...” ifadelerine yer verilmiştir.

### III. Değerlendirme

Yukarıda yer verilen çeşitli Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere, imzalı bordro bulunması durumunda, bordroda gösterilen sürelerden daha fazla çalıştığını ispat edebilmek için işçinin yazılı delil ikame etmesi gerekmektedir. Bu durum usul hukukunda yer alan senede karşı senetle ispat kuralının<sup>18</sup> bir gereğidir.

İşçinin ihtirazi kayıt ileri sürmüş olması durumunda ise bordroda gösterilmiş bulunan fazla çalışma süresinden daha çok fazla çalışma yapıldığını, çalışma fiili bir durum olduğundan işçi her türlü delille ispat edebilir. İşçinin fazla çalışma yaptığını gösteren bordro ya da işyeri kayıtları olarak nitelendirilen diğer yazılı bel-



## Fazla çalışmaya ilişkin her davada, bilirkişi incelemesi ya da keşif delillerine başvurularak işyerinde fazla çalışmayı gerektiren bir çalışma olup olmadığının tespitinin ilke olarak aranması kanaatimizce gerekli değildir.

gelerin bulunmadığı ya da fazla çalışma olgusunu ispata elverişli olmadığı durumlarda tanık deliline başvurulmaktadır. İşçinin imzasını taşıyan bordronun sahteliğinin ispat edilmesi durumunda da aynı esaslar geçerlidir.

Yüksek mahkeme, incelemede yer verilen kararlarından görüldüğü üzere, tanık anlatımlarının işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığını belirleme konusunda yeterli olmadığı durumlarda işçinin fiilen yaptığı işin niteliği, işyeri kayıtlarının incelenmesi, işyerinde keşif yapılarak işyerinin hacmi ve yoğunluğu gibi hususların belirlenerek sonuca gidilmesi yönünde bir ilke oluşturmuştur.<sup>19</sup> Tanık delili zayıf ve çürük bir delil olarak değerlendirilmektedir.<sup>20</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de tanık beyanlarının tek başına hükme esas alınmasını yeterli görmemektedir. Bu görüşün doğal bir sonucu olarak da, hakim kendiliğinden başvurabileceği deliller olan bilirkişi (m.266) ve keşif (m.288) delillerine başvurmasını gerekli görmektedir.

İnceleme konusu kararda da davacı tanıklarının anlatımlarıyla davacının fazla çalışmasının olup olmadığı ve hafta tatili ile ulusal bayram genel tatillerde çalışıp çalışmadığı hususlarında tanık beyanlarıyla sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı ifade edilerek "Uzman bilirkişi marifetiyle işyeri kayıtları ve işyeri kapasitesi incelemeye fazla çalışma gerektirir bir çalışma düzeni bulunup bulunmadığı tespit edilerek tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle sonuca gidilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." yönünde bir karara varıldığı görülmektedir.

Burada irdelenmesi gereken husus, işyerin-

de fazla çalışma yapıp yapılmadığının belirlenmesinde, her olayda, istisnasız olarak bilirkişi ve keşif delillerine başvurulmasının gerekli olup olmadığıdır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığı ilk derece mahkemesinde inceleyen hakim, yazılı delillerin bulunmadığı ya da ispata elverişli olmadığı durumlarda başvuru tanık delilini serbestçe takdir etme hakkına sahiptir. Zaten, işçinin fazla çalışma yaptığını ispata yarayabilecek yazılı bir belge olması durumunda, fazla çalışma yaptığını ispat yükü altında olan işçinin ispata ilişkin yükü oldukça kolaylaşacaktır. Bu nitelikte yazılı belgelerin bulunmadığı bir uyuşmazlıkta yargılama aşamasında dinlenen tanıkların beyanları, davaya bakan hakim tarafından takdir edilmiş ve bir kanaate ulaşırsa burada ayrıca işyerinde keşif ve/veya bilirkişi incelemesi yapılarak fazla çalışmayı gerektiren bir çalışma düzeninin olup olmadığının tespitine gerek bulunmamaktadır. Aynı şekilde işçinin mahkemede dinletmiş olduğu tanıklarla hakimde fazla çalışma yaptığı yönünde bir kanaat oluşturmadığı, sunduğu diğer delillerle de fazla çalışma yaptığını ispat edemediği durumlarda da bilirkişi incelemesi ya da keşfe gerek olmaksızın dava reddedilebilmelidir.

İşçi, üzerine düşen ispat yükü çerçevesinde fazla çalışma olgusunu hakimde kanaat oluşturmaya yetecek açıklıkta ispat etmiş ise bu aşamadan sonra ispat yükü yer değiştirerek işverene geçer. İşveren tarafından sunulan delillerle işçinin fazla çalışma yapmadığı ya da yapılmış olan fazla çalışmaların tamamının ücretinin ödendiği ispat edilerek işçinin alacağı bulunmadığı ispat edilirse de işyeri kayıtlarının incelenmesi ve/veya işyerine gidilerek keşif yapılması beklenmemelidir.

Kısaca söylemek gerekirse, fazla çalışmaya ilişkin her davada, bilirkişi incelemesi ya da keşif delillerine başvurularak işyerinde fazla çalışmayı gerektiren bir çalışma olup olmadığının tespitinin ilke olarak her olayda aranması kanaatimizce gerekli değildir. Önemli olan, işçinin, tanık beyanlarıyla fazla çalışma yaptığını ispat etmesi ya da edememesi durumlarında, bu beyanları serbestçe takdir eden, tarafları ve uyuşmazlık konusunu en yakından gören ve

bilgi sahibi olan hakimde davayı karara bağlamak için yeterli kanaatin oluşmasıdır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin tanık anlatımları ile yetinmeyerek işyeri kayıtları ve işyeri kapasitesinin incelenmesi talebi, dosyada mevcut bulunan delillerin hakimde kanaat oluşturmaya yeterli olmadığı, özellikle tanık anlatımlarının çelişkili olduğu, durumlarda geçerli olacak şekilde anlaşılmalıdır.

Fazla çalışma yaptığı ve ücretinin ödendiği konusunda yazılı bir belge bulunmayan işçinin fazla çalışma yaptığını tanık anlatımları ile ispat etmesi durumunda usul hukuku açısından ispat yükünü yerine getirdiği kabul edilmelidir. Bu aşamada ispat yükü davalı işverene geçer ve işçiye fazla çalışması karşılığında zamlı ücret ödendiğini ya da işçinin isteğiyle serbest zaman kullandırıldığını ispat etmek durumunda kalır. Fazla çalışma karşılığında ücret ödendiğini gösteren bir makbuz, banka dekontu ya da işçinin serbest zaman kullandığını ispata yarayacak bir delil ibraz etmesi gerekmektedir. İşverenin bu nitelikteki delilleri mahkemeye ibraz etmesi durumunda da işçinin davasının reddedilmesi gerekir. Anılan nitelikteki delillerin işveren tarafından mahkemeye sunulmaması durumunda işçinin fazla çalışma yaptığı ancak karşılığında zamlı ücret almadığı iddiası ispat edilmiş sayılarak davacı işçinin talebi yönünde hüküm tesis edilmelidir. İşverenin, bu olguların aksini ispat edememesi durumunda işçinin davası kabul edilecektir.

İşyeri kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak işyeri kapasitesinin belirlenmesi ve fazla çalışma yapılmasını gerektiren bir çalışma düzeni bulunup bulunmadığının tespiti öncelikle işyerinde üretilen mal-hizmet miktarının belirlenmesini gerektirir. Fazla çalışma yapıldığına ve ücret alacağı bulunduğu dair talepler nitelikleri gereği geçmişe aittir. Ücret alacağı olduğundan beş yıllık zamanaşımına tabi olan fazla çalışma alacakları, en fazla geçmişe yönelik beş yıllık süreyi kapsayabilecektir. İşçinin talebi ile bağlı olacak şekilde, en çok beş yıl öncesinden başlayarak fazla çalışma gerektiren bir çalışma yapılıp yapılmadığının işyeri kayıtları üzerinden ya da işyerinde keşif yapılarak tespit edilmesi, şayet işveren tarafından fazla

çalışma yapılması yönünde örneğin üretim müdürüne hitaben yazılmış bir yazı, işyerine gelen bir siparişin gününde yetiştirilmesi gerektiğine yönelik bir yazılı talimat gibi belgeler yoksa çok güç olacaktır. Yazılı belgenin bulunmadığı durumlarda, örneğin işyerinde yapılacak bir keşifte, işçinin dava konusu yaptığı dönemde fazla çalışma yapılıp yapılmadığı işyerinde anılan dönemde çalışan işçilerin bilgilerine başvurulacak belirlenebilecektir. Dolayısıyla yazılı belge bulunmaması durumunda bu incelemenin esasını da yine tanık beyanları oluşturacaktır.

İşyerinde belli bir zaman diliminde yapılan üretimin miktarı ve bu üretimin kaç işçi ile yapıldığı belli ise işçinin fazla çalışma yaptığını iddia ettiği dönemin bu zaman dilimi ile karşılaştırılarak sonuca ulaşılması mümkündür. Ancak bu olasılıkta dahi fazla çalışmanın hangi işçiler tarafından yerine getirildiği belirlenmemelidir. Özellikle parça başı üretim yapılmayan işyerleri açısından bir işçinin belli bir zaman diliminde ne kadar mal ya da hizmet ürettiğinin belirlenmesi birçok bilinmezi içinde barındırmaktadır. Bu konuda ileri sürülebilecek olasılıklar ise oldukça çeşitlidir.

#### IV. Sonuç

İş hukuku ilke ve kuralları ile usul hukuku esasları birlikte değerlendirildiğinde, Yargıtay'ın "uzman bilirkişi marifetiyle işyeri kayıtları ve işyeri kapasitesi incelenerek fazla çalışma gerektirir bir çalışma düzeni bulunup bulunmadığı" konusunda araştırma yapılması gerektiğine yönelik kararlarının, fazla çalışma yapıldığı konusunda işçinin üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmek amacıyla ikame ettiği deliller, özellikle tanık anlatımlarının hakimde fazla çalışma yapıldığı ya da yapılmadığı konusunda kanaat oluşturmaya yeterli olmadığı ve/veya çelişkili bulunduğu durumlara ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Bunun ötesinde ispat yükü kendisine düşen işçi tarafından fazla çalışma yaptığı konusunda dinletilen tanık beyanları hakimde fazla çalışma yapıldığı ya da yapılmadığı konusunda karar vermeye elverişli şekilde kanaat oluşturmuş ise, yerel mahkeme hakimi başka bir araştırmaya ihtiyaç duymaksız-

zın kararını verebilmelidir. Dolayısıyla, bilirkişi marifetiyle işyeri kayıtları ve işyeri kapasitesi incelenmesi, yukarıda yer verilen bazı kararlarda ifade edildiği üzere keşif yapılması, ilke olarak, fazla çalışma iddiasının ileri sürüldüğü her davada başvurulması gerekli deliller olarak değerlendirilmemelidir. Hiç şüphesiz tanık beyanları da dahil olmak üzere, yargılama aşamasında ileri sürülen deliller, hakimde fazla çalışmanın yapıldığı ya da yapılmadığı yönünde kanaat oluşturmaya elverişli değilse, hukuka uygun bir karar verilebilmesi için keşif ve bilirkişi incelemesine de başvurulacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 Kuru, 1352; Kuru-Arslan-Yılmaz,367-368; Pekcantez-Atalay-Özekes, 419 .
- 2 Kuru, 1356.
- 3 Kuru, 1356-1358; Pekcantez-Atalay-Özekes, 441-442.
- 4 Kuru, 1359; Kuru-Arslan-Yılmaz, 370, 372; Pekcantez-Atalay-Özekes,444.
- 5 Kuru, 1386-1387; Kuru-Arslan-Yılmaz, 376, 371.
- 6 Ayrıntılı bilgi için bkz.Pekcantez-Atalay-Özekes, 447.
- 7 Süzek, 753; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 228-229; Özdemir, 230.
- 8 Davacı işçinin tanık anlatımlarıyla fazla çalışma yaptığını ispat etmesi üzerine "...Davacı işçi tanık anlatımları ile işyerinde fazla çalışma yapıldığını kanıtlamıştır. Yapılan fazla mesai ücretinin ödendiğinin ispat yükü üzerinde olan işveren ödemeyi ispatlayan herhangi bir delil sunmamış olmasına rağmen delil listesinde sair delillere dayanmıştır. O halde, mahkemece davacıya yemin delili hatırlatılıp, bu delile başvurup başvurmayacağı sorularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." bir karar için bkz. Y9HD, 10.04.2008. 14733/8184 (www.hukuki.net)
- 9 Y9HD, 16.12.2008, 40088/33769, Çalışma ve Toplum, 2009/2,S.21, 278-280; Y9HD, 10.4.2008, 14733/8184 (www.hukuki.net); Y9HD, 17.2.2009, 36158/2641; Y9HD, 30.12.2010, 44732/42005; Y9HD, 27.12.2010, 23547/40954; (www.kazanci.com.tr)
- 10 Y9HD, 16.12.2008, 40088/33769, Çalışma ve Toplum, 2009/2,S.21, 278-280; Y9HD, 30.12.2010, 44732/42005; Y9HD, 27.12.2010, 23547/40954 (www.kazanci.com.tr)
- 11 Süzek, 753, dn. 59 ve 60'da belirtilen yazarlar; Çelik, 347-348, dn.34-35.
- 12 Y9HD, 17.2.2009, 36158/2641 (www.kazanci.com.tr)
- 13 Y9HD, 15.4.2010, 24410/10637 (www.kazanci.com.tr)
- 14 Y9HD, 30.12.2010, 44732/42005; Y9HD, 27.12.2010, 23547/40954 (www.kazanci.com.tr)
- 15 Kuru, 1797-1798, dipnot 149'da yer künyesi yer alan HGK kararları; Kuru-Arslan-Yılmaz, 438-439.
- 16 Bu esasların belirtildiği kararlar için bkz Y9HD, 16.12.2008, 40088/33769, Çalışma ve Toplum, 2009/2,S.21, 278-280; Y9HD, 30.12.2010, 44732/42005 (www.kazanci.com.tr)
- 17 Y9HD, 30.12.2010, 44732/42005 (www.kazanci.com.tr); fazla çalışmanın tespiti için işyerinde keşif yapılması gerektiğini ifade eden bir diğer karar için bkz. Özdemir, 234, dn. 790.
- 18 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru-Arslan-Yılmaz, 415-421; Pekcantez-Atalay-Özekes, 499-500.
- 19 Y9HD, 30.12.2010, 44732/42005; Y9HD, 27.12.2010, 23547/40954 (www.kazanci.com.tr)
- 20 Kuru-Arslan-Yılmaz, 431; Pekcantez-Atalay-Özekes, 507,yazarlara göre tanık delili zayıf ancak vazgeçilmesi mümkün olmayan bir delildir.

## KAYNAKLAR

- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, B.22, İstanbul 2009.
- Eyrenci, Öner-Taşkent, Savaş-Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, B.3, İstanbul 2006.
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.2, B.5 İstanbul 1990.
- Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, B.22, Ankara 2011.
- Özdemir, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçlar, İstanbul 2006.
- Pekcantez, Hakan-Atalay, Oğuz-Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku B.12 Ankara 2011.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, B.4, İstanbul 2008.

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAKCI

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Sözleşme Özgürlüğü ve İkale

### T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2011/876

**Karar No** : 2011/1287

**Tarihi** : 27.09.2011

### DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi .... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### KARAR

Davacı iş sözleşmesinin geçerli neden olmaksızın feshedildiğini ileri sürerek feshin

geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı davacının karşılıklı anlaşma ile iş akdinin sona erdiğini savunmuştur.

Mahkemece her ne kadar davacının karşılıklı anlaşma ile iş akdinin sona erdiği savunulmuş ise de, bunun gerçek ve hür iradesini yansıtmadığı, davacının tazminatlarını alabilmek için baskı altında anılan belgeyi imzalamak zorunda kaldığı, gerçekte işverenlik tarafından yapılan fesih işlemi bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile davacının işe iadesine karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı davalı işveren tarafından yapılan fesih bildiriminin geçersiz olduğunu ileri sürmüştür, davalı ise karşılıklı anlaşmayla iş akdinin sona erdiğini savunmuştur. Davalı şirket tarafından 27.05.2009 tarihinde ikale amacıyla yapılan yazılı icap üzerine taraflar arasında aynı tarihli ikale protokolü düzen-



lenmiştir. Davacı satış kadrosunda bölge şefi olarak çalışmış eğitimli bir kişidir ve imzaladığı belgenin anlamını kavrayabilecek vasıflara sahiptir. Ayrıca iradesinin sakatlandığını da ispatlayamamıştır. Mahkemenin kabulünde olduğu üzere davacıya ikramiye ile kıdem ve ihbar tazminatlarına ilaveten iki maaş tutarında ek bir ödeme yapılmıştır. Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde iş sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla ikale yoluyla sona erdiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

## HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkeme kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2. Davanın REDDİNE,

...

Kesin olarak 27.09.2011 gününde oybirliği ile karar verildi<sup>1</sup>.

## KARARIN İNCELENMESİ

### 1. Giriş

İş hukukunda ikale, teorik açıdan eski ancak uygulaması iş güvencesinin yürürlüğüyle ortaya çıkan bir kurumdur<sup>2</sup>. İş güvencesinin 2003'de yürürlüğe girdiği ve Yargıtay'ın ikale hakkındaki karar sayısının da 2007-2008 yıllarından itibaren arttığı dikkate alınır, ikale uygulamasının çıkış noktasının işverenlerin işi iadenin parasal yükümlülüklerinden kurtulmaya dair salt kötü niyetleri olduğunu söylemek hatalı olacaktır. Yargıtay, iş güvencesi konusunda 60 yıllık bir uygulama tecrübesine Alman hukukundan yararlanarak son çare, tutarlılık, elverişlilik, menfaatler tartışı gibi kapsamlı denetim ölçütleri aramıştır. Bu da iş güvencesi uygulamasının ilk yıllarında işverenlerin özellikle işçinin yetersizliğinden ve işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde başarısızlığına neden olmuştur<sup>3</sup>. İşverenlerce geçerli feshin tam olarak benimsenememesinin, onları ikaleye yönlendirdiği söylenebilecektir.

İkalenin geçerlilik şartları, pozitif bir düzenleme yokluğu nedeniyle iş hukuku uygulamasında önemli bir tartışmanın konusudur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2006 ve 2007 yıllarında farklı yönlerde kararlar verdikten sonra, öğretinin eleştiri ve önerilerini de göz önünde bulundurularak, 2008 yılında makul yarar dene-

tim ölçütünü geliştirmiştir<sup>4</sup>. Buna göre, ikalenin geçerliliği bakımından işçinin iradesinin fesada uğramamış olması yeterli değildir. İşveren feshine bağlı tazminatlar ve özellikle de iş güvenliğiyle olan ilişkisi nedeniyle, ikalenin geçerliliği işçinin bunu yapmada makul bir yararının bulunmasına bağlıdır<sup>5</sup>.

Temmuz 2011'den itibaren işe iade davalarının temyiz mercii olarak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi görev yapmaktadır. Yeni Dairenin ikale de dahil esasen 9. Hukuk Dairesi'nce geliştirilen içtihatları sürdürdüğü gözlenmektedir<sup>6</sup>. Ancak 22. Hukuk Dairesi'nin ikaleye ilişkin kararlarında dikkati çeken bir husus, inceleme konusu kararda olduğu gibi, işçinin eğitim durumu ile işyerindeki konumuna atf ile imzaladığı belgelerin içeriğini ve hukuksal sonuçlarını tayin ve takdir edebilecek durumda olduğuna vurgu yapmasıdır. Yüksek Mahkeme'nin inceleme konusu kararından başka, örneğin 12.12.2011 tarihli bir kararına göre, "Davacının işyerinde idari ve mali işler müdürü olarak görev yaptığı nazara alındığında, imzaladığı belgelerin mahiyetini ve sonuçlarını takdir ve tahmin edebilecek durumda olduğu açıktır. Bu yön davacının görevini gereği gibi yapmadığına ilişkin işyeri yazışmaları ve belgelerle değerlendirildiğinde, iş sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesi yönünde taraf iradelerinin birleştiğinin ve davacının iradesini sakatlayan bir durumun bulunmadığının kabulü ile ikaleye değer verilme-

si gerekir”<sup>7</sup>. Yerleşik düzenini başka bir ilde kurup devam ettireceğinden bahisle, tazminatları ödenmek suretiyle iş sözleşmesinin feshini talep eden bir işçinin açtığı işe davasında ise, “Davacı kimya mühendisi olup, eğitimi itibarıyla imzaladığı belgelerin içeriğini ve hukuksal sonuçlarını tayin ve takdir edecek komundadır. Dilekçesini verdiği tarihe kadar işveren tarafından hizmet sözleşmesinin feshedileceği yönünde baskı olduğunu gösterir somut bir delil mevcut değildir”<sup>8</sup> gerekçesine dayanan Yargıtay, işçinin talebi üzerine işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle gerçekleştirilen feshi ikale olarak değerlendirmiştir.

İnceleme konusu kararda makul yarar şartı bağlamında ilave bir ödeme olduğu halde, özetlenen bu iki kararda yasal tazminatlara ilaveten bir ödeme bulunmamaktadır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin bu kararlarında, işçinin eğitim düzeyi ve işyerindeki konumundan başka, iki husus ön plana çıkarılmaktadır. Bunlardan ilki, işçinin iradesinin sakatlandığının somut olarak ispat edilemediğidir. İkinci olarak, makul yarar kapsamında yapılan ilave ödeme, ödeme yapılmadı ise, örneğin işçinin sözleşmesinin feshini haklı gösteren bazı davranışlarının varlığı gibi, ödeme olmamasına rağmen ikalenin işçinin yararına olduğu yolunda somut olguların tespit edildiği görülmektedir. Buna göre, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin amacının, işçinin eğitim durumu ile işyerindeki konumuna atıf ile yeni bir denetim ölçütü geliştirmekten ziyade, ikalenin işçinin iradesine uygunluğunu, gönülsüz rızasına dayanmadığını teyit olduğu söylenebilecektir.

Acaba böyle bir teyidin hukuken anlamı, işlevi nedir? Başkaca hangi hallerde ikalenin işçinin gerçek iradesine uygun olduğu yolunda bir karineden söz edilebilir? Bu yazıda, ikalenin geçerliliği bağlamında makul yarar şartı ile işverenin aydınlatma yükümlülüğünün işlevi ile aralarındaki ilişki ve işçinin eğitim durumu ile işyerindeki konumunun bu iki ölçütü olan bağlantısı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ayrıca ikalenin işçinin gerçek iradesine uygunluğunu teyit eden diğer bazı ihtimaller üzerinde durulacaktır.

## II. Makul yarar ölçütü ve uygulamadaki sonuçları

İcabın işverenden geldiği her durumda, ikalenin işçi aleyhine olduğu şeklinde bir genelleme, çok da hatalı olmayacaktır. Çünkü iş hukuku mevzuatında işçi, iş sözleşmesinin sona ermesiyle ilgili işverene karşı bazı hak ve yetkilerle donatılmıştır. Dolayısıyla tüm bunlardan vazgeçme anlamına gelen işverenin ikale icabını kabul etmesi, kendisiyle ilgili bir neden bulunmadığı sürece, hayatın olağan akışında pek mümkün gözükmemektedir<sup>9</sup>. Yargıtay, ikalenin geçerliliği konusunda irade fesadı dışında, makul yarar ölçütü çerçevesinde ilave bir denetim yapılmasının gerekçesini, iş güvencesi hükümlerinin dolanılmasının önüne geçmek şeklinde ifade etmiştir<sup>10</sup>. Bu nedenle makul yararın, iş güvencesi göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerekir. Buna göre makul yararın, her zaman feshe bağlı yasal tazminatlara ilaveten iş güvencesi karşılığı bir ödeme olmadığı açıktır. Çünkü iş güvencesinde, işverenin keyfi fesihlerine karşı işçinin korunması amaçlandığından, işçinin kendisiyle ilgili nedenlerle işten ayrılmasının lehine olduğu hallerde, işverence hiç ya da yasal tazminatlarla sınırlı bir ödeme yapılması yahut da İş Kanunu m.21’deki ölçünün çok altında bir kazandırma, makul yarar kapsamında yeterli görülebilir. Bu nedenle ikale icabının işverenden geldiği hallerde, makul yararın İş Kanunu m.21’de geçersiz feshe bağlanan parasal sonuçların ödenmesi şeklindeki genel bir değerlendirme hatalı olacaktır. Makul yarar ölçütü uyarınca yapılacak bir değerlendirmede belirleyici olan, ikale icabının hangi taraftan geldiğinden başka, işçinin yeni bir iş bulmuş olması gibi somut olayın şartlarıdır<sup>11</sup>.

Öğretide iş güvencesi kapsamındaki işçi açısından makul yararın ne düzeyde bir ödeme olacağı hakkında, yasal tazminatlara ilaveten iş güvencesi tazminatının asgari sınırı dört aylık ücretin esas alınabileceği<sup>12</sup>, bunların dışında işsizlik ödeneğinin karşılanması gerektiği<sup>13</sup> gibi görüşler ileri sürülmüşse de<sup>14</sup>, Yargıtay haklı olarak genel bir belirlemeye gitmemiş, bir alt ya da üst sınır belirlememiştir. Yargıtay’ın ihbar ve kıdem tazminatına ilaveten bir, iki ay-

lık ücret tutarında bir ek ödemeyi makul yarar açısından yeterli gördüğü karar sayısı hiç de az değildir<sup>15</sup>.

Yargıtay'ın makul yarar kapsamında yapılacak ödemenin düzeyi hakkında haklı olarak kesin bir sınır çizmemesi, uygulamada işçilerin imzaladıkları ikale sözleşmesinin gerçekte işveren feshi olduğu iddiasıyla çok sayıda işe iade davası açmalarına neden olmuştur. Bu davalarda, işten ayrılması için baskı yapıldığı, yasal tazminatlarının ödenmeyeceği tehdidi ile ikale sözleşmesinin imzaladığı ya da istifa dilekçesi verdiği, ikalenin anlam ve sonuçlarını bilmediği, ikaleyi ihtirazi kayıt ile imzaladığı<sup>16</sup> gibi genelde Yargıtay kararlarında geçen iddialara yer verilmesi dikkati çekmektedir. Bu şekilde BK m.23-31 (TBK m.30-39) anlamında iradeyi fesada uğratan somut bir olgu ileri sürülmezsin, ikalenin gönülsüz rızaya dayandığı yolunda soyut iddialarla işe iade davası açılması, bunların çoğunun işverence yapılan ödeme ile İş Kanunu m.21'de öngörülen düzey arasındaki farkı elde edebilme amacıyla açılmış olabileceği kuşkusunu ortaya çıkarmaktadır. Bu noktada işçinin ikalenin geçersiz sayılıp işe iade edildiği durumda elde edebileceği tutarın mutlak emredici bir hükümlerle sınırlandırıldığı (İŞK m.21/son) ve işverence işe iade ertesinde ödeme yapılırken, geçersiz ikale/fesih sırasında yasal tazminatlara ilaveten ödenen tutarın mahsup edileceği unutulmamalıdır<sup>17</sup>.

Gerçekten işçinin iradesinin hata, hile ya da ikrah suretiyle fesada uğradığı, işverenin açıkça iş güvencesi hükümlerini dolanma (kanuna karşı hile) amacıyla hareket ettiği sözleşmeler ikale değil, işveren feshi niteliğindedir. Böyle bir durumda işçinin İş Kanunu m.18 vd. hükümlere dayanarak işe iade davası açması yasal hakkıdır. Ancak ikalenin geçersizliği iddiasıyla açılan işe iade davası sayısının çokluğu dikkate alındığında, Taşkent tarafından belirtildiği üzere, akla bu davalardan bazılarının "ek bir menfaat daha elde edebilme girişimi"<sup>18</sup> olarak açılmış olabileceği şüphesini getirmektedir.

Hayatın olağan akışında herkesin bir hukuki işlemde kendisi için en lehe olan şartları istediği varsayılır. Parasal bir hesap ile işçinin iş sözleşmesinin feshi üzerine iş hukuku

mevzuatı uyarınca elde edeceği menfaatlerin, kendisine ikale karşılığında ödenecek tutardan fazla olması beklenir. Yoksa ikale karşılığında işçinin elde edeceği tutarın, işveren feshi durumunda eline geçecek miktar ile aynı olmasını beklemek, bunu ikalenin geçerlilik şartı olarak görmek, işveren açısından ikaleyi anlamsızlaştırır. Bu çerçevede işçinin iradesinin BK m.23-31 anlamında fesada uğratılmamış olması şartı ile ikale karşılığında işçiye ödenecek tutarın, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbestçe belirlenebileceği söylenebilecektir. Burada, işçinin iş güvencesi tazminatına uzun bir işe iade yargılaması sonunda hak kazanabileceği, ikale karşılığında ise, derhal bir ödeme aldığı, dolayısıyla ödeme düzeyi ile ödeme zamanı arasında bir denkleştirmenin bulunduğu gözden uzak tutulamaz. Kaldı ki İş Kanunu m.21'deki işçinin işe iade başvurusu şartı nedeniyle, uzun yargılama sürecinde yeni bir işte çalışmaya başlayan işçinin iş güvencesi tazminatına hak kazanması da kesin değildir.

Ancak ödeme miktarı ve zamanı yönlerinden işçi ile işverenin karşılıklı menfaatleri arasındaki bu denkleştirmeden, somut irade fesadı dışında ikalenin her hâlükârda geçerli olacağı söylenemez. Çünkü sözleşme özgürlüğünün olmazsa olmaz unsurlarından birisi, taraflarının eşit güçte olmalarıdır. İşçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi, ikale şartlarının belirlenmesinde işverenin ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanması sonucunu doğurur. Bu nedenle ikalede kendi haklarını koruyabilecek denk iki tarafın bulunduğu bahsedebilmek için, işçi lehine bazı hukuki araçlara ihtiyaç vardır. Öğreti ve uygulamada bu bağlamda kabul gören araçlar, makul yarar ölçütü ve aydınlatma yükümlülüğü olup, bunların gerekliliği hakkında dürüstlük kuralı ve işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında yapılan haklı tespit ve değerlendirmelere katılmamak mümkün değildir<sup>19</sup>. Ancak her iki ölçütün de objektif, somut bir içeriği bulunmadığından, irade fesadı bulunmaması şartı ile işçinin hangi şartlarda ikalenin geçersizliğiyle ilgili korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğu ve hangi hallerde ise, yaptığı ikaleye katlanmak zorunda olduğu önemli bir sorun olarak karşımıza gelmektedir.

Bu ise, sözleşme özgürlüğü ilkesi ile tam olarak uyuşmayan her iki ölçütün, hukuka uygunluk şartları hakkında bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.

### III. İkaledede makul yarar ölçütü ile işçiyi aydınlatma yükümlülüğünün yasal dayanağı

#### 1. Sözleşme özgürlüğü

Özel hukuka hakim olan temel ilke, sözleşme özerkliğidir (AY m.48, BK m.19, TBK m.26). Sözleşme özerkliği, devletin bir müdahalesi olmaksızın, kişilerin hukuki ilişkilerini serbest iradeleri ile ve kendi sorumlulukları altında diledikleri gibi düzenleyebilmeleri anlamına gelir. Bu ilkenin fiilen hayata geçirilmesi anlamına gelen sözleşme özgürlüğü ise, sözleşme yapma yapmama, istenilen şekil ve içerikte bir sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve nihayet kurulmuş olan bir sözleşmeyi sona erdirmeye haklarını içerir<sup>20</sup>. Sözleşme özgürlüğünün tanıdığı bu yetkiler sayesinde taraflar, kendi menfaatlerinin karşı tarafın çıkarlarıyla ölçülü biçimde dengelenmesini sağlayabilirler.

Sözleşme özerkliğinin, sözleşme özgürlüğünden başka diğer tamamlayıcısı ise, kişilerin yaptıkları işlemlerle bağlı olmasıdır. Buna göre, sözleşme yapmada ve içeriği konusunda özgür olan kimse, verdiği kararların sonuçlarından sorumludur. Bu nedenle devletin, tarafların sözleşme ile bağlayıcı hale getirdikleri karşılıklı isteklerine saygı duyması gerekir. İlke olarak devletin, karşılıklı menfaatlerinin adil biçimde dengelenmesi gerektiği gibi bir gerekçe ile sözleşme özgürlüğüne müdahalesi mümkün görülmemelidir. Bu noktada istisna, taraflardan birinin sözleşme görüşmelerinde eş ya da yakın bir pazarlık gücüne sahip olmaması ve bu nedenle sözleşme olarak ortaya çıkan kararlaştırmanın, fiilen güçlü olan tarafın tek taraflı belirlemesine dayanmasıdır. Bu gibi hallerde hukukun görevi, zayıf olan tarafın haklarını temin eden, sözleşmede her iki tarafın menfaatlerini adil şekilde dengeleyecek mekanizmaları oluşturmaktır. Çünkü sözleşme özerkliğinin olmazsa olmaz şartı, sözleşmenin yapılması

aşamasında tarafların birbirine yakın bir güçte olmaları ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün sadece güçlü olan tarafça kullanılmasının önlenmesidir<sup>21</sup>.

#### 2. Karşılıklı edimlerin denkliliği bakımından ikale özgürlüğüne müdahale zorunluluğu

Sözleşme özgürlüğü ile devletin buna müdahalesi ilk bakışta uyuşmaz gözükmekteyse de, zayıf olan sözleşme tarafının hukuk yoluyla korunması, sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir; kira, tüketici ve iş hukuku alanlarında olduğu üzere. Özel hukukun bir dalı olarak kabul edilen ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün geçerli olduğu iş hukuku mevzuatında, bu özgürlük iş ilişkisinin kurulmasına, düzenlenmesine ve sona ermesine ilişkin aksi ancak işçi lehine değiştirilebilen nispi emredici kurullarla sınırlandırılmıştır. Ancak iş sözleşmesinin ikale ile sonlandırılması hakkında mevzuatta sınırlayıcı bir düzenlemenin olmaması, bu konuda sözleşme özgürlüğünün bütünüyle geçerli olduğu anlamına da gelmez. Yukarıda altı çizildiği üzere sözleşme özgürlüğü sözleşme yapma yapmama özgürlüğünden başka, mevcut bir sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğünü de içerir. Fakat iş sözleşmesinin ikale ile sonlandırılması hakkında bir mevzuatta bir kısıtlamanın olmaması, iş hukuku mevzuatının kabulünü zorunlu kılan, sözleşme tarafları olarak işçinin işverene karşı zayıf olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaktadır.

Sözleşme özgürlüğünün sınırsız biçimde geçerli olabilmesi, somut olayda sözleşme adaletinin de ihlal edilmemiş olmasına bağlıdır. Çünkü sözleşme açısından belirleyici olan, bir tarafın istekleri değil, her iki tarafın karşılıklı iradelerinin uyuşmasıdır. Bu nedenle somut olayda sözleşme adaletinin karşılanıp karşılanmadığı, karşılıklı edimlerin denkliliği çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmeye göre belirlenir<sup>22</sup>. Bir sözleşmenin her iki tarafın menfaatlerini eş düzeyde koruyan şartları içerdiği durumda, karşılıklı edimlerin denkliliği ilkesinin korunduğu söylenebilir. Bunun içinse, sözleşme görüşmelerinde her bir tarafın, kendi men-



faatleri için en az karşı tarafın çıkarları düzeyinde bir korumayı sağlayabilecek bir pazarlık gücüne sahip olması gerekir<sup>23</sup>.

Günlük yaşamda çeşitli nedenlerle her zaman eşit pazarlık gücünde tarafların olması ve dolayısıyla karşılıklı edimler arasındaki denklığın mutlak şekilde korunması imkânsızdır. İşte bu noktada önem arz eden, hangi derecede bir eşitsizlik halinde dışarıdan bir müdahalenin gerekli ve adil olduğunun tespiti. Sözleşme özgürlüğünün karşılıklı edimler arasındaki denklik bağlamındaki sınırı, Borçlar Kanunu'ndaki deyim ile gabin (m.21) ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki deyim ile de aşırı yararlanma (m.28) hükmünde düzenlenmiştir<sup>24</sup>. Aşırı yararlanmaya ilişkin Kanun hükmünün sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama mı, yoksa iradeyi sakatlayan hallerden mi olduğu öğretilerde tartışmalıdır<sup>25</sup>. Öğretilerde baskın görüş, bu hükmün karşılıklı edimler arasındaki denge bağlamında sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olduğudur<sup>26</sup>. Ancak bu tartışmadan bağımsız olarak, bu hüküm ile edimler arasındaki denlikte hangi koşullarda ve derecede bir bozulma halinde sözleşme özgürlüğünün ihlal edildiğinin ve dolayısıyla buna müdahalenin adaletin gereği olduğu belirlenmiş olmaktadır.

Bu hükme göre, "Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde..." sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmayan bir denksizlikten söz edilebilir. Öğretilerde objektif şart olarak nitelenen edimler arasında açık oransızlık ile subjektif şart olarak nitelenen zarar gören tarafın böyle bir sözleşme yapmasına neden olan kişisel koşulları arasında bir illiyet bağı, neden sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Hükümdeki oransızlık nedenleri olarak yer verilen ihtimaller, sözleşme taraflarından birinin ekonomik, sosyal çeşitli nedenlerle diğerine göre zayıf, bağımlı olduğu, dolayısıyla sözleşme tarafları arasında yapısal bir eşitsizliğin bulunduğu hallere özgüdür. Sözleşme taraflarının iktisadi ve sosyal yönlerden gerçekten eşit pazarlık gücüne sahip olduğu bir durumda, bir tarafın zor durumda kalmasından

veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden bahsedilemez. Bu ihtimalde karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık olsa dahi, bunun kaynağı ilgili tarafın isteğidir.

Yukarıda işaret edildiği ve öğretilerde haklı olarak bildirildiği üzere, işçi ile işveren arasındaki güç dengesi dikkate alındığında, ikalede somut bir irade fesadı halinin olmaması, bunun işçinin gerçek iradesine dayandığı anlamına gelmez. İşverenin, yasal tazminatları ödemeyeceği gibi iddialarla, işçiyi gönülsüz olduğu bir ikaleyi kabule zorlayabilmesi, bilinen bir uygulama gerçeğidir. Dolayısıyla ikaleden işçinin makul bir yararının olması ve öncesinde hukuki sonuçları hakkında aydınlatılması, dürüstlük kuralı ile işverenin işçiyi gözetme borcunun bir gereğidir. Ancak bu iki ölçütün içeriğinin somutlaştırılması ve sınırlarının çizilebilmesi bakımından, pozitif bir yasa düzenlemesine olan ihtiyaç açıktır.

Bize göre aşırı yararlanmaya ilişkin Borçlar Kanunu hükmü, ikalenin geçerlilik şartlarından olarak makul yarar ölçütü ile aydınlatma yükümlülüğünün yasal gerekçesini oluşturmaktadır. Bu bağlamda makul yarar karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlık ve aydınlatma yükümlülüğü de, açık oransızlığı ortaya çıkaran işçiyle ilgili subjektif şartlarla ilgilidir. Çünkü makul yarar ölçütü ile ikalede karşılıklı edimlerin denklığı korunmaya çalışılmakta, aydınlatma yükümlülüğü sayesinde de, işçinin "zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden" işverence yararlanılarak bir açık oransızlık yaratılmasının önüne geçilmek istenmektedir.

İş hukuku mevzuatında feshe karşı iş güvencesi ve tazminat haklarıyla donatılan işçinin, tüm bunlardan vazgeçmesi anlamına gelen işverenin ikale icabını kabul etmesi, hayatın olağan akışında vazgeçme karşılığında bir menfaatinin varlığına bağlıdır. Çünkü işveren, ikale ile feshe bağlı iş güvencesi ve yasal tazminatlar düzeyinde bir menfaat elde etmektedir. Dolayısıyla işçinin ikale ile işverenin elde ettiği düzeyde bir karşı menfaatinin olması, karşılıklı edimlerin denklığı ilkesinin bir gereğidir. Ancak işçinin ikaledeki karşı menfaatinin, yukarıda altı çizildiği üzere, vazgeçtiği feshe bağlı

parasal haklarla eşdeğer görülmemesi gerekir. İşçinin elde edeceği karşı edimin denkliğinin, işçinin somut sübjektif şartları itibariyle iş sözleşmesinin sona ermesinin işçi hakkındaki olumlu ve olumsuz sonuçları ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Örneğin işverenin zaten işten ayrılıp kendi işini kurmayı planlayan bir işçiye ikale icabında bulunması hali. Ancak işinden memnun olan, ayrılmayı düşünmeyen ve yeni bir iş bulması da zor olan işçi bakımından, karşılıklı edimlerin denkliğinin, ikale karşılığında işçiye feshe bağlı yasal tazminatlar ve iş güvencesi kapsamında sağlanacak haklarla sınırlı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği açıktır.

Değerlendirme sonucunda, somut şartlar itibariyle ikaleden işveren ve işçinin karşılıklı menfaatlerinin ölçülü bir dengede olmadığı, bunlar arasında açık bir oransızlık hali olduğu sonucuna ulaşıyorsa, aşırı yararlanma hali nedeniyle ikalenin geçersiz olduğu söylenebilecektir. Bu nedenle hem 9. Hukuk Dairesi'nin hem de 22. Hukuk Dairesi'nin ikalede karşılıklı edimlerin denkliği bağlamında, ilke olarak ikale karşılığı yasal tazminatlara ilave bir ödeme yapılmasını araması ancak bazen de somut olayın şartlarını dikkate alarak, örneğin işçinin başka şehre taşınma, emeklilik, kendi işini kurma gibi hallerin varlığında sadece yasal tazminatların ödenmesini yeterli görmesi, isabetlidir<sup>27</sup>.

Aşırı yararlanmada açık oransızlığın sebepleri olarak işçinin “zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden” işverence yararlanılması konusunda göz önünde tutulması gereken, ikale tarafları olarak işçi ile işveren arasında bilgi düzeyi ve iktisadi yönlerden esaslı bir yapısal eşitsizliğin bulunduğu<sup>28</sup>. Ülkemizde yargının yavaş işlediği dikkate alındığında, yasal yollardan feshe bağlı haklarını uzun sürede elde edebileceği kaygısındaki işçinin, insan kaynakları biriminde tüm içeriği konuyla ilgili tecrübeli işyeri yetkililerince belirlenen bir görüşmede, zor durumda olmadığı söylenemez. Çünkü çoğu durumda, işçiye evet ya da hayır demekten başka bir şans verilmemektir. Yine çoğu durumda işveren ikale icabını önceden alanında uzman hukukçulara hazırlattığı halde, eğitilmiş işçilerin

dahi ikalenin sonuçları hakkında tam bir bilgiye sahip olmasını beklemek, gerçekçi değildir. Bu noktada Alpagut'un, “...eğitim ve sendikalaşma oranının düşük olduğu ülkemizde, çoğu kez iş güvencesi kavramını sözleşmenin feshinden sonra öğrenen bir işçi grubunun varlığı...” haklı tespitini hatırlatmak isteriz<sup>29</sup>. Dolayısıyla ikalede karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlığın bir nedeni de, işçinin deneyimsizliği olacaktır.

İşçi - işveren ilişkisinde, iş sözleşmesi tarafları olarak yapısal bir eşitsizliğin varlığı, iş hukuku mevzuatındaki nispi emredici hükümler suretiyle yasa koyucunun kabulündedir. Ancak ikale hakkında yasal bir düzenleme yokluğu nedeniyle, ikale tarafları olarak işçi ile işveren arasında yapısal eşitsizliğin ne derecede olduğu, ikalede aşırı yararlanma bağlamında yapılacak değerlendirme açısından incelemeye değer bir konudur.

### 3. İşçi ile işveren arasındaki güç dengesi(zliği), ikalede iş sözleşmesinden farklı mıdır?

İkalede aşırı yararlanma bağlamında sözleşme özgürlüğüne müdahaleyi gerektiren yapısal bir eşitsizliğin olup olmadığı, Alman hukukunda iş sözleşmesinden ayrı olarak değerlendirilmiştir. Alman Federal İş Mahkemesi, 14.02.1996 tarihli kararında<sup>30</sup>, iş sözleşmesi ilişkisinde işçinin işverene ekonomik ve sosyal yönden zayıf konumundan kaynaklanan yapısal eşitsizliğin, ikale bakımından geçerli olmadığına karar vermiştir. Buna göre, ikale görüşmelerinde işçi işverenle eşit bir pazarlık gücüne sahiptir. İşçi işverenin ikale icabına hayır diyerek, ikale şartlarının belirlenmesinde iradesinin işverence dikkate alınmasını sağlayabilir. Öğretide çoğunluk bu karara iştirak etmiştir<sup>31</sup>. Bu yazarlara göre, ikale görüşmesinde işçinin işverene karşı zayıf olduğundan söz edilemez. İşçi, lehine görmediği ikale icabı hakkında, işverene feshe dair yasal düzenlemelere işaret ederek doğrudan hayır diyebileceği gibi, düşünmek için bir süre de talep edebilir. Böyle bir durumda işveren ya daha iyi şartlar sunmak ya da ikaleden vazgeçmek

zorundadır. Yazarları böyle bir kabule sevk eden gerekçelerden öne çıkanlar, feshe karşı koruma hükümleri ile iş ilişkisinde işvereni işçiye karşı baskın kılan yönetim hakkının, ikale sözleşmesinde geçerli olmamasıdır.

Ancak bu görüşe şüphe ile yaklaşılması gerekir. Öncelikle feshe karşı koruma hükümlerinin, en azından ülkemiz uygulamasında ikale görüşmelerinde işçi açısından pazarlık gücünde bir denge sağlayacağı söylenemez. Alp tarafından haklı olarak vurgulandığı üzere, "... belirli dava olanaklarının sağlanmış olması, hukuka saygı kültürünün yerleşmediği ve yargının ağır işlediği ülkemizde işçinin bu haklarını maalesef olması gereken kesinlik, kolaylık ve çabukluk ile elde edebileceği anlamında da gelmemektedir"<sup>32</sup>. Diğer yandan İş Kanunu m.21'de öngörülen sistem gerçek anlamda bir iş güvencesi temin etmeyip, sadece ihbar ve kıdem tazminatına ilave bir parasal ödemeye hak kazandırdığından, ekonomik varlığının güvencesi olan işini kaybetme riski ile karşı karşıya kalan işçinin, içinde bulunduğu ruh halinde ikale görüşmesinde işveren ile eşdeğer ya da yakın bir pazarlık gücüne sahip olması beklenemez. Çünkü iş güvencesi hükümlerinin, işini yüzde yüz güvence altına almadığını ve işten çıkarmaya karar veren bir işverenin ilave tazminat ile her hâlükârda bu amacına ulaşabileceğini bilen bir işçinin, adeta ekonomik geleceğinin pazarlık konusu olduğu ikale görüşmesinde, gerçek iradesine göre hareket etmesi ve işverene kolayca hayır diyebilmesi güçtür<sup>33</sup>.

Yine böyle bir yaklaşım, uygulamanın gerçeklerine uygun değildir. İşçinin korunmaya ihtiyacı olan ikale sözleşmeleri, istisnalar hariç icabın işverenden geldiği hallerde söz konusu olur. İşveren, ikale icabı ile birlikte, vereceği talimatlarla, görüşme zamanı ve şekli, düşünme süresi verip vermeme gibi noktalarda süreci şekillendirir<sup>34</sup>. Bu talimatlar, yönetim hakkı kapsamında olmamak ve dolayısıyla işçi açısından hukuken bağlayıcı bulunmamakla birlikte, işverence günün herhangi bir saatinde işyeri personel bürosuna çağrılan ve belirsiz bir süre kimseyle konuşmaksızın bekletilen işçinin, ne şekilde bir atmosferde geçeceği, bu konuda daha önceden hazırlanmış ve ilgili işçinin zayıf

yönlerini bilen insan kaynakları personeline belirlenecek bir görüşmede, pazarlık eden değil, işverence dikte edilmeye çalışılan şartlara tepki gösteren taraf olacağı açıktır<sup>35</sup>. İşverenin yönetim hakkı ve dolayısıyla bu kapsamda vereceği talimatlar, işin görülmesi ve işçinin işyerindeki davranışlarıyla sınırlı ve dürüstlük kuralına uygun olması gerekmektedir birlikte (TBK m.399), iş ilişkisinin devamında yönetim hakkı uyarınca verilen talimatlarla ortaya çıkan hiyerarşik düzen, ikale görüşmelerinde işçi üzerinde hiç kuşkusuz etkili olacaktır<sup>36</sup>. Genelde işçinin karşısında birden fazla kimsenin olduğu bu görüşmelerde, bunun tek şansı olduğu vurgusu yapılarak işçi aceleye getirilmeye çalışılacaktır<sup>37</sup>. Ortaya konulmaya çalışıldığı gibi bir atmosferde geçen ikale görüşmesinde, işçinin hukuken hakkı olmakla birlikte, işverene fiilen kolayca hayır diyebilmesi hayatın olağan akışında beklenmemelidir.

Bu tespitlerden hareket ile ikale görüşmelerinde işverenin işçi üzerinde baskın olduğu ve çoğu olayda Yargıtay'ın deyimi ile "ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanması"<sup>38</sup> sonucu ikalenin ortaya çıktığını söylemek hatalı olmayacaktır. İşçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi ilişkisinde var olan yapısal eşitsizlik hali, ikale bakımından da geçerlidir. Sözleşme tarafları olarak işçi ile işveren arasındaki bu güç dengesizliği, TBK m.28'deki deyim ile işçinin zor durumda kalması ve deneyimsizliği sonucunu ortaya çıkaracaktır.

Normal bir işçinin ikalenin sonuçları hakkında ayrıntılı bir bilgiye sahip olması düşük olasılıktır. Bu anlamda işçinin işverenin yanlış yönlendirmelerine açık olduğunu söylemek mümkündür. Diğer yandan işverenin icabını kabul etmediği takdirde, işverenin hiçbir ödemede bulunmayacağını ve yasal haklarının eline uzun yıllar devam edecek bir yargılama sonucunda geçeceğini bilen bir işçinin, yeni iş bulup bulamayacağı tereddüdü de eklenince, ikaleyi imzalarken zor durumunda olmadığı söylenemeyecektir. Bu nedenle aşırı yararlanmaya ilişkin Borçlar Kanunu hükmü, ikalenin geçerlilik denetiminde irade fesadının dışında, esaslı denetim mekanizmasını oluşturmaktadır.

#### 4. Makul yarar ile aydınlatma yükümlülüğü arasındaki ilişki

Aşırı yararlanmaya dair hükümdeki edimler arasındaki açık oransızlık ile zarar gören tarafın böyle bir sözleşme yapmasına neden olan kişisel koşulları arasındaki sebep sonuç ilişkisi, ikalede makul yarar ölçütü ile işverenin aydınlatma yükümlülüğü bakımından da geçerlidir.

İşverenin ikalenin sonuçları hakkında aydınlatma yükümlülüğü, işçinin ikale yapma konusunda işverenin baskısı altında olmadığı ve yaptığı ikalenin, bunun sonuçları hakkındaki bilgisizliğinden kaynaklanmadığını göstermesi bakımından önemlidir. Ancak ikalenin geçerliliği noktasında aydınlatma yükümlülüğü tek başına yeterli değildir. Çünkü işçinin ikalenin hakkındaki olumsuz sonuçlarıyla ilgili aydınlatılması, işçinin ekonomik yönden işverene karşı zayıf olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz; işçi ile işveren arasındaki pazarlık gücünde iktisadi yönden bir denge unsuru teşkil etmez<sup>39</sup>. Çünkü aydınlatma yükümlülüğünün aşırı yararlanmanın önlenmesi bakımından sonuçları, işçinin ikaleyle ilgili bilgisizliğinden, deneyimsizliğinden kaynaklanacak olumsuzluklarla sınırlıdır.

Dolayısıyla ikalenin geçerliliği bakımından, karşılıklı edimler arasındaki denkleğin bozulmaması için dengeleyici ilave bir unsura ihtiyaç vardır. İşçi ile işverenin karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesi ise, makul yarar ölçütü kapsamında bir menfaat ile sağlanacaktır. Bu çerçevede yapılacak değerlendirmede, aydınlatma yükümlülüğü ile makul yarar arasında bir doğru orantı yoktur. Hangi içerikte bir aydınlatma ve kazandırmada, karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık olmadığı söylenileceği, her somut olayın kendi şartlarında hakim tarafından takdir edilecektir. Makul yararın takdirinde, genel geçer objektif bir ölçüt bulunmamaktadır. Örneğin Yargıtay, ikale karşılığında işçiye sadece ihbar ve kıdem tazminatı ödemesi yapılan iki olayda, işçinin iş sözleşmesinin haklı feshine imkân veren davranışlarının olmasını ve başka şehre taşınma isteğini, ikalede karşılıklı edimler arasındaki denkleği sağlayan unsurlar olarak görmüştür<sup>40</sup>.

#### IV. İkaledede aşırı yararlanmanın takdiri

Yukarıda belirtildiği üzere, ikalede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlığın olup olmadığı takdirinde, her somut olay aydınlatma yükümlülüğü ve makul yarar ölçütü bağlamında kendi şartları göz önünde tutularak takdir edilecektir. Ancak bu değerlendirmede somut ikalenin işçinin iradesine uygun olduğu, işçi ile işverenin karşılıklı menfaatleri arasında makul bir dengenin sağlandığı noktasında, aksi ispatlanabilen bazı karinelere dayanarak yararlanılması mümkündür. Örneğin inceleme konusu Yargıtay kararında belirtildiği üzere, işçinin eğitim durumu ile işyerindeki konumuna atıf ile imzaladığı belgelerin içeriğini ve hukuksal sonuçlarını tayin ve takdir edebilecek durumda olması gibi. Bunun dışında, ikale görüşmesinde işçiye üçüncü kişilerin nezaret etmesinin sağlanması, icap üzerine yeterli bir düşünme süresinin verilmesi gibi ihtimaller üzerinde durulabilir.

Ancak bu karinelerin, işçinin iradesinin BK m.23-31 (TBK m.30-39) anlamında fesada uğratılmadığı hallerde göz önünde tutulabileceği unutulmamalıdır.

#### 1. İşçi ve işverenin entelektüel düzeylerinin belirleyiciliği

Alman öğretisinde sözleşme taraflarının entelektüel yönden benzer bilgi düzeyinde olmalarının, pazarlık güçleri arasındaki denge bakımından esaslı bir unsur olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişinin tabi olacağı şartları belirleyebilmesi, sahip olacağı iktisadi haklarla ilgili karşı tarafla fiilen bir pazarlık imkânının varlığı dışında, her iki tarafın bilgi düzeyi bakımından benzer, başka deyişle tarafların sözleşmeyi imzaladıkları sırada bunun kendileri hakkındaki hukuki sonuçları konusunda bilinçli olmalarını gerektirir<sup>41</sup>.

Örneğin bir tarafın karşı tarafça ciddi bir çaba harcayarak elde edebileceği özel bir bilgiye sahip olması gibi, sözleşme taraflarının bilgi düzeyleri arasında bir dengesizliğin olduğu durumda, sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmayan bir eşitsizlikten söz edilebilir. Diğer yandan,



icapta bulunan tarafın, sözleşmenin imzalanması bakımından önemli olduğu halde, karşı tarafla paylaşmadığı, ona üzerinde düşünme fırsatı tanımadığı bilgilerin bulunması da, sözleşme özgürlüğünü önemli derecede sınırlandıracak, karşı tarafın öngörmediği şartları içeren bir sözleşme imzalaması sonucunu doğuracaktır<sup>42</sup>. Ancak bir tarafın entelektüel açıdan karşı tarafa göre zayıf olması, onun anlayışının kit olduğu değil, aksine icapta bulunan tarafın uzman hukukçuların yardımıyla uzun süre bir sürede hazırladığı öneriyi, kendisine düşünme ve uzman kimselerin yardımını alması fırsatlarının verilmemesi nedeniyle bir anda tahlil edebilme imkânının bulunmadığı anlamına gelir. Bu noktada icaba konu önerinin somut olay için hazırlanmış olması veya benzer durumlarda kullanılmaya üzere daha önceden hazırlanmış tip metin olması arasında bir fark yoktur.

İkale sözleşmelerinde işçinin bilgi düzeyi açısından işverene göre zayıf olmasının, ikale şartlarının belirlenmesinde işçinin aleyhine bir eşitsizlik oluşturup oluşturmadığı, Alman öğretisinde tartışılmıştır. Baskın görüş, orta ve yüksek öğrenim ile mesleki eğitimin oldukça önem kazandığı çağımızda, işçinin düşük bilgi düzeyinden kaynaklı zayıflığından söz edilmesine şüphe ile yaklaşılması gerektiği, feshe karşı koruma hükümleri nedeniyle düşük eğitimli işçilerin dahi somut ikale şartları hakkında bir pazarlık imkanına sahip olduğu şeklindedir<sup>43</sup>. Ancak bu görüşün, çalışma hayatının gerçeklerine ve hayatın olağan akışına uygun olmadığı, akademik bir genellemeden ibaret olduğunu düşünüyoruz<sup>44</sup>.

İkaleyle ilgili, akademisyen, yargıç, avukat bir hukukçu, mesleki eğitimine uygun şekilde, somut işlemin hukuki şartları ve sonuçlarını adım adım değerlendirmek suretiyle bir varlığa ulaşır. Hukuk eğitimi almamış sıradan bir işçiden bu şekilde nitelikli bir değerlendirme beklenemez. Ülkemiz de dahil batılı ülkelerde eğitim düzeyinin önemli derece yükseldiği herkesçe malumdur. Ancak bu durum, işçinin işverenle aynı entelektüel düzeyde görülmesi için yeterli değildir. Olayların büyük çoğunluğunda, işçi, yapacağı sözleşmenin risklerini kavrayabilmesini sağlayacak nitelikli bir mesle-

ki eğitim almamıştır. Olumlu ya da olumsuz bir karar vermek durumunda olan işçinin, yapacağı işlemin kendisi hakkında doğurabileceği hukuki sonuçları bilmediği, gözden uzak tutulamaz. Dava konusu yapılan bazı olaylardan, işverenin işçiden daha işe alma aşamasında boş kağıda imza aldığı, işçinin bunu vermekten kaçın(a)madığı, bilinen bir uygulama gerçeğidir.

Hukuk eğitimi almamış olması şartıyla, bir işçinin üniversite mezunu olması, tarafı olacağı ikalenin ya da başkaca bir hukuki işlemin sonuçlarını bildiği anlamına gelmez. Şayet bu işçinin mesleki geçmişinde, ikale konusunda kendisi ya da yakınındaki birisi dolayısıyla bir tecrübesi olmamışsa, ikale icabının hukuki sonuçları bakımından işveren feshinden farkını bilmesi beklenmemelidir. İkale icabının kendisinden geldiği hallerde işçi önceden bunun sonuçları hakkında bir araştırma yapıp bilgilecekse de, icabın işverenden geldiği durumlar hakkında, ikalenin geçerlilik şartı olarak aydınlatma yükümlülüğünün gerekçesi olarak ileri sürülen hususları işaret etmek isteriz<sup>45</sup>.

Öğretide konuyla ilgili bir genellemenin sadece mesleki eğitim alan çocuk ve genç işçiler hakkında söz konusu olabileceği, bunun dışında ikale konusunda eğitim düzeyinin bir zayıflık olup olmadığına genel geçer evet ya da hayır cevabı verilemeyeceği, her somut olayın kendi şartları dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>46</sup>. Örneğin ikale metninde bunun işçi aleyhine hukuki sonuçlarına ayrıntılı şekilde yer verildiği bir durumda, artık işçinin bilgi düzeyi bakımından zayıflığından söz edilemez. Yine, ikale taslağının işçiye önceden verildiği ve düşünmesi, isterse uzman kimselere danışabilmesi için yeterli bir süre verildiği durumlarda da, bilgi düzeyi bakımından işçinin işverenle eş düzeyde olduğu kabul edilmelidir<sup>47</sup>. Bu iki örnekten hareketle, işverenin ikale icabından sonra inisiyatifin işçide olduğu hallerde, işçinin işverene karşı zayıf bir konumda olduğu iddiası reddedilmelidir. Çünkü böyle bir durumda, işçinin imzalayacağı belgenin sonuçları hakkında yeterince düşündüğü ve gerektiğinde uzman bir kimsece bilgilendirildiği varsayımına

gidilebilir. Fiiliyatta işçinin basiretli davranarak bu imkânları kullanmamış olması, kendi sorumluluğundadır. İşçiye ikale taslağının işverence 08.01.2009 tarihinde verildiği, işçinin düşünmek için süre talebinin uygun görüldüğü ve akabinde 19.01.2009'da ikale sözleşmesinin imzalandığı bir olayda, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin, işçinin "yasal haklarını alabilmek ve maddi olarak sıkıntıya düşmemek için baskı altında imzaladığı" iddiasını ikalenin geçersizlik nedeni olarak değerlendirmemesi, belirtilen nedenlerle haklı görülmelidir<sup>48</sup>.

Ancak ikale icabının işverenden geldiği her durumda, doğrudan bilgi düzeyi bakımından işverenin işçiye kıyasla üstün olduğu sonucu çıkarılamaz. İ kale konusunda işçinin genelde bir tecrübesinin bulunmamasına karşın, işveren açısından ise, bunun rutin bir hukuki işlem olduğu, gibi bir genelleme de hatalıdır. İşçilerin genelde ikale tecrübesinin olmadığı tespitine katılmamak mümkün olmamakla birlikte, ikalenin her zaman bir hukuk birimi ya da dışarıdan hukukçu danışmaları bulunan büyük işletmelerde yapıldığı söylenemez. Çoğunlukla işçi ile aynı ya da benzeri eğitim düzeyine sahip işverenlere ait işyerlerinde de, ikale yapılabilmektedir<sup>49</sup>.

Buraya kadar yaptığımız tüm saptamalardan, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin işçinin eğitim düzeyi ile işyerindeki konumunu dikkate alan içtihadının hatalı olduğu anlamı çıkmaz. Her somut olayın kendi şartları dikkate alınmak suretiyle, yukarıdaki açıklamaların tersinin geçerli olduğu haller de mümkündür. Örneğin ikale önerisinde bulunulan işçinin bir hukukçu olduğu durumda, onun hukuki açıdan kendi menfaatlerine uygun olmayan bir işlem yapabileceğini söylemek, BK m.23-31 (TBK m.30-39) anlamında somut bir irade fesadı ispat edilemediği takdirde, gerçekçi değildir. İşverence önerilen metnin bir tip ikale olması, bu durumu değiştirmez. Bu şekilde bir istisnanın, salt hukukçu işçilerle sınırlı olmadığı açıktır. Konu hakkında, somut olaydaki işçinin nitelikleri ve iş tecrübesi itibarıyla kişisel bilgi ve yetkinlik düzeyi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>50</sup>. Ancak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin yaklaşımında olduğu gibi, işçinin

salt üniversite eğitimi almış olması, ikale görüşmeleriyle ilgili onun işverenle aynı entelektüel düzeyde olduğunu söyleyebilmek için yeterli değildir. Çünkü hukuk eğitimi dışında, bir yüksek öğretim kurumunda okumuş olmak, kişiye hiç ya da çok sınırlı bir hukuki donanım kazandırır.

Tam tersine, kişinin ilk ya da orta düzeyde bir eğitime sahip olması, doğrudan bilgi düzeyi bakımından işverene göre zayıf olduğu anlamına gelmez. Örneğin lise mezunu olmakla birlikte uzun yıllar insan kaynakları biriminde çalışan ya da işyerinde sendika işyeri temsilcisi olarak görev yapan bir işçinin, işçilik haklarıyla ilgili bilinçli olması, hayatın olağan akışına uygundur. Dolayısıyla bu şekilde işyerindeki konumu, iş tecrübesi ve aldığı eğitim itibarıyla somut olaydaki işçinin, ikalenin hukuki sonuçlarıyla ilgili yeteri bilgiye sahip olduğunun, kendi haklarını koruyucu şartları bildiğinin kabul edilebileceği hallerde, işçinin ikale görüşmelerinde işverenle eş ya da yakın bir pazarlık gücüne sahip olduğu ve aksine durumlarda da, ikalenin işçinin gerçek iradesine uygunluğuna şüphe ile yaklaşılması gerektiği söylenebilir. Bu konuda bir genelleme hatalı olup, her somut olayın kendi şartlarına göre hakim tarafından denetlenmesi, takdir edilmesi gerekmektedir.

## 2. İ kalede tip sözleşme kullanılması

İşverenin ikale icabında, daha önceden alanında uzman iş hukukçularına hazırlattığı bir tip metni kullandığı ihtimalde, artık bilgi düzeyi bakımından işverenin işçiye kıyasla üstün olduğu, ikalenin tarafı olarak işçinin işverenle aynı pazarlık gücünde bulunmadığı tartışmasızdır. Fiiliyatta işçiye şartlarda bir değişiklik önerme şansı dahi tanımayan, bu şekilde standart metinlerin kullanıldığı bir uygulamada, işçi ile işveren arasında sözleşme özgürlüğüne uygun bir pazarlığın yürütülmesi beklenmemelidir. Çünkü ikale ile işçinin iktisadi geleceği düzenleme konusu yapılmaktadır. İşverenin uzman bir kimseye hazırlattığı tip ikale sözleşmesinden amacı, işçiye karşı hukuki durumunu mümkün olduğu ölçüde güçlendirmektir. Tersinden söylemek gerekirse, işçi açısından

## İkalenin geçerliliği hakkında aşırı yararlanma bağlamında yapılacak bir değerlendirmede dikkate alınabilecek bir diğer husus, taslak ikale metninin işçiye önceden verilerek düşünmesi ve gerekirse uzman kişilerin yardımını alabilmesi için yeteri uzunlukta bir düşünme süresi verilmesidir.

olası güvencelerin mümkün olduğu ölçüde bertaraf edilmesi, tip sözleşmelerin amacıdır<sup>51</sup>. İşverenin kendi menfaatlerini temin eden genel işlem koşullarını içeren tip sözleşmeler, çoğu durumda işçi aleyhindeki sonuçları, bir okuyuşta ancak uzman bir hukukçu tarafından kavranabilir. Dolayısıyla bu tip metinleri imzalayan işçiler, imza anında bunun kendileri hakkında ortaya çıkarabileceği sonuçların farkında değillerdir.

Tüm bu nedenlerle önceden hazırlanmış tip ikale metninin kullanılması, işverenler açısından önemli bir avantaj sağlar. Bunlar, iki tarafın sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yürüttükleri bir pazarlığın ürünü olmayıp, işçiye sadece razı olmak ya da hiçbir yasal hakkı ödenmeksizin sözleşmesinin feshedileceği baskısıyla karşı karşıya bırakan, tek taraflı bir işveren düzenlemesidir. Dolayısıyla işverence işçinin tip ikale metnini imzalamaya zorlandığı, işçiye şartların belirlenmesinde bir etkide bulunma şansı tanımayan bu hallerde, artık sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir<sup>52</sup>.

Tip ikale metninin kullanılması, zaten ekonomik yönden işçi üzerinde belirleyici bir güce sahip olan işverenin konumunu, ikale icabı karşısında ne yönde hareket etmesinin lehine olacağı hakkında bir karar vermek zorunda olan işçiye karşı, bilgi düzeyi açısından da güçlendirmektedir. İşverenler böyle bir metni, alanında uzman bir hukukçuya hazırlattıklarından, bunların güncel mevzuat ve yüksek yargı uygulamasında aranan tüm şartlar, deyim ye-

rindeyse işveren lehine olabilecek tüm açıklar dikkate alınarak hazırlandığını söylemek hatalı olmayacaktır. Buna karşın işçinin ikale icabı karşısında böyle nitelikli bir yardım alması, istisnadır. Çünkü işçiye çoğu zaman, önerilen şartlar hakkında bir değerlendirmede bulunabilmesi için fırsat tanınmamakta, yanında görüşünü alabileceği, güvenebileceği birisi hazır olmaksızın, derhal imzalamak zorunda bırakılmaktadır. Normal bir işçinin, iş ilişkisinde ikale ya da diğer bir hukuki işlemde, kendisini koruyucu bir düzenleme başarabilmek için gerekli teknik hukuk bilgisine sahip olması beklenemez<sup>53</sup>. Özellikle ikale gibi, yasal bir düzenlemenin olmadığı, geçerlilik koşulları ile sonuçlarının teoriden, ziyade uygulamada Yargıtay içtihatlarıyla şekillendiği ve dolayısıyla bir çok hukukçunun dahi sağlıklı bir şekilde takip edemediği bir konuda, alanında uzman hukukçulara hazırlattığı tip ikale metinlerini kullanan işverene karşı, işçinin haklarını tam olarak koruyabilmesi, hayatın olağan akışında mümkün gözükmemektedir.

Tip ikale metnini imzalamadığı takdirde sözleşmesinin hiçbir ödeme yapılmadan feshedileceği tehdidi ile karşı karşıya kalan işçi, hukuki yönden bilgi düzeyinin yetersizliği dışında, gelecekteki çalışma hayatı için işveren feshi ile işten çıkartılmış olma lekesinin tedirginliğindedir. Bu noktada işçinin içinde bulunduğu psikolojik durum gözden uzak tutulamaz. Manevi baskı altındaki bir işçinin, kendisine “dayatılan” tip ikale metnin tek tek hükümlerini değerlendirebilmesi beklenemez.

Tüm bu tespitler uyarınca, ikale işverence tip sözleşme kullanılması, aşırı yararlanmanın takdirinde işveren aleyhinde göz önünde bulundurulması gereken bir husustur. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması, işçi aleyhine olan durumu ortadan kaldırmaz.

### 3. İkale icabı ertesinde işçiye düşünmesi için süre verilmesi

İkalenin geçerliliği hakkında aşırı yararlanma bağlamında yapılacak bir değerlendirmede dikkate alınabilecek bir diğer husus, taslak ikale metninin işçiye önceden verilerek düşünmesi ve gerekirse uzman kişilerin yar-

dımını alabilmesi için yeteri uzunlukta bir düşünme süresi verilmesidir. Böyle bir uygulama sayesinde, işçinin ikale konusunda aceleye getirildiği, işverenin somut icabı hakkında uzman bir kişinin görüşüne başvurabilme fırsatı olsaydı bunu imzalamayacağı gibi iddialar baştan bertaraf edilmiş olacaktır<sup>54</sup>. İşverence işçiye yeteri süre tanınan bir durumda, aşırı yararlanmanın şartlarından olarak, edimler arasındaki oransızlığın işçinin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden kaynaklandığı iddiasına şüphe ile yaklaşılacaktır.

Örneğin ikale karşılığında yasal tazminatlara ilave bir, iki aylık ücret ödendiği bir uygulamada, işverence işçiye düşünmesi ve gerekirse uzman kimselerin yardımına başvurabilmesi için yeteri süre verildiği ihtimalde, karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık olmadığı kabul edilebilecektir. Çünkü işçi kabul kararını verirken, baskı altında değildir, bunun sonuçlarını öngörebilmektedir. Ancak fesih ertesinde dava yolu ile haklarının eline 3-5 yılda geçecek olması nedeniyle, işverenin ödemesi dava suretiyle elde edece tutardan az da olsa, örneğin kolaylıkla yeni iş bulabileceği inancı, onu ikaleyi kabule sevk edebilir. Böyle bir durumda işçi, artık verdiği kararın sonuçlarına katlanmak zorundadır.

#### 4. İkale görüşmesinde işçiye üçüncü kişilerin refakat etmesi

İşverenden gelen ikale icabının işçi tarafından kabulünün gerçek iradesine dayanmayacağı kabulünün nedenlerinden bir tanesi de, çoğu olayda bu görüşmelerin işveren insan kaynakları biriminde, kapalı kapılar ardında gerçekleşmesidir. İşveren tarafında birden fazla kişinin yer aldığı böyle bir görüşmede, ikale hakkında yeteri bilgiye sahip olmayan bir işçinin kendi haklarını bütünüyle koruyabilmesi güçtür. Şayet bu görüşmede işçinin yanında avukatının ya da dilediği bir başka kimsenin hazır olması sağlanırsa, artık onun ikaleyi kabul için kendisine baskı yapıldığı, konunun hukuki boyutuna dair bilgisizliğinden işverence yararlanıldığı gibi iddiaların önüne geçilmiş olacaktır<sup>55</sup>.

## V. SONUÇ

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, ikalenin geçerliliği hakkında 9. Hukuk Dairesi tarafından geliştirilen, BK m.23-31 (TBK m.30-39) anlamında açık bir irade fesadının bulunmaması yanında, ikale icabının işverenden geldiği halde işçinin bunun aleyhe sonuçları hakkında aydınlatılması ve yasal tazminatlara ilaveten, iş güvencesine ilişkin makul bir kazandırmada bulunması şartlarını, aynen uygulamaya devam etmektedir<sup>56</sup>. Yüksek Mahkeme'nin, açık bir irade fesadının ispat edilememesi şartına bağlı olarak, işçinin eğitim durumu ya da işyerindeki görevi, konumu itibarıyla "...imzaladığı belgelerin mahiyetini ve sonuçlarını takdir ve tahmin edebilecek durumda olması(nı)", "iş sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesi yönünde taraf iradelerinin birleştiğinin ve (işçinin) iradesini sakatlayan bir durumun bulunmadığı"<sup>57</sup> kabulüne gerekçe yapması, uygulamada ikaleye ilişkin Yargıtay içtihadının kötüye kullanımının önlenmesi bakımından isabetlidir.

Yüksek Mahkeme'nin bu kabulünün teorik dayanağı, işçinin aydınlatılması yükümlülüğüyle ilgili olup, eğitim düzeyi ve işyerindeki konumu itibarıyla ikalenin hakkında yaratacağı olumsuz hukuki sonuçları bilebilecek durumda olan işçilerin, dürüstlük kuralına aykırı olarak, işten ayrılması için baskı yapıldığı, yasal tazminatlarının ödenmeyeceği tehdidi ile imzalamak zorunda kaldığı veya ikalenin anlam ve sonuçlarını bilmediği gibi, çoğu Yargıtay kararlarından alındığı anlaşılan genel iddialarla açtıkları davalar hakkında önemli bir set oluşturacaktır. Konuyla ilgili uygulamada dikkat edilmesi gereken önemli nokta, bir genellemeye gidilmeyerek, her somut olayın kendi şartlarında değerlendirilmesi gerektiğidir. Salt üniversite mezunu bir mühendis olma, işçinin ikalenin sonuçlarını bildiğini göstermeyeceği gibi, aksine işçinin lise mezunu olması, bu konuda bilgisiz olduğu anlamına gelmez.

Sonuçta ikale hakkında mevzuatta açık bir sınırlandırma bulunmaması sebebiyle, bunun işverenler tarafından kötüye kullanılmasının önlenmesi için Yüksek Mahkeme tarafından geliştirilen ölçütler, diğer tarafta bunlardan ikale tarafı olan her işçinin yararlanılabilece-



ği anlamına gelmez. Bu noktada 22. Hukuk Dairesi'nin geliştirdiği inceleme konusu eğitim düzeyi ve işyerindeki konum ölçütü, somut olayın şartları sıkı bir surette göz önünde bulundurulurken uygulandığında, gerçekten isabetlidir.

## DİPNOTLAR

- 1 Karar yayımlanmamıştır.
- 2 "İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadağı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır.", Yarg.9.HD, 08.04.2008, E. 2007/27825, K. 2008/7827, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. Benzer yönde bkz. Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 449; Günay, Cevdet İlhan: İkale Sözleşmesi, Çimento İşveren, Eylül 2009, s. 8; Gerek, Hasan Nüvit, İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi, Çalışma ve Toplum, 2011/4, S. 31, s. 43-44.
- 3 Taşkent, bu ilke ve önlemlerin her olayda birlikte aranmasının, bu konuda işverene getirilen yükün, insaf ölçülerini aştığını ifade etmiştir (Taşkent, Savaş: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/yargitaykarsemineri2009.pdf>).
- 4 Alpagut, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 11. Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yayın No. 113, İstanbul 2008, s. 45-47; Alp, Mustafa, İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ocak-Mart 2008, S. 17, s. 40-41; Sevimli, K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, Sicil, Haziran 2009, S. 14, s. 92.
- 5 "İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir... Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır.", Yarg.9.HD, 21.04.2008, E. 2007/30801, K. 2008/9236, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.
- 6 Örneğin "İkale, sözleşmenin tarafların ortak iradeleriyle sona erdirilmesidir. Niteliği itibarıyla bir sözleşme olması nedeniyle, ikale tarafların serbest iradelerine dayanmalıdır. Ayrıca ikale icabı işverenden gelmişse, yasal tazminatlarına ilaveten işçiye ek bir menfaatin sağlanması (makul yarar) gerekir. Aksi halde iş sözleşmesinin ikale ile sona erdirildiğinden söz edilemez.", (Yarg.22.HD, 27.10.2011, E. 2011/1497, K. 2011/3525, yayımlanmamış karar). Benzer yönde Yarg.22.HD, 18.10.2011, E. 2011/1201, K. 2011/3034, yayımlanmamış karar.
- 7 Yarg.22.HD, 12.12.2011, E. 2011/4305, K. 2011/7213, yayımlanmamış karar.
- 8 Yarg.22.HD, 27.10.2011, E. 2011/1497, K. 2011/3525, yayımlanmamış karar.
- 9 Alp, s. 37. "İşten çıkarılması düşünülen ve iş sözleşmesi feshedildiğinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi gereken davacının, bundan daha fazla yarar sağlamayacak bir yolu tercih etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Davacının başka bir iş bulması veya kendi işini kurmuş olması gibi nedenlerle işten ayrılmasını gerektiren olguların varlığı da savunulmamıştır. Mevcut delillere göre davacının iş sözleşmesinin ikale ile sona ermesini istemesinde makul bir yararı bulunmadığı gibi, tanık anlatımlarına göre iş sözleşmesi feshedilen davacıya ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi, iş sözleşmesinin feshedilmesini istediğine dair dilekçe imzalaması koşuluna bağlanmıştır. Olayda işveren ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmıştır. Davacı işçinin işten ayrılma iradesi bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin ikale ile sona erdiğini kabul etmek doğru değildir.", Yarg.9.HD, 21.04.2008, E. 2007/30801, K. 2008/9236, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.
- 10 Bkz. dn. 2 ve 5'de anılan Yargıtay kararları.
- 11 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ikale konusundaki içtihadı için bkz. 05.04.2010, E. 2009/18811, K. 2010/9254; 18.10.2010, E. 2009/29861, K. 2010/29354, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.
- 12 Alp, s. 39.
- 13 Ekonomi, Münir: İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, Karar İncelemesi, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2006, S. 1, s. 37-38.
- 14 Sevimli, s. 93-94.
- 15 Yarg.9.HD, 13.04.2011, E. 2009/49584, K. 2011/11186, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.
- 16 "Davalı işveren ve davacı işçi 15.11.2006 tarihli 'iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokol'ü imzalamışlardır. Bu protokolda, iş sözleşmesinin karşılıklı olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca sona erdiği, ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı yanında işe iade davasında feragat etmesi karşılığı ilave 4 aylık ücret tutarında tazminat ödeneceği ... işçinin işveren aleyhine herhangi bir konuda dava açmayacağını beyan ettiği kararlaştırılmış, ancak davacı imzalarından fazlaya ilişkin dava ve talep haklarını saklı tutmuştur.... Davacı tarafından ihtirazi kayıt konulan protokol geçersizdir.", Yarg.9.HD, 24.09.2007, E. 2007/13995, K. 2007/27723, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde bkz. Günay, s. 16.
- 17 Yarg.9.HD, 09.03.2007, E. 2006/1156, K. 2007/62. Karar ve konu hakkında değerlendirme için bkz. Alpagut, s. 44-45.

- 18 Taşkent, Savaş: İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi, Kamu-İş, C. 11, S. 4 / 2011, s. 5. Benzer yönde bkz. Gerek, s. 49.
- 19 Alp, s. 36-37; Alpagut, s. 48 vd; Süzek, s. 450 dn. 13; Ekonomi, s. 41 vd; Sevimli, s. 92 vd.
- 20 Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Servet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 19; Aslan, Çiğdem Mine: Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (BK md. 21), Ankara 2003, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 24.
- 21 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 364; Aslan, s. 27.
- 22 Yargıtay'a göre, "Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde tarafların yükümlülük ve yararları arasında ölçülü ekonomik bir dengenin bulunması gerekir. Gabin sözleşmelerde bu ekonomik dengeyi sağlayan ve günümüz sosyal anlayışına cevap veren, insancıl ve toplumsal amaçlı hukuksal bir müessesedir.", Yarg.1.HD, 06.05.1980, E. 1980/4135, K. 1980/6218, Aslan, s. 20.
- 23 Aslan, s. 27-28; Winter, Kathleen, Aufklärungspflichten beim Aufhebungsvertrag, Baden-Baden 2010, s. 63-64.
- 24 TBK m.28'de, şartları konusunda özünde BK m.21 hükmü korunduğundan, sadece uygulanacak yaptırımlar bağlamında sözleşmenin ayakta tutulması için ilave bir imkân yer verildiğinden, buradaki açıklamalarımızda 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan TBK m.28 hükmünden hareketle değerlendirmede bulunulacaktır.
- 25 Bu tartışmalar hakkında bkz. Aslan, s. 21 vd.
- 26 Aslan, s. 32-33.
- 27 Benzer yönde bkz. Gerek, s. 48; Alp, s. 30.
- 28 Thies, Christoph T., Der Schutz des Arbeitnehmers bei Abschluss Arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge, Bielefeld 2007, s. 31-33.
- 29 Alpagut, s. 43.
- 30 BAG, Urteil von 14.02.1996, 2 AZR 234/95, NZA 1996, s. 811 vd.
- 31 Winter, s. 105-106 dn. 467'de ve Becker, Gunnar, Die Unzulässige Einflussnahme des Arbeitgebers auf die Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers am Beispiel des Arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrages, Berlin 2011, s. 125 dn. 425-427 ve s. 129-130 dn. 450-452'de anılan yazarlar.
- 32 Alp, s. 32. Benzer yönde Süzek, s. 450.
- 33 Becker, s. 131.
- 34 Winter, s. 107; Becker, s. 145-146.
- 35 Thies, s. 17 vd, 28.
- 36 Becker, s. 127.
- 37 Winter, s. 109.
- 38 "Mevcut delillere göre davacının iş sözleşmesinin ikale ile sona ermesini istemesinde makul bir yararı bulunmadığı gibi, tanık anlatımlarına göre iş sözleşmesi feshedilen davacıya ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi, iş sözleşmesinin feshedilmesini istediğine dair dilekçe imzalaması koşuluna bağlanmıştır. Olayda işveren ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmıştır.", Yarg.9.HD, 21.04.2008, E. 2007/30801, K. 2008/9236, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.
- 39 Winter, s. 65-66.
- 40 Yukarıda dn. 7 ve 8'de anılan 22. Hukuk Dairesi kararları.
- 41 Fleischer, Holger, Informationasymmetrie im Vertragsrecht, München 2000, s. 296 vd. ve Grunsky, Wolfgang, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, Berlin 1995, s. 13 (aktaran Becker, s. 144).
- 42 Becker, s. 145; Winter, s. 31-32.
- 43 Becker, s. 146 dn. 541-545'de anılan yazarlar.
- 44 Benzetme için bkz. Hümmerich, Klaus, Alea iacta est – Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschaeft, NZA 2004, s. 810, aktaran Winter, s. 107.
- 45 Alpagut, s. 48 vd; Ekonomi, s. 41 vd; Alp, s. 34; Süzek, s. 450; Sevimli, s. 94-95.
- 46 Becker, s. 148; Thies, s. 58.
- 47 Winter, s. 165-166.
- 48 Yarg.22.HD, 18.10.2011, E. 2011/1201, K. 2011/3034, yayımlanmamış karar.
- 49 Buna rağmen, Almanya'da 2001 yılında yapılan bir araştırmada, 1999-2000 yıllarında iş sözleşmesinin sona erme şekli olarak ikalenin, 1-19 işçisi bulunan işyerlerinde %8, 20-199 olan işyerlerinde %11 ve 200 ve üzeri işçisi bulunan işyerlerinde de %15 oranında olduğu tespit edilmiştir (Becker, s. 149 dn. 561).
- 50 Becker, s. 152; Thies, s. 56; Gerek, s. 49.
- 51 Becker, s.151; Winter, s. 160.
- 52 Winter, s. 162, 164.
- 53 Winter, s.
- 54 Winter, s. 128-129.
- 55 Alp, s. 38; Winter, s. 129.
- 56 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin ikaleye ilişkin görüşünü ortaya koyduğu, 27.10.2011 tarih ve E. 2011/1497, K. 2011/3525 sayılı yayımlanmamış kararı.
- 57 Yarg.22.HD, 12.12.2011, E. 2011/4305, K. 2011/7213, yayımlanmamış karar.

Dr. A. Eda MANAV

Hakim Adayı-Ankara

## İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu

### T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2011/6599

**Karar No** : 2011/2933

**Tarihi** : 17.10.2011

### DAVA

Davacı, iş sözleşmesinin davalı işverence görev yeri değişikliğini kabul etmediği sebep gösterilerek 16.12.2009 tarihinde tek taraflı ve haksız feshedildiğini, bu feshin kötü niyetli olup, hukuki dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürmüş ve iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ve eski işine iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Ü. A. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

### KARAR

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA 17.10.2011 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

### KARŞI OY

Somut olayda, davalı ... Ulaşım San. ve Tic. A.Ş.'nin güvenlik hizmetlerini üstlenen diğer davalı ... Özel Güvenlik Hizmetleri Ltd. Şti.'ne bağlı özel güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesi davalı alt işverence tebliğ edilen yeni görev yerine gitmediği gerekçesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-g, h, ı maddesi uyarınca feshedilmiştir.

Taraflar arasında imzalanan iş sözleşme-

sinde “Personel işverene bağlı aynı ildeki ya da diğer illerdeki bir başka işyerine geçici veya devamlı olarak nakledilebilir. Başka bir ildeki işyerine nakledilen personel üç işgünü içinde yeni görevine başlamak zorundadır.” kuralına yer verilmiştir.

Davacının Sağmalcılar istasyonunda görevli iken, Şişhane istasyonuna nakledilmek istendiği, ancak davacının Şişhane istasyonunun evine en az iki araçla gidilebilecek uzaklıkta olduğunu ve bel fıtığı nedeni ile kendisi için zor bir durum olduğunu ileri sürerek nakli kabul etmediği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Mahkemece dinlenen davacı tanıkları özetle; davalı şirketçe güvenlik görevlilerinin zaman zaman rotasyona tabi tutulduğunu, rotasyonun güvenlik görevlisinin oturduğu yere göre yapıldığını, bu defa sendikal nedenlerle haksız şekilde rotasyona tabi tutulduklarını, davacının sendikal nedenle işten çıkarıldığını açıklamışlardır. Davalı tanığı ise özetle; güvenlik görevlilerinin zaman zaman rotasyona tabi tutulduğunu, rotasyon yapılırken çalışanların ikametgah adreslerinin mümkün olduğunca dikkate alındığını, davacının yapılan son rotasyonu kabul etmediğini belirtmiştir.

Mahkemece davacının Sağmalcılar istasyonundan Şişhane istasyonuna nakledilmesinin çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olmadığı, davacının yeni görev yerinde işe başlamamasının feshi haklı kıldığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde, “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir ne-

dene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir.” hükmü yer almaktadır. Buna göre, işverence değişiklik önerisinin işçiye kanuni usule uyularak iletilmesi ve işçinin de kanundaki süre ve şekil çerçevesinde kabul beyanı ile hukuki geçerlilik kazanır.

İş Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasının asıl konuluş amacı işverenin tek taraflı değişiklik işlemlerine karşı işçiye korumak; işçinin isteği dışında işini, işyerini ve diğer çalışma koşullarını değiştirecek işveren davranışlarına engel olmak ve bazı hallerde işçinin sözleşmesinin feshedilmesi yerine çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla iş sözleşmesinin sürdürülmesini sağlamaktır. Anılan hüküm, işçinin korunması esasına da uygun olarak, esas ve şekil bakımından mutlak emredici bir nitelik taşımaktadır. Bu açıdan aksinin kararlaştırılması mümkün değildir.

İş Kanunu'nda sözleşmenin devamı sırasında işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapmanın yolu kapanmış değildir. Kanun koyucu böyle bir ihtiyacın doğması halinde 22. maddenin birinci fıkrası hükmünü öngörmüştür. İşveren, geçerli bir değişiklik nedeninin bulunması halinde maddede belirtilen yöntemle uymak suretiyle çalışma koşullarını esaslı tarzda değiştirebilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22/1 madde hükmünün yukarıda belirtilen konuluş amacı ve kesin bağlayıcılığı karşısında, işverenin çalışma koşullarını değiştirebilme hakkını saklı tutan sözleşme hükümlerinin geçerli olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

İş Kanunu Tasarısının 22. maddesinin ikinci fıkrasında çalışma koşullarının değiştirilmesi hususunda işverenin lehine saklı tutulan kayıtların bulunması halinde tasarının 22. maddesinin ilk fıkraya hükmünün uygulanmayacağı düzenlenmişti. Ancak, tasarı-



nın bu hükmü kanunlaştırılmamıştır. Esasen böyle bir düzenleme, 22. maddenin birinci fıkra hükmünü etkisiz ve anlamsız hale getirecekti. Kanun koyucunun bu amaçla anılan düzenlemeyi kanuna almadığı açıktır.

Somut olayda, davacının uzun süre Samandıra istasyonunda çalıştığı ve böylece çalışma yeri bakımından bir işyeri uygulaması olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Davalı işverence sözleşmedeki yetkiye dayanarak, Şişhane istasyonuna en az iki araçla gidilebileceğini, bunun da çalışma koşullarının esaslı tarzda değiştirilmesi anlamında olduğunu belirterek, nakil işlemini kabul etmediğini yazılı olarak bildirmiştir. Bu durumda işveren ya değişikliğin geçerli nedene dayandığını ya da fesih için başka bir geçerli neden bulunduğunu ileri sürerek iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 17. maddesi gereğince feshedebilecek iken, aynı Kanunun 25. maddesi gereğince sözleşmeyi tazminatsız olarak feshetmiştir. İş Kanunu'nun 22. maddesinin açıkça işçiyi korumayı amaçlayan emredici hükmünün, nakil hakkının baştan sözleşme ile saklı tutulabileceğini kabul etmek suretiyle, kanun koyucunun öngörmediği tazminatsız fesih sonucuna götürecektir. Bu şekilde yorumlanması işçiyi koruma ilkesinin ihlali anlamına gelir.

Yukarıda belirttiğim nedenlerle sözleşmede belirtilen nakil hakkının saklı tutulmasına dair kayıt geçersiz olduğundan; öncelikle işçinin çalışma koşullarının ağırlaşmış ağırlaşmadığı araştırılmalı, çalışma koşullarında esaslı tarzda bir değişiklik söz konusu ise, feshin geçerli nedene dayanmadığına karar verilmesi gerektiği kanaati ile mahkeme kararının onanması yönündeki sayın çoğunluğun görüşüne katılamıyorum.

## BAKIRKÖY 4. İŞ MAHKEMESİ

**Esas No** : 2010/77

**Karar No** : 2011/305

**Tarih** : 17.05.2011

Davacı vekili dava dilekçesinde, "... Davalılardan ... Ulaşım A.Ş.'nin müvekkilinin

asıl işvereni, diğer davalıların ise müvekkilinin çalıştığı yıllarda ... Ulaşım A.Ş.'den güvenlik hizmetlerine ilişkin ihale alan özel güvenlik şirketleri olup müvekkilin alt işvereni konumunda olduklarını, müvekkilinin özel güvenlik görevlisi olarak 10.7.2007 tarihinde göreve başladığını, ... müvekkilinin hizmet sözleşmesinin görev yeri değişikliklerini kabul etmediği sebep gösterilerek 16.12.2009 tarihinde tek taraflı ve haksız olarak savunma dahi alınmadan feshedildiğini, müvekkilinin bu feshi ihbarı 28.12.2009 tarihinde tebellüğ ettiğini, bu feshin kötü niyetli olup hukuka aykırı ve yasal dayanaktan yoksun olduğunu, ... hizmet sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ve davacının eski işine iadesine ... karar verilmesini" talep ve dava etmiştir.

Davalı ... Ulaşım A.Ş. vekili cevap dilekçesinde, müvekkili şirkete açılan bu davanın husumetten reddi gerektiğini, davacının ... Özel Güvenlik Hizmetleri Ltd. Şti. nin işçisi olarak çalıştığını ... ileri sürmüştür.

Davalı ... Özel Güvenlik Hizmetleri Ltd. Şti. vekili cevap dilekçesinde, "... müvekkil şirketin davacı ile münhasıran ... Ulaşım A.Ş.'nin özel güvenlik işi için belirli süreli iş sözleşmesi imzaladığını, ... davacının müvekkili şirket tarafından rutin uygulanan rotasyon kapsamında Şişhane istasyonunda görevlendirildiğini ve fakat davacının ısrarla buradaki görevine gitmediğini, davacının görevlendirildiği istasyonda bulunmaması neticesinde müvekkil şirket yetkilileri tarafından tutanak tutulduğunu ve davacının iş akdinin yasanın 25/II maddesi uyarınca haklı nedenle derhal feshedildiğini, ... hukuki mesnedi bulunmayan davanın reddine karar verilmesini" talep etmiştir.

Davacının iş sözleşmesi davalı ... Özel Güvenlik Hizmetleri Ltd. Şti. tarafından, şirketin Ulaşım A.Ş. projesinde güvenlik görevlisi olarak çalışan davacıya 28.11.2009 tarihinde yeni görev yerinin amiri tarafından tebliğ edilmesi, ancak davacının rotasyona uymaması, yeni görev yerine gitmesi

konusunda sözlü ve yazılı olarak defalarca uyarılmasına rağmen davacının hal ve hareketlerinde hiçbir düzelme gerçekleşmemesi sebebiyle 4857 sayılı İş K.m.25/II-g-h-ı gereğince 16.12.2009 tarihinde bildirimsiz ve tazminatsız feshedilmiştir.

Davacı ile davalı ... Özel Güvenlik Hizmetleri Ltd. Şti. arasındaki hizmet sözleşmesinde "Personel işverene bağlı aynı ildeki ya da diğer illerdeki bir başka işyerine geçici veya devamlı olarak nakledilebilir. Başka bir ildeki işyerine nakledilen personel üç iş günü içinde yeni görevine başlamak zorundadır." denilmiştir.

Davacının tüm dosya kapsamına göre Aksaray Havalimanı (LRT Hattı) Sağmalcılar İstasyonunda güvenlik görevlisi olarak çalışırken, İstanbul Metrosu Şişhane İstasyonuna çalışmak için gitmediği anlaşılmıştır. Tüm dosya kapsamından, davacının Sağmalcılar İstasyonundan, Şişhane İstasyonuna görevlendirilmesi İş K.m.22 kapsamında esaslı bir değişiklik olmadığından ve davacının da yeni görevlendirildiği yerde işe başlamaması nedeniyle davalı işverenin yaptığı fesih haklı olup, davanın reddi yönünde hüküm kurulmuştur.

## KARARIN İNCELENMESİ

### GİRİŞ

İşçinin işini yapacağı yer kural olarak iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile belirlenir. Ancak taraflarca işin görüleceği yer belirlenmemişse, işveren yönetim hakkına dayanarak işçinin işini göreceği yeri belirler. İşverenin birden fazla bağımsız işyeri olması durumunda, bu işyerlerinden birinde çalıştırılmak üzere işe alınan işçinin diğer bir işyerinde çalıştırılabilmesi için işçinin rızasının alınması şarttır. Ancak sözleşme ile belirlenen işyerinin değiştirilmesi çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturacağı için işverenin İş K. m. 22/1'deki usule göre değişiklik teklifinde bulunması ve söz konusu hükme göre çalışma koşullarında değişiklik yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte iş sözleşmesine işyeri değişikliğine ilişkin hüküm konulmuş ise, işçinin işyerinin nakledildiği yeni işyerinde iş görmesi gerekmektedir. Sözleşme ile kararlaştırılan değişiklik kayıtları mutlak olarak geçerli kabul edilemeyeceği için, saklı tutulan kaydın yasal sınırlamalara uygun olması ve hakkaniyet gereği işçiden yeni görevinde çalışmasının beklenebilir olması gerekmektedir. Karara konu olayda da iş sözleşmesinde değişiklik kaydı getirilmiş ve bu kayda dayanarak işverence işçinin yeni görev yerinde çalışması

istenmiş, işçinin yapılan uyarılara rağmen yeni görev yerinde çalışmaya başlamaması üzerine İş K. m. 25/II-g-h-ı çerçevesinde sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiştir.

İncelememizde öncelikle İş K. m. 22 çerçevesinde iş sözleşmesinin değiştirilmesi, çalışma koşullarında esaslı değişikliği ve bu bağlamda işyerinin değiştirilmesi konusu ele alındıktan sonra, değişiklik kayıtları ve işyeri değişiklik kayıtlarının geçerliliği sorunu, Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelere de yer vermek suretiyle, ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Daha sonra karara ilişkin değerlendirme yapılmıştır.

### 1. GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

İş sözleşmesinde değişiklik, işletmenin ekonomik, teknik veya sosyal bakımdan ihtiyaçlarına, diğer bir ifade ile iş ilişkisinin gereklerine göre iş sözleşmesinde belirlenen koşulları, sözleşmeyi yenileme yoluna gitmeden uyarılama ve muhafaza etme tekniği olarak açıklanabilir<sup>1</sup>. Bu konuda 4857 sayılı İş K. m. 22, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak önemli bir düzenleme getirmiştir<sup>2</sup>. 4857 sayılı İş Kanunu m. 22'nin gerekçesinde "Madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin

sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır.” denilmiştir. Emredici nitelikte olan bu yeni düzenleme ile, işçinin iş ilişkisini sürdürebilmesi imkânı getirilmiş ve işçinin daha çok korunması söz konusu olmuş, işverenin çalışma koşullarında tek taraflı olarak esaslı değişiklik yapabilmesi olanağı sınırlandırılmış ve işçi açısından güven ve açıklık sağlanmıştır<sup>3</sup>.

İş K. m. 22’de iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik düzenlenmiştir. Bu bağlamda sadece iş sözleşmelerinin değil, personel yönetmelikleri ve işyeri uygulamalarının değiştirilmesinde de İş K. m. 22 uygulanır. Personel ya da işyeri iç yönetmelikleri iş sözleşmesinin eki niteliğinde kabul edilir<sup>4</sup>. İş sözleşmesi ile veya iş sözleşmesinin ekleri ya da işyeri uygulaması ile belirlenmeyen, böylece iş sözleşmesi eki haline gelmeyen çalışma koşullarının değiştirilmesi hususunda İş K. m. 22 uygulanmaz. Diğer bir ifade ile, toplu iş sözleşmesi veya işverenin yönetim hakkı ile belirlenen çalışma koşullarının değiştirilmesi İş K. m. 22’deki usule tabi değildir<sup>5</sup>. Çalışma koşullarının yönetim hakkına giren konular bakımından işveren tarafından tek taraflı olarak değiştirilmesinde sorun yoktur. Ancak işçinin temel yükümlülüklerinin, işverenin yönetim hakkını aşacak şekilde işverence tek taraflı olarak değiştirilmesi mümkün değildir. Yönetim hakkının kapsamını aşan ve iş ilişkisindeki menfaat dengesine müdahale niteliğinde olan değişiklikler esaslı değişiklik olarak kabul edilir<sup>6</sup>.

## II. ÇALIŞMA KOŞULU KAVRAMI

İş K. m. 22’de çalışma koşulları kavramına yer verilmiş ancak herhangi bir tanım yapılmamıştır. Çalışma koşulları işçinin tabi olacağı bütün şartları, iş ilişkisinden kaynaklanan hak ve borçları kapsayan bir kavramdır<sup>7</sup>. AY. m. 53’te “İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptir.” denilmek suretiyle çalış-

ma koşulları en geniş anlamı ile ifade edilmiştir. Buna göre iş sözleşmesinin içeriği ve sona ermesine ilişkin olanların dışında, iş ilişkisinin kurulmasına, yani iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hususlar da çalışma şartları kapsamında kabul edilir<sup>8</sup>.

## III. ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK

İş sözleşmesi yapıldıktan sonra bu sözleşmenin esaslı veya ikincil unsurlarında birtakım değişiklikler yapılması gerekebilir<sup>9</sup>. Sözleşmenin tarafları zamanla sözleşmenin yapıldığı andaki koşullardan çok daha farklı şartlar karşılaşılabirler ve söz konusu koşullar sözleşme değişikliğini gerektirebilir<sup>10</sup>.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklikler, işçinin durumunu ağırlaştıran, dürüstlük kuralı uyarınca işçiden kabul etmesi beklenmeyecek değişikliklerdir. Bu bağlamda geçerli nedene dayanan değişiklikler esaslı değişiklik olarak kabul edilemez<sup>11</sup>. Ancak işçinin sözleşmeye devam etmesini çekilmez kılacak derecede ağırlaştıran ve işçinin aleyhine sonuç doğuran her türlü değişiklik esaslı değişiklik kabul edilir<sup>12</sup>. Objektif esaslı unsurlar ve yan edimler de dahil olmak üzere sözleşmedeki tüm çalışma koşullarında işçi bakımından sözleşmeye devamı çekilmez kılacak derecedeki her türlü değişiklik esaslı değişiklik olarak görülürken, sözleşmeye devamı çekilmez kılmayacak tarzda önemsiz ve işverenin yönetim hakkı kapsamında olan değişiklikler de esaslı olmayan değişiklik kabul edilir<sup>13</sup>. Yönetim hakkının sınırını aşan, çalışma koşullarında dikey yönde gerçekleştirilen, belirli çalışma koşullarında ağırlaşma getiren, ücrette azalmayı veya sosyal statüde düşme sonucunu doğuran işe, işyerine ya da çalışma sürelerine ilişkin değişiklikler esaslı değişiklik olarak nitelendirilir<sup>14</sup>.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik genellikle ücrette azalmaya ya da sosyal statüde düşmeye sebep olan iş değişikliği veya işyeri değişikliği, ücret değişikliği<sup>15</sup>, zorunlu ücretsiz izne çıkarılma, çalışma süresi değişikliği veya işveren değişikliği şeklinde görülür. İş sözleşmesi ile belirlenen esaslı koşullar, sözleşmenin birinci derecede esaslı unsurlarını oluşturur<sup>16</sup>.

Esaslı olmayan çalışma koşulları ise sözleşmenin ikinci derecede unsurları ve sözleşmenin unsuru niteliğini taşımayan çalışma koşulları olabilir. Esaslı değişiklik-esaslı olmayan değişiklik hususunda geçerli bir ölçüt verilemez. Her somut olayda çalışma koşullarında yapılan değişikliğin esaslı olup olmadığı tespit edilmelidir<sup>17</sup>.

#### IV. İŞYERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

İşin türü ve kapsamı gibi, yapılacağı yer de kural olarak iş sözleşmesinin içeriğine göre belirlenir. Ayrıca toplu iş sözleşmesine de buna ilişkin hüküm konulabilir. Ancak taraflarca işin görüleceği yer belirlenmemişse, işveren işin görülmesi için mutad olan yer dışında başka bir yeri seçemez<sup>18</sup>. Bu yer genellikle işverene ait işyeridir. Kural işin işyerinde görülmesi olmakla birlikte, inşaat ve montaj işleri, müşteri temsilciliği gibi işin niteliği gereği işçinin geçici veya sürekli şekilde işyeri dışında çalışması söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça işveren yönetim yetkisine dayanarak işçinin işini göreceği yeri belirler<sup>19</sup>. Ancak böyle bir durumda işveren, işçinin yapacağı uygun masrafları (yol masrafı) karşılamak zorundadır<sup>20</sup>.

İşveren yönetim hakkına dayanarak işyeri içinde işçinin çalışma yerini değiştirebilir. Ancak yapılan bu değişiklik işçinin ücretinde bir azalmaya sebep olmamalıdır<sup>21</sup>. İşverenin birden fazla bağımsız işyeri olması durumunda, bunlardan birinde çalıştırılmak üzere işe alınan işçinin diğer bir işyerinde çalıştırılabilmesi için işçinin rızasının alınması gerekir<sup>22</sup>. İşyeri değişikliği için de bir geçerli sebep olmalıdır. İşyeri değişikliği için geçerli sebep, işçinin asıl işyerinde çalışma imkanını ortadan kaldıran, işyerinin veya bir bölümünün kapatılması, işçinin gördüğü işlerin başka işverenlere verilmesi, işyerinin taşınması gibi sebepler olabilir<sup>23</sup>. Bu geçerli nedenlere dayanarak işçinin çalıştığı işyerini değiştirmek isteyen işverenin ölçülü davranması, işçinin talep ve menfaatlerini mümkün olduğunca gözetmesi gerekmektedir<sup>24</sup>.

İşveren işyerini aynı il sınırları içinde başka bir yere naklederse, eğer yeni işyeri ile eski işyeri arasındaki uzaklık çok ise, bu yere gidip

gelmekte araç bulmakta zorluk çekiliyorsa veya yol giderleri fazla tutuyorsa, çalışma koşullarının esaslı değişikliğinden söz edilir<sup>25-26</sup>. Ancak işveren işyerine gidiş-dönüşte araç bulmayı veya yol masraflarını karşılamayı taahhüt ederse, işçinin yeni işyerinde çalışması gerekir<sup>27</sup>. Bununla birlikte iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesine bu yönde hüküm konulmuş ise, işçinin işyerinin nakledildiği yeni işyerinde iş görmesi gerekebilir<sup>28</sup>. Buna rağmen işyerinin nakli dolayısıyla yeni işyerine gitmek, işçinin özel yaşamını ve onun eski işyerine bağlı olarak kurduğu düzeni etkileyecek ölçüde sakıncalı oluyorsa, işçinin işverenin bu talimatına uyması beklenemez<sup>29</sup>. İşyerinin nakli halinde eski işyeri ile yeni işyeri arasındaki uzaklık fazla değilse ve bu değişiklik işçinin durumunu ağırlaştırmıyorsa, işçi bu değişikliğe uymak zorundadır<sup>30-31</sup>.

İşyeri il sınırları dışında bir yere nakledilirse, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmadıkça veya doğruluk kuralı gerektirmedikçe, işçi yeni işyerinde çalışmaya zorlanamaz<sup>32-33</sup>. Nitekim işçinin il dışındaki bir işyerine nakledilmek istenmesi esaslı bir değişiklik kabul edilir ve İş K. m. 22'nin uygulanmasını gerektirir<sup>34</sup>.

İşveren işçinin sözleşmesinde değişiklik yapma hakkını saklı tutmuş olsa dahi, görev yeri değişikliğinden önce bunu uygun bir şekilde işçiye bildirmelidir. Bir uyuşmazlık çıkması halinde işveren, sözleşmedeki değişiklik kaydına dayanarak işçiye bir işyeri değişiklik teklifinde bulunduğunu ispat etmek zorundadır. Sözleşmede işyerinin nakli konusunda serbesti tanınmış olsa dahi, işyeri değişikliği işçiye cezalandırma ya da sürgün amacını taşıyorsa, işçi uzun yıllar içinde yerleşip yaşamını kurduğu şehirden objektif nedenler olmaksızın başka bir şehre gönderiliyor ve bu şekilde sözleşmesini feshe zorlanıyorsa, nakil yetkisinin kullanılması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilir<sup>35</sup>.

Fransız hukukuna baktığımızda, Fransız Yargıtayı işin sadece iş sözleşmesinde belirlenen yerde görüleceğine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, işverenin yönetim yetkisine dayanarak işyerini aynı coğrafi alan içinde kalmak şartıyla değiştirebileceğini kabul etmektedir<sup>36</sup>.



Fransız Yüksek Mahkemesi “Paris şehri içindeki ve Paris banliyölerinden merkeze veya merkezden Paris banliyölerine işyerinin taşınmasını işverenin yönetim yetkisi kapsamında kabul etmiştir”<sup>37</sup>.

Alman hukukunda işveren yönetim hakkına dayanarak işyerini, bu değişikliğin işçinin ücretini, göreceği işin değerini azaltmaması, işçiye daha az bir koruma sağlamaması, işçinin önceden yaptığı işe benzer ve önceden aldığı ücrette eşdeğer bir işyeri değişikliği olması halinde, değiştirebilir<sup>38</sup>.

İsviçre hukukunda işyerinin değiştirilmesi durumunda yapılan değişikliğin işçi açısından esaslı değişiklik oluşturup oluşturmadığı araştırılmaktadır. Bu bağlamda söz konusu değişikliğin işçinin konutu ile işyeri arasındaki mesafeyi uzatıp uzatmadığı, yolda geçen sürenin ve yol masrafının artıp artmadığı dikkate alınmalıdır<sup>39</sup>.

## V. DEĞİŞİKLİK KAYITLARI

### A. Değişiklik Kaydı Kavramı

Değişiklik kayıtları, çalışma koşullarını tek taraflı değiştirmek veya belirlemek için bir tarafta yetki veren sözleşme hükümleridir<sup>40</sup>. Çalışma koşullarında değişiklik hakkını saklı tutan değişiklik kayıtları uygulamada farklı adlarla nitelendirilmektedir. Bu konuda ilk ve genel kabul gören terim genişletilmiş yönetim hakkı veya özel yönetim hakkıdır. Bu kayıtların konulması ile işveren işçiye iş sözleşmesi ile sınırlanan genel yönetim hakkını aşan talimatlar verebilme hakkına sahip olur. Bununla birlikte işveren yönetim hakkına girmeyen bir alanda yönetim hakkını genişleterek işçiden çalışma koşullarında birtakım değişiklikleri kabul etmesini bekleyebilecektir<sup>41</sup>.

Taraflar iş sözleşmesini imzalamadan önce karşılıklı olarak sözleşmenin unsurları, çalışma koşulları konusunda sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde bir kararlaşırma yapabilirler. İş sözleşmesinin kurulduğu anda taraflar sözleşmenin temel edimleri olan iş görme ve bunun karşılığı olan ücret gibi esaslı birtakım unsurları kararlaştırıp, diğer çalışma koşulları konusunda bir sözleşme hükmü getirmeyebilirler. Bilhassa süresi belli olmayan belirsiz süreli iş sözleşme-

lerini tüm unsurlarıyla belirlemek güç olabilir. Nitekim zaman içinde ekonomik ve teknolojik gelişmeler sözleşme şartlarının farklı belirlenmesini gerektirebilir. Bu bağlamda değişiklik kayıtları, sözleşme özgürlüğü içinde işverene çalışma koşullarının tek taraflı belirlenmesi ve değiştirilmesi konusunda yetki veren yenilik doğurucu bir hak olarak görülebilir<sup>42</sup>. Nitekim hukuk düzeni emredici kurallara, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmadığı sürece irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflara çalışma koşullarını belirleyebilme olanağı vermektedir.

## B. Genel İşlem Koşulları

### 1. Genel İşlem Koşulu Kavramı

İşveren tarafından tek taraflı olarak ve önceden hazırlanan ve karşılıklı olarak görüşülmeden kararlaştırılan, diğer bir ifade ile sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların karşılıklı iradesi ile hazırlanmayan değişiklik kayıtları, genel iş koşullarına çok benzemektedir<sup>43</sup>. Genel iş koşulları, işverenin tek taraflı olarak önceden genel ve soyut biçimde iç yönetmelik, personel yönetmeliği vb. isimler altında düzenlediği kuralların yanı sıra işverenin iş ilişkisinin devamı süresince tek taraflı davranışlarıyla oluşan işyeri uygulamalarını kapsamak üzere kullanılan bir kavramdır<sup>44</sup>. Genel iş koşulları, genel işlem koşullarının iş hukukundaki karşılığından ibaret olup, iş ilişkilerinin içeriğini belirlemek üzere işveren tarafından tek taraflı hazırlanan ve düzenleme esnasında belirli grupları ve bu gruplar içerisindeki belirsiz sayıda işçileri ilgilendiren düzenlemelerdir<sup>45</sup>.

Genel işlem koşulları, önceden basılmış, gelecekte kurulacak çok sayıdaki aynı şekil ve tipteki sözleşme koşullarını ifade eden, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla tek başına ve önceden yazarak hazırladığı ve karşı tarafın onayına sunduğu sözleşmelerdir<sup>46</sup>. Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler daha ziyade bankalar, sigorta şirketleri, taşıma işletmeleri, seyahat firmaları vb. tarafından kullanılmaktadır<sup>47</sup>. Genel işlem koşulları Türk Borçlar K. m. 20-25 arasında düzenlenmiştir.

Genel işlem koşulları ile ilgili TBK.'da 20-25. maddeler düzenlenirken esas itibariyle Alman Medeni Kanunu'nun ilgili maddeleri (BGB §305-310) göz önünde tutulmuştur. Alman Medeni K. §305'e göre, genel işlem şartları, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak için önceden düzenlenmiş ve sözleşmeyi düzenleyen tarafından diğer sözleşme tarafına sözleşmenin kurulması sırasında sunulan sözleşme şartlarıdır. Bu şartların sözleşmeye ek olarak ayrı bir bölüm oluşturması veya doğrudan sözleşme belgesinde yer alması, kapsamı, yazı türü, sözleşmenin şekli önem taşımamaktadır.

TBK. m. 20'ye göre genel işlem koşulları, "bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirilmede önem taşımaz." Sözleşmenin güçlü tarafınca önceden ve tek taraflı olarak hazırlanmış koşuldan kasıt, sözleşmenin karşı tarafının bu kararlaştırmada rolünün ve söz hakkının olmamasıdır<sup>48</sup>. TBK. m. 20/2'ye göre aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin genel işlem koşulu sayılmasını engellemez. Örneğin bin adet kredi sözleşmesi hazırlanırsa, bin adet kredi sözleşmesinin her birinde aynen mevcut olan bir hüküm genel işlem koşulu sayılabilecektir. Buna karşın, aynı amaçla hazırlanan sözleşmelerden birinde veya diğerlerinde bulunmayan ona özgü hüküm genel işlem koşulu sayılmayacaktır. Nitekim bu hüküm, sadece o sözleşmenin diğer tarafı olan kişi dikkate alınarak düzenlenmiştir<sup>49</sup>.

TBK. m. 23'e göre, "Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır." Alman Medeni K. §306/2'ye göre de, genel işlem koşullarının yorumunda şüphe varsa düzenleyenin aleyhine yorumlanır.

## 2. Genel İşlem Koşullarının Sözleşme Kapsamına Girmesi

Genel işlem koşullarının varlığı hakkında

sözleşmenin karşı tarafına açıkça bilgi verilmesi ve bu hükümlerin içeriğini öğrenme olanağı sağlanmış olması ve karşı tarafın tek taraflı olarak kararlaştırılan söz konusu koşulları kabul etmesi ile genel işlem koşulları sözleşmenin kapsamına girer ve bağlayıcılık kazanır<sup>50</sup>.

## 3. Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması

TBK. m. 21/1'e göre, "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır." Bu çerçevede genel işlem koşulu, sözleşme imzalanmadan önce karşı tarafça yeterince incelenip değerlendirilmemiş ve ileride doğacak sonuçlar dikkate alınmadan yazılıp imzalanmışsa, yazılmamış sayılır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, buradaki yazılmamış sayılma ifadesinden yokluk anlaşılmalıdır<sup>51</sup>.

TBK. m. 21/2'ye göre, "Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır." Bu bağlamda, sözleşmenin karşı tarafına genel işlem koşullarının hazırlanmasında her türlü değerlendirme imkanı sağlanmış ve karşı taraf doğacak bütün sonuçları öngörerek bu koşulları kabul etmiş ise de, sözleşmenin diğer hükümleri arasında sözleşmenin nitelik ve içeriğine aykırı hükümlerin bulunması halinde, bu hükümler geçersiz kabul edilecektir<sup>52</sup>. Bu düzenleme ile Alman Medeni K. §305 c (Duruma ve özellikle sözleşmenin dış görünüşüne göre alışılmışın dışında olan ve düzenleyenin karşı tarafının bunları hesaba katmasının gerekmediği genel işlem koşulları sözleşmenin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaz.)'de olduğu gibi şaşırtıcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesi kabul edilmiştir<sup>53</sup>.

TBK. m. 24'e göre, "Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya

da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.” Bu hüküm çerçevesinde genel işlem koşullarını tek yanlı değiştirme veya yeni hükümler koyma yetkisi veren sözleşme hükümleri geçersizdir. Asıl sözleşmenin yapılmasından sonra yapılan bu tür bir kararlaştırmaya da geçerlilik tanınmamaktadır<sup>54</sup>. Söz konusu düzenlemede, tip sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni bir düzenleme yapma yetkisi veren kayıtlara yer verilemeyeceği belirtilmektedir<sup>55</sup>. Ancak söz konusu değişiklik yapma yasağı, sadece düzenleyen lehine, diğer taraf aleyhine olan değişiklik ya da yeni düzenleme yapma yetkisi veren genel işlem koşullarına ilişkindir. Buna karşın diğer taraf lehine yapılacak olan değişiklikler ya da yeni düzenlemeler geçerlidir<sup>56</sup>.

TBK. m. 22'ye göre, genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmede yazılmamış sayılan genel işlem koşullarının bulunması halinde, yazılmamış sayılan genel işlem koşulu dışındaki hükümler geçerli olarak hüküm doğurur. Genel işlem koşullarını hazırlayan taraf, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı, diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürmez.

#### 4. Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi

Genel işlem koşullarının içerik denetimi, söz konusu koşulların içeriğinin MK. m.2'de öngörülen dürüstlük kuralı-hakkın kötüye kullanılması yasağı bakımından yargısal denetimdir<sup>57</sup>. TBK. m.25'te de genel işlem koşullarının içerik denetimi düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” Genel işlem koşulunun hükümsüz sayılması için dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde karşı tarafın menfaatini ihlal etmesi gerekmektedir. Bu sınırlamanın amacı, genel işlem koşullarının içerik denetiminin yapılmasına olanak tanımak ve bu suretle dürüstlük kuralına aykırı nitelendirilen hükümleri

genel işlem koşullarının dışında bırakmaktır<sup>58</sup>.

Genel işlem koşulunun ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olması halinde ise TBK. m. 27 anlamında geçersizlikten söz edilecektir.

Alman Medeni Kanunu'nun “İçerik Denetimi” başlıklı 307. maddesine göre, genel işlem koşulları; iyi niyet kurallarına aykırı ve ölçüsüz biçimde sözleşmenin karşı tarafını zarara uğrattırsa geçersizdir. Düzenleyenin karşı tarafı ölçüsüz biçimde zarara uğratması; genel işlem koşullarının açık ve anlaşılır olmaması sonucunda da ortaya çıkabilir. Genel işlem şartlarının içerik denetimi dışında ayrıca Alman Medeni K. §138 uyarınca ahlaka aykırı olmaması, §242 uyarınca doğruluk ve dürüstlük kurallarına uygun ve §315 uyarınca hakkaniyete uygun olması gerekmektedir.

### C. İş Hukukunda Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu

#### 1. Genel Olarak Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği

Sözleşme ile kararlaştırılan değişiklik kayıtlarının geçerli olup olmayacağı doktrinde oldukça tartışmalı bir konudur. Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, bu tür kayıtlar geçerli sayılamaz. İşverenin çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapma hakkını saklı tutması ve buna dayalı olarak değişiklik yapması kabul edilemez. Nitekim bilim kurulu taslağında öngörülen ve bu değişikliklere olanak sağlayan hükme 22. maddede yer verilmemiştir<sup>59</sup>. Aynı doğrultuda diğer bir görüşe göre, işe girme çabasında olan bir işçinin değişiklik kaydına ilişkin kabul iradesi, onun gerçek iradesini yansıtmadığı için değişiklik kayıtları geçerli kabul edilemez. Bununla birlikte, işçi tarafından kapsamı bilinmeyen ve tamamen işverenin iradesine bırakılmış, keyfi uygulamalara yol açabilecek nitelikteki değişiklik kayıtlarının geçerliliğinin kabulü, doğruluk ve dürüstlük kuralları ve işçiyi koruma ilkesi ile de bağdaşmaz<sup>60</sup>. İş K. m.22/1'in amacına bakıldığında da değişiklik kayıtlarına geçerlilik tanınmaması gerekir. Kanun koyucu söz konusu hükümle bu özgürlüğü sınırlamış ve ister sözleşme imzalanırken ister sözleşmenin devamı sırasında olsun, işverence

yapılacak tek taraflı değişiklik işlemlerine engel olmak istemiştir. Bu nedenle saklı kayıtların geçerli ve bağlayıcı olacağına ilişkin kabul, yasanın anlatımına aykırı olacağı gibi hükmün konuluş amacı ile de bağdaşmayacaktır<sup>61</sup>. İş K. m. 22/1 hükmünün niteliği de değişiklik kayıtlarının geçerliliğine izin vermez. Nitekim taraflar iş sözleşmesinin içeriğini belirleme özgürlüğüne sahip olmakla birlikte, bu özgürlük hukuk düzeniyle sınırlıdır. Mutlak emredici hükümlere aykırı düzenlemeler hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. İş K. m. 22/1'de niteliği itibariyle mutlak emredici bir düzenleme olduğu için, karşılaştırılan değişiklik kayıtları geçersizdir. Bu düşüncenin aksinin kabulü hükmün mutlak emredici niteliğinin ve işçi lehine yorum ilkesinin göz ardı edilmesi anlamına gelir<sup>62</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise, bilim kurulu taslağında yer alan düzenlemenin kanun metnine alınmamış olması, değişiklik kayıtlarının getirilmesi konusunda bir yasağın var olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır<sup>63</sup>. Tasarıdaki söz konusu hükmün yasaya alınmamasına sözleşme özgürlüğünün sınırlanması ve bu tür kayıtların yasaklanması şeklinde amacını aşan bir anlam vermemek gerekir<sup>64</sup>. İşverence iş sözleşmesinde yer alan değişiklik yapma yetkisinin kullanılması, sözleşmede değişiklik yapılması değil, sözleşmeye uygun, onun olanak tanıdığı bir hakkın kullanılmasıdır<sup>65</sup>. İş K. m. 22 iş sözleşmesinin tek taraflı değiştirilmesini değil, iş sözleşmesine tek yanlı müdahaleyi yasaklamaktadır. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin işçinin rızası ile çalışma koşulunun sözleşmenin devamında işverence tek taraflı değiştirilebilir şekilde belirlenmesini, sözleşmenin esnek bir içeriği sahip olmasını yasakladığı söylenemez. İşçi sözleşme özgürlüğünden doğan hakkını kullanarak, değişikliğe baştan razı olmaktadır<sup>66</sup>. Aynı yönde diğer bir görüşe göre de, değişiklik kayıtları, aslında işçinin başlangıçtaki rızası ile ortaya çıkan bir değişiklik sözleşmesidir. Sözleşme ile taraflara tanınan bir değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanılması sonucunda, bir çalışma şartı tek taraflı olarak değiştirilebilmektedir. Değişiklik kaydına dayanarak iş sözleşmesi şartında bir değişiklik yapılmakta ve bu şekilde yeni bir durum yaratılmaktadır. Ancak

işçi sözleşme çerçevesinde değişikliğe baştan razı olduğu için, değişiklik işçinin rızasına dayanmaktadır<sup>67</sup>. İşçinin baştan vermiş olduğu rızaya dayanan değişikliği saklı tutma kayıtlarının işçinin gerçek anlamda rızası olmadığı, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işçinin değişiklik kaydını kabul etmek zorunda kaldığı düşünülebilir. Bu durumda değişiklik kaydının geçerliliğinden ziyade geçerlilik sınırının tartışılması gerekmektedir<sup>68</sup>.

Değişiklik kayıtları, çalışma koşullarını tek taraflı değiştirmek veya belirlemek için bir tarafa (işverene) yetki veren sözleşme hükümleridir. İş sözleşmelerinde karşılaştırılan değişiklik kayıtları kural olarak geçerlidir. Değişiklik kayıtlarının geçerli olabilmesi için açık ve anlaşılır bilgiler içermesi belirli ve somut olması gerekmektedir<sup>69</sup>. Bununla birlikte değişiklik kayıtlarının uygulanması hakkın kötüye kullanılması oluşturmamalı, bilakis objektif iyi niyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır<sup>70</sup>. Çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisinin belirli koşullara bağlanması halinde bu değişiklik kayıtlarının denetlenmesi zorunludur. Aksi halde işverenin değişiklik yetkisini dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun kullanıp kullanmadığını belirlemek mümkün olmaz<sup>71</sup>. Sözleşmelerle değişiklik kayıtlarının hiçbir şekilde karşılaştırılmayacağı kabulü sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırılık oluşturur. Kişilik haklarına, emredici kurallara ve ahlaka aykırı olmadıkça, işverene irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerine dayanarak çalışma koşulunu değiştirme yetkisi kural olarak tanınabilir<sup>72</sup>. Ancak işverene böyle bir yetki tanınmakla birlikte, bu yetkinin kullanılması hakkının dar yorumlanması gerekir. Bu bağlamda “işveren çalışma koşullarında değişiklik yapmaya yetkilidir” şeklinde bir değişiklik kaydına geçerlilik tanınmazken; “işçinin işverene ait değişik işyerlerinde çalıştırılabileceği”ne ilişkin bir değişiklik kaydı kural olarak geçerli olacaktır<sup>73</sup>. Uygulamada özellikle işçinin gördüğü işin değiştirilebilmesine ilişkin kayıtlarda işçinin niteliğine uygun ve ifası beklenebilir işlerde görevlendirileceği şeklinde hükümlere yer verilmektedir. Bu tür düzenlemeler kural olarak geçerlidir<sup>74</sup>.



Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, değişiklik kayıtlarının geçerliliği hakkında önceden bir objektif sonuca varmak mümkün değildir. Her somut olayda işçi ve işverenin menfaatleri karşılaştırmak ve hangi tarafın menfaatine üstünlük tanınacağı tespit edilerek bir karara ulaşmak gerekir<sup>75</sup>. Örneğin, işçinin işverene ait Türkiye'deki bütün işyerlerinde çalışmayı kabul ettiğine yönelik bir değişiklik kaydı getirilirse, bu taahhüt işçi bakımından bağlayıcıdır. Söz konusu taahhüdün hukuka aykırılığından da söz edilemez. Ancak işçi bakımından bağlayıcı olarak kabul edilen bu tür bir kuralın mutlak anlamda bağlayıcı olduğu da söylenemez. Somut olaya göre böyle bir değişikliğin hakkaniyetle bağdaşır bağdaşmadığına bakılması gerekir<sup>76</sup>.

Değişiklik kayıtlarında öncelikle işçinin değişikliğin sonuçları hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmediği, söz konusu kaydın açık ve somut olup olmadığına bakılmalıdır. İşverene sınırsız değişiklik yapma hakkı tanıyacak kayıtlar konulamaz. Yargıtay bu anlamda işverenin iş değişikliği yetkisini isabetli olarak geçerli sebep koşuluna bağlamıştır<sup>77-78</sup>. Değişiklik kaydının ikinci aşamadaki denetiminde değişiklik sebepleri denetlenmelidir. Değişiklik için geçerli sebep bulunsa dahi son aşamada da işçide değişikliğin yapılmayacağı konusunda yaratılan haklı güven dikkate alınmalıdır. Uzun süreden beri aynı işte çalışan ve o konuda uzmanlaşan işçinin artık başka bir işte başka bir alanda çalışmayacağı, başka bir işe verilmeyeceği konusunda bir güven oluşmuş olabilir. Bu durumda çalışma koşullarında değişikliğin söz konusu işçiye vereceği zarar, işe yeni başlayan bir işçinin uğrayacağı zarardan çok daha ağırdır. Bu anlamda uzun süreden beri hep aynı işte çalışan işçinin geçerli sebep olsa dahi işinin değiştirilmesi, geçerli sebebin de ağırlaştırılmasını gerektirir<sup>79</sup>.

İşverene işçinin göreceği işi değiştirme hakkı verilebilir. Ancak böyle bir hak, işçinin gördüğü işle aynı değerdeki işler için geçerlidir. İşveren işçinin yapmakta olduğu işle aynı nitelikte, işçinin eğitim ve mesleki itibarına uygun iş değişikliği yapabilir. Uygulamada da işin değiştirilmesine ilişkin kayıtlar, işçinin "nitelikle-

rine uygun" veya "ifası kendisinden beklenebilir" olduğu sürece geçerlidir<sup>80</sup>.

İşçiye yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerle daha düşük değerde iş verilmesi halinde ücretinin de bu işe uygun olarak azaltılması mümkündür. Sözleşmeye de işçide performans düşüklüğü görüldüğü taktirde işinin ve buna bağlı olarak ücretinin değiştirileceğine ilişkin hüküm konulabilir. Bu yönde bir değişiklik kaydı geçerli kabul edilmelidir<sup>81</sup>.

Başbuğ'a göre, çalışma sürelerine ilişkin değişikliğin ücreti nasıl etkileyeceği açık bir şekilde belirlenmişse, bu tür değişiklik kayıtlarının da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, gece saatlerinde limana gemilerin yanaşmasının durduğu dönemlerde gece vardiyasının kaldırılarak, vardiya sayısının üçten ikiye indirilmesi öngörülmüş ve bu nedenle gece vardiyası nedeniyle alınacak zamlı ücretin düşeceği açık ise, söz konusu değişiklik kaydı da geçerli kabul edilmelidir<sup>82</sup>.

Alman hukukuna baktığımızda, Alman Federal İş Mahkemesi, içtihatlarında işverene belirli çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapma hakkı veren sözleşmesel kayıtların geçerli olduğunu kabul etmektedir. Ancak bu kayıtlarla işveren söz konusu hakkını sınırsız olarak kullanma hakkına sahip olmaz. İşveren işçinin işi ve ücretinde bir değişiklik yapamaz<sup>83</sup>. Örneğin işverenin çalışma süresinde tek taraflı değişiklik yapabileceğine ilişkin bir sözleşme kaydı, doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırı olarak sözleşme taraflarına zarar verecekse geçersiz kabul edilir. İşverenin çalışma saatlerini esnekletmesindeki menfaati ile işçinin düzenlenen çalışma saatleri çerçevesinde çalışması ve işçinin alacağı ücret uygun ölçüde dengelenmelidir<sup>84</sup>. Bu çerçevede değişiklik kaydının geçerli olabilmesi için değişiklik iş görme borcunun ifası bakımından objektif olmalı, bu kayıt konulurken işçinin menfaatleri gözetilmeli, örneğin çalışma süresi ya da yerine ilişkin değişiklik kaydı getirilmek isteniyorsa, işçinin çocuğu olup olmadığı, çocuğu varsa kreşe gidip gitmediği, kreş saatleri dikkate alınmalıdır<sup>85</sup>. Sözleşme ile değişiklik kaydının kararlaştırılması, işverenin yönetim hakkının genişletilmesi olarak kabul edilmekte ve bu

çerçeve de işveren değişiklik feshi önerisinde bulunmaksızın işçinin sözleşme ile kararlaştırılan işi, işyeri, çalışma süresi konusunda değişiklik yapabilmektedir. Ancak söz konusu değişiklik kayıtlarının denetiminin çok sıkı bir şekilde yapılması gerekmektedir<sup>86</sup>.

## 2. İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği

Uygulamada değişiklik kayıtları daha ziyade işyeri bakımından konulmaktadır. İşyeri değişiklik kayıtları Türk hukukunda kural olarak geçerli kabul edilmektedir<sup>87</sup>. Ancak kural olarak işyeri değişikliğine ilişkin kayıtlar geçerli sayılmakla birlikte, işyeri değişikliği işçinin durumunu ağırlaştırıyor veya mali külfet yüklüyorsa geçerli kabul edilmemektedir<sup>88-89</sup>. İşçinin naklinin yapılmak istendiği yeni işyerinin çok uzak olması gibi, henüz açılmayan ve açılacağı da kesin olmayan bir işyerinde işçinin görevlendirilmesi de hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacaktır<sup>90</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre, "... davalı şirketçe, geçerli değişiklik kaydına istinaden İstanbul'da aynı şartlar ve unvan ile işe başlanması istenmesine rağmen, işe başlamayan davacı işçinin iş akdinin feshi, haklı bir fesih olup, davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekir."<sup>91</sup> Kararı eleştiren Narmanlıoğlu'na göre, saklı tutulan değişiklik kayıtlarının geçerli ve bağlayıcı olduğunu kabul etmek İş K. m. 22/1'i etkisiz hale getirecektir. Nitekim çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak isteyen işverenin İş K. m.22/1'deki usulü uygulaması zorunludur. Bu yükümlülük kanundan doğmakta ve hiçbir istisnası da bulunmamaktadır. Çalışma koşullarında işveren tarafından tek taraflı olarak esaslı değişiklik yapılabilmesi usulü kanunda öngörülmüştür. Bu hususun işverenin yönetim hakkını genişletici nitelikte değişiklik kayıtları ile bertaraf edilmesi mümkün değildir<sup>92</sup>. Bu görüşe göre, Yargıtay söz konusu kararı ile kanuna uygun olmayan bir sonuca ulaşmıştır. Saklı değişiklik kayıtları ister 1475 sayılı İş Kanunu döneminde ister 4857 sayılı İş Kanunu döneminde düzenlenmiş olsun, İş K. m. 22/1'in açık ve kesin hükmüne tamamen aykırı olduğu için

söz konusu kayıtlara geçerlilik tanınmaz<sup>93</sup>. İş Kanunu 22. madde ile işyerleri ve işletmeler arasında hiçbir ayırım yapmadığı için, gerek işyerine gerek işe ilişkin olan çalışma şartlarında değişiklik yapma olanağı veren düzenlemeler İş K. m. 22/1'e aykırı ve dolayısıyla geçersiz olacaktır<sup>94</sup>.

Alman hukukunda işyeri değişiklik kayıtlarının geçerli olabilmesi için, değişiklik kaydının geçerli sayılması halinde işçinin çalışacağı yeni işyeri ile evi arasındaki mesafe, yol ücreti dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda öncelikle Alman Medeni K. (BGB) §307/1-2 çerçevesinde içerik denetimi ve §315 çerçevesinde hakkaniyet denetimi yapılmalıdır<sup>95</sup>. İşyerinin değiştirilmesine ilişkin saklı tutulan kaydın geçersizliği halinde, işveren çalışma koşullarının diğer bir ifade ile işyerinin değiştirilmesi suretiyle ulaşacağı amaca ancak değişiklik feshine gitmek suretiyle ulaşabilir<sup>96</sup>.

Fransız hukukuna baktığımızda, Fransız Yüksek Mahkemesi'ne göre, işyeri değişiklik kaydının geçerli olabilmesi için, işverene tanıyan değişiklik yapma hakkının hangi coğrafi alanla sınırlı olacağına belirli olması gerekmektedir. Bu bağlamda, "İşletmenin faaliyet alanının genişlemesi durumunda veya işyeri organizasyonunun gerekli kıldığı hallerde işyerinin değiştirilebileceğine ilişkin genel ifadeler içeren işyeri değişiklik kayıtları geçersiz"dir<sup>97</sup>. Baycık'a göre, Fransız hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da işyeri değişiklik kayıtlarının geçerli olabilmesi için hangi coğrafi alanla sınırlı olarak kullanılabileceğinin belirli olması gerekmektedir. İşyeri değişiklik kayıtlarından doğan uyuşmazlıklarda bu kaydın işçiye yerleşim yerini değiştirme zorunluluğu getirip getirmediği de denetlenmelidir. Nitekim AY. m. 21 ve 23/1 çerçevesinde kimsenin konutuna dokunulamaz ve herkes yerleşme hürriyetine sahiptir<sup>98</sup>. İşverene ait tüm işyerleri veya işletmenin tüm şubelerini kapsayacak şekilde işyeri değişiklik kaydı getirilmişse, bu hakkın kapsamının belirlenmesinde iş sözleşmesinin yapıldığı andaki işyerleri veya şubeler esas alınmalıdır. İşçinin daha sonra kurulacak işyerlerine nakline iş sözleşmesinin yapıldığı sırada onay vermesi beklenemez<sup>99</sup>.

### 3. Görüşümüz

Sözleşme özgürlüğü Türk hukukunda temel bir ilke olarak kabul edilmiştir. BK.m.19'a göre, bir sözleşmenin içeriği, kanunun gösterdiği sınırlar dairesinde, serbestçe tayin olunabilir. Tarafların yaptıkları sözleşmeler, ancak kanunun emredici bir kuralına veya kamu düzenine, genel ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı olmadıkça geçerlidir. AY. m. 48'de de sözleşme hürriyeti düzenlenmiştir.

BK. m. 19 çerçevesinde sözleşmenin tarafları sözleşme içeriğini diledikleri gibi belirleyebilir. Ancak düzenleme serbestisi kural olmakla birlikte, tarafların mutlak bir serbestiye sahip oldukları da söylenemez. BK. m. 19'daki "kanunun gösterdiği sınır" ifadesi göz ardı edilmemelidir. BK. m. 19/II ve 20/1 çerçevesinde sözleşmenin içeriğinin imkansız olmaması, hukuka veya ahlaka, kamu düzenine aykırı olmaması gerekmektedir. Kişilik haklarını ihlal eden sözleşmeler de emredici hukuk kurallarına ve dolayısıyla hukuka aykırı kabul edilmektedir (MK. m. 23-24).

İşveren ve işçi, iş sözleşmesi kurulurken sözleşmenin içeriğini belirlemede serbesttir. Diğer bir ifade ile, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşme taraflarının anlaşarak bir takım düzenlemeler yapmaları mümkündür. Ancak tarafların mutlak anlamda sözleşme serbestisinin olduğu söylenemeyeceği için, yasal sınırlara uyularak getirilen hükümler geçerli kabul edilmelidir. İş sözleşmesi ya da sözleşme yapılırken değişiklik sözleşmesi ile değişiklik kaydı getirilmesi halinde, söz konusu düzenleme iki tarafın iradesi ile getirildiği için yasal sınırlamalara aykırılık olmadıkça geçerli kabul edilecektir. Bu şekilde bir kararlaştırma yapılması halinde, işçi sözleşme özgürlüğünden doğan hakkını kullanarak, değişikliğe baştan razı olmakta, işveren de iş sözleşmesi devam ederken değişiklik yapma hakkını kullanabilmektedir. İşçinin sözleşme kurulurken değişikliği saklı tutma kayıtlarına ilişkin vermiş olduğu rızanın işçinin gerçek iradesini yansıtmadığı, işçinin işsiz kalmamak uğruna değişiklik kaydını kabul etmek zorunda kaldığı düşünülebilir. Sosyolojik olarak bakıldığında, işçinin işveren karşısında daha güçsüz konumda olması, iş-

sizliğin büyük oranda olduğu bir ortamda işsiz kalmak yerine işverenin teklif ettiği her öneriyi kabul eden işçinin değişiklik kaydını da itirazsız kabul etmek zorunda kaldığı ve bu nedenle saklı tutulan değişiklik kayıtlarının kabulünün işçinin gerçek iradesini yansıtmadığı, belirtilen nedenlerle de değişiklik kayıtlarının geçersiz olması gerektiği düşünülebilir. Ancak mevcut düzenlemeler çerçevesinde değişiklik kayıtlarını mutlak olarak geçersiz sayan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu düşüncenin hukuki bir temele oturtulması mümkün görünmemektedir.

Taraflara mutlak bir sözleşme özgürlüğü verilmediği için, kararlaştırılan değişiklik kayıtlarının da mutlak olarak geçerli olduğu söylenemez. Her somut olayda kararlaştırılan değişiklik kayıtlarının uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması oluşturup oluşturmadığı, bu bağlamda söz konusu kaydın MK. m. 2'deki dürüstlük kuralları çerçevesinde ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı, işçinin kişilik haklarını ihlal edip etmediği, emredici kurallara ve ahlaka aykırı olup olmadığı araştırılacak ve bu çerçevede değişiklik kaydının geçerli olup olmadığı tespit edilecektir. Bu anlamda gerek yargı kararlarında gerek öğretide isabetli olarak değişiklik kayıtlarının hakkaniyet denetimine tabi olduğu kabul edilmektedir. Bu denetim yapılmadan, değişiklik kayıtlarının hiçbir şekilde kararlaştırılmayacağı ya da saklı tutulan kayıtların mutlak anlamda geçersiz olduğu söylenemez. Değişiklik kayıtlarının getirilmesinin İş K. m. 22/1 ile çeliştiği düşüncesi de kanaatimizce pek isabetli görülmemektedir. Nitekim İş K. m. 22 sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra uygulanacak bir hükümdür. Henüz sözleşme kurulmadan ve sözleşme şartları belirlenmeden çalışma koşullarında esaslı değişiklikten söz edilemeyeceği için, iş sözleşmesi kurulurken getirilen değişiklik kayıtları İş K. m. 22/1'deki mutlak emredici düzenlemeyi ihlal etmeyecektir.

### 4. Türk Borçlar Kanunu'nun 24. Maddesinin İş Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu

TBK. m. 24'e göre, "Genel işlem koşullarının

bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.”

İşyeri iç yönetmelikleri de işverence tek taraflı olarak önceden hazırlanan ve işyerinde uygulanacak genel ve yeknesak çalışma koşullarını kapsayan düzenlemelerdir. İşçi işe girerken bu çalışma koşullarını ya hiçbir değişiklik talep etmeksizin kabul etmek ya da sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmek zorundadır<sup>100</sup>. İç yönetmeliğin bağlayıcı olarak hüküm ifade edebilmesi için işçinin bu yönetmelik hükümleri, diğer bir ifade ile genel iş koşulları hakkında açıkça bilgilendirilmesi, bu bilgilendirmenin sözleşmenin kurulması sırasında yapılması ve işçinin söz konusu hükümleri kabul etmesi gerekir<sup>101</sup>. İş sözleşmesi kurulduktan sonra işveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanan ve işçinin aleyhine hükümler içeren iç yönetmelik İş K. m. 22 ve değişiklik feshi hükümlerine tabi olur<sup>102</sup>. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, iç yönetmelikte, işverene söz konusu yönetmelik hükümlerinde tek taraflı olarak işçi aleyhine değişiklik yapma yetkisi veren değişiklik kayıtları yazılmamış sayılır<sup>103</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulup bulmayacağı konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Hukukuna baktığımızda, Alman Medeni K. (BGB) §310/4'te açıkça toplu iş sözleşmeleri, işyeri sözleşmeleri istisna tutulduğu gibi, söz konusu hükümlerin iş sözleşmelerine uygulanabilmesi için, iş hukukunun özelliklerinin dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. İş hukukunun kendine has problemlerinin oluşu, bazı hususlarda Borçlar Kanunu'ndaki ilkelerden sapmayı gerektirir. Nitekim sürekli borç ilişkisi doğuran ve esnek hükümler içeren iş sözleşmesi niteliği itibarıyla satım sözleşmesi, eser sözleşmesi, ödünç sözleşmesi gibi sözleşmelerden farklıdır. Bu bağlamda genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin iş hukukuna aynen uygulanması mümkün değildir<sup>104</sup>.

Bu bağlamda TBK.'da genel işlem koşulları-

nın iş hukukuna uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme olmasa da söz konusu hükümler iş hukukuna uygulanırken, iş hukukunun özellikleri dikkate alınmalıdır. Çalışma yaşamının gerekleri dikkate alındığında değişiklik kayıtları TBK. m. 24 çerçevesinde doğrudan geçersiz sayılmamalı, MK. m. 2 çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>105</sup>.

TBK. m. 24'teki düzenleme sadece “çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla önceden, tek taraflı sunulan sözleşme hükümleri” olan genel işlem şartları içeren sözleşmeler için geçerlidir. Bu bağlamda değiştirme yasağı sadece çok sayıda benzer sözleşme için hazırlanmış kayıtlarla sınırlıdır. Önceden ve tek taraflı hazırlanmakla birlikte çok sayıda benzer sözleşme için hazırlanmamış, sadece müzakere edilmemiş sözleşme hükümleri için değiştirme yasağı geçerli olmayacaktır. Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, söz konusu düzenlemenin iş hukukunda uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Nitekim düzenleme iş hukukunun ve çalışma hayatının gereksinimlerine cevap vermemektedir. 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen esnekliği TBK. m. 24 geri almaya ya da sınırlamaya çalışan bir düzenlemedir<sup>106</sup>. Bu düzenleme ayrıca İş K. m. 22/2 ile de çelişmektedir. Nitekim İş K. m. 22/2 çerçevesinde taraflar anlaşarak her zaman çalışma koşullarını değiştirebilir. Değişiklik kayıtları ile taraflar, çalışma koşullarının değiştirilmesi konusunda sözleşmenin kurulması aşamasında anlaşmakta ve açıklık ilkesi çerçevesinde değişikliğin zamanını işverenin takdirine bırakmaktadırlar. Bu şekilde açıklık ilkesine uygun olarak kararlaştırılan değişiklik kaydı, işçinin sözleşmenin kurulması anında verdiği özgür ve geçerli iradesine dayanmaktadır. Bu hali ile de değişiklik kayıtları İş K. m. 22/2 kapsamındadır<sup>107</sup>. Burada tek tartışılacak husus işçinin başlangıçta verdiği rızanın geçerliliğini belirlemek ve işverenin bu takdir yetkisini yerinde ve ölçülü kullanıp kullanmadığını tespit etmektir. Bu sebeple de değişiklik kayıtları içerik ve kullanma denetimine tabi tutulmaktadır<sup>108</sup>. Türk Borçlar Kanunu hazırlanırken Alman hukukunda olduğu gibi, “iş hukukunun özelliklerinin” özellikle “sürekli borç ilişkilerinin özelliklerinin” dikkate



alınması gerektiğine ilişkin bir hüküm getirilmeden genel bir değiştirme yasağı getirilmesi yanlış olmuştur<sup>109</sup>.

İş hukuku uygulamasına bakıldığında, genellikle işyeri iç yönetmelikleri ile işyeri değişiklik kaydının getirildiği görülmektedir. TBK. m. 24'teki değişiklik kayıtlarının yazılmamış sayılacağına ilişkin genel düzenlemenin iş sözleşmelerine uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gereken bir husustur. Bu konuda iş hukukunun içtihat ve gereklerinin borçlar hukukundan farklı olduğu, amacın işçiyi korumak kadar çalışma hayatına esneklik getirmek olduğu, bu nedenle de işverenin işçinin işyerini değiştirme konusunda yasal sınırlar içinde özgürlüğünün olması gerektiği söylenebileceği gibi, TBK. m. 24 ile getirilen yeni düzenlemenin işçinin daha lehine olduğu, iş hukukunun esneklik amacı olsa da temel amaç işçiyi korumak ve iş ilişkisinde devamlılığı sağlamak olduğu için söz konusu hükmün iş hukukunda da uygulanması ve işyeri değişiklik kayıtlarının geçersiz sayılması gerektiği söylenebilir.

Kanaatimizce TBK. m. 24'ün iş sözleşmesi ile kararlaştırılan değişiklik kayıtları için uygulanması pek isabetli gözükmemektedir. Nitekim işverenin bir işçiyle yaptığı iş sözleşmesi ile değişiklik kaydı getirmesi sözleşme özgürlüğü kapsamında olduğu için bu hükmün geçersizliği BK. m. 19-20, MK. m. 23-24 ve MK. m. 2 çerçevesinde tartışılacaktır. Zira bu düzenleme genel olarak sözleşme ile kararlaştırılan hükümlerin yazılmamış sayılması ya da geçersizliğini düzenlememektedir. Her ne kadar iş hukukunun temel amacı işçiyi korumak olsa da, işçi ve işverenin menfaatleri arasında bir dengeleme yapmak gerekmektedir. İşverene her değişiklik yapmak istediğinde işçinin rızasını alma zorunluluğunun getirilmesi, çalışma hayatında rotasyona da engel olacaktır. TBK. m. 24'ün genel iş koşulu şeklinde hazırlanmış, işçiye müzakere hakkı verilmeyen, işverence tek taraflı olarak ve birçok kişiyi kapsamak üzere hazırlanmış düzenlemeler için geçerli olup olmayacağı tartışılması gereken bir husustur. Her ne kadar genel iş koşulları borçlar hukukundaki genel işlem koşullarının bir görünümü olsa da, Türk Borçlar Kanunu'nda

genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin iş hukukunda ne şekilde uygulanacağı belirtilmemiştir. İşyeri iç yönetmeliği, personel yönetmeliği vb. isimler altında düzenlenen genel iş koşulları iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduğu için, söz konusu genel hükümlerin iş sözleşmelerine aynen uygulanması uygulamada birtakım sorunlar yaratabilir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nda bir değişiklik yapılarak daha ayrıntılı bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Yapılacak bu düzenleme ile gerek iş sözleşmesinde gerek işyeri yönetmeliklerinde yer alan kayıtların geçerliliği konusunda söz konusu hükmün uygulanabilip uygulanamayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır.

#### D. Değişiklik Kayıtlarının Denetimi

İşverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma hakkı veren kayıtlar içerik ve hakkaniyet denetimi olmak üzere iki aşamalı bir denetime tabi tutulur. İlk olarak içerik denetimi, daha sonra kullanım-hakkaniyet denetimi yapılır. İçerik denetiminde değişiklik kaydının hukuka uygun olup olmadığı tespit edilirken, kullanım denetiminde bu hakkın MK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına-hakkaniyete uygun olup olmadığı denetlenmektedir<sup>110</sup>.

Yukarıda sözünü ettiğimiz doktrin görüşleri ve yargı kararları çerçevesinde değişiklik kayıtlarının geçerliliği öncelikle BK. m. 19-20'deki genel sınırlamalara tabidir. Bununla birlikte değişikliği saklı tutma hakkının bir hakkın kötüye kullanımı da oluşturmaması, söz konusu hakkın objektif iyi niyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması gerekmektedir<sup>111</sup>. Eşitlik ilkesi de değişiklik kayıtlarının denetiminde dikkate alınması gereken bir ilkedir. Nitekim İş K. m. 5 her türlü ayrımcılığı yasaklamıştır. Örneğin, değişikliğin sadece bayan işçileri kapsamaması halinde, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığından söz edilecektir<sup>112</sup>. Eşit davranma ilkesini ihlal eden bir değişiklik teklifi, ölçülülük ilkesine de aykırı olur. Bu bağlamda böyle bir değişiklik teklifinde bulunulan işçi, sözleşmesinin değişikliği kabul etmemesi nedeniyle feshi halinde, feshin geçersizliğini ileri sürebilir<sup>113</sup>. Hakkaniyet denetiminde ölçülülük ilkesi de çok önemli bir yere sahiptir. İş-

verenin değişiklik yaparken ölçülü davranması ve aşırıya kaçmaması da denetlenmesi gereken hususlardır<sup>114</sup>. Örneğin değişiklik kaydına dayalı olarak işyerini değiştirmek isteyen işveren, işyeri değişikliği ile işçinin ikametgahı da değişecekse, işçinin eşinin işi, çocuklarının okul durumu, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin bu değişimden etkilenip etkilenmeyecekleri gibi hususları da dikkate alarak işçiye usulüne uygun bir bildirim yapmalı ve yeni işyerine makul bir süre içinde gitmesini beklemelidir<sup>115</sup>. İşveren saklı tutma kaydına dayanarak, bu değişikliği kabul etmeyen işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İşveren dilerse İş K. m.25/II-h'de öngörülen "işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi"ne veya "İş K. m. 25/II-g'de işçinin özürsüz devamsızlığına, dilerse İş K. m. 25/II'deki iyi niyet kuralına uymayan davranışlara dayanarak işçinin sözleşmesini feshedebilir<sup>116</sup>. İşçi bu feshe karşı İş K. m.25/son'a dayanarak feshin haklı nedenle dayanmadığı ve fesih için geçerli neden bulunmadığı gerekçesiyle işe iade davası açabilir<sup>117</sup>.

Çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisinin saklı tutulması halinde işveren bu yetkiye dayanarak ve objektif iyi niyet kurallarına uygun olarak değişiklik yaparsa, işçi bu değişikliğe uymak zorundadır. Bu durumda İş K. m. 22'deki usul uygulanmaz. Diğer bir ifade ile, hukuka uygun bir değişiklik kaydının olması halinde işverenin işçiye değişiklik önerisini yazılı olarak bildirmek, işçinin altı iş günü içinde vereceği yazılı cevabı beklemek ve önerinin reddi halinde fesih için geçerli neden bulmak zorunluluğu yoktur<sup>118</sup>. Bu bağlamda iş sözleşmesinde veya eki niteliğindeki belgelerde işverene işyeri, iş, ücret ve benzeri konularda tek taraflı değişiklik yapabilme imkanı veren değişiklik kayıtları varsa artık 22. maddedeki usul uygulanmayacak, burada sadece sözleşmede yer alan kaydın hukuka uygunluğu denetlenecektir. Ancak işverene tanınmış bir değişiklik kaydı yoksa, İş K. m. 22'deki usulün uygulanması gerekir<sup>119</sup>.

Alman hukukunda da değişiklik kayıtlarının denetimi iki aşamalı olarak yapılmaktadır. Ön-

celikle içerik denetimi yapılmalıdır. Bu çerçevede değişiklik kaydının yasal düzenlemelere aykırı olup olmadığı tespit edilmelidir<sup>120</sup>. Bu denetimden sonra ikinci aşamada hakkaniyet denetimi yapılmalıdır. Hakkaniyet denetimi yapılırken işveren değişiklik ile elde edeceği ekonomik menfaatler ile işçinin sözleşme içeriğinin korunmasındaki menfaati karşılaştırılmalıdır<sup>121</sup>. Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir kararına göre, iş sözleşmesi ile getirilen değişiklik kaydı kural olarak geçerli kabul edilmelidir. Ancak değişiklik kaydının geçerliliğinin tespiti için içerik ve kullanım-hakkaniyet denetimi yapılmalıdır. Bu çerçevede somut olayda tarafların karşılıklı menfaatleri tartılmalı, işçinin içinde bulunduğu koşullar karşısında nakil kaydı çerçevesinde yeni görevlendirildiği işyerine gitmesinin hakkaniyet gereği kendisinden beklenilir olup olmadığı değerlendirilmelidir<sup>122</sup>.

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Karara konu olayda taraflar arasında yapılan iş sözleşmesinde işçinin işverene bağlı aynı ildeki ya da diğer illerdeki bir başka işyerine geçici ya da devamlı olarak nakledilebileceğine ilişkin bir değişiklik kaydı bulunmaktadır. Dosya kapsamından davacının Aksaray Havalimanı Sağmalcılar istasyonunda güvenlik görevlisi olarak çalışırken, İstanbul Metrosu Şişhane istasyonuna çalışmak için gönderildiği ancak davacı işçinin bu görev yerine gitmediği, işverence yapılan sözlü ve yazılı uyarılara uymadığı, bu nedenle sözleşmesinin İş K. m.25/II-g-h-ı çerçevesinde haklı olarak feshedildiği ve mahkeme kararının usul ve kanuna uygun görülerek Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından oyçokluğu ile onanmasına karar verildiği, sözleşmede belirtilen nakil hakkının saklı tutulmasına ilişkin kaydın geçersizliği nedeniyle bu değişiklik çerçevesinde işçinin çalışma koşullarının ağırlaşmış ağırlaşmadığının incelenmesi ve esaslı bir değişikliğin var olduğunun kabulü halinde feshin geçerli nedene dayanmasına karar verilmesi gerektiği düşüncesi ile kararın onanması yönündeki çoğunluk görüşüne karşı oy kullanıldığı görülmektedir.

Yukarıda da belirttiğim gibi kanaatimizce sözleşme ile kararlaştırılan değişiklik kayıt-

larının mutlak anlamda geçersizliğinden söz edilemez. Yasal sınırlara uymak koşuluyla taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değişiklik kaydı getirebilir. Bu bağlamda işyerinin değiştirilmesine ilişkin değişiklik kayıtlarına da geçerlilik tanınır. Ancak sözleşme ile kararlaştırılan değişiklik kaydının açık, anlaşılır ve işçi bakımından hakkaniyete uygun olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile, değişikliğin uygulanması halinde işçinin statüsünde ya da mali durumunda bir farklılık yaratılmamalıdır. Bununla birlikte işçinin sosyal durumu da dikkate alınmalıdır. Örneğin işçi sözleşme ile kararlaştırılan değişiklik kaydına rıza gösterirken bekar, sağlıklı biri iken, değişiklik kaydının uygulanacağı sırada evli ve çocuklu ya da birtakım sağlık sorunları olan birisi olabilir ve hakkaniyet gereği bu değişikliğe uyması işçiden beklenemeyebilir. Bu nedenle her somut olayda değişiklik kaydının geçerli olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Karara konu olayda gerek mahkeme kararında gerek Yargıtay'ın onama kararında söz konusu değişikliğin işçinin evine en az iki araçla gidilebilecek uzaklıkta olması ve bel fıtığı ameliyatı olması nedeniyle bu değişikliğin kendisi için zor bir durum olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmamış, değişikliğin İş K. m. 22 çerçevesinde esaslı değişiklik olmadığı kabul edilmiştir. Eğer yapılan hakkaniyet denetimi çerçevesinde işçinin evi ile yeni işyeri arasındaki mesafe ve sağlık durumu işçinin durumunu zorlaştıracak nitelikte kabul edilirse, bu değişiklik kaydına geçerlilik tanınmayacaktır. Bu durumda da değişikliğin İş K. m. 22/1'deki usule uygun olarak yapılması gerekirdi. Nitekim işçinin işyerinin değiştirilmesi çalışma koşullarında esaslı bir değişikliktir. Ancak normal şartlarda güvenlik görevlisi olarak çalışabilen ve genellikle ayakta durması gereken birinin bel fıtığı nedeniyle iki durak uzaklıktaki diğer bir işyerine gitmesinin beklenmesi dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturmayacaktır. Bu nedenle de Yargıtay'ın söz konusu değişikliği İş K. m. 22 çerçevesinde esaslı değişiklik kabul etmeyerek, yeni görevinde çalışmaya başlama-yan işçinin sözleşmesinin feshinin haklı olduğunun kabulü, bu anlamda işçinin açtığı da-

vanın yerel mahkemece reddi kararını onama kararı isabetli gözükmektedir.

## DİPNOTLAR

- 1 MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.333.
- 2 1475 sayılı İş Kanunu döneminde işveren sözleşme şartlarında işçi aleyhine esaslı tarzda bir değişiklik yaptığı zaman, işçi İş K. m. 16/II-e uyarınca sözleşmeyi haklı sebeple fesih imkânına sahipti. Yani sözleşmesinde işverenin tek taraflı iradesiyle esaslı değişiklik yapılan işçi, ya aleyhine yapılan değişikliği kabul edecek veya iş sözleşmesini feshedecekti. Ancak fesih halinde de, yapılan fesih haklı sebeple fesih olduğu için sadece kıdem tazminatına hak kazanacak, ihbar tazminatına hak kazanamayacaktı.
- 3 EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, Legal Kitabevi, İstanbul 2010, s.104.
- 4 ALP Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.61.
- 5 ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.61; ALPAGUT Gülsevil, "İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları", Legal İHSGHD., 9/2006, s.51; SÜZEK Sarper, Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, C.1, S.1, s.10; DEMİRCİOĞLU Murat, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s.125.
- 6 ALPAGUT Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", Çimento İşveren, C.18, S.5, Eylül 2004, s.56.
- 7 EKONOMİ Münir, "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu", Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.158; ENGİN Murat "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı", İÜHFİM., S.1-6, C.61, s.314.
- 8 EKONOMİ, Uyum, s.159.
- 9 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.333.
- 10 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.333.
- 11 YENİSEY Kübra Doğan, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/3, s.94-95.
- 12 UŞAN Fatih , "4857 sayılı İş Yasası'nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir 2007, s.220; ŞEN Murat, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005, s.109.
- 13 ŞEN, s.109-110.
- 14 ALPAGUT, Uygulama Alanı, s.55; ŞEN, s.110.
- 15 EKONOMİ Münir, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987, s.202; s.345-346; ALPAGUT, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik, s.56; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.334.

- 16 ENGİN, s.315.
- 17 ENGİN, s.315; ÇİL Şahin, 4857 s. İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s.424.
- 18 EKONOMİ, İş, s.120.
- 19 EKONOMİ, İş, s.120; TAŞKENT Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, s.147; CENTEL Tankut, İş Hukuku, C.1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s.128; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.518-519; HOYNINGEN-HUENE Gerrick/LINCK Rüdiger, Kündigungsschutzgesetz-Kommentar, Verlag C.H.Beck, 14. Aufl., München 2007, s.385-386.
- 20 EKONOMİ, İş, s.120.
- 21 TAŞKENT, s.146.
- 22 EKONOMİ, İş, s.120.
- 23 ALP Mustafa, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayınları 2007, s.66.
- 24 ALP, İş Sözleşmesi, s.66.
- 25 EKONOMİ, İş, s.121; TAŞKENT, s.150; CENTEL, s.129-130; SÜZEK, Değişiklik, s.14.
- 26 Yargıtay'ın bir kararına göre, "...Davacı vekili, müvekkilinin davalı işyerinde çalışmakta iken, işkolu ve işyerinde değişiklik yapılmak istendiğini, bu değişikliğin sağlığı açısından tehlikeli olması ve işyerinin evine uzak bir yerde bulunması nedenleriyle önerilen işyerine 4857 s. Yasanın 24/I-a maddesi gereğince gitmediğini iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının tahsilini talep etmiştir. Davalı vekili, iş şartlarında esaslı tarzda yapılan değişikliğin 4857 s. İş K. m. 22 kapsamında yazılı olarak bildirildiğini, davacının 6 işgünü içinde yazılı cevap hakkını kullanmadığını, bu şekilde işe gelmeme ile yanıt veren davacı taleplerinin reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece, davacının iş akdinin davalı şirket tarafından zorunluluk bulunmadığı halde yeni iş şartlarını kabul etmemesi üzerine haksız ve bildirimsiz olarak feshedildiği belirtilerek kıdem ve ihbar tazminatına karar verilmiştir. ... Somut olayda, dava dilekçesi içeriği ve davacının noter kanalı ile davalı şirkete gönderdiği ihtarname ile kendisine önerilen işyerinin evine uzak olması ve önerilen işkolunda çalışmasının sağlığı açısından sakıncalı olması nedeniyle önerilen bu işte çalışmayacağını davalı şirkete bildirdiği anlaşıldığından taraflar arasındaki iş sözleşmesi 4857 sayılı İş K. m. 22 uyarınca davacı tarafından feshedilmiştir. Bu nedenle iş sözleşmesini fesheden lehine kıdem tazminatına hükmedilmesi yerinde ise de ihbar tazminatına hükmedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9. HD., 1.4.2011, E.2009/9695, K.2011/9689 (kişisel arşiv). Yargıtay'ın bir başka kararına göre, "Somut olayda, işyeri değişikliğinin yazılı olarak bildirilmediği ve işyeri değişikliğinin yapıldığı tarihte ve ayrıca Gebze'ye taşındıktan sonra servis konulmadığı, İstanbul-Ümraniye'de çalışan ve Beyoğlu'nda ikamet eden davacı açısından işyerinin 60-70 km. mesafedeki Gebze'ye taşınmasının, iş şartlarında esaslı değişiklik meydana getirdiği ve bu değişiklik işçinin çalışma koşullarını ağırlaştırdığından, işçinin işyeri değişikliğini kabul etmemesinin haklı nedene dayandığı, işveren feshinin haklı olmadığı anlaşılmalı, ihbar ve kıdem tazminatı isteğinin kabul edilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9. HD., 14.9.2011, E.2009/18896, K.2011/30467. (kişisel arşiv)
- 27 EKONOMİ, İş, s.121; TAŞKENT, s.150.
- 28 Toplu iş sözleşmesinde aynı şehir içinde veya dışında işyeri değişikliğine işçinin rıza göstereceğinin kararlaştırılması halinde, işçinin işyerinin nakli çalışma koşullarında esaslı değişiklik sayılmaz. Yarg. HGK., 13.01.1988 T., 9-478 E., 7 K.; bkz. ÇİL, s.427-428. "Taraflarca imzalanan hizmet akdinin 8. maddesinde "...işverene ait herhangi mahalde olursa olsun bütün işyerlerinde tayinini peşin kabul eder..." hükmü yer almaktadır. Bu madde hükmü karşısında artık davacının bir başka işyerine nakli ona haklı fesih hakkı vermez." Yarg. 9. HD., 13.11.2002 T., 6472 E., 21353 K.; bkz. ÇİL, s.435.
- 29 TAŞKENT, s.150.
- 30 EKONOMİ, İş, s.120-121; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.519.
- 31 İşçi Kızılay'daki işyerinde çalışmakta iken, tahliye sonucu söz konusu işyeri kapanmış, ancak işçiye gerek sözlü gerekse yazılı olarak Ulus'taki aynı nitelikte bir mağazada aynı işi yapmak üzere tekliflerde bulunulmuş, işçi bu davete uymayarak sözleşmeyi feshetmiştir. Ancak Ulus'taki işyeri, Kızılay'daki işyerinden fazla uzakta bulunmamaktadır. Şehir içinde makul bir uzaklıktaki bir başka işyerine nakil iş şartlarının esaslı değişikliği sayılmaz. Bu nedenle işçinin sözleşmeyi feshi haklı nedene dayanmamaktadır. Yarg. 9. HD., 30.06.1997 T., 10230 E., 13245 K.; bkz. ÇİL, s.437.
- 32 TAŞKENT, s.150.
- 33 İşçi işverene ait İzmir'deki hastanede teknisyen olarak çalışırken 24.6.1999 tarihli yazı ile, 1.7.1999 tarihinden itibaren Adana'daki Uygulama ve Araştırma Merkezinde görevlendirildiği belirtilmiştir. İşçi böyle bir nakil işleminin haksız olduğunu iddia ederek iş sözleşmesini sona erdirmiştir. Ancak taraflar arasında düzenlenmiş olan yazılı iş sözleşmesinin 3. maddesinde "Personelin görev yeri, esas itibarıyla İzmir.....adreste bulunan Hastane ve eklentisi olan hizmet üniteleri olup; gerektiğinde personel hastanenin bağlı bulunduğu üniversite merkezinde ve üniversiteye ait Türkiye'deki diğer kuruluşlar ve işyerlerinde verilecek görevleri de yapar, görev ve iş değişikliğini peşinen kabul eder." denildiği için olayda iş koşullarında esaslı değişiklikten söz edilemez. Yarg. 9. HD., 07.03.2002 T., 2001/18292 E., 2002/3415 K.; bkz. ÇİL, s.435-436.
- 34 SÜZEK, Değişiklik, s.14.
- 35 SÜZEK, Değişiklik, s.20.
- 36 Bkz. BAYCIK Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.128.
- 37 Cass. Soc. 2.4.1998, 95-43351. Cass. Soc. 22.5.1997, 94-40297. Bkz. BAYCIK, s.128, dn.456.
- 38 SCHAUB Günter/KOCH Ulrich/LINCK Rüdiger/VOGEL-SANG Hinrich, Arbeitsrechts-Handbuch, Verlag C.H.Beck, München 2007, Linck, s.410.
- 39 BAYCIK, s.153.
- 40 ALP Mustafa, "İşverene İşçinin İşini Değiştirme Yetkisi Veren İş Sözleşmesi Hükümlerinin Sınırları ve Denetimi", Legal YKİ. Dergisi, Ağustos 2006, s.15-16; ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.252.



- 41 ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.250; ŞEN, s.98.
- 42 ŞEN, s.99.
- 43 ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.245.
- 44 SÜZEK Sarper, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, S.24, s.5; SOYER Polat, Genel İş Koşulları, İzmir 1987, s.221; SÜZEK Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul, s.61.
- 45 SOYER, s.26-28.
- 46 ŞENYÜZ Doğan, Borçlar Hukuku, 5. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2011, s.27.
- 47 ŞENYÜZ, s.27.
- 48 OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.170.
- 49 OĞUZMAN/ÖZ, s.170-171. Ayrıca bkz. REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2010, s.68.
- 50 ŞENYÜZ, s.29.
- 51 OĞUZMAN/ÖZ, s.173.
- 52 OĞUZMAN/ÖZ, s.174.
- 53 GÜLERCİ Altan Fahri/KILINÇ Ayşe, 6098 sayılı Yeni TBK İle Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.103.
- 54 OĞUZMAN/ÖZ, s.176.
- 55 6098 sayılı TBK Gereği; bkz. GÜLERCİ/KILINÇ, s.103.
- 56 GÜLERCİ/KILINÇ, s.104.
- 57 REİSOĞLU, s.74.
- 58 ŞENYÜZ, s.29.
- 59 GÜZEL Ali, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, Eylül 2004, s.120.
- 60 SENYEN-KAPLAN Emine Tuncay (AKTAY A. Nizamettin/ARICI Kadir), İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2011, s.178.
- 61 NARMANLIOĞLU Ünal, "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?" ek: MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3, Eylül 2006, s.14-15.
- 62 NARMANLIOĞLU, Değişiklik Yapma Hakkı, s.18.
- 63 ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.243; ŞEN, s.102; ALPAGUT, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik, s.59.
- 64 ŞEN, s.102.
- 65 ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.258-260, 421; ALPAGUT, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik, s.62.
- 66 ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.258.
- 67 UŞAN, s.245; ŞEN, s.103.
- 68 ŞEN, s.103.
- 69 ALP, Denetim, s.15-16.
- 70 DEMİRCİOĞLU, s.123.
- 71 ALP, Denetim, s.19.
- 72 ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.252-253; ALPAGUT, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik, s.59; Ayrıca bkz. UŞAN, s.244-245.
- 73 SÜZEK, Değişiklik, s.16; ALPAGUT, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik, s.61.
- 74 ALPAGUT, Uygulama Alanı, s.61.
- 75 BAŞBUĞ Aydın, İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008, s.41-42; BAŞBUĞ Aydın, İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, Beta Basım, İstanbul 2007, s.98.
- 76 BAŞBUĞ, Uyarlama, s.102.
- 77 Bkz. aşağıda belirtilen karar ve ALP, Denetim, s.26-27.
- 78 "... Somut olaydaki iş sözleşmesine göre, işveren gerekli gördüğü takdirde işçinin işini değiştirmek yetkisine sahiptir. İşveren bu değişikliği saklı tutma kaydının tanıdığı yetkiyi kullanarak ve işçinin verimsizliğini gerekçe göstererek ped batch makine operatörü olarak çalışan işçiyi sevkiyat bölümüne vermiştir. Dosya içeriğine göre, davacının davalıya ait işyerinde 8.3.2000-17.9.2005 tarihleri arasında Ped batch makine operatörü olarak çalıştığı, davalı işverence işinde verimsiz olduğu belirtilerek sevkiyat bölümünde görevlendirildiği ancak görevini yapmadığı ileri sürülmüş ise de, çalıştığı süre içerisinde sadece bir defa şoklama yapmadan malı boyadığı gerekçesiyle bir günlük yevmiye kesimi ile cezalandırıldığı, fesihden yaklaşık dört ay önce gerçekleşen bu olaydan başka herhangi bir uyarı ya da disiplin cezası almadığı anlaşılmaktadır. Davalı işverence, çalışma koşullarında yapılan değişikliğin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varıldığından mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi isabetlidir. Yargıtay beş yıldan uzun bir süre aynı işi sürdüren ve bu süre içinde sadece bir kez basit bir ihlal nedeni ile bir günlük yevmiye kesme cezası alan işçinin verimsiz olduğu yönündeki iddiaları kabul etmemiştir. Bu durum çalışma koşullarının değiştirilmesinin geçerli bir sebebe dayanmadığı sonucunu vermiş, bu gerekçe ile feshin geçersizliği ve işe iade bakımından yerel mahkemenin kararı onanmıştır." Yarg. 9. HD., 6.2.2006, E.2005/17213, K.2006/2226; karar ve incelemesi için bkz. ALP, Denetim, s.12 vd.
- 79 Bkz. Yukarıda belirtilen karar ve ALP, Denetim, s.27-28.
- 80 BAYCIK, s.221; SÜZEK Değişiklik, s.19; ALPAGUT, Uygulama Alanı, s.61.
- 81 BAYCIK, s.221.
- 82 BAŞBUĞ, Yönetim Hakkı, s.43-44.
- 83 BAG. 27.1.1966, AP Nr. 20 zu §611 BGB; BAG 11.6.1958- 4 AZR 514/55=AP Nr.2 zu §611 BGB; LAÇİNER Hediye, Die Änderung von Arbeitsbedingungen im türkischen Recht und deutschen Arbeitsrecht, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2004, s.89, dn.282; WAGNER Britta, "Inhaltskontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsrechte: typische Gestaltungsformen und rechtliche Beurteilung", s.16-17. ([http://www.nwir.de/archiv/NWIR14/Waegner\\_Leistungsbestimmungsrechte.pdf](http://www.nwir.de/archiv/NWIR14/Waegner_Leistungsbestimmungsrechte.pdf)).
- 84 BAG 12.1.2005, AP Nr. 1 zu BGB §308; HOYNINGEN-HUENE/LINCK, s.382, dn.52.

- 85 KLEIN Christoph, Arbeitszeitrecht, Haziran 2008, (www.wu.ac.at/.../other/we4u/.../AR-04.pdf) s.7.
- 86 WAGNER Britta, "Inhaltskontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsrechte typische Gestaltungsformen und rechtliche Beurteilung", s.5. ([http://www.nwir.de/archiv/NWIR14/Waegner\\_Leistungsbestimmungsrechte.pdf](http://www.nwir.de/archiv/NWIR14/Waegner_Leistungsbestimmungsrechte.pdf)); SCHNITKER Elmar/GRAU Timon, "Klauselkontrolle im Arbeitsvertrag", BB, Heft 41, Ekim 2002, s.2124..
- 87 SÜZEK, Değişiklik, s.19-20; YENİSEY Kübra Doğan, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi", Nuri Çelik'e Armağan, C.II, Beta Basım, İstanbul 2001, s.1194; BAYCIK, s.226; SENYEN-KAPLAN (Aktay/Arıcı), s.178. Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD., 12.7.2006, E.2006/1894, K.2006/20663. (www.legalbank.net)
- 88 DEMİRCİOĞLU, s.127; SENYEN-KAPLAN (Aktay/Arıcı), s.178; YENİSEY, Değerlendirme, s.47-48.
- 89 Yargıtay'ın bir kararına göre, "Davacının imzasını taşıyan 15/03/2003 tarihli iş sözleşmesinin l/b maddesinde "işçi yukarıda belirtilen işyerinde daimi olarak gerektiğinde yurt içi ve yurt dışında işverene ait başka işyerlerinde devamlı ya da geçici olarak çalışmayı kabul ve taahhüt eder, aynı sözleşmenin l/c maddesinde işveren işçiyi iş gereği geçici bir süre için görevli olarak kendisine bağlı başka işyerlerine gönderebilir" biçiminde hükümler bulunmaktadır. Davacının iş sözleşmesindeki hükümler gereğince davacı Manisa Tekel Suma Fabrikası unvanlı işverene ait yeni işyerinde 3 ay süre ile görevlendirilmiş, 06/08/2004 tarihli yazı ile kendisine bildirilmiş, davacının imzalamaktan imtina etmesi üzerine durumu tutanak ile belgelenmiş ve 09/08/2004 tarihinde yapılan görevlendirmeyi kabul etmediği ve yeni işyerinde işbaşı yapmadığı gerekçesi ile davacının sözleşmesi feshedilmiştir. Gerek İş K. m. 22 gerek taraflar arasında düzenlenen iş sözleşmesine hüküm konularak, işçilerin yurdun her yerinde çalıştırılabileceğine ilişkin kayıtlar, işverene keyfi uygulama yapma yetkisi vermez. Aksi takdirde, iş sözleşmesini feshetmek isteyen her işverenin, işçisini yurdun çeşitli yerlerinde görevlendirmek suretiyle amacına ulaşmasının önünü açar ki hukuk düzeninin ve özellikle iş hukuku disiplininin, bu gibi hakkın kötüye kullanılması ve kanuna karşı hile teşkil edebilecek durumları koruması söz konusu olamaz. Öte yandan bu uygulama, hakkaniyet kavramına da açık bir aykırılık teşkil eder. Kaldı ki davalı işveren, davacı işçinin bir başka yerde görevlendirme gerekçesini kanıtlaya dahi ancak işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesini gerektiren, geçerli fesihden söz edilebilecektir. Bu itibarla Mahkemece, değinilen hususlar gereğince davacının kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile red hükmü kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9. HD., 5.4.2010, E.2008/23646, K.2010/9428. (kişisel arşiv). Yargıtay'ın bir başka kararına göre, " ... Somut olayda 11 yılı aşkın bir zamandır satış elemanı olarak işverenin Üsküdar'da bulunan mağazasında çalışan davacı 21.4.2006 tarihinden itibaren Suadiye mağazasında görevlendirilmiş, davacı da söz konusu mağazada çalışmasına devam etmiştir. Burada çalışmasını sürdürürken yine işveren tarafından 15.11.2006 tarihinde Kanyon mağazasında 'görülen lüzum üzerine' görevlendirildiği belirtilerek çalışmasına bu mağazada devam etmesi istenmiştir. Davacı da 17.11.2006
- tarihli ihtarname ile işyerinin sık sık değiştirilmesi ve çalışma koşullarında meydana gelen değişiklik sebebiyle iş sözleşmesini sona erdirdiğini bildirmiştir. Davacının işverence 15.11.2006 tarihinde Kanyon mağazasında görevlendirilmesinin nesnel bir nedeni bulunmamaktadır. "Görülen lüzum üzerine " işyeri değişikliği, sözleşmesinde nakil yetkisi bulursa dahi nesnel neden sayılamaz, hakkaniyete uygun kabul edilemez. İşverenin bu davranışı Medeni Kanun'un 2. maddesine aykırıdır. Davacının iş sözleşmesini feshi 4857 Sayılı İş Kanunu 24. maddesine göre haklı olup kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken reddedilmesi hatalıdır." Yarg. 9. HD., 25.3.2010, E.2008/22933, K.2010/7945. (kişisel arşiv).
- 90 Bkz. YENİSEY, Değerlendirme, s.49.
- 91 "...Somut olayda davacı, davalıya ait işyerinde 24.3.2000 tarihinde çalışmaya başlamıştır. Değişiklik kaydı içeren sözleşme ise 01.11.2002 tarihinde düzenlenmiştir. Bu hizmet sözleşmesinin 5. maddesinde, "şirket işlerinin icabı olarak sözleşmeli personeli Ankara'da ve ülke içinde herhangi bir yerde şirket bünyesi içinde veya dışında diğer kuruluş ve müesseselerde çalıştırılabileceği" yönünde kayıt bulunmaktadır. Bu kayıt geçerli olduğu gibi, şirket merkezinin şirket yönetim kurulunca alınan 4.8.2003 tarihli kararlar Ankara'dan İstanbul'a taşınması objektif bir gerekçe olup, emredici normlara ve hakkaniyete aykırı bir durum söz konusu değildir. Bu atamanın dürüstlük kuralına da aykırı olarak yapıldığı yönünde dosyada bir delil bulunmamaktadır." Bkz. Yarg. HGK., 11.10.2006, E.2006/9-613, 2006/644. (www.legalbank.net)
- 92 NARMANLIOĞLU Ünal, "4857 sayılı İş Kanunu'nun 22/1'inci Maddesi İle İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı Hakkında Düşünceler", Legal YKİ. Dergisi, Temmuz 2007, s.150-154. Ayrıca bkz. GÜZEL, İş Güvencesi, s.120.
- 93 NARMANLIOĞLU, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22/1'inci Maddesi, s.155.
- 94 NARMANLIOĞLU, Değişiklik Yapma Hakkı, s.16.
- 95 SCHNITKER/GRAU, s.2125-2126.
- 96 SCHNITKER/GRAU, s.2126
- 97 Cass. Soc. 7.6.2006, Bull Civ. V. N.209; Cass. Soc. 12.7.2006, Bull. Civ. V. No.241; bkz. BAYCIK, s.227-228, dn.794.
- 98 BAYCIK, s.228.
- 99 BAYCIK, s.229; YENİSEY, Değerlendirme, s.49.
- 100 SÜZEK, Genel İş Koşulları, s.6; SÜZEK, İş, s.62; SOYER, s.30-32; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.28.
- 101 SÜZEK, Genel İş Koşulları, s.6; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.68.
- 102 SÜZEK, Genel İş Koşulları, s.6-7; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.69.
- 103 SÜZEK, Genel İş Koşulları, s.8.
- 104 WAGNER Britta, "Inhaltskontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsrechte typische Gestaltungsformen und rechtliche Beurteilung", s.7. ([http://www.nwir.de/archiv/NWIR14/Waegner\\_Leistungsbestimmungsrechte.pdf](http://www.nwir.de/archiv/NWIR14/Waegner_Leistungsbestimmungsrechte.pdf)). Ayrıca bkz. THUSING Gregor, "Neues zur Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen", BB, Heft 1, Ocak 2004, s.46.

- 105 ALPAGUT Gülsevil, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve Düzenlenmesi", Yargıtay'ın 2010 Yılına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Tebliğ.
- 106 ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.414-415.
- 107 ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.415.
- 108 ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.415.
- 109 ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.416.
- 110 AYDIN, s.64-65. Bu denetimin isabetli olduğu konusunda ayrıca bkz. YENİSEY, Değerlendirme, s.47. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 11.10.2006, E.2006/9-613, 2006/644. (www.legalbank.net); Yarg. 9. HD., 25.3.2010, E.2008/22933, K.2010/7945. (kişisel arşiv).
- 111 SÜZEK, Değişiklik, s.18; ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.245; YENİSEY, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s.105; YENİSEY, Denetim, s.1196-1197; UŞAN, s.250; ALPAGUT, Uygulama Alanı, s.61; BAŞBUĞ, Yönetim Hakkı, s.43; ALP, İş Sözleşmesi, s.72.
- 112 UŞAN, s.250; ŞEN, s.165; ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.406.
- 113 HOYNINGEN-HUENE/LINCK, s.407. Yargıtay'a göre de, "Değişiklik teklifi, iş hukukuna ilişkin eşit davranma ilkesini ihlal ediyorsa, bu teklife işçi katlanmak zorunda olmadığından, değişiklik feshi geçersiz sayılır." Yarg. 9. HD., 4.4.2011, E.2009/10242, K.2011/10048. (kişisel arşiv)
- 114 UŞAN, s.250; ŞEN, s.165-166; ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.186.
- 115 UŞAN, s.252; ŞEN, s.175.
- 116 SÜZEK, Değişiklik, s.22; ALPAGUT, Uygulama Alanı, s.63-64; UŞAN, s.254-255.
- 117 SÜZEK, Değişiklik, s.22.
- 118 SÜZEK, Değişiklik, s.22. Aydın'a göre de, İş K. m. 22'de taraflarca iş sözleşmesine konulabilecek değişiklik kayıtlarına hiç değinilmemiştir. Bu tür kayıtların bulunmadığı hallerde iş sözleşmesindeki esaslı değişikliklerin hangi usulle gerçekleştirileceğine yer verilmiştir. İşveren söz konusu kayıtlar ile değişiklik konusunda önceden yetkilendirildiği için böyle bir durumda özel bir usul uygulanmasına gerek yoktur. Bkz. AYDIN Ufuk, "4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi)", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, Yıl 2, Sayı 5, s.63. Aydın yukarıda belirtilen kararın pozitif hukuk bakımından getirdiği çözümün yerinde olduğunu düşünmektedir. Bkz. Aynı makale, s.67.
- 119 AYDIN, s.63.
- 120 THUSING, s.43-44; WAGNER Britta, "Inhaltskontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsrechte typische Gestaltungsformen und rechtliche Beurteilung", s.9. ([http://www.nwir.de/archiv/NWIR14/Waegner\\_Leistungsbestimmungsrechte.pdf](http://www.nwir.de/archiv/NWIR14/Waegner_Leistungsbestimmungsrechte.pdf)).
- 121 WAGNER Britta, "Inhaltskontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsrechte typische Gestaltungsformen und rechtliche Beurteilung", s.9. ([http://www.nwir.de/archiv/NWIR14/Waegner\\_Leistungsbestimmungsrechte.pdf](http://www.nwir.de/archiv/NWIR14/Waegner_Leistungsbestimmungsrechte.pdf)).
- 122 Karara konu olayda iş sözleşmesinin 16. maddesinde işçinin çalışacağı firmanın işyerinde değişiklik yapabileceği

ya da dış hizmetlerde çalışmak üzere işçiye görevlendirme talimatında bulunabileceğine ilişkin nakil kaydı bulunmaktadır. Davacı iş sözleşmesindeki nakil kaydının şaşırtıcı koşul olarak sözleşmenin bir parçası olmadığını, bu kaydın hakkaniyete de uygun olmadığını, işverenin yeni görevlendirme ile işçiye şimdiye kadarki korumadan çok daha az bir koruma sağladığı iddiasıyla değişiklik kaydının geçersizliğinin tespitini talep etmiştir. Davalı, eczacı ve doktorlar için dış hizmetin gerekli olduğunu ileri sürerek davanın reddini istemiştir. Dava kabul edilmiştir. Davalı temyiz talebinde bulunmuştur. Temyiz incelemesi sonucu temyiz talebinin yerinde olduğu, mahkemenin öncelikle sözleşmedeki düzenlemeyi somut olayın tüm özelliklerini dikkate alarak içerik olarak incelemesi gerektiği ve daha sonra Meslek Kuralları (GewO) §106 ve Alman Medeni K. (BGB) §315 çerçevesinde kullanım denetimi ve dolayısıyla hakkaniyet denetimi yapması ve yapılan bu denetim sonucu hamile olan işçinin uzak mesafedeki yeni görevinde çalışmaya başlamasının kendisinden beklenip beklenemeyeceğini değerlendirmesi gerektiğine karar verilmiştir. BAG 19.01.2011, 10 AZR 738/09. <http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-in/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&sid=1ee0d5454dff3096d9bb51cbbc5345f3&nr=15091&pos=1&anz=10>.

## KAYNAKLAR

- ALP Mustafa, "İşverene İşçinin İşini Değiştirme Yetkisi Veren İş Sözleşmesi Hükümlerinin Sınırları ve Denetimi", Legal YKİ. Dergisi, Ağustos 2006 (Denetim) (s.11-28)
- ALP Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005 (İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi)
- ALP Mustafa, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayınları 2007 (İş Sözleşmesi) (s.56-77)
- ALPAGUT Gülsevil, "İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları", Legal İHSGHD., 9/2006 (Uygulama Alanı) (s.49-64)
- ALPAGUT Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", Çimento İşveren, C.18, S.5, Eylül 2004 (İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik) (s.52-62)
- ALPAGUT Gülsevil, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve Düzenlenmesi", Yargıtay'ın 2010 Yılına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Tebliğ
- AYDIN Ufuk, "4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi)", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, Yıl 2, Sayı 5 (s.57-68)
- BAŞBUĞ Aydın, İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, Beta Basım, İstanbul 2007 (Uyarlama)
- BAŞBUĞ Aydın, İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008 (Yönetim Hakkı)
- BAYCIK Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2011
- CENTEL Tankut, İş Hukuku, C.1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994

- ÇİL Şahin, 4857 s. İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004
- DEMİRCİOĞLU Murat, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011
- EKONOMİ Münir, "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyum", Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997 (Uyum) (s.157-179)
- EKONOMİ Münir, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987 (İş)
- ENGİN Murat, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı", İÜHF.M., S.1-6, C.61, 2003 (s.313-326)
- EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, Legal Kitapevi, İstanbul 2010
- GÜLERCİ Altan Fahri/KILINÇ Ayşe, 6098 sayılı Yeni TBK İle Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011
- GÜZEL Ali, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, Eylül 2004 (s.15-145)
- HOYNINGEN-HUENE Gerrick/LINCK Rüdiger, Kündigungsschutzgesetz-Kommentar, Verlag C.H.Beck, 14. Aufl., München 2007
- KLEIN Christoph, Arbeitszeitrecht, Haziran 2008, (www.wu.ac.at/.../other/we4u/.../AR-04.pdf)
- LAÇİNER Hediye, Die Änderung von Arbeitsbedingungen im türkischen Recht und deutschen Arbeitsrecht, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2004
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011
- NARMANLIOĞLU Ünal, "4857 sayılı İş Kanunu'nun 22/1'inci Maddesi İle İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı Hakkında Düşünceler", Legal YKİ. Dergisi, Temmuz 2007 (s.137-158)
- NARMANLIOĞLU Ünal, "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?" MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3, Eylül 2006 (Değişiklik Yapma Hakkı) (s.9-19)
- OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011
- REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2010
- SCHAUB Günter/KOCH Ulrich/LINCK Rüdiger/VOGEL-SANG Hinrich, Arbeitsrechts-Handbuch, Verlag C.H.Beck, München 2007
- SCHNITKER Elmar/GRAU Timon, "Klauselkontrolle im Arbeitsvertrag", BB, Heft 41, Ekim 2002 (s.2120-2126)
- SENYEN-KAPLAN Emine Tuncay (AKTAY A. Nizamettin/ARICI Kadir), İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2011
- SOYER Polat, Genel İş Koşulları, İzmir 1987
- SÜZEK Sarper, Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, C.1, S.1 (Değişiklik) (s.7-31)
- SÜZEK Sarper, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, S.24 (Genel İş Koşulları) (s.5-12)
- SÜZEK Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2008 (İş)
- ŞEN Murat, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005
- ŞENYÜZ Doğan, Borçlar Hukuku, 5. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2011
- TAŞKENT Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981
- THUSING Gregor, "Neues zur Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen", BB, Heft 1, Ocak 2004 (s.42-47)
- UŞAN Fatih, "4857 sayılı İş Yasası'nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir 2007 (s.211-271)
- WAGNER Britta, "Inhaltskontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsrechte: typische Gestaltungsformen und rechtliche Beurteilung" ([http://www.nwir.de/archiv/NWIR14/Wagner\\_Leistungsbestimmungsrechte.pdf](http://www.nwir.de/archiv/NWIR14/Wagner_Leistungsbestimmungsrechte.pdf))
- YENİSEY Kübra Doğan, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/3 (Çalışma Koşullarında Değişiklik) (s.93-115)
- YENİSEY Kübra Doğan, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşmelerinin Denetimi", Nuri Çelik'e Armağan, C.II, Beta Basım, İstanbul 2001 (Denetim) (s.1175-1198)
- YENİSEY Kübra Doğan, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 (Değerlendirme)



# YENİ YAYINLAR



Doç. Dr. Kadriye Bakırcı tarafından hazırlanan “**Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler**” adlı eser, Mart 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, İsveç Enstitüsü'nün finansal desteği ve yazarın 2010'dan bu yana misafir öğretim üyesi bulunduğu Stockholm Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kurumsal desteğiyle sürdürülen bir çalışmasının ürünüdür.

Günümüzde eşitlik veya ayrımcılık yasağı gibi geniş kapsamlı kavramların neyi kapsayıp neyi kapsamadığını tanımlama güclüğü mevcuttur. Eser kapsamında incelenen mevzuatta görülmüştür ki, eşitlik, ayrımcılık, ayrımcılık yapmama veya ayrımcılık yasağı kavramları bazen birlikte bazen ayrı ayrı kullanılmakta, bazen aynı anlamda bazen farklı anlamlarda kullanılmaktadır.

Eser dört ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkeleri ve aralarındaki ilişki başlığını taşımakta ve eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ilkesi ve eşitlik ile ayrımcılık yasağı ilkeleri arasındaki ilişki alt başlıklarından oluşmaktadır. İkinci bölüm cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ve niteliği konusundadır. Üçüncü bölüm cinsiyete dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık başlığı altında dört alt başlıktan oluşmaktadır. Bu alt başlıklar, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık teorilerinin kaynakları ve gelişimi, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık, cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık ve doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkta kasıt unsurudur. Eserin dördüncü bölümünde doğrudan cinsiyet ayrımcılığının istisnaları ve dolaylı cinsiyet ayrımcılığını haklı kılan objektif haklı nedenler ve iş gerekleri anlatılmıştır.



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Dr. Mustafa Kılıçoğlu'nun emekli olmadan hazırladığı “**6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi**” adlı eser, Şubat 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, esas olarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun temel iskeletini taşımaktadır. Ancak aynı zamanda önemli bazı kurumsal yenilikler de getirmektedir. 6100 sayılı Kanun'da İsviçre ve Alman hukukundan kısmen yararlanılmıştır. Yerel ihtiyaçlar da göz önünde bulundurularak oluşturulan hükümler ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna bağlı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları göz önünde tutulmuştur.

Bu eser, Yasanın jenetik yorumu üzerine kurulmuştur. Eserde Yasa koyucunun amacı, özellikle gerekçesi ele alınarak, analitik bir incelemeyle okuyucuya sunulmaktadır.

Eserde bir kısım hükümler İsviçre hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Türk öğretisi yeni Yasayla sınırlı olarak, ancak fazla ayrıntıya girmeden ele alınmıştır ve çekirdek bilgiler yanlışsız verilmeye çalışılmıştır. 1086 sayılı Kanun ve 6100 sayılı Kanun arasında kavramsal ve kurumsal geçişler yapacak içtihatların temel yapıları okuyucuya aktarılmıştır. Daireler arasında içtihat farklılıkları sık sık olduğundan ağırlıklı olarak Hukuk Genel Kurulu kararlarına yer verilmiştir. Öte yandan yeni Yasayla ilgili Yargıtay'ın ilk kararları da eserde yer almaktadır.

Prof. Dr. Metin KUTAL

İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi

## Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme (31.01.2012 Tarihli Kanun Tasarısı)

### GİRİŞ

Sosyal taraflarla yapılan çeşitli toplantılar sonunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca hazırlanan "Toplu İş İlişkileri Kanun Tasarısı" 31.01.2012 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından TBMM'ye sevk edilmiştir. Bu makale, yakında Parlamento'da görüşülmeye başlanacağını ümit ettiğimiz, adı geçen tasarımı incelemeyi ve tasarı hükümlerini uluslararası normlar çerçevesinde değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

Tasarının hazırlanış nedenleri genel gerekçe bölümünde iki noktada özetlenmiştir. Bunlardan ilki 2010 yılında T.C. Anayasası'nda yapılan değişikliklere uyum sağlamaktır. İkincisi Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Avrupa Birliği (AB)'nin yıllardan beri 2821 ve 2822 sayılı Yasalara yönelttikleri eleştirileri olabildiğince karşılamak, T.C'nin onayladığı sözleşme hükümlerine ters düşen yasal düzenlemeleri ayıklamaktır.

Hatırlanacağı gibi 4857 sayılı yeni İş Kanunu

bir bilim kuruluna hazırlatılırken 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda da benzer bir yöntemle yeni düzenlemelerin yapılması kararlaştırılmıştı. Nitekim çeşitli hükümetler döneminde bu konuda yasa hazırlıkları yapılmıştır. Elimizdeki tasarrının genel gerekçesinde daha önce yapılan çalışmalardan da yararlandığı ifade edilmiştir.

Tasarının biçimsel açıdan dikkat çekici bir özelliği yıllardan beri sendikal hakların ayrı, toplu pazarlık, grev ve lokavt haklarının ayrı bir yasada düzenlenmesi yöntemine son verilmesidir. Gerçekten sendikal haklarla toplu pazarlık hakları birbirini tamamlayan haklardır. Birçok Avrupa ülkesinde, tarihsel nedenlerle bunlar aynı yasalar içinde düzenlenmişlerdir. Türk toplu iş hukukunda da sendikal haklar ilk kez 1947 yılında (Yasa no: 5018) düzenlendiği; toplu pazarlık, grev ve lokavt haklarının ise ancak 1961 Anayasası'ndan sonra çıkarıldığı bilinmektedir. Bunların tek bir yasa çerçevesinde toplanmasında ise kanımızca hiçbir sakınca bulunmamaktadır.

Bununla beraber biz bu makalemizde Türk

mevzuatındaki klasik ayrıma sadık kalarak önce sendikal haklar bakımından, daha sonra da toplu pazarlık, grev ve lokavt hakları açısından taslağı incelemeye; üçüncü bölümde ise ILO normları açısından tasarıyı değerlendirmeye çalışacağız.

## 1- TASARININ SENDİKAL HAKLARA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

### 1. “İşyeri” tanımında 4857 sayılı Yasaya yollama yapılması (m. 2/3)

Türk toplu iş hukukunda işyeri kavramı işçi/işveren sendikalarına toplu pazarlık ve grev/lokavt haklarının tanınmasından sonra (1963) önem kazanmıştır. Gerçekten sendikal örgütlenmeden toplu pazarlık yetkisinin kazanılmasına, toplu iş sözleşmesinin uygulama alanından, grev oylamasına, toplu mücadele araçlarının kullanılmasına kadar işyerinin açık biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim Türk yasa koyucusu da ilk kez 274 sayılı Yasada (1963) işyerini tanımlama ihtiyacını duymuştur. Ancak yapılan tanımlamada o sırada yürürlükte olan iş yasalarındaki işyeri tanımına ya yollama yapılmış, ya da aynı tanım Sendikalar Kanunu'na aynen alınmıştır. Uygulamada karşılaşılan asıl iş-yardımcı işler konusu da yargı kararları ile çözümlenmiş, yasaya konulan bir hükümle de bunların da asıl işlerin dahil olduğu işkoluna girdiği benimsenmiştir.

Bu durum 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun kabul edildiği 2003 yılına kadar devam etmiştir. Ancak yeni iş yasasında işyerinin bilimsel esaslara göre yeni bir tanıma kavuşturulması ve “aynı yönetim altında örgütlenme”, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacı ile maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte” örgütlenmesi öğeleri ve sonuçta işyerinin, “işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün” olduğu ibaresi kanımızca toplu iş hukuku açısından bazı sorunları beraberinde getirebilecek ve özellikle sendika özgürlüğü açısından sıkıntı yaratabilecektir.

Kuşkusuz 4857 sayılı Yasadaki tanım birey-

sel iş hukuku açısından açıklayıcı ve yeterlidir. Ancak aynı yorumu toplu iş hukuku açısından yapmak zordur. Nitekim bir işyerinin hangi işkoluna gireceği hususunda yüksek yargıya intikal eden bir uyuşmazlıkta konunun sendika özgürlüğü ile ilişkili olduğuna haklı olarak işaret edilmiş ve ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesi'ne yollama yapılmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 24.05.2011 (Esas No: 2011/21622, Karar No: 2011/15363) tarihli kararında isabetli olarak Alman ve Fransız hukukunda “işyerinin neresi olduğu ve sınırlarının belirlenmesi sosyal tarafların özerkliğine terk” edildiğine işaret edilmekte ve Türk hukukunda karşılaşılan sorunun önemine değinilmektedir<sup>1</sup>. Gerçekten 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki işyeri tanımı türk toplu pazarlık düzeninde yanlış yorumlanarak genişletilecek olursa işçi sendikalarının gerek örgütlenme ve özellikle toplu sözleşme yetkisini elde edebilmelerinde ciddi sorunlarla karşılaşmaları kaçınılmazdır. Örneğin çeşitli nedenlerle örgütlenmeleri zor olan ve kendilerine özgü bir sendika türüne de ülkemizde sahip olmayan beyaz yakalıların tümü hem işkolu, hem işyeri barajlarında dikkate alınacaktır. Keza grev oylamalarında da sendikaların çoğunluğu sağlama şansı çok azalacaktır.

İnceleme konumuz olan Tasarı bu önemli sorunu dikkate almadan uzun süreden beri yasama organının izlediği yolu benimsemiş ve 4857 sayılı yasanın 2. maddesine yollama yapmakla yetinmiştir. Ancak aynı Tasarı, işçinin tanımını, isabetli olarak iş yasasına göre daha geniş biçimde yapma gereğini duymuştur. Aynı tutum kanımızca işyerinin tanımında da benimsenmelidir.

### 2. İşkolları ve bunlara girecek işyerlerinin belirlenmesi (m. 4, 5)

Tasarıda işkollarının sayısı ve bunlara girecek iktisadi faaliyetlerin belirlenmesi konusunda önemli yenilikler dikkat çekmektedir. Gerçekten işkolu sayısının 28'den 18'e indirilmesi dünyadaki gelişmelere uygun olduğu gibi, Türk sendikacılığı açısından da isabetli olduğu kanısındayız. Nitekim daha önce bilim çevrelerince hazırlanan taslaklarda da aynı sonuçlara varılmıştır. Bu konuda Tasarıda iki önemli yenilik

## 1963-80 dönemindeki kötü deneyimlerden yararlanılarak 2821 sayılı Yasaya genel kurullarla ilgili çok ayrıntılı hükümler konulmuştur.

daha vardır. Birincisi işkollarına girecek iktisadi faaliyetlerin (işlerin) bir yönetmelikle belirleneceği hususudur. Bilindiği gibi mevcut yasada bu konu bir tüzükle belirlenmiştir. İlk bakışta önemsiz gibi görünen ve hazırlanması daha kolay ve pratik olan yönetmeliğin tercih edilmesinin isabetli olduğu düşünülebilir. Durum sanıldığı gibi değildir. Zira 1980 öncesi dönemde yönetmelikle yapılan düzenlemelerin ne gibi sakıncalar doğurduğu bilinmektedir. Danıştayın vizesinden geçmeyen yönetmeliğin hazırlanması ve değiştirilmesi çok kolay olduğundan siyasal iktidarlar diledikleri sendikayı bu yoldan destekledikleri ya da cezalandırdıkları hatırladadır. Bu nedenle bu düzenlemenin tüzükle yapılacağı yasa hükmü haline getirilmiştir. Şimdi yeniden eskiye dönülmektedir. Kanımızca tüzükle belirlenme yöntemi korunmalıdır.

Bir işyerinin hangi işkoluna girdiği konusuna gelince: elimizdeki tasarı 2821 sayılı Yasa hükmünü esas itibariyle benimsemiş ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın idari bir kararının yargı denetimine tabi tutulması sürecinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu hukuki süreç bir süre önce ILO'nun eleştirilerine uğramış, Bakanlığın bu süreçte yer alması ILO tarafından sakıncalı bulunmuştur.<sup>2</sup> ILO'ya yansıyan şikayetler, kanımızca yasal düzenlemeden veya Bakanlığın uygulamalarından çok tüzük hükümlerinden kaynaklanmıştır. Özellikle kısa adı ile askeri işyerlerinin dahil olduğu işkolunun kapsamı bu şikayetlere konu olmuştur. Nitekim ILO'daki tartışmalar sırasında hükümet delegeleri işyerinin hangi işkoluna girdiğinin tespiti sırasında nihai kararın üst yargı organı tarafından verildiğini hatırlatmışlardır. Son yıllarda bu eleştirilerin ILO raporlarında yinelenmediği görülmektedir. Bu bakımdan Tasarının mevcut düzenlemeyi benimsemesi kanımızca da isabetlidir.

Bu konuda 5. maddeye eklenen bir fıkra ile işkolu değişikliğinin bir sonraki toplu pazarlık süreci için geçerli olacağı ve bu hususun yargı

organlarında bekletici neden sayılmayacağı öngörülmüştür. Kanımızca kötü niyetli davranışlarla toplu pazarlık sürecini etkilemeye yönelik uygulamaları önlemeyi amaçlayan bu düzenlemeler de yerindedir.

### 3. Sendika kuruculuğunda aranan şartlar (m.6)

2821 sayılı Yasa (m.5) 1983'te kabul edildiği zaman sendika kurucularında birçok özellik aranmıştı. Bunlar arasında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ve Türkçe okur-yazar olmak, sendikanın kurulacağı işkolunda en az bir yıl fiilen çalışır olmak en fazla tartışılan konular olmuştur. Sendika kuruculuğuna engel teşkil eden birçok suçtan biri ile hüküm giymiş olmak da ILO ve Avrupa Birliği'nin dikkatini çekmişti. 1988 yasa değişikliği ile (no.3449) bir yıllık fiili işçilik koşulu kaldırılmıştı. Ancak Türkçe okur-yazar olma ve T.C. vatandaşlığı koşullarını devam ettirmişti.

Yeni Tasarı bu eleştirilerden etkilenerek Türk vatandaşı olma, Türkçe okur-yazar olma koşullarını da kaldırmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanan Avrupa Sosyal Şartı uyarınca Türk vatandaşı olma şartının kaldırılması gerektiği birçok kez dile getirilmiştir. Kaldı ki AB'nin emeğin serbest dolaşımı ilkesine uyum sağlayabilmek için bu değişikliğin gerekli olduğu ileri sürülmüştür.

Tasarı, Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen sınırlı sayıda bazı suçlardan mahkum olma dışındaki diğer sınırlamaları kaldırmakta ve "fiil ehliyetine sahip gerçek ve tüzel kişilikler sendika kurma hakkına sahiptirler" hükmüne yer vermektedirler.

Kanımızca T.C. vatandaşı olma koşulunun kaldırılması, onaylanan uluslararası sözleşmenin bir gereğidir. Türkçe okur-yazar olma ve sendikanın kurulacağı işkolunda fiilen çalışır olma koşullarının kaldırılmasının da onaylanan 87 sayılı Sözleşme'nin bir gereği olduğu ve uygulamada ciddi bir sorun yaratmayacağı kanısındayız.

### 4. Sendikal örgütlenme modeli (m.3)

2821 sayılı Yasada işçi ve işveren sendika-



**Aynı işkolunda aynı zamanda farklı işletmelere ait işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabileceklerdir. Bu istisna, esnek çalışma türleri ile aynı işkolunda ve aynı zamanda çalışan işçilerin çalıştıkları işyerlerinde farklı sendikalara üye olabilmelerine olanak sağlamaktadır.**

larının “işkolu düzeyinde ve Türkiye çapında faaliyette bulunma amacı ile” kurulabilecekleri; “meslek veya işyeri esasına göre sendika kurulamayacağı (m.3)” açıkça öngörülmüştür. ILO uzmanlık organları ise T.C.’nin onayladığı 87 sayılı Sözleşme’nin 2. maddesine göre çalışanların istedikleri kuruluşları kurmak hakkına sahip olduğunu hatırlatarak 2821 sayılı Yasanın 3. maddesindeki kısıtlamaları eleştirmişlerdir.

Anlaşıldığına göre, yeni tasarı bu eleştirileri önleyebilmek için sendikaların “kuruldukları işkolunda faaliyet gösterecekleri” hükmü ile yetinmiş; diğer kısıtlayıcı hükümleri madde metninden çıkarmıştır.

Sendikaların bundan sonra da ancak işkolu düzeyinde kurulabileceği, gerek 3. madde metninden, gerekse madde gerekçesinden anlaşılmaktadır. Nitekim 3. madde gerekçesinde “sendikaların ülkemiz endüstri ilişkileri sisteminin benimsediği ve uygulandığı biçimde işkolu esasına göre kurulacağı” belirtilmiştir.

Ancak yeni madde metni aksi yorumlara da açıktır. Örneğin işyeri düzeyinde kurulmuş bir sendikanın da işyerinin dahil olduğu işkolunda faaliyet gösterdiği ileri sürülebilecektir. Bunun gibi “Türkiye çapında faaliyette bulunma amacı” tamamen terk edildiğinden, belirli bir işkolunda sadece bir bölgede, ilde veya firmada sendika kurulabilecek midir? Bu hususta yasa koyucunun bilinçli olarak “Türkiye çapında faaliyette bulunmayı” yasa metninden çıkardığı gerekçesine karşı çıkılabilecek midir?

Şayet 87 sayılı Sözleşme gereği her türlü ve her düzeyde sendikaların kurulabileceği, ancak

çift baraj yoluyla bunlardan az sayıdaki sendikaya toplu pazarlık hakkı tanınacağı düşünülüyorsa, yasa metninde ve gerekçesinde bu husus açıkça ifade edilebilirdi. Ancak ikili baraj sisteminin de en az serbest örgütlenme ilkesi kadar ILO’nun karşı çıktığı bir konu olduğu unutulmamalıdır.

### 5. Sendika genel kurullarının delege esasına göre toplanması ve toplantı zamanı

Sendika genel kurullarının en üst yetkili karar organı olduğu bilinmektedir. Sendika özgürlüğünün geçerli olduğu ülkelerde genel kurulların üyelerin özgür iradeleri ile oluşması ve demokratik esaslara göre işlemesi kaçınılmazdır. Bu nedenle 1963-80 dönemindeki kötü deneyimlerden yararlanılarak 2821 sayılı Yasaya genel kurullarla ilgili çok ayrıntılı hükümler konulmuştur.

Elimizdeki Tasarı mevcut yasa hükümlerini genellikle aynen benimsemiştir. Bunlardan birisi de genel kurulu toplanma zamanını düzenleyen 12. maddedir. Buna göre “olağan genel kurulu geç dört yılda bir toplanır”. Hatırlanacağı gibi bu maddeye son biçimi 4101 sayılı Yasa ile 1995 yılında verilmiştir. Daha önce bu süre üç yıl idi. Hatta 1963 tarihli 274 sayılı Yasanın ilk şeklinde bu süre iki yılla sınırlı idi. Bu sürenin önemi sendikanın işleyişinin demokratik kurallara aykırı olamayacağı ilkesidir (Anayasa, m.51/son). Demokratik işleyişin somut biçimde ortaya çıkması ise genel kurulların uzun olmayan sürelerle toplanmasına bağlıdır. Kanımızca dört yıl bu açıdan uzun bir süredir. Tasarı bu hususta herhangi bir yenilik getirmemiş ve dört yılı benimsemiştir. Kuşkusuz sendika yöneticileri de bu sürenin kısaltılmasına sıcak bakmamakta, hatta uzatılmasına itiraz etmemektedirler. Nitekim genel kurulların en geç dört yılda bir toplanma ilkesi sendikalar tarafından hemen benimsenmiş ve daha kısa sürede toplanma olanağına pek rağbet edilmemiştir.

Sendikaların başta genel kurullar olmak üzere tüm organlarının demokratik biçimde oluşmasının önemi her türlü tartışmanın dışındadır. Ancak sendikaların, özellikle sendika şu-

belerinin genel kurulları delege esasına göre toplanmaktadır. Delegelerin seçiminde yargı denetimini sağlamak güçtür. Bu delegelerin üyeler tarafından serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre sendika tüzükleri hükümleri uyarınca yapılacağı (m. 10) yasadada öngörülmüştür. Bununla beraber yapılan seçimlere itiraz yolunun bulunmaması ciddi bir eksiklik olarak daima dile getirilmiştir. Genellikle sendika şube genel kurulları için ister istemez üyeler tarafından delegeler seçilmektedir. Şube genel kurulları üyelerinin özgür iradeleri ile oluşmamışsa burada seçilen ve sendika merkez genel kuruluna ve nihayet konfederasyon genel kuruluna katılacak olan delegelerin üyelerin gerçek iradesini temsil edip etmedikleri şüpheli kalmaktadır. Bu itibarla en alt kademede seçilen delegelerin üyelerin özgür ira-

İkincisi aynı işkolunda aynı zamanda birden çok sendikaya üye olma yasağı ile ilgilidir. Bilindiği gibi 1982 Anayasası'nın 51. maddesinin IV. fıkrasından kaynaklanan bu yasak doğal olarak 2821 sayılı Yasada da yerini almıştır. 2010 yılında yapılan değişiklikle sözü geçen fıkra Anayasa'dan çıkarılmıştır. Böylece yasa koyucuya bu alanda serbestçe düzenleme yapma yolu açılmıştır. Ancak Tasarıda bu alanda mütevazı bir değişiklikle yetinilmiştir. Buna göre aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olma yasağı devam etmektedir. Sadece aynı işkolunda aynı zamanda farklı işletmelere ait işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabileceklerdir. Tasarının gerekçesinde açıklandığı gibi bu istisna esnek çalışma türleri ile aynı işkolunda ve aynı zamanda çalışan işçilerin çalıştıkları işyerlerin-

**Çağımıza damgasını vuran elektronik sistemin, Türk endüstri ilişkileri sisteminde bir türlü sağlıklı çözüme kavuşturulamayan işçilerin sendika üyeliği ve buna bağlı olarak yetkili sendikaların belirlenmesi konusunda en azından denenmesinde yarar vardır. Ancak bu teknolojinin de kötüye kullanılma olasılığının bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır.**

delerine uygun olması olağan üstü bir önem taşımaktadır.

Tasarıda bu hususta önemli bir adım atıldığına tanık olmaktadır. Zira Tasarının 16. maddesine göre genel kurul dışında yapılan delege seçimlerine iki gün içinde iş mahkemesine itiraz yolu açılmış ve yargı organının bu hususta kesin karar vereceği öngörülmüştür.

## 6. Sendika üyeliği ve aidat (m. 17-18)

Kanun tasarısında sendika üyeliği konusunda oldukça önemli yenilikler bulunmaktadır. Bunlardan ilki işçi sendikalarına üyelik yaşının 16'dan 15'e indirilmesidir. Madde gerekçesinde de açıklandığı gibi böylece çocuk işçiliğini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu ile bir paralellik sağlanmıştır.

de farklı sendikalara üye olabilmelerine olanak sağlamaktadır. Sonuçta bu istisnanın geniş bir uygulama alanı olmayacağı şimdilik kesindir. İşçinin aynı işverene ait olsa bile farklı bir işkolundaki işyerine geçmesi halinde sendika üyeliği, eskiden olduğu gibi, kendiliğinden sona erecektir. (m. 19/7). Böylece ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesi'nin "işçinin serbestçe dilediği sendikaya üye olması" ilkesine aykırılık devam etmiş olacaktır.

Türk yasa koyucularının bu alandaki tutumunun yetkili sendikaların belirlenmesindeki kargaşayı önlemek olduğu bilinmektedir. Zira 1980 öncesi dönemde bu alanda çok kötü deneyimler yaşanmıştır. Üyelik durumunun elektronik sistemle izlenmesini öngören yeni sistemin de yetkili sendikanın belirlenmesinde

muhtemelen yeterli ve sağlıklı sonuçlara ulaşamayacağı düşünülmüş ve aynı işkolunda aynı zamanda farklı sendikalara üye olabilme olanağı sağlanamamış, sadece aynı işkolunda kısmi zamanlı çalışanlara farklı sendikalara üye olabilme hakkı tanınmıştır.

Üçüncü önemli yenilik sendika üyeliğinin kazanılmasında ve kaybedilmesinde noter sisteminin terk edilmesidir. Noter tasdikli üye kayıt fişlerine dayalı yetkili sendikayı belirleme sistemi yıllardan beri çeşitli çevrelerde eleştiri konusu olmuştur. ILO açısından serbestçe örgütlenmeyi güçleştiren, işçi ve işçi sendikaları bakımından masraflı ve zaman kaybına neden olan mevcut sistem sağlıklı bir şekilde yetkili sendikayı belirleme amacına da ulaşamamış, herkesin güven duyması gereken noterlik mesleğini ise şaibe altına sokan uygulamalara neden olmuştur.

Tasarıda “sendikaya üyeliğinin, Bakanlıkca sağlanacak elektronik başvuru sistemine” göre gerçekleşmesi kabul edilmiştir. Sendikadan çekilme ve çıkarılma halinde de aynı sistem devreye girecektir. Bu hususta Bakanlıkca bir yönetmeliğin çıkarılacağı da Tasarıda öngörülmüştür. (m. 19/son)

Kanımızca çağımıza damgasını vuran elektronik sistemin, Türk endüstri ilişkileri sisteminde bir türlü sağlıklı çözüme kavuşturulamayan işçilerin sendika üyeliği ve buna bağlı olarak yetkili sendikaların belirlenmesi konusunda en azından denenmesinde yarar vardır. Bu hususta çıkarılacak yönetmeliğin teknik sorunları çözmeye yardımcı olacağı kuşkusuzdur. Ancak bu teknolojinin de kötüye kullanılma olasılığının bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Üyelik aidatı konusunda Tasarı mevcut yasadaki sınırlamaları (m.23) kaldırmakta ve sendika “tüzüklerinde belirtilen usul ve esaslara göre genel kurul tarafından” belirleneceğini öngörmektedir (m. 18/D). Gerçi mevcut yasadaki sınırlamalar oldukça esnek hükümlere bağlanmıştı. Bu nedenle işçi ve işveren sendikalarının herhangi bir yakınmaları söz konusu olmamıştır. Ancak ILO, sendika üye ilişkilerine yasa ile müdahaleyi kabul etmediğinden ve bu hususun sendika tüzüğüne bırakılmasını önerdiğinden Tasarının getirdiği bu değişik-

liği isabetli bulmaktayız. Ancak mevcut yasa hükmüne göre (m. 28/son) “sendika tüzüklerine, üyelik aidatı dışında, üyelerden başka bir aidat alınacağına ilişkin hüküm konamaz” hükmü Tasarıya alınmamıştır. 274 sayılı Yasa (1963-80) döneminde bu liberal sistem uygulanmış, ancak uygulamada işçilerden çeşitli isimler altında kesintiler yapılmıştır. Ümit edelim ki son 30 yıl içinde işçiler sendika genel kurullarında daha bilinçli hareket etme becerisini kazanmış olsunlar.

Öte yandan check-off sistemi Tasarıda da korunmuştur. Bilindiği gibi üyelik aidatının işveren tarafından kaynakta kesilerek sendika hesabına yatırılması çok yönlü tartışmalara açık bir konudur. Sendikacılık hareketini mali açıdan güçlendirmede çok etkili olan bu yöntem ABD’de doğmasına karşılık daha çok Güney Amerika ve Orta Doğu ülkelerinde yaygınlaşmıştır. Sendikacılığın beşiği olan Batı Avrupa ülkelerinde ise tartışma konusu olmaktan kurtulamamış, örneğin Fransa’da yasa ile yasaklanmıştır<sup>3</sup>.

Türk sendikacılığını kısa sürede güçlendirebilmek amacı ile ilk kez 1963 yılında 274 sayılı Yasaya giren bu uygulama nerede ise günümüzde elli yıllık bir dönemi geride bırakacaktır. Sendika yöneticileri ile üyeleri arasındaki ilişkileri zayıflatan, sendikaların iç işleyişlerinde demokratik yapıyı bürokratik bir sisteme dönüştüren check-off sisteminin artık Türk sendikacılığı açısından da tartışmaya açılmasında yarar olduğu kanısındayız. Örneğin ücretinden kesinti yapılacak işçinin rızasının alınması veya check-off’un toplu pazarlık sistemine bırakılması artık düşünülmelidir. Tasarı bu açıdan hiçbir yenilik getirmemektedir.

Bunun gibi Tasarıda üyelik aidatı dışında işçi ücretlerinden sendikaya ödenmek üzere bir kesintinin yapılması toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılmaz hükmüne Tasarıda yer verilmiştir. Halbuki, mevcut yasanın 61. maddesinde buna ilişkin açık bir hüküm bulunmaktadır. Hatırlanacağı gibi 1980 öncesi dönemde bazı sendikalar toplu pazarlıkla üyelerine sağladıkları haklardan sendikanın veya başka kuruluşların yararına birçok kesintiyi öngören hükümleri sözleşmelere koymuşlardır. Bu gibi kötü

örneklerin yaşanmaması için Tasarıya benzer hükümlerin konulmasının yararlı olacağını düşünmekteyiz.

## 7. Sendikal güvenceler (madde 23, 24, 25)

Sendikal örgütlenmenin özgür biçimde gerçekleşebilmesi, profesyonel sendika yöneticiliğinin cazip hale getirilerek yetenekli yöneticilerin yetişmesine olanak sağlanması ve nihayet işyerlerinde sosyal hakların etkili biçimde savunulabilmesinde yasal güvencelere gereksinim vardır. Nitekim bu konularda uluslararası çalışma normlarına da gerek duyulmuş ve bu düzenlemeler yıllar öncesinden yapılmıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)nün bu konulara ilişkin 87 (1948), 98 (1949) ve 135 (1971) sayılı sözleşmeleri Türkiye Cumhuriyeti tarafından da onaylanmıştır. Nitekim Türk mevzuatı da 1963'ten beri üç ayrı başlıkta ele alarak bu güvenceleri düzenlemiştir: Üyeliğin güvencesi, profesyonel sendika yöneticilerinin güvencesi ve işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi.

### a. Sendika üyeliğinin ve sendikal faaliyetin güvencesi (m. 25)

İnsan hakları arasında yer alan çalışanların serbestçe örgütlenme, sendikalara üye olup olmama ve işyerinde işverenin izniyle, işyeri dışında çalışanların dilediği biçimde sendikal faaliyette bulunma haklarını 1948 tarihli 87 sayılı ILO sözleşmesi açıkça belirtmiştir. Sözü geçen sözleşmenin 11. maddesi ise bu sözleşmeyi onaylayan üye devletleri "örgütlenme hakkının serbestçe kullanılmasını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun önlemleri almakla yükümlü" tutmuştur. Nitekim birçok batılı ülke hukuki ve cezai yaptırımlarla sendika özgürlüğünü güvence altına almıştır.

Türk mevzuatında da uluslararası normlara uygun ilk düzenleme ve hukuki yaptırımlar 1963 tarihli 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nda öngörülmüştür. 1956 tarihli bir Fransız yasanın esinlenerek düzenlenen bu hükme göre hem sendika üyeliği hem de sendikal faaliyetler güvence altına alınmış, aykırı hareketler bir yıllık ücret tutarında az olmayacak tazminata bağlanmıştır.

1983 tarihli 2821 sayılı Yasada da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak ,ispat yükünün davacı işçide bulunması, iş güvencesiyle ilgili özel bir düzenlemenin de o yıllarda bulunmaması uygulamada ciddi hak ihlallerine neden olmuştur. Esasen ekonomik yapının küçük ve kayıt dışı işletmeciliğe dayalı olması, sendika özgürlüğünün toplum tarafından kabul edilip yerleşmesine engel olmuştur. Yüksek yargı ise sendika özgürlüğünün hangi hallerde ihlal edildiğine ilişkin bazı kriterleri belirlemeye çalışmıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü ülkemizde bu özgürlüğün ciddi bir sorun olmakta devam ettiğine ilişkin gözlemlerini sık sık ifade etmiştir.

87 sayılı Sözleşme 1993 yılında Türkiye Cumhuriyeti tarafından da onaylandıktan ve iş güvencesi 2003 yılında ILO normları dikkate alınarak iş yasasına girdikten sonra sendika özgürlüğünün sağlam hukuki dayanaklara kavuşacağı beklenmiştir. Halbuki asıl tartışmalar bundan sonra başlamıştır. Yeni İş Kanunu'nun 18-21. maddelerinde oldukça sınırlı sayıda işçiye tanınan iş güvencesi hükümlerine göre dava açanların sendikal tazminat talebinde bulunamayacakları; sadece feshin geçersizliği ile işe iadelerini isteyebilecekleri, yargının buna karar vermesine rağmen, işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ödenecek tazminatın bir yıllık ücret tutarından az olamayacağı<sup>4</sup> görüşü doktrinde baskın görüş olarak benimsenmiştir. Yüksek yargı da birçok kararında iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin iş güvencesinden yararlanırken Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki tazminattan doğrudan doğruya yararlanamayacağı sonucuna varmıştır.

Kuşkusuz hukuki sorun hem İş Kanunu'ndaki (m. 18-21), hem de Sendikalar Kanunu'ndaki düzenlemenin (m.31) yetersizliğinden, farklı yorumlara elverişli olmasından kaynaklanmıştır. Gerçekten bu hukuki çerçeve nedeniyle işçinin iş güvencesi davasını bir ay içinde açması, davayı kazandığı halde işe başlamaması ya da işverenin işçiyi işe başlatması halinde sendikal tazminat hakkı doğmamaktadır. Denilebilir ki iş güvencesi hükümlerinin Türk mevzuatına girmesi sendika özgürlüğü açısından beklenen etkinliği gösteremediği gibi, hukuki



sorunların artmasına neden olmuştur.

Bu çerçevede asıl konumuz olan yeni yasa tasarısında sendika özgürlüğünü güvence altına alan bazı adımların atıldığını memnuniyetle görmekteyiz. Özellikle tasarının TBMM'ne sevkinden önceki şeklinde "sendikal nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasındaki 30 işçi ve 6 aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın 20 ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir" hükmüne yer vermesi, kanımızca büyük önem taşımakta idi. Tasarının son şeklinde iş güvencesinden yararlanabilmeyi kısıtlayan en az 30 işçi çalıştıran işyerleri ve işçinin en az 6 aylık kıdemi koşullarına ilişkin ibare yer almamaktadır.

Buna karşın, tasarının 25. maddesinin 5. fıkrasında iş güvencesi kapsamında işçinin açtığı davada sendikal tazminata hükmedileceği, bu tazminatın davayı kazanan işçinin işe başlama başvurusuna, işverenin işe başlatmasına veya başlatmamasına bağlı olmadığı öngörülmüştür. Ayrıca, aynı fıkrada işçinin iş güvencesi hükümlerine göre dava açmasının ayrıca sendikal tazminat talebini engellemeyeceği de belirtilmiştir.

Öte yandan ispat yükü açısından Tasarıda yapılan bir ayırım dikkat çekicidir. Buna göre iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla açılan davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu 31. maddede (6. fıkra) belirtilmiştir. Şayet işçi işverenin ispat ettiği nedene dayanmadığını iddia ederse bu durumda feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlü olacaktır.

Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiası ile açılan davalarda ise ispat yükü işçiye yüklenmiştir. Ancak burada da davacı işçi "sendikal ayrımcılığı güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyarsa, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü" olacaktır. Kuşkusuz dava sürecinde yargı organları ispat yükü açısından yukarıdaki hükümler çerçevesinde hareket ederek uyuşmazlığı çözeceklerdir.

Tasarının sendika üyeliği ve sendikal hareketlerle ilgili hükümleri genel bir değerlendirilmeye tabi tutulursa, sendika özgürlüğünü

güvence altına alabilecek önemli yeniliklere sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Tasarıya son biçimi verilirken İş Kanunu'nun 18. maddesine yapılan yollamanın kaldırılmasının tasarının diğer hükümleriyle çelişmemesine özen gösterilmelidir.

### **b. Sendika yöneticiliğinin güvencesi (m.23)**

Sendikaların faaliyet alanı genişledikçe profesyonel yöneticilere gereksinim artmaktadır. Bu tür yöneticilerin seçilmeden önceki işlerini de yöneticilikle birlikte yürütmelerine genellikle olanak bulunmamaktadır. Sendika yöneticiliği görevinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde bu kişilerin dilerlerse eski işyerlerine dönebilmeleri, profesyonel sendikacılığa işçilere özendirme amacını taşımaktadır.

Nitekim Türk toplu iş hukukunda da 1963'ten beri profesyonel sendika yöneticilerine özel bir iş güvencesi sağlanmıştır. Ancak bu güvence hükümlerinin uygulamasında hep sorun yaşanmıştır. Bu nedenle yargı organları kararları da sorunun çözümünü tam olarak sağlayamamıştır. Zira yöneticiliğe seçilme nedeniyle iş ilişkisinin sona erdiği kabul edilmiştir.

Tasarıda bizim de uygun bulduğumuz bir çözüm benimsenmiştir. Buna göre yönetime seçilen işçinin iş sözleşmesi sona ermemekte, askıda kalmaktadır. Yönetici dilerse iş ilişkisini sona erdirerek kıdem tazminatını alacak, isterse yöneticilik görevi sona erdiğinde işyerine dönebilecektir. İşverenin geri dönüşü kabul etmemesi (işe başlatmaması) iş ilişkisini sona erdirdiği biçiminde yorumlanacak ve buna ilişkin sonuçlar doğacaktır.

Tasarıda, önceki tasarlarda yer alan bir hükmün çıkarıldığı dikkat çekmektedir. Gerçekten sendika şube yöneticileri bu güvencenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Uygulamada en azından bir kısım şube yöneticisinin de profesyonel olduğu dikkate alınırsa, yapılan bu değişikliği anlamak zorlaşmaktadır.

Ayrıca Tasarının 23. maddesinin 2. fıkrasında işe başlatılmayan sendika yöneticisinin iş sözleşmesinin işverence feshedildiği kabul edildiğine göre, işçi iş yasasının iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek midir?

### c. İşyeri sendika temsilcilerinin güvencesi (m.24)

İşyerinde başlıca görevleri, işçilerin gerek yasalardan, gerek sözleşmelerden kaynaklanan haklarını korumak olan işçi “sendika” temsilcileri, yaptıkları görev nedeniyle özel olarak korunmuşlardır. 1960 öncesi dönemde bile işçi temsilcilerine o dönemin iş yasası çerçevesinde bir tür iş güvencesi sağlanmıştı. 1963 tarihli Sendikalar Kanunu’nda ise işçi temsilciliği, sendika temsilciliğine dönüştürülmüş ve bu işçiler işverenlere karşı özel olarak korunmuşlardır.

Uluslararası Çalışma Örgütü de genel iş güvencesinden (Sözleşme no: 158) ayrı olarak 1971 tarihli “işletmelerde işçi temsilcilerinin korunması ve onlara sağlanacak kolaylıklar” hakkında 135 sayılı Sözleşme’yi kabul etmiştir. Bilindiği gibi bu sözleşme 1992 yılında Türkiye Cumhuriyeti tarafından da onaylanmıştır. Adı geçen sözleşmenin 1. maddesinde işçi “sendika” temsilcilerinin “etkili bir korumadan” yararlanacakları açıkça ifade edilmiştir. 158 sayılı Sözleşme’de de işçi temsilciliği yapmanın veya yapmış olmanın kesinlikle geçerli bir fesih nedeni olamayacağı açıklanmıştır.

Öte yandan Türk iş hukukunda sendika temsilcilerine 1963’ten beri özel bir iş güvencesi sağlanmıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nda da bu durum uzun süre (1983-2002) devam etmiştir. 2002 yılında İş Kanunu’nda değişiklik yapılarak bir kısım işçiye iş güvencesi bir hak olarak tanınca işyeri sendika temsilcileri için ayrıca iş güvencesi ihtiyacı kalmayacağı düşünülmüş ve Sendikalar Kanunu’nun 30. maddesi yeniden düzenlenmiştir. 4773 sayılı Yasa ile gerçekleştirilen bu değişiklik bir yıl sonra yenilenen İş Kanunu’na da aynen yansıtılmıştır. Ancak işçilere sağlanan iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için işyerinde en az 30 işçinin çalışması ve işçinin en az 6 aylık kıdeme sahip olması (m. 18) hükmünün temsilciler bakımından da geçerli olup olmayacağı hem doktrinde, hem yargı kararlarında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>5</sup>.

Sendika temsilcilerine diğer işçilerden farklı bir iş güvencesi sağlanması doktrinde baskın bir görüş olarak savunulmuştur<sup>6</sup>. Bu nedenle son 10 yıl içinde 2821 sayılı Yasa ile ilgili olarak

hazırlanan yasa taslaklarında 30. maddenin eski biçimindeki özel güvenceden sendika temsilcilerinin yararlanabilmesi önerilmiştir. Nitekim sosyal tarafların katılımı ile Bakanlıkça hazırlanan Tasarıda da aynı yönde düzenlemeler yapılmıştır. Ancak Tasarıya son biçimi verilirken bilinmeyen ve madde gerekçesinde de açıklanmayan nedenlerle 30. madde mevcut yasadaki biçimine dönüştürülmüştür. Kanımızca işyeri sendika temsilcilerinin yaptıkları görev nedeniyle özel bir korumaya ihtiyaçları vardır. Kaldı ki Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanan 135 sayılı ILO Sözleşmesi’nin “etkin koruma” kavramı da bunu gerektirmektedir.

Öte yandan iş yasasının 18. maddesindeki kapsam koşulları temsilciler hakkında da uygulanacak mıdır? Bu husus madde metninden anlaşılammaktadır. Ancak maddenin yazılış biçimi böyle bir yoruma engel olacak herhangi bir öge taşımamaktadır.

Sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin feshinde diğer işçilerden tek farkı işe iade davasını kazanan işçinin işyerine kabul edilmemesi halinde ödenecek 4-8 aylık tutarındaki tazminatın bir yıla çıkarılmasıdır. Halbuki daha önce gerek Bakanlık, gerek bilim adamları tarafından hazırlanan taslaklarda temsilcilerin iş sözleşmelerinin haklı bir neden (geçerli değil) olmadıkça feshedilemeyeceği; temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın 1 ay içinde açacağı davada temsilcinin işe iade kararı verilirse “fesih geçersiz sayılarak fesih tarihiyle kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının ödeneceği, kararın kesinleşmesinden itibaren 6 iş günü içinde temsilcinin işe başvurması koşulu ile 6 iş günü içinde işe başlatılmaması halinde iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer haklarının ödenmeye devam” edeceği hükmü yer almakta idi. Tasarının son şeklinde bu hükümlerin hiçbiri yer almamıştır.

### 8. Sendikal kuruluşların gelirleri ve giderleri (m.28)

Sendikal kuruluşların (sendika ve konfederasyonlar) gelirleri konusunda da son biçimi verilen Tasarıda bazı yenilikler bulunmaktadır. Geçtiğimiz aylarda sosyal taraflarca benimse-

## Sendikal kuruluşların bağımsız ve tarafsız organlar tarafından sadece mali denetime tabi tutulması, ILO uzmanlık organları içtihatlarına aykırı düşmemektedir.

nen taslak ile TBMM'ye sevk edilen Tasarı arasında önemli farklar dikkati çekmektedir.

Nitekim eski Taslakta “yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan Bakanlığa önceden bildirimde bulunmak suretiyle işçi kuruluşlarının aynı ve nakdi yardım alabilecekleri” kabul edilmiş iken; son Tasarıda sendikal kuruluşların “kendilerinin veya Türkiye Cumhuriyeti'nin üyesi bulunduğu uluslararası kuruluşlardan başka dış kaynaklardan Bakanlar Kurulu'ndan izin almadıkça yardım ve bağış kabul edemezler” hükmüne yer verilmiştir. Böylece mevcut yasa (m.40) sistemine dönülmüş olmaktadır.

Ayrıca son biçimi verilen Tasarıda sendikal kuruluşların “yönetim kurulu kararıyla nakit mevcudunun yüzde onunu aşmamak kaydıyla eğitim, kreş, sağlık, kültür, sanat ve spor tesisleri kurabilmelerine” olanak sağlanmıştır. Ancak aynı hüküm içinde bu tesislerin ilgili bakanlıklara devredilme koşulu getirilmiştir. Ayrıca sendikal kuruluşların “yurt içi ve yurt dışındaki doğal afet bölgelerine doğrudan veya yetkili makamlar aracılığı ile konut, eğitim ve sağlık tesisleri kurulması amacıyla kamu yararına çalışan dernekler ile kamu kurum ve kuruluşlarına aynı ve nakdi yardımda bulunabilecekleri” sağlanmıştır.

### 9. Sendikal kuruluşların denetimi (m.30)

Tasarı sendikal kuruluşun iç denetimi yanında yeminli mali müşavirler tarafından da denetimini öngörmektedir. Gerçekten kamu otoriteleri tarafından sendikaların özellikle idari bakımdan denetlenmesi ILO tarafından sakıncalı bulunmaktadır. Bundan dolayı 1982 Anayasası'nın 52. maddesi kaldırılmış ve 2821 sayılı Yasanın 47. maddesi değiştirilmiştir.

Buna karşılık sendikal kuruluşların bağımsız ve tarafsız organlar tarafından sadece mali

denetime tabi tutulması ILO uzmanlık organları içtihatlarına aykırı düşmemektedir.<sup>7</sup> Nitekim son yıllarda hazırlanan taslaklarda bu yönde yeni düzenlemeler yapılmıştır.

Son Tasarıda ise, bu denetimin “en geç 2 yıllık” periyotlar biçiminde genel kurul döneminde yapılacağı öngörülmüştür. Olağan genel kurulların fiilen 4 yılda bir yapıldığına yukarıda işaret etmiştik. Şu halde bir genel kurul döneminde en az iki kez bu denetim yapılacaktır. Sadece 29. maddedeki hükmün daha açık biçimde bu hususu ifade etmesi kanımızca uygun olacaktır.

## II. TASARININ TOPLU PAZARLIK HAKKINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

### 1. “Çerçeve sözleşme” kavramı (m.2/6)

Şayet Tasarı yasalaşırsa Türk toplu iş hukukuna yeni bir toplu sözleşme türü girmiş olacaktır. Bu sözleşme hem “Tanımlar” başlıklı 2. maddede, hem de “Toplu iş sözleşmesinin içeriği” başlıklı 33. maddede tanımlanmış ve düzenlenmiştir.

Bu iki maddeden anlaşıldığına göre çerçeve sözleşme işkolu düzeyinde işçi ve işveren taraflarının kendi istekleri ile yasada öngörülen belirli konularda anlaşmaları ile ortaya çıkan bir toplu sözleşme türü olacaktır. Çerçeve sözleşmenin tarafları olabilecek işçi ve işveren sendikalarının Ekonomik ve Sosyal Konsey'de temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye olmaları aranacaktır. Ayrıca işkolu düzeyinde bağitlanacak olan bu sözleşmelerin içeriğinde sadece mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin hükümler bulunabilecektir.

Kuzey ve Batı Avrupa ülkelerinde uzun süreli sosyal barışa ciddi katkılar sağlayan çerçeve sözleşmelerle Tasarıdaki sözleşme türünün kanımızca bir benzerliği bulunmamaktadır. Zira sözü geçen ülkelerde bu sözleşmeler konfederasyonlar arasında yapılmakta ve hem işçi haklarının asgari düzeyini belirlemede, hem de sosyal barışı koruma yükümlülüğünü getirmektedir.

Tasarıda ise bu tür sözleşmelerin işkolunda yapılacağı öngörülmüş, ayrıca gerek tarafları,

gerek içeriği ve hazırlık süreci konularında birçok boşluk sorunlar yaratacağına benzemektedir. Tasarıdan anlaşıldığına göre Ekonomik ve Sosyal Konseye üye bir işçi konfederasyonuna üye olan herhangi bir sendika ile aynı niteliğe sahip bir işveren sendikası yetki prosedürüne bakılmaksızın böyle bir sözleşmeyi yapabilecekleri gibi, görüşmeler sırasında yasada öngörülen sürelerle, barışçı çözüm yollarına, toplu iş mücadeleri araçlarına sahip olmadan toplu pazarlığı sonuçlandıracaklardır. Tarafların uzlaşarak oluşturdukları çerçeve sözleşmesinin içeriğinin Türk endüstri ilişkilerine nasıl bir katkı sağlayacağı bilinmemektedir.

“Sosyal sorumluluk” gibi içeriği belirlenmeye muhtaç bir kavram bir yana diğer üç konuda çerçeve sözleşmeleri yapmış olan sendikaların yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde herhangi bir yaptırım da Tasarıda öngörülmemiştir. Bu hali ile çerçeve sözleşmelerinin Türk endüstri ilişkileri sisteminde ciddi bir katkı sağlayacağını söylemek güçtür.

Öte yandan işçilerin hak ve çıkarları açısından önemli yararlar sağlaması, niteliği gereği, mümkün olmayan ve yapılması çok kolay olan bu tür sözleşmelerin bir kısım işçi ve işveren sendikası tarafından benimsenerek yaygınlaştırılmasının yaratacağı tehlikeleri de şimdiden düşünmekte yarar olduğu kanısındayız.

Biçimsel açıdan bu konudaki Tasarı hükümlerine baktığımızda “Toplu iş sözleşmesinin içeriği” başlıklı 33. maddenin içinde “çerçeve sözleşmelerinin” düzenlenmiş olmasını da isabetli görmemekteyiz. Gerçekte ayrı bir madde içinde “çerçeve sözleşmeleri” batı ülkelerindeki biçimi ile düzenlenmeli ya da tümü ile bu tür bir sözleşmeden vazgeçilmelidir. Tasarının son şeklinde çerçeve sözleşmelerin “teşmil” dışına çıkartılmasının isabetli olduğu kanısındayız. Zira burada normatif nitelikte bir hüküm bulunmamaktadır. Son olarak yedinci bölümün başlığı olan “Toplu iş sözleşmesinin genel esasları”nın da çerçeve sözleşmelerle bir ilişkisinin olmadığına işaret etmekle yetinelim.

## 2. Toplu sözleşmeden yararlanma (m. 39)

Tasarıda toplu sözleşmenin tarafı sendikanın

üyeleri olmayan işçilerin toplu sözleşmeden yararlanmaları konusunda yapılan iki değişiklik dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki dayanışma aidatının üyelik aidatından fazla olmamak kaydıyla sendika tüzüğünde belirleneceğine ilişkin hükmüdür. Bir önceki Taslakta “dayanışma aidatı üyelik aidatı miktarı kadardır” hükmü bulunmakta idi. Tasarının bu hükmünün serbestçe sendikaya üye olma özgürlüğüne aykırı olduğu, ayrıca sendikanın üyelerine sağladığı tüm menfaatlerden üye olmayanların yararlanamadıkları ileri sürülebilir. Aynı eleştiriler maddenin yeni biçimi hakkında da söylenebilir kanısındayız. Zira uygulamanın bu yönde olacağını tahmin etmek zor değildir.

Aynı maddede ikinci yenilik bir kısım üst kademe yöneticileri toplu sözleşmenin kapsamı dışında tutulmasıdır (m. 39/6). “İşletmeyi bütünü ile yöneten işveren vekilleri ve bunların yardımcıları”nı kapsam dışı bırakmak isabetli olabilir. Ancak işyerinin bütünü ile yöneten işveren vekillerini kapsam dışı tutmak kanımızca sakıncalıdır. Örneğin bankacılık işkolunda olduğu gibi genellikle küçük işyerlerinden oluşan bir işletmede bağitlanan bir toplu sözleşmede şube müdürleri yasa uyarınca kapsam dışı sayılacaklardır.

Öte yandan Tasarının uygulamada ciddi bir sorun haline gelmiş bulunan, giderek tüm beyaz yakalıları içine almaya başlayan kapsam dışı personel sorununa hiçbir çözüm getiremediği dikkati çekmektedir. Birçoğu işveren vekili durumunda olan bu çalışan grubunun, kendilerine özgü bir sendika çatısı altında örgütlenmelerine maalesef Türk hukuku imkân vermediğine yukarıda işaret ediliştik. İşçi sendikaları da bu grubu toplu pazarlık masasında feda etmekte fazla bir duyarlılık göstermemektedir. Bu yüzden, kapsam dışı personel alanı sürekli biçimde genişlemekte ve günümüzde ciddi boyutlara ulaşmış bulunmaktadır. Daha önce hazırlanan bir Taslakta bu sorun ele alınmış ve üst kademe yöneticileri dışında kalanların toplu pazarlık sırasında kapsam dışı bırakılmayaacağına ilişkin bir düzenleme yapılmıştı. İncelemekte olduğumuz Tasarıda, bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.



### 3. Toplu pazarlıkta yetkili taraf (m.41)

ILO'nun özellikle 98 sayılı Sözleşme'nin 4. maddesine aykırı bularak eleştirdiği çifte baraj, hazırlanan Tasarıda da varlığını korumaktadır. Ancak işkolu barajı yüzde ondan yüzde üçe düşürülmektedir.

1963-80 döneminde yaşanan sendika enflasyonunu engelleyebilmek ve işçiler adına bu pazarlığı etkili bir biçimde yapabilecek sendikaya bu yetkiyi verebilmek için ülke (işkolu) barajı 1983 Yasası ile getirilmiştir. Bu düzenlemenin uygulamada etkili olduğu da görülmüştür. Önceki Taslakta da binde üçe kadar indirilen işkolu barajının hangi gerekçe ile yüzde üçe yükseltildiğinin nedenini bilmemekteyiz. Tasarıda öngörülen yüzde üç oranının bu hususta yeterli olup olamayacağı herhalde Bakanlığın elindeki belgeler ve yaptığı incelemelerden anlaşılabilir olsa gerektir.

İşkolu barajının yüze üçe indirilmesinin sendikalar bakımından önemli bir kolaylık sağlayacağı kanısında değiliz. Zira işkolu sayısının 28'den 18'e indirilmesi, ayrıca bu tespitin yapılmasında üyelik bildirimleri yanında Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan işçi bildirimlerinin esas alınacak olması (m. 41/6) yetki sorununun özgür toplu pazarlığı kısıtlayacağını göstermektedir.

Bu konuda son olarak belirtmeliyiz ki "yetki tespiti ile ilgili usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikte" düzenlenmesi (m. 42/son) yerinde bir adımdır. Ancak bu görevin ve biraz sonra değineceğimiz arabulucuların belirlenmesi gibi işlemlerin sosyal tarafların da temsil edildiği bağımsız bir organ tarafından yapılması kanımızca daha isabetli olur. Tasarı ise bu yetkileri doğrudan doğruya Bakanlığa vermektedir.

Tasarıda yer alan bir başka yenilik işletme toplu sözleşmelerinde işletmeye bağlı işyerlerinde çalışan toplam işçilerin yarısından fazlası yerine, yüzde kırkının yetki talebinde bulunan sendikanın üyesi olmasının yeterli görülmesidir. Şayet yüzde kırk temsil birden çok sendika tarafından sağlanıyorsa, en çok üyeye sahip olan sendika yetkili sayılacaktır.

İşletme toplu sözleşmeleri için getirilen bu istisnai hükmün nedeni bilinmemektedir. Bu

hususla 41. maddenin gerekçesinde de bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Kanımızca böyle istisnai bir düzenlemeye gidilmemelidir. Zira en çok üyeye sahip sendika hem yetki sürecini uzatabilecek, hem de birçok yeni tartışmaları gündeme getirebilecektir.

### 4. Barışçı bir çözüm yolu olan arabuluculuk (m.50)

Toplu pazarlıkta uyuşmazlık tespit edildikten (m.49) sonra tarafların mücadele silahlarını kullanmaya başlamadan önce barışçı bir çözüm yolunun devreye girmesi birçok ülke yasasında yer almaktadır. ILO'nun içtihatları da bu sürece sıcak bakmaktadır<sup>8</sup>.

Bilindiği gibi bu işlevi 1963-80 döneminde Türk mevzuatında uzlaştırma; 1983'ten itibaren de arabuluculuk yerine getirmektedir. Ancak, başvurulması zorunlu, bağlayıcı gücü olmayan bu aşamadaki barışçı girişimler birçok nedenden dolayı beklenen etkinliği gösterememiştir<sup>9</sup>. Bu yüzden zaman zaman işçi sendikaları bunun tamamen kaldırılmasını önermişlerdir. Yasa koyucu ise, bu alana gerekli ilgiyi daima göstermiş ve sık sık ilgili maddelerde değişiklikler yapmıştır.

Tasarı, resmi arabulucunun belirlenmesinde iş mahkemelerini devre dışı bırakmış, idari makamı (Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü ya da doğrudan doğruya Bakanlık) yetkili kılmıştır. Resmi arabulucular listesi ise aynen korunmuştur. TBMM'ye sevk edilen önceki Tasarıda idari makamların "taraflardan en az birinin katılımı ile veya katılım olmazsa resen resmi listeden bir arabulucunun" görevlendirilmesi esasını benimsemiş idi. Uyuşmazlık halindeki taraflara hiçbir insiyatif tanımayan bu yöntem ciddi eleştirilere uğramıştı. Bakanlık Tasarıya son biçimini verirken bu eleştirileri dikkate almış ve taraflara "resmi arabulucu listesindeki bir arabulucu ismi üzerinde anlaşmaları halinde bu kişinin görevlendirileceği" hükmünü madde metnine (m. 50/1) eklemiştir.

Öte yandan yargı organı (iş mahkemesi) devre dışı bırakıldığına göre yetkili idari makamın resmi arabulucuyu hangi usul ve esaslara göre belirleyeceğine dair Tasarıda bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı maddenin son

fıkrasında ve Tasarının 57. maddesinde sözü geçen yönetmeliğin de bu konuyla ilgisi olduğunu sanmıyoruz. Zira bu yönetmelik sadece arabulucuların nitelikleri, seçimi, arabulucuya ödenmesi gereken ücretin alt ve üst sınırlarını tespit etmektedir. Görevli makam ise uyuşmazlığın kapsamını ve niteliğini dikkate alarak bu ücreti yönetmelik hükümleri çerçevesinde belirlemektedir.

Toplu iş uyuşmazlıklarında taraflar grev/lokavt silahlarına başvurmadan önce barışçı bir süreçten geçmelerinde kanımızca yarar vardır. Bu sürecin başarısı ise uyuşmazlık halindeki tarafların güvenini elde etmek ve onlara inisiyatif tanımakla mümkündür. Resmi listenin nasıl hazırlanacağına ilişkin 57. maddedeki hükümlerden başlayarak taraflara daha fazla inisiyatif tanımak kanımızca isabetli olacaktır. Örneğin resmi liste dışından da tarafların güvenini kazanmış kişilerin arabulucu sıfatıyla devreye girebilmesine olanak verilmelidir.

## 5. Grev ve lokavt hakları (m. 60, 62, 63, 64, 73, 74)

Bilindiği gibi Türk hukukunda grev hakkının işçilere tanınması uzun süre yasaklanmış ve ancak 1961 Anayasası ile bu hak mevzuatımıza girebilmiştir. 1963'ten sonra bu hakkın kullanılmasına çeşitli sınırlamalar ve yasaklar konulmuştur. Bu durum doğal olarak Türkiye Cumhuriyeti'nin onayladığı bazı uluslararası sözleşmelere ters düşmüş ve tartışma yaratmıştır.

İnceleme konumuz olan Tasarıda da grev hakkının kullanılmasını kolaylaştıran hükümler yanında, bu hakkı sınırlayan veya yasaklayan düzenlemeler yer almıştır. Elimizdeki son Tasarının grev hakkına ilişkin hükümlerini ve getirdiği yenilikleri iki gruba ayırarak bunlara değinmeye çalışacağız.

### a. Grev hakkının kullanılmasını kolaylaştıran hükümler

Mevcut 2822 sayılı Yasada grev kararının alınması ve alınan bu kararın uygulamaya konulması ayrı maddeler içinde düzenlenmiştir (m. 27, 27-37 vd.). Tasarı, kanımızca isabetli olarak grev kararı ile uygulama sürecini birleş-

tirmiş, böylece bu hakkın kullanılmasını kolaylaştırmıştır (m. 60). Ayrıca toplu iş uyuşmazlığının çözümlenemediğini belirten tutanağın tebliğinden itibaren "altı iş günü geçmeden grev kararı alınmaz" (m. 27/D) hükmü de Tasarıya alınmamıştır. Böylece grev hakkının nispeten daha kısa süre içinde kullanılabilmesi sağlanmış olmaktadır. Ayrıca grev kararı alınmadan önce taraflar arasında görüşmelerin devamı için de ek bir süre tanınmış olmaktadır.

Altmış gün içinde alınan grev kararının altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilmek koşulu ile uygulamaya konulacağı tasarıda öngörülmüştür. Yasal grev kararı alınan bir uyuşmazlıkta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın bizzat ya da görevlendireceği bir kişi ile arabuluculuk yapabileceği Tasarıda yeni bir hüküm olarak yer almaktadır (m. 60/6). Tasarı metninden anlaşıldığına göre ilgili Bakan tarafından görevlendirilen kişinin resmi arabulucular listesinden olma zorunluluğu bulunmamaktadır.

### b. Grev yasakları, ertelemeleri ve cezaları

2822 sayılı Yasada grev yasağının bulunduğu işler (m. 29), yasağın bulunduğu yerler (m. 30) ve geçici yasaklar (m. 31) başlıkları altında oldukça çok sayıda grev hakkına sınır getirdiği bilinmektedir.

Toplu İş İlişkileri Kanun Tasarısı'nın TBMM'ye sevk edilmesinden önceki biçiminde bu yasakların bir kısmının kaldırıldığı görülmüştür. Örneğin eğitim ve öğretim kurumları, çocuk bakım yerleri, huzur evleri, askeri işyerleri, noterlik hizmetleri, termik santralleri besleyen linyit üretimi grev yasağının kapsamı dışına çıkarılmıştı. Parlamento'ya sevk edilen Tasarıda ise Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı'nca doğrudan işletilen işyerleri yeniden grev yasağı kapsamına alınmıştır. Ayrıca 64. maddenin sonuna eklenen bir fıkra ile "hava ulaşım alanında faaliyet gösteren işyerleri ve işletmelerde grev esnasında işverenin faaliyetlerinin yüzde kırkını" sürdürebileceği kabul edilmiştir.

Grev esnasında işletmede veya işyerlerinde faaliyetin yüzde kırk oranında devam ettirilmesinde bu oranın nasıl ve neye göre belir-

leneceği belli değildir. 65. madde hükmü ile belirli bir ulaşım sektöründeki yasağı birbirine benzetme olanağı yoktur. Zira 65. madde (I. fıkra) “hiçbir suretle üretim ve satışı yönelik olmamak kaydı ile, niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini ..... sağlayacak sayıda işçinin yasal grev sırasında çalışmak zorunda olduğunu” öngörmektedir. Hava ulaşım alanındaki kısıtlamada ise üretim ve satıştan hiç söz edilmeksizin, gerekçe gösterilmeksizin sadece yüzde kırk oranından söz edilmiştir. Ne uluslararası normlarda ne de batı ülkeleri uygulamalarında örneğine rastlayamayacağımız bu hükmün 64. maddeye hangi amaçla eklendiğini bilememekteyiz. Maalesef 64. madde gerekçesinde de bu hususta bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Kanımızca bu hüküm grevin tanımına da ters düşmektedir.

Öte yandan yasal bir grev veya lokavtın Bakanlar Kurulu tarafından ertelenmesi yeni Tasarıda da bazı değişikliklerle, kabul edilmiştir. Erteleme süresi sonunda taraflar uzlaşma sağlayamamışlarsa uyuşmazlığın zorunlu tahkim yoluyla çözümleneceği 1982 Anayasasının (m. 54) bir hükmüdür. Bu nedenle yasal yoldan farklı bir düzenleme yapma olanağı bulunmamaktadır. 2010 Anayasa değişikliği sırasında 54. maddenin bu hükmüne dokunulmamıştır.

Grev ertelemeleri ile ilgili 63. maddede başka değişikliklerde bulunmaktadır. Bunlardan ilki erteleme kararına karşı Danıştaya iptal davası açabilme ve yürütmeyi durdurma isteminde bulunabilme hükmünün Tasarıya alınmamasıdır. Denilebilir ki her idari karar gibi Bakanlar Kurulu'nun bu kararı aleyhine de idari yargıya gidilebileceği düşünülerek bu değişiklik yapılmıştır. Kanımızca madde metninde bu hükmün bulunması hem yetkili ve görevli idari yargı merciini belirlemekte, hem de yürütmeyi durdurma istemine yasal dayanak sağlamaktadır. Ayrıca bu hüküm ILO'nun eleştirilerine karşı hükümetin savunma gerekçelerinden biri olduğu unutulmamalıdır.

Nitekim uygulamada da idari yargının bu denetiminin oldukça etkili olduğu anlaşılmıştır. Kanımızca büyük önem taşıyan bu değişiklik konusunda 63. maddenin gerekçesinde hiçbir açıklama bulunmaması ciddi bir eksikliklerdir.

Tasarıda 63. madde ile ilgili ikinci değişiklik erteleme süresinin sonunda taraflardan birinin altı işgünü içinde uyuşmazlığı Yüksek Hakem Kurulu'na götürebilmesi ile ilgilidir. Mevcut yasada (m. 34) bu yetki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'na tanınmıştır. Bakanlar Kurulu'nca ertelenen bir grevin bu Kurula mensup bir bakan tarafından YHK'na götürülmesinin ne gibi bir sakınca doğurduğunu anlamak güçtür. Madde gerekçesinde bu konuda da herhangi bir açıklama yoktur. Taraflardan birinin uyuşmazlığı YHK'na götürmemesi halinde Tasarıya göre sendikanın toplu sözleşme yetkisi düşecektir. Ancak bu yol tercih edilecek olursa tarafların başvuramaları halinde toplu iş sözleşmesi oluşmayacak ve bunun zararını işçiler çekecektir. Kanımızca mevcut yasa hükmü daha isabetlidir.

## 6. İşletmeye dahil bazı işyerlerinde grev yasağının bulunması

İşletmeye dahil olan işyerlerinin bir kısmında grev yasağının bulunması halinde toplu pazarlığın nasıl sona ereceği konusu 2822 sayılı Yasada çözüme bağlanmamış sorunlardan biridir. Doktrinde de tartışılan bu konu ile ilgili çeşitli öneriler yapılmış, yargı organları da bunlardan esinlenerek kararlar vermişlerdir.

Grev yasağı nedeniyle işletmeye dahil bir kısım işyeri için Yüksek Hakem Kurulu'nun kararı tüm işyerleri için esas olacak mı, yoksa grev sonunda tarafların özgür iradesi ile oluşan toplu iş sözleşmesi grev yasağına tabi işyerini de kapsayacak mı? İşletme sözleşmesinin işletmeye dahil olan tüm işyerlerini kapsama ilkesi grev yasağına giren işyerleri için ayrı bir sözleşme yapılmasına imkan vermediğine göre çözüm ne olacaktır?

2822 sayılı Yasadaki bu boşluk, daha önce hazırlanan yasa tasarılarında doldurulmaya çalışılmıştı. Çoğunlukta olan görüşe göre Anayasal bir hak olan grev hakkına öncelik vermek ve tarafların özgür iradeleri ile oluşan toplu sözleşmenin işletmeye dahil tüm işyerlerinde geçerli olması yönündedir. Elimizdeki yasa tasarısına da bu konuda bir hüküm eklenmesinde kanımızca yarar vardır.

Grev lokavt haklarını yasa hükümlerine uy-

gun biçimde kullanmayanlar hakkında ceza maddelerinde de Tasarı önemli değişiklikler getirmektedir. Bilindiği gibi 2822 sayılı Yasa “ceza hükümleri” bölümünde yasa dışı grev ve lokavtı (m. 70), uygulanan grev ve lokavtın kanuna aykırı olmasını (m. 71), yasak hallerde grev ve lokavt yapılmasını (m. 72), kanunları etkilemek amacıyla yasa dışı grev ve lokavtı (m. 73), devletin şahsiyetine karşı grev ve lokavt yapılmasını (m. 74), grev ve lokavtın ertelenmesine uyulmamasını (m. 75), grev oylamasında hile, tehdit ve cebir kullanılmasını (m. 76), grev ve lokavt halinde işyerinden ayrılmamayı (m.77), grev yapan veya lokavta uğrayan işçilerin haklarına uyulmamasını (m. 78), kanuna aykırı şekilde grev gözcülüğü yapılmasını (m. 79), grevle ilgili ilan ve bildirimlere uyulmamasını suç saymıştır. Bu suçlara verilecek cezalar da sözü geçen maddelerde belirtilmiştir. Bu eylemlerin genellikle hapis cezası ile cezalandırıldıkları görülmektedir. 2008 yasa değişikliğine kadar hapis cezalarına ek olarak para cezaları da öngörülmüş bulunuyordu.

Tasarıda genellikle hapis cezaları kaldırılmış, bunların yerine adli para cezaları konulmuştur. Bunun tek istisnası grevin mahkeme kararı ile sürekli veya geçici, tamamen veya kısmen yasaklanmasına rağmen, grev kararını kaldırmayanlar, uygulamaya devam edenler, devamını teşvik edenler, zorlayanlar, bunlara katılan veya katılmaya devam edenlerdir. Bu suçları işleyenlere iki aydan altı aya kadar hapis ve yetmişbeş günden yüzelli güne kadar adli para cezası verilebilecektir (m.79/9). Niçin bu ayırımın yapıldığına dair madde gerekçesinde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

### III. TASARININ ULUSLARARASI ÇALIŞMA NORMLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

2821 ve 2822 sayılı Yasaların “Toplu İş İlişkileri Kanunu” içinde yenilenerek çıkarılmasındaki en önemli nedenlerden birinin Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)’nün 87 ve 98 sayılı sözleşmelerine uyum sağlamak olduğuna giriş kısmında işaret etmiştik.

Gerçekten, Tasarının genel gerekçesinde 1980 sonrası dönemde “Türkiye-ILO ilişkilerinde” ülkemizin “hak etmediği muameleye maruz” kaldığına işaret edilmiş ve “bu durumun farkında olarak, Kanunda sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık süreçleri 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler paralelinde düzenlenmiştir” denilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanan bu iki sözleşme, bilindiği gibi, ILO’nun insan haklarına ilişkin yedi sözleşmesi arasında yer almaktadır. Bu niteliği ile bu iki sözleşme T.C. Anayasası’nın 90. maddesi uyarınca, Türk hukukunda öncelikle uygulanması gereken mevzuat kapsamındadır.

87 ve 98 sayılı Sözleşmeler’in içeriğindeki hak ve özgürlüklerin uygulamada nasıl yorumlanması gerektiği ILO’nun her yıl toplanan Konferansı’ndaki denetim organlarının karar tasarıları ve üçlü yapılanmış bir kuruluş olan Sendika Özgürlüğü Komitesi’nin kararları ile somut biçimde ortaya konulmaktadır. Her yıl Konferansa sunulmak üzere Uzmanlar Komisyonu tarafından hazırlanan ve yayımlanan raporlarda da Türk mevzuatının sözleşmeler karşısındaki durumu açıklanmaktadır.

Tasarı gerekçesinde de belirtildiği gibi her yıl toplanan Uluslararası Çalışma Konferansı’nda, üye devletlerce onaylanmış olan sözleşmeleri İnceleme ve Denetleme Komisyonu’nda Türkiye Cumhuriyeti oldukça sık şekilde gündeme alınmıştır. Komisyonun benimsediği karar tasarıları da Türk mevzuatının durumu hakkında somut öneriler ve eleştiriler içermektedir.

Bütün bu belgeler karşısında acaba Tasarı ile getirilen yenilikleri nasıl değerlendirmek gerekir? Genel gerekçede ifade edildiği gibi Türk mevzuatında sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık hakkı 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler paralelinde düzenlenmiş olacak mıdır?

#### 1. Tasarıda Anayasa’dan kaynaklanan sınırlamalar

Öncelikle belirtmeliyiz ki ILO’nun eleştirdiği, ancak Anayasa’da yer alan bazı hükümlere, Tasarıda yer verilmemiştir. Bu eksikliği doğal karşılamak gerekir. Zira aksi bir düzenleme Anayasa’ya aykırı olacak ve yeni sorunlar doğu-



rabilecektir. Örnek olarak Bakanlar Kurulu'nun yasal bir grev ve lokavt ertelemesi halinde, 60 günlük sürenin sonunda anlaşma sağlanmamış ise, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kuruluna intikal ettirileceğine ilişkin hükmün kaynağı doğrudan doğruya Anayasa'nın 54. maddesidir.

Bunun gibi sendika yöneticilerinin genel veya yerel seçimlere katılmak suretiyle seçilmeleri halinde yöneticilik sıfatının kendiliğinden sona ereceğine ilişkin 2821 sayılı Yasa (m.37/son) hükmü kısmen değiştirilmek suretiyle tasarıda yer almaktadır. (m.9/6)

Hemen belirtmeliyiz ki 87 ve 98 sayılı Sözleşme hükümlerine aykırı olan düzenlemelerin Anayasadan kaynaklanması ILO bakımından bir mazeret olarak kabul edilmemektedir. Nitekim yukarıda açıkladığımız her iki madde konusunda ILO'da hükümet adına yapılan savunmaların hiçbir yararı olmamıştır. 2010 Anayasa değişikliğinde bu sınırlamaların kaldırılması kazanımızca isabetli olurdu.

Bir başka örnek Anayasa'nın 54. maddesinde varlığını sürdüren grev hakkının "iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına veya milli servete zarar verecek şekilde kullanılması" halinde yargı kararı ile grevin durdurulması da Tasarıda yer almıştır. (m. 71/1)

## 2. Tasarıda ILO normları dikkate alınarak yapılan bazı değişiklikler

ILO uzmanlık organları 87 sayılı Sözleşme'nin "çalışanlar ve işverenlerin istedikleri kuruluşları kurma" hakkına sahip olduklarını hatırlatarak kurucularda aranan bazı özelliklerin adı geçen sözleşmenin 2. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Avrupa Sosyal Şartı'nın I. ve II. Bölümlerinde de (m.5) örgütlenme hakkına açıkça yer verilmiştir. Örgütlenmenin ilk aşaması olan sendika kurma hakkı olabildiğince geniş bir sendika kurucuları kavramına ihtiyaç göstermektedir. Halbuki 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinde kurucuların Türk vatandaşı olması, Türkçe okur-yazar olması ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda yazılı olan bazı suçlardan hüküm giymemiş olması aranmaktadır.

Tasarı bu koşulların önemli bir kısmını kaldırmakta ve sadece "kişilerin fiil ehliyetine sa-

hip olmaları" ile daha sınırlı sayıdaki suçlardan ilgililerin mahkumiyetinin bulunmaması ile yetinmektedir.

Sendikaya üyelik yaşını 16'dan 15'e indiren Tasarı, üyeliğin kazanılmasında noter onayını kaldırmak suretiyle üyeliği kolaylaştırmıştır. Bu alanda da hem 87 sayılı hem de 138 sayılı Sözleşme (m. 2/3) ile uyum sağlamıştır.

Çalışanların aynı zamanda birden çok sendikaya üye olabilmelerinde tasarı nispeten mütevazı bir adım atmış ve kısmi zamanlı çalışan işçilerin aynı işkolunda olma koşulu ile birden çok sendikaya aynı zamanda üye olabilmelerine olanak sağlamıştır.

Bunun gibi üyelik aidatı miktarına yasa ile konulan üst sınırı tasarı kaldırmış, bu hususta sendika tüzüğüne genel kurul kararı ile serbestçe hüküm konulabileceğini kabul etmiştir.

Sendikanın iç işleyişinde ve organlarında ayrıntılı yasa hükümleri nispeten basitleştirilmiş ve tüzük hükümleri ön plana alınmıştır. Yukarıda da işaret edildiği gibi toplu pazarlık sürecinde işkolu barajının yüzde üçe indirilmesi, grev hakkının daha kısa süre içinde kullanılabilmesi, ceza hükümlerinde kural olarak hapis cezasının kaldırılması uyum açısından önemli gelişmeler olduğu söylenebilir. ILO'nun yoğun eleştirilerine neden olan 2821 ve 2822 sayılı Yasa hükümlerindeki bu ve buna benzer değişikliklerin ILO tarafından memnuniyetle not edileceğini tahmin etmek zor değildir.

## 3. Tasarıda ILO normları ile çelişen düzenlemeler

### a. İşyerinin hangi işkoluna girdiğinin Bakanlıkça tespiti

ILO, Türkiye'den bazı işçi sendikalarının şikayeti üzerine uzunca bir süre bir işyerinin hangi işkoluna girdiği hususunda Bakanlığa verilen tespit yetkisini 87 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı bularak eleştirmiştir. Bu tespit yönteminin Tasarının 5. maddesiyle devam ettirildiği görülmektedir. Ancak yukarıda da değinildiği gibi ILO Genel Konferanslarında hükümet delegeleri Bakanlığın bu kararının ciddi bir yargı denetimine tabi tutulduğunu hatırlatmışlardır. Zira iş mahkemesinin verdiği kararın

teyiz edilmesi halinde “Yargıtay, uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlayacaktır”. Buradaki sorun daha önce de belirtildiği gibi Bakanlığın devreye girmesinden çok, işkollarının sayısından ve bunların içeriğini belirleyen tüzük hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Özellikle askeri işyerlerinin ayrı bir işkolu sayılması ve bu işkoluna dahil olan iktisadi faaliyetlerin niteliğinin dikkate alınmaması sorun yaratmaktadır.

### **b. Sendika üyeliğinin güvencesinde İş Kanunu’ndaki koşulların aranması**

ILO yetkili organları çalışanların sendikalara serbestçe üye olabilmeleri ve faaliyette bulunabilmeleri konusundaki şikayetlerle yakından ilgilenmektedir. 98 sayılı Sözleşme’nin uzun süre önce Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmasının (1951), iş güvencesinin yeni iş yasası ile Türk hukukuna girmesinin (2003) ve Türkiye Cumhuriyeti’nin 87 sayılı Sözleşme’yi onaylamasının (1993) bu sorunun çözümünde etkili olacağı beklentisini yaratmıştır. Ancak iş güvencesi hükümlerinin (4857, m.18-21) sorununa çözüm olacağı beklentileri gerçekleşmemiş, aksine tartışmaların artmasına neden olmuştur. Zira işçilerin 4857 sayılı İş Yasası’nda düzenlenen iş güvencesinden yararlanabilmesi çeşitli koşullara bağlanmıştır.

Yeni Tasarının son biçimine göre sendikal tazminat davası açan işçinin İş Kanunu’nun 18. maddesindeki koşullara sahip olup olmadığı açıklanmamaktadır. Bu konuya ilişkin Tasarının eski biçimindeki hükmün çıkarılması aksi yorumların yapılabilmesine olanak vermektedir. Bu durumda ILO’nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri ile güvence altına alınan sendika üyeliğinin korunması kanımızca önümüzdeki yıllarda da ILO nezdinde şikayet konusu olmaya devam edecektir.

### **c. İşyeri sendika temsilciliğinin korunmasında yetersiz düzenlemeler (m.24)**

Tasarı üzerinde yapılan son çalışmalarda işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi İş Kanunu’ndaki iş güvencesi hükümleri çerçevesinde ele alınarak düzenlenmiştir. İş Yasası ile sağ-

lanan iş güvencesi ise oldukça sınırlı bir işçi grubunu kapsamaktadır. İş Yasası’ndaki koşulların sendika temsilcileri için aranmayacağına dair bir hüküm de bulunmamaktadır. Sonuçta mevcut Yasadaki ve Tasarıdaki düzenlemenin tartışma ve şikâyet konusu olmaya devam edeceği anlaşılmaktadır.

### **d. Yetkili sendikanın belirlenmesinde çift kriter (m.41)**

ILO’nun en fazla üzerinde durduğu konulardan biri olan yetkili sendikanın belirlenmesinde işyeri (işletme) ve işkolu barajları yeni tasarıda da devam etmektedir. Yukarıda da işaret edildiği gibi, yasa hazırlığı sırasında işkolu barajı önce binde üçe çekilmiş, daha sonra bilemediğimiz nedenlerle bu oran yüzde üçe yükseltilmiştir. Kanımızca işkolu barajının yüzde üçe düşürülmesi ILO tarafından memnuniyetle karşılanacak, ancak yeterli bulunmayacaktır.

### **e. Grev yasakları (m.62)**

Tasarının 62. maddesinin gerekçesinde “Grev ve lokavtın yasak olduğu işler ve yerler ILO’nun talepleri de dikkate alınarak yaşamsal nitelik gösteren temel kamu hizmetleri ile sınırlandırılmıştır” denilmektedir. Yukarıda da işaret edildiği gibi ILO sözleşmeleri kapsamında grevin hangi koşul ve durumlarda yasaklanabileceği ILO uzmanlık organlarının yorum ve kararlarıyla belirlenmiş ve bunlar ILO’nun üç resmi dili olan Fransızca, İngilizce ve İspanyolca olarak yayımlanmıştır.

#### **aa. Sendika Özgürlüğü Komitesi’nin grev yasakları ile ilgili bazı kararları**

Sözünü ettiğimiz dokümanda grev hakkı ile ilgili bazı yasaklar yada sınırlamalar özetle şöyledir:

- “Grev hakkı 87 sayılı Sözleşme ile güvence altına alınmış sendika özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır.” (p.113, paragraf 523)

- “Grev hakkı sadece toplu pazarlıkla ilgili uyuşmazlıklarda değil, çalışanların ve onların kuruluşlarının gerektiğinde üyelerinin ekonomik ve sosyal sorunları ile ilgili memnuniyetsizlikleri çerçevesinde ortaya koyacakları eylemleri de kapsamaktadır.” (p.115, paragraf 531)

- “Toplu iş sözleşmeleri yürürlükte iken grevin yasaklanması bireysel ve toplu şikayetlerin incelendiği hızlı işleyen ve tarafsız bir sistemle telafi edilmesi halinde mümkündür.” (p.115, paragraf 533)

- “Dayanışma grevlerinin genel olarak yasaklanması isabetli değildir. Şayet desteklenen grev yasal bir grev ise dayanışma grevi de yasalıdır.” (p.116, paragraf 534)

- “Genel bir grev yasağı, sınırlı bir süre için ve ciddi bir ulusal kriz halinde kabul edilebilir.” (p.121, paragraf 570)

- “Ulusal güvenlik ya da genel sağlık nedeniyle bir grevin ertelenmesi hükümetin değil tüm ilgili tarafların güvenini sağlamış, bağımsız bir organın sorumluluğu üstlenmesi ile gerçekleştirilebilir.” (p.121, paragraf 571)

- “Grevin yasaklanabileceği dar anlamı ile temel hizmetler kavramını belirleyebilmek için halkın bütününe ya da bir kısmının sağlığını, güvenliğini veya hayatını yakından ve acilen tehdit eden bir durumun mevcudiyeti aranmalıdır.” (p.123, paragraf 581, 582,583)

- “Dar anlamda temel hizmetlere örnekler: Hastaneler, elektrik, su, polis ve silahlı güçler, itfaiye, hava trafik kontrolü gibi.” (p. 124, paragraf 585)

- “Dar anlamda temel hizmetler kavramına girmeyen örnekler: Radyo-tv, petrol tesisleri, limanlar, bankalar, metal ve maden işkolları, ulaştırma sektörü, demiryolları, metro ulaşımı, posta hizmetleri, yapı işkolu, oto sanayi, tarım işleri, devlet basımevi işleri, eğitim sektörü gibi.” (p.124, paragraf 585)

- “Mutfak atıklarının toplanması alanındaki bir grevin halkın hayatını, sağlığını veya güvenliğini tehdit edecek şekilde uzaması halinde temel bir hizmet niteliğini kazanabilir ve yasaklanabilir.” (p.126, paragraf 591)

- “Temel hizmet kavramına giren işyerlerinde bazı elemanların grev hakkı olabilir. Örneğin bir kısım hastane işçisi veya bahçıvanı gibi.” (p.126, paragraf 593)

- “Ev atıklarının toplanmasında asgari bir zorunlu hizmet kabul edilebilir.” (p. 131, paragraf 623)

- “Demiryolu taşımacılığında genel ve uzun süren bir grev halkın refahını tehlikeye sokan

ulusal bir kriz halini alırsa asgari bir hizmet kabul edilebilir.” (p.131, paragraf 620)

- “İşyerinin güvenliği bir kısım personelin çalışmaya devam etmesini gerektiriyorsa yargı denetiminde bu işlerin grev dışı tutulmaları kabul edilebilir.” (p.128, paragraf 605)

### **bb. Tasarıda öngörülen grev müdahaleleri ve uluslararası normlar**

Türk toplu iş hukukunda 1963'ten beri bazı grevlere doğrudan doğruya yasa ile yasaklar konulmuş, hükümetin yasal bir grevi ertelemesine olanak sağlanmış ve işyerinin güvenliği başta olmak üzere bir kısım işçinin grev sırasında işyerinde çalışmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlardan ilk ikisi ILO denetim organlarıca sürekli biçimde eleştirilmiştir. Özellikle 12 Eylül 1980 müdahalesinden sonra grev yasaklarının artırılması ve hükümetin grev ertelemelerinin Anayasaya girmesi, erteleme süresi sonunda uyuşmazlığın zorunlu tahkime götürülmesi ILO'nun yoğun eleştirilerine uğramıştır.

Yukarıda ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin grev hakkına yapılan çeşitli müdahalelerle ilgili olarak verdiği kararlardan örnekler sunmaya çalıştık. Acaba Tasarının 62 ve 64. maddelerindeki hükümleri bu örnek kararlar karşısında nasıl değerlendirmek gerekir? Tasarının “Grev ve lokavt yasakları” başlıklı 62. maddesindeki hükümler arasında yer alan “can ve mal kurtarma işlerinde”, “mezarlıklarda”, “hastanelerde”, “elektrik üretim ve dağıtım işlerinde” bu yasağın kabul edilmesini uluslararası normlar açısından savunmak mümkündür. Zira bu hizmetlerin kesintiye uğraması halkın hayatını ciddi ve acil biçimde tehlikeye sokabilir. Ancak 62. maddedeki yasaklar bunlardan ibaret değildir. Petrol üretimi, naftadan başlayan petro-kimya işleri, bankacılık hizmetleri, askeri işyerleri, kamu kuruluşlarıca yürütülen şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde de grev yasağı öngörülmüştür. Bu yasakların ILO denetim organlarında eleştirilmeye devam edeceği kanısındayız. Şayet bunlardan çok geniş kapsamlı ve uzun süreli grevler olursa, yargı kararı ile müdahale edilebileceğine yukarıda değinmiştik. Ancak bu yasakları doğrudan doğruya yasa

ile belirlemenin isabetli olmadığını düşünüyorum.

Son olarak daha önceki tasarlarda mevcut olmayan, hangi gerekçe ile son Tasarıya eklendiği bilinmeyen 64. maddenin 6. fıkrasına da değinmekte yarar vardır. Buna göre “hava ulaşım alanında faaliyet gösteren işyerleri ve işletmelerde grev esnasında işveren faaliyetin yüzde kırkını” sürdürebilecektir. Bu hükmün işyerinin ve grev sonrası işçilerin sağlığı ve güvenliği ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira havayolu şirketi normal olarak ürettiği hizmetin yüzde kırkını üretmeye devam edecektir. ILO denetim organlarının yukarıda işaret edilen kararlarının hiçbirinde böyle bir istisnaya rastlanmamaktadır.

## SONUÇ

31. 01. 2012 tarihinde TBMM’ye sevk edilen Toplu İş İlişkileri Kanun Tasarısı bir yandan 2010 Anayasa değişikliğine, öte yandan ILO normlarına uyum sağlamak amacı ile hazırlanmıştır. Tasarının içinde ILO’nun memnuniyetle not edeceği önemli yenilikler bulunduğu bir gerçektir. Tasarının sosyal taraflarla yapılan toplantılar sonunda hazırlanmış olması da ayrıca takdir edilmesi gereken bir husustur.

Ancak Tasarının bir kısım hükmü, özellikle yapılan son değişiklikler ILO normlarına uyum sağlama amacına ters düşmektedir. Yetkili sendikaların belirlenmesinde ülke barajı, ikili kriterin ILO Konferansı’nda nasıl savunulacağı başlı başına bir sorun iken, işkolu barajı binde üçten yüzde üçe yükseltilmiştir. Grev hakkına getirilen kısıtlamalar, yasaklar ILO denetim organlarının kararları karşısında tartışmalı iken, işyeri sendika temsilcilerinin, yıllardan beri sahip oldukları özel güvenceler nerede ise kaldırılmıştır. Hükümetin yasal bir grevi ertelemeyen önce bir yargı kararına dayanması bilim çevrelerince önerilirken, Tasarıda yargı denetiminin tümü ile yasadan çıkarılması bu son değişikliklerin sosyal tarafların katılımı ile yapılıp yapılmadığı kuşkusunu uyandırmaktadır.

ILO denetim organları genellikle mart ayından itibaren genel kurul (Uluslararası Çalışma Konferansı) çalışmalarını hızlandırır. Merakla beklenen Uzmanlar Komitesi raporu da mart

ayı içinde yayımlanır. Haziran ayı başlarında toplanan Konferansa sunulan belgelerde başta 2821 ve 2822 sayılı Yasalar olmak üzere Türk iş hukuku alanında birçok yeniliklerin beklentisi içine girilir. Öte yandan unutmamak gerekir ki, ILO’nun Türkiye’ye yönelttiği eleştiriler 2821 ve 2822 sayılı Yasalarla sınırlı değildir. Geçmiş yıllarda başta 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu olmak üzere istihdamda ayrımcılıktan İş Yasası’ndaki iş güvencesine kadar birçok konuda mevcut yasal düzenlemeler ve uygulamalar eleştirilere uğramıştır.

Tasarının genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi ümit edelim ve dileyelim ki ülkemiz bu seneki Konferansta da “uluslararası alanda hak etmediği bir muameleye maruz” kalmayın.

## DİPNOTLAR

- 1 Yargıtayın gerekçeli kararı için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/7, sayı 32, sh. 360-367.
- 2 BIT, Rapport de la Commission d’expert pour l’application des conventions et des recommandations, Genève, 2000, p.277; aynı konuda 2001, 2002, 2003, 2004...raporları.
- 3 M. Kutal, Sendika Üyelik Ödentisinin İşçinin Ücretinden Kesilmesi (Check-Off), Sosyal Siyaset Konferansları, cilt 28, İstanbul 1977, sh. 16-51.
- 4 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 24. Bası, İstanbul, 2001, sh. 415.
- 5 C. Tuncay, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2011, sh.242-248; N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2011; sh. 435, 436.
- 6 M. Sur, İş Hukuku/Toplu İlişkiler, 2. Bası, Ankara, 2008, sh. 54.
- 7 BIT, La Liberté Syndicale, cinquième édition, Genève, 2006, p. 105-106.
- 8 BIT, La Liberté Syndicale, cinquième édition, Genève, 2006, p. 118, paragraf 549.
- 9 K. Oğuzman, “Türk İş Hukuku Açısından Arabuluculuk ve Tahkim Müessesesi”, Türk-İş Semineri, Türk-İş Yayını, no:64, Ankara, 1970, sh. 7-24; aynı seminerde M. Kutal, “Toplu İş Uyuşmazlıkların Barışçı Yollar”, sh. 73-91; N. Çelik, İş Hukukumuzda Uzlaştırma ve Arabuluculuk, İstanbul, 1973; N. Süral, İş Hukukunda Barışçı Çözüm Yolları, Türk-İş Yayın No:142, Ankara, 1982; M. Kutal, “Türk Hukukunda Resmi Arabuluculuk Uygulaması ve Sorunları” (I, II), İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt 34, Sayı 12, sh. 455 ve Cilt 35, Sayı 1, sh. 30-35.



**Av. Filiz ATAY**

Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (Kamu-İş) Hukuk Müşaviri

## Yetki İhtilafı Yaşanan Kamu İşyerlerinde Ücret Zammı Uygulaması

### T.C. YARGITAY

### 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2011/31621**Karar No** : 2011/23534**Tarihi** : 11.07.2011

### ÖZET

Toplu iş sözleşmesinin imzalanamadığı dönemde Kamu Toplu İş Sözleşmesi Çerçeve Anlaşma Protokolü uygulanmalıdır.

### DAVA

Davacı, ücret alacağı, ilave tediye, teşvik primi ve ikramiye fark alacaklarının ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

sı için tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### KARAR

Davacı işçi davalı Bakanlığa ait işyerinde sendika üyesi işçi olarak çalışmaya devam ettiğini ve 7-14. dönemlere ait Toplu İş Sözleşmelerinin ilgili hükümlerinin tam olarak uygulanmaması sebebiyle ücretlerinin eksik ödendiğini, yine 14. dönem toplu iş sözleşmesinin bitiminden itibaren iyileştirmelerin yapılmadığını ileri sürerek, ücret, teşvik ikramiyesi, ilave tediye ve ikramiye farkı alacaklarının ödenmesi isteğiyle bu davayı açmıştır.

Davalı işveren ücret artışlarının toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre yapıldığını savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece isteklerin kısmen kabulüne

karar verilmiş, kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında temel uyuşmazlık, ücret artışlarının toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca tam olarak yapıp yapılmadığı ve 31.12.2004 tarihinde süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin art etkisi noktasında toplanmaktadır.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından protokol hükümleri 01.01.2005 tarihinden itibaren uygulanmıştır. 2005 ve 2007 yılları Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Anlaşma Protokolleri hükümleri uyarınca yapılan hesaplama hatalı olmuştur. Sözü edilen Protokoller davalı işyeri ile ilgili olmayıp, kamuda uygulanmakta olan toplu iş sözleşmelerini ilgilendirmektedir. Maliye Bakanlığı'nın davalıyı muhatap alan 08.08.2005 tarihli yazısında, 2005 yılı Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Anlaşma Protokolü'nün 08.08.2005 tarihinden itibaren davalı işyerinde de uygulanması gerektiği belirtilmiştir. 2007 yılı Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Anlaşma Protokolü'nün ise 01.09.2007 tarihinden itibaren uygulanması gerekir. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulaması bu yöndedir (Yargıtay 9. HD 06.10.2009 gün 2009/9135 E., 2009/25976 K.; Yargıtay 9. HD 18.05.2010 gün 2010/17087 E., 2010/13864 K.).

Davalıya ait işyerinde 31.12.2004 tarihinde süresi biten Toplu İş Sözleşmesinin ardından bir süre toplu iş sözleşmesi imzalanamamış, yetkiyi alan başka bir sendika ile 02.03.2009 tarihinde toplu iş sözleşmesi yapılmıştır. Toplu iş sözleşmesinin imzalanmadığı dönemde kazanılmış hak oluşturmamak üzere işverence sözü edilen çerçeve protokolleri hükümleri Maliye Bakanlığı ta-

rafından bildirilen tarihlerden itibaren uygulanmalıdır.

Davalının bilirkişi raporuna bu yönden itirazları dikkate alınmaksızın karar verilmesi hatalı olmuştur. Gerekirse aynı ya da farklı bir bilirkişiden rapor alınmalı ve çerçeve protokollerinin işverence bildirilen tarihlerden ileriye dönük olarak uygulanması suretiyle istek konusu alacaklara dair hesaplamalar yapılmalıdır.

3- Davacı tarafça yapılan ıslahın ardından davalı vekili usulüne uygun olarak zamanaşımı defini ileri sürmüştür. Mahkemece ıslah talebinde ıslah tarihi itibarıyla zamanaşımına uğrayan kısım düşülerek talepte bulunulduğu gerekçesiyle davalının sözü edilen savunması üzerinde durulmamıştır. Davacı vekili tarafından verilen ıslah talebinde, ıslah tarihi itibarıyla zamanaşımına uğrayan kısmın düşüldüğü belirtilmişse de, bu yönde denetim elverişli bir hesap raporu sunulmamıştır. Gerekirse bu yönden de bilirkişiden hesap raporu alınmalı ve davalının ıslaha karşı zamanaşımı defii değerlendirilmelidir.

4- Mahkemece hüküm altına alınan ücret farkı ile ikramiye için en yüksek işletme kredisi faizine karar verilmiş, davalı vekili kararı açıkça faiz yönünden temyiz etmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinde, "Toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında ifaya mahkum edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye de mahkum edilir" şeklinde kurala yer verilerek uygulanması gereken faiz türü belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesinden doğan istekler bakımından sözü edilen faizin uygulanması yerinde ise de, toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinin ardından iş sözleşmesi hükmü olarak devam eden kurallar gereği ödenen ücret ve ikramiye bakımından 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinde öngörülen faizin uygulanması doğru değildir. Toplu iş sözleşmesinin süresinin sona erdiği

31.12.2004 tarihi sonrası için davaya konu ücret farkı ile ikramiye alacakları iş sözleşmesinden doğmakla anılan tarihten sonra doğan alacaklar bakımından yasal faize karar verilmelidir. Dairemizin 07.10.2008 gün ve 2008/26533 E., 2008/25710 K. sayılı kararı da bu yönde olup, mahkemece toplu iş sözleşmesinin süresinin sona erdiği tarihten sonrası için de bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faize karar verilmesi hatalı olmuştur. Davaya konu ücret farkı ile ikramiye farkı alacaklarının bir kısmı 31.12.2004 tarihinden daha sonra doğmakla, sözü edilen alacaklar belirlenerek yasal faize karar verilmelidir.

Öte yandan mahkemece hüküm altına

alınan ücret ve ikramiye yönünden dava ve ıslah tarihlerinden itibaren faize karar verildiği belirtilmiş, aynı hüküm fıkrasında aynı istekler için bilirkişi raporunda belirlenen ödenmesi gereken tarihlerden itibaren faize karar verildiği açıklanmıştır. Bu şekilde faiz konusunda infazda tereddüt oluşturacak şekilde karar verilmesi de hatalı olup, ayrı bir bozma nedenidir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten (BOZULMASINA), peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.07.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## ÖZET

İşyerinde süresi biten toplu iş sözleşmesinin ardından bir süre toplu iş sözleşmesi imzalanmamış ise bu dönem için kazanılmış hak oluşturmamak üzere, kamu toplu iş sözleşmesi çerçeve anlaşma protokol hükümleri Maliye Bakanlığı'nın görüşü doğrultusunda ve bildirilen tarihten itibaren uygulanmalıdır.

## OLAY

Yargıtay kararına konu olayda davacı işçi toplu iş sözleşmesi kapsamında olan bir işyerinde, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi sona erdikten sonra yeni bir toplu iş sözleşmesinin imzalanarak yürürlüğe girmediği için bu döneme ait kamu çerçeve anlaşma protokolü çerçevesinde işçilere uygulanacak ücret zammı ve buna bağlı artışların eksik ödendiğinden bahisle işbu davayı açmıştır. Davalı işveren ücret artışlarının toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre yapıldığını savunarak davanın reddini talep etmiştir. Mahkeme davayı kısmen kabul ederek davalının bilirkişi raporuna itirazını dikkate almaksızın bilirkişi raporu doğrultusunda 31.12.2004 tarihinde süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından protokol hükümlerinin 01.01.2005 tarihinden itibaren uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Davalının temyizi üzerine, Yargıtay mahkemenin bilirkişi raporu doğrultusunda, 2005 ve 2007 yıllarına ait protokol hükümleri uyarınca yapılan hesaplamaların hatalı olduğuna, söz konusu edilen protokollerin davalı işyeri ile ilgili olmayıp kamuda uygulanmakta olan toplu iş sözleşmelerini ilgilendirdiğine, Maliye Bakanlığı'nın davalıyı muhatap alan 08.08.2005 tarihli yazısında 2005 yılı Kamu Toplu İş Sözleşmesi Çerçeve Anlaşma Protokolünün 08.08.2005 tarihinden itibaren, 2007 yılı Kamu Toplu İş Sözleşmesi Çerçeve Anlaşma Protokolünün ise 01.09.2007 tarihinden itibaren uygulanması gerektiğinden ve 9. Hukuk Dairesi'nin kararlılık kazanmış uygulamasının da bu yönde olduğundan bahisle mahkeme kararının hatalı olduğuna ve bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay bozma kararında, bilirkişinin esas aldığı kamu protokollerinin Maliye Bakanlığı'nın görüşü doğrultusunda ve bildirdiği tarihte uygulanmadığı hususuna dayanmış olduğundan, kararın değerlendirilmesinde hem kamu toplu iş sözleşmelerini ilgilendiren söz konusu çerçeve protokollerle ilgili genel bir bilgi verilecek hem de Maliye Bakanlığı'nın bu konudaki ilgili görüşlerinden bahsedilecektir.

## 1- KAMU TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİ ÇERÇEVE PROTOKOLLERİ

Kamu işyerlerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmeleri ile ilgili olarak çerçeve anlaşma niteliği taşıyan söz konusu protokollerin ilk temelini 1978 yılındaki Toplumsal Anlaşma olduğu söylenebilir. 274-275 sayılı Kanunların uygulandığı dönemde hükümetle yaklaşan kamu kesimi toplu pazarlık öncesinde bir işçi konfederasyonu arasında yapılmış olan 20 Temmuz 1978 tarihli toplumsal anlaşma tarafları ve uygulama süresi nedeniyle eleştirilmesine rağmen içerdiği konular bakımından (işsizlik, gelir dağılımında adalet, gelir-fiyat dengesi, verimlilik, demokrasi, işçi hakları, iş güvencesi, grev haklarının gözden geçirilerek belirlenmesi ve bunun gibi konular) önem taşımaktaydı.

Ancak bu toplumsal anlaşma uygulama zeminini bulamamış, kamu kesimi toplu iş sözleşmelerinde anlaşma hükümlerine uyulmamıştır. 1980 yılından sonra da yaşanan (siyasi ve hukuki) değişiklikler nedeniyle bu anlaşmanın bağlayıcılığı kalmamıştır. 1980 sonrası uzun bir süre gündemde olmayan bu uygulamaya benzer anlaşmaların, 1988 yılından itibaren işçi sendikalarının, kamu işveren sendikaları karşısında daha güçlü görünmek ve topluca hareket etmek amacıyla toplu iş sözleşmelerinin bitim aşamasında bağlı oldukları konfederasyonları devreye sokmaları ile birlikte genel protokol, genel anlaşma protokolu, anlaşma tutanağı gibi çeşitli adlar altında yeniden gündeme geldiği ve toplu iş hukuku alanında yer aldığı görülmektedir.

2005 yılından itibaren ise Kamu Toplu İş Sözleşmesi Çerçeve Anlaşma Protokolü adı altında, kamu toplu iş sözleşmelerinin koordinasyonundan sorumlu Hükümet Temsilcisi (Bakan), kamu işyerlerinde çalışan işçilerin üyesi buldukları yetkili sendikalar adına işçi konfederasyonları ile Kamu İşveren Sendikalarının bir araya gelerek oluşturdukları bu metinlerde kamuda çalışan işçilere verilecek ücret zamları, sosyal yardımlar, ücrete bağlı ödemeler, maktu ödemeler tespit edilerek işyerleri ve işletmelerin, işkollarının özellikleri, ekonomi içindeki yerleri ve önemi, kârlılık ve verimlilik durumu

dikkate alınarak, taraflarca (işçi sendikaları ve işveren sendikaları arasında) yapılacak toplu iş sözleşmelerinin genel çerçevesi çizilmiştir. Taraflar kanunlardaki yeni düzenlemeler ve ihtiyaca yönelik hususları da dikkate alarak bu çerçeve içerisinde toplu iş sözleşmelerini akdetmektedirler.

Çerçeve anlaşma protokolleri doğrultusunda, kamu işyerlerinde toplu iş sözleşmeleri imzalanmakla beraber, bazı kamu işyerlerinde yetki tespitine veya işkolu tespitine itirazlar nedeniyle çıkan ihtilaflar yargıya taşındığından, belirsiz ve uzun bir dönem için bu işyerlerinde toplu iş sözleşmeleri imzalanmamaktadır. Bu durumda, yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanıncaya kadar süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin kapsamındaki işçiler bakımından sona eren sözleşmenin hizmet akdine ilişkin hükümleri iş sözleşmesi hükmü olarak 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6/3. maddesi gereği devam etmektedir.

Ancak, bu durumdaki işyerlerinde çalışan işçilerin uzun süren yargı aşamasında özellikle maddi konularda mağduriyetleri gündeme geldiğinden, işçi sendikaları üyelerinin çalıştığı bu durumdaki işyerlerine müracaatta bulunarak sözleşmelerin bağitlanamadığı dönem için "çerçeve anlaşma protokolu" ile belirlenen esaslara uygun olarak daha sonra bağitlanacak yeni dönem toplu iş sözleşmesi ücret farklarından mahsup edilmek üzere işçilere avans ödenmesi talebinde bulunmuşlardır. Bunun üzerine, ilgili kamu işverenleri, bahse konu protokollerin ilgili işçileri kapsayıp kapsamadığı, protokol hükümlerinin geriye dönük uygulanıp uygulanmayacağı ve avans ödemesi yapılıp yapılmayacağı hususunda Maliye Bakanlığı'ndan görüş istemişlerdir.

Maliye Bakanlığı (aşağıda ayrıntılı olarak yer alacak) kamu işyerlerine bildirmiş olduğu görüşlerinde, avans ödemesinin hukuki dayanağı bulunmadığından bahisle, sözleşme akdedilemeyen işyerlerinde çalışan tüm işçilerin ücretlerinin bireysel iş sözleşmeleriyle ileriye dönük olarak ve protokolda belirlenen ücret zamlarını geçmemek üzere artırılmasının uygun olacağı değerlendirilmesinde bulunmuştur. Bilahare, Maliye Bakanlığı'nın bu konudaki (2005 ve



2007 yıllarında vermiş olduğu) görüşleri doğrultusunda kamu işverenleri, protokol tarihlerinden ileriye doğru olmak üzere işçilere ücret zamlarını ödemişlerdir.

Nihayet 2009 ve 2011 yıllarında kamu toplu iş sözleşmelerinin genel çerçevesini belirleyen “Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Anlaşma Protokolleri”nde de bu husus “Yetki İhtilafı Olan Toplu İş Sözleşmeleri” madde başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; yetki ihtilafı nedeniyle toplu iş sözleşmesi görüşmelerine başlanamayan işyerlerinde çalışan işçilere de Maliye Bakanlığı'nın daha önceki yıllarda vermiş olduğu görüş doğrultusunda bu protokol hükümlerine göre uygulama yapılacaktır. Böylece yetki ihtilafı nedeniyle toplu iş sözleşmeleri imzalanamadığı için mağduriyete uğrayan işçilere uygulanacak ücretlerde nasıl bir yol izleneceği hususunda Maliye Bakanlığı görüşünün dayanak alınması, çerçeve anlaşma protokolleriyle de kabul edilmiş ve belirtilen toplu iş sözleşmesi dönemlerinde ortaya çıkacak muhtemel yetki ihtilafı nedeniyle sözleşme imzalanamayan işyerleri için tekrar Maliye Bakanlığı'na aynı konuda başvurulmasına gerek kalmamıştır.

Kamu çerçeve protokolleri, hükümet temsilcisi bakanın koordinesinde, kamu işyerlerinde akdedilecek toplu iş sözleşmesinin işveren kesimini temsilen ilgili kamu işveren sendikaları temsilcileri ile yetkili işçi sendikalarının üyesi olduğu işçi konfederasyonları temsilcileri arasında bağitlanan genel çerçeve anlaşmaları olup, 2822 sayılı Kanun'a göre taraflarca akdedilecek olan toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümlerinden parasal nitelikte olanlarına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu protokollerin amacı öğretide tartışıldığı üzere toplu iş sözleşmesinin yerine geçmek değil, kamuda çalışan sendikali işçilere verilecek ücret zamları ve diğer mali haklarda adil ve eşit muamele yapılmasını sağlayarak yeknesak bir uygulamayı gerçekleştirmektir.

Nitekim kamu çerçeve protokollerinin hukuki geçerliliği konusunda tartışmalar yaşanmış, konfederasyonların toplu iş sözleşmesinin tarafı olmadığı gerekçesiyle tarafları bağlamayacağı şeklinde görüşler ortaya atılmış olma-

sına rağmen, Yargıtay'ın da onanmış olduğu bir mahkeme kararında belirtildiği üzere kamu protokolü kamuda yer alan kurumları bağladığı gibi bu protokole uyulması da gerekmektedir.<sup>1</sup>

Ayrıca, 2822 sayılı Kanun'a göre tarafları işçi sendikaları ile kamu işveren sendikaları olan kamu toplu iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler içeren kamu çerçeve protokollerinin, kamu işverenin üyesi bulunduğu ve kamu toplu iş sözleşmelerinin tarafı olan kamu işverenleri sendikalarının yanı sıra sözleşmenin doğrudan tarafı olmamakla birlikte üyeleri işçi sendikalarını temsilen işçi konfederasyonlarının karşılıklı mutabakatı ile imza altına alındığı hususu da göz ardı edilmemelidir.

## 2- MALİYE BAKANLIĞI'NIN GÖRÜŞLERİ

Maliye Bakanlığı, kamu işverenlerinin bu konudaki başvurusu üzerine 03.08.2005 tarih, 15800 sayılı ve 29.08.2007 tarih, 16792 sayılı yazılarında özetle;

“2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 2. maddesinde “toplular iş sözleşmesi hizmet akdinin yapılması, muhtevası, sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir. Toplu iş sözleşmeleri tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulamasını, denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir.” hükmüyle aynı Kanunun 6. maddesinin son fıkrasında ise “Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder.” hükmüne yer verilmek suretiyle, toplu iş sözleşmelerinden yararlanmakta olan işçilerin müktesep haklarını korumak amacıyla sona eren sözleşmenin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devamını sağlamaktadır.

Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 1. maddesinde kanunun amacının işverenler ile işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemek ol-

duğu, 8. maddesinde de iş sözleşmesinin işçi ve işveren arasında ücret ve bağımlılık ilişkisinden oluşan bir sözleşme olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Bu çerçevede, sözleşme hukukuna tabi işçilerin toplu iş sözleşmelerine dayanan iş ilişkilerinde tarafların hak ve borçlarının toplu iş sözleşmeleriyle, bireysel iş sözleşmelerine dayanan iş ilişkilerinde ise tarafların hak ve sorumluluklarının iş sözleşmeleriyle veya tarafların hak ve borçlarının doğrudan özel bir kanunla belirlenmesi gerektiği, bu itibarla gerek toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş sözleşmeleri, gerekse özel bir kanunla işçilere daha sonra bağitlanacak yeni dönem toplu iş sözleşmesi ücret farklarından mahsup edilmek üzere avans ödenebileceğine dair bir hüküm bulunmadığından, işçilere avans ödenmesine imkan bulunmadığı, öte yandan toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunup bulunmadığına bakılmaksızın... bağı işyerlerinde çalışmakta olan tüm işçilerin ücretlerinin bireysel iş sözleşmeleri ile ileriye dönük olarak anılan protokolde belirlenen ücret zamlarını geçmemek üzere artırılmasının uygun olacağı değerlendirildiği,

Ancak toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilere söz konusu protokolde belirlenen ücret zamlarının üzerinde ödeme yapılmasının önlenmesi amacıyla taraflar arasında bağitlanacak olan yeni dönem toplu iş sözleşmesine geriye dönük olarak yapılacak ücret farklarının hesabında bireysel iş sözleşmeleriyle verilen ücret zamlarının mahsup edilmesine ilişkin bir hükmün konulması gerektiği”

belirtilmiştir.

### 3- TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN ART ETKİSİ

İncelediğimiz Yargıtay kararında sorunun asıl nedeni, toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra yeni bir toplu iş sözleşmesinin hemen yürürlüğe girememesi nedeniyle işçi bakımından ortaya çıkan maddi kayıplardır. Çünkü toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra 2822 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre var olan art etki ücret zammına ilişkin düzenlemeler bakımından her zaman geçerli olmamaktadır. Bu durum az sonra belirteceğimiz üzere toplu iş

sözleşmesindeki ücret zammına ilişkin hükümlerin genellikle sözleşmenin süresiyle sınırlı olarak uygulanacak şekilde düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, öncelikle toplu iş sözleşmesinin art etkisinin ne olduğu ve bu etkinin 2822 sayılı Kanun ile getiriliş amacının neden kaynaklandığı hususlarına bakmak gerekmektedir.

Toplu iş sözleşmesinin art etkisi, bilindiği üzere 2822 sayılı Kanun'un 6. maddesinde kaynağını bulmaktadır. Bu maddenin 3. fıkrasındaki düzenlemeye göre “Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder.” Bu düzenleme nedeniyle toplu iş sözleşmeleri süresinin sona ermesine rağmen işyerlerinde yeni bir toplu iş sözleşmesinin çeşitli sebeplerle (yetki tespiti ve işkolu tespitine itiraz üzerine çıkan ihtilaflar) imzalanamaması veya toplu iş sözleşmesinin süresinden önce bir sebeple (iptal, hükümsüzlük ve bunun gibi) sona ermesi durumunda, sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin (hizmet akdinin muhtevası ve sona ermesine ilişkin) hükümleri işyerlerinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak toplu iş sözleşmesinin kapsamında ve ondan yararlanmakta olan işçilere uygulanmaya devam edecektir.

Ancak “bu devam etme” durumu nereye kadar sürecektir. Bu husus yargı kararlarında ve öğretide istikrar kazanmış değildir. Örneğin, işyerlerinde yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapılmaması veya yapılsa dahi o sözleşmenin kapsamından çıkan işçiler bakımından veya işyerlerinde sona eren toplu iş sözleşmesinin tarafı olmayan bir sendikanın yetki alarak toplu iş sözleşmesini imzalaması durumunda önceki taraf sendikaya üyelikleri devam eden işçilerin yeni toplu iş sözleşmesinden (dayanışma aidatı ödeyerek) yararlanmak istememeleri halinde, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin bu işçiler bakımından hizmet akdi hükmü olarak nereye kadar devam edeceği sorusu uygulamada sorunlara yol açmaktadır.

Her ne kadar 6. madde hükmünde “yenisi yürürlüğe girinceye kadar” ifadesi yer almakta ise de bu düzenleme yeni toplu iş sözleşmesinin

den yararlanmak istemeyen işçiler bakımından zorlayıcı nitelik taşımadığından işçiler sözleşmeden yararlanmak istemediği sürece yeni toplu iş sözleşmesi kendilerine uygulanmayacaktır. Diğer bir ifade ile yenisi yürürlüğe giren toplu iş sözleşmesinden 2822 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre taraf sendikaya üye olanlar ile dayanışma aidatı ödeyenler yararlanabileceklerinden Kanundaki bu şartları yerine getirmeyen işçilere yeni toplu iş sözleşmesi uygulanmayacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra üyelikten ayrılan işçiler bakımından veya üye oldukları sendika dışında bir sendikanın yeni akdedilen toplu iş sözleşmesinin tarafı olması veya işyerinde artık yeni bir toplu iş sözleşmesinin akdedilmeyecek olması durumunda bu işçilere, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin art etkisinin nereye kadar devam edeceği hususunda öğretide kesin bir görüş olmamakla beraber, sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin belli bir süre ile sınırlı olmaksızın devam edeceği şeklindeki görüşler ağırlıklıdır.

Ancak böyle bir durumda "sözleşme özerkliği" ilkesi çerçevesinde tarafların (işçi ve işveren) yeni bir bireysel iş sözleşmesi yapmaları ve iş sözleşmesinin muhtevasını yeniden belirleyebilmelerinin her zaman mümkün olacağı kabul edilmelidir. Aksi durumda süresi sona eren toplu iş sözleşmelerinin hizmet sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri (hizmet sözleşmesinin yapılması, çalışma süreleri, izinler, fazla çalışma, sosyal yardımlar, sözleşmenin sona ermesi ve bunun gibi) haklarında uygulanmakta olan işçiler bakımından işveren tarafından tek taraflı olarak işçi lehine veya karşılıklı olarak iki taraflı (lehte ve aleyhte) düzenlemeler yapılmadığı sürece uygulanmaya aynen devam edecektir. Bu durumda da işverenin tek taraflı olarak bazı uygulamaları işçi lehine de olsa değiştirip değiştiremeyeceği sorunu gündeme gelebilecek, dolayısıyla işveren tarafından yapılacak bu tür değişikliklerde 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesindeki düzenlemelere göre işlem yapılması uygun olacaktır.

Konuyla ilgili Yargıtay, "2822 sayılı Kanunun 6. maddesindeki düzenleme kazanılmış hakların korunması amacıyla yöneliktir. Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından işverenin

yürürlüğü sona eren sözleşme hükümlerine göre yeniden ücret artışı yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü, sona eren toplu iş sözleşmesinin ücret zammına ilişkin maddesi sadece sözleşmenin yürürlük süresini kapsamaktadır. Bu itibarla toplu iş sözleşmesinin sona erdiği dönemden sonra bu sözleşmedeki ücret zammı maddesine göre artışa gidilmesi hatalı olmuştur." hükmüne varmıştır.<sup>2</sup>

Toplu iş sözleşmesinin art etkisi ile ilgili diğer bir Yargıtay kararında ise "toplular iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde süresi sona eren toplu iş sözleşmesi yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam edeceğinden, iş sözleşmesinin belli koşullarda feshine ilişkin düzenleme getiren hükmü istisnasız olarak tüm işçilere uygulanırsa geçerli bir neden olarak kabul edilmelidir." şeklinde karar verilmiştir.<sup>3</sup>

Toplu iş sözleşmesinin art etkisinin temelinde kazanılmış hakların korunması amacının olduğu bazı yargı kararlarında belirtilmesine rağmen, kazanılmış hak hukuki niteliği itibarıyla "kişinin bulunduğu hukuki statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş bir hak" olarak kabul edilmektedir.<sup>4</sup> Kazanılmış hak doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliğine rağmen korunması gereken hak olarak da tanımlanabilir. Bu açıdan bakıldığında örnek vermek gerekirse, bir toplu iş sözleşmesinde yer alan doğum veya ölüm yardımına ilişkin düzenleme, işçi bakımından bu olaylardan biri gerçekleştiği anda uygulanma imkanına kavuşacak ve böylece kazanılmış bir hak olacaktır. Bu düzenlemelerdeki olayların vukuu bulma anına kadar beklenen bir hak olarak kalacaktır. Aynı şekilde toplu iş sözleşmesinde düzenlenmiş olan kıdem tazminatına ilişkin düzenlemelerde işçi işten çıkartılmadığı sürece kazanılmış hak niteliğini taşımayacaktır.

Halbuki, 2822 sayılı Kanun'daki 6. maddede yer alan düzenlemeye göre toplu iş sözleşmesinin art etkisinin doğması için toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ve yeni bir sözleşmenin yürürlüğe girmemiş olması yeterlidir. Bunun için başka bir koşula gerek bulunmamaktadır.

Kanundaki bu düzenlemeye göre, hizmet akdine ilişkin bir hükmün toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde uygulanmamış olması, toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da hizmet akdi hükmü olarak uygulanmayacağı sonucunu doğurmamaktadır.

Diğer taraftan “toplular iş sözleşmesi özerkliği” ilkesi gereği, toplu iş sözleşmesinin art etkisini sürdüren hükümler yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde işçi açısından kazanılmış hak teşkil etmeyeceğinden aynı hükümlerde lehte ve aleyhte farklılıklar ve değişiklikler yapılabilecektir. Hatta yeni toplu iş sözleşmesinde süresi sona eren toplu iş sözleşmesinde yer alan hükümlere artık yer verilmeyebilecektir. Taraflar hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesine ilişkin hükümlerini yeniden ve tamamen farklı biçimde belirleyebileceklerdir. Yargıtay da her ne kadar art etkinin temelinde kazanılmış hakların korunması amacının olduğunu belirtmiş olsa da, bu konuda düzen ilkesi gereği toplu iş sözleşmesiyle bir kısım haklara son verilebileceğini, önceki ve sonraki toplu sözleşmeler arasında bazı ödemelerde azaltma veya değişiklikler yapılabileceğini kabul etmektedir.<sup>5</sup> Buna ilişkin bir kararda “...düzen ilkesi gereğince yeni toplu iş sözleşmesi ile önceki toplu iş sözleşmesinde tanınan bazı hakların değiştirilmesi ve kaldırılması mümkündür. İşçi kazanılmış hak ilkesi düşüncesiyle sonraki toplu iş sözleşmesinde yer almayan veya azaltılan hakları eski toplu iş sözleşmesindeki miktarlar üzerinden talep edemez.” denilmektedir.<sup>6</sup>

Yargıtay, iş akdi 08.10.2003 tarihinde feshedilen bir işçinin ihbar, kıdem tazminatı ve diğer alacakları için açmış olduğu bir davayla ilgili olarak “01.01.2001 – 31.12.2002 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra toplu iş sözleşmesinin yenilenmediğini, işçi ile 01.03.2003 tarihli bir hizmet sözleşmesi imzalandığını, bu nedenle sözleşmenin sona erme sebebine bağlı alacaklar yönünden 11.03.2003 tarihli iş sözleşmesi yürürlükte olduğundan bu sözleşmenin geçerli olacağını, 11.03.2003 tarihine kadar hak ettiği alacaklar açısından ise 2822 sayılı Yasanın 6. maddesi gereğince süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin geçerli olacağı”nı kabul etmiştir.<sup>7</sup>

Bu nedenle, toplu iş sözleşmesinin art etkisinin kazanılmış hakları koruma amacından çok, düzen ilkesine dayandığını söylemek daha doğru olacaktır. Böylece süresi sona eren bir toplu iş sözleşmesini takiben veya herhangi bir sebeple süresinden önce sona eren toplu iş sözleşmesi nedeniyle sözleşmesiz bir dönem söz konusu olduğunda, bu sözleşme kapsamındaki işçiler mevcut durumlarını yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar muhafaza edeceklerdir. İşveren tek taraflı olarak işçilere süresi sona eren toplu iş sözleşmesine göre uygulanmakta olan hükümlerde herhangi bir değişiklik yapamayacaktır. Ancak, daha önce de belirttiğimiz üzere yeni akdedilecek toplu iş sözleşmesinde taraflar anlaşarak yeni hükümler getirebileceği gibi, süresi sona eren toplu iş sözleşmesindeki hükümleri aynen muhafaza edebileceklerdir. İşyerinde yeni bir toplu iş sözleşmesi uygulanmayacak olması veya bir kısım işçinin akdedilen yeni toplu iş sözleşmesinden yararlanmak istememesi durumunda ise isterlerse (taraf olarak) işveren ve işçiler bireysel iş sözleşmeleri ile yeni durumlarını belirleyebileceklerdir.

Ayrıca, toplu iş sözleşmesinde yer alan düzenlemelerin kazanılmış hak oluşturmayacağı uygulamada taraflar arasında yapılan protokol denilen ve mevcut toplu iş sözleşmelerinde değişiklikler yapan metinler ile de kendini göstermektedir. Taraflar yürürlüğe girmiş ve uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinde gerek görmeleri halinde değişiklikler yapabilmekte ve bu değişiklikler ileriye dönük olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır.

Bu değişiklikler tarafların iradesine tabi olmayan konular (yer itibarıyla kapsam, toplu iş sözleşmesinin süresi, toplu iş sözleşmesine konulması yasak hükümler vb.) dışında, toplu iş sözleşmesinin muhtevasına ilişkin olup, muaccel hale gelmiş haklarda bir kesinti ya da indirim yapılması mümkün değildir.<sup>8</sup>

Yargıtay bir kararında “...protokollerle toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret zamlarının işveren lehine değiştirildiği görülmektedir. Her iki protokol toplu iş sözleşmesi uyarınca ücret artışının yürürlüğe girdiği tarihten sonraki bir tarihi taşımaktadır. Bu durumda protokollerin... geçmişe etkili olarak sonuç doğurmala-



rı mümkün değildir.” demek suretiyle konuya açıklık getirmiştir.<sup>9</sup>

#### 4- TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİNDEKİ ÜCRET ZAMMININ ART ETKİSİ

Toplu iş sözleşmelerinde yer alan ücret zammına ilişkin düzenlemelerin art etkisi konusunda Yargıtay genel olarak eğer toplu iş sözleşmesindeki hüküm belirli bir süre veya tarihle sınırlanmışsa bu hükmün art etkisinin olmayacağı, ancak bu şekilde bir sınırlama bulunmaması halinde sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hizmet akdi hükmü haline geleceğini, 6. maddedeki düzenlemenin kazanılmış hakların korunması amacıyla yönelik olduğunu, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından işverenin yürürlüğü sona eren sözleşmeye göre ücret artışı yapma zorunluluğu bulunmadığını kabul etmektedir.<sup>10</sup> Bu konuda öğretide de aynı görüş hakimdir. 2822 sayılı Kanun'un 6. maddesinin son hükmüyle getirilen art etki kuralıyla sona eren sözleşmenin normatif hükümleri bu kez hizmet akdi hükmü olarak devam ederler ve aksine bir düzenleme yapılmadığı sürece de toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte doğurdıkları sonuçları sürdürürler. Diğer bir ifade ile toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki durumun aksine bir düzenleme yapılmadıkça bu hükümlerde işçilere verilen haklar ne ileriye ne de geriye götürülemez.<sup>11</sup>

Bu husus, sadece ücret zammı maddeleri bakımından geçerli değildir. Eğer bir toplu iş sözleşmesinde herhangi bir maddenin uygulama süresi belirtilmiş veya sözleşme dönemiyle sınırlı olduğu açıkça yazılmış ise aynı şekilde bu hükümler bakımından da sona eren toplu iş sözleşmesinin art etkisinden bahsedilemeyecektir.

Bu açıdan bakıldığında 2822 sayılı Kanun'un 6. maddesinin genel olarak işçiye yararlılık ilkesini benimsediğini söyleyebiliriz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacağı, aykırılık halinde toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin geçerli olacağı, hizmet sözleşmesinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin uygulanacağı ve toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin

bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümlerinin geçerli olacağı düzenlemesi yararlılık ilkesinin sadece toplu iş sözleşmesiyle iş sözleşmesi arasında uygulanma imkanının olduğunu göstermektedir. Çünkü 6. maddesinin son fıkrasındaki “yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar sona eren sözleşmenin, hizmet akdine ilişkin hükümlerinin uygulanmasına devam edileceği” şeklindeki düzenleme, yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiği anda eski toplu iş sözleşmesinin devam eden hükümlerinin sona ereceğini gösterdiği gibi, yeni bir bireysel iş sözleşmesi yapıldığı anda o işçi bakımından süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin art etkisinin sona ereceğini de göstermektedir. Artık burada işçi aleyhine veya aykırı hükümlerin yerine işçi lehine olan hükümlerin yürürlüğünü sürdürmesi söz konusu değildir.

Konuyla ilgili olarak uygulamaya baktığımızda, kamu toplu iş sözleşmelerinde ücret zammı maddelerinin toplu iş sözleşmesinin süresiyle sınırlı ve belirli tarihlerde uygulanmasının kabul edildiği görülmektedir. Bu nedenle süresi sona eren bir toplu iş sözleşmesinin ücret zammına ilişkin maddelerinin hizmet akdi hükmü olarak devam etmemesi sonucunda işyerlerinde yetki ihtilafları nedeniyle toplu iş sözleşmesi imzalanamayan işçiler bakımından bir mağduriyet söz konusu olmaktadır.

Yine uygulamada, yeni akdedilecek toplu iş sözleşmeleri prosedürünün uzaması nedeniyle imza tarihlerinden geriye götürülmekte ve süresi sona eren toplu iş sözleşmesini takiben yürürlüğe konulmaktadır. Böylece toplu iş sözleşmesi kapsamında olan işçiler bakımından herhangi bir hak kaybı olmaması amaçlanmaktadır. Ancak incelediğimiz yargı kararına konu olayda olduğu gibi bazen toplu iş sözleşmelerinin imzalanması uzun sürmektedir. Bu durumda toplu iş sözleşmelerinin yürürlük süresi imza tarihinden geriye götürülmüş ve işçilere önceden sözleşme imzalanana kadar geçen dönem içerisinde bir zam yapılmış ise mükerrer ödemeyi önlemek için bir takım düzenlemeler yapılması da gerekmektedir.

Bilindiği üzere, kamuda çalışan işçilerin işverenleri her ne kadar ayrı kamu kurum ve kuruluşları olsa dahi, bu kurum ve kuruluşlar

devleti temsil etmektedirler ve devlete ait kuruluşlardır. Her türlü hukuki işlemde kamu adına uygulamada bulunmakta ve taraf olmaktadır. Bir kamu işverenin hukuki dayanağı olmadan münferit olarak yapacağı idari işlem veya eylemlerde hem hukuki, hem cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Kamuda işçi çalıştıran kamu işverenleri iş hukuku anlamında birer işveren olup, iş hukukunun kurallarıyla bağlıdır. Bu bağlamda, kamu işvereni yetki ihtilafı nedeniyle toplu iş sözleşmesinin bağlanmadığı dönem için işçilere yapacağı uygulamalarda hem iş hukuku kurallarını, hem de idare hukuku kurallarını gözetmek durumundadır.

Bu çerçevede, toplu iş sözleşmeleri müzakereleri sonunda akdedilecek toplu iş sözleşmelerini ilgilendiren kamu çerçeve protokollerinin, yetki ihtilafı yaşayan kamu işyerlerindeki işçilere uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddüt yaşayan kamu işverenlerine, bu konuyla ilgili olarak Maliye Bakanlığı'nın verdiği görüşün toplu iş hukuku bakımından isabetli olduğu düşünülmektedir. Çünkü toplu iş sözleşmesinden yürürlük tarihinden itibaren hangi işçilerin yararlanacağı 2822 sayılı Kanun'un 9. maddesinde belirtilmiştir. Bunlar taraf sendikaya üye olan işçiler olup, bu işçilerin sözleşmenin yürürlük tarihinden itibaren yararlanabilmeleri için imza tarihinde taraf sendikaya üye olmaları şarttır.

Yetki ihtilafı yaşanan kamu işyerlerinde önceki yetkili sendikaya üye olan veya başka sendikalara üye olan işçiler ile hiçbir sendikaya üye olmayan işçilere, kısaca işyerinde çalışan tüm işçilere sözleşmenin sona erdiği tarihten sonraki dönem için, henüz yukarıda belirttiğimiz hiçbir hukuki koşul gerçekleşmeden toplu iş sözleşmeleri bağlanma aşamasına gelmiş işyerleri için kabul edilen çerçeve anlaşma protokolündeki ücret zamlarının aynen uygulanması bir takım sorunlara yol açabilecektir. Böyle bir uygulama işyerlerinde toplu iş sözleşmesi yapılmasının önemini ve gereğini tartışmalı hale sokabileceği gibi, işyerlerinde sendikalı-sendikasız veya taraf sendikaya üye işçiler bakımından toplu iş sözleşmesi kapsamında olup olmama açısından herhangi bir fark yaratılmaması sonucunu doğurabilecektir. Tüm işçilere süresi sona eren toplu iş sözleşmesini takiben kamu protokolleri ile belirlenen ücret zamları-

nın uygulanması 2821 ve 2822 sayılı Kanunların ilgili düzenlemelerine aykırılık taşıyacaktır.

Bu nedenle, Maliye Bakanlığı'nın çerçeve anlaşma protokolünde yer alan ücret zamlarına ilişkin düzenlemeyi protokolün imza tarihinden sonra ileriye dönük olarak uygulanmasına yönelik değerlendirmesi toplu iş hukuku ilkeleri ve düzenlemeleri dikkate alındığında yerinde bir değerlendirme olarak görülmektedir.

## 5- YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay, kararında; "Davalıya ait işyerinde 31.12.2004 tarihinde süresi biten toplu iş sözleşmesinin ardından bir süre toplu iş sözleşmesinin imzalanmadığı dönemde kazanılmış hak oluşturmamak üzere işverence sözü edilen çerçeve anlaşma protokolleri hükümlerinin Maliye Bakanlığı tarafından bildirilen tarihlerden itibaren uygulanması gerektiğini, mahkemenin davalının bilirkişi raporuna bu yöndeki itirazlarını dikkate almaksızın karar vermesinin hatalı olduğunu" belirtmiştir.

Genel olarak, "Kamu Toplu İş Sözleşmesi Çerçeve Anlaşma Protokolü", kamuda toplu iş sözleşmesi görüşmeleri devam eden (protokolün tarafı konfederasyona üye sendikaların örgütlü bulunduğu ve yetki aldığı) işyerlerinde uygulanacak olan toplu iş sözleşmelerini kapsayan temel esasları içermekte olup, toplu iş sözleşmesi prosedürü işkolu tespitine veya yetki tespitine itiraz sebebiyle henüz başlanamayan toplu iş sözleşmelerinin ilgili olduğu işyerlerinde ise uyuşmazlık sonuçlandığında, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü geriye götürüldüğü takdirde uygulama imkanı bulabilecektir.

Ancak, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün geriye götürülmesi yasal prosedürü devam eden işyerleri bakımından da söz konusu olmaktadır. Şöyle ki; bilindiği üzere 2822 sayılı Kanun'un 7. maddesinde "toplular iş sözleşmesi süresinin bitiminden önceki 120 gün içinde yetki işlemlerine başlanabileceği" şeklinde yer alan düzenleme ile önceki toplu iş sözleşmesinin bitmesini takiben yenisinin yürürlüğe girmesi amaçlanmış olmasına rağmen, uygulamada genellikle sözleşmenin imza tarihi ile yürürlük tarihi farklı olabilmektedir.

Bu durumda, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün imza tarihinden önceye (önceki sözleşmenin bitim tarihine kadar) götürülmesi sebebiyle taraf sendika üyesi işçilere imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında ücret ve diğer parasal ödemeler bakımından doğan fark ödemeleri yapılmaktadır.

Kamu çerçeve protokolleri de, sözleşme görüşmeleri devam ederken ücret ve mali konularda sözleşmede yer alacak düzenlemelerin genel çerçevesini tespit etmekte, buna göre imza altına alınacak sözleşmelerin yürürlük süresi dikkate alınarak ücret zamları ve diğer ödemelere ait metinler düzenlenmektedir.

Yetki ihtilafları nedeniyle yetkili bir sendika belirlenemediği için, toplu iş sözleşmesi görüşmelerine başlanamayan işyerlerinde çalışan işçiler ise yargı sürecinin sonuna kadar toplu iş sözleşmesi kapsamı içerisinde mütalaa edilemeyeceklerinden, bu süreçte kamu çerçeve protokolleri ile tespit edilmiş ücret zamları ve diğer mali konuların söz konusu işçilere aynen uygulanmasının toplu iş hukuku bakımından dayanağı bulunmamaktadır. Bu protokoldeki düzenlemelerin toplu iş hukuku dışında bireysel iş hukuku anlamında uygulanması ise ancak işçilerle yapılacak bireysel iş sözleşmeleri ile mümkündür.

Bu bağlamda, yukarıda da belirttiğimiz üzere toplu iş sözleşmesi prosedürü yetki ihtilafları nedeniyle başlayamayan işyerlerinde çalışan işçiler bakımından mağduriyetler söz konusu olmaktadır. Bu mağduriyetlerin giderilmesi için en azından işçilere toplu iş sözleşmesinin yapılmadığı dönemdeki ücret kayıplarının karşılanması amacıyla sendikalar tarafından ilgili kamu işverenliklerine taleplerde bulunulması üzerine Maliye Bakanlığı'ndan görüş istenilmiştir. Maliye Bakanlığı'nın yukarıda belirttiğimiz görüşlerinde işçilere belirtilen dönemler için avans verilmesinin hukuki dayanağının bulunmadığı, çerçeve anlaşma protokolünde belirtilen ücret zammının toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunup bulunmadığına bakılmaksızın söz konusu işyerlerinde çalıştırılan tüm işçilerin ücretlerine bireysel iş sözleşmeleriyle ileriye dönük olarak uygulanmasının uygun olacağı, ancak daha sonra toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilere söz konusu protokolde belirlenen ücret zammının üzerinde ödeme yapıl-

masının önlenmesi amacıyla, yeni dönem toplu iş sözleşmesine geriye dönük olarak yapılacak ücret farklarının hesabında bireysel iş sözleşmeleriyle verilen ücret zamlarının mahsup edilmesine ilişkin bir hüküm konulması gerektiği bildirilmiştir. Davalı kamu işvereni de Maliye Bakanlığı'nın bu görüşü doğrultusunda işyerinde çalışan tüm işçilere, protokolün imza tarihinden sonra ileriye dönük olmak üzere ücret zamlarını uygulamıştır.

Nitekim 2009 ve 2011 yılı kamu protokollerinde de "yetki ihtilafı olan toplu iş sözleşmeleri bakımından Maliye Bakanlığının daha önceki yıllarda verdiği görüş doğrultusunda ve protokol hükümlerine göre uygulama yapılacağı" gerek kamu işverenlerini temsilen taraf kamu işveren sendikaları, gerekse işçi sendikalarını temsilen Türk-İş ve Hak-İş Konfederasyonları tarafından kabul edilmiştir. Bu durum, işçilerin üyesi oldukları sendikalar tarafından da Maliye Bakanlığının konu ile ilgili görüşü üzerinde mutabakat sağlandığını göstermektedir.

Diğer taraftan, yetki ihtilafı yaşanan işyerlerinde yargı süreci, birkaç sözleşme dönemini kapsayacak kadar uzun sürmektedir. Yargı süreci sonunda önceki toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikanın yetkiyi yeniden kazanması durumunda yürürlük başlangıç tarihi süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin bitim tarihine kadar geriye götürülerek imzalanan toplu iş sözleşmeleri nedeniyle (bir toplu iş sözleşmesinin süresi en çok 3 yıl olabileceğinden) birbirini takip eden birden çok toplu iş sözleşmesi yapılmaktadır.

Böylelikle, işçilerin yetki ihtilafı nedeniyle sözleşmesiz kaldıkları dönemlere ait olmak üzere geriye dönük olarak kamu protokolleri ile belirlenen ücret zamlarından yararlandırılmaları suretiyle mağduriyetleri giderilmektedir. Bu durumda, Maliye Bakanlığının mütalaaasında da belirtildiği gibi, işçilere bireysel iş sözleşmeleriyle önceden verilen ücret zamları nedeniyle mükerrer ödeme söz konusu olabileceğinden, bunların mahsubuna ilişkin düzenlemelere toplu iş sözleşmelerinde yer verilmektedir. Bu durum, toplu iş sözleşmelerinin yürürlük başlangıçlarının önceki sözleşmenin bitim tarihine kadar götürülmesi halinde söz konusu olup, sözleşmelerin imza tarihini takiben yürürlüğe girmesi halinde ise bu şekildeki düzenlemelere gerek kalmayabilecektir. Görüldüğü üzere,

yapılan bu uygulamalar ile yetki ihtilafı sonucunda taraf işçi sendikasına üye işçilerin ücret ve diğer mali haklar bakımından herhangi bir kaybının olmaması sağlanmaktadır.

Ancak, yetki ihtilafı sonucunda başka bir sendikanın yetki alması üzerine akdedilecek yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün de imza tarihinden geriye götürülmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumda yürürlük tarihinden itibaren yararlanacak işçiler yine taraf işçi sendikasına imza tarihinde üye olan işçiler olacağından, davacı işçinin bu sendikanın üyesi bulunmaması ve taraf sendikanın da üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı yönünde (Sendikalar Kanunu'nun 36. maddesi çerçevesinde) yazılı muvafakatının olmaması halinde, sözleşmenin yürürlük başlangıç tarihi ile imzalandığı tarihe kadar olan sürede doğmuş bulunan toplu iş sözleşmesi farklarının talep edilmesi mümkün değildir.

Diğer bir ifade ile, davacı işçinin 01.01.2005 tarihinden itibaren o dönem için geçerli olan kamu protokolüyle belirlenen ücret zamlarından eksiksiz faydalanabilmesi için yetkiyi alan başka bir sendika ile imzalanan toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının da belirtilen tarihe götürülmüş olması ve imza tarihinde taraf işçi sendikasının üyesi olması veya taraf işçi sendikasının yazılı muvafakatının bulunması gerekmektedir. Bu haller dışında, daha önce de belirttiğimiz üzere, toplu iş sözleşmesi kapsamında olmayan işçilere yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması taraf sendika üyesi işçiler ile taraf sendikaya üye olmayan işçiler arasında toplu iş sözleşmesi düzenine tabi bir işyeri bakımından herhangi bir farklı uygulama yapılmaması sonucunu ortaya çıkarır. Bu durum, taraf sendika üyesi işçilerin maddi (üyelik aidatı ödemeleri) ve manevi (bir takım haklara sahip olmak için vermiş oldukları sendikal mücadele gibi) külfetlerinin karşılığında diğer işçilere nazaran ayrıcalıklı haklara sahip olmalarını engellerken, 2821 ve 2822 sayılı Kanunların bu yöndeki ilgili düzenlemelerine de aykırılık teşkil eder.

Sonuç olarak; yukarıda belirttiğimiz hususlar çerçevesinde incelediğimiz Yargıtay kararında, davalı işyerinde yetkiyi alan başka bir sendika ile 02.03.2009 tarihinde yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapıldığı belirtilmiş olup, toplu iş

sözleşmesinin yürürlüğünün geriye götürülüp götürülmediği ve davacı işçinin imzalanma tarihinde bu sendikanın üyesi olup olmadığı belli değildir. Eğer toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü 01.01.2005 tarihine götürülmüş ve işçi de taraf işçi sendikasının imza tarihinde halen üyesi ise söz konusu dönem için kamu protokolü ile belirlenen toplu iş sözleşmesi ücret zamlarından yararlandırılması gerekirdi. Ancak, Yargıtay'ın 01.01.2005 tarihinden itibaren talep edilen ücret ve diğer alacaklara ilişkin farkların hesaplanması, protokol tarihleri dikkate alınarak yapılması gerektiği yönündeki kararına göre; toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün geriye götürülmemiş olduğu veya yürürlüğü geriye götürülmüş olsa dahi davacı işçi imza tarihinde taraf sendikanın üyesi olmadığı için akdedilen toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan eksik ödeme iddiasıyla ücret farklarını talep etmesinin hukuki dayanağının olmadığı söylenebilecektir.

Bu bakımdan, Yargıtay'ın ilgili kamu çerçeve anlaşma protokollerinde yer alan ücret zammına ilişkin hükümlerin Maliye Bakanlığının görüşlerinde belirtilen tarihlerden itibaren uygulanması gerektiği yönündeki kararının isabetli olduğu düşünülmektedir.

## DİPNOTLAR

- 1 Yarg. 9 HD. 20.12.2004, 2004/13410 E., 2004/28957 K., Kamu-İş Yargıtay Kararları Arşivi.
- 2 Yarg. 9 HD. 19.01.2010, 2009/48194 E., 2010/432 K., Sicil Haziran 2010. s.165 vd.
- 3 Yarg. 9 HD. 15.05.2006, 2006/12635 E., 2006/14038 K., Kamu-İş Yargıtay Kararları 2005-2007. s.1000 vd.
- 4 Kübra Doğan YENİSEY, Yargıtay Kararı İncelemesi Sicil Haziran 2010, s. 171 vd.
- 5 Fevzi ŞAHLANAN Yargıtay Kararı İncelemesi Sicil Haziran 2009, s. 214 vd.
- 6 Yarg. 9 HD. 24.04.2003, 2002/22489 E., 2003/6879 K., Kamu-İş Yargıtay Kararları 2000 - 2005 s.733.
- 7 Yarg. 9 HD. 25.07.2008. 2007/21896 E., 2008/22106 K., Kamu-İş Yargıtay Kararları Arşivi.
- 8 Can TUNCAY, Toplu İş İlişkileri Yargıtay 2004 Kararları Değerlendirilmesi, Kamu-İş, s. 138 vd.
- 9 Yarg. 9 HD. 13.09.2006, 2006/21095 E., 2006/22417 K., Kamu-İş Yargıtay Kararları 2005-2007, s. 987 vd.
- 10 Yarg. 9 HD. 16.03.2010, 2010/8008 E., 2010/6920 K., Tekstil İşveren Hukuk 59, Mayıs 2011.
- 11 Fevzi ŞAHLANAN, Yargıtay Kararı İncelemesi Tekstil İşveren Hukuk 59, Mayıs 2011.



Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Boşandığı Eşiyle Birlikte Yaşayanın Aylığının Kesilmesi - Anayasa Karşısında Bir Ülke Gerçeği -

## I. Giriş

Ekonomik güçlük içine düşecek veya aile gelirlerini artırmak isteyecek eşlerin, kendi aralarında anlaşmak suretiyle boşanmaya razı olmaları ve bunun üzerine kadın eşe ölen eşinden veya ana-babasından ölüm aylığı bağlanması, klasikleşmiş bir ülke gerçeği halini almıştır. 5510 sayılı Yasa öncesinde önleyici nitelikte herhangi bir kuralın bulunmayışı, eşleri bu tür kötüye kullanmalara özendirmiş ve anlaşmalı boşanmalar sonunda yaşanan fiili birliktelikler, kadın eş ile kız çocuğun ölüm aylığı alması sonucunu yaratmıştır.

Ancak, bu olanak, reform niteliğindeki 5510 sayılı Yasa'nın 56 ncı maddesinin son fıkrasıyla, artık ortadan kalkmış durumdadır. Bununla birlikte, yeni düzenleme hakkında, yakın zamanda Anayasa Mahkemesi'nce verilen bir kararın<sup>1</sup>, söz konusu toplumsal gerçekliği güncel hale getirdiği de, yadsınamaz bir gerçektir.

Buna göre, 5510 sayılı Yasa'yla getirilen değişikliğin, nasıl bir toplumsal yarara yol aç-

cağını tartışmaya açmakta yarar görülmektedir. Çünkü, getirilecek yeni bir kuralın yerindeliği ve kalıcılığı; önemli ölçüde, içinde bulunulan toplumsal gerçeklere uygun düşmesine, yani toplum yararına hizmet etmesine bağlı bulunmaktadır.

Bu itibarla, aşağıda ilkin, ortaya çıkan boşanma hükmünün etkileri üzerinde durulacak ve daha sonra da, söz konusu düzenlemenin içeriği ile Anayasa hükümleri karşısındaki konumu irdelenip, sonuçta hukuki bir değerlendirilmeye gidilmeye çalışılacaktır.

## II. Boşanmanın Ölüm Aylığı Üzerindeki Etkisi

### 1. Ölüm aylığına hak kazanılması

5510 sayılı Yasa, ölüm aylığının paylaşılmasında hak sahibi yakınlar olarak, “dul eş” ile “çocuk” ve “ana-baba”yı kabul etmekte (m. 34) ve bunlara bağlanacak aylıkların, “34 üncü maddede belirtilen şartların ortadan kalktı-

## 5510 sayılı Yasa m. 34 hükmüne egemen olan düşüncenin, geliri bulunmayan dul veya bekar (evli olmayan) kadınları iktisadi yönden korumak olduğu görülmektedir.

ğı tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren” de kesilmesini görmektedir (m. 35/I tümce 2). Bu anlamda, 5510 sayılı Yasa m. 34 ise; konumuz açısından, hak sahibi olma koşulu olarak, eşin “dul” olması ve kız çocuğun da ölen sigortalının ölümü tarihinde evli olmakla birlikte sonradan “boşanması” halini aramaktadır (f. 1/bent a ve b 3).

Böylece, dul kalan eşin yeniden evlenmek suretiyle, artık “dul eş” niteliğini yitirmesi söz konusudur. Bunun gibi, yeniden evlenmek suretiyle “dul eş” niteliğini yitiren eşin, boşandığı takdirde de yeniden “dul eş” niteliğini kazanması veya bu niteliğe dönüşmesi düşünülecektir. Ancak, 5510 sayılı Yasa'nın 34 ve 35 inci maddelerinde, bunlardan söz edilmiş değildir. Diğer bir söyleyişle, dul eşin ölüm aylığının yeniden evlendiği takdirde kesileceği ve kesilen bu aylığın boşanma halinde yeniden bağlanacağı, anılan hükümlerde açıklıkla belirtilmiş değildir. Bununla birlikte, durumun özelliği ile niteliği, böyle bir sonuca ulaşmayı gerektirmekte ve nitekim, öğretide<sup>2</sup> de, evlenen eşin aylığının kesileceği sonucu kabul edilmektedir.

Buna karşılık, 5510 sayılı Yasa m. 34/I bent b 3 hükmündeki “evli olmakla beraber sonradan boşanan” anlatımı, daha açık olup; sigortalının ölümü tarihinde evli bulunup sonraki bir tarihte eşinden boşanacak kızının, ölüm aylığına hak kazanmasına olanak verecek niteliktedir.

Bu anlamda, 5510 sayılı Yasa m. 34 hükmüne egemen olan düşüncenin, geliri bulunmayan dul veya bekar (evli olmayan) kadınları iktisadi yönden korumak olduğu görülmektedir.

### 2. Birlikteliğin ölüm aylığına etkisi

Ölen sigortalının eşi ve kız çocuğuyla ilgili olarak, ortaya çıkabilecek değişik birliktelik (beraber olma) durumları düşünülebilir. Nite-

kim, ölen sigortalının dul eşi; yeniden evlenmez ama fiilen biriyle veya birileriyle birlikte olabilir veya yeniden evlenip boşandıktan sonra boşandığı kişiden başka bir kişi veya kişilerle fiilen birlikte yaşayabilir yahut yeniden evlenip boşandıktan sonra boşandığı eşiyile birlikte beraber olmayı sürdürebilir. Bunun gibi, ölen sigortalının kız çocuğu da; evlenmeyip fiilen biriyle veya birileriyle birlikte olabilir veya ölüm tarihinde evli olmakla birlikte, sonradan boşanıp boşandığı eşinin dışındaki bir kişi veya kişilerle birlikte yaşayabilir yahut ölüm tarihinde evli ise, daha sonra boşanıp boşandığı eşiyile birlikte yaşamayı sürdürebilir.

5510 sayılı Yasa m. 56/son, gerek dul eş ve gerekse kız çocuk bakımından, yukarıdaki almasıklardan, ilk ikisinde ölüm aylığının ödenmesine devam olunmasına olanak tanırken; boşanılan eşle boşanma sonrasında fiilen birlikte olma durumunda, ölüm aylığının kesilmesini ve ödenmiş aylıkların da geri alınmasını öngörmektedir.

Gerçekten, anılan hükme göre, “eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır”. Söz konusu hüküm, görüldüğü üzere, daha önce yukarıda belirtilen almasıklar içinde, sadece boşanıp boşandığı eşiyile birlikte yaşayan kadın eş ile kız çocukları hedef almaktadır. Buna göre, medeni nikah yapmaksızın yaşayanlar ile boşandığı eşinin dışındaki kişilerle fiilen beraber olanlar, anılan hükmün kapsamı dışında kalmaktadır.

Diğer yandan, söz konusu hükme ilişkin madde gerekçesinde, anılan hükmün “uygulamada hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla” düzenlendiği açıklıkla belirtilmektedir. Ancak, anılan düzenleme; boşanılan eşle fiilen birlikte yaşamaya ilişkin olup, uygulama açısından önem taşıyacak bazı hususlar hakkında, herhangi bir açıklık taşımamaktadır<sup>3</sup>. Bunlardan ilk akla gelebilecek olanlar; ne kadar süreyle birlikte bulunduğu takdirde anılan hüküm kapsamına gireceği, söz konusu hükümdeki “fiilen birlikte yaşama” anlatımının cinsel ilişki içinde olunmayı da gerektirip gerektirmeyeceği

ve fiilen birlikte yaşamayı belirleme konusunda kimin yetkili olup hangi yetkiyle ve ne ölçüde özel yaşama müdahale edebileceği, biçiminde sıralanabilir.

Böylesine önemli konularda hukuken belirsizlikler taşıyan ve uygulama esaslarını bir alt düzenlemeye bıraktığını dahi belirtmeyen söz konusu yasal düzenlemenin, herhangi bir yada genel olarak bulunması gereken nesnel ve belirginlik (açıklık) özelliklerinden uzak olduğu ve bu yüzden de, ölen sigortalının hak sahiplerinin hukuk güvenliğini tehdit edebilecek idari uygulamalara açık bulunduğu, hemen belirtilmelidir. Büyük olasılıkla, bu yüzdendir ki; bir anda bir değil tam üç iş mahkemesi, anılan hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak, geçtiğimiz üç yıl içinde, ortaya çıkan sorunu Anayasa Mahkemesi önüne taşıma gereksinimini duymuşlardır.

Bunun gibi, anayasa yargısının süzgecine duyulan gereksinimin yoğunluğu; aynı zamanda, "kağıt üzerinde boşanmak" (yani, gerçekte boşanmadan sonra da birlikte yaşamayı sürdürmek) suretiyle ölüm aylığı alma uygulamasının, ülkemizde artık toplumsal gerçeklik haline geldiğini de gösterir niteliktedir.

### III. Anayasa Karşısında Aylığın Kesilmesi Düzenlemesi

5510 sayılı Yasa m. 56/son, yeni bir düzenleme getirerek, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşayanların aylıklarının kesilmesini ve ödenmiş olanların da geri istenmesini öngörmüştür. Böyle bir düzenlemenin varlığı, Türk hukuku bakımından, yeni bir dönemin başlangıcını ülkemizde başlatılmak istendiğini göstermektedir. Ancak, yeni düzenleme; aynı zamanda, hemen Anayasa'ya aykırılık itirazlarının yükseltilmesini<sup>4</sup> de, beraberinde getirmiş bulunmaktadır.

#### 1. Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı

##### a. ) Anayasa'ya aykırılık başvuruları

Uygulamada boşanılan eşle birlikte yaşamaya devam olunması halinde ölüm aylığının kesilmesi, değişik iş mahkemeleri tarafından, buna ilişkin düzenlemeye karşı Anayasa'ya ay-

kırılık itirazlarında bulunulması sonucunu yaratmıştır.

Nitekim, bu konuda ilkin, Diyarbakır İkinci İş Mahkemesi'nce 2009 yılında yapılan itiraz başvurusunda, söz konusu düzenlemenin eşitlik ilkesi (Ay. m. 10) ile sosyal güvenlik hakkına (Ay. m. 60) ters düştüğü ileri sürülmüştür.

Yine, aynı konuda, Zonguldak Birinci İş Mahkemesi tarafından 2010 yılında yapılan itiraz başvurusunda da; sosyal devlet ilkesi (Ay. m. 2) ile eşitlik ilkesi (Ay. m. 10) temel alınmak suretiyle, anılan düzenlemenin devletin temel amaç ve görevleriyle (Ay. m. 5), temel hak ve özgürlüklerin niteliğiyle (Ay. m. 12), kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıyla (Ay. m. 17), özel yaşamın gizliliği ilkesiyle (Ay. m. 20) ve mahkeme kararlarına uyma zorunluğu esasıyla (Ay. m. 138/IV) bağdaşmaz nitelikte olduğu belirtilmiştir.

Nihayet, Malatya İş Mahkemesi'nin 2010 yılındaki itiraz başvurusu gerekçeleri arasında; söz konusu hükmün, eşitlik ilkesi (Ay. m. 10) ile mülkiyet ve miras haklarına (Ay. m. 35) ve sosyal güvenlik hakkına (Ay. m. 60) aykırı olduğu hususları yer almış ve anılan düzenleme yoluyla, yasaların anayasaya aykırı olamaması esası (Ay. m. 11/II) ile mahkeme kararlarına uyma zorunluğu ilkesinin (Ay. m. 138) ortadan kalkacağı görüşü ileri sürülmüştür.

##### b. ) Anayasa Mahkemesi'nin kararı

Anayasa Mahkemesi [AyM.], daha önce belirtilen kararında<sup>5</sup>, 5510 sayılı Yasa m. 56/son hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığı görüşüyle, yapılan itiraz başvurularının reddini oy çokluğuyla kabul etmiştir.

Bu bağlamda, çoğunluk görüşü; sorunu Anayasa'nın 2, 10, 60 ve 65 inci maddeleri açısından ele almak suretiyle, boşandığı eşle birlikte yaşayanın aylığının kesilmesine ilişkin düzenlemenin (5510 sK. m. 56/son) Anayasa'ya aykırı düşmediği yönündedir. Yine, konuyla bağlantılı olarak çoğunluk görüşü, itiraz konusu kuralın Ay. m. 5, 11, 12, 17, 20, 35 ve 138'le ilgisinin olmadığını belirtmektedir. Söz konusu karara ekli karşıoy gerekçelerinde ortaya çıkan azınlık görüşü ise; soruna Ay. m. 2, 10, 17, 20 ve 60 açısından yaklaşmakta ve anılan Anayasa

hükümleri bakımından aykırılığın varlığını ileri sürmektedir.

## 2. Değişik yaklaşımların eleştirisi

Kanımca, AyM üyelerinin çoğunluğunca varılan sonuç daha doğru ve yerinde görünmekle birlikte, konuya ilişkin değişik yaklaşımların hem göz önünde bulundurulması gereken ve hem de yerinde görünmeyen yanları söz konusudur.

### a.) Eşitlik ilkesi açısından

İlkin, söz konusu hükme karşı eşitlik ilkesinin (Ay. m. 10) korunması konusunda yapılan itirazlar, görmezlikten gelinemez. Bu anlamda, AyM'nin eşitlik anlayışının çok geniş olmadığı söylenmelidir. Nitekim, söz konusu kararda yerinde olarak, “.. Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez ..” denilmişken; eşitlik karşılaştırmasının, “resmi evliliği olmadan birlikte yaşayanlar ile ölüm aylığı alabilmek için hakkını kötüye kullanarak resmi evliliğini boşanma ile sonlandırıp boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamaya devam edenler” arasında yapılması, çok isabetli görünmemektedir.

Çünkü, ayrı hukuki duruma sahip bulunanlar, “medeni nikahı olanlar” (AyM'nin deyişiyle, “resmi evliliği bulunanlar”) ile “medeni nikahsızlar”dır. Nitekim, ayırım bu biçimde yapılmadığı takdirde, resmen evlenmeyip birlikte yaşayanlar ile boşandıktan sonra boşandığı eşin dışındaki kişilerle yaşayanlar görmezlikten gelinmiş olur.

Buna göre, resmen evlenmeyip birlikteliğini sürdürenler ile boşandıktan sonra boşandığı eşinin dışındaki kişilerle birlikte yaşayanlar, boşandığı eşiyle birlikte yaşayanlar karşısında ayrıcalıklı (avantajlı) duruma geçmektedir. Bunun ise, sosyal gerçekler açısından, memnuniyet verici bir durum olmadığı gözardı edilmelidir.

Diğer yandan, boşanma hakkını kötüye kul-

lanmanın, eşitlik ilkesiyle herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Bunun gibi, ölüm aylığı almak üzere boşanılması olgusu da, söz konusu AyM kararındaki çoğunluk görüşünce isabetle kabul edildiği üzere hukuken “hakkın kötüye kullanılması” olup; karşıoy gerekçelerinde ifade edildiğinin aksine, ne “muvazaa” ve ne de “kanuna karşı hile” niteliğindedir.

### b.) Özel yaşamın gizliliği açısından

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında, karşıoy gerekçelerinin önemli bir hukuki dayanağını oluşturan “özel yaşamın gizliliği” (Ay. m. 20) açısından sorun irdelenmemiş ve aksine, itiraz konusu kuralın söz konusu Anayasa kuralıyla (Ay. m. 20) bir ilgisinin görülmediği belirtilmiştir.

Oysa, Ay. m. 20, herkese özel yaşamına ve aile yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkını tanımakta; özel yaşamın ve aile yaşamının gizliliğine dokunulamamasını öngörmektedir (f. 1). Bu noktada, boşandığı eşiyle birlikte yaşayacak kadın eşin veya kız çocuğun, ölüm aylığından yoksun bırakılmak suretiyle, kendisinin özel yaşam tercihine dokunulmuş olup olmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Bunun gibi, boşanılan eşle fiilen birlikte yaşamının belirlenmesinden söz eden 5510 sayılı Yasa m. 56/son hükmü karşısında, Kurum görevlisince “yoklama” esasına (5510 sayılı Yasa m. 55/son) göre gerçekleştirilecek söz konusu belirlemenin, özel yaşamın gizliliğine müdahale niteliğini taşıyıp taşımayacağı sorusu da, ayrıca irdelenmesi ve yanıtlanması zorunlu bir husus olarak belirlemektedir.

Aslında, tüm bu sorular ve başvuru gerekçelerinin buna ilişkin hukuki dayanakları, itiraz konusu hükmün (5510 sayılı Yasa m. 56/son) yeterince açıklık (ayrıntı) taşımasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, yapılacak anayasaya uygunluk tartışmasında, sorunun kestirip atılması yerine, itiraz konusu yasa hükmünde eksik olan hususların irdelenip ele alınması daha yerinde olurdu, ki; AyM, söz konusu kararında, bunu yapmamıştır.

Oysa, itiraz konusu düzenleme açısından sorun, özel yaşamın gizliliği değil; hakkın kötüye kullanılmasının, yasa tarafından korunup



korunmadığıdır. Ancak, “yoklama” işleminin de, anayasal güvence (Ay. m. 20/D) altındaki özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkı ve özel yaşamın gizliliği esası sınırları içinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, itiraz konusu yapılan hükmün, bu anlamda hukuka uygun olmayacak bir müdahaleci “yoklama”yı onayladığı da, rahatlıkla söylene-memektedir.

### c. ) Devletin mali olanakları açısından

Boşandığı eşle birlikte yaşamak suretiyle ölüm aylığına hak kazanmak isteyen kişilerin, kötüye kullanmalar yoluyla, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun aktüaryal yapısı için tehlike oluşturacağı ve bu yolla Kurum mali olanaklarına zarar verileceği açıktır. Ancak, bu duru-mun, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görev-lerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” anlatımını taşıyan Ay. m. 65 hükmüyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

Tam aksine; fiili birliktelik içinde olan veya boşandığı eşinin dışındaki kişilerle birlikte yaşıyan kişilerin yanısıra boşandığı eşiyile birlikte yaşayanların da, hukuken korunması istenmiş olsaydı, belki buna karşı Ay. m. 65 hükmü da-yanak yapılabilirdi. Bu bağlamda, AyM'nin, itiraz konusu hükümle Ay. m. 65 hükmü arasında nasıl bir ilgi görmüş olduğunu anlamak, güç görünmektedir.

### d. ) Anayasa'nın diğer bazı hükümleri açısından

İtiraz başvurusunda bulunan iş mahkemele-rinin dayanak yaptıkları Anayasa hükümleri ola-rak, Ay. m. 5, 11, 12, 17, 35 ve 138'in ortaya çık-tığı görülmektedir. Bunların, doğrudan olmasa bile, dolaylı olarak itiraz konusu hükmü ilgilendirdikleri görülmektedir. Bu nedenle, hukuki dayanak yapılmak istenen Anayasa hükümle-rinin itiraz konusu kuralı ilgilendirmediğinden söz edilmesi yerine, hangi noktalar açısından söz konusu hükümlere aykırılık görülmediğini irdelemek, sanırım daha yerinde ve yararlı ola-caktır, ki; AyM'nin, anılan kararında, nedense bunu yapmaktan kaçındığı görülmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki; söz konusu hü-kümler içinde yer alan Ay. 5, 11, 12 ve 17'deki düzenlemelere aykırılık iddiaları için, boşanma hakkının açıkça kötüye kullanılması olgusu karşısında anılan hükümlerin herhangi bir hu-kuki koruma (himaye) sağlayamayacağı (MK. m. 2/II) yanıtı verilebilir. Nitekim, hakkın kö-tüye kullanılmasını korumak, ne devletin temel amaç ve görevleri arasında yer almakta ve ne de kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine hizmet etmektedir.

Bunun dışında, mülkiyet ve miras hakkını güvence altına alan Ay. m. 35'in de, boşanma hakkı çerçevesinde konuyla bir ilgisinin bulun-duğu söylenememektedir. Nitekim, eş, boşan-ma hakkı çerçevesinde, boşandığı eşinin ken-disine mirasçı olmasını engelleyebilmektedir. Burada korunmak istenen kişi ise, ölüm aylığı almak için boşanıp boşandığı eşiyile birlikte yaşımaya devam edendir. Boşanma sonucunda da, bir anlamda, ölüm aylığı alacak olan eşin değil, diğerinin mülkiyet hakkı koruma altında bulunmakta; ölüm aylığı almak isteyen eşin ise miras hakkı varolmayacağı için, bunun da miras hakkının korunması gereğinden söz edilememektedir. Kaldı ki, 5510 sayılı Yasa m. 34; ölüm aylığı isteme hakkını, evli bulunan kız çocuğa veya yeniden evlenen dul eşe değil, boşanıp miras hakkı ortadan kalkan kız çocuğa ve eşe tanımaktadır.

Bu bağlamda, evlilik birliği içinde birlikte sahip olunan evde eşlerin boşanmadan sonra birlikte yaşıyor sayılmamak için ev paylarını el-lerinden çıkarmak durumunda olmaları, Ay. m. 35'deki miras hakkına ters düşeceği ileri sürül-mektedir. Burada da, boşanan eşin ev payını elinden çıkarmak zorunda olmayıp, mülkiyet hakkına yönelik herhangi bir hukuki aykırılığın bulunmadığı; ancak, boşanan eşlerin, uygula-mada fiilen birlikte olmak istemeyeceklerini ve birlikte yaşamayı isteyecek olduklarında da, 5510 sayılı Yasa m. 56/son hükmünün kapsa-mına gireceklerini, söylemek gerekecektir.

Mahkeme kararlarına uyma zorunluğu esasını içeren Ay. m. 138'e gelince; birlikte yaşama halinin belirlenmesi halinde, mahkemece ve-rilmiş ve kesinleşmiş bulunan boşanma kararı-na rağmen ilgilinin boşanmış sayılmayıp ölüm

aylığının bağlanmayışı olgusu, ister istemez akla hemen, söz konusu durumun mahkeme kararlarına uyma zorunluğu esasının gereğinin yerine getirilmeyişi olarak mı kabul edileceği sorusunu çağrıştırmaktadır.

Ancak, belirtilen durumda, Ay. m. 138 hükmüne aykırılıktan söz etme olanağı bulunmamaktadır. Çünkü, boşanma hükmü; evlilik birliğinin sona erdirilmesine yönelik olup, boşanma sonrasında boşanmış eşin ölüm aylığına hak kazandırılmasına yönelik değildir. Nitekim, boşanmaya ilişkin mahkeme kararı; ilgilinin ölüm aylığına hak kazanacağı göz önünde bulundurularak verilmiş değildir. Bu bağlamda, birlikte yaşama ve ölüm aylığı başvurusu olguları, ancak boşanma kararının verilmesinden sonra gelişen durumlardır.

Buna göre, boşanmadan sonra birlikte yaşandığının belirlenmesi üzerine Kurumca aylığın kesilmesi ve geri alınması, boşanma hükmüne uyulmaması anlamına gelmemektedir. Gerçekten, burada söz konusu olan; Kurumun ölüm aylığını boşanma hükmüne rağmen bağlamazlık etmesi değil, boşanılan eşle fiilen birlikte yaşamaya devam edilmek suretiyle hakkın kötüye kullanılması üzerine ölüm aylığının kesilmesidir.

## IV. Aylık Kesme Düzenlemesinin Değerlendirilmesi

### 1. Kötüye kullanmaları önleme ve özendirme

Eşinden boşandığı halde boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşayanların ölüm aylığının kesilmesini öngören düzenleme (5510 sayılı Yasa m. 56/son), uygulamadaki olası kötüye kullanmaların önüne geçmek amacıyla kabul edilmiştir. Bu anlamda, söz konusu amacın AyM tarafından da göz önünde bulundurularak dikkate değer bulunmuş (önemsenmiş) olması, kanımca yerindedir.

Gerçekten, ölüm aylığı almak üzere boşanıp boşanılan eşle fiilen birlikte yaşamaya kişiyi sürükleyen etkenin niteliği ve türü, hukuk düzeni açısından önem taşımamaktadır. Çünkü, hakkın kötüye kullanılması; hangi dürtüyle

(saikle) ortaya çıkarsa çıksın, sonuçta hukuk bakımından sadece ve sadece “kötüye kullanma” olup, hukuk düzeni tarafından korunmaktadır (MK. m. 2/II). Nitekim, eşler boşanma ve birlikte yaşama yoluna, gerçekte erkek eşin ekonomik gelirinin yeterli olmaması veya işsiz kalması, yani ekonomik güçlükler (baskılar) yüzünden, başvurmuş olabilir. Diğer bir söyleyişle; eşler, mutlaka bu yolu salt ekonomik gelirlerini artırmak düşüncesiyle denemiş olmayabilirler. Ancak, hukuk düzeni; hakkın kötüye kullanılması olgusunu, ne denli masumane görüşle ortaya çıkmış bulunursa bulunsun, korumamaktadır.

Boşanıp birlikte yaşamak suretiyle Kurumdan aylık alma yoluna gidenlerin sayısının açıklığa kavuşturulması konusunda kesin (istatistikî) bilgiler elimizde bulunmamakla birlikte, toplumsal gerçeklik olarak bu tür kötüye kullanma olaylarının ülkemizdeki yaygınlığı, herkesçe bilinmektedir. Ancak, buna ilişkin sayıların; Kurumun diğer “karadelik”lerinin yanında, aktüeryal dengeleri sarsacak ölçüye ulaştığını sanmıyoruz. Buna karşın, bu tür kötüye kullanmaların, herhalükarda Kurumun mali kaynaklarına zarar vereceği açık olup, sosyal güvenlik hakkıyla da (Ay. m. 60) bağdaşmayacağı ortadadır. Nitekim, bireyin sosyal güvenlik hakkı; sosyal hukuk devletinde, hakkın açıkça kötüye kullanılması yoluyla sağlanacak değildir. Bu anlamda, hakkı kötüye kullanma, sosyal hukuk devletinde bir sosyal güvence sağlama tekniği ya da aracı olarak onay görememektedir.

### 2. Hukuk güvenliğini sağlama

5510 sayılı Yasa'nın boşandığı eşle birlikte yaşamayı sürdürme halinde ölüm aylığının kesilmesi ve geri alınmasına ilişkin düzenlemesi (m. 56/son), toplumda hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından, yeterli bir belirginliğe sahip değildir. Gerçekten, birlikte yaşamının ne kadar süreyle devam etmesinin aranacağı ya da birlikte yaşamadan neyin anlaşılması gerektiği hususları, yeterince belirlenmemiştir. Bunun gibi, fiilen birlikte yaşamının belirlenmesi işi, Kurumun denetim memurlarına bırakılmış; ancak, bunlara ne ölçüde yetki verileceği ve bunların hangi yetkileri kullanacağı da, söz ko-

nusu yasa hükmünde veya alt düzeydeki kuralarda gösterilmemiştir.

Bu bağlamda, “gelir ve aylık bağlama şartlarının devam edip etmediğine yönelik yoklama işlemlerine ilişkin usul ve esaslar”ın çıkarılacak bir yönetmelik tarafından düzenlenmesi öngörülmüş; anılan usul ve esaslar da, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 73 ve devamındaki maddelerde yer almıştır. Buna göre, “eş ve kız çocuklarından eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamadığı” hususlarının tespiti, söz konusu yoklama işlemlerinin kapsamı içinde kalmaktadır (SSİY. m. 74/I ç 8). Ayrıca, Kurumun denetimle görevli memurlarına “mahallinde inceleme yapma yetkisi” tanındığı (SSİY. m. 77/I) ve söz konusu incelemenin, boşandığı halde boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamayı sürdüren eş ve kız çocuklarının tespitini de kapsayacağı (SSİY. m. 77/II) belirtilmektedir. Böylece, yoklama memuru, olay mahalline, yani boşanıp birlikte yaşayanların oturma yerine gelecek ve burada bunların “fiilen birlikte yaşadıklarının belirlendiğini” tutanak altına alacaktır.

Ancak, bu belirleme yapılırken yoklama memurunun, nasıl davranacağı ve hangi kapsamda yetki kullanacağı, sözgelimi Anayasa (Ay. m. 20) güvencesi altındaki özel yaşamın gizliliğinin ne ölçüde korunacağı, gösterilmiş değildir. Bütün bu hususların, hukuk güvenliğini tehlikeye soktuğu ve bireyleri yeterli hukuki güvenceden yoksun bırakacağı, açıktır.

### 3. Yargı yolunun açıklığı

5510 sayılı Yasa m. 56/son hükmü uyarınca yapılan belirleme sonucunda Kurum, ölüm aylığının kesilmesine karar verir ve ödenmiş olanların da geri verilmesini isterse; bu takdirde, ilgilinin, Kurum işleminin iptaline karar verilmesi talebiyle, yargı yoluna gitmesi gerekecektir. Bu durumda, Kurum işleminin iptali isteğiyle iş mahkemesinde dava açılacaktır (5510 sayılı Yasa m. 101).

Söz konusu davada kanıt yükü; ister istemez, davayı açacak olan kadın eşe/kız çocuğa düşecek ve bunlar, ölüm aylığına hak kazanmak amacıyla boşanmış olmadıklarını değil, Kurumca iddia edilenin aksine olayda, “fiilen

birlikte yaşama”nın söz konusu bulunmadığını kanıtlamak durumunda kalacaklardır.

## V. Sonsöz

Boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşayanın aylığının kesilmesi konusu, daha önceki sosyal sigorta mevzuatı tarafından ele alınmış değildir. Bu anlamda, 5510 sayılı m. 56/son, ilk kez böyle bir kötüye kullanmanın önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Önümüzdeki dönemde ortaya çıkacak sayısal veriler, bunun ne ölçüde gerçekleştirilebildiğini bizlere gösterecektir.

Diğer yandan, Kurum belirlemeleri üzerine açılacak itiraz davalarında verilecek yargı kararları, bu konuda denetim (yoklama) memurlarının ne ölçüde hukuka uygun biçimde hareket etmiş oldukları hakkında, belli bir fikir verebilecektir. Yine, bu konuda yargı kararları, Kurum memurlarının belirleme yaparken dikkat etmeleri gereken noktalar konusunda da, gerekli ölçütleri geliştirmeye yardımcı olabilecektir.

Gelecek dönemde Kurum ile yoklama görevlilerinden beklenen, yapacakları belirlemelerde “ev basma” biçiminde nitelendirilebilecek olan uygulamaların önüne geçmeleri ve özel yaşama müdahale niteliğindeki yatak odası gözetlemeleri ile özel yaşam tercihi sorgulamalarından da uzak durmalarıdır. Çünkü, böylesi bir görev, sosyal hukuk devletinin (Ay. m. 2) temel amaç ve görevleri (Ay. m. 5) arasında yer almış değildir.

## DİPNOTLAR

- 1 Bkz. AyM., 28.4.2011-2009-86/70-RG. 15.12.2011, No. 28143.
- 2 Bkz. A. Güzel/A. R. Okur/N. Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 2010 İstanbul, 576.
- 3 Ayrıca bkz. E. Turan, “5510 Sayılı Yasa’nın 56/son Madde-sindeki Düzenlemenin, Anayasal Eşitlik ve Özel Yaşama Saygı İlkeleri Yönünden Değerlendirilmesi”, Sicil V, 19 (Eylül 2010), 130.
- 4 Bkz. Turan, 128 vd.
- 5 Bkz. yukarıda I ve dn. 1’deki karar.

Prof. Dr. Nüvit GEREK

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Son Değişikliklerden Sonra Genel Sağlık Sigortasının Kişiler Bakımından Kapsamı

## GİRİŞ

Ülkemizde genel sağlık sigortası uygulamasına geçilirken başlangıçta ayrı ve bağımsız bir kanun düşünülmüş, ancak sonradan 5510 sayılı Kanun içerisinde düzenleme yapılmıştır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu bilindiği gibi daha önce 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı kapsamında sosyal güvenlik hakları düzenlenen devlet memurlarını, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamındaki işçileri, 1479 ve 2929 sayılı Kanunlar kapsamında bulunan bağımsız çalışanları tek bir kanun altında toplamıştır. Bunun yarattığı güçlükler dışında ülkemiz için yepyeni bir uygulama olan genel sağlık sigortası ile ilgili maddelerde de çeşitli kanunlarla değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler çoğunlukla genel sağlık sigortasının kapsamını genişleten değişikliklerdir<sup>1</sup>.

Kısa bir değerlendirme yapmak gerekirse önce işçiler, memurlar ve bağımsız çalışanlar ana gruplar olarak ele alınmıştır. Daha sonra

isteğe bağlı sigortalılar, emekliler sıralanmıştır. Bunları özel durumları nedeniyle sağlık yardımı sağlanması gereken kişi ve gruplar izlemektedir. Bunlar yoksullar, muhtaçlar, savaş kahramanları, şampiyon sporcular gibi gruplardır. En son olarak da değinilen bağlantıların hiç birisine girmeyen, Türkiye’de yaşayan ancak başka bir ülkenin sosyal güvenlik hizmetleri kapsamında sağlık yardımlarından yararlanamayanlar genel sağlık sigortalısı sayılmışlardır<sup>2</sup>.

## 1- GENEL SAĞLIK SİGORTASINDAN YARARLANACAK OLANLAR

Genel sağlık sigortasından yararlanacak olanlar 5510 sayılı Kanunun genel sağlık sigortalısı olarak kabul ettiği kimselerle bunların bakmakla yükümlü oldukları kişilerdir.

### 1- Genel Sağlık Sigortalıları

5510 sayılı Kanunun 60. maddesinde genel sağlık sigortası kapsamına giren kişiler sayıl-



## Türkiye’de ikamet ediyor olmanın genel sağlık sigortasından yararlanmanın temel koşulu olduğu söylenebilir.

mıştır. Türkiye’de ikamet ediyor olmanın genel sağlık sigortasından yararlanmanın temel koşulu olduğu söylenebilir. Genel sağlık sigortalıları önce 5754 sayılı Kanunla belirlenmiş daha sonra 5997, 6009, 6111 ve 6191 sayılı Kanunlarla bazı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Özellikle 6111 ve 6191 sayılı Kanunlarla genel sağlık sigortalılarının kapsamı daha da genişlemiştir. Genel sağlık sigortalıları şu şekilde sıralanabilirler:

- İş sözleşmesi ile çalışanlar (hizmet akdi ile çalışanlar) (md.4/ I, a).
- Köy ve mahalle muhtarları ve bağımsız çalışanlar (md.4/ I, b). (Bunlar eski Bağ-Kur sigortalıları olmaktadır. Ticari kazanç ve serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, gelir vergisinden muaf olarak esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olanlar, anonim şirketlerin kurucu ve yönetici ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları ile diğer ticari şirketlerin ve donatma şirketlerinin tüm ortakları, tarım kesiminde kendi nam ve hesabına çalışanlar).
- İsteğe bağlı sigortalılar (md.50).
- Kamu idarelerinde kadrolu çalışanlar, sözleşmeli çalışanlar, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca açıktan vekil atanmışlar (md.4/ I, c. 1. 2). (Bunlar önceden 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu kapsamındaki kişiler olmaktadır).
- İşçi sendikalarının ve konfederasyonlarının ve bunların şubelerinin başkanları ve yönetim kurulu üyeleri.
- Bir veya daha fazla işveren tarafından çalıştırılan film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları, müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri güzel sanat kollarında çalışanlar, düşünür ve yazarlar.
- Düşük gelirli vatandaşlar (Harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakla-

rı da dikkate alınarak, Kurum tarafından belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına aylık ücretin 1/3’ünden az olanlar düşük gelirli vatandaşlar olarak kabul edilmektedir. Bunların primleri devletçe karşılanacaktır.) (md.60/I, c, 1)<sup>3</sup>.

- Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından başka ülkelerin sosyal güvenlik mevzuatı kapsamında sigortalı olmayanlar (md.60/ I, d).
- 4447 sayılı Kanun hükümleri uyarınca işsizlik sigortasından işsizlik ve kısa çalışma ödeneği alanlar (md.60/ I, e).
- 5510 sayılı Kanuna ve daha önceki sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir ve aylık bağlanmış kişiler (md.60/ I, f).
- Başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar (md. 60/ I, g).
- Vatansızlar ve sığınmacılar (md.60/ I, c.2).
- 2022 sayılı Kanun uyarınca 65 yaş aylığı alanlar (md. 60/ I, c.3)<sup>4</sup>.
- 1005 sayılı Kanun uyarınca şeref aylığı bağlananlar (md. 60/ I, c.4)<sup>5</sup>.
- 3292 sayılı Kanun uyarınca vatani hizmet tertibinden vatana hizmet aylığı alanlar (md. 60/ I, c.5)<sup>6</sup>.
- 2330 sayılı Kanun uyarınca nakdi tazminat veya aylık alanlar (md.60/ I, c, 6)<sup>7</sup>.
- 2828 sayılı Kanun uyarınca ücretsiz olarak bakılan, korunan ve rehabilite edilenler (md.60/ I,c,7)<sup>8</sup>.
- 5434 ve 3713 sayılı Kanunlar uyarınca harp malullüğü aylığı veya terör mağduru aylığı alanlar (md. 60/I, c, 8)<sup>9</sup>.
- 442 sayılı Kanun uyarınca çalışan geçici köy korucuları (md.60/ I, c, 9)<sup>10</sup>.
- 2913 ve 5574 sayılı Kanunlar uyarınca aylık bağlanan veya devlet sporcusu sayılanlarla bunların aileleri (md. 60/ I, c, 10).
- 4046 sayılı Kanun uyarınca iş kaybı tazminatı alanlar<sup>11</sup>.

### **A- Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği Uyarınca Genel Sağlık Sigortası Kapsamına Alınanlar**

- Kamu idaresine ait işyerlerinde çalıştırılan

sigortalılardan iş sözleşmesi askıda kalanlar, sözleşmeleri askıda kaldığı sürece genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır.

- Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde iş üstlenen işverenler tarafından yurtdışına götürülen Türk işçileri genel sağlık sigortalısı sayılacaktır.

- Evlenme ödeneği almış olan kız çocuklarından (5510 sayılı Kanun md.37) eşleri tarafından bakmakla yükümlü olunmayanlar ile 2 yıl içinde boşanan kız çocukları gelir ve aylığın kesildiği tarihten itibaren iki yıllık süre doluncaya kadar genel sağlık sigortalısı sayılırlar (md. 60/ I, f. uyarınca).

- Aylıksız izinli sayılan kamu görevlileri bir yılı geçmemek üzere izinli sayıldıkları süre boyunca (md.4/2), görevden uzaklaştırılan, tutuklanan veya gözetimine alınan kamu görevlileri ise bu süre boyunca genel sağlık sigortasından yararlanmaya devam ederler.

### **B- 6111 Sayılı Kanun Uyarınca Genel Sağlık Sigortası Kapsamına Alınanlar**

**- 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nda belirtilen aday çırak, çıraklar ve mesleki eğitim gören öğrenciler**

Bu durumda olanlar bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda değilse ve yeşil kart kapsamında sağlık yardımlarından yararlanmıyorsa genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır.<sup>12</sup>

**- Meslek liselerinde okumaktayken veya yükseköğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler**

Bu durumda olanlar stajları zorunlu olsun olmasın bakmakla yükümlü olunan kişi değilse ve yeşil kart kapsamında sağlık yardımlarından yararlanmıyorsa genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır.

**- 2547 sayılı Yükseköğrenim Kanunu'nun 46ncı maddesi uyarınca kısmi zamanlı çalıştırılan öğrenciler**

Bu statüde kısmi zamanlı çalışan öğrencilerden prime esas aylık kazançları 5510 sayılı Kanunun 82. maddesine göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda değilse ve yeşil kart kapsa-

**Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde iş üstlenen işverenler tarafından yurtdışına götürülen Türk işçileri genel sağlık sigortalısı sayılacaktır.**

mında sağlık yardımlarından yararlanmıyorsa genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır.

**- Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler**

Bu durumda olanlar bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda değilse genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır.

Ancak 5510 sayılı Kanununun 5/I, e maddesi uyarınca kursa devam ederken yeşil kartı bulunanlar ile bakmakla yükümlü olunan kişi olarak sağlık hizmetlerinden yararlananlar bu durumlarının ortadan kalkması söz konusu olursa genel sağlık sigortası kapsamına alınacaklardır<sup>13</sup>.

**- Üniversitelerde yükseköğrenim gören yabancı uyruklu öğrencilerin bir bölümü**

Üniversitelerde yükseköğrenim gören yabancı uyruklu öğrenciler, öğrenimleri devam ettiği sürece, Türkiye'de bir yıldan fazla süredir ikamet etme şartı aranmadan ancak genel sağlık sigortası primleri kendileri tarafından ödenmek kaydıyla genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır.

Bu durumda olanlardan 1.3.2011 tarihinden önce yükseköğrenim görmeye başlamış olanların ilgili üniversiteler tarafından 1.4.2011 tarihine kadar Sosyal Güvenlik Kurumu'na genel sağlık sigortası bildirimleri yapılmışsa bunlar da 1.3.2011 tarihinden geçerli olmak üzere genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır<sup>14</sup>.

Ancak yükseköğrenim gören yabancı uyruklu öğrenciler, kamu idareleri, kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar, kamu yararına faaliyet gösteren dernekler ile vergi muafiyeti tanıyan vakıflar tarafından tam burs sağlanan ve Yükseköğrenim Kurulu tarafından ayrılan kontenjanlar dahilinde yükseköğrenim gören öğrenciler durumunda iseler, bunlar genel sağlık sigortalısı kapsamına dahil edilmeyeceklerdir.

Bunların sağlık giderleri 2547 Sayılı Kanunun 46ncı ve 47nci maddeleri çerçevesinde üniversitelerin bütçelerine konularak ödeneklerden karşılanacaktır<sup>15</sup>.

#### - **Stajyer avukatlar**

1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca, avukatlık stajı yapmakta olanlardan 5510 Sayılı Kanun hükümleri uyarınca genel sağlık sigortalısı olmayanlar, bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar ve yeşil kart kapsamında sağlık yardımlarından yararlanmayanlar, staj süresi boyunca genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır. Bunların primleri Türkiye Barolar Birliği tarafından ödenecektir.

Stajyer avukatlar 1.3.2011 tarihinden önce staja başlamışlarsa, Türkiye Barolar Birliği tarafından 1.4.2011 tarihine kadar Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmiş olmaları halinde 1.3.2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır<sup>16</sup>.

#### - **Tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalışanlar**

Kamu idareleri hariç olmak üzere, tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalışanlar, 5510 sayılı Kanunun ek 5. maddesi uyarınca genel sağlık sigortalısı sayılmaktadırlar. Bu durumdakiler 5510 sayılı Kanunun 4/I, a maddesi kapsamında sigortalı sayıldıklarından ve kısa vadeli sigorta kollarından sadece iş kazası-meslek hastalığı sigortası, uzun vadeli sigorta kollarından ise malullük-yaşlılık-ölüm sigortaları ile ilişkilendirildiklerinden, ek 5. madde kapsamındaki sigortalılıkları başladığı andan itibaren genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır<sup>17</sup>.

#### - **Ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma aracı işyerlerinde çalışanlar**

Ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma aracı işyerlerinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile bir ya da fazla işveren tarafından çalıştırılanlar çalıştıkları kişi veya kişiler yanında, bir ay içerisinde çalışma saatleri süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olanlar, kendileri 30 gün üzerinden genel sağlık sigortası primi öderlerse, genel sağlık sigortası kapsamına alınırlar<sup>18</sup>.

#### - **Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca belir-**

#### **lenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar**

Bu kimseler, 5510 sayılı Kanunun 4/II-b maddesi kapsamında belirtilen, bir veya birden fazla işveren tarafından, film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlardır. Bu grupta yer alanlar da bir veya birkaç işveren tarafından kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılabilirler. Çalışma saatleri süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olanlar, kendileri 30 gün üzerinden genel sağlık sigortası primi öderlerse, genel sağlık sigortası kapsamına alınırlar.

#### - **5510 sayılı Kanunun 4/I-b maddesi kapsamındaki sigortalılardan borçlu olanların eş ve çocukları**

Bu kapsamdaki sigortalılar bilindiği gibi köy ve mahalle muhtarları ile hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanlardan oluşmaktadır. Bu grupta bulunanlardan 60 günden fazla prim ve prime ilişkin borçları bulunanlar, 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48. maddesine göre tecil ve taksitlendirme talebinde bulunmamışlarsa, 18 yaşından küçük çocukları dışında, bakmakla yükümlü oldukları kişiler varsa, bu kişilerin talepte bulunmaları durumunda, 5510 Sayılı Kanunun 60/I, g maddesi uyarınca genel sağlık sigortalısı sayılmaları mümkün olabilecektir<sup>19</sup>. 18 yaşından küçük çocuklar ise zaten 61. madde hükümleri uyarınca genel sağlık sigortasından yararlanabilmektedirler.

#### - **Türk Vatandaşlığından çıkanlar**

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28inci maddesi uyarınca Türk vatandaşlığından çıkarılanlar bir yıldır ülkemizde ikamet etme şartı aranmaksızın 5510 sayılı Kanunun 60/I, d maddesi uyarınca genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır.

#### - **Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde çalışan Türk vatandaşları**

5510 sayılı Kanunun 5. maddesi birinci fıkrası (g) bendi kapsamında sigortalılıkları devam edenler hariç olmak üzere, yani ülkemiz

## Bakmakla yükümlü olunan kişiler kendileri için prim ödenmesi gerekmeyen kişilerdir. Bu kişiler “bağımlı sigortalı” olarak düşünülebilirler.

ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenler tarafından yurtdışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4/I, a maddesi uyarınca zaten sigortalı sayılacaklarından bunların dışında kalan Türk işçileri, çalıştıkları ülkede sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına sahip iseler, bunların Türkiye’de ikamet eden, 18 yaşından büyük olan bakmakla yükümlü oldukları kişiler 1.1.2012 tarihine kadar talepte bulunurlarsa bunların genel sağlık sigortası kapsamına alınmaları 5510 sayılı Kanununun 60/I, g maddesi kapsamında mümkün olabilecektir.

### **C- 6191 sayılı Kanun Uyarınca Genel Sağlık Sigortası Kapsamına Alınanlar**

6111 sayılı Kanundan sonra 10.3.2011 tarihli 6191 sayılı “Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu” kabul edilmiştir<sup>20</sup>. Amaç Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyaç duyduğu ve gerekli gördüğü kadrolar için yetişmiş personel ihtiyacının karşılanmasıdır.

6191 sayılı Kanununun 4üncü maddesi uyarınca, sözleşmeli er adayları ile önce ön sözleşme yapılacak ve bunlar askeri eğitime alınacaktır. Askeri eğitimlerini başarılı şekilde tamamlayanlarla, dört yıldan fazla olmamak kaydıyla en az üç yıllık sözleşme yapılacaktır. Daha sonra sözleşmeler yenilebilecek, ancak yenilenen sözleşmeler bir yıldan az üç yıldan fazla olmayacak şekilde en çok, ilgilinin 29 yaşını tamamladığı yılın Aralık ayı sonuna kadar uzatılabilecektir.

İlgililer, kendileriyle ön sözleşme yapıldığı andan itibaren 5510 sayılı Kanun 4/I-c maddesi kapsamında sigortalı sayılacaklardır. Bunun doğal sonucu olarak da genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır.

Sözleşmeli erbaş ve erlerden sözleşmesi sona erenlerin genel sağlık sigortalılıkları bir

süre daha devam edecektir.

Sözleşmeli erbaş ve erlerden kendi kusurları olmaksızın idare tarafından sözleşmeleri yenilenmeyenler, sözleşme süresi içinde vefat edenler, bir yıl içinde üç aydan fazla hava değişikimine gönderilenler, bulunduğu kadro kaldırılanlar, bulunduğu kadro sağlık niteliğini kaybettiği için sözleşmeleri sona erenler ile ilgili olarak, bu durumdakilerin hizmet ettikleri süre ne kadarsa, aynı süre kadar bir süre daha genel sağlık sigortalılıkları devam eder<sup>21</sup>. Sözleşme süresi sonunda kendi istekleriyle sözleşmelerini yenilemeyenler ile istihdam edildiği kuvvetinin değiştirilmesi yahut sınıfının kaldırılması nedeniyle, kendi istekleri üzerine sözleşmesi feshedilenlerin, sözleşmeli erbaş ve er olarak hizmet ettikleri sürenin yarısı kadar bir süre daha genel sağlık sigortalılıkları devam eder.

Bu durumda olanların genel sağlık sigortası primleri Milli Savunma Bakanlığı veya İçişleri Bakanlığı tarafından ödenecektir.

Genel sağlık sigortası priminin ödenmeye devam edildiği süre içerisinde 5510 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde belirtilen sigortalılık hallerinden herhangi birisi kapsamında sigortalı olmayı gerektiren bir işte çalışmaya başlayanların, bu çalışmalarını sebebiyle kendileri için genel sağlık sigortası ödenmesi halinde, mükerrer ödeme yapılmaması açısından, Milli Savunma Bakanlığı veya İçişleri Bakanlıkları tarafından ayrıca genel sağlık sigortası primi ödenmeyecektir<sup>22</sup>.

6191 sayılı Kanununun 10, 11. maddesi uyarınca 5510 sayılı Kanununun 40. ve 49. maddelerinde değişiklik yapılarak sözleşmeli er ve erbaşların fiili hizmet süresi zammı ile itibari hizmet sürelerinden yararlanmaları da sağlanmıştır.

### **D-665 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Uyarınca Genel Sağlık Sigortası Kapsamına Alınanlar**

665 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 5510 sayılı Kanununun ikinci fıkrasına (g) bendi eklenmiş ve “Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen Toplum Yararına Çalışma Programlarından yararlananlar” sigortalı kabul edilmiş dolayısıyla genel sağlık sigortası kapsamına alınmışlardır.



## 2- Genel Sağlık Sigortalısının Bakmakla Yükümlü Olduğu Kişiler

Genel sağlık sigortalısının sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü oldukları kişilerin yararlandırılacağı 5510 sayılı Kanunun 62/2. maddesinde ifade edilmektedir. Bakmakla yükümlü olunan kişiler kendileri için prim ödemesi gerekmeyen kişilerdir. Bu kişiler "bağımlı sigortalı" olarak düşünülebilirler<sup>23</sup>.

Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği'nin 4. ve 7. maddelerinde, bakmakla yükümlü olunan kişilerin hangi koşullar altında kimler oldukları belirtilmiştir. Ancak bu kişilerin kapsamında 6111 sayılı Kanun bazı değişiklikler yapmıştır. Bu kimseler eş, çocuk ile ana ve babadır. Buna göre son durum aşağıdaki gibi açıklanabilir:

Genel sağlık sigortalılarından;

- 5510 sayılı Kanunun (5/b) maddesi kapsamı dışında kalan<sup>24</sup>,

(Madde kapsamında aday çırak, mesleki eğitim gören öğrenciler, 2547 sayılı Kanun 46. madde uyarınca kısmi süreli sözleşme ile çalışan üniversite öğrencileri bulunmaktadır. Bunlar sadece belli sigorta kolları ile ilişkilendirilen genel sağlık sigortalıdır).

- 5510 sayılı Kanunun 60/I-c-1. maddesi kapsamı dışında kalan,

(Madde kapsamında, harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar bulunmaktadır).

- 5510 sayılı Kanunun 60/I-c-2. maddesi dışında kalan,

(Madde kapsamında vatansız ve sığınmacılar bulunmaktadır).

- 5510 sayılı Kanunun 60/I-c-7. maddesi kapsamı dışında kalan,

(Madde kapsamında 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümlerine göre korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz yararlananlar bulunmaktadır).

- 5510 sayılı Kanunun 60/VII. maddesi kapsamı dışında kalan,

(Madde kapsamında ülkemizde yükseköğrenim gören yabancı uyruklu öğrenciler yer almaktadır).

- 5510 sayılı Kanunun 60/VIII. maddesi kapsamı dışında kalan,

(Madde kapsamında stajyer avukatlar bulunmaktadır).

Genel Sağlık sigortalılarının,

- Sigortalı sayılmayan, isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan eşleri

Ayrıca bu genel ve sürekli durum dışında, 5510 sayılı Kanunun 4/I, c maddesi kapsamında sigortalı sayılanlardan (kamu görevlileri), ilgili kanunları gereğince bir yıldan fazla aylıksız izin kullanan eşler de genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılacaktır. Ancak bu durumun geçici olduğu, aylıksız izin bitiminde ilgilinin kendi sigortalılığı nedeniyle genel sağlık sigortalısı statüsüne geri döneceği unutulmamalıdır.

- Genel sağlık sigortalılarının bakmakla yükümlü oldukları ikinci grup,

18 yaşını, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yükseköğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın çalışma gücünü en az %60 oranında yitirdiği Kurum sağlık kurulu tarafından tespit edilen ve evli olmayan çocuklarından oluşmaktadır.

Ana ve babası boşanmış olan çocukların, genel sağlık sigortası kapsamındaki hakları, mahkeme kararı ile velayet hakkı verilmiş olan genel sağlık sigortalısı ana ya da baba üzerinden sağlanır.

Genel sağlık sigortalılarının bakmakla yükümlü oldukları üçüncü grup ise, her türlü kazanç ve irattan elde ettiği geliri asgari ücretin net tutarından daha az olan ve diğer çocuklarından sağlık yardımı alamayan ana ve babalarıdır<sup>25</sup>.

- Yukarıda değinilen üç temel grup dışında, harp okulları ile fakülte ve yüksek okullarda Türk Silâhlı Kuvvetleri hesabına okuyan veya kendi hesabına okumaktayken askeri öğrenci olanlardan, astsubay meslek yüksekokulları

ve astsubay naspedilmek üzere temel askerlik eğitimine tabi tutulan adaylardan sınıf tekrarı yapanlar, Polis Akademisi ile fakülte ve yükseköğretimde Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan veya kendi hesabına okumaktayken Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam eden öğrencilerden sınıf tekrarı yapanlar, genel sağlık sigortası sayılmayacaklardır, ancak bakmakla yükümlü olunan kişi olarak genel sağlık sigortası hizmetlerinden yararlanacaklardır<sup>26</sup>.

## II- GENEL SAĞLIK SİGORTASINDAN YARARLANAMAYACAK OLANLAR

### 1- Genel Sağlık Sigortalısı Sayılmayanlar

- Askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile yedek subay okulu öğrencileri (5510 Sayılı Kanun md.6/I, d).
- Yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyenler (5510 sayılı Kanun md.6/I, e).
- Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan yurtdışında ikamet eden ve o ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olanlar (5510 Sayılı Kanun md. 6/I, e).
- Kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen ve temsilciliğin bulunduğu ülkede sürekli ikâmet iznine sahip olan veya bu devletin de vatandaşı bulunan Türk uyruklu sözleşmeli personelden, bulunduğu ülkenin sosyal güvenlik kurumunda sigortalı olduğunu belgeleyenler (5510 sayılı Kanun md.6/I, 1 ).
- Kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen sözleşmeli personelin uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde ve temsilciliğin bulunduğu ülkenin ilgili mevzuatının zorunlu kıldığı hallerde, işverenleri tarafından bulunan ülkede sosyal sigorta kapsamında sigortalı yapılanlar (5510 sayılı Kanun md.6/I, 1).
- Ceza infaz kurumları ile tutuklular bün-

yesinde bulunan hükümlü ve tutuklular (5510 sayılı Kanun md.60/III).

- 5510 sayılı Kanunun 60/ I, d maddesi kapsamında bulunan, mütakabiliyet esasına da dikkate alınmak şartıyla oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan ve Kanunun 4. maddesi kapsamında sigortalı sayılmayan kişilerden, Türkiye'de bir yıldan kısa süreyle ikamet etmekte olanlar (5510 sayılı Kanun md.60/ III).
- 2147 ve 3201 sayılı Kanunlar uyarınca yurtdışı hizmet borçlanması yaparak aylık bağlananlardan Türkiye'de ikamet etmeyenler (5510 sayılı Kanun md.60/III ).
- İsteğe bağlı sigortalı olan yabancı ülke vatandaşlarından Türkiye'de bir yıldan kısa süreyle ikamet etmekte olanlar (Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği md.8/d).

### 2- Genel Sağlık Sigortalısının Bakmakla Yükümlü Olduğu Kişi Sayılmayanlar

- Okulları tarafından sürekli sağlık yardımı yapılanlar
- Askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile yedek subay okulu öğrencileri (Genel sağlık sigortalısı sayılmadıkları gibi bakmakla yükümlü olunan kişi de sayılmamaktadır).
- Ceza İnfaz Kurumları ile tutuklular bünyesinde bulunan hükümlü ve tutuklular (Genel sağlık sigortalısı sayılmadıkları gibi bakmakla yükümlü olunan kişi de sayılmamaktadır<sup>27</sup>.
- Genel sağlık sigortalısının yabancı uyruklu yakınlarından oturma izni almamış olanlar
- Kendi çalışmaları nedeniyle gelir ve aylık alanlar hariç olmak üzere 5510 sayılı Kanunun 60ıncı maddesinin birinci fıkrası (f) bendi gereğince hak sahibi olarak gelir ve aylık alanların eşleri, çocukları, anneleri ve babaları<sup>28</sup>.
- Bakmakla yükümlü olunan kişi olarak sağlık yardımlarından yararlanmakta olanların eşleri, çocukları, anneleri ve babaları.
- Harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veri-

ler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki gelir kişi başına düşen aylık asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşların eşleri, çocukları, anneleri ve babaları<sup>29</sup>.

• Vatansızların ve sığınmacıların eşleri, çocukları, anneleri ve babaları<sup>30</sup>.

## DİPNOTLAR

- 1 Ali GÜZEL/Alı Rıza OKUR/Nurşen CANİKLIÖĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 13.B., İstanbul, 2010, s.739 vd.
- 2 Levent AKIN, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler", Çalışma ve Toplum, 2006/I, S.8., s.33 vd.
- 3 5597 sayılı Kanun uyarınca bu durumdakiler için yeşil kart uygulaması 1.1.2012 tarihine kadar devam edecektir.
- 4 2022 sayılı 65 yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimse-siz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, R.G.10.7.1976 T., No:15642.
- 5 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun, R.G.24.2.1968 T., No:12835.
- 6 3292 sayılı Vatani Hizmet tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun, R.G.3.6.1986 T.,No:19126.
- 7 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, R.G.6.11.1980 T., No:17152.
- 8 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, R.G.27.5.1993 T., No:18059.
- 9 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu, R.G.17.6.1949 T., No:7235; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, R.G. 2.4.1991 T., No:20843 (Mükerrer).
- 10 442 sayılı Köy Kanunu, R.G.7.4.1924 T., No:1340.
- 11 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, R.G.27.11.1994 T., No: 22124.
- 12 5510 sayılı Kanun md.5/b (6111 sayılı Kanun md.24 ile de-ğişik).
- 13 Sosyal Güvenlik Kurumu Genelge No:2011/39.
- 14 Sosyal Güvenlik Kurumu Genelge No:2001/39.
- 15 5510 sayılı Kanun md.60/7 (7. fıkra 1.3.2011 tarihinden ge-çerli olmak üzere 25.2.2011 (Mük.) R.G.tarihli 6111 sayılı Kanunla eklenmiştir).
- 16 Can TUNCAY/ÖMER EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 14.B., İstanbul, 2011, s.430.
- 17 5510 sayılı Kanun Ek md.5.
- 18 6111 sayılı Kanun md.51 ile 5510 sayılı Kanuna eklenen Ek md.6.
- 19 Sosyal Güvenlik Kurumu Genelge No:2011/39.
- 20 R.G.22.3.2011T., No:27882.
- 21 Sosyal Güvenlik Kurumu Genelge No:2011/38.
- 22 Sosyal Güvenlik Kurumu Genelge No:2011/38.

- 23 TUNCAY/EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik..., s.432.
- 24 5510 sayılı Kanun md.5/b (6111 sayılı Kanun ile de-ğişik).
- 25 Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği, md.7/c., md.4/I, e, 3.
- 26 Sosyal Güvenlik Kurumu Genelge No:2011/50.
- 27 5510 sayılı Kanun md. 60/III.
- 28 Sosyal Güvenlik Kurumu Genelge No:2011/50.
- 29 Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği md. 8/II.
- 30 Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği md. 8/II.

Prof. Dr. Murat ŞEN

Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme (Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.2011 Tarihli Kararı Çerçevesinde)

## 1. GİRİŞ

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 142. maddesine göre, “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.”

Bilindiği üzere, yargı sistemleri yargı birliği (Anglo-Sakson Sistemi) ve yargı ayrılığı (Kara Avrupası Sistemi, idari yargı) sistemi olmak üzere iki başlık altında ele alınmaktadır.

Kamu hukuku-özel hukuk gibi bir ayrıma yer verilmeyen ABD, İngiltere, Kanada ve Güney Afrika gibi Anglo-Sakson ülkelerinde yargı birliği sistemi uygulanmakta, uyuşmazlığın içeriği ne olursa olsun görevli mahkemeler, sadece adliye mahkemeleri olmaktadır. İdare mahkemelerine yer verilmeyen bu sistemde hem özel hukuk kişilerinin hem de idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar adliye mahkemeleri tarafından denetlenmektedir<sup>1</sup>. Bu ülkelerde idare mahkemeleri isimli mahkemelerin olması sonucu değiştirmemekte çünkü bunların ayrı bir yargı kolu oluşturma-

dığı ve bunların ayrı bir üst mahkemesinin bulunmadığı bilinmektedir<sup>2</sup>.

Kamu hukuku-özel hukuk ayrımına yer verilen Fransa, Almanya, İspanya, İtalya ve Türkiye gibi Kara Avrupası hukuk sisteminde ise yargı ayrılığı (idari yargı) sistemi geçerli olup idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan idari uyuşmazlıklar adliye mahkemelerinde değil, sırf bu amaçla kurulmuş özel mahkemelerde (idare mahkemelerinde) özel hukuk uyuşmazlıklarından farklı usul ve kurallarla çözümlenmektedir<sup>3</sup>. Bu sistemde idari yargı, idari makamların (devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin) kamu (idare) hukuku alanındaki faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümüne uğraşmaktadır. Adli yargı ise, Anayasa yargısı, idari yargı ve askeri (ceza) yargısı dışında kalan bütün yargısal faaliyeti kapsayan ve en geniş uygulama alanı bulunan bir yargı kolu olarak görülmektedir<sup>4</sup>.

Ülkemizdeki yargı sistemi ise yargı ayrılığını esas almış ve temelde Anayasa yargısı, adli yargı, idari yargı ve askeri (ceza) yargısı gibi yargı



yollarıyla incelenmiştir. İdarenin faaliyetlerinden hangilerinin adli yargı, hangilerinin de idari yargı denetimine tabi olacağı başta Anayasa olmak üzere kanunlar ve yargı içtihatları ile belirlenmektedir<sup>5</sup>. Buna rağmen, özellikle adli yargı-idari yargı ayrımı bağlamında, hangi tür uyuşmazlıkların adli yargı kapsamına gireceği ve hangilerinin de idari yargı alanına dahil olacağı konusunda düzenleme getiren kanun hükümlerinin dönem dönem Anayasa'daki hükümlere aykırı olduğu hususunda tartışmalar da yaşanabilmektedir.

Bu tartışmalardan biri, itiraz (def'i, somut norm denetimi) yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne giden 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan "Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" hükmünün "...bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" bölümünün Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi şeklinde ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmada, söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususu, hem itiraz yoluna başvuran Danıştay Onbirinci Dairesinin hem de Anayasa Mahkemesinin gerekçeleri göz önünde bulundurularak pozitif hukuk açısından bir değerlendirmeye tabi tutulacak ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası ile 4857 sayılı İş Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıkların hangi mahkemelerde ele alındığı ve alınması gerektiği yargı kararları ve öğretilerdeki görüşler ışığında açıklanacaktır.

## II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI<sup>6</sup>

### A. Genel Olarak

Çalışmaya konu Anayasa Mahkemesi kararı, somut norm denetimi (itiraz) yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gitmiş bir olaya ilişkindir. Bilindiği üzere, somut norm denetimi, bir mahkemede görülmekte olan bir davanın karara bağlanmasının, o davada kullanılacak hukuk

normunun anayasaya uygun olup olmamasına bağlı olması halinde yapılan denetimdir. Öğretilerde bu denetim yolu için itiraz veya def'i (exceptio) yolu ifadeleri de kullanılmaktadır<sup>7</sup>. Bu yolun işletilmesi sadece tarafların itirazı ile değil, davayı görmekte olan mahkemenin davaya uygulanacak olan normu Anayasaya aykırı görmesi suretiyle de başlatılabilmektedir<sup>8</sup>.

Söz konusu uyuşmazlıkta, Danıştay Onbirinci Dairesi itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesinden 31.05.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan "...bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" bölümünün, Anayasa'ya aykırılığı savıyla iptalini ve yürürlüğünün durdurulmasını istemiştir.

### B. İtiraz Yoluna Başvuran: Danıştay Onbirinci Dairesi

#### 1. İtirazın Konusu

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan "...bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" bölümünün, Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

#### 2. Olay

Emekli Sandığı tarafından 2001 yılında bağlanan yetim aylığının, idareden kaynaklanan hata nedeniyle fazla ödendiğinin tespit edilmesi üzerine, fazla tutarın kesileceğine ilişkin işlemin iptali istemiyle İdare Mahkemesi'nde açılan davanın görev yönünden reddi yolundaki kararın temyiz incelemesinde, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Onbirinci Dairesi, söz konusu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

#### 3. İtirazın Gerekçesi

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir: "Anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet, bireyin huzur ve gönencini gerçekleştire-

ren ve güvenceye alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma yaşamının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, ekonomik ve mali önlemleri alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve ulusal gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı önlemleri alan devlettir.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarına egemen olan görüşe göre de, sosyal devletin görevi, kişinin onurlu bir yaşam sürdürmesi ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirmesi için gerekli koşulları oluşturmak, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti, sosyal gönenci, sosyal güvenliği ve toplumsal dengeyi sağlamaktır.

Anayasa'nın 60. maddesinde, "Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli önlemleri alır ve teşkilatı kurar." kuralına yer verilmiş olup maddede, sosyal güvenlik, bireyler yönünden "hak", Devlet yönünden "ödev" olarak öngörülmüştür. Anayasa koyucu, Devlet'i yalnızca sosyal güvenliği sağlayacak önlemleri almak ve gerekli örgütü kurmakla görevlendirmemiş, aynı zamanda bunu Devlet'in yükümlülüğü olarak düzenlemiştir.

Sosyal güvenlik hakkının, yurttaşlarının sosyal durumu ve gönenciyle ilgilenen, onlara insanlık onuruna yaraşır asgari yaşama düzeyi sağlayan sosyal devletin gereği ve zorunlu sonucu olduğu, sosyal güvenliğin sağlanmasının Devlete Anayasa ile verilen ve yerine getirilmesi zorunlu bulunan bir kamu hizmeti olduğu kuşkusuzdur.

5502 sayılı Kanun ile kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu, Devletin sosyal güvenlik ödevini yerine getirmek üzere kurulmuş, kamu tüzel kişiliğini haiz bir kamu kurumudur.

Anayasanın 123. maddesinin 3. fıkrasında, "kamu tüzel kişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur." hükmüne yer verilmiş olup, genel olarak kamu tüzel kişileri, Devlet tarafından kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla kurulan, kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılan tüzel kişilerdir. Bu tüzel kişilerin özel hukuk tüzel

kişilerinden farklı olarak üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olmasıyla güdülen amaç kamu yararının sağlanması ve kamu hizmetinin en iyi şekilde yerine getirilmesidir.

Bu bağlamda, Sosyal Güvenlik Kurumunun kurulmasına ilişkin 5502 sayılı Kanunun ve bu Kanun uyarınca kurulan Kurumun, sosyal güvenlik hizmetlerini yerine getirirken uygulayacağı 5510 sayılı Kanun hükümlerinin irdelemesi gerekmektedir.

5510 sayılı Kanun ile Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, hizmet akdine dayalı ücretle çalışanlar, tarımsal işlerde ücretle çalışanlar, kendi hesabına çalışanlar ve tarımsal alanda kendi hesabına çalışanları kapsayan beş ayrı emeklilik rejiminin, aktüeryal olarak hak ve yükümlülüklerin eşit olacağı tek emeklilik rejiminde buluşturulması amaçlanmaktadır.

Yasa, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortasından yararlanacak kişileri, işverenleri, sağlık hizmeti sunucularını, bu Yasa'nın uygulanması yönünden gerçek kişiler ile her türlü kamu ve özel hukuk tüzel kişilerini ve tüzel kişiliği olmayan diğer kurum ve kuruluşları kapsamaktadır.

Yasada, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortası yönünden kişileri güvenceye alacak düzenlemelere yer verilmektedir. Bu bağlamda, Yasa'da, sosyal sigortalardan yararlanacak kişiler ve sağlanacak haklar, bu haklardan yararlanma koşulları, finansman ve karşılanma yöntemleri belirlenmekte, sosyal sigortaların ve genel sağlık sigortasının işleyişine ilişkin ilke ve yöntemler yer almaktadır.

20.5.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 1. maddesinde, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu, 28. maddesinde, kurum hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine tabi olarak istihdam edilen personel tarafından yürütüleceği, 29. maddesinde, kurum kadrolarının tespiti, ibdası, kullanılması ve iptali ile kadrolara ilişkin diğer hususlarda 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin

uygulanacağı, 35. maddesinde kurumun malları, alacakları ve banka hesaplarının, 2004 sayılı Kanun ve 6183 sayılı Kanun bakımından Devlet malı hükmünde olduğu, alacaklarının imtiyazlı alacaklar olduğu ve kurumun taşınır ve taşınmazları ile bankalardaki mevduatları dahil her türlü alacaklarının haczedilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu genel olarak incelendiğinde ise, sosyal sigorta ve genel sağlık sigortasından yararlandırılmaya ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu görülmektedir. Nitekim, anılan Kanunun 7. maddesinde, sigortalılığın Kanunda öngörülen biçimde çalışmaya başlama ya da statüye geçmekle kendiliğinden başlayacağı, 12. maddesinde, işyeri, işyerinin bildirilmesi, devri, intikali ve nakline ilişkin bilgileri kuruma bildirmenin zorunlu olduğu, 11. maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 102. madde uyarınca idari para cezası uygulanacağı, 92. maddesinin 1. fıkrasında, kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olmasının zorunlu olduğu, bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümlerin geçersiz olduğu, 98. maddesinde, sosyal sigortalara, özel sigortalar konusundaki yasa hükümlerinin uygulanmayacağı, 102. maddesinde, prim borcunu ödemeyen veya yasanın öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında Kurumun idari para cezası verme yetkisine sahip olduğu, 92. maddesinin 2. fıkrasında, prim borcunu gösteren ve Kurumca düzenlenen belgelerin, resmi makamların usulüne göre verdikleri belgeler niteliğinde olduğu, 92. maddesinin 3. fıkrasında, sigortalılığın bu Kanunda sayılan sigortalı sayılma şartlarının kaybedilmesi veya ölüm halinde sona ereceği, 96. maddesinde ise, Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya

yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemelerin, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edileceği kurala bağlanmıştır.

Bu Kanun maddelerinden de anlaşılacağı üzere, kamu tüzel kişisi olduğu kuruluş yasasında açıkça belirtilen Sosyal Güvenlik Kurumunun, Devletin Anayasada işaret edilen sosyal güvenliğe ilişkin ödev ve yükümlülüklerini, (kamu hizmetini) yerine getirmek için kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılan, yasa gereği kendiliğinden ve zorunlu olarak sigortalı kapsamına alınanların hukuki statülerinde tek taraflı değişiklik yapmaya yetkili bir kamu tüzel kişisi olduğu ve dolayısıyla bu kişiler hakkında tesis ettiği tüm işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu açıktır.

Tarafların serbest iradeleriyle belirlenmiş hukuki ilişkilerin bulunmadığı idare hukukunda, kanunla önceden belirlenmiş statüler mevcuttur, idare hukukunda, özel hukuktan farklı olarak kamu yararı amacıyla idare kamu gücünü kullanarak kişilerin hukuki statüsünde tek taraflı olarak değişiklikler yapabilir. Bir idari işlemin yapılabilmesi için o işlemin ilgilisi tarafından kabul edilmesine gerek yoktur, idarenin tesis ettiği idari işlemler, ilgili kişi isteğe de istemese de hukuki sonuçlarını doğurur.

5510 sayılı Kanunun kapsamında bulunanlar, isteklerine bakılmaksızın kendiliğinden ve zorunlu olarak sigortalı ve genel sağlık sigortalısı statüsüne girerler. Bu statü uyarınca, ödeyecekleri primler, primlerin oranları, çalışma süresi gibi yükümlülükleri ile bu yükümlülükleri yerine getirmeleri sonucu elde edecekleri yaşlılık veya malullük aylığından faydalanma ve sağlık sigortasından yararlanma gibi hakları önceden belirlenmiştir, ilgililer sigorta türlerinden (5510 sayılı Kanunun 4/1-a.b ve c kapsamında sigortalı olma yönünden) istediklerini seçme hakkına sahip olmadıkları gibi hangi kapsamda sigortalı sayılacakları da Kanunla önceden belirlenmiştir.

Anayasa'da Türkiye Cumhuriyetinin demokratik bir hukuk devleti olduğu vurgulanırken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devle-



tinin olmazsa olmaz koşuludur. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralıyla amaçlanan etkili bir yargısal denetimdir. Bu kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayırma ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasındaki "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır", 140. maddesinin birinci fıkrasındaki "Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılığı olarak görev yaparlar", 142. maddesindeki "mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir" ve 155. maddesinin birinci fıkrasındaki "Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" biçimindeki düzenlemeler idari-adli yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargı, özel hukuk alanına giren eylem ve işlemlerinin ise adli yargı denetimine tabi olacağı Anayasa'nın "Kanuni hakim güvencesi" başlıklı 37. maddesinde belirtilen, "Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz." amir hükmünün zorunlu sonucudur.

Anayasanın yürütme bölümünde yer alan 125. maddesinin ilk fıkrasından sonra gelen fıkraları idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemede olup, sözü edilen fıkralarda değinilen idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı

olarak adli yargı sistemi için değil, idari yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir.

Anayasa'nın belirlemiş olduğu bu kurallar, İdari Yargılama Usulü Kanununda da yer alan idari yargılama usul ve esaslarının ana kurallarıdır. Anayasanın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. ile 155. maddelerinde belirtilen idari - adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyumsuzluğun çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Öte yandan, Anayasanın 157. maddesinin birinci fıkrasında "Askerî Yüksek idare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzlukların yargısal denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir" kuralına yer verilmek suretiyle, özel görevli bir idari yargı yeri olan Askerî Yüksek idare Mahkemesinin görev alanı anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Bu bağlamda, asker kişileri ilgilendirmeyen ve askerî hizmete ilişkin olmayan idarî eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin de Danıştay'da ya da öteki idari yargı yerlerinde yapılacağı sonucuna ulaşılabileceği açıktır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının kamu hizmetleriyle veya bu hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili kararları idarî nitelik taşıyan kararlardır. Anayasanın 155. maddesinin birinci fıkrasında, "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir" kuralına yer verilerek Danıştay'ın görevi açık ve kesin bir biçimde belirlenmiştir. Kuralın açıklığı ve kesinliği karşısında, Danıştay'ın görev alanına giren bir uyumsuzluğun çözümününün adli yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir yetkisine ve seçme hakkına sahip olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Tersî durum, Anayasa'nın "Kanunî hakim güvencesi" başlıklı 37. maddesinin birinci fıkrasındaki buyurucu kurala aykırılık oluşturur.

Anayasa Mahkemesinin 22.5.1976 tarih ve E:1976/1, K:1976/28 sayılı kararında belirtildi-



ği üzere, adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nesafet kurallarına göre çözümlenerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde, idari yargı denetiminin ana ereği, idarenin, hukuk alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir anlatımla, idari yargı denetiminin amacı, idarenin kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması ya da hukuka aykırı işlem tesis etmesi veya eylemde bulunması hallerinde bu işlemleri iptal etmek veya hukuka aykırı eylem nedeniyle ilgililere verilen zararın tazminine hükmetmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır. Hukuka aykırı olması nedeniyle bir idari işlemin iptal edilmesine ilişkin karar, geçmişe yürür, yani sakat idari işlemin yapıldığı andan itibaren hüküm ifade eder. Bundan dolayı iptal hükmü idareye iptal edilen idari işlemde önce mevcut olan ve bu işlemle değiştirilmiş bulunan hukukî durumu aynen iade etme zorunluluğunu yükler.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından, 5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması sonucu tesis edilen işlemlere karşı iş mahkemelerinde açılan davalar, “tespit” ve “eda” davası niteliğinde olup, bu davalar sonucunda hukuka aykırı işlemler iptal edilmediğinden, hukuk alanında varlığını sürdürmektedir. Davanın kabulü veya reddi şeklindeki mahkeme kararları taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nesafet kurallarına göre çözümünü sağlamaktadır. Dolayısıyla idari yargının varlık nedeni olan idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden ilgilileri koruma amacı ve idarenin hukuk alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaya yönelik amaç bu tür kararlarla gerçekleşmemektedir.

İdari yargının görev alanı belirlenirken, kişiler hakkında tesis edilen işlem ile bu işlemin dayanağı olan yasa kuralının niteliği ve işlemi tesis eden idarenin hukuki statüsünün bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, hizmet akdine dayalı olarak bir işverene bağımlı çalışan ve sosyal güvence yönüyle Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi bulunan işçiler ile kendi adlarına bağımsız olarak çalışan ve sosyal güvence yönüyle Bağ-Kur’a tabi olan

sigortalılar ve kamu idarelerinde çalışan ve sosyal güvence yönüyle Emekli Sandığına tabi olan memur ve diğer kamu görevlileri çalışma hayatlarında kendilerine uygulanan mevzuatın niteliği gözetilmeksizin Sosyal Güvenlik Kurumunun kurulması ile tek bir sosyal güvence altında birleşmiştir.

Anayasa’nın 2. ve 60. maddeleri uyarınca, bireylerin sosyal güvenlik hakkını sağlayacak sosyal güvenlik teşkilatının kurulması zorunluluğu karşısında, kanunla kurulan ve kamu tüzel kişiliğini haiz bulunan Sosyal Güvenlik Kurumu kendisine yasa ile verilen kamu hizmetini yerine getirirken yasa gereği zorunlu olarak sigortalı olanlar hakkında tesis ettiği işlemlerde üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini kullanmak suretiyle hukuki statülerinde tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisine sahiptir. 5510 sayılı Kanunun 98. maddesinde, “... bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel sigortalara ilişkin hükümler, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınmaz.” ve 99. maddesinde, “Sosyal güvenlik hak ve yükümlülükleri ile ilgili yapılacak her türlü kanunî düzenlemeler bu Kanunda yapılır.” kurallarına yer verilerek sosyal sigorta işlemleri hakkında kamu hukukuna özgü kuralları içeren 5510 sayılı Kanunun bu Kanun kapsamında bulunan kişilere uygulanması öngörülmüştür.

Öte yandan, 5510 sayılı Kanun kapsamına alınan kişilerin çalışma hayatlarında tabi oldukları hukuki statülerini gözeterek Kurum tarafından tesis edilen idari işlemlere karşı açacakları davaların görüm ve çözümünü farklı yargı yerlerine tabi kılmak, idari işlemleri ilgili bireylere göre ayırtırmak sonucunu doğurur ki bu sonucun, kamu hizmeti kuramıyla bağdaştırılması olanaksızdır.

Uyuşmazlık konusu olayda, davalı idarenin bilgisayar sisteminden kaynaklanan bir hata nedeniyle, davacıya vefat eden babasından dolayı bağlanan yetim aylığının, fazla ödendiğinin tespiti üzerine 5510 sayılı Kanunun 96. maddesi ve bu madde hükmü uyarınca yürürlüğe konulan “Fazla ve Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”in 10. maddesi uyarınca, 11.173,95-TL borç çıkartılmış ve 2009 yılı

Ağustos ayından itibaren yetim aylığından 1/4 oranında kesinti yapılmak suretiyle tahsil yoluna gidileceği hususunda davalı idarece kamu gücü kullanılarak tesis edilmiş bulunan bir idari işlem davaya konu edilmiştir.

Bu itibarla Sosyal Güvenlik Kurumunca kamu hizmeti yerine getirilirken kamu gücü kullanılarak 5510 sayılı Kanun kapsamında bulunan sigortalılar hakkında tesis edilen tüm işlemler idari işlem niteliğinde bulunduğundan ve bu işlemler nedeniyle idare ile ilgililer arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli yargı yeri Anayasal düzenlemelere göre idari yargı olduğundan, 5510 sayılı Kanununun 101. maddesinde yer alan “bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür” tümcesinin Anayasa’nın 2., 37., 125., ve 155. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; Anayasanın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 28. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 5510 sayılı Kanunun “Uyuşmazlıkların çözüm yeri” başlıklı 101. maddesinde yer alan “bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür” tümcesinin Anayasa’nın 2., 37., 125., ve 155. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılmaması nedeniyle tümcenin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı’na gönderilmesine, 24.02.2010 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.”

## C. Anayasa Mahkemesi’nin İtiraz Konusu Yasa Kuralına İlişkin İncelemesi

### 1. Yasa Metinleri

#### a. İtiraz Konusu Yasa Kuralı

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun itiraz konusu kuralı içeren 101. maddesi şöyledir:

“Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanma-

sıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür.”

#### b. Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa’nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine dayanılmıştır.

### 2. İlk İnceleme

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AK-YALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Engin YILDIRIM’ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında: Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, 22.9.2010 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

### 3. Esasın İncelenmesi

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

#### a. Anlam ve Kapsam

5510 sayılı Kanun, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortası bakımından kişileri güvence altına almak; bu sigortalardan yararlanacak kişileri ve sağlanacak hakları, bu haklardan yararlanma şartları ile finansman ve karşılama yöntemlerini belirlemek; sosyal sigortaların ve genel sağlık sigortasının işleyişi ile ilgili usûl ve esasları düzenlemek amacıyla getirilmiştir. Kanun, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortasından yararlanacak kişileri, işverenleri, sağlık hizmeti sunucularını, bu Kanunun uygulanması bakımından gerçek kişiler ile her türlü kamu ve özel hukuk tüzel kişilerini ve tüzel kişiliği olmayan diğer kurum ve kuruluşları kapsamaktadır.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu’yla, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu’nun bazı maddeleri yürürlükten kaldırılmış, kamu tüzel kişiliğine sahip Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, hiç bir işleme ge-

rek kalmaksızın, bu Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla, görevleri ile birlikte, 1. maddeye dayanılarak kurulan kamu tüzel kişiliğine sahip Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilmiştir.

5510 sayılı Kanunla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu kapsamında bulunanlar, geçici maddelerle korunan haklar dışında, sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri yönünden yeni bir sisteme bağlı tutulmuş ve 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra göreve başlayanlar yönünden, prim esasına dayalı sigorta sistemine geçilmiştir. Bu sistemle, devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, hizmet akdine göre ücretle çalışanlar, tarım işlerinde ücretle çalışanlar, kendi hesabına çalışanlar ve tarımda kendi hesabına çalışanları kapsayan beş farklı emeklilik rejimi, aktüeryal olarak hak ve yükümlülükler yönünden tek bir sosyal güvenlik sistemi altında toplanmıştır.

5510 sayılı Kanun'un iptali için açılan iki ayrı iptal davası birleştirilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 günlü, E.2006/111, K.2006/112 sayılı kararıyla, anılan Kanun'un birçok maddesiyle birlikte, bu Kanun'un yürürlük tarihinden önce 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tâbi olarak görev yapmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlilerini diğer sigortalılarla aynı sisteme tâbi kılan hükümlerin iptaline karar verilmiştir. İptal kararını takiben kabul edilen 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile Anayasa Mahkemesi iptal kararı doğrultusunda 5510 sayılı Kanunda düzenlemeler yapılmış ve anılan Kanun'a eklenen Geçici 1'inci ve Geçici 4'üncü maddelerle 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanun'un 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanlar ile bunların dul ve yetimleri hakkında, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434

sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Diğer bir deyişle, 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce memur ve diğer kamu görevlisi olarak çalışmakta olanlar, evvelce olduğu gibi 5434 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olacaklar ve bunların emeklilikleri bakımından da aynı Kanun hükümleri uygulanmaya devam edecek; ancak 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra memur ve diğer kamu görevlisi olarak çalışmaya başlayanlar ise 5510 sayılı Kanun'un 4/c maddesi uyarınca, bu Kanun hükümlerine tâbi sigortalı sayılacak ve haklarında 5434 sayılı Kanun değil 5510 sayılı Kanun'un öngördüğü kural ve esaslar uygulanacak; ihtilaf halinde de adli yargı görevli bulunacaktır.

5754 sayılı Kanun'un yürürlüğüyle birlikte, artık sosyal sigortacılık esasına göre faaliyet gösteren ve yaptığı, tesis ettiği işlem ve muameleler idari işlem sayılamayacak bir sosyal güvenlik kurumunun varlığından söz etmek gerekli bulunmaktadır. 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce iştirakçi sıfatıyla çalışmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile emekli sıfatıyla 5434 sayılı Kanun'a göre emekli, dul ve yetim aylığı almakta olanlar ve ayrıca memurlar ve diğer kamu görevlilerinden ileride emekliliğe hak kazanacaklar yönünde ise Sosyal Güvenlik Kurumu'nun tesis edeceği işlem ve yapacağı muameleler "idari işlem" niteliğini korumaya devam edecek bunlara ilişkin ihtilaflarda da evvelce olduğu gibi idari yargı yeri görevli olmaya devam edecektir.

5754 sayılı Kanunla değişik 5510 sayılı Kanun'un sistematüğinde sosyal sigortalardan yararlanacak kişiler ve sağlanacak haklar, bu haklardan yararlanma koşulları, finansman ve karşılanma yöntemleri belirlenmekte, sosyal sigortalının ve genel sağlık sigortasının işleyişine ilişkin ilke ve yöntemler yer almaktadır. 5502 sayılı Kanunda, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, "bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tâbi" olduğu belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralın yer aldığı 101. maddede, 5510 sayılı Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri konusunda ge-

nel bir hüküm getirilmiştir. Maddeye göre, bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülecektir. Maddede, “bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan haller” sözcükleri kullanılmak suretiyle, getirilen genel kuralın istisnaları, genel gönderme yoluyla gösterilmiştir.

5510 sayılı Kanun’un 102. maddesinde, aynı Kanunda öngörülen bazı yükümlülüklerin zamanında ya da usulünce yerine getirilmemesi halinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından verilecek idarî para cezaları ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında, bu cezaların ne şekilde tahakkuk edeceği, ödeneceği, buna karşı ödeme süresi içinde Kuruma itiraz edilebileceği, itirazın takibi durduracağı, itirazın reddi üzerine de kararın tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili “idare mahkemesi”ne başvurulabileceği belirtilmiştir. 102. maddenin dördüncü fıkrasının dördüncü cümlesi, yapılan itiraz başvurusu incelenmiş ve Anayasa Mahkemesi’nin 20.10.2011 günlü, E.2010/55, K.2011/140 sayılı kararıyla Anayasa’ya aykırılık savı reddedilmiştir.

İş mahkemeleri, iş hukukundan doğan uyuşmazlıklara bakmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’na dayanılarak kurulmuştur. İptali istenilen kuralda, Sosyal Güvenlik Kurumu’nun prim ve diğer alacaklarının hesaplanması, sigortalı olma hakkının kazanılması ya da kaybedilmesi, ihbar, kıdem ve diğer tazminatlardan doğan uyuşmazlıklar sonucunda hükmolunan miktarların ve bunlara uygulanacak faiz oranlarının hesaplanması gibi kendi içinde bütünlük ve ihtisas gerektiren konular, iş hukuku ile de yakından bağlantılı ihtisaslaşmış bu mahkemelere bırakılmıştır.

### **b. Anayasa’ya Aykırılık Sorunu**

Başvuru kararında, sosyal hukuk devletinde sosyal güvenliğin, bireyler yönünden hak olarak öngörüldüğü, bireylere sağlanan bu anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için devletin tüm çalışanlara sosyal güvenlik hakkını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu, devlete Anayasa ile verilen bu zorunlu kamu hizmetinin kamu tüzelkişiliğine sahip Sosyal Güvenlik Kurumu

tarafından yerine getirildiği, kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla kurulan Kurumun kamu gücüyle üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatıldığı, 5510 sayılı Kanunda sosyal sigortadan yararlanmaya ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu ve tek taraflı olarak değiştirilebileceği, idarenin tesis ettiği işlemlerin kişiler yönünden hukuksal sonuç doğuracağı, sigortalılığın isteğe bağlı olmayıp zorunlu olduğu, Anayasa’da idarî ve adli yargı ayırımına gidildiği, kanunî hakim güvencesinin de bu ayırımı gerektirdiği, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda idarî yargının görevli olacağı, bu konuda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunmadığı, idarî yargının görev alanı belirlenirken, kişiler hakkında tesis edilen işlem ile bu işlemin dayanağı olan kuralın niteliği ve işlemi tesis eden idarenin hukuki statüsünün bir bütün olarak değerlendirilmesi ve sosyal güvenlik işlemleri hakkında kamu hukukuna özgü kuralların uygulanması gerektiği, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 1.10.2008 günü yürürlüğe giren “Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri” başlıklı 101. maddesinde, bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği belirtilmiştir; bu hükümle, Kanunun 102. maddesindeki idarî para cezalarıyla ilgili davaların idare mahkemelerinde görülmesi dışında, Kanun kapsamındaki tüm uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesi öngörülmüştür.

Anayasa’nın, Cumhuriyetin niteliklerinin belirlendiği 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin insan haklarına saygılı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik, sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”; 140. maddesinin birin-



ci fıkrasında, “Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını olarak görev yaparlar”; 142. maddesinde, “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir”; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, “Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar” kurallarına yer verilmiştir. Anayasa’nın 37. maddesinde ise “Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz” denilmiştir.

Anayasa, Türkiye Cumhuriyeti’nin demokratik bir hukuk devleti olduğunu vurgularken, devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını amaçlamıştır. Yargı denetimi demokrasinin “olmazsa olmaz” koşuludur. Anayasa’nın “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” kuralıyla benimsediği husus da etkili bir yargısal denetimdir. Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa’da adlî ve idarî yargı ayırımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir.

5510 sayılı Kanun ile birlikte sosyal güvenlik tek çatı altında toplanmış, özel hukuk niteliği ağır basan sosyal güvenlik hukuku alanı oluşmuştur. İtiraz konusu kuralda, ayırım yapılmaksızın 5510 sayılı Kanundaki iş ve işlemler

hakkında genel bir düzenleme yapılmış ve aksine hüküm bulunmayan hallerde, Kanun kapsamındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak iş mahkemeleri gösterilmiştir. İş mahkemeleri, iş hukuku alanındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli, ihtisaslaşmış adlî yargı mahkemeleridir. Yasa koyucu 5510 sayılı Kanun kapsamındaki iş ve işlemler, prim esasına dayalı yeni sistemin niteliğine bağlı olarak iş mahkemelerinin görev alanı kapsamına alabilir. Sosyal güvenlik hukuku kapsamında aynı konuya ilişkin tüm uyuşmazlıkların, bu alanda görevli uzman mahkeme olan iş mahkemelerinde görülmesinin, hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olduğu, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasını olanaklı kıldığı da açıktır.

Bu bakımdan 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra, prim esasına dayalı yeni sistemin içeriği ve Kanun kapsamındaki iş ve işlemlerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, itiraz konusu kurala, yargılamanın bütünlüğü ve uzman mahkeme olması nedeniyle Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde iş mahkemelerinin görevlendirilmesinde Anayasa’ya aykırılık görülmemiştir.

Ancak, yukarıda açıklandığı üzere 5754 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce statüde bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileriyle ilgili sosyal güvenlik mevzuatının uygulanmasından doğan idari işlem ve eylem niteliğindeki uyuşmazlıklarda idari yargının görevinin devam edeceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 101. maddesinde yer alan “...bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür” bölümü, Anayasa’nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

#### 4. Yürürlüğün Durdurulması İstemi

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 101. maddesinin “... bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar

iş mahkemelerinde görülür.” bölümüne yönelik iptal istemi, 22.12.2011 günlü, E.2010/65, K.2011/169 sayılı kararlar reddedildiğinden, bu bölüme ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 22.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

## 5. Sonuç

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinin “... bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür.” bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 22.12.2011 gününde karar verildi.

## 6. Karşioy Gerekçeleri

a. “5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 1.10.2008 günü yürürlüğe giren “Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri” başlıklı 101. maddesinde, bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği belirtilmiş; böylece, Kanun'un 102. maddesindeki idari para cezalarıyla ilgili davaların idare mahkemelerinde görüleceğine ilişkin kural dışında kalan Kanun kapsamındaki tüm uyuşmazlıkların, adli ve idari yargı ayrımı yapılmaksızın iş mahkemelerinde görülmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”; 140. maddesinin birinci fıkrasında, “Hâkimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar”; 142. maddesinde, “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir”; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, “Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar” denilmektedir.

Bu kurullarla Türk hukuk sistemindeki tarih-

sel gelişime de paralel olarak idari ve adli yargı ayrımı kabul edilerek idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Buna göre, idare hukuku alanına giren konularda idari yargı; özel hukuk alanına giren konularda da adli yargı görevli olacaktır. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararlarıyla haklı neden ve kamu yararı gibi hizmet gereklerinin zorunlu kıldığı bazı durumlarda bu kurala istisna getirilebileceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte Anayasa'daki idari ve adli yargı ayrımının korunabilmesinin getirilecek istisnaların sınırlarının çok dar tutulmasına bağlı olduğu açıktır. Bu konuda yasa koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğu söylenemez.

SGK, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'na göre, bu Kanun ile Kuruma görev ve yetki veren diğer kanunların hükümlerini uygulamak üzere; kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali açıdan özerk, bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tabi bir kamu kurumudur. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olup, gelirleri kamu geliri, giderleri kamu gideri olan Kurum, Sayıştay'ın denetimine tabidir. Kurumun malları, alacakları, banka hesapları Devlet malı hükmünde, alacakları ise imtiyazlı alacaklardır.

Kurum'un, Anayasa ile güvence altına alınan sosyal güvenliğin sağlanması ve korunması konusundaki görev ve yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için yaptırım uygulama yetkisine sahip bulunduğu, bu yaptırımın da idari nitelikte olduğu ve idari yargı rejimine bağlı tutulması gerektiği açıktır. Bu bağlamda, Kurum'un, 5502 ve 5510 sayılı Kanunlara göre yaptığı işlemler kamu gücü kullanılarak yapılan tek taraflı idari işlemlerdir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2011 günlü, Esas: 2010/55 Karar: 2011/140, sayılı kararında Kurum'un idari bir organ olup, yaptığı tek taraflı işlemlerin de idari işlem olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda, 5510 sayılı Yasa'nın uygulanmasıyla ilgili idari para cezaları dışında, idare hukuku alanına giren başka uyuşmazlıkların da bulunduğu göz ardı edilerek Kanun'un 102. maddesindeki idari para cezalarıyla ilgili uyuşmazlıklar dışındaki tüm uyuşmazlıkların iş

mahkemelerinde görüleceğinin hükme bağlanmasının, yasa koyucuyu bu yönde bir düzenleme yapmaya zorlayan hizmetin gereklerinden kaynaklanan haklı bir neden de olmadığı dikkate alındığında Anayasa'nın idari ve adli yargı ayırımını kabul eden sistemiyle bağdaşmadığı görülmektedir.

Öte yandan, Anayasa'nın 142. maddesinde Mahkemelerin, kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtildiğinden, yasa koyucunun yerine geçerek yargı kararı ile herhangi bir mahkemenin görevine ilişkin kural konulamaz. Bu nedenle itiraz konusu kuralla 5510 sayılı Yasa'dan doğan uyuşmazlıklarda açıkça adli yargı görevli kılınmasına karşın, Karar'ın 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce Emekli Sandığına bağlı olarak çalışanlarla ilgili geçici hüküm kapsamında kalanlar yönünden doğacak uyuşmazlıklarda, idari yargının görevli olacağına ilişkin yorum yoluyla ulaşılan red gerekçesinin de Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez. Kaldı ki, Kurum'un idare hukuku alanına giren işlemleri sadece Emekli Sandığı iştirakçilerine ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı olmadığından, yorumlu red kararı, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluğunun sağlanması için bu yönüyle de yeterli bir gerekçe içermektedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 125., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.”<sup>9</sup>

**b.** “31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan “... bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür.” bölümünün itiraz yolu ile iptali istenilmektedir.

Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu, 140. maddesinde hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yapacakları, 155. maddesinde Danıştay'ın idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve

hükümlerin son inceleme merci olduğu Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakacağı belirtilmektedir.

Söz konusu kurallarda belirtildiği gibi, Anayasa'da idari ve adli yargı ayrılığının kabul edildiği açıktır. Bu ayırım uyarınca idarenin kamu gücünü kullanarak kamu hukuku esaslarına göre tesis ettiği işlemleri ile eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri ise adli yargı denetimine tabi olacaktır.

Bu durumda idari eylem ve işlemler konusunda genel yetkili yargı yerinin idari yargı olduğu açık olup idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun takdir hakkı bulunmamaktadır. Nitekim, Anayasa'nın 155. maddesinde, “Kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı” denilerek, yasakoyucuya verilen takdir yetkisi idari yargı yerini belirlemekle sınırlandırılmıştır.

Sosyal güvenlik hakkı yurttaşların sosyal durumu ve refahını sağlamakla görevli sosyal hukuk devletinin gereği ve Devlete Anayasa ile verilen ve yerine getirilmesi zorunlu bulunan bir kamu hizmetinin sonucudur. Bu durumda sosyal güvenlikle ilgili hizmetin yerine getirilmesi sırasında kamu gücü kullanılarak tesis edilen işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu açıktır.

İtiraz konusu kuralda ise Anayasa'nın ve Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarına karşın, idari ve adli yargı ayrımı yapılmadan “5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesi” öngörülme suretiyle, kamu hukukuna giren işlemler ve özel hukuka giren işlemler ayırımına ve buna bağlı olarak idari yargı adli yargı ayırımına uyulmamıştır.

Açıklanan nedenle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan “... bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür.” bölümünün Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum.”<sup>10</sup>

### III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Genel Olarak

Değerlendirmeye esas alınan Anayasa Mahkemesi kararı, somut norm denetimi (itiraz) yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş bir olaya ilişkindir.

Söz konusu uyuşmazlıkta, Danıştay Onbirinci Dairesi itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesinden 31.05.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan "...bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" bölümünün, Anayasa'nın cumhuriyetin niteliklerini belirten 2. maddesine, kanuni hakim güvencesine yer veren 37. maddesine, yargı yolunu düzenleyen 125. maddesine ve Danıştay'a ilişkin 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptalini ve yürürlüğünün durdurulmasını istemiştir.

#### B. Uyuşmazlığa Konu Olay

Uyuşmazlığın temelindeki somut olayda, davalı idarenin (Sosyal Güvenlik Kurumu'nun) bilgisayar sisteminden kaynaklanan bir hata nedeniyle, davacıya vefat eden babasından dolayı 2001 yılında Emekli Sandığı tarafından bağlanan yetim aylığının, fazla ödendiğinin tespiti üzerine 5510 sayılı Kanununun 96. maddesi ve bu madde hükmü uyarınca yürürlüğe konulan "Fazla ve Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" in 10. maddesi uyarınca, 11.173,95-TL borç çıkartılmış ve 2009 yılı Ağustos ayından itibaren yetim aylığından 1/4 oranında kesinti yapılmak suretiyle tahsil yoluna gidileceği hususunda davalı idarece (SGK'ca) kamu gücü kullanılarak tesis edilmiş bulunan bir idari işlem davaya konu edilmiştir.

Söz konusu fazla tutarın kesileceğine ilişkin işlemin iptali için ilgililer İdare Mahkemesi'nde dava açmışlar, açılan dava görev yönünden reddedilmiş, ilgililer de söz konusu kararı temyiz ederek uyuşmazlığın Danıştay Onbirinci Daire'sinin önüne gelmesini sağlamışlardır. Danıştay Onbirinci Dairesi de, davanın idare

mahkemesinde görülmesi gerekirken iş mahkemesinde görülmesine dayanak olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan "...bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varmış ve Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüş, söz konusu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Gerçi Anayasa Mahkemesi kararında da yer verildiği üzere, olayın seyri dikkate alındığında, T.C. Emekli Sandığı'na tabi iken daha sonra bu kurumun Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilmesi nedeniyle idare mahkemesinde SGK'ya açılan davanın, 5510 sayılı SSGSSK'nın geçici birinci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesindeki "...Bu gelir ve aylıkların durum değişikliği nedeniyle artırılması, azaltılması, kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümleri uygulanır." hükmü ile geçici madde 4/II'de yer alan "...bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsis talebinde bulunanlardan işlemleri devam edenler hakkında, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılır." hükmü gereği, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerinin uygulanacak olması nedeniyle, idare mahkemesinin bu uyuşmazlığa yönelik olarak görevsizlik kararı vermemesi gerekirdi. Ancak bir taraftan 5510 sayılı Kanun'un, T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirttiği geçici m.1/II ve geçici m.4/II hükümleri, diğer taraftan da 5510 sayılı Kanun'un 101. maddesindeki iş mahkemesini yetkili kılan hüküm, tartışmayı da beraberinde getirmiş ve idare mahkemesinin görevsizlik kararının Danıştay'ın önüne gitmesine neden olmuştur.

#### C. İtiraz Yoluna Başvuran Danıştay Onbirinci Dairesinin Hükmün İptal Edilmesi İçin Dayandığı Gerekçeler

Danıştay Onbirinci Dairesi, 5510 sayılı Sosyal



Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan "...bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" hükmünün Anayasa'nın Cumhuriyetin niteliklerini belirten 2. maddesine, kanuni hakim güvencesine yer veren 37. maddesine, yargı yolunu düzenleyen 125. maddesine ve Danıştay'a ilişkin 155. maddelerine aykırı olduğu için iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Danıştay Onbirinci Dairesi, söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu hükmüne ulaşırken uzun ve birbiri ile bağlantılı gerekçelere yer vermiştir. Anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal devletin, sosyal adaleti, sosyal gönenç, sosyal güvenliği ve toplumsal dengeyi sağlayan devlet olduğu, Anayasa gereği (m. 60) herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip bulunduğu ve Devletin, bu güvenliği sağlayacak gerekli önlemleri alıp teşkilatı kuracağı, sosyal güvenliğin bireyler yönünden "hak", Devlet yönünden "ödev" olarak öngörüldüğü, Sosyal güvenlik hakkının, yurttaşlarının sosyal durumu ve gönenciyle ilgilenen, onlara insanlık onuruna yaraşır asgari yaşama düzeyi sağlayan sosyal devletin gereği ve zorunlu sonucu olduğu, sosyal güvenliğin sağlanmasının Devlete Anayasa ile verilen ve yerine getirilmesi zorunlu bulunan bir kamu hizmeti olduğu, 5502 sayılı Kanun ile kurulan Sosyal Güvenlik Kurumunun da Devletin sosyal güvenlik ödevini yerine getirmek üzere kurulmuş kamu tüzel kişiliğini haiz bir kamu kurumu bulunduğu, bu bağlamda, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, sosyal güvenlik hizmetlerini yerine getirirken uygulayacağı 5510 sayılı Kanun hükümlerinin irdelenmesi gerektiği, 5510 sayılı Kanun ile Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, hizmet akdine dayalı ücretle çalışanlar, tarımsal işlerde ücretle çalışanlar, kendi hesabına çalışanlar ve tarımsal alanda kendi hesabına çalışanları kapsayan beş ayrı emeklilik rejiminin, aktüeryal olarak hak ve yükümlülüklerin eşit olacağı tek emeklilik rejiminde buluşturulmasının amaçlandığı, yasanın, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortasından yararlanacak kişileri, işverenleri, sağlık hizmeti sunucularını, bu Yasa'nın uygulanması yönünden gerçek kişiler

ile her türlü kamu ve özel hukuk tüzel kişilerini ve tüzel kişiliği olmayan diğer kurum ve kuruluşlarını kapsadığı, Yasa'da, sosyal sigortalardan yararlanacak kişilerin ve sağlanacak hakların, bu haklardan yararlanma koşullarının, finansman ve karşılama yöntemlerinin belirlendiği, sosyal sigortaların ve genel sağlık sigortasının işleyişine ilişkin ilke ve yöntemlerin yer aldığı, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kurum hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine tabi olarak istihdam edilen personel tarafından yürütüldüğü, kurumun malları, alacakları ve banka hesaplarının Devlet malı hükmünde olduğu, alacaklarının da imtiyazlı alacaklar olarak kabul edildiği ve kurumun taşınır ve taşınmazları ile bankalardaki mevduatları dahil her türlü alacaklarının haczedilemeyeceğinin hükme bağlandığı, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda sosyal sigorta ve genel sağlık sigortasından yararlandırılmaya ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğunun görüldüğü, kamu tüzel kişisi olduğu kuruluş yarasında açıkça belirtilen Sosyal Güvenlik Kurumunun, Devletin Anayasada işaret edilen sosyal güvenliğe ilişkin ödev ve yükümlülüklerini, (kamu hizmetini) yerine getirmek için kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılan, yasa gereği kendiliğinden ve zorunlu olarak sigortalı kapsamına alınanların hukuki statülerinde tek taraflı değişiklik yapmaya yetkili bir kamu tüzel kişisi olduğu ve dolayısıyla bu kişiler hakkında tesis ettiği tüm işlemlerin idari işlem niteliğinde bulunduğu, 5510 sayılı Kanunun kapsamında bulunanların, isteklerine bakılmaksızın kendiliğinden ve zorunlu olarak sigortalı ve genel sağlık sigortalısı statüsüne girdiği, bu statü uyarınca, ödeyecekleri primler, primlerin oranları, çalışma süresi gibi yükümlülüklerin ve bu yükümlülükleri yerine getirmeleri sonucu elde edecekleri yaşlılık veya malullük aylığından faydalanma ve sağlık sigortasından yararlanma gibi hakların önceden belirlendiği, Anayasa'da Türkiye Cumhuriyetinin demokratik bir hukuk devleti olduğu vurgulanırken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasının amaçlandığı, idarenin her

türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, bu kuralın idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsadığı, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayırımına gidildiği, kimi maddelerinde bu ayırma ilişkin kurallara yer verildiği, kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargı, özel hukuk alanına giren eylem ve işlemlerinin ise adli yargı denetimine tabi olduğu, Anayasada idari yargı sisteminde geçerli olan ilkelerin belirlendiği, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun takdir yetkisinin bulunmadığı, Kamu kurum ve kuruluşlarının kamu hizmetleriyle veya bu hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili kararlarının idarî nitelik taşıyan kararlar olduğu, adlî yargının amacının, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nesafet kurallarına göre çözülerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi, idarî yargı denetiminin ana ereğinin ise, idarenin, hukuk alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamak olduğu, hukuka aykırı olması nedeniyle bir idarî işlemin iptal edilmesine ilişkin kararın geçmişe yürür, yani sakat idarî işlemin yapıldığı andan itibaren hüküm ifade edeceği, dolayısıyla iptal hükmü idareye iptal edilen idarî işlemde önce mevcut olan ve bu işlemle değiştirilmiş bulunan hukukî durumu aynen iade etme zorunluluğunu yüklediği, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından, 5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması sonucu tesis edilen işlemlere karşı iş mahkemelerinde açılan davaların, “tespit” ve “eda” davası niteliğinde olup bu davalar sonucunda hukuka aykırı işlemlerin iptal edilmediği, hukuk alanında varlığını sürdürdüğü, davanın kabulü veya reddi şeklindeki mahkeme kararlarının taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nesafet kurallarına göre çözümünü sağladığı, idarenin hukuk alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaya yönelik amacın bu tür kararlarla gerçekleşmediği, idari yargının görev alanı belirlenirken, kişiler hakkında tesis edilen işlem ile bu işlemin dayanağı olan yasa kuralının niteliği ve işlemi tesis eden idarenin hukuki sta-

tüsünün bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği, Sosyal Güvenlik Kurumunun kendisine yasa ile verilen kamu hizmetini yerine getirirken yasa gereği zorunlu olarak sigortalı olanlar hakkında tesis ettiği işlemlerde üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini kullanmak suretiyle hukuki statülerinde tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisine sahip olduğu, sosyal sigorta işlemleri hakkında kamu hukukuna özgü kuralları içeren 5510 sayılı Kanunun bu Kanun kapsamında bulunan kişilere uygulanmasının öngörüldüğü, Kurum tarafından tesis edilen idari işlemlere karşı açacakları davaların görüm ve çözümünü farklı yargı yerlerine tabi kılmanın, idari işlemleri ilgili bireylere göre ayırtırmak sonucunu doğuracağı ve bu sonucun, kamu hizmeti kuramıyla bağdaştırılmasının olanaksız olduğu, uyuşmazlık konusu olayda, davalı idarenin bilgisayar sisteminden kaynaklanan bir hata nedeniyle, davacıya vefat eden babasından dolayı bağlanan yetim aylığının, fazla ödendiğinin tespiti üzerine 5510 sayılı Kanunun 96. maddesi ve bu madde hükmü uyarınca yürürlüğe konulan “Fazla ve Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”in 10. maddesi uyarınca, 11.173,95-TL borç çıkartıldığı ve 2009 yılı Ağustos ayından itibaren yetim aylığından 1/4 oranında kesinti yapılmak suretiyle tahsil yoluna gidileceği hususunda davalı idarece kamu gücü kullanılarak tesis edilmiş bulunan bir idari işlemin davaya konu edildiği, bu itibarla Sosyal Güvenlik Kurumunca kamu hizmeti yerine getirilirken kamu gücü kullanılarak 5510 sayılı Kanun kapsamında bulunan sigortalılar hakkında tesis edilen tüm işlemlerin idari işlem niteliğinde bulunduğu ve bu işlemler nedeniyle idare ile ilgililer arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli yargı yerinin idari yargı olduğu, 5510 sayılı Kanunun 101. maddesinde yer alan “bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür” tümcesinin Anayasa'nın 2., 37., 125., ve 155. maddelerine aykırı olduğu gerekçelerine dayanılmıştır.

Görüldüğü üzere, Danıştay Onbirinci Dairesinin gerekçeleri, sosyal devlette herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, bir kamu

hizmeti olan sosyal güvenlik ödevini Devletin kamu tüzel kişiliğini haiz Sosyal Güvenlik Kurumu ile yerine getirdiği, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayrımının bulunduğu ve Sosyal Güvenlik Kurumunca kamu hizmeti yerine getirilirken kamu gücü kullanılarak 5510 sayılı Kanun kapsamında bulunan sigortalılar hakkında üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini kullanmak suretiyle tesis edilen tüm işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu ve bu işlemler nedeniyle idare ile ilgililer arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli yargı yerinin de idari yargı olduğu temelinde özetlenebilir.

#### D. Anayasa Mahkemesi'nin Söz Konusu Hükmün Anayasa'ya Aykırı Olmadığına İlişkin Gerekçeleri

Anayasa Mahkemesi öncelikle uyuşmazlığın temelini teşkil eden Emekli Sandığı Kanunu'na ilişkin uygulamayı baz alarak, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'yla, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun bazı maddelerinin yürürlükten kaldırıldığı, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı'nın kamu tüzel kişiliğine sahip Sosyal Güvenlik Kurumuna devredildiği tespitinde bulunmuştur. Bu bağlamda geçici maddelerle korunan haklar dışında 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra göreve başlayanlar yönünden tek bir sosyal güvenlik sisteminin bulunduğunu ifade etmiştir.

17.4.2008 tarihli ve 5754 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile 5510 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 1'inci ve Geçici 4'üncü maddelerle, bu Kanun'un 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanlar ile bunların dul ve yetimleri hakkında 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Başka bir ifadeyle, 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce memur ve diğer kamu görevlisi olarak çalışmakta olanlar, önceden olduğu gibi 5434 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olacaklar ve bunların emeklilikleri bakımından da aynı

Kanun hükümleri uygulanmaya devam edecek dolayısıyla uyuşmazlıklarda idari yargı görevli olacaktır<sup>11</sup>. Bu nedenle 101. maddede, "bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan haller" sözcüklerine de yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığını tespit ederken şu gerekçelere dayanmıştır. 5502 sayılı Kanunla kurulu Sosyal Güvenlik Kurumunun artık sosyal sigortacılık esasına göre faaliyet gösteren bir kurum olduğu ve yaptığı işlem ve muamelelerin de idari işlem sayılamayacağı ve bu Kurumun, kanununda hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tâbi bulunduğu; mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adli ve idarî yargı ayrımına gidildiği, idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümünün, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabileceği, 5510 sayılı Kanun ile birlikte sosyal güvenliğin tek çatı altında toplanıp özel hukuk niteliği ağır basan sosyal güvenlik hukuku alanı oluştuğu, iş mahkemelerinin iş hukuku alanındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli, ihtisaslaşmış adli yargı mahkemeleri olduğu, yasa koyucunun 5510 sayılı Kanun kapsamındaki iş ve işlemleri, prim esasına dayalı yeni sistemin niteliğine bağlı olarak iş mahkemelerinin görev alanı kapsamına alabileceği, sosyal güvenlik hukuku kapsamında aynı konuya ilişkin tüm uyuşmazlıkların, bu alanda görevli uzman mahkeme olan iş mahkemelerinde görülmesinin, hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olduğu gerekçelerine yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin oyçokluğuyla aldığı bu kararına iki üye muhalif kalmıştır. Muhalif üyelerin gerekçeleri, özel hukuk alanına giren konularda adli yargının haklı neden ve kamu yararı gibi hizmet gerekleri ile görevli kılınabileceğine ilişkin istisna hükmünün sınırlarının çok dar tutulması gerektiği, bu konuda yasa koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunmadığı, yasa koyucunun yerine geçerek yargı kararı ile herhangi bir mahkemenin görevine ilişkin kural konulamayacağı, sosyal güvenlik

hakkının devlete Anayasa ile verilen ve yerine getirilmesi zorunlu bulunan bir kamu hizmetinin sonucu olduğu, kamu gücü kullanılarak tesis edilen işlemlerin de idari işlem niteliğinde olduğu, dolayısıyla da idari yargının görevli bulunması gerektiği hususlarına dayanmaktadır.

### E. İdari Yargı Sisteminin ve İdare Mahkemelerinin Özellikleri

İdari yargı sisteminin kaynağı Anayasa olup, Danıştay biçiminde örgütlenmiştir<sup>12</sup>; ancak idari yargının görev alanı Anayasayla değil kanunlarla belirlenmiştir<sup>13</sup>. İdarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara karşı idari yargıda dava açılması için özel bir yasa hükmüne gerek bulunmamakta; aksi durumda ise yani idari işlemlere karşı adli yargıda dava açılabilmesi için açık bir yasa hükmüne ihtiyaç duyulmaktadır<sup>14</sup>. İdare mahkemelerinin idari yargı yetkisi, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır ve idari işlem veya eylem niteliğinde yargı kararı veremezler<sup>15</sup>. Özel hukuk kişilerine karşı da idari yargı yerlerinde idari dava açılmaz<sup>16</sup>.

İdari yargının görev alanı belirlenirken çeşitli ölçütlerden yararlanılmaktadır. Kamu gücü (hakimiyet-temşiyet) ölçütünde, idarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemler (hakimiyet) ile kamu gücünü kullanmadan yaptığı işlemler (temşiyet) dikkate alınmakta, kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemler idari yargının görev alanında görülmektedir. Fransa'da 19. yüzyıl sonlarına kadar, Türkiye'de de 1950'ye kadar bu ölçütten yararlanılmış olup bu tarihten sonra, Uyuşmazlık Mahkemesi bu ölçütün kullanılmasından vazgeçmiştir<sup>17</sup>. Bunun gibi, kamu hizmeti, kamu kanunu, idarenin idare hukuku esaslarına dayanarak yaptığı idari işlemler, kamu gücüne dayanarak yaptığı eylemler, idari sözleşmeler gibi ölçütler idari yargının görevine girecek uyuşmazlıkları tespit etmekte yararlıdır. Kamu hizmeti kavramının içeriğini tümüyle saptama ve tanımını tam olarak yapma olanağı bulunamadığı için, kamu hizmeti ölçütü de zamanla önemini yitirmiştir<sup>18</sup>. Bu ölçütlerden bir kısmı terkedilmiştir<sup>19</sup>. Kamu hizmeti ölçütü ise tüm eleştirilere rağmen idari yargının görev alanının belirlenmesinde yararlı bir ölçüttür<sup>20</sup>.

Ülkemizde idari yargının görev alanı geniş tutulmuştur<sup>21</sup>. İdari yargının konusu, idari makamların idare hukuku alanındaki faaliyetinden doğan idari uyuşmazlıklar olup, idari yargı, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin, idare hukuku alanındaki faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözülmesi ile uğraşır. Bu bağlamda idarenin kamu hizmetini yerine getirirken yaptığı eylem ve işlemlerden hakkı ve menfaati zedelenmiş olanların idare aleyhine açacakları davalar idari dava olarak nitelendirilir<sup>22</sup> ve kural olarak, idarenin idare hukuku alanında taraf olduğu uyuşmazlıklar idari yargıda çözülür. Başka bir anlatımla, kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerinin bulunduğu, özel hukuku aşan şartların olduğu bütün durumlarda idare hukuku kurallarının uygulanması ve uyuşmazlıkların idari yargıda çözülmesi beklenir. Bir uyuşmazlığın doğduğu hukuki ilişkide icrai işlemler yapma yetkisi, cebri icra, re'sen icra, hukuka uygunluk karinesi, haciz yasağı, kamu görevlisi sayılma, zorunlu üyelik, zorunlu aidat, vergi muafiyeti, tahkim yasağı gibi birer kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri varsa bu uyuşmazlık kural olarak idare hukuku alanındaki bir uyuşmazlıktır ve idari yargıda çözülmesi gerekir<sup>23</sup>. Sosyal güvenlik hizmetlerinin sunulması ve bu hizmetlere ilişkin kaynakların tahsilinin birer idari işlem olarak kabul edilmesi nedeniyle sosyal güvenlik kurumunun görev yetki ve sorumluluklarının da idare hukukunun konusuna girmesi gerektiği düşünülmektedir<sup>24</sup>.

Ancak normalde idari yargının görev alanına girebilecek idari uyuşmazlıklar, kanunlarla adli yargının görev alanına sokulabilmektedir<sup>25</sup>. Örneğin kamulaştırma Kanunu'nun uygulanmasından doğan bazı davalar, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalar, tapu sicili ile ilgili davalar ve idari para cezalarına karşı yapılacak itirazlar ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan doğan bir takım uyuşmazlıklar kanunla adli yargının görev alanına sokulmuştur<sup>26</sup>. Fransa ve Türkiye'de uygulanan bu anlayışta kural olarak idari yargı alanındaki bir takım uyuşmazlıklar, haklı neden ve kamu yararı gibi amaçlarla adli yargıda görülebilmektedir<sup>27</sup>.



## F. Adli Yargı Kapsamındaki İş Yargılamasının ve İş Mahkemelerinin Özellikleri

İhtisas (uzmanlık) mahkemelerinden olan İş Mahkemeleri 30.01.1950 tarih ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu<sup>28</sup> ile kurulmuştur. İş Mahkemeleri Kanunu, iş yargısının kendine özgü kurallarının yer aldığı bir kanun olup, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun gereklerine cevap verecek şekilde düzenlenmiştir<sup>29</sup>. Bilindiği üzere, sosyal güvenliğin iş kazaları ve meslek hastalıkları gibi belirli risklere karşı çalışanı ve özellikle işçiyi koruma anlayışı, sosyal güvenliği iş hukukunun bir parçası olarak algılanmasını sağlamış ve böylelikle iki hukuk dalı arasında yakın bir ilişki kurulmuştur<sup>30</sup>.

İşçi-işveren arasındaki bireysel ve toplu hak uyuşmazlıkları yanında çalışanların sosyal güvenlik sorunları ile sendikal ihtilafların da yargılama yöntemi açısından masrafsız, kolaylık ve çabukluk gibi özelliklere sahip olan İş Mahkemelerinde çözümlenmesi öngörülmüştür<sup>31</sup>.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun birinci maddesinin b) bendi hükmüne göre, "İşçi Sigortaları Kurumu ile sigortalılar veya yerine kaim olan hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklardan doğan itiraz ve davalara da bakarlar." hükümlerine yer verilmiştir. Buradaki işçi sigortaları kurumunun karşılığı 2006 yılından itibaren Sosyal Güvenlik Kurumudur<sup>32</sup>. Yargıtay, Kurum ile sigortalı arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, bazen ilgili kanunun göreve ilişkin hükümlerine bazen de bu bende dayanarak görev konusunu karara bağlamaktadır<sup>33</sup>. 5510 sayılı Kanun'un 101. maddesi hükmü çerçevesinde uyuşmazlığın tarafı, Kurum ile işveren veya sigortalı olmasa bile, uyuşmazlığa iş mahkemesinde aksine hüküm bulunmayan bir husus ise uyuşmazlığa iş mahkemesinde bakılmalıdır<sup>34</sup>.

Görüldüğü üzere, iş mahkemeleri sosyal sigorta uyuşmazlıkları yönüyle uzmanlaşmış mahkemeler olduklarından 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan kaynaklanacak uyuşmazlıklara da aksi öngörülmediği sürece bakacak görevli mahkemeler olarak kabul edilmekte-

dir<sup>35</sup>. Bunun gibi, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklara (m.134)<sup>36</sup>, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu (Bağ-Kur) Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklara (m.70)<sup>37</sup> ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'nun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara da (m. 55) iş mahkemelerinde bakılması öngörülmüştür<sup>38</sup>.

## G. 5510 Sayılı Kanundan Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme

### 1. Kural: İş Mahkemesi

5510 sayılı Kanun, uyuşmazlıkların yargı aşamasında çözümü açısından, idari para cezalarına itiraz ve 08.05.2008 tarihinden önce memur ve kamu görevlisi olarak çalışıp 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulananlar dışında iş mahkemelerini görevli kabul etmiştir<sup>39</sup>.

5510 sayılı SSGSSK.m.83/V hükmü gereği, işverenler ile 4/b kapsamında sigortalı sayılanlar, tehlike sınıf ve derecesi ile prim oranı hakkında Kurumca yapılacak yazılı bildirim aldıktan sonra bir ay içinde kuruma itiraz edebilirler. Kurumun kararı üzerine de yetkili iş mahkemesine başvurabilirler. Bunun gibi 85/III ve 86/VII hükümleri gereği, tebliğ edilen prim borcuna karşı kuruma itiraz edebilir, itirazın reddi halinde de işveren bir ay içinde yetkili iş mahkemesine başvurabilirler. 86/IX hükmü, aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalıların, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak ispatlayabileceklerini düzenlemiştir. Kurumun prim ve diğer alacaklarının tahsilinde de 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulamasından doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde de İş Mahkemesi görevlidir. Görüldüğü üzere sosyal güvenlik kurumunun yükümlülüklerine ilişkin uyuşmazlıklarının yargı yoluyla çözümlenmesinde asli merci iş mahkemeleridir<sup>40</sup>.

## 2. İstisna: İdare Mahkemesi

### a. İdari Para Cezaları

5510 sayılı Kanun'un 102. maddesiyle düzenlenmiş olan "Kurumca verilecek idari para cezaları"na yönelik düzenlemede ise idare mahkemesi görevli kılınmıştır<sup>41</sup>. Söz konusu hükme göre, "İdarî para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde, idari para cezası kesinleşir."

102. maddenin ilk halindeki idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulması gerektiğine yönelik hükmün Anayasa'ya aykırılığı iddiasına karşı Anayasa Mahkemesi, "yaptırımın adının "idari" olmasının, bu tür bir yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliğini etkilemeyeceği..." gerekçesine yer vermiş<sup>42</sup> ancak, daha sonra, 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu"nun 140. maddesinin, 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle değiştirilen dördüncü fıkrasının "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler." biçimindeki üçüncü tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline yönelik hüküm kurmuştur<sup>43</sup>. Buna göre de, en son olarak 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Yasa ile 5510 sayılı Kanun açısından idari para cezalarına karşı idari mahkemelerine gidileceği düzenlenmiştir<sup>44</sup>.

Görüldüğü üzere, 101. maddede yer verilen "Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde" ancak iş mahkemesinin görevli olacağı hükmü, idari para cezalarında idare mahkemesinin görevli olmasına imkan tanıyan bir düzenlemedir. Bu çerçevede, Aydın Bölge İdare Mahkemesi'nin 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle değiştirilen 102.

maddesinin dördüncü fıkrasının "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler" biçimindeki dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğu saviyle iptalini istediği uyuşmazlıkta da Anayasa Mahkemesi, "itiraz başvurusuna konu olan idarî para cezası, idare tarafından kamu gücü kullanılarak Kanunda belirtilen kurallara uymayanlara idarî bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idarî yargının görevli kılınmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır." gerekçelerine yer vererek bu kurumun idari para cezalarını kamu gücünü kullanarak verdiğini ve idare mahkemelerinin görevli olduğunu ifade etmiş bulunmaktadır<sup>45</sup>.

### b. 08.05.2008 tarihinden Önce Memur ve Diğer Kamu Görevlisi Olarak Çalışıp 5434 Sayılı Kanun Kapsamında Olanlar

Bunun yanı sıra 5510 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 1'inci ve Geçici 4'üncü maddelerle<sup>46</sup> bu Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanlar ile bunların dul ve yetimleri hakkında 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılacağı hüküm altına alındığından, 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce memur ve diğer kamu görevlisi olarak çalışmakta olanlar için de, önceden olduğu gibi 5434 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olacaklar ve bunların emeklilikleri bakımından da aynı Kanun hükümleri uygulanmaya ve dolayısıyla idari yargı görevli olmaya devam edecektir<sup>47</sup>.

## H. 4857 Sayılı İş Kanunu'ndan Doğan İdari Para Cezalarında Görevli Mahkeme

### 1. Genel Olarak

10.06.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'ndan kaynaklanan idari para cezalarına yönelik olarak ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 108. maddesinin ilk halinde "...tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesi-

ne itiraz edilebilir.” denilerek idare mahkemeleri görevli kılınmış; ancak daha sonra gerek 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu<sup>48</sup> ve gerekse 5728 sayılı Kanun’un<sup>49</sup> İş Kanunu’nun 108/II hükmünü yürürlükten kaldırmasına yönelik hüküm birlikte değerlendirilerek, İş Kanunu’ndan kaynaklanan idari para cezalarına karşı onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır<sup>50</sup>.

## **2. 4857 sayılı İş Kanunu ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası’ndaki İdari Para Cezalarına İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargı Yolu Farkının Nedeni**

İş Kanunu’ndan kaynaklanan idari para cezalarına yönelik olarak İş K.m.108 gereği olarak Çalışma Bölge Müdürlüğü ve İşkur İl Müdürlüğü (şimdi Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü<sup>51</sup>) tarafından verilen idari para cezalarına doğrudan sulh ceza mahkemesine itiraz söz konusu iken; 5510 sayılı Kanun çerçevesinde verilen idari para cezalarına karşı önce onbeş gün içinde Kuruma itiraz, Kurumca itirazı reddedilenler açısından otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvuru şartı aranmıştır. Dolayısıyla 5510 sayılı Kanun açısından idari para cezasına karşı doğrudan doğruya yargı yoluna gidilememekte ancak itirazın reddedilmesi halinde Kurumun red kararına karşı idare mahkemesine başvurulabilmektedir. İş Kanunu’ndan kaynaklanan para cezalarına karşı ise doğrudan sulh ceza mahkemesine başvurulabilmektedir. İdari para cezasının niteliği yönüyle her iki kanun açısından bir farklılık bulunmamakta ise de buna karşı uygulanan itiraz usulü açısından farklılık söz konusudur.

İş Kanunu’ndaki idari para cezaları açısından görevli yargı yeri idare mahkemesi olmayıp adli mahkeme olarak sulh ceza mahkemesidir. Kanaatimizce, öğretilerde de ileri sürüldüğü üzere, her ne kadar adli yargı yeri olan sulh ceza mahkemeleri bu tür uyuşmazlıkların çözümünde görevli ise de bunun yerine iş mahkemesinin görevli olması daha isabetli olurdu.

Zira, iş mahkemesi hakimleri yargı sistemi içinde yer alan diğer hakimlere göre sosyal güvenlik hukukuna daha hakim konumdadır. Bunun yanı sıra idari para cezalarına ilişkin hususlarda sosyal sigortalılık, genel sağlık sigortalılığı, finansmanı kurumca sağlanacak hizmet gibi konularda hukuki ilişkiyi belirlemede daha pratik ve uzmandırlar<sup>52</sup>.

Şu halde, yukarıda gerekçeleriyle açıklandığı üzere 5510 sayılı Kanun’un 102. maddesi gereği, Sosyal Güvenlik Kurumunca verilecek idari para cezalarına karşı idare mahkemesi görevlidir. 4857 sayılı İş Kanunu’ndan kaynaklanan idari para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise idare mahkemesi değil sulh ceza mahkemesi görevli kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere, gerek 5510 sayılı Kanun ve gerekse 4857 sayılı Kanun açısından idari para cezasına yönelik uyuşmazlıklarda iş mahkemesi görevli kabul edilmemekte, ilki açısından idare mahkemesi, ikincisi açısından ise sulh ceza mahkemesi görevli sayılmaktadır.

Denilebilir ki, Anayasa Mahkemesine iptal edilmesi için başvurulmuş 5510 sayılı Kanun’un “uyuşmazlıkların çözüm yeri” başlıklı 101. maddesi hükmünün gerekçesinde her ne kadar “Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümünde iş mahkemeleri yetkili kılınmıştır.” denilerek niçin iş mahkemelerinin görevli kılındığı ifade edilmese bile bu konuda, yasa koyucunun uzmanlık mahkemeleri olması düşüncesinden hareket ettiği söylenebilir. Buna yönelik olarak Anayasa Mahkemesi de “İş mahkemeleri, iş hukukundan doğan uyuşmazlıklara bakmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’na dayanılarak kurulmuştur. İptali istenilen kuralda, Sosyal Güvenlik Kurumu’nun prim ve diğer alacaklarının hesaplanması, sigortalı olma hakkının kazanılması ya da kaybedilmesi, ihbar, kıdem ve diğer tazminatlardan doğan uyuşmazlıklar sonucunda hükmolunan miktarların ve bunlara uygulanacak faiz oranlarının hesaplanması gibi kendi içinde bütünlük ve ihtisas gerektiren konular, iş hukuku ile de yakından bağlantılı ihtisaslaşmış bu mahkemelere bırakılmıştır.” gerekçesi ile bu durumu ifade etmiştir.

## SONUÇ

Görüldüğü üzere, Danıştay Onbirinci Dairesinin itiraz (somut norm denetimi, def'i) yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirdiği, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "uyuşmazlıkların çözüm yeri" kenar başlıklı 101. maddesinde yer alan "... bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür." hükmünün, Anayasa'nın cumhuriyetin niteliklerini belirten 2. maddesine, kanuni hakim güvencesine yer veren 37. maddesine, yargı yolunu düzenleyen 125. maddesine ve Danıştay'a ilişkin 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptalini talep ettiği başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi 101. maddenin "... bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi itirazı kabul etmeyerek söz konusu hükmü Anayasa'ya aykırı bulmazken, artık sosyal sigortacılık esasına göre faaliyet gösteren ve yaptığı işlem ve muameleler idari işlem sayılmayacak bir sosyal güvenlik kurumunun varlığından söz etmiş, 5502 sayılı Kanunla kurulu Sosyal Güvenlik Kurumu'nun özel hukuk yönü ağır basan bir kurum olduğuna işaretle bulunmuş ve iş mahkemelerinin iş hukukundan doğan uyuşmazlıklara bakmak üzere kurulan uzmanlaşmış mahkemeler olduklarına vurgu yapmıştır. Bu bağlamda da Sosyal Güvenlik Kurumu'nun prim ve diğer alacaklarının hesaplanması, sigortalı olma hakkının kazanılması ya da kaybedilmesi, ihbar, kıdem ve diğer tazminatlardan doğan uyuşmazlıklar sonucunda hükmolunan miktarların ve bunlara uygulanacak faiz oranlarının hesaplanması gibi kendi içinde bütünlük ve ihtisas gerektiren konuların, iş hukuku ile de yakından bağlantılı uzmanlaşmış iş mahkemelerine bırakılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Gerçekten de, iş ve sosyal güvenlik hukuku alanındaki kanunlardan doğacak uyuşmazlıkların çözümünün, uzmanlık gerektiren mahkemeler olan iş mahkemelerine bırakılması hak arama özgürlüğünü kolaylaştırdığı gibi yargılamanın da daha kısa sürede sonuçlanması

sağlar. Her ne kadar tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayırımına gidilmiş ise de, mahkemelerin kuruluş, görev ve yetki, işleyiş ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Bu nedenle Anayasa'nın daha açık bir şekilde mahkemelerin görevine ilişkin hüküm getirmemesi göz önünde bulundurularak, idarî yargının denetimine bağlı olması düşünülebilecek bir takım idari uyuşmazlıkların, hak arama özgürlüğünü kolaylaştırma, daha kısa sürede sonuç alma, daha pratik ve hızlı bir şekilde karar verebilme ve haklı neden ile kamu yararı kavramları da gözetilerek uzmanlaşmış olan iş mahkemelerinde görülmesine yönelik yasal düzenlemeler yapılabilir. Bu gerekçelerle yasa koyucu, diğer iş ve sosyal güvenlik hukuku alanındaki kanunlarda olduğu gibi, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan doğacak uyuşmazlıklarda kural olarak iş mahkemelerini görevli kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi de isabetli bir şekilde, 5510 sayılı Kanun'dan doğan uyuşmazlıkların iş mahkemesinde görüleceğine ilişkin hükmü Anayasa'ya aykırı görmemiştir.

## DİPNOTLAR

- 1 Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2010, s. 813; Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, 2. B., Ankara 1983, s. 236; Halil Kalabalık, Temel Hukuk Bilgisi, İstanbul 2003, s. 342.
- 2 Gözler, İdare, s. 813.
- 3 Ramazan Arslan/Süha Tanrıver, Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001, s. 134; Kalabalık, Hukuk, s. 342; Gözler, İdare, s. 813.
- 4 Bkz. Şaban Kayıhan, Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2011, s. 140-146; Gözler, s. 343; Kalabalık, Hukuk, s. 347, 350; Ayrıca bkz. Arslan/Tanrıver, s. 53.
- 5 Fatih Uşan (editör), Hukuka Giriş, Konya 2003, s. 236; Gözübüyük, s. 258.
- 6 Anayasa Mahkemesi Kararı, 22.12.2011, E. 2010/65, K. 2011/169 (RG., 25.01.2012, S. 28184)
- 7 Kemal Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, 7. B., Bursa 2006, s. 363; Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, 5. B., Konya 2009, s. 317; Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 5. B., İstanbul 1998, s. 195; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 375.
- 8 Atar, s. 317; Özbudun, s. 375.
- 9 Üye Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşı oy gerekçesi.
- 10 Üye Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşı oy gerekçesi.
- 11 Bu konu hakkında ayrıca bkz. M. Fatih Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. B., Ankara 2009,



- s. 47-48.
- 12 Gözübüyük, s. 236-237.
- 13 Gözler, İdare, s. 821.
- 14 Gözübüyük, s. 237.
- 15 Halil Kalabalık, İdari Yargılama Hukuku, İstanbul 2003, s. 13.
- 16 Yahya Zabunoğlu, İdari Yargı Hukuku Dersleri, Ankara 1982, s. 99-100; Kalabalık, İdari, s. 83.
- 17 Gözübüyük, s. 260; Kalabalık, İdari, s. 84-85.
- 18 İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, İstanbul 2006, s. 39.
- 19 Gözübüyük, s. 259-261.
- 20 Kalabalık, İdari, s. 86.
- 21 Kalabalık, İdari, s. 32, 37.
- 22 Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, Ankara 2010, s. 157.
- 23 Gözler, İdare, s. 821.
- 24 Mehmet Bulut, Sosyal Parafiskal Yükümlülükler Yönüyle Sosyal Güvenlik Usul Hukuku, Ankara 2010, s. 31.
- 25 Anayasa Mahkemesi Kararı, 26.01.1989, E. 1989/3, K. 1989/5, RG., 03.02.1989, S. 20069, s. 39 vd.; Gözler, İdare, s. 823; Gözübüyük, s. 237; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 1999, s. 187.
- 26 Bkz. Gözler, İdare, s. 823-825.
- 27 Bkz. Kalabalık, İdari, s. 44.
- 28 RG. 04.02.1950, S. 7424.
- 29 Cevdet İlhan Günay, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000, s. 22-27.
- 30 Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, s. 72; Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. B., İstanbul 2009, s. 126-127; Kenan Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 4. B., İstanbul 1988, s. 202-204; Bulut, s. 30.
- 31 Günay, s. 25.
- 32 Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 12. B., İstanbul 2009, s. 215.
- 33 Bkz. Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, s. 811.
- 34 Bkz. Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, s. 1011; Çenberci, s. 812.
- 35 Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4. B., C. IV, Ankara 1984, s. 3855; Günay, s. 62.
- 36 İlgili Kanun'dan doğan uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olamayacağına dair karar için bkz. Erkan Ertürk, Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, Ankara 1999, s. 1021.
- 37 Bkz. Orhan Yalçınkaya, Bağ-Kur Kanunu Açıklamalar Kararlar İlgili Mevzuat, Ankara 1999, s. 273.
- 38 Günay, s. 61-63.
- 39 Uşan, s. 47-48.
- 40 Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 02.02.2009, E. 2008/47, K. 2009/4, RG., 24.07.2009, S. 27298; Uşan, s. 47-48; Bulut, s. 134.
- 41 5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinin ilk halinde yani 5754 sayılı Kanun'un 60. maddesi ile değiştirilmesinden önceki halinde, idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulacağı hüküm altına alınmıştı: "İdari para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde, idari para cezası kesinleşir." Daha sonra ise, isabetli olmayan bir şekilde iş mahkemeleri görevli kılınması gerekirken idare mahkemesi görevli kabul edilmiştir. Bkz. Yalçın Bostancı, Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2007, s. 276; Uşan, s. 48; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 216. Ayrıca bkz. Tuncay/Ekmekçi, s. 127.
- 42 Anayasa Mahkemesi Kararı, 01.03.2006, E. 2005/108, K. 2006/35 (RG., 22.07.2006, S. 26236). Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Özkan Bilgili, Sosyal Güvenlik Kılavuzu, İzmir 2006, s. 306-307.
- 43 Anayasa Mahkemesi Kararı, 04.10.2006, E. 2006/75, K. 2006/99 (RG., 06.04.2007, S. 26485) ve kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. Aydın Gülan, "Sosyal Sigortalar Kanunu'na Dayanılarak Verilen İdari Para Cezalarına Karşı Muhatabın Hangi Yargı Mercisine Başvuracağını "Bir Bilen" Var mıdır?", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007, S. 6, s. 207-218.
- 44 Utkan Araslı, "İdari Para Cezası Uyuşmazlıklarında Yargı Yerine İlişkin Yaşanan Kaos ve Sorunun Çözümü", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 10, Haziran 2008, s. 191, 194.
- 45 Anayasa Mahkemesi Kararı, 20.10.2011, E. 2010/55, K. 2011/140, RG., 14.02.2012, S. 28204.
- 46 17.4.2008 tarihli ve 5754 sayılı "Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", RG., 08.05.2008, S. 26870.
- 47 "...mülga 5434 Sayılı Kanun uygulamalarından doğan uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girdiğinden 5434 Sayılı Kanun gereğince davaya bakma görevinin idari yargıya ait olduğu açık olduğu halde mahkemece davaya bakmaya idari yargı yeri görevli olduğundan dava dilekçesinin yargı yolu nedeni ile reddine karar verilmesi gerekirken davanın esası hakkında karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.", Y.21.HD., 5.5.2011, E. 2010/3859, K. 2011/4354; Bu konu hakkında ayrıca bkz. Uşan, s. 48-49.
- 48 RG., 31.03.2005, S. 25772. Kanun'un yürürlük tarihi 01.06.2005 olarak kararlaştırılmıştır (m.44).
- 49 RG., 08.02.2008, S. 26781.
- 50 Araslı, s. 191; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı, İş Hukuku, 4. B., Ankara 2011, s. 127-128.
- 51 KHK No: 665/25, RG., 02.11.2011, S. 28103 Mükerrer.
- 52 Ercan Akyiğit, "İş Yasası'ndaki İdari Para Cezalarında Son Durum", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2008, S. 11, s. 160; Ercan Akyiğit, "İş Yasası'ndaki İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri Değişti", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 9, s. 185; Araslı, s. 205; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 128; Bostancı, s. 276; Uşan, s. 48; Ayrıca bkz. Tuncay/Ekmekçi, s. 127. Pek çok yabancı ülkede olduğu gibi ülkemizde de ayrı bir sosyal güvenlik yargısının oluşturulması da bir çözüm olarak önerilmektedir. Bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 216.

Dr. Özkan BİLGİLİ

SGK Başmüfettişi

# Ücretsiz İzinli İşçilerin GSS Primi Ödeme Zorunlulukları

## GİRİŞ

İş hukuku uygulamasında çoğunlukla işverenlere esneklik sağlayan, kimi zaman da işçilerin gerçek talepleri olan ücretsiz izin uygulaması genel sağlık sigortası açısından önemli bir esneklik alanı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ücretsiz izin uygulamasının usul ve esasları esasen iş kanunlarımızda düzenlenmemiştir. Aşağıda yer verileceği üzere ücretsiz izinden “söz edilmiştir”.

Öte yandan ücretsiz izin uygulaması sosyal sigorta ve genel sağlık sigortası açısından da önemli sonuçlar doğurmaktadır.

Öyle ki, işvereninden ücret almayan işçi ücretsiz izinli olduğu bu sürenin GSS primlerini cebinden ödemek zorunda kalacaktır!...

Aşağıda bu konu üzerinde duracağız.

## 1- GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIDA KALDIĞI DURUMLAR

Her ne kadar, iş yasalarımızda iş akdinin as-

kıya alınmasının tanımına, koşullarına yer verilmemiş, hüküm ve sonuçları genel bir kural içinde hükme bağlanmamışsa da, iş sözleşmesinin askıya alındığı hallerin bir kısmı ve bu hallerle ilgili olarak askıya alınmanın bazı hukuki sonuçları iş mevzuatımızda düzenlenmiştir.

Buna göre; geçici askerlik veya yasal ödev sebebiyle (4857/31-1, 2), sağlık nedenleriyle (4857/25-I-b), zorlayıcı sebeplerle (4857/24-III, 4857/25-III), gözaltı ve tutukluluk hallerinde (4857/25-IV), ailevi nedenlerle (4857/46-3), yıllık ücretli izin (4857/53 vd.), grev ve lokavt gibi durumlarda (2822/42-2, 3) ve ücretsiz izin gibi işçinin iş görme borcunu yerine getiremediği hallerde iş sözleşmesinin askıda kaldığı kabul edilmektedir.

Bu durumlardan bazılarında genel sağlık sigortası uygulamasında özel olarak da yer verilmiştir.

Örneğin, 5510 sayılı Kanun'un 67. maddesi birinci fıkrasına göre, grev ve lokavt hallerinde sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için,

sağlık hizmet sunucusuna başvuru tarihinden önceki son bir yıllık süre içerisinde 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının bulunması şartı aranmamaktadır.

İlginç olan, Kanunun 67. maddesinin ikinci fıkrasına uyarınca 60. madde kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılanların (bu arada 4/a statüsünde sigortalı olanların); herhangi bir sebeple silâh altına alınması üzerine “askerlikte” geçen hizmet süresi, hükümlülükle sonuçlanmayan “tutuklulukta” geçen süre, “greve” iştirak edilmesi veya işverenin “lokavt yapması” hallerinde geçen süre, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası primi ödeme gün sayısı hesabında da dikkate alınmamaktadır.

İş sözleşmesinin askıda kaldığı durumlardan gözüaltına alınma ve tutukluluk hali genel sağlık sigortası primlerinin ödenmesi noktasında özellik arz etmektedir. 5510 sayılı Kanun’un 60. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde bulunan hükümlü ve tutuklular genel sağlık sigortalısı sayılmamaktadır. Denetimli serbestlik tedbiri uygulanan kişiler de bu kapsamda değerlendirilebilir. Şu halde, tutukluluk sebebiyle iş sözleşmesi askıda kalan Kanunun 4. maddesi birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların GSS primi ödemeleri de söz konusu olmayacaktır.

## II- İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIDA SAYILDIĞI ÖZEL BİR UYGULAMA OLARAK ÜCRETSİZ İZİN

Esasen 4857 sayılı İş Kanunu ile diğer iş kanunlarında ücretsiz izin usul ve esasları düzenlenmemiştir. Bunun yerine 4857 sayılı Kanun’da aşağıda yer verildiği üzere birkaç maddesinde “ücretsiz izin” ile aynı statüde olmak üzere “diğer izinlerden” söz edilmiştir.

Buna göre; çalışılmayan hafta tatili ücretinin hesabında diğer unsurlardan başka “Bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinler...” de çalışılmış günler gibi hesaba katılmaktadır (4857/46).

“İşveren tarafından verilen diğer izinler...” de yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılmaktadır (4857/55). Bununla bağlantılı olarak “İşveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinler... yıllık izne mahsup edilemez.”(4857/56) Devamla, “Yıllık ücretli izinleri işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara istemde bulunmaları ve bu hususu belgelemeleri koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren toplam dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır.” (4857/56)

Öte yandan, “Doğum yapan kadın işçinin isteği halinde, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz.” (4857/74) Bu durumda işveren ücretsiz izin vermez ise de para cezası öngörülmüştür.(4857/104)

## III-ÜCRETSİZ İZİNİN SGK'DAKİ ANLAMI

SGK ise, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 56. maddesindeki, “toplam dört güne kadar ücretsiz yol izni” ile 74. maddesindeki “altı aya kadar ücretsiz izin” dışında Kanunda ücretsiz izin düzenlemesine yer verilmediğini, bu nedenle, sayılan bu iki hal haricindeki ücretsiz izin ve bu arada “diğer izin” sürelerinde 5510 sayılı Kanun uyarınca sigortalılık niteliğinin yitirilmiş olacağını varsaymaktadır.

Belirtelim ki, kamu idarelerine ait işyerlerinde çalıştırılan ve iş sözleşmelerinin askıda kaldığı sürelerle ilişkin genel sağlık sigortası primleri ilgili kamu idaresince ödenen sigortalılar bundan hariç tutulmaktadır.

Kurum, konuyla ilgili olarak daha önce çıkardığı 2009/155 sayılı Genelgesi’nde de, daha sonra çıkardığı -2009/155 sayılı genelgeyi de yürürlükten kaldıran- 2011/50 sayılı Genelgesi’nde de aynı yaklaşımı benimsemiştir.

## IV-ÜCRETSİZ İZİNLİ İŞÇİLERİN SAĞLIK HAK SAHİPLİKLERİ

6111 sayılı Torba Kanununun 36. maddesiyle

## Ücretsiz doğum ve ücretsiz yol iznine ilişkin 19 ve 20 kodlarından yapılan eksik gün bildirimlerinde işçiler ücretsiz izinli oldukları bu süreler için GSS prim ödemek zorunda değildir.

5510 sayılı Kanun'un 67. maddesine beşinci fıkraya olarak eklenen aşağıdaki hüküm ile ücretsiz izin halinde sağlık hak sahipliği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Söz konusu düzenlemeye göre; "5510 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56 ve 74. maddeleri ile diğer iş kanunlarında ücretsiz izin sayılan süreler haricinde, ayrıca bir takvim yılı içerisinde toplam bir ayı aşmayan ve işverenlerince belgelendirilen ücretsiz izin sürelerinde genel sağlık sigortalılıkları devam edecektir."

Şu halde, diğer ücretsiz izin hallerinde 4/a statüsündeki sigortalı bir takvim yılı içinde en çok bir ay genel sağlık sigortalısı olarak herhangi bir prim ödeme zorunluluğu olmaksızın sağlık yardımlarından yararlanabilecektir. Şüphesiz, sağlık tesisine başvurduğu tarihten geriye doğru bir yıl içinde en az otuz GSS gün sayısının bulunması şartıyla.

Belirtelim ki, yapılan bu düzenleme 5510 sayılı Kanun'un "Sosyal Sigorta Hükümleri" bölümünde değil de "Genel Sağlık Sigortası Hükümleri" bölümündedir. Anlaşılacağı üzere burada sağlık hak sahipliği ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiş, ücretsiz izinli işçinin bu sürede genel sağlık sigortalısı sayılma/sayılma veya tescil zorunluluğuna ise açıkça yer verilmemiştir.

Konu 2011/50 sayılı Genelge'de aşağıdaki gibi açıklanmıştır:

"5510 sayılı Kanun'da ücretsiz izinlerle ilgili olarak yapılan değişikliklere göre;

4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56. ve 74. maddeleri ile diğer iş kanunlarında ücretsiz izin sayılan süreler haricinde ayrıca bir takvim yılı içerisinde toplam

bir ayı aşmayan ve işverenlerince belgelendirilen ücretsiz izin sürelerinde genel sağlık sigortalılıkları devam edecektir.

Bu nedenle, 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve diğer iş kanunlarında sayılan haller ve bir aylık ücretsiz izin haricindeki ücretsiz izin süreleri geçerli sayılmadığından 5510 sayılı Kanun uyarınca sigortalılık niteliği yitirilmiş sayılacaktır.

Bu itibarla, aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı eksik gün nedeni hanesine, "19- doğum izni" ve "20-yol izni" kodu kaydedilmesi halinde İş Kanunu'nda sayılan ücretsiz izin hallerini ihtiva eden ve bu durumu belgelenen ücretsiz izin sürelerinde, "0" gün ve "0" kazanç bildirilen ve işten çıkış kaydı verilmemiş olan sigortalılardan, sağlık hizmet sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde 30 gün prim ödeme şartını yerine getirenler sağlık yardımlarından yararlanabilecek,

"21- diğer ücretsiz" izinler kodu kaydedilmesi halinde ise prim ödeme gün sayısı sona erdiği tarihten sonra 30 günlük ücretsiz izinli sayıldığından bu günlerde sağlık hizmetlerinden yararlandırılacak, otuzuncu günden sonra Kanunun 67. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre 10 gün daha sağlık hizmetlerinden faydalandırılıp, geriye doğru son bir yıl içinde 90 gün prim ödeme gün sayısı bulunması halinde 90 gün daha sağlık hizmetlerinden yararlandırılacak ve bu süreden sonra sağlık hizmetlerinden yararlandırılmayacaklardır."

## V- ÜCRETSİZ İZİN HALİNDE GSS PRİMLERİNİN ÖDENMESİ

### V.1- Kurumca Yapılan Ön Hazırlık

Esasen Kurum bu sürece ilişkin hazırlıklarını önceden yapmaya başlamıştır. 2010 yılı (yeni) Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde 12 Ekim 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelik değişikliği ile Yönetmelik eki Ek 5 ve Ek 9'da da değişikliklere gidilmiştir. Bunlardan Ek 5 İşten Ayrılış Bildirgesi, Ek 9'da 4/a statüsünde sigortalılar için Aylık Prim ve Hizmet Belgesi olup e-sigorta yoluyla SGK'ya verilen belgelerdir.

İşverenler ve özellikle bunlar adına işlem



yapan meslek mensupları, 2010/Eylül ayında e-bildirge sisteminde eksik gün nedenlerinden “02-ücretsiz izin” kodunun kaldırıldığına ve yerine, ücretsiz izne ilişkin 19, 20, 21 olarak yeni kodların eklendiğine tanık oldular.

Buna göre artık ücretsiz iznin eksik gün nedeni olması halinde birbirinden farklı üç adet kod kullanılmaktadır. 2010/Ekim ayından itibaren verilen prim belgesinde eksik gün nedeni olarak “ücretsiz izin” kullanılması durumunda aşağıdaki kodlar kullanılacaktır.

Ücretsiz İzin Kodları	Açıklama
19	Ücretsiz doğum izni
20	Ücretsiz yol izni
21	Diğer ücretsiz izin

4857 sayılı Kanun’un 74. maddesi uyarınca kadın işçinin 6 aya kadar kullandığı ücretsiz izin sebebiyle eksik gün bildirimini yapıyor ise 19, aynı Kanun’un 56. maddesi gereğince yıllık ücretli iznini kullanacak olan işçiye işverence 4 güne kadar verilmiş ücretsiz yol izninden dolayı eksik gün bildirimini yapılacaksa da 20 kodunun girilmesi gerekmektedir.

Bunların dışında, işveren ile işçinin anlaşması suretiyle kullandırılan ya da işverence tek taraflı olarak verilen ücretsiz izinler sebebiyle eksik gün bildirimini söz konusu olacak ise bu sefer 21 kodu girilmektedir.

İşte bunlardan “21” kodundan eksik gün bildiriminin, eksik günlerin GSS primlerinin ödenmesi zorunluluğu gibi artık önemli sonuçları bulunmaktadır. 19 ve 20 kodlarından yapılan eksik gün bildirimlerinde ise, işçiler üç-

**Kendisine gelir testi yapılmasını istemeyenler ile genel sağlık sigortası tescilinin yapıldığına dair tebligatın yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde gelir testi yapılması yönünde muvafakat vermeyenlerin gelirleri, asgarî ücretin iki katı olarak kabul edilir.**

retsiz izinli oldukları bu süreler için GSS prim ödemek zorunda değillerdir.

## V.2- Ücretsiz İzinli İşçinin GSS Tescili

Esasen, 4857 sayılı İş Kanunu ile diğer iş kanunlarına tabi işçiler 4/a kapsamında sigortalı olup, 5510 sayılı Kanun’un 60. maddesinin birinci fıkrası (a) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında da genel sağlık sigortalıdır. Bu yanıyla da “işe giriş bildirgesinin” Kuruma verilmesiyle de GSS açısından tescilleri de yapılmaktadır.

Ancak, 5510 sayılı Kanun’un 67. maddesine beşinci fıkrasındaki düzenlemeye rağmen, “21” kodunda eksik gün bildirimini bir takvim yılında bir aydan fazla olan işçilerin GSS tescil işlemlerinin nasıl yapılacağına dair Kurum tarafından konu ile ilgili olarak yayınlanmış 2012/2 sayılı Genelgesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

“21” kodunda eksik gün bildirimini bir takvim yılında bir aydan fazla olan işçilerin, 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren ikametlerinin olduğu yer sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarına gelir testi için başvurması gerekir. Başvuramazlar ise SGK tarafından re’sen tescil edilirler. Ayrıca “GSS Giriş Bildirgesinin” Kuruma verilmesi zorunlu değildir.

Bu süreç, Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Gelir Tespiti, Tescil ve İzleme Sürecine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yürütülecektir.

Bu kişiler için, gelir testleri sonuçlandırılmaya kadar 5510 sayılı Kanun’un 82. maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarı (asgarî ücret) prime esas asgarî kazanç tutarı olarak esas alınarak primleri tahakkuk ettirilir. Ayrıca, gelir tespitini yaptırmak üzere bir ay içinde vakıflara başvurması gerektiği SGK tarafından re’sen tescil edilen kişilere bildirilir.

“21” kodunda eksik gün bildirimini bir takvim yılında bir aydan fazla olan işçilerden re’sen genel sağlık sigortası tescili yapılan kişilerin gelir testi işlemleri, SGK veya ilgili vakıf tarafından ailenin yazılı muvafakati alınarak sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı tarafından sonuçlandırılır.

Belirtelim ki; kendisine gelir testi yapılması-

## 01.01.2012 tarihine kadar ihtiyari, bu tarihten sonra ise diğer ücretsiz izne ilişkin 21 kodunda eksik gün bildirilen 4857 sayılı İş Kanunu ile diğer iş kanunlarına göre çalışan sigortalı, zorunlu olarak ücretsiz izin sürelerinin GSS primini ödeyecektir.

nı istemeyenler ile genel sağlık sigortası tescilinin yapıldığına dair tebligatın yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde gelir testi yapılması yönünde muvafakat vermeyenlerin gelirleri asgari ücretin iki katı olarak kabul edilir.

### V.3- GSS Primlerinin Hesaplanması ve Ödenmesi

SGK uygulamasında, “21” kodunda eksik gün bildirim yapılan sürenin bir takvim yılında bir ayı aştığı tarihten itibaren “sigortalılık niteliğinin” yitirildiği varsayıldığından, bundan sonraki “21” kodunda yapılan her eksik gün bildiriminde bu sürele ait GSS priminin de ödenmesi zorunluluğu doğacaktır.

01.01.2012 tarihine kadar ihtiyari, bu tarihten sonra ise 21 kodunda eksik gün bildirilen 4857 sayılı İş Kanunu ile diğer iş kanunlarına göre çalışan sigortalı, zorunlu olarak ücretsiz izin sürelerinin GSS primini ödeyecektir.

Şüphesiz bu durumda olan işçiler, eksik günlerin GSS primlerini, 5510 sayılı Kanun’un 60. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi veya (g) bendi kapsamında ödemek zorunda kalacaklardır.

“21” kodunda eksik gün bildirim yapılan işçinin ödeyeceği GSS primi ise “gelir testi” talep edip etmemesine göre değişecektir.

#### V.3.1- Gelir Testi Talep Edilmesi Halinde

“21” kodunda eksik gün bildirim bir takvim yılında bir aydan fazla olan işçi, bu bir aylık süreden sonraki “21” kodunda bildirim yapılan ücretsiz izin sürelerine ait genel sağlık si-

gortası primini 60. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında ödemek için müracaat eder ise (yani gelir testi talep eder ise), harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az ise, 5510 sayılı Kanunun 80. maddesi dördüncü fıkrası uyarınca sigorta primine esas aylık kazancı asgari ücret olarak dikkate alınarak genel sağlık sigortası primleri Devlet tarafından ödenecektir.

Diğer taraftan, 5510 sayılı Kanunun 80. maddesi dördüncü fıkrası uyarınca, 60. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılmak için müracaat etmekle birlikte, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilen aile içindeki gelirin kişi başına düşen aylık tutarı;

1) Asgari ücretin üçte birinden asgari ücrete kadar olduğu tespit edilen kişiler için 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının üçte biri,

2) Asgari ücretten asgari ücretin iki katına kadar olduğu tespit edilen kişiler için 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarı,

3) Asgari ücretin iki katından fazla olduğu tespit edilen kişiler için 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının iki katı,

genel sağlık sigortası primine esas asgari kazanç tutarı olarak esas alınacak ve genel sağlık

**Eksik gün bildirim bir takvim yılında bir aydan fazla olan işçiler, ücretsiz izin sürelerine ait GSS primlerini, eksik günlerinin genel sağlık sigortası primlerini ödeyerek 30 güne tamamlarken, peşin olarak erken ödeme yolunu da seçebilirler.**

sigortası primleri sigortalının kendisi tarafından ödenecektir.

Örneğin; “21” kodunda eksik gün bildirim yapılan işçi A, bir aylık ücretsiz izin süresini 2012 yılının ilk dört ayında doldurmuş ise, 2012/Mayıs ayında bu mahiyette 10 gün ücretsiz izin kullanılması durumunda, işçinin bu 10 gün için ödeyeceği genel sağlık sigortası primi, gelir testi talep etmesi halinde, aile içindeki gelirin kişi başına düşen aylık tutarı;

- 1) 295,50 – 886,50 TL arasında ise,  
 $295,50/30 \times 10 \times \%12 = 11,82$  TL,
- 2) 886,50 – 1.773 TL arasında ise,  
 $886,50/30 \times 10 / \%12 = 35,46$  TL,
- 3) 1.773 TL'den daha fazla ise,  
 $1.773/30 \times 2 \times 10 \times \%12 = 141,84$  TL,  
olacaktır.

### V.3.2- Gelir Testi Talep Edilmemesi Halinde

Gelir testi talep etmeyenler, GSS primlerinin 5510 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında zorunlu ödemeyi tercih edenlerdir.

“21” kodunda eksik gün bildirim bir takvim yılında bir aydan fazla olan işçinin, bu bir aylık süreden sonraki “21” kodunda bildirim yapılan ücretsiz izin süreleri için, Kanunun 60. maddesi birinci fıkrasının (g) bendine göre genel sağlık sigortası primlerini ödemeyi tercih etmesi durumunda (yani gelir testi istemez ise), 5510 sayılı Kanunun 80. maddesi dördüncü fıkrası uyarınca genel sağlık sigortası primine esas aylık kazancı, Kanunun 82. maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının iki katının otuz günlük tutarı olacaktır.

Bu husus, Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Gelir Tespiti, Tescil ve İzleme Sürecine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde ise şu şekilde ifade edilmiştir:

“Kendisine gelir testi yapılmasını istemeyenler ile genel sağlık sigortası tescilinin yapıldığına dair tebligatın yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde gelir testi yapılması yönünde muvafakat vermeyenlerin gelirleri asgarî ücretin iki katı olarak kabul edilir.”

Örneğin, yukarıdaki örnekteki işçi gelir testi

talep etmediğinde ise, bu 10 günlük ücretsiz izin süresi için ödeyeceği genel sağlık sigortası primi,

$$1.773/30 \times 2 \times 10 \times \%12 = 141,84 \text{ TL olacaktır.}$$

## V.4- GSS Primlerinin Ödenmesi

### V.4.1- Ödenme Zamanı

Bu kapsamda ödenecek GSS primleri için ayrı bir kural yoktur. “21” kodunda eksik gün bildirim bir takvim yılında bir aydan fazla olan işçinin, bu bir aylık süreden sonraki “21” kodunda bildirim yapılan ücretsiz izin sürelerine ait GSS primlerinin ödenmesinde de genel kural geçerlidir. Yani, ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar GSS primleri de ödenecektir.

Şöyle ki; 5510 sayılı Kanunun 87. maddesi birinci fıkrasının (b) bendine göre, 60. maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde sayılan kişilerin kendileri prim ödeme yükümlüsüdür. 5510 sayılı Kanunun 88. maddesi altıncı fıkrasına göre de, 87. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen yükümlüler, her aya ait primlerini takip eden ayda Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma öderler. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 108. maddesi birinci fıkrasına göre ise Kanunun 60. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde sayılanlar her aya ait primlerini takip eden ayın sonuna kadar Kuruma ödeyeceklerdir.

### V.4.2- Peşin Olarak Erken Ödeme

“21” kodunda eksik gün bildirim bir takvim yılında bir aydan fazla olan işçiler, bu bir aylık süreden sonraki “21” kodunda bildirim yapılan ücretsiz izin sürelerine ait GSS primlerini 5510 sayılı Kanunun 60. maddesi (g) bendi kapsamında ödemek zorunda olduklarından, eksik günlerinin genel sağlık sigortası primlerini ödeyerek 30 güne tamamlarken peşin olarak erken ödeme yolunu da seçebilirler.<sup>1</sup>

## V.5- Ücretsiz İzin Süresinin GSS Primleri Ödenmez İse

Bu noktada şunu belirtmemizde fayda var:

## Düzenleme hem sağlık hizmetlerine erişimi zorlaştırmakta, hem de işçilerin ceplerinden sağlık primi ödemeleri gibi bir sonuç doğurmaktadır.

İşçilerin bir takvim yılında 30 güne kadar ücretsiz izin hallerinde, bu otuz günden sonra 10 gün daha ve geriye doğru 90 günleri bulunduğu ise bir 90 gün daha sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının olması, otuz günlük ücretsiz izin süresinden sonra “sigortalılık niteliğinin sona erdiği” kabul edilerek, bu otuz günden sonraki 21 kodunda bildirim yapılan ücretsiz izin sürelerine ait GSS primlerinin ödenmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu ve diğer iş kanunlarına göre çalışan sigortalıların, 21 kodunda bildirim yapılan eksik günlerinin GSS primleri, ister gelir testi talep ederek ister talep etmeksizin olsun, kazançları asgari ücretin üçte birinin üstünde çıkan bütün durumlarda, GSS primlerinin hesaplanması ve ödenmesi 5510 sayılı Kanununun 60. maddesi birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında olacaktır.

Böyle olunca da, adlarına 21 kodunda eksik gün bildirim yapılan sigortalılar, bir takvim yılında otuz günden sonraki eksik günlerinin GSS primlerini ödemezler ise, Kurum 5510 sayılı Kanununun 89. maddesi ikinci fıkrası uyarınca gecikme cezası ve gecikme zammı uygulayacak ve bu borçlar 6183 sayılı Kanuna göre takip ve tahsil edilecektir.

Dahası, 5510 sayılı Kanununun 67. maddesi birinci fıkrasının (b) bendine göre, 21 kodunda eksik gün bildirim yapılan sigortalılar ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin; “sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması” şartı ile birlikte, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 48. maddesine göre tecil ve taksitlendirilerek tecil ve taksitlendirmeleri devam edenler hariç 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bu-

lanmaması gerekmektedir. Aksi halde sağlık giderleri Kurumca karşılanmayacaktır.

## SONUÇ

Düzenlemenin çalışma barışını bozabilecek nitelikte olduğu düşünülmektedir. Zira, hem sağlık hizmetlerine erişimi zorlaştırmakta, hem de işçilerin ceplerinden sağlık primi ödemeleri gibi bir sonuç doğurmaktadır.

“21” kodunda eksik gün bildirim yapılan işçiler, bir takvim yılında otuz günden sonraki eksik günlerinin GSS primlerini hem ceplerinden ödemek zorunda kalacaklar, hem de bundan ötürü 60 günden fazla GSS prim borçları olduğunda sağlık giderleri SGK tarafından karşılanmayacaktır.

Öte yandan, düzenleme toplu iş hukuku açısından da kazanılmış bazı haklara tırpan getirecek niteliktedir. Bugün birçok toplu iş sözleşmesinde, işçiler için istediklerinde 30 günden fazla sürelerde ücretsiz izin kullanabilmeleri kazanılmış bir hak iken, GSS primi ödenmesi zorunluluğunun bu olanağı da ortadan kaldıracığı düşünülmektedir.

Düzenlemenin bir de olumlu bir yanı var; çoğu kere işçinin onayı alınmadan ücretsiz izin işlemi yapılabilmektedir.

Yeni dönemde, işçinin bilgisi dışında “kayıtlarda” kullanılan ücretsiz izin süreleri işçiye GSS primi ödeme borcu doğuracağı için, işçiler bu durumu kolay kolay kabullenmeyeceklerdir.

Böyle olunca, “21” kodunda eksik gün bildirimiminin bundan böyle daha “tasarruflu” kullanılacağı beklenebilir!...

## DİPNOT

- 1 Detaylı bilgi için bkz. BİLGİLİ, Özkan: “Kısmi Süreli Çalışanların Eksik Günlerine İlişkin GSS Primleri, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, s.134-158.



## Murat UĞUR

İstanbul/Gaziosmanpaşa Sosyal Güvenlik Merkezi Müdür Yardımcısı

# Sosyal Güvenlik Destek Primini Hangi Sigortalılar Öder ve Ödenen Bu Prime İstinaden Sağlanan Yardımlar Nelerdir?

## 1- GİRİŞ

5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, 506 sayılı Kanun'a tabi olarak (SSK) çalışan emekliler için 1/4'ü sigortalı, 3/4'ü işveren hissesi olarak prime esas kazancın % 30'u, T.C. Emekli Sandığı'ndan görev malullüğü aylığı almakta iken SSK'ya tabi çalışanlardan % 30, talepleri halinde de % 20 oranında uzun vade primi olmak üzere toplam % 50 si, Bağ-Kur'lular için almakta oldukları aylık miktarlarının % 10'u, diğer kurumlardan aylık alanlar için ise 12. basamak karşılığı gelirin % 10'u, oranında, sosyal güvenlik destek primi kesilmekte idi. Mevcut sigortalıların 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra emekliliklerinde çalışmaları halinde, mevcut sigortalılar için sosyal güvenlik destek primi uygulamasına devam edilmektedir. Ancak, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra 4/a'ya (SSK) tabi çalışan emeklilerin prim oranı % 31 - % 36,5 olarak uygulanmaya başlanmıştır.

Tarımsal faaliyetler hariç olmak üzere Bağ-

Kur'a tabi çalışan emeklilerin aylıklarından % 12 oranında prim kesilmekte, bu oran kademe- li olarak üç yılın sonunda % 15'e yükselecektir.

Kesilecek bu miktar en yüksek yaşlılık aylığı alan 4/b (Bağ-Kur) emeklisinin aylığından kesilecek tutardan fazla olamayacaktır.

5510 sayılı Kanun'dan sonra ilk defa sigortalı olanların emekliliklerinde çalışmaları halinde:

Emeklinin;

SSK ve T.C. Emekli Sandığı'na tabi çalışması halinde aylıkları kesilecek ve ücretlerinden tüm sigorta kollarına ait prim kesilecektir,

Bağ-Kur'a tabi çalışmaları halinde almakta oldukları emekli aylıklarından % 15 oranında destek primi kesilecektir,

Terörle Mücadele Kanunu kapsamında vazife malullüğü aylığı alanların 4/a, b ve c kapsamında (SSK, Bağ-Kur veya T.C. Emekli Sandığı'na tabi) çalışmaları halinde aylıkları kesilmeyecektir.

Birikmiş sosyal güvenlik destek primi borçları gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanmak suretiyle hak sahiplerinin aylıklarından

1/4 oranında kesilerek tahsil edilmekte ancak reddi miras halinde, söz konusu borçlar ölüm aylıklarından kesilmemektedir.

## II- 506 SAYILI KANUN'A GÖRE EMEKLİ OLANLARDAN

### a- Yaşlılık Aylığı Alanların Durumu

#### 1-4/a kapsamında çalışmaları:

Emekli sigortalı, özel sektörde çalışması halinde tercihi doğrultusunda tüm sigorta kollarına veya sosyal güvenlik destek primine tabi çalışabilir. Tüm sigorta kollarına tabi çalışmak istemesi halinde aylığı kesilir ve prime esas kazançları üzerinden tüm sigorta kollarına tabi prim alınır.

Sosyal güvenlik destek primine tabi çalışmayı tercih etmesi halinde aylığı kesilmez, prime esas kazançları üzerinden % 30 ve kısa vade sigorta primi olmak (% 31 - % 36,5) üzere sosyal güvenlik destek primi kesilir.

Kamuya ait işyerinde çalışmaya başlaması halinde sosyal güvenlik destek primine tabi çalışamaz ve 5335 sayılı Kanun gereği aylığı kesilir.

#### 2-4/b kapsamında çalışmaları

Yaşlılık aylığı ödenmeye devam edilir. Yaşlılık aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilir. Prim oranı 2008 yılı için % 12, 2009 için % 13, 2010 yılı için % 14 ve 2011 ve sonraki yıllar için % 15'tir. Muhtarlar ve tarım işlerinde çalışanlar hariç tutulmuştur<sup>1</sup>.

#### 3-4/c kapsamında çalışmaları

Kamu işyerinde çalışılırsa sosyal güvenlik destek primine tabi çalışılmaz. 5335 sayılı Kanun gereği aylığı kesilir.

### b- Malullük Aylığı Alanların Durumu

#### 1-4/a kapsamında çalışmaları

Aylığı kesilir. Prime esas kazançları üzerinden tüm sigorta kollarına tabi prim alınır.

#### 2-4/b kapsamında çalışmaları

Malullük aylığı ödenmeye devam edilir. Ma-

lullük aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilir. Prim oranı 2008 yılı için % 12, 2009 için % 13, 2010 yılı için % 14 ve 2011 ve sonraki yıllar için % 15'tir. Muhtarlar ve tarım işlerinde çalışanlar hariç tutulmuştur<sup>2</sup>.

#### 3-4/c kapsamında çalışmaları

Aylığı kesilmez. Kamuda çalışabilir.

## III-2925 SAYILI KANUN'A GÖRE EMEKLİ OLANLAR

2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "Aylığın kesilmesi ve yeniden bağlanması" başlıklı 23 üncü maddesinde, bu Kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi bir işte sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıklarının çalışmaya başladıkları tarihte kesileceği öngörülmüştür.

5838 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile 5510 sayılı Kanun'un "Sosyal güvenlik destek primine ilişkin geçiş hükümleri" başlıklı Geçici 14 üncü maddesine "2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık aylığı almakta iken çalışmaya başlayanların aylıkları kesilmez ve bunlar hakkında da bu maddenin sosyal güvenlik destek primi alınmasına ilişkin hükümleri uygulanır." hükmünü içeren fıkra eklenmiş ve anılan fıkra 1/10/2008 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Buna göre, 2925 sayılı Kanun'a göre yaşlılık aylığı alanların 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 1/10/2008 tarihinden sonra 4/a veya 4/b kapsamında çalışmaya başlaması halinde aylıkları kesilmeyecek ve bunlar hakkında tercih hakkı olmaksızın sosyal güvenlik destek primi uygulanacaktır.

Ancak, 3201 sayılı Kanun'a göre borçlanarak 2925 sayılı Kanun'a göre aylık bağlananlar hakkında sosyal güvenlik destek primi hükümleri uygulanmayacaktır.

Aylıklarından sosyal güvenlik destek primi kesintisi yapılmakta iken ölen sigortalıların birikmiş sosyal güvenlik destek primi borçları gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanmak suretiyle hak sahiplerinin aylıklarından 1/4 oranında kesilecektir. Reddi miras halinde, söz konusu borçlar ölüm aylıklarından kesilmeyecektir.

**a- Yaşlılık Aylığı Alanların Durumu****1-4/a kapsamında çalışmaları**

Aylığı kesilmez. Prime esas kazançları üzerinden % 30 ve kısa vade sigorta primi olmak üzere sosyal güvenlik destek primi kesilir.

**2-4/b kapsamında çalışmaları**

Yaşlılık aylığı ödenmeye devam edilir. Yaşlılık aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilir. Prim oranı 2008 yılı için % 12, 2009 için % 13, 2010 yılı için % 14 ve 2011 ve sonraki yıllar için % 15'tir. Muhtarlar ve tarım işlerinde çalışanlar hariç tutulmuştur.

**3-4/c kapsamında çalışmaları**

Kamu işyerinde çalıştığı için 5335 sayılı Kanun gereği aylığı kesilir.

**b- Malullük Aylığı Alanların Durumu****1-4/a Kapsamında çalışmaları**

Aylığı kesilmez. prime esas kazançları üzerinden % 30 ve kısa vade sigorta primi olmak üzere sosyal güvenlik destek primi kesilir.

**2-4/b kapsamında çalışmaları**

Malullük aylığı ödenmeye devam edilir. Malullük aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilir. Prim oranı 2008 yılı için % 12, 2009 için % 13, 2010 yılı için % 14 ve 2011 yılı için % 15'tir. Muhtarlar ve tarım işlerinde çalışanlar hariç tutulmuştur.

**3-4/c kapsamında çalışmaları**

Aylığı kesilmez. Kamuda çalışabilir.

**IV-1479 SAYILI KANUN'A GÖRE EMEKLİ OLANLAR****a- Yaşlılık Aylığı Alanların Durumu****1-4/a kapsamında çalışmaları**

Özel sektör: Aylığı kesilmez. prime esas kazançları üzerinden % 30 ve kısa vade sigorta primi olmak üzere sosyal güvenlik destek pri-

mi kesilir. Kamu sektörü: 5335 sayılı Kanun gereği aylıkları kesilir.

**2-4/b kapsamında çalışmaları**

Tercihi doğrultusunda tüm sigorta kollarına veya sosyal güvenlik destek primine tabi çalışabilir.

Tüm Sigorta Kollarına tabi çalışmak istemesi halinde aylığı kesilir ve prime esas kazançları üzerinden tüm sigorta kollarına tabi prim alınır.

Sosyal güvenlik destek primine tabi çalışmak istemesi halinde aylığı kesilmez, yaşlılık aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilir. Prim oranı 2008 yılı için % 12, 2009 için % 13, 2010 yılı için % 14 ve 2011 yılı için % 15'tir.

**3-4/c kapsamında çalışmaları**

Kamu işyerinde çalıştığı için 5335 sayılı Kanun gereği aylığı kesilir.

**b- Malullük Aylığı Alanların Durumu****1-4/a kapsamında çalışmaları**

Aylığı kesilmez. Prime esas kazançları üzerinden % 30 ve kısa vade sigorta primi olmak üzere sosyal güvenlik destek primi kesilir.

**2-4/b kapsamında çalışmaları**

Malullük aylığı kesilmez. Prim alınmaz.

**3-4/c kapsamında çalışmaları**

Aylığı kesilmez. Kamuda çalışabilir.

**V- 2926 SAYILI KANUN'A GÖRE EMEKLİ OLANLAR****a- Yaşlılık Aylığı Alanların Durumu****1-4/a kapsamında çalışmaları**

Özel sektör: Aylığı kesilmez. Prime esas kazançları üzerinden % 30 ve kısa vadeli sigorta primi olmak üzere sosyal güvenlik destek primi kesilir. Kamu sektörü: 5335 sayılı Kanun gereği aylıkları kesilir.

**2-4/b kapsamında çalışmaları**

Yaşlılık aylığı kesilmez. Aylıklarından SGDP kesilir. Muhtarlar ve tarım işlerinde çalışanlar hariç tutulmuştur.

**3-4/c kapsamında çalışmaları**

Kamu işyerinde çalıştığı için 5335 sayılı Kanun gereği aylığı kesilir.

**b- Malullük Aylığı Alanların Durumu****1-4/a kapsamında çalışmaları**

Aylığı kesilmez. Prime esas kazançları üzerinden % 30 ve kısa vade sigorta primi olmak üzere sosyal güvenlik destek primi kesilir.

**2-4/b kapsamında çalışmaları**

Malullük aylığı kesilmez. Aylıklarından SGDP kesilir.

Muhtarlar ve tarım işlerinde çalışanlar hariç tutulmuştur.

**3-4/c kapsamında çalışmaları**

Aylığı kesilmez. Kamuda çalışabilir

**VI-5434 SAYILI KANUN'A GÖRE EMEKLİ OLANLAR****a- Emekli Aylığı Alanların Durumu****1-4/a kapsamında çalışmaları**

Sigortalının; özel sektörde çalışması halinde aylığı kesilmez. Prime esas kazançları üzerinden % 30 ve kısa vade sigorta primi olmak üzere sosyal güvenlik destek primi kesilir. Kamuda çalışması halinde 5335 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Aylık kesilir, hakkında tüm sigorta kolları uygulanır.

**2- 4/b kapsamında çalışmaları**

Emekli aylığı ödenmeye devam edilir. Emekli aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilir. Prim oranı 2008 yılı için % 12, 2009 için % 13, 2010 yılı için % 14 ve 2011 yılı için % 15'tir. Muhtarlar ve tarım işlerinde çalışanlar hariç tutulmuştur.

**3-4/c kapsamında çalışmaları**

5434 sayılı Kanun'un 99 uncu maddesi hükmü gereğince aylığı kesilir ve 4/c kapsamında sigortalılığı devam ettirilir.

**b- Adi Vazife Malullüğü Aylığı Alanların Durumu****1-4/a kapsamında çalışmaları**

Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir ay içinde yazılı talepleri doğrultusunda; Kısa ve uzun vadeli sigorta kolları veya Sosyal güvenlik destek primi uygulanır. Bunlardan uzun vadeli sigorta primi ödeyenlerin belirtilen süre içinde yazılı talepte bulunmamaları halinde ayrıca iş kazası meslek hastalığı hükümleri uygulanır, sosyal güvenlik destek primi kesilmez. Aylıkları kesilmez.

**2-4/b kapsamında çalışmaları**

Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir ay içinde yazılı talepleri doğrultusunda; Kısa ve uzun vadeli sigorta kolları veya sosyal güvenlik destek primi uygulanır. Bunlardan uzun vadeli sigorta primi ödeyenlerin belirtilen süre içinde yazılı talepte bulunmamaları halinde ayrıca iş kazası meslek hastalığı hükümleri uygulanır, sosyal güvenlik destek primi kesilmez. Aylıkları kesilmez.

**3-4/c kapsamında çalışmaları**

5434 sayılı Kanun'un 99 uncu maddesi hükmü gereğince aylığı kesilir ve 4/c kapsamında sigortalılığı devam ettirilir.

**VII-3713 SAYILI KANUN'A GÖRE EMEKLİ OLANLAR****a- Vazife Malullüğü Aylığı Alanların Durumu****1-4/a kapsamında çalışmaları**

İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulananların uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olmayı istemeleri halinde, bu isteklerini Kuruma bildirdikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren, haklarında uzun vadeli sigorta kolları da uygulanır. Bu fıkra kapsamına girenlerden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. Aylıkları kesilmez.

**2-4/b kapsamında çalışmaları**

Kısa vadeli sigorta kolları uygulanır. İş kaza-



sı ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulananların uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olmayı istemeleri halinde, bu isteklerini Kuruma bildirdikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren, haklarında uzun vadeli sigorta kolları da uygulanır. Bu fıkra kapsamına girenlerden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. Aylıkları kesilmez.

### **3-4/c kapsamında çalışmaları**

5510 sayılı kanunun 5 nci maddesinin (c) bendi gereği aylıkları kesilmez. 5510 sayılı kanunun 4/c kapsamında sigortalılık halleri devam eder.

## **VIII- 2330 SAYILI KANUN'A GÖRE EMEKLİ OLANLAR**

### **a- Vazife Malullüğü Aylığı Alanların Durumu**

#### **1-4/a kapsamında çalışmaları**

İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulananların uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olmayı istemeleri halinde, bu isteklerini Kurum'a bildirdikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren, haklarında uzun vadeli sigorta kolları da uygulanır. Bu fıkra kapsamına girenlerden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. Aylıkları kesilmez.

#### **2-4/b kapsamında çalışmaları**

Kısa vadeli sigorta kolları uygulanır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulananların uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olmayı istemeleri halinde, bu isteklerini Kurum'a bildirdikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren, haklarında uzun vadeli sigorta kolları da uygulanır. Bu fıkra kapsamına girenlerden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. Aylıkları kesilmez.

#### **3-4/c kapsamında çalışmaları**

Aylıkları kesilir. Kanunun 4/c kapsamında sigortalılık halleri devam eder.

## **IX-5434 SAYILI KANUN'UN 64. MADDESİNE GÖRE EMEKLİ OLANLAR**

### **a- Harp Malullüğü Aylığı Alanların Durumu**

#### **1-4/a kapsamında çalışmaları**

İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulananların uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olmayı istemeleri halinde, bu isteklerini Kurum'a bildirdikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren, haklarında uzun vadeli sigorta kolları da uygulanır. Bu fıkra kapsamına girenlerden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. Aylıkları kesilmez.

#### **2-4/b kapsamında çalışmaları**

İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulananların uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olmayı istemeleri halinde, bu isteklerini Kurum'a bildirdikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren, haklarında uzun vadeli sigorta kolları da uygulanır. Bu fıkra kapsamına girenlerden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. Aylıkları kesilmez.

#### **3-4/c kapsamında çalışmaları**

Harp malullüğü zammı hariç aylıkları kesilir. Kanunun 4/c kapsamında sigortalılık halleri devam eder.

## **X- 5510 SAYILI KANUN'A GÖRE 4/a KAPSAMINDA EMEKLİ OLANLAR**

### **a- Malullük Aylığı Alanların Durumu (01/10/2008 öncesi sigortalı olanlar)**

#### **1-4/a kapsamında çalışmaları**

Emekli olanların 5510 sayılı Kanun'un 27.

maddesi gereği aylığı kesilir ve emekli sigortalı hakkında tüm sigorta kolları uygulanır.

### **2-4/b kapsamında çalışmaları**

Aylığı kesilmez ve 5510 sayılı Kanun'un geçici 14 üncü maddesi gereği aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilir.

### **3-4/c kapsamında çalışmaları**

5510 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi gereği aylığı kesilir ve hakkında tüm sigorta kolları uygulanır.

### **b- Malullük Aylığı Alanların Durumu (01/10/2008 sonrası sigortalı olanlar)**

#### **1-4/a kapsamında çalışmaları**

5510 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi gereği aylığı kesilir ve hakkında tüm sigorta kolları uygulanır.

#### **2-4/b kapsamında çalışmaları**

5510 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi gereği aylığı kesilir ve hakkında tüm sigorta kolları uygulanır.

#### **3-4/c kapsamında çalışmaları**

5510 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi gereği aylığı kesilir ve hakkında tüm sigorta kolları uygulanır.

## **XI-5510 SAYILI KANUN'A GÖRE 4/b KAPSAMINDA EMEKLİ OLANLAR**

### **a- Malullük Aylığı Alanların Durumu (01/10/2008 öncesi sigortalı olanlar)**

#### **1-4/a kapsamında çalışmaları**

Aylığı kesilmez ve 5510 sayılı Kanun'un geçici 14 üncü maddesi gereği aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilir.

#### **2-4/b kapsamında çalışmaları**

5510 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi gere-

ği aylığı kesilir ve hakkında tüm sigorta kolları uygulanır.

### **3-4/c kapsamında çalışmaları**

5510 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi gereği aylığı kesilir ve hakkında tüm sigorta kolları uygulanır.

### **b- Malullük Aylığı Alanların Durumu (01/10/2008 sonrası sigortalı olanlar)**

#### **1-4/a kapsamında çalışmaları**

5510 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi gereği aylığı kesilir ve hakkında tüm sigorta kolları uygulanır.

#### **2-4/b kapsamında çalışmaları**

5510 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi gereği aylığı kesilir ve hakkında tüm sigorta kolları uygulanır.

#### **3- 4/c kapsamında çalışmaları**

5510 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi gereği aylığı kesilir ve hakkında tüm sigorta kolları uygulanır.

## **XII- 5510 SAYILI KANUN'UN 5 İNCİ MADDESİNİN (G) BENDİ KAPSAMINDAKİ SİGORTALILAR**

5510 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin (g) bendi kapsamındaki; Ülkemiz ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinin;<sup>3</sup>

a) Yaşlılık veya malullük sigortasından tahsis talebinde bulunanlar için işten ayrılma koşulu aranmamaktadır.

b) Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan yaşlılık aylığı veya malullük aylığı almakta iken bu kapsamda çalışmaya başlayanlara haklarında uygulanacak sigorta kolları için tercih hakkı verilmediğinden, aylıkları kesilmeksizin kısa

### 1.3.2011 tarihinden itibaren emekli sigortalıların maaşlarından kesilen sosyal güvenlik destek primi kesintisine son verilecek, sigortalıyı çalıştıran işveren tarafından aylık prim ve hizmet bildirgesi ile bildirim yapılarak sosyal güvenlik destek primi ödemesi yapılacaktır.

vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortasına tabi tutulmaya devam edilecektir.

c) 5 (g) kapsamındaki sigortalılardan uzun vadeli sigorta kollarına isteğe bağlı olarak prim öderken tahsis talebinde bulunanların talep tarihi itibarıyla isteğe bağlı sigortalılıkları sonlandırılacaktır.<sup>4</sup>

5 inci maddenin birinci fıkrasının (g) bendi ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalılık statülerinin çakışması ile ilgili olarak 6111 sayılı Kanun'un 24 üncü maddesiyle 5510 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine "Bu bent kapsamında yurtdışındaki işyerlerinde çalışan sigortalıların, bu sürede ödedikleri isteğe bağlı sigorta primleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır" cümlesi eklenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca bu kapsamda sigortalı sayılanların isteğe bağlı olarak ödenen primleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) kapsamında sayılacak ancak, bu şekilde prim ödeyen sigortalıların 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışmaya başlamaları halinde 5 inci maddenin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamındaki sigortalılıkları ile isteğe bağlı sigortalılıkları sona ermektedir.

### XIII- 3201 SAYILI KANUN'A GÖRE YURTDIŞI BORÇLANMASI YAPARAK EMEKLİ OLAN SİGORTALILARIN DURUMU

8.5.1985 tarihli ve 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Ge-

çen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinin (B) fıkrasının ilk paragrafı aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında yabancı ülke mevzuatına tabi çalışanlar, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanların aylıkları, tekrar çalışmaya başladıkları veya ikamete dayalı bir ödenek almaya başladıkları tarihten itibaren kesilir. Türkiye'de sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar hakkında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışılmasına ilişkin hükümleri uygulanır."

3201 sayılı Kanun'a göre borçlanarak aylık bağlanan vatandaşların aylıkları tekrar yurt dışında yabancı ülke mevzuatına tabi çalışmaya başlamaları veya ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği almaları halinde, tekrar çalışmaya başladıkları veya ikamete dayalı bir ödenek almaya başladıkları tarihten itibaren kesilmektedir. Diğer hallerde yurt içinden emekli olan sigortalılara yapılan uygulamalara tabi tutulacaklardır.

### XIV- HİZMET ÇAKIŞMALARINDA SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ UYGULAMASI

5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine tabi hizmet çakışmalarında sosyal güvenlik destek primine tabi sigortalılar hakkında 6111 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 1.3.2011 tarihinden<sup>5</sup> itibaren 4 (a) bendi kapsamındaki sigortalılık esas alınarak işlem yapılacaktır. Yani emekli sigortalıların maaşlarından kesilen sosyal güvenlik destek primi kesintisine son verilecek, sigortalıyı çalıştıran işveren tarafından aylık prim ve hizmet bildirgesi ile bildirim yapılarak sosyal güvenlik destek primi ödemesi yapılacaktır. (1.3.2003 tarihinden itibaren 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında yaşlılık aylığı alan sigortalının esnaf sigortalılığının devam etmesi nedeniyle aylığından sosyal gü-

venlik destek primi kesilmektedir. Sigortalının 3.6.2011 tarihinde (a) bendi kapsamında çalışmaya başlaması nedeniyle aylıklarından yapılan sosyal güvenlik destek primi kesintisinin 2.6.2011 tarihi itibarıyla kaldırılması gerekecektir.)

## XV- SONUÇ

Emekli maaşı alan sigortalıların kendi nam ve hesabına çalışmaya başlamaları halinde almakta oldukları emekli maaşlarından kesilen sosyal güvenlik destek primine istinaden sigortalılara sağlanan yardım bulunmaz iken bir işverenin emrinde 5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalışan emekli sigortalı adına ödenen sosyal güvenlik destek primine istinaden emekli sigortalıların;

a) İşyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla,

c) Görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) Emziren kadın sigortalının, iş mevzuatına tabi olup olmadığına bakılmaksızın yine bu mevzuatta belirtilen sürelerde çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) İşverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen olay nedeniyle bedenen veya ruhen özre uğraması sonucu 5510 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesinde istinaden iş kazası sayılması halinde,

Sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal özrürlük halleri nedeniyle meslek hastalığına tutulması ve 5510 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesine istinaden meslek hastalığı olarak kabul edilmesi halinde,

5510 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesi ile İş kazası veya meslek hastalığı sigortasından;

a) Sigortalıya geçici iş göremezlik süresince günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi,

b) Sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması,

c) İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine, gelir bağlanması,

d) Gelir bağlanmış olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi,

e) İş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalı için cenaze ödeneği verilmesi hakları sağlanmıştır.

## DİPNOTLAR

- 1 05.03.2009 tarihli ve 2009/37 sayılı Genelge.
- 2 Bkz. dipnot 1.
- 3 Bkz. dipnot 1.
- 4 05.01.2009 tarihli ve 2009/5 sayılı Genelge "İsteğe Bağlı Sigortalılık".
- 5 28.02.2011 tarihli 27857 (Mükerrer) Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.



# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Şükran Ertürk tarafından hazırlanan “**İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları**” adlı eserin genişletilmiş ve güncellenmiş 2. baskısı Mart 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

İş ve sosyal güvenlik hukuku alanında, özellikle 2003 yılında İş Kanunu'nun değişmesi ve 2008 yılında 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile uyuşmazlıklar artmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi sistemini getirmesi ile hukuk alanında yeni bir dava türü olan işe iade davaları açılmaya başlanmış ve yaygınlaşmıştır. Özellikle Yargıtay uygulaması ile yerleşmiş yargı kararları çerçevesinde konu ile ilgili pek çok değişik alanda ilke ortaya çıkmıştır. Bu nedenle hukuk öğrencilerinin iş hukuku alanındaki bilgilerini Yargıtay'ın konuyla ilgili kararları ile pekiştirmeleri son derece önemlidir.

Eserde yer alan uyuşmazlıkların tamamı gerçek olaylardan yararlanmak sureti ile öğrencilerin çözmesi gereken hukuki sorunlar haline getirilirken, uyuşmazlığın tarafları, kimliklerinin korunması amacıyla, harflerle sembolize edilmiştir. Özellikle genel teorik bilgilerden sonra, gerek doktrindeki farklı bakış açılarına gerekse Yüksek Mahkeme uygulaması ve çözümlerine her olayda yer verilmiştir.

Eser, gerçek hukuki uyuşmazlıklardan hareketle hazırlanmış olup, cevaplar da bilirkişi raporlarına dayanarak yazarın kanaat ve görüşlerini belirten değerlendirmelerden oluşmaktadır.



Doç. Dr. Nurşen Caniklioğlu tarafından hazırlanan “**Sosyal Sigortalarda Prim Teşvikleri**” adlı eser Ekim 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

Sosyal sigorta primlerinde işverenler için öngörülen teşvikler, özellikle son yıllarda istihdamı artırma, kayıt dışılığı önleme ve düzenli prim ödemeyi özendirme amacını gerçekleştiren bir politika aracı olmuştur. Bu amacı gerçekleştirmek için 2004 yılından bu yana pek çok kanun çıkarılmıştır. Bunlar arasında, özellikle 2004 yılında çıkarılan 5084 sayılı “Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ve 2008 yılında çıkarılan 5746 sayılı “Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun” uyarınca yararlanan teşvikler ile yine 2008 yılında 5510 sayılı Kanunun 80. maddesine eklenen bir bent ile öngörülen sosyal sigorta primlerinde beş puanlık indirim, uygulamada işverenlerin en fazla yararlandıkları teşvikler olmuştur.

Eserin amacı, bu konuya ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin toplu olarak ele alınması ihtiyacını karşılamaktır. Eserde farklı konularda öngörülen teşviklerin uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan yönetmelik, tebliğ ve genelgelere de geniş bir biçimde yer verilmiştir.

Eserde sırasıyla; prim kavramı ve 5510 sayılı Kanun'da düzenlenen prim teşvikleri, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda düzenlenen prim teşvikleri ve özel kanunlarda öngörülen prim teşvikleri ele alınmıştır.

Prof. Dr. Ahmet KIRMAN

T. Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş. Genel Müdürü

# Türkiye ile Almanya, Belçika ve Fransa Arasındaki Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarındaki Emek Gelirlerine İlişkin Düzenlemeler

## Giriş

Bilindiği üzere çifte vergileme, vergiye tabi bir gelirin birden fazla ülkede vergi konusu olması, aynı gelirin hem elde edildiği ülkede hem de geliri elde edenin mukim (yerleşik) olduğu ülkede vergilendirilmesidir. Ülkeler bu istenilmeyen durumu ortadan kaldırmak amacıyla aralarında vergi anlaşmaları yapmaktadır.

Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları ile gelirin, ikamet veya kaynak ülkelerden yalnızca birinde vergilendirilmesi veya vergilendirme hakkının her iki ülke arasında bölüşülmesi konularında düzenlemeler yapılmakta ve bu yolla gelirin her iki ülkede birden vergilendirilmesi engellenmektedir.

Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında sermaye, servet ve emek gelirleri üzerindeki vergi yükünün azaltılmasının ne şekilde olacağı düzenlenmektedir. Özellikle emek gelirleri üzerindeki vergileme yetkisinin belirlenmesinde güçlükler bulunduğundan çifte vergilen-

dirmenin ortadan kaldırılması da karmaşık bir yapı içermektedir.

Emek gelirleri üzerinde oluşabilecek çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılmasına yönelik anlaşmalardaki düzenlemeler bu makalemizin konusunu oluşturmakta olup, özellikle yoğun emek ilişkisi ve hareketli bulunduğu bulunan Almanya, Belçika ve Fransa ile Türkiye arasında imzalanmış bulunan Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları çerçevesinde ele alınacaktır.

Belçika ve Fransa ile Türkiye arasındaki Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları halen yürürlükte bulunmakta olup hükümleri uygulanabilirken, yeniden düzenlenen Almanya anlaşması imzalanmış olmakla beraber henüz yürürlüğe girmemiştir. Türkiye ile Almanya arasındaki çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması 2009 yılında Almanya tarafından tek taraflı olarak feshedilmiş ve bu anlaşma 01.01.2011 tarihinden itibaren yürürlükten kalkmış bulunmaktadır.

Almanya ile Türkiye arasındaki anlaşmanın iptali sonrasında yeniden düzenlenen Çifte

## Aynı gelir üzerinden birden fazla devletin vergilendirme yapması sonucu ortaya çıkan mükerrer vergilendirme, çifte vergilendirme anlaşmalarında istisna veya mahsup yöntemleri ile giderilmektedir.

Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması 16.01.2012 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanıp Resmi Gazete'de yayımlanarak söz konusu Anlaşmanın yürürlüğe girebilmesi için gerekli olan yasal prosedür Türkiye açısından tamamlanmıştır. Anlaşma Almanya tarafınca onaylanmasını ve onay belgelerinin diplomatik yollarla karşılıklı bildirimlerin yapılması sonrası yürürlüğe girecek olup hükümleri 01.01.2011 tarihinden itibaren uygulanacaktır.

### 1. Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi Anlaşmalarındaki Esaslar

#### 1.1. Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi

Aynı gelir üzerinden birden fazla devletin vergilendirme yapması sonucu ortaya çıkan mükerrer vergilendirme, çifte vergilendirme anlaşmalarında istisna veya mahsup yöntemleri ile giderilmektedir. Ayrıca yerel vergi mevzuatlarında da anlaşma olmasa dahi mükerrer vergilemeyi ortadan kaldıracak benzeri düzenlemeler mevcuttur. Makalemizin konusunu oluşturan gelir unsurlarına yönelik yabancı ülkelerde ödenen vergilerin mahsubuna yönelik Gelir Vergisi Kanunumuzda da özel düzenlemeler mevcuttur.

İnceleme konumuz olan gelir unsurlarına yönelik çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik Almanya ve Fransa ile olan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında mahsup yöntemi, Belçika anlaşmasında ise istisna yöntemi esas alınmıştır.

#### 1.2. Mukimlik

Genel olarak anlaşmaların kişilere ilişkin kapsamı bölümünde, anlaşma hükümlerinin uygulanacağı kişiler, mukim teriminin tanımı ve çifte mukimlik konularında açıklamalar bulunmaktadır.

Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları'nda, anlaşma hükümlerinin uygulanacağı kişiler, devletlerden birinin veya her ikisinin mukimi olan kişilerdir. Vergi anlaşmalarında geçen "kişi" terimi gerçek kişileri olduğu kadar, şirketleri ve kişilerin oluşturduğu diğer kuruluşları da kapsamına alır. Diğer bir ifade ile vergi anlaşmalarında kullanılan "mukim" kavramı hem gerçek kişileri hem de kurumları kapsayan bir kavramdır.

Vergi anlaşmalarında yer alan "Devletlerden birinin mukimi" terimi, o Devletin mevzuatı gereğince ev, ikametgah, kanuni merkez, iş merkezi veya benzer yapıda diğer herhangi bir kriter nedeniyle vergi mükellefiyeti altına giren kişi anlamına gelmektedir.

Diğer yandan, gerçek kişilerin her iki Akit Devlette de ikametgâhlarının bulunması halinde, yani çifte mukimlik durumunda, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları açısından iki farklı problem ortaya çıkmaktadır. Birinci problem, çifte mukimlik durumunda kişilerin hangi Akit Devlette mukim kabul edileceği sorunu; ikinci problem ise, kişilerin ikametgâhının (mukim olduğu Devletin) tayininin vergilendirme açısından kişiler için öneminin ortaya konulmasıdır.

Böyle bir durum ortaya çıktığında, gerçek kişiler, Anlaşmaya taraf Devletlerden birinde devamlı bir meskenlerinin bulunması halinde bu Devletin, her iki Devlette de bir meskene sahip olmaları durumunda ise, kişisel ve ekonomik ilişkilerinin daha yakın olduğu Devletin mukimi olarak kabul edilmektedirler. Ancak, yukarıdaki kriterler kullanılmasına rağmen sorun çözülemiyorsa, bu defa sırasıyla mutad oturma yeri ve uyruklukları bu kişilerin mukimliğinin belirlenmesinde kriter olarak kullanılmaktadır. Bununla beraber, gerçek kişinin her iki Devletin de uyruğunda olması veya hiç birinin uyruğunda olmaması durumunda ise sorun taraflarca karşılıklı anlaşma yoluyla çözümlenmektedir.

Her iki Akit Devlette de ikametgâhı bulunan, yani mukim sayılan kişilerin vergilendirilmesi ülkelerin iç mevzuat hükümlerine göre farklı, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması'nın bulunması durumunda farklı olmaktadır. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması'nın bulunmaması durumunda her Akit Devlet kendi mukimini, tam mükellefiyet esasında gerek mukim devlette gerekse kaynak devlette elde ettiği bütün kazanç ve iratlar üzerinden vergilendirilmektedir.

## 2. Anlaşmalara Göre Emek Gelirlerinin Vergilendirilmesi

### 2.1 Bağımlı Faaliyetler

Ücret gelirlerinde vergileme hakkı hizmet erbabının mukim olduğu Devlete bırakılmıştır. Ancak, hizmetin diğer Devlette icra edilmesi ve aşağıda genel olarak belirtilen koşullardan birisinin diğer Devlette yerine gelmesi durumunda vergileme bu diğer Devlette de bu Devletin iç mevzuatı çerçevesinde yapılacaktır. Bu koşullar Anlaşmalarda;

-Ücret geliri elde edenlerin diğer Devlette toplam 183 günü aşacak şekilde bulunmaları; veya

-Kendilerine yapılan ödemelerin diğer Devlette mukim olan işverenlerce yapılması; veya

-Kendilerine yapılan ödemelerin işverenin diğer Devlette sahip olduğu bir işyerinden veya sabit yerden yapılması

olarak yer almaktadır.

Diğer taraftan, yukarıda belirtilen 183 günlük sürenin hesaplanmasında anlaşmalarda mali yıl veya takvim yılı veyahut herhangi bir kesintisiz 12 aylık dönem gibi kriterlerden birisi yer aldığından, ilgili anlaşmaların bu hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin Almanya anlaşmasında ücret gelirinun herhangi bir kesintisiz 12 aylık dönemde elde edilmesi esas alınırken Belçika ve Fransa anlaşmalarında bir takvim yılındaki içindeki 183 günlük süre esas alınmaktadır.

Her üç ülke ile olan anlaşmaya göre Türkiye mukimi bir gerçek kişinin bu ülkelerde 183 günden az bir süre kalmak suretiyle elde

edeceği ücret gelirleri kaynak ülkelerde vergilenmesinin yanı sıra Türkiye'de de vergilendirilmesi mümkün olabilecektir.

Örneğin bir Türkiye mukimi gerçek kişinin Türkiye'deki işvereni adına Almanya'da ifa ettiği hizmetleri nedeniyle Türkiye'den ödenen bir ücret geliri elde etmesi durumunda bu kişinin ücret gelirini elde ettiği süre 183 günden az ise ücret geliri Almanya'da vergilenmeyecek olup sadece Türkiye'de vergilendirilecekken, 183 günden fazla olması halinde ise bu ücret geliri üzerinden Almanya'nın da vergileme hakkı ortaya çıkacaktır. Türk işveren adına Almanya'da 183 günden fazla bir süre çalışarak ücret geliri elde eden Türk mukiminin Türkiye'deki vergilendirilmesi ise Gelir Vergisi Kanunu'nun 3. maddesi hükmüne göre olacaktır. Buna göre çalışma süresinin 183 günü aşması nedeniyle bu ücret geliri üzerinden Almanya'da da vergileme yapılması durumunda Türkiye'de ayrıca vergi alınmayacaktır. Bu durumda Türk işveren tarafından ücret ödemesi sırasında kesinti suretiyle ödenmiş olan vergilerin Türk mukimine iadesi söz konusu olacaktır.

Vergi anlaşmalarında bağımlı faaliyetlerin tespiti bakımından hukuki durum yeterli kabul edilmekle beraber yeni düzenlenen Almanya vergi anlaşmasına ekli protokol ile özgün bir farklılık yaratılmıştır. Bu protokole göre gerçek kişi, söz konusu hizmetleri hukuken işveren ilişkisi içinde olduğu kişi yerine faaliyetin yapıldığı ülkedeki doğrudan veya dolaylı olarak bir başka işveren için ifa eder ve hukuki olarak bağlı olunan diğer ülkedeki işveren bu işlerle ilgili olarak herhangi bir sorumluluk üstlenmezse vergileme hakkı faaliyetin gerçekleştiği ülkeye ait olacaktır. Anlaşma hükümlerinden sadece hukuki anlamda değil, işlevsel anlamda da işçi-işveren ilişkisinin aranacağı anlaşılmaktadır.

### 2.2. Müdürlere Yapılan Ödemeler

Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları'nda yöneticilere yapılan ödemelerin vergilendirilmesi özel olarak müdürlere yapılan ödemeler başlığı altında düzenlenmiş olup, yönetim kurulu ve benzeri bir organın fonksiyonlarını yerine getiren üyelere yapılan ücret



ve benzeri ödemeleri kapsamaktadır. Almanya ve Fransa anlaşmalarında sadece yönetim kurulu üyelerine yapılan ödemeler bu kapsamda değerlendirilmişken, Belçika anlaşmasında kapsam genişletilerek yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra benzeri bir organın üyeleri de bu kapsama dahil edilmiştir.

Belçika anlaşmasında, Almanya ve Fransa anlaşmalarındaki düzenlemeye ilave olarak yönetim kurulu üyelerinin şirkette ifa ettiği teknik yapıdaki gündelik görevler dolayısıyla elde edilen ücretlerin ayrı tutularak bağımlı faaliyetlerin vergilendirilmesi hükümlerine tabi olacağı açıkça belirtilmiştir.

Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarında şirketlerin yönetim kurulu üyelerine ödenen ücretlerin genel olarak, söz konusu şirketin mukim olduğu devlette vergilendirileceği hüküm altına alınmıştır. Almanya, Belçika ve Fransa anlaşmalarındaki düzenlemelerde bu şekildedir.

Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının ücretleri düzenleyen maddelerinde, ücretin hangi devlette vergilendirileceği hizmetin ifa edildiği yere göre tayin edilmekteyken, şirketlerin yönetim kurulu üyeliğinin, kesin olarak belirli bir fiziki mahalde yürütülmesi gerekmediğinden ve yönetim kurulları farklı farklı yerlerde toplanabileceğinden vergi anlaşmalarının bağımlı faaliyetleri (ücretleri) düzenleyen maddesindeki kriterler farklılaştırılarak vergileme yetkisi, geliri doğuran şirketin mukimliğine, başka bir ifadeyle kaynak devlete bağlanarak sorun çözümlenmiştir.

Örneğin bir Türk mukimi gerçek kişinin Almanya'da mukim bir şirketteki yönetim kurulu üyeliği nedeniyle Alman şirketi tarafından ödenen yönetim kurulu ücreti alması durumunda bu gelir unsuru Almanya tarafından vergilendirilecektir. Diğer yandan bu Türk mukimi gerçek kişi Türkiye'de tam mükellef olarak vergilendirmeye tabi olduğundan bu geliri Türkiye'de beyan edilecek ve Almanya'da bu gelir üzerinden ödenen vergilerin gerek Türk yerel mevzuatı gerekse anlaşma gereğince mahsubu mümkün olabilecektir. Çifte vergilendirmenin mahsup şeklindeki telafisi Fransa için de geçerli olup Belçika anlaşmasında ise farklılık

arz etmektedir. Belçika anlaşmasına göre bahse konu gelir unsurları Belçika'da vergilendirildiğinden Türkiye'de istisna tutulmak suretiyle çifte vergilendirmenin önüne geçilmektedir. Buna göre Belçika mukimi bir şirketten alınan yönetim kurulu ücretleri Belçika'da vergilendirilecek ve Türkiye'de beyan edilmeyecektir.

### 2.3. Emekli Maaşları

Anlaşmalarda özel sektör emekli maaşları ile kamu sektörü emekli maaşları ayrı ayrı ele alınmaktadır. Yurtdışında özel sektörde belli bir süre çalıştıktan sonra emekliliğe hak kazanan kişiler yönünden, diğer Devlet kaynaklı elde edilen emekli maaşlarının hangi ülkede vergilendirileceği konusu, Anlaşmalara göre değişiklik arz etmektedir. Bazı anlaşmalarda emekli maaşları kişinin mukim olduğu Devlette vergiye tabi tutulurken, bazı anlaşmalarda ödemenin yapıldığı Devlette vergiye tabi tutulmaktadır.

İnceleme konumuz olan Almanya, Belçika ve Fransa anlaşmalarında emekli maaşlarının genel olarak mukimlik esasına göre vergilendirilmesi benimsenmiştir. Ancak anlaşmalarda ülkelere göre farklılık arz eden istisnai düzenlemeler bulunmaktadır.

#### • Almanya Anlaşması

Almanya anlaşmasında vergilendirme mukimlik esasına dayandırılmış olmakla beraber Almanya sosyal güvenlik kurumlarından emekli olan ve fakat Türkiye'de mukim olan gerçek kişilerin Alman sosyal güvenlik kurumları tarafından ödenen emekli maaşlarının 10.000 Euro'yu aşan kısmının Almanya'da % 10 ile sınırlı kalmak kaydıyla vergilenebilmesi mümkün kılınmıştır.

Bu şekildeki düzenleme ile önceki vergi anlaşmasının feshine yol açtığı bilinen ana sebeplerden olan emekli maaşları bakımından birçok vergi anlaşmasından farklılık gösteren bir uygulama getirildiği görülmektedir.

#### • Belçika Anlaşması

Belçika anlaşmasında vergilendirme mukimlik esasına dayandırılmış olmakla beraber sosyal refah ve amacına yönelik genel programlar

çerçevesinde veya sosyal güvenlik mevzuatı gereğince ödenen emekli aylıkları ve benzerleri, ödemenin gerçekleştiği devlette vergilendirilebilecektir. Ancak bu tür ödemenin yapıldığı kişi ödemenin yapıldığı devlette değil, vatan-daşı olduğu diğer devlette ikamet ediyorsa bu durumda münhasır vergileme yetkisi mukim devlete geçmektedir.

#### • Fransa Anlaşması

Fransa anlaşmasında vergilendirme mukimlik esasına dayandırılmıştır. Almanya ve Belçika anlaşmalarından farklı olarak uğranılan şahsi zararları tazmin üzere ödenen kamu kaynaklı maluliyet maaş ve ikramiyeleri, sağlanan ömür boyu gelirler ve benzeri devamlı ya da arizi ödemeler için ise bu gelirlerin yalnızca ödemeyi yapan devlet tarafından vergilendirileceği düzenlenmiştir.

Vergi anlaşmalarındaki emekli maaşları ile ilgili düzenlemeler yukarıda açıklandığı gibi olmakla beraber Türk yerel mevzuatında yabancı ülkelerde bulunan sosyal güvenlik kurumları tarafından ödenen emekli, maluliyet, dul ve yetim aylıkları vergiye tabi tutulmadığından, vergileme hakkı anlaşmalarla Türkiye'ye bırakılsa dahi Türkiye'de bir vergilendirme yapılamayacaktır.

Örneğin Almanya'da çalışıp emekli olan bir Türk vatandaşının bilahare Türkiye'ye ikamet etmek amacıyla dönmesi durumunda, elde ettiği emekli maaşları vergileme hakkı Türkiye'ye ait olsa dahi yukarıda belirtilen iç mevzuat hükümlerimiz uyarınca Türkiye'de de vergilendirilmeyecektir.

Almanya ile Türkiye arasındaki eski vergi anlaşmasının 01.01.2011 tarihinden itibaren yürürlükten kalkmış olması ve yeni anlaşmanın henüz yürürlüğe girmemiş olması nedeniyle bir boşluk oluşmuştur. Her ne kadar yeni anlaşma 01.01.2011 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek olsa bile bu süreç içinde birçok kişinin emekli maaşı ödemesi üzerinden Almanya'da vergi alınması söz konusu olmuştur.

Anlaşmanın yürürlüğe girmesini müteakip Türk mukimlerinin Almanya'dan almış oldukları emekli maaşlarından 01.01.2011 tarihinden itibaren yapılan vergi kesintileri nedeniyle yer-

siz vergilemeye maruz kalmaları durumunda yeni anlaşmanın vergi kesintisi prosedürleri düzenlemesi kapsamında Alman vergi idaresine iade başvurusunda bulunabilmeleri söz konusu olabilecektir.

### Sonuç

Emek gelirleri üzerinde oluşabilecek çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak Almanya, Belçika ve Fransa ile Türkiye arasında imzalanmış bulunan Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları çerçevesinde ele alınmış ve oldukça karmaşık bir yapıya sahip olan düzenlemeler ana hatlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

Özellikle Almanya ile imzalanmış olan yeni anlaşmanın henüz yürürlüğe girmemiş olması nedeniyle, Almanya'dan emekli olarak Türkiye'ye kesin dönüş yapmış olan birçok vatandaşımız Almanya'dan aldıkları emekli maaşları üzerinden vergi ödemek zorunda kalmıştır. Anlaşmanın yürürlüğe girmesi ile bu vatandaşlarımızın emekli aylıklarının sadece 10.000 Euro'yu aşan kısmı üzerinden % 10 nispetinde vergileme yapılmaya başlanacağından Almanya tarafındaki yasal prosedürün bir an önce tamamlanması beklenmektedir.

# ABONELİK SİSTEMİ

## “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi”



4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümlerinin içeriğine ve uygulanmasına yönelik bilgiler ile yerli ve yabancı mahkeme kararlarına yer verilen “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” adlı yayınıımız, çalışma yaşamında yaşanan gelişmeleri yakından takip ederek kullanıcılarına yeni bilgileri zamanında ulaştırmayı hedeflemektedir. Bu nedenle, güncel bilgileri içeren föyler “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” abonelerine düzenli olarak gönderilmektedir.

**MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi**'ne abone olabilmek için formu doldurup, MESS Merkez adresimize posta veya faks yoluyla gönderebilirsiniz.

### “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” Abonelik Formu

Ad/Soyad : .....

Adres : .....

Tel. : .....

Faks : .....

e-posta : .....

İmza : .....

**MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi**'ne abone olmak istiyorum:

Maliyet bedelini ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

**MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi**

**Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL**

**Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19**

**TÜRKİYE İŞ BANKASI** Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)

**Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81**

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)

Yrd. Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

İstanbul Arel Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Yüksekokulu

# İşletmelerde Mesleki Eğitim Gören Öğrencilere ve Çıraklara Yapılan Ücret Ödemelerinde Asgari Geçim İndirimi Uygulanır Mı?

## 1. GİRİŞ

Bu yazımızın konusunu işletmelerde mesleki eğitim gören örgün eğitim öğrencilerine yapılan ücret ödemelerinde asgari ücretin net tutarının tespitinde asgari geçim indirimi uygulanıp uygulanmayacağı oluşturmaktadır. Bu kapsamda öncelikle mesleki eğitim gören öğrencilerin Mesleki Eğitim Kanunu ve İş Kanunu bakımından durumu tespit edilecek, daha sonra söz konusu öğrencilere ödenen ücretlerin gelir vergisine tabi olup olmadığı araştırılacak, eğer gelir vergisine tabi iseler asgari geçim indiriminin nasıl uygulanacağı sorusu cevaplanacaktır.

Mesleki Eğitim Kanunu'nun 11. maddesine göre aday çıraklar ve çıraklar; öğrenci statüsünde olup, öğrencilik haklarından yararlanır. Bu nedenle bu çalışmanın kapsamına aday çırak ve çıraklar da alınmıştır.

## II. MESLEKİ EĞİTİM GÖREN ÖĞRENCİ VE ÇIRAK KAVRAMLARI

### 1. İşletmelerde Mesleki Eğitim Gören Öğrenciler

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu<sup>1</sup> ile mesleki eğitime getirilen yenilikler Türk eğitim sisteminin en önemli ve başarılı sonuç veren eğitim reformlarından birini oluşturmuştur<sup>2</sup>.

Mesleki Eğitim Kanunu, Mesleki Eğitim Kurulunun belirleyeceği mesleklerde, kamu ve özel sektöre ait kurum, kuruluş ve iş yerleri ile mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarındaki eğitim ve öğretimi kapsamaktadır (Mesleki Eğitim Kanunu m.2).

10 ve daha fazla personel çalıştıran işletmeler, çalıştırdıkları personel sayısının yüzde beşinden az, yüzde onundan fazla olmamak



## İşletmelerde beceri eğitimi gören mesleki ve teknik lise öğrencileri, Mesleki Eğitim Kanunu'na göre çırak statüsünde sayılmışlardır.

üzere mesleki ve teknik eğitim okul ve kurum öğrencilerine beceri eğitim yaptırılır (Mesleki Eğitim Kanunu m.18/I). Mesleki eğitim kapsamına alınıp alınmadığına bakılmaksızın 10'dan az personel çalıştıran işletmeler de mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları öğrencilerine bu Kanunun ilgili hükümlerine göre beceri eğitimi yaptırabilirler (Mesleki Eğitim Kanunu m.18/III). Vardiya usulü veya mevsimlik olarak faaliyet gösteren işletmelerde eğitim göreceğ öğrenci sayısının tespitinde gündüz vardiyasında veya faaliyet gösterdiği mevsimde çalışan personel sayısı esas alınır (Mesleki Eğitim Kanunu m.18/IV). Bu Kanun kapsamına giren illerde 10 ve daha fazla personel çalıştıran işletmeler, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüklerince her yıl şubat ayı içerisinde İl Mesleki Eğitim Kuruluna bildirilir. Beceri eğitimi yaptıracak Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı işletmeler, Bakanlık ve Milli Savunma Bakanlığınca birlikte belirlenir (Mesleki Eğitim Kanunu m.18/V).

Mesleki Eğitim Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde yer alan tanıma göre:

- "Öğrenci", işletmelerde, mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında örgün eğitim görenleri;
- "İşletmelerde Mesleki Eğitim", mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları öğrencilerinin beceri eğitimlerini işletmelerde, teorik eğitimlerini ise mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında veya işletme veya kurumlarca tesis edilen eğitim birimlerinde yaptıkları eğitim uygulamalarını;
- "Mesleki ve Teknik Eğitim Okul ve Kurumları", mesleki ve teknik eğitim alanında, diplomaya götüren orta öğretim kurumları ve mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumları ile belge ve sertifika programlarının uygulandığı her tür ve derecedeki örgün ve yaygın eğitim-öğretim kurumlarını;

- "İşletme", mal ve hizmet üreten kamu ve özel kurum, kuruluş ve işyerlerini;
- "Meslek Alanı", ortak özelliklere sahip birden fazla meslek dalını içeren; bilgi, beceri, tutum, davranış ve istihdam olanağı sağlayan alanı;
- "Meslek Dalı", bir meslek alanı içinde yer alan ve belirli konularda uzmanlaşmaya yönelik bilgi, beceri, tutum, davranış gerektiren ve istihdam olanağı sağlayan iş kollarından her birini ifade eder.

## 2. Çıraklar

Mesleki Eğitim Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde yer alan tanıma göre:

- "Aday çırak", çıraklığa başlama yaşını doldurmuş ve çıraklık döneminden önce kendisine işyeri ortamı tanıtılan, sanat ve mesleğinin ön bilgileri verilen kişiyi;
- "Çırak", çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştirilen kişiyi ifade eder.

İş Kanunu açısından çıraklar, ücret geliri elde etme amacı olmadan bir meslek veya sanatı öğrenmek için çalışan kişilerdir, işçi sayılmazlar<sup>3</sup>. Çıraklık sözleşmesine ilişkin düzenlemeler, Borçlar Kanunu'nun 313/III, 318, 330 ve 340/II. maddelerinde yer almaktadır. Çıraklar, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden yararlanmakla birlikte İş Kanunu kapsamının dışındadırlar (İş Kanunu m.4/I-f)<sup>4</sup>.

Çıraklar, sendikaya üye olamazlar ve toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar<sup>5</sup>. Çırak öğrencilerle işveren arasındaki ilişki iş sözleşmesinden kaynaklanmadığından, İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Olası uyuşmazlıkların Asliye Hukuk Mahkemesince incelenip çözülmesi gerekir<sup>6</sup>.

Mesleki Eğitim Kanunu'nun 10. maddesine göre, çırak olabilmek için;

- 14 yaşını doldurmuş, 19 yaşından gün almamış olmak,
- En az ilköğretim okulu mezunu olmak,
- Bünyesi ve sağlık durumu gireceği mes-

leğin gerektirdiği işleri yapmaya uygun olmak gerekir.

Mesleki Eğitim Kanunu'nun 13. maddesinin son fıkrasına göre, bu Kanun'un uygulandığı yer ve meslek dallarında Borçlar Kanunu'nun çıraklık sözleşmesine dair hükümleri ile onsekiz yaşını doldurduktan sonra sözleşmesi devam eden çıraklar hakkında İş Kanunu'nun, iş sağlığı ve güvenliği bölümünde yer alan hükümleri dışındaki hükümler uygulanmaz.

Çıraklar, sosyal sigorta hakları açısından sadece iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık sigortalarından yararlanırlar<sup>7</sup>. İşletmelerde beceri eğitimi gören mesleki ve teknik lise öğrencileri de Mesleki Eğitim Kanunu'na göre çırak statüsünde sayılmışlardır<sup>8</sup>.

Mesleki Eğitim Kanunu'nun 23. maddesinde beceri eğitimi yaptırabilecek işletmeler tanımlanmıştır: Bakanlıkça "İşletmelerde meslek eğitimi" kapsamına alınıp alınmadığına bakılmaksızın on ve daha fazla personel çalıştıran işletmelerde, teknik lise ve meslek lisesi öğrencilerine bu Kanunun ilgili hükümlerine göre beceri eğitimi yaptırabilirler.

### III. İŞLETMELERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

#### 1. Katılma Payı Ödeme Yükümlülüğü

10 ve daha fazla personel çalıştıran ve Bakanlıkça işletmelerde mesleki eğitim kapsamına alınan, ancak, beceri eğitimi yaptırmayan işletmeler, beceri eğitimi yaptırmaması gereken her öğrenci için eğitim süresince her ay 18 yaşını bitirenlere ödenen asgari ücretin net tutarının 1/3'ü nispetinde, 20 ve daha fazla personel çalıştırılması halinde 2/3'ü nispetinde Saymanlık hesabına para yatırmakla yükümlüdürler (Mesleki Eğitim Kanunu m.24/I)<sup>9</sup>.

Personel sayısının tespitinde görev ve çalışma statüsüne bakılmaksızın işyerinde 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olarak çalıştırılan personel sayısı dikkate alınır (Mesleki Eğitim Kanunu m.24/III).

Mesleki eğitim şartlarına sahip olan işletmelere Bakanlıkça öğrenci gönderilememesi halinde bu işletmeler katılma payı ödemezler (Mesleki Eğitim Kanunu m.24/II).

#### 2. Ücret Ödeme Yükümlülüğü

Aday çırak, çırak ve işletmelerde meslek eğitimi gören öğrencilere ödenecek ücret ve bu ücretlerdeki artışlar; aday çırak veya çırığın velisi veya vasisi veya kişi reşit ise kendisi; öğrenciler için okul müdürlüğü ile işyeri sahibi arasında Bakanlıkça belirlenen esaslara göre düzenlenecek sözleşme ile tespit edilir. 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanun'la değişik Mesleki Eğitim Kanunu m. 25/T'e göre, işletmelerde meslek eğitimi gören örgün eğitim öğrencilerine, asgari ücretin net tutarının 20 ve üzerinde personel çalıştıran işyerlerinde yüzde 30'undan, 20'den az personel çalıştıran işyerlerinde yüzde 15'inden, aday çırak ve çırığa yaşına uygun asgari ücretin yüzde 30'undan aşağı ücret ödenemez (Mesleki Eğitim Kanunu m.25/D).

#### 3. İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Sorumluluk

Aday çırak, çırak ve öğrencinin eğitimi sırasında işyerinin kusuru halinde meydana gelecek iş kazaları ve meslek hastalıklarından işveren sorumludur (Mesleki Eğitim Kanunu m.25/II). Esasen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslek eğitimi gören öğrenciler, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık sigortasına ve bir sigortalının bağımlısı olarak sağlık hizmeti almıyorlarsa genel sağlık sigortasına tabidirler. Sigorta primleri İş Kanunu gereğince bunların yaşına uygun asgari ücretin % 50'si üzerinden Bakanlık ve mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumlarının bağlı olduğu üniversitelerin bütçesine konulan ödenekle karşılanır (Mesleki Eğitim Kanunu m.25/IV)<sup>10</sup>.

### IV. VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN DURUM VE ASGARİ GEÇİM İNDİRİMİ UYGULAMASI

#### 1. Çırak ve Öğrencilere Ödenen Ücretlerin Gelir Vergisi Bakımından Durumu

İşletmelerde beceri eğitimi gören mesleki ve teknik lise öğrencilerinin de Mesleki Eği-

## Gerçek usulde vergilendirilen ücrete asgarî geçim indirimi uygulanır.

tim Kanunu'na göre çırak statüsünde sayıldığı yukarıda belirtilmişti<sup>11</sup>. Buna göre Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/12. maddesine göre Mesleki Eğitim Kanunu'na tabi çırakların asgari ücreti aşmayan ücretleri gelir vergisinden istisnadır. Ayrıca Mesleki Eğitim Kanunu'nun 25/III. maddesine göre aday çırak, çırak ve öğrencilere ödenecek ücretler her türlü vergiden müstesnadır. Bu durumda gelir vergisinden istisna olan ücretlere asgari geçim indirimi uygulanacak mıdır, sorusuna cevap bulmak gerekmektedir.

### 2. Asgari Geçim İndirimi Uygulaması

5615 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un<sup>12</sup> 2. maddesi ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun mülga 32. maddesi 01.01.2008 tarihinden geçerli olmak üzere yeniden düzenlenmiştir. 1985 yılından itibaren uygulanan Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 121. maddesinde düzenlenen "ücretlerde vergi indirimi" 01.01.2007 tarihinden geçerli olmak üzere kaldırılmış yerine 01.01.2008 tarihinden itibaren uygulanmak üzere "asgari geçim indirimi" uygulaması getirilmiştir<sup>13</sup>.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 32. maddesinde asgari geçim indirimi düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, gerçek usulde vergilendirilen ücrete asgarî geçim indirimi uygulanır.

Asgari geçim indirimi, vergi borcunun hesaplanmasında, bireylerin asgari geçimini sağlayacak kadar bir tutarın gayrisafi gelirden düşülerek vergi dışı bırakılmasıdır<sup>14</sup>. Yani, vergi ödeme gücüne ulaşabilmesi bakımından, kişilerin kendisinin ve ailesinin temel ihtiyaçlarını karşılamakta kullandıkları bir miktar gelirin vergi dışında bırakılmasını amaçlayan bir uygulamadır<sup>15</sup>. Bu uygulama ücret gelirlerinin gerçek usulde vergilendirilmesinde "ayırma kuramı"nın hayata geçirilebilmesi için vergi iadesi uygulamasının yerine getirilmiştir<sup>16</sup>. "Ayırma kuramı" kamu maliyesinde bilinen genel bir ilkedir ve emek geliri olan ücret gelirlerinin irat ve kazançlara göre daha hafif vergilendirilmesi

arzusunun gelir vergisi uygulamalarına yansıtılmasıdır<sup>17</sup>. Ücretlinin medeni halini ve ailevi durumunu dikkate alan asgari geçim indirimi diğer usule tabi ücretlilerde uygulanmaz<sup>18</sup>.

Gelir Vergisinde asgari geçim indirimi uygulaması Türk Vergi Sisteminde daha önce "en az geçim indirimi" olarak uygulanmış ve vergi gelirlerinde kayba sebep olması ve vergi mükelleflerinin yüklerini hafifletmediği gerekçesi ile kaldırılmıştır. Bu düzenleme ile tekrar eskiye dönmüştür<sup>19</sup>.

Öğretide ayırma ilkesinin bir görünümü olarak uygulanan asgari geçim indiriminin miktarının ülkemizdeki açlık ve yoksulluk sınırları ile diğer ülke uygulamalarıyla kıyaslanınca bir anlam taşımadığı ve göstermelik kaldığı, sadece ücret gelirleri için uygulanan bir düzenleme olması nedeniyle de ancak ayırma ilkesi uygulamasının bir görünümü olan "özel indirim" olarak adlandırılabilceği ifade edilmektedir<sup>20</sup>.

Asgari geçim indirimi (en az geçim indirimi); 1)Matrahtan indirim yöntemi, 2)Vergiden indirim yöntemi ve 3)Bölme (katsayı) yöntemi olmak üzere üç şekilde uygulanmaktadır<sup>21</sup>.

Matrahtan indirim yöntemi, en az geçim indirimi tutarının düşülmesi ve kalan kısmın vergilendirilmesi şeklinde gerçekleştirilir<sup>22</sup>.

Matrah- En Az Geçim İndirim Düzeyi=  
Vergiye Tabi Kazanç<sup>23</sup>

Vergiden indirim (dekote) yönteminde, önce mükellefin vergilendirilmesi gereken gelirinden vergi tarifesine göre vergi hesaplanmakta, sonra en az geçim indiriminin tarifeye göre bulunan vergisi bu vergiden düşülmektedir<sup>24</sup>.

Hesaplanan Vergi- En Az Geçim  
İndirimi Tutarının Vergisi= Ödenecek  
Vergi Tutarı<sup>25</sup>

Bölme (katsayı) sisteminde ise yükümlünün vergiye tabi toplam geliri, varsa eşi ve çocuklarının sayısına göre kısımlara bölünmekte ve bu kısımlardan sadece bir tanesi üzerinden artan oranlı tarifeye göre hesaplanan vergi, bölünen kısımların sayısı ile çarpılarak vergi borcu saptanmaktadır<sup>26</sup>. Bu sistem, en az geçim indirimi

## İndirim tutarının tespitinde mükellefin, gelirin elde edildiği tarihteki medenî hali ve aile durumu esas alınır.

ile doğrudan ilgili olmamakla birlikte vergi mükellefinin yükünü azaltan bir etki yarattığı için en az geçim indirimi konusu içinde yer vermek usul haline gelmiştir<sup>27</sup>.

Asgarî geçim indirimi; ücretin elde edildiği takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgarî ücretin yıllık brüt tutarının; mükellefin kendisi için % 50'si, çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eşi için % 10'u, çocukların her biri için ayrı ayrı olmak üzere; ilk iki çocuk için % 7,5 diğer çocuklar için % 5'dir. Gelirin kısmî döneme ait olması halinde, ay kesirleri tam ay sayılmak suretiyle bu süreye isabet eden indirim tutarları esas alınır. Asgarî geçim indirimi, bu fıkraya göre belirlenen tutar ile 103. maddedeki gelir vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine uygulanan oranın çarpılmasıyla bulunan tutarın, hesaplanan vergiden mahsup edilmesi suretiyle uygulanır. Mahsup edilecek kısmın fazla olması halinde iade yapılmaz (Gelir Vergisi Kanunu m.32/II). Bu hükümden anlaşıldığı gibi asgarî geçim indirimi uygulamasında “vergiden indirim” yöntemi benimsenmiştir. Buna göre, önce ücretlinin net ücreti üzerinden hesaplanan vergiden, ücretlinin kişisel ve ailevi durumuna uygun düşen asgarî geçim indirimi tutarı düşülür. Böylece ödenecek vergiye ulaşılır<sup>28</sup>.

İndirimin uygulamasında “çocuk” tabiri, mükellefle birlikte oturan veya mükellef tarafından bakılan (nafaka verilenler, evlat edinilenler ile ana veya babasını kaybetmiş torunlardan mükellefle birlikte oturanlar dâhil) 18 yaşını veya tahsilde olup 25 yaşını doldurmamış çocukları, “eş” tabiri ise, aralarında yasal evlilik bağı bulunan kişileri ifade eder (Gelir Vergisi Kanunu m.32/III).

İndirim tutarının tespitinde mükellefin, gelirin elde edildiği tarihteki medenî hali ve aile

durumu esas alınır. İndirim, yukarıdaki oranlara göre hesaplanan tutarları aşmamak kaydıyla, ücret geliri elde eden aile fertlerinden her biri için ayrı ayrı, çocuklar için eşlerden yalnızca birisinin gelirin eyle uygulanır. Boşananlar için indirim tutarının hesabında, nafakasını sağladıkları çocuk sayısı dikkate alınır (Gelir Vergisi Kanunu m.32/IV).

Ücretlerin vergilendirilmesinde asgarî geçim indirimi uygulandıktan sonra, varsa teşvik amaçlı diğer indirim ve istisnalar dikkate alınır (Gelir Vergisi Kanunu m.32/V).

265 sayılı Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne<sup>29</sup> göre asgarî geçim indiriminin tutarı ücretin elde edildiği takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgarî ücretin yıllık brüt tutarına 32. maddede belirtilen oranların uygulanması ile gelir vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine karşılık gelen oranla (%15) çarpımı sonucu bulunur.

$$\text{Asgari Geçim İndirimi Yıllık Tutarı} = (\text{Asgari Ücretin Yıllık Brüt Tutarı} \times \text{A.G.İ. Oranı}) \times \%15$$

Asgari geçim indirimi yıllık tutarı, ücretlinin asgarî geçim indiriminden bir yıl boyunca faydalanacağı net menfaattir. Aylık yapılan ücret ödemelerinde ise asgarî geçim indirimi, hesaplanan yıllık tutarın 12'ye bölünmesi suretiyle uygulanır ve bir ay içerisinde yararlanılabilecek asgarî geçim indirimi tutarı, yıllık olarak hesaplanan tutarın 1/12'sini geçemez.

Asgari geçim indiriminin yıllık tutarı, her ücretli için asgarî ücret üzerinden hesaplanan yıllık vergi tutarını aşamaz ve yılı içerisinde asgarî ücret tutarında meydana gelen değişiklikler, asgarî geçim indirimi uygulamasında dikkate alınmaz.

Ücretlinin faydalanacağı azami indirim tutarı, elde ettiği ücret geliri üzerinden hesaplanan gelir vergisi ile sınırlı olduğundan, mahsup

**Asgari geçim indirimi tevkif edilen vergi üzerinden yapılmaktadır.**



edilecek kısmın fazla olması halinde ücretliye herhangi bir iade yapılmayacaktır.

Onsekiz yaşını doldurmuş çocuklardan öğrenimi sona erenler, öğrenimin sona erdiği ayı takip eden aydan itibaren anne veya babasının asgari geçim indirimi hesabında dikkate alınmazlar.

Yıl içinde işyeri veya işvereni değişen ücretliler, yeni işyerlerinde veya işverenleri nezdinde çalışmaya başladıkları aydan itibaren asgari geçim indiriminden yararlanmaya devam ederler.

### 3. Çırak ve Öğrencilerin Asgari Geçim İndirimi

265 sayılı Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne göre aşağıda sayılan ücret geliri elde edenlerin asgari geçim indirimi uygulamasından yararlanamayacakları belirtilmiştir:

- Ücretleri diğer ücret kapsamında vergilendirilen hizmet erbabı,
- Dar mükellefiyet kapsamında ücret geliri elde edenler,
- Başka bir kanun hükmü (3218, 4490, 4691 sayılı Kanunlar vb.) uyarınca ücretlerinden gelir vergisi tevkifatı yapılmayanlar,
- Ücret geliri elde etmeyen diğer gerçek kişiler.

Mesleki Eğitim Kanunu'nun 25/III. maddesine göre "aday çırak, çırak ve öğrencilere ödenecek ücretler her türlü vergiden müstesnadır." hükmünden hareketle mesleki eğitim gören örgün öğretim öğrencilerine yapılacak ücret ödemelerinin gelir vergisi tevkifatına tabi olmadığı sonucuna varılmaktadır. Ayrıca Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/12. maddesine göre Mesleki Eğitim Kanunu'na tabi çırakların asgari ücreti aşmayan ücretleri gelir vergisinden istisnadır. Gelir vergisine tabi olmayan ücretlerden ise asgari geçim indirimi yapılamamaktadır. Çünkü asgari geçim indirimi tevkif edilen vergi üzerinden yapılmaktadır.

## V. SONUÇ

Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında işletmelerde mesleki eğitim gören örgün eğitim öğrencilerine ve çıraklara yapılan ücret ödemelerinde

asgari ücretin net tutarının tespitinde, bunların ücretleri gelir vergisinden istisna edildiğinden, asgari geçim indirimi de uygulanmayacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 R.G. 19.06.1986, 19139.
- 2 Yusuf ALPER, "5510 Sayılı Kanun'da Primlerin Karşılıklı Olma Özelliği ve Çırakların ve Mesleki Eğitim Gören Öğrencilerin Sosyal Güvenliği", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 18, Haziran 2010, s.179.
- 3 Müjdat ŞAKAR, İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2011, s.35; Fevzi DEMİR, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir 2009, s.11.
- 4 Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Bası, Beta Yay., İstanbul 2011, s.74; ŞAKAR, İş Hukuku Uygulaması, s.35.
- 5 ŞAKAR, İş Hukuku Uygulaması, s.35.
- 6 Yarg. 4. HD., 24.02.2005, E. 1152, K. 1731. Bkz. Müjdat ŞAKAR, Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Yaklaşım Yay., Ankara 2011, s.95.
- 7 ŞAKAR, İş Hukuku Uygulaması, s.35.
- 8 ŞAKAR, İş Hukuku Uygulaması, s.35.
- 9 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanununun 63. maddesiyle, bu fıkra da yer alan "her ay 18 yaşını bitirenlere ödenen asgari ücretin 2/3'ü nispetinde" ibaresi "her ay 18 yaşını bitirenlere ödenen asgari ücretin net tutarının 1/3'ü nispetinde, yirmi ve daha fazla personel çalıştırılması halinde 2/3'ü nispetinde" şeklinde değiştirilmiştir.
- 10 Mesleki Eğitim Kanunu'nda 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na yapılan yollamalar, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na yapılmış sayılmalıdır.
- 11 ŞAKAR, İş Hukuku Uygulaması, s.35.
- 12 RG. 04.04.2007, 26483.
- 13 Nurettin BİLİCİ, Vergi Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 26. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2011, s.165.
- 14 Osman PEHLİVAN, Vergi Hukuku, Trabzon 2009, s.197.
- 15 Abdurrahman AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2009, s.226; Kamil MUTLUER, Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükmümler, Değiştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.428.
- 16 Doğan ŞENYÜZ/Mehmet YÜCE/ Adnan GERÇEK, Türk Vergi Sistemi, 7. Baskı, Ekin Yay., Bursa 2012, s.73.
- 17 MUTLUER, s. 427; Osman PEHLİVAN, Kamu Maliyesi, Trabzon 2010, s.156; Akif ERGİNAY, Kamu Maliyesi, Güncellenmiş 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2010, s.86.
- 18 Abdurrahman AKDOĞAN, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2009, s.250; ŞENYÜZ/ YÜCE/ GERÇEK, s.73.
- 19 MUTLUER, s. 427.
- 20 Elif SONSUZUOĞLU, "Ayrıma İlkesinin Adı mı Değişti; Asga-

- ri Geçim İndirimi”, Yaklaşım Dergisi, Yıl:16, Sayı:184, Nisan 2008, [http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read\\_frame.asp?file\\_name=20080411259.htm](http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=20080411259.htm) (Erişim: 24.02.2012)
- 21 AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, s.230.
- 22 AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, s.230; Nurettin BİLİCİ/Adem BİLİCİ, Kamu Maliyesi, Seçkin Yay., Ankara 2011, s.156.
- 23 Gülay AKGÜL YILMAZ, Kamu Maliyesi, Genişletilmiş 3. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2009, s.182.
- 24 AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, s.231; BİLİCİ/BİLİCİ, s.156.
- 25 AKGÜL YILMAZ, s.182.
- 26 Halil NADAROĞLU, Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş 11. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2000, s.322; AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, s.234.
- 27 Kamil MUTLUER/ Erdoğan ÖNER/ Ahmet KESİK, Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2010, s.257; Uğur YİĞİT, Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi, Yaklaşım Yay., Ankara 2008, s.133.
- 28 ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.73.
- 29 RG. 04.12.2007, 26720.

## KAYNAKLAR

- AKDOĞAN, Abdurrahman: Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2009.
- AKDOĞAN, Abdurrahman: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2009.
- AKGÜL YILMAZ, Gülay: Kamu Maliyesi, Genişletilmiş 3. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2009.
- ALPER, Yusuf: “5510 Sayılı Kanun’da Primlerin Karşılık Olma Özelliği ve Çırakların ve Mesleki Eğitim Gören Öğrencilerin Sosyal Güvenliği”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 18, Haziran 2010.
- BİLİCİ, Nurettin/BİLİCİ, Adem: Kamu Maliyesi, Seçkin Yay., Ankara 2011.
- BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 26. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2011.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. Bası, Beta Yay., İstanbul 2010.
- DEMİR, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir 2009.
- ERGİNAY, Akif: Kamu Maliyesi, Güncellenmiş 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2010.
- MUTLUER, Kamil/ÖNER, Erdoğan/KESİK, Ahmet: Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2010.
- MUTLUER, Kamil: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Değiştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- NADAROĞLU, Halil: Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş 11. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2000.
- PEHLİVAN, Osman: Kamu Maliyesi, Trabzon 2010.
- PEHLİVAN, Osman: Vergi Hukuku, Trabzon 2009.
- SONSUZUĞLU, Elif: “Ayrırma İlkesinin Adı mı Değişti; Asgari Geçim İndirimi”, Yaklaşım Dergisi, Yıl: 16, Sayı: 184, Nisan 2008, [http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read\\_frame.asp?file\\_name=20080411259.htm](http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=20080411259.htm) (Erişim: 24.02.2012)
- ŞAKAR, Müjdat: Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Yaklaşım Yay., Ankara 2011.
- ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2011.
- ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Adnan: Türk Vergi Sistemi, 7. Baskı, Ekin Yay., Bursa 2012.
- YİĞİT, Uğur: Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi, Yaklaşım Yay., Ankara 2008.

Dr. Barış DUMAN

Kartal Cumhuriyet Savcısı

# Ceza Hukuku Boyutuyla Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi

## A) GİRİŞ

Çalışmamızda uluslararası mevzuat, Anayasa ve özel yasayla koruma altına alınmış olan sendikal haklara ilişkin olarak, hakkın kullanılmasına engel teşkil eden davranışların cezai yaptırımları, diğer bir ifadeyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenleniş biçimi ele alınacaktır.

### 1) KORUNAN HAKKA İLİŞKİN HUKUKSAL DÜZENLEMELER

#### a) ILO-87 Sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme

##### **Madde 1-**

Hakkında bu Sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün her üyesi aşağıdaki hükümleri yerine getirmeyi üstlenir.

##### **Madde 2-**

Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler.

##### **Madde 3-**

1. Çalışanların ve işverenlerin örgütleri tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler.

2. Kamu makamları bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınmalıdırlar.

##### **Madde 4-**

Çalışanların ve işverenlerin örgütleri yönetsel yoldan feshedilme veya faaliyetten menedilmeye tabi tutulamazlar.

**Madde 5-**

Çalışanların ve işverenlerin örgütler, federasyon ve konfederasyon kurma ve bunlara üye olma ve her örgüt, federasyon veya konfederasyon, uluslararası çalışanlar ve işverenler örgütlerine katılma haklarına sahiptirler.

**Madde 6-**

Yukarıda yazılı 2,3 ve 4'üncü maddeler hükümleri çalışanların ve işverenlerin örgütlerinin federasyon ve konfederasyonları hakkında uygulanır.

**Madde 7-**

Çalışanların ve İşverenlerin örgütleriyle bunların federasyon ve konfederasyonlarının tüzel kişilik kazanmaları yukarıda yazılı 2,3, ve 4'üncü maddeler hükümlerinin uygulanmasını sınırlandıracak nitelikte koşullara bağlanamaz.

**Madde 8-**

1. Çalışanlar ve işverenlerle bunlara ait örgütler bu sözleşme ile kendilerine tanınmış olan hakları kullanmada, diğer kişiler veya örgütlenmiş topluluklar gibi, yasalara uymak zorundadırlar.

2. Yasalar, bu sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek şekilde uygulanamaz.

**Madde 9-**

1. Bu sözleşmede öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağı ulusal mevzuatla belirlenir.

2. Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasasının 19 uncu maddesinin 8 inci paragrafı ile konulan ilkelere uygun olarak; bu Sözleşmenin bir üye tarafından onanması durumuna silahlı kuvvetler ve polis mensuplarına bu Sözleşmede öngörülen güvenceleri sağlayan yürürlükteki herhangi bir yasa, karar, adet veya antlaşmayı etkilemeyecektir.

**Madde 10-**

Bu sözleşmede "örgüt" terimi, çalışanların veya işverenlerin çıkarlarına hizmet ve bu çıkarları savunma amacını güden çalışanların ve işverenlerin her türlü kuruluşunu ifade eder.

**Madde 11-**

Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulun-

duğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür.

**b) ILO-98 Nolu Teşkilatlanma  
ve Kollektif Müzakere Hakkı  
Prensiplerinin Uygulanmasına  
Müteallik Sözleşme**

**Madde 1-**

1. İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine halel getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacaktır.

2. Böyle bir himaye bilhassa,

a) Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak;

b) Bir sendikaya üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakatı ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi işinden çıkarmak veya başka suretle onu izrar etmek; maktatları güden hareketlere müteallik hususlarda uygulanacaktır.

**Madde 2-**

1. İşçi ve işveren teşekkülleri, gerek doğrudan doğruya, gerek mümessilleri veya üyeleri vasıtasıyla birbirlerinin kuruluşları, işleyişleri ve idarelerini müdahalede bulunmalarına karşı gerekli surette himaye edileceklerdir.

2. Bilhassa işçi teşekküllerini bir işverenin veya bir işveren teşekkülünün kontrolüne tabi kılmaya, bir işverenin veya bir işveren teşekkülünün kendi nüfuzu altına alınmış işçi teşekkülleri ihdasını tahrik etmeye veya işçi teşekküllerinin mali yollarla veya başka bir şekilde desteklemeye matuf tedbirler, bu maddedeki manası ile müdahale hareketlerinden sayılır.

**Madde 3-**

Bundan önceki maddelerde tarif olunan "Teşkilatlanma hakkı"na riayet edilmesini sağlamak üzere icabettiği takdirde milli şartlara uygun teşkilat kurulacaktır.



**Madde 4-**

Çalışma şartlarını kollektif mukavelelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır.

**c) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi****Madde 11-**

Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü

1. Herkes asayiş bozmayan toplantılar yapmak, demek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir.

**d) İnsan Hakları Evrensel Beyanname****Madde 23-**

1. Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.

2. Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır.

3. Herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır.

4. Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkı vardır.

**e) Avrupa Sosyal Şartı****Madde 5-**

Tüm çalışanlar ve çalıştıranlar ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak amacıyla ulusal ve

uluslararası kuruluşlar düzeyinde örgütlenme özgürlüğüne sahiptir.

**f) 1982 Anayasası****Madde 50-**

Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.,

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz.

**g) 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu****Madde 22/1 -**

Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz. İşçi veya işverenler aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olamazlar. Birden çok sendikaya üye olunması halinde, sonraki üyelikler geçersizdir.

**II) 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÜZENLEMESİ: SENDİKAL HAKLARIN KULLANILMASININ ENGELLENMESİ****Madde 118 -**

1. Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine

katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuksal aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

## B) SENDİKA KAVRAMI

### 1) SENDİKA TANIMI, UNSURLARI VE ÖZELLİKLERİ

Çalışma hayatının en önemli kavramlarından birisini “sendika” kurumu oluşturmaktadır. Sendika kurumunun temelinde yatan düşünce, “dayanışma ve birlikten kuvvet doğar” inancıdır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 2. maddesinde sendika, “İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzelkişiliğe sahip kuruluşlara denilir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Öğretide sendika, “çalışanların ve işverenlerin çalışma yaşamındaki ortak sosyal ve ekonomik haklarını korumak, geliştirmek adına serbestçe ve önceden izin almaksızın, yasalardaki koşullara göre kurulan, demokratik esaslarla işleyen, bağımsız özel hukuk tüzel kişilikleri” ifade etmektedir<sup>1</sup>.

Yasa ve öğreti görüşü ile yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri bir arada değerlendirildiğinde,

Çalışan veya işveren kuruluşu sendikalar, üyelerinin çalışma ilişkilerinden kaynaklanan ortak ekonomik ve sosyal hakları korumak ve geliştirmek ortak amacıyla kurulurlar.

Yasal şekil, şart ve usul kurallarına uyulmak kaydıyla sendikalar önceden izin almaksızın serbestçe kurulur. Kuruluş serbestliği kuralının bir diğer anlamı ise, kimse sendika kurmaya zorlanamaz.

Çalışanlar ve işverenler bir arada sendika kuramazlar, her iki grup ayrı kuruluşlar kurmak suretiyle birbirlerine karşı bağımsızlıklarını ka-

zanırlar. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 38. maddesinde yer bulan işçi ve işveren ilişkilerindeki yasaklardan biri de bağımsızlığa aykırı kuruluş ve faaliyettir. Bağımsızlık sadece kuruluşların birbirlerine karşı değil, ayrıca, devlete, siyasi partilere karşı da geçerlidir ki 2821 sayılı Yasa’nın 37. maddesinde, siyasi partilerin ad, amblem, rumuz ve işaretlerini kullanamayacakları, amaçları dışında faaliyet gösteremeyecekleri açıkça düzenlemiştir.

Sendikaların kurulmaları ve işleyişleri Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamaz (2821 sy. Kan. md. 37/1). Sendikalar, genel anlamda demokratik toplumsal ilkelere uyarak hareket edecek, diğer yandan da iç işleyişlerinde demokrasinin temel prensiplerini işletecektir.

Sendikalar özel hukuk tüzel kişiliğine sahip kuruluşlardır (2821 sy. Kan. 2, 6 md.)

Tüm çalışanlar ve çalıştıranların ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak amacıyla ulusal ve uluslararası kuruluşlar düzeyinde örgütlenme özgürlüğüne sahip olması, bu hakkın temel bir insan hakkı özelliği taşıdığını göstermektedir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 3. maddesine göre,

“İşçi sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler tarafından kurulur.

İşveren sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işverenler tarafından kurulur. Kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve aynı işkolunda faaliyette bulunması şartı aranmaz.

Bir işkolunda birden fazla sendika kurulabilir. Meslek veya işyeri esasına göre işçi sendikası kurulamaz.

Sendikalar, tüzüklerinde belirtmek şartıyla ve genel kurul kararıyla şube açabilirler.”

Sendika özgürlüğü, bir taraftan “bireysel niteliğiyle” birliği oluşturan kişilerin ortak ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak amacıyla birleşmeyi, üye olmayı ve üyelikten dilediğin zaman ayrılma serbestisini, bir yandan da “ko-

lektif niteliğiyle” kuruluşun kendi varlığını koruyup geliştirerek, kendine özgü faaliyet içinde bulunma hakkını sağlar ki, bu özelliğiyle çifte temel hak olduğu kabul edilir<sup>2</sup>.

Bireysel sendika özgürlüğü, ortak sosyal ve ekonomik hakların korunması ve geliştirilmesi için sendika kurma ve (2821 sy. Kan. 22/1. Md. ne göre, birden çok olmamak kaydıyla) kurulan sendikaya üye olmayı ifade eden “pozitif sendika özgürlüğünü” ve de sendikaya üye olmama, üyeliğe zorlanmama ve dilediği zaman üyeliğine son verme hakkını içeren “negatif sendika özgürlüğünü” kapsamaktadır<sup>3</sup>.

Anayasa ve Yasada açıkça tanımlanmasa da kollektif sendika özgürlüğü ise, tüzük hükümleriyle iç işleyişin planlanması, yöneticilerini seçme, disiplin hükümleri düzenlemeleriyle sendikanın kendi varlığını koruma hakkı; özellikle üyeler tarafından yapılacak propoganda ile sendikaya üye kazandırma; üyelerine ve kuruluşun geleceğine hizmet edecek toplu iş sözleşmesi yapma, grev ve lokavt uygulaması, eğitim faaliyeti şeklinde toplu davranışları; birleşme ve katılma, üst kuruluşlara üyelikleri içermektedir<sup>4</sup>.

Sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir (1982 Anayasası 51/2 md). Bu nedenle sendika özgürlüğünü ortadan kaldıran veya yasalara aykırı olarak sınırlayan sözleşmeler Borçlar Hukuku prensiplerince batıl sayılmalıdır<sup>5</sup>.

Kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için oluşturdukları sendika ve konfederasyonların kuruluşu, organları, yetkileri ve faaliyetleri ile sendika ve konfederasyonlarda görev alacak kamu görevlilerinin hak ve sorumluluklarını belirlemek ve her hizmet kolunda yetkili kamu görevlileri sendikaları ve bunların bağlı buldukları konfederasyonlar ile Kamu İşveren Kurulu arasında yürütülecek toplu görüşmelere ilişkin esaslar ise 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu'nda ayrıca özel olarak düzenlemiştir.

## II) SENDİKA ÜYELİĞİ

İşçi ve işveren kuruluşlarının özünü oluşturan sendikal yapı, işçi sendikalarında sadece gerçek kişiler, işveren sendikalarında ise gerçek ve tüzel kişilerin üyelikleriyle oluşur.

### a) Sendikaya Üye Olma

#### aa) Genel Bilgi

Sendikaya üye olmak serbest olup kimse üye olmaya zorlanamaz.

2821 sayılı Kanun'un 20. maddesinde, “Onaltı yaşını doldurmuş olup da bu Kanuna göre işçi sayılanlar, işçi sendikalarına üye olabilirler. Onaltı yaşını doldurmamış olanların üyeliği kanuni temsilcilerinin yazılı iznine bağlıdır. Bu Kanun anlamında işveren sayılanlar işveren sendikalarına üye olabilirler.” ve aynı Kanunun 3. maddesinde de işveren tanımı olarak, “İşçi sayılan kimseleri çalıştıran gerçek veya tüzelkişiye ve tüzelkişiliği olmayan kamu kuruluşlarına denilir. Bir adi şirkette fiziki veya fikri emek arzı suretiyle ortak olanların dışındaki ortaklar da bu Kanun bakımından işveren sayılırlar.” hükmüne yer verilmiştir.

İşçi sendikası üyeliği için, temel koşul işçi niteliğine haiz olmaktır. 2821 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde, “Hizmet akdine dayanarak çalışanlara denilir. Bu Kanun bakımından araç sahibi hariç nakliye mukavelesine göre esas itibariyle bedeni hizmet arzı suretiyle çalışmayı veya neşir mukavelesine göre eserini neşire terketmeyi meslek edinmiş bulunanlar ve adi şirket mukavalesine göre ortaklık payı olarak esas itibariyle fiziki veya fikri emek arzı suretiyle -bu mukavelenin aynı durumdaki herkese fiilen açık olması kaydıyla- bir işyerinde çalışanlar da işçi sayılırlar. Hizmet akdine dayanarak çalışan bir kimsenin T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi olması işçi sayılmasına engel teşkil etmez.” hükmü yer almıştır.

Bireysel sendika özgürlüğünün en somut görünümü sendika üyeliğinde ortaya çıkar, sendikaların toplu iş sözleşmesi yetkisinin belirlenmesi, işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanması, sendikal nedenle iş sözleşmesinin işveren tarafından sonlandırılması gibi konular işçi sendikası üyeliğiyle doğmaktadır<sup>6</sup>.

## Sendikanın amaçları dışında bir davranış, örneğin, faaliyet adı altında siyaset yapılması; üyesi için sendikal faaliyet olarak kabul edilmemelidir.

Sendikaya üyelik, sendika ile çalışan arasında yapılacak bir sözleşmeye dayalı olmakla birlikte, kolektif sendika özgürlüğünün bir gereği olarak sendikanın üyeliğe kabul etmeme özgürlüğü, hakkın kötüye kullanılmaması kaydıyla elbette bulunmaktadır<sup>7</sup>. Başvuru yapanın bir başka sendikaya üye olması, sendikanın kurulu bulunduğu işkolu dışında çalışma, asker kişi olma, on altı yaşından küçük olmak ve velinin yazılı iznin olmaması, sendika tüzüğünde özel olarak bildirilen koşullara haiz olmama, sendikal faaliyete aykırı tutum ve itibarı zedeleyici davranış içerisinde bulunma hallerinde üyelik talebi reddedilecektir. Yasal koşullardan özel olarak sendika üyeliğinin kazanılmasında tüzükle getirilen sınırlamalar, sendika içi demokrasi için önem arz eder ve üyelik koşullarının aşırı güçleştirilmesi, sendikaya serbestçe üye olma hakkını zedeleyici mahiyet taşıyabilir<sup>8</sup>. Sendika üyeliğine yapılan başvurunun reddi kararı, Sendikalar Kanunu 22/3. maddesince iş mahkemelerinde dava konusu yapılabileceği gibi, doğan bir zarar varsa Borçlar Hukuku hükümlerince tazminat sorumluluğunu doğuracaktır<sup>9</sup>.

İşveren sendikası üyeliği için, 2821 sayılı Kanununun 2, 3 ve 22. maddelerine bakmak gerekir. İşveren sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işverenler tarafından kurulur. Kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve aynı işkolunda faaliyette bulunması şartı aranmaz. İşçi sayılan kimseleri çalıştıran gerçek veya tüzelkişiye ve tüzelkişiliği olmayan kamu kuruluşlarına işveren denilir. Bir adi şirkette fiziki veya fikri emek arzı suretiyle ortak olanların dışındaki ortaklar da bu Kanun bakımından işveren sayılırlar. İşveren vekili, işveren sayılan gerçek ve tüzelkişiler ve tüzelkişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletme-

nin bütününe sevk ve idareye yetkili olanlara denilir. İşveren vekilleri Sendikalar Kanunu bakımından işveren sayılırlar. İşçi sendikaları için kabul edilen serbestlik ve üyelik başvurusunun kabul zorunluluğunun bulunmaması, haklı sebeple başvurunun dava konusu yapılabilmesi işveren sendikaları için de geçerlidir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu hükümlerince sendikaya üyelik, sendikanın faaliyet ve yönetimine katılma, sendika tesis ve faaliyetlerinden yararlanma, sendika yetkili organlarına karşı korunma-eşit muamele görme talebi hakkını doğururken; sendikal düzene uyma ve aidat ödeme borcunu doğurur.

### **bb) Üyenin Sendikal Faaliyetleri**

Sendikal özgürlük sadece üyelikte serbestliği değil, sendikanın iç işleyişi ve çalışma hayatındaki faaliyetlere katılma hakkını da ifade eder. İşçi veya işveren sendikası üye için, sendikal faaliyet, sendika içi demokrasi kapsamında görevli organlara seçilme, organların kararlarına iştirak etme-etmeme, toplu iş sözleşmesinden faydalanma, sendikanın propagandasını yapma, üye toplama çalışması, işyerinde bildiri dağıtma, kanuni grev ve lokavt karar-sürecine iştirak gibi hususları içermekle birlikte, faaliyeti sınırlı sayıda olarak tek tek sayma imkanı yoktur<sup>10</sup>. Yine sendikaların 2821 sayılı Kanununun 32 ve 33. maddeler kapsamında çalışma ve sosyal hayata dair faaliyetlerine kişisel bazda katılmak da üyenin faaliyete katılma kapsamında değerlendirilecektir.

İşçi sendikaları için, işçilerin sendikal faaliyet kapsamında değerlendirilebilecek faaliyetleri iş saatlerinin dışında olabileceği gibi, işverenin rızasıyla iş saatleri içinde de olabilir ki bu faaliyetler Sendikalar Kanunu 31 ve İş Kanunu'nun 18. maddesinde işe son verilmesi durumuna karşı güvence altına alınmıştır. Ancak bu özgürlük sınırsız olmayıp, Anayasal ve Yasal çerçevedeki faaliyetlerle birlikte işyeri düzen-disiplin-iş seyrini bozmayacak, kendisi için haklı sebeple fesih teşkil etmeyecek durumları kapsar.

Sendikal faaliyette bulunan işçinin sendikaya üye olması gerekmediği gibi, işçinin katıldığı veya bireysel olarak yürüttüğü sendikal faaliyetin, işçinin üyesi bulunduğu sendika ile



ilgili olması da zorunlu olmadığından; örneğin, işçinin bir başka sendika veya konfederasyon tarafından düzenlenen bir toplantıya katılması da bir sendikal faaliyettir<sup>11</sup>.

Sendikanın amaçları dışında bir davranış, örneğin, faaliyet adı altında siyaset yapılması; üyesi için sendikal faaliyet olarak kabul edilmemelidir.

Sendikal faaliyet kapsamında, önemli bir kalemde üyenin, 2821 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre yönetici sıfatı kazandıkları, sendikanın yönetim ve denetleme kurullarına seçilme konusunda genel kurulda aday olma, seçildikten sonra yasa ve tüzük hükümlerine göre organın alabileceği kararlara iştirak etme ve kararların çalışma-sosyal hayatta icrasına çalışma faaliyetleri gelmektedir. Yasal disiplin kurullarına üyeliğin yanı sıra sendikaların tüzükleriyle oluşturdukları seçimlik organlara üyelik de sendika üyesinin korunan faaliyetleri kapsamında izah edilen koşullarla koruma altındadır.

### **b) Sendika Üyeliğinin Sona Ermesi**

Pozitif sendika özgürlüğü kapsamında sendikaya üyelik beraberinde negatif sendika özgürlüğü olarak istenen zamanda sendikadan çıkma hakkını da getirir ki bu iki hak birbirinden ayrı düşünülemez<sup>12</sup>.

Üyeliğe başvurudaki serbesti, üyeliğin sona ermesinde de geçerli olup, sendika üyesi iradi olarak üyelikten ayrılma özgürlüğüne sahiptir. Ancak, üyeliğin iradi olarak sonlandırılması 2821 sayılı Kanun'da önceden bildirim ve noter huzurunda olma koşuluna bağlanmıştır.

Üyeliğin kendiliğinden sona ermesi hali, üyelikle ilgili yasal koşulların yitirilmesinde kendisini gösterir. Örneğin, başka bir işkolunda çalışmaya başlamak, işveren sıfatının sona ermesi, ölüm, gaiplik, emekli olarak çalışmaya son verilmesi hallerinde sendika üyeliği kendiliğinden sona erecektir. 2821 sayılı Kanun'un 24. maddesinde ise işçinin sendika yöneticiliği nedeniyle işinden ayrılması, askerilik ödevini yerine getirmek için işten ayrılma, mevsimlik işçiler için mevsim dışı dönemler, sendika faaliyet alanındaki bir başka işe geçilmesi durumunda üyeliğin sona ermeyeceği ve askı hali düzenlemiştir.

2821 sayılı Kanun'un 25. maddesinde üyelikten çıkarma hali genel kurul kararına bağlı olarak, itirazı kabil olmak üzere düzenlenmiştir. Sendika ile üyesi arasındaki üyelik ilişkisinin akdi bir ilişki olarak kabul edildiği İngiliz Hukukunda sendika üyeliği bir anlamda iş güvencesinin de şartı sayıldığından üyelikten çıkarma kararının çok önemli nedenlerin bulunması şartıyla ve çıkarılacak kişinin adil bir yargılamadan ve savunması alındıktan sonra verilmesi gerekliliği kabul edilmektedir<sup>13</sup>.

### **c) Sendikal Haklara Aykırılığın Hukuksal Yaptırımı**

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmayacağı, 21. maddesinde de geçerli feshe dayalı olmayan sözleşme sona erdirmelerinin karşılığı olarak da yargısal yolla işe iade ve tazminat sorumluluğu düzenlenmiştir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda da işçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamayacağı belirtilmiştir.

İşverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapması tazminat sorumluluğunu doğuracaktır.

Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmaz. (md.31). Sendika işyeri temsilcinin hizmet akdinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir md.30).

### III) SENDİKALARIN FAALİYETLERİ

#### a) Sendikaların Çalışma Hayatına İlişkin Faaliyetler

2821 sayılı Kanun'un 32. maddesine göre, Sendikalar aşağıdaki faaliyetlerde bulunabilirler:

1. Toplu iş sözleşmesi akdetmek,
2. Toplu iş uyuşmazlıklarında, ilgili makama, arabulucuya, hakem kurullarına, iş mahkemelerine ve diğer yargı organlarına başvurmak.
3. Çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak,
4. Grev veya lokavta karar vermek ve idare etmek.

#### b) Sendikaların Sosyal ve Ekonomik Faaliyetleri

2821 sayılı Kanun'un 33. maddesine göre, Sendika ve konfederasyonlar tüzelkişi olarak genel hükümlere göre sahip oldukları yetkilerden başka, aşağıda belirtilen faaliyetlerde de bulunabilirler:

1. Çalıştırmayı doğuran hukuki ilişkilerde sosyal sigortalar, emeklilik ve benzeri hakların kullanılması ile ilgili olarak üyelerine ve mirasçılara adli yardımda bulunmak,
2. Kanun ve uluslararası andlaşma hükümlerine göre toplanan kurullara temsilci göndermek,
3. İşçilerin veya işverenlerin mesleki bilgilerini artıracak, milli tasarruf ve yatırımın gelişmesine, reel verimliliğin artmasına hizmet edecek kurs ve konferanslar tertipleme; sağlık ve spor tesisleri, kütüphane, basım işleri için gerekli tesisleri kurmak, işçilerin boş zamanlarını iyi ve nezih şekilde geçirmeleri için imkanlar sağlamak,
4. Herhangi bir bağışta bulunmamak kaydı ile evlenme, doğum, hastalık, ihtiyarlık, ölüm, işsizlik gibi hallerde yardım ve eğitim amacıyla sandıklar kurulmasına yardımcı olmak ve nakit

mevcudunun yüzde beşinden fazla olmamak kaydıyla bu sandıklara kredi vermek,

5. Herhangi bir bağışta bulunmamak kaydı ile üyeleri için kooperatifler kurulmasına yardım etmek ve nakit mevcudunun yüzde onundan fazla olmamak kaydıyla bu kooperatiflere kredi vermek,

6. Üyelerinin mesleki eğitim, bilgi ve tecrübelerini yükseltmek için çalışmak; teknik ve mesleki eğitim tesisleri kurmak,

7. Nakit mevcudunun yüzde kırkıdan fazla olmamak kaydı ile sınıai ve iktisadi teşebbüslerle yatırımlar yapmak.

Sendika ve konfederasyonlar faaliyetlerinden yararlandırmada, üyeleri arasında eşitliğe uymak zorundadırlar.

8. Üyelik şartı aranmaksızın, nakit mevcudlarının % 25'ini aşmamak kaydıyla ve yönetim kurulu kararıyla ilgili bakanlıklara devretmek üzere eğitim, sağlık, rehabilitasyon veya spor tesisleri kurmak veya bu amaçla kamu kurum ve kuruluşlarına aynı ve nakdi yardımda bulunmak, yurt içinde veya yurt dışında yangın, su baskını, deprem gibi tabii afetlerin vukuunda doğrudan veya yetkili makamlar aracılığıyla afet bölgesinde konut, eğitim, sağlık veya rehabilitasyon tesisleri yapmak veya bu amaçla kamu kurum ve kuruluşlarına aynı ve nakdi yardımda bulunmak.

#### c) Yasak Faaliyetler

2821 sayılı Sendikalar Kanunu hükümlerince,

1. Sendika ve konfederasyonlar T.C. Anayasası'nın 14 üncü maddesindeki yasaklara aykırı hareket edemeyecekleri gibi yönetim ve işleyişleri Anayasada belirlenen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olmaz.
2. Sendika ve konfederasyonlar, amaçları dışında faaliyette bulunamazlar. Siyasi partilerin ad, amblem, rumuz veya işaretlerini kullanamazlar.
3. Mahalli idareler ve milletvekili seçimlerinde aday olan sendika ve konfederasyon yöneticilerinin sendika ve konfederasyon organlarındaki görevleri, adaylık süresince askıda kalır. Seçilmeleri halinde görevleri son bulur.
4. İşçiler ve işçi sendika ve konfederasyon-

ları bu Kanun veya diğer kanunlara göre kurulu işveren kuruluşlarına; işverenler ve işveren kuruluşları da işçi sendika ve konfederasyonlarına üye olamazlar; gerek doğrudan doğruya, gerek temsilcileri veya mensupları veya araya koyacakları diğer kişiler vasıtasıyla biri diğerinin kurulmasına, idare ve faaliyetine müdahalede bulunamazlar.

5. Bir işçi sendika veya konfederasyonunu bir işverenin veya bu Kanun veya diğer kanunlar gereğince kurulu bir işveren kuruluşunun kontrolüne tabi tutmak veya bunların nüfuzu altında işçi sendika veya konfederasyonu kurulmasını teşvik ve tahrik etmek yasaktır.

6. Bu Kanuna göre işçi veya işveren olmak Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu'na göre kurulan kuruluşlara aynı zamanda üye olmayı önlemez.

7. Sendika ve konfederasyonlar ticaretle uğraşamazlar.

8. Sendika ve konfederasyonlar elde ettikleri gelirleri üyeleri ve mensupları arasında dağıtamazlar. Ancak grev ve lokavt süresince tüzüklerine göre üyelerine yapacakları yardımlar bu hükmün dışındadır (37,38,39. md.).

9. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak amaçları güden veya bu yolda faaliyette bulunan sendika ve konfederasyonlar Cumhuriyet savcısının istemi üzerine iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkeme kararı ile kapatılır (58. md).

## C) SENDİKAL HAKLARIN ENGELLENMESİNİN CEZAI BOYUTU

01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, sendikal hakların engellenmesi adli yönden 118. maddede suç olarak tanımlanarak cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Bahsi geçen suç, Kanunun Özel Hükümler

isimli ikinci kitabı içerisinde, Kişilere Karşı Suçlar isimli ikinci kısmın Hürriyete Karşı Suçlar adlı Yedinci Bölümünde yer almaktadır.

İş ve çalışma hürriyetinin engellenmesi suçundan ayrı bir maddede yaptırıma bağlanan suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu öncesinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmişti.

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun gerek Hükümet, gerek TBMM Adalet Alt Komisyonu tarafından hazırlanan tasarımlarda bulunmadığı, söz konusu hükmün TBMM Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında metne eklendiği görülmektedir<sup>14</sup>.

5237 sayılı Kanunun 118. maddesi gerekçesinde, sendikal hakların kullanılmasını engelleme fiilleri olarak tanımlanan suçun, seçimlik hareketli ve teşebbüs suçu niteliğiyle düzenlendiğine yer verilmiştir.

Söz konusu düzenleme hem 2821 hem de 4688 sayılı Kanun kapsamındaki sendikal faaliyetleri koruma altına almıştır.

## 1) BİREYSEL SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ENGELLENMESİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 118/1. maddesinde, "Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmüne yer verilmiştir.

### a) Korunan Menfaat

Kanun metninden yola çıkıldığında, sendikal haklara ilişkin korunan değer bireyin sendika üyeliği, sendika faaliyetine katılması, yönetimde görev alma konularını içermektedir.

Bireysel sendika özgürlüğü kapsamında, kişilerin sendika kurma haklarının engellenmesine yönelik bir hükme yer verilmemesi eksiklik<sup>15</sup>.

Sendika üyeliği ile başlayan süreç, yasal ve tüzük hükümlerine göre yönetim kadrolarına dahil olmak ve de sendikal faaliyetlere yasal zeminde katılmak ihtiyarilik prensibine dayalı olarak düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle sen-

dikal hakların temelini fesada uğramamış irade beyanı veya irade serbestisi oluşturmaktadır. Bu irade serbestisinin önündeki engellemeler ceza hukukumuzda hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımına bağlanmıştır.

### **b) Suçun Faili**

Kanun metninde faile ilişkin herhangi bir ayırıcı düzenleme yapılmamıştır. Hal böyle olunca ceza sorumluluğu olan (bir tüzel kişi temsilcisi olup olmadığına bakılmaksızın) her gerçek kişi bu suçun faili olabilir.

Örneğin, sendika üyesi bir işçi, sendika üyesi olmayan bir işçiyi, üye yapmaya zorlayabilir; işveren işçinin üye olduğu sendikadaki üyeliğinin sonlanması ya da özellikle belli bir sendikaya üye olunması noktasında suç teşkil eden eylem içine girebilir.

### **c) Suçun Mağduru**

Bahsi geçen suçun mağduru, bir sendikaya üye olma, sendika faaliyetinde bulunma, sendika yönetiminde görev alma haklarına sahip olan kişiler bu suçun mağduru. Bu mağduriyet esas itibarıyla çalışanlar için sosyal hayatta görülecek olmakla birlikte, suç tanımına göre işveren sendikaları içinde sendikal hakları kullanılacak gerçek ve tüzel kişi temsilcisi için de mağdur sıfatı doğabilecektir.

2821 sayılı Kanun'a göre sendikaya üye olması yasaklı olan asker kişiler, on altı yaşından küçük ve velisinin yazılı muvafakati olmayan kişiler bu suçun mağduru olamazken; hizmet sözleşmesine dayalı olarak çalışan işçiler, işveren ve işveren vekili mağdur olabilir. Yine bu Kanun uygulamasından yola çıkarak, sendika işyeri temsilcisi de atılı suçun mağduru olabilir.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 15. maddesinde hakimler ve savcılar başta olmak üzere bir kısım meslek grupları ile bürokratların sendika kuramayacağı ve sendika üyesi olamayacağı düzenlenmiştir. O halde bu madde kapsamındaki istisnalar dışındaki kamu görevlileri de bu suçun mağduru olabilecektir.

### **d) Suçun Maddi Unsuru**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 118.

maddesi kapsamında bir değerlendirme yapmak için, her şeyden önce 2821 sayılı Sendikalar Kanunu hükümlerine uygun kurulu bir işçi, kamu çalışanı sendikası veya işveren sendikasının varlığı gerekir.

- Var olan sendikaya üye olmak,
- Sendikaya üye olmamak,
- Sendikanın faaliyetlerine katılmak,
- Sendikanın faaliyetlerine katılmamak,
- Sendikadan veya sendika yönetiminden ayrılmaya zorlamak,

şeklinde belirecek eylemler suçun maddi boyutunu oluşturur. Çalışanın ya da işverenin üye olma/olmama, sendika faaliyetlerine iştirak etme/etmeme arzusu, sendika ve ya sendika yönetimindeki göreve devam/görevden ayrılma yönündeki iradesinin fesada uğratılması suçun maddi unsurudur.

Suçun maddi unsuru olarak hareket, cebir veya tehditle gerçekleştirilecektir.

Cebir, kişiye veya yakınına karşı fiziki güç kullanarak, onun iradesi ve davranışları üzerinde bir şeyi yapması ya da yapmaması noktasında zorlayıcı bir etkinin meydana getirilmesidir<sup>16</sup>. Cebirde iradenin etkilenmesi bakımından vücut dokunulmazlığına da müdahale teşkil edecek fiili bir eylem söz konusudur. Tehdit ise, muhatabı üzerinde objektif olarak etki göstermeye elverişli, mağdurun iç huzurunu bozan, irade özgürlüğünü bozan hayat, vücut, cinsel dokunulmazlık konusunda saldırı gerçekleşeceğinden bahisle veya malvarlığı bakımından bir zarar ya da başkaca bir kötülük yapılacağı söylemidir<sup>17</sup>. Cebri hareketle mağdura yönelik olarak iradeyi etkilemeye yönelik fiziksel bir şiddet kullanılması söz konusu olduğundan, cebirde şimdi ki zamana dönük ve gerçek, tehditte ise ileriye dönük ve olası bir zarar söz konusu olmaktadır<sup>18</sup>. Bu noktada, tehdidin fail tarafından bizzat mağdura yöneltilmesi söz konusu olabileceği gibi, bir üçüncü kişinin iletmesiyle de suçtan bahsedilebilir. Ancak bu durumda, yoklukta tehdide dair açık bir düzenleme bulunmadığından, failin sarf ettiği sözü iletme kastıyla hareket ettiğinin ortaya konulması gerekir.

İncelenen suç bağlı hareketli suç özelliği gösterdiğinden, cebir ve tehdit olmaksızın, hi-



leyle iradenin fesada uğratılarak sendikal hakların engellenmesi halinde incelenen suç oluşmayacaktır.

Maddenin gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere bu suçun tamamlanmış şekline göre cezaya hükmedilmesi için, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin sendikaya üye olması ve ya olmaktan vazgeçmesi, sendikanın faaliyetlerine katılması veya katılmaktan vazgeçmesi ya da sendikadan veya sendikanın yönetimindeki görevinden ayrılması gerekmemektedir. Bu amaçlarla, kişiye karşı cebir veya tehdit kullanılması, söz konusu tamamlanmış gibi cezalandırılabilmesi için yeterlidir.

Bu suç bakımından somut bir tehlikenin gerçekleşmesinin şart koşulduğu yönünde herhangi bir husus bulunmadığından, söz konusu suçun soyut tehlike suçu olarak kabul edilmektedir<sup>19</sup>.

Seçimlik hareketli bir suç tipi olduğu için cebir veya tehditten birinin, madde de belirtilen davranışları sağlamaya yönelmiş olması yeterlidir.

Cebir veya tehdit ihmalî davranışla değil, ancak icrai bir hareketle işlenebilir.

Düzenlemede belirli bir sendikaya üye olma veya olmamaya zorlama değil, genel olarak bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlamaktan bahsedilmektedir. Bu nedenle bir kimşenin belirli olmayan bir sendikaya üye olma veya olmaması için zorlama eylemi de bu suçu oluşturabilecektir<sup>20</sup>. Çünkü mağdurun sendikal faaliyet kapsamındaki iradesi etkilenmek istemektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 119. maddesinde ortak nitelikli ağırlıklı haller içerisinde sendikal hakların engellenmesi suçu düzenlenmiştir. Bu durum karşısında, basit müdahale ile giderilecek mahiyetteki bir fiziki müdahale halinde ayrıca kasten yaralama suçundan söz edilemeyecek; yaralanmanın nitelik kazanması halinde kasten yaralama suçlarının ağırlıklı hallerinin uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

Tehdit veya cebirin belli bir süreye bağlı olması gibi bir durum söz konusu değildir. Failin madde kapsamındaki seçimlik hareketlerden birini herhangi bir zamanda gerçekleştirmesi suçun oluşması için yeterlidir.

Suçun maddi unsuruna ilişkin olarak, aşağıdaki örnekler gösterilebilir:

- Bir şirket yöneticisinin, sendikal işçilere sendika düzeninin sömürü düzeni olduğu yönündeki söylemleriyle sendika üyeliğinin devam ettirilmesi halinde, kapının önüne koyma şeklinde söz sarf etmesi,

- İşyerinde çalışan bir sendika üyesi işçinin, diğer bir sendika üyesi işçiyle, sendikal özgürlüğü sınırlama kasdıyla, mesai dışında münakaşa etmesi ve eylemine devamla fiziki müdahale ile yere düşürmesi,

- İşverenin kanuni greve katılan işçilere yönelik işten çıkarma, hak ettikleri ödemeleri yapmama gibi sözlerle sair kötülük yapacağından bahsetmesi,

- Belediyede çalışan bir grup sendikal işçi üzerinde işverenin kurduğu baskıyla sendika değişikliğine zorlaması,

- Sendika üyesi işçilerin yemekhanede toplanarak, işveren tarafından işlerin iyi gitmediği dile getirilerek, sendika üyeliğinden ayrılmayanlara gününü göstereceğini söylemesi

- Sendika yöneticisinin, sendika üyesi bir işçiyi sıkıştırıp, bıçak göstererek sendikanın faaliyetlerine katılması yönünde söylemde bulunması.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 14.07.2010 tarih ve 2008/15172 Esas, 2010/13889 Karar sayılı ilamında, "...sanıkların yetkilisi oldukları A. Şirketinde işçi olarak çalışmakta olan katılanın B. Sendikasına üye olduğu öğrenmeleri üzerine, 'sendikadan istifa et, yoksa seni işten atarız' diyerek tehdit etmek şeklinde iddia ve kabul olunan eylemlerinde TCY'nin 118. maddesinde tanımlanan sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun tehdit unsurunun oluştuğu gözetilmeden mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi,... hükmün bozulmasına..." şeklinde görüş bildirmiştir.

### e) Suçun Manevi Unsuru

Sendikal hakların engellenmesi suçu, kasıtlı işlenebilen bir suç türüdür.

Olası kasıt veya taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Suçun maddi hareket unsuruna aracı eylemler cebir ve tehdit, başlı başına ayrı birer suç ve

başka suçlar için de unsur olması ve de cebir ve tehdide olumlu-olumsuz bireysel sendika özgürlüğüne müdahale amacıyla başvurulacağından, bu suç tipi özel kasıtle işlenebilen bir suç türüdür.

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu, iş ve çalışma hürriyetinin engellenmesine dair madde düzenlemesinden sonra Yasa'da yer bulmuş, aslında çalışma hürriyetinin bir başka boyutudur. Bu noktada bu suça ilişkin, Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 24/04/2006 tarih ve 2005/13514 E,2006/9812 K sayılı kararındaki<sup>21</sup>, “..sanıkların yakınlarının çalışma özgürlüğünü sınırlama özel kasıtle tehdit ve yaralama suçlarını işlediklerine ilişkin kanıtların gösterilip açıklanmadan yetersiz gerekçeyle hükümlülük kararı verilmesi...” şeklindeki görüşünün, yüksek mahkemenin sendikal hakların engellenmesi suçuna ilişkin de geçerli olduğu kanaatini uyandırmaktadır.

Fail, cebir ve tehdidi sendikal hakların engellenmesi amacıyla kullandığı takdirde 5237 sayılı TCK'nın 118. maddesindeki suçtan söz edilecek, aksi halde aynı nitelikteki davranışlar başka suçlara vücut verecektir.

Kanun emrinin yerine getirilmesi gibi hallerde olduğu hallerde gözetildiğinde, eylemin suç olarak nitelenebilmesi için hukuka aykırılık ögesini de barındırması gerekir.

## **f) Suçun Özel Görünüş Şekilleri**

### **aa) Teşebbüs:**

Sendikal hakların engellenmesi suçu, hareketi neticesine bitişik bir suç olması karşısında failin eylemiyle suç tamamlanmış kabul edilmekte; neticenin elde edilmesi gerekmemektedir; örneğin, failin tehdidine rağmen sendika üyesi işçi üyelikten ayrılmamış olabilir. Bu halde yine tamamlanmış suçtan ve cezadan söz edilecektir.

Çok sınırlı olarak teşebbüs hali, örneğin, hareketin bölünebileceği hallerde söz konusu olacaktır. Örneğin, tehdit mektubuyla sendika üyeliğinin sonlandırılması talebi eyleminde, posta mağdura ulaşmamış ise gündeme gelebilir.

5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinde gönüllü vazgeçme hali düzenlenmiş olup, failin sen-

dikal faaliyetlerin engellenmesi konusundaki başka ortamlarda niyet açıklamasına rağmen, çalışana yönelik ya da çalışana iletilecek şekilde bir tehditte bulunmamışsa suç tamamlanmış kabul edilemez. Ancak, cebir ve tehdidin bir kez olsun sarf edilmesi yeterli olduğundan, örneğin; failin mağdura kanuni greve katılmama konusunda 2 tokat atıp yere düşürdükten sonra, yoluna devam ederken duyduğu pişmanlıkla geri dönüp mağduru yerden kaldırıp hastaneye götürmesi suçun tamamlanmasına engel olmayacaktır.

### **bb) İştirak:**

5237 sayılı Kanun'un 37 ve devamı maddelerinde yer bulan faillik ve iştirak hükümleri, sendikal hakların engellenmesine birden fazla kişinin iradi olarak katılmasında gündeme gelecektir. Doğrudan birden fazla failin engel teşkil eden cebir-tehdit eylemi içine girmesi, birinin azmettirici olduğu suçta bir ve/veya birden fazla failin bulunması, sendikal hakların engellenmesine yardım eden sıfatıyla katılma şeklinde iştirake ilişkin tüm hükümler bu suç tipi için de uygulanacaktır.

### **cc) İçtima:**

Cebir ve tehdit, sendikal hakların engellenmesi suçunun unsurudur. Hal böyle olunca, 5237 sayılı TCK'nın 108. maddesindeki cebir, 106. maddesindeki tehdit suçu, ayrıca cezalandırma konusu yapılmayacaktır. Bu haliyle incelenen suç bileşik suç özelliği gösterir.

5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinde “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkraya hükmü uygulanır.” biçiminde tanımlanacak zincirleme suç hükümleri bu suç tipi için de uygulanacaktır.

Atılı suçun, suçun işlenişindeki kasıt, suç işleme tarihleri arasında geçen süre gibi esaslar nazarında gerçek içtima şeklinde birden fazla suç ve ayrı cezaya hükmedilmesi mümkündür.

Sendikal hakların engellenmesi suçu, başka suçlarla birlikte de işlenebilir. Örneğin, bu suçla birlikte, hakaret sözü sarf edilmiş ise ayrıca

bu suçtan da cezalandırma yoluna gidilecektir.

### **g) Soruşturma-Yargılama-Uzlaşma-Yetki-Görevli Mahkeme-Zamanaşımı Süresi**

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu takibi şikayete bağlı suçlardan olmayıp, resen takibi gerekir. Bu çerçevede şikayetten vazgeçilmesi de soruşturmanın sırf bu gerekçeyle kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesini sağlamaz. Yine aynı gerekçeyle kovuşturma aşamasında düşme kararı verilemez.

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu uzlaşma hükümlerine tabi değildir.

Soruşturma ve kovuşturma yapılması, izin veya karar alınmasına bağlı değildir.

4483 sayılı Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtip, izlenecek usulü düzenlemiş ise de, inceleme konusu suç, görev sebebiyle işlenebilme özgülüğünde bir suç olmadığından, bu kanun kapsamında değerlendirilecek kamu görevlileri için, atılı suç nedeniyle 4483 sayılı Kanun hükümlerinin işletilmesi yoluna gidilmeyecek, resen soruşturma yapılacaktır.

Yetki konusunda özel bir düzenleme bulunmadığından, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12 ve devamı maddelerine göre soruşturmayı yapacak Cumhuriyet Başsavcılığı ve yargılamayı yapacak yetkili mahkeme belirlenecek; bu çerçevede öncelikle cebir ve/veya tehdit hareketinin gerçekleştiği yer, suç yeri, yani soruşturma-kovuşturma yeri olacaktır.

Bireysel sendikal hakların engellenmesi suçunun yaptırımı gözetildiğinde, 5235 sayılı Adli Yargı İlk derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesi hükmünce, görevli mahkeme sulh ceza mahkemeleridir.

Öngörülen cezanın üst haddi nazara alındığında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 66/1-e maddesi uyarınca dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten itibaren 8 yıldır. Aynı Yasanın 67. maddesindeki hallerin varlı-

ğı halinde zamanaşımı süresinin kesilmesi ve durması hallerinden söz edilebilir ve kesilme halinde en fazla sürenin yarısı kadar dava zamanaşımı süresi uzayabilir. Aynı Kanunun 68. maddesi hükmünce, ceza infaz zamanaşımı süresi ise hükmün kesinleşmesi tarihinden itibaren 10 yıl olup, bu sürenin geçmesiyle ceza infaz edilemez.

### **1) Ceza Yaptırımı-Hak Yoksunlukları**

5237 sayılı TCK'nın 118/1. maddesine göre sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun yaptırımı, 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıdır.

5237 sayılı TCK'nın 43. maddesi anlamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı hallerde; aynı suçun tek bir fiile birden fazla kişiye karşı işlenmesi ya da bir suç işleme kararıyla kısa aralıklarla aynı mağdura yönelik birden çok olması durumunda, verilecek temel cezada dörtte birinden dörtte üçüne kadar bir artırıma gidilir.

Kişiyişlemiş olduğu kasıtlı bu suç nedeniyle hapis cezası verilmesi halinde, mahkumiyetin kanuni sonucu olarak, hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar, 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesi hükmünce ayrıca belli haklardan yoksun bırakma şeklinde tedbire de hükmedilecektir. Bu hak yoksunlukları,

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasî hakları kullanmaktan,

c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,

e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılmaktır.

Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz.

Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.

Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında uygulanmaz.

### **i) Cezayı Arttırıcı-Hafifletici Nedenler**

5237 sayılı TCK'nın 119. maddesindeki cezayı arttırıcı hallerin sayıldığı ortak hükümler içerisinde, incelenen suça yer verilmediğinden, özel bir artırım madde uygulaması bulunmamaktadır. İş ve çalışma hürriyetinin engellenmesi suçu için de var olan cezayı ağırlaştırıcı hallerin, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu için düzenlenmemiş olması bir eksiklik olarak yorumlanabilir. Ceza hukukunda kıyas yasağı olduğundan, Kanunda olmayan bir hükümden ötürü, iş ve çalışma hürriyetini engelleme halinde uygulandığından bahisle artırım yapılması ise söz konusu olamaz.

Ceza miktarında indirimle ilişkin özel bir hafifletici düzenlemeye kanun koyucu yer vermemiştir. Mahkeme hakimi 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesi uyarınca, takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurup, karar gerekçesinde göstermek kaydıyla hükmettiği asıl cezada altıda birine kadar indirim gidebilir.

### **j) Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması-Seçenek Yaptırım-Erteleme**

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin, Manisa 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçundan ötürü sanıklar hakkında verdiği mahkumiyet kararının temyizi üzerine, verdiği 24/03/2010 tarih ve 2010/1252 Esas, 2010/5135 Karar sayılı kararında, "...hükümlerden sonra 08.02.2008 tarihinde yürürlü-

ğe giren ve TCY'nin 7/2 madde ve fıkrası uyarınca sanıklar yararına olan, 5728 sayılı Yasanın 562. Maddesinin 1. Fıkrası ile CMK'nın 231/5. Madde ve fıkrasında öngörülen, hükmolunan cezanın geri bırakılması sınırının iki yıla çıkarılması ve söz konusu 562. Maddesinin 2. Fıkrası ile de CMK'nın 231/14 madde ve fıkrasında, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olması koşulunun kaldırılması karşısında, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı tartışılması zorunluluğu hükümlerin başkaca yönleri incelenmeksizin bozulmasına..." hükmederek, bu suçlar yönüyle koşulları oluşması halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceğini ifade etmiştir.

Atılı suç nedeniyle 1 yıl ve daha altında bir süreyle kısa süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde, 5237 sayılı TCK'nın 50. maddesi hükümünce, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, mahkeme hakiminin gerekçeli takdirine göre;

a) Adlî para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir.



Daha önce mahkûm edilmemiş olmak kaydıyla, fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, yukarıda yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

5237 sayılı TCK'nın 51. maddesi hükmünce,

a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,

b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması halinde sanığa verilecek ceza ertelenebilir.

Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda ıktırılmasına devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi hâlinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhâl salıverilir.

Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz.

Denetim süresi içinde;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine, mahkemece karar verilebilir.

Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdin-

de çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.

Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir.

Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda ıktırılmasına karar verilir.

Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

## II) KOLLEKTİF SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ENGELLENMESİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesinin 2. fıkrasında, çalışan ve işveren sendika üyelerinin üstünde, bu kişilerden oluşan ancak ayrı bir tüzel kişi varlığı olan, sendika, koruma altındadır. Diğer bir ifadeyle, bu fıkra ile hukuki koruma altında olan kolektif sendika özgürlüğüdür.

Sendikalar gerek iç işleyişlerinde, gerekse dış işleyiş çerçevesinde diğer sendika, devlet kurumları, siyasi sùjeler ve işverenlere karşı bağımsız, diğer bir ifadeyle her türlü müdahaleden uzak oldukları sürece, çalışan ve işverenlerin birlik oluşturma amaçlarına hizmet eder. Hal böyle olunca sendikal faaliyetler, sendikaların bağımsızlıklarıyla gelişir ve gelişme isteniyorsa bağımsızlığın önünde engel teşkil edecek, faaliyetleri kısıtlamaya yönelik davranışların bir müeyyidesi olması gerekir. Ceza hukukumuzda bu müeyyide, 5237 sayılı TCK'nın 118. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme cezai anlamda sendikaların bağımsızlığının teminatıdır.

Kollektif sendika özgürlüğü, bireysel sendika özgürlüğü için ön koşul niteliği taşır ve sendikaların varlıkları, faaliyetleri, mücadele araçları hukuki açıdan güvence altına alınma-

mıssa sendikalara üye olup olmamak da çok fazla önem taşımaz<sup>22</sup>.

Sendikaların kurulma, tüzüklerini düzenleme, yöneticilerini seçme, teşkilatlanma, şube açma, üst kuruluşlar kurma, uluslararası kuruluşlara üye olma, faaliyetlerini yürütme, yönetim, etkinlik ve iş programlarını düzenleme serbestisi ile idari kararlar faaliyetten men edilememe ve kapatılmaması, kollektif sendika hürriyetinin muhtevasını oluşturmaktadır<sup>23</sup>.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesinin 2. fıkrasındaki suçtan söz edebilmek için 2821 veya 4688 sayılı Kanun hükümlerince kurulmuş bir sendikanın varlığı gerekir ki bu sendikanın temsilcisi gerçek kişi suçun mağduru/müştekisi, temsilci olduğu sendika da suçtan zarar gören kuruluş sıfatındadır. Kanun metninin konfederasyondan söz edilmese de, bir sendikal faaliyet neticesi oluşacak üst kuruluş konfederasyonlar da bu suçun zarar gören tarafı olabilir.

Sendikal faaliyet serbestisi çerçevesinde, sendikalar toplu iş sözleşmesi yapma, kanuni grev-lokavt, toplantı-gösteri, propaganda, üye kaydı, kooperatifçilik gibi yasal dayanağı olan çalışma ve sosyal hayata dair eylemler içerisine girecektir.

Suçun faili, maddenin 1. fıkrasında olduğu gibi herkes olabilir.

Suçun manevi unsuru, maddenin 1. fıkrasında olduğu gibi özel kasıttır. Ancak doğrudan veya (hukuka aykırılıktan ötürü) olası kasıtlı hareket edilmiş olabilir.

Suçun maddi unsuru, cebir, tehdit ve ya hukuka aykırı başka bir davranışla sendikal faaliyetin engellenmesidir. Maddenin 1. fıkrasında tek tek seçimlik hareketler sayılmış iken, bu fıkrada netice belirtilerek, faaliyetin engellenmesine yer verilmeyle yetinilmiştir.

Cebir ve tehdide ilişkin bireysel sendika özgürlüğünün kısıtlanması halinde söz ettiğimiz özellikler aynen geçerlidir. Ancak kanun koyucu, kolektif sendika özgürlüğünün teminatı olarak suç teşkil eden eylemi daha geniş tutmuş, hukuka aykırı her türlü davranışla faaliyetin engellenmesini koruma altına alınmıştır. Bu noktada özel kasıtlı, yani sendikal faaliyeti engellemek amacıyla, örneğin, toplantının yapıla-

cağı salonun kapılarının kilitlenerek, elektriklerinin kesilmesi; sendikanın eğitim faaliyetini gerçekleştireceği alanın bir şekilde işgal edilmesi, sendikaların işyerinde dağıtmak istediği yasal bildirimleri tahrip etmek<sup>24</sup>, sendika üyelerine yapılacak toplantının iptal edildiği konusunda yalan beyanda bulunulması bu suçun maddi unsuruna vücut verecektir.

Ancak, hukuka aykırı davranış tanımı geniş mi yorumlanacak, dar mı değerlendirilecek, bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Hukuka aykırılığı geniş yorumlarsak, örneğin basit bir yalanı da bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Dar yorumlarsak, bu sefer korunmak istenen amaca hizmet edilmeyebilir. Bu nedenle her somut olayda, iddia ve savunmayı, iş ve ceza hukuku prensipleriyle birlikte tek tek ele alıp, hareket ve netice arasında uygun illiyeti arayarak, failde özel kastın varlığına delil teşkil edecek somut delilleri irdelemek gerekecektir.

Evik'in de ifade ettiği şekliyle, "Engellemek" biçimindeki hareket, icrai veya ihmali nitelikte olabilir. Örneğin, sendikal faaliyetin yerine getirilmesini engellemek bakımından hareket-siz kalınması, çeşitli zorlukların çıkarılması durumunda (sendikaya üyelik formlarının işleme konulmaması, geciktirilmesi vs.) ihmali söz konusu olur. Bu anlatılanlardan, suçun hareketin şekli bakımından "icrai olarak veya ihmali suretiyle" işlenmesinin mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır.<sup>25</sup> Bu görüşe, icrai ve ya ihmali davranışın özel bir kasıtlı icra edilmesi, hukuka aykırı özelliği taşıması gerekir.

Bahsedilen suç ani hareketli bir suç olup, faaliyetin bir kez engellenmesi yeterli olup, engellenmenin süreklilik arz etmesi 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesindeki zincirleme suç hükümlerinin değerlendirilmesi neticesini doğuracaktır.

Suçun özel görünüş şekilleri konusunda, maddenin 1. fıkrasında yaptığımız açıklamalar, bu fıkra için de geçerlidir.

Soruşturma, yargılama, uzlaşma, zamanaşımı, yetki prensipleri, maddenin 1. fıkrasında izah edildiği şekildedir. Ancak, görevli mahkeme 5237 sayılı Kanun'un 11. maddesi hükümünce, öngörülen cezanın üst sınırı nedeniyle asliye ceza mahkemesidir.

Sendika faaliyetinin engellenmesi suçunun yaptırımı, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olup, 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesi çerçevesinde belli haklardan yoksun bırakma tedbirinin uygulanması söz konusu olacaktır. Koşulları oluşturduğu takdirde verilecek ceza miktarına göre, seçenek yaptırımlara çevirme, erteme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına, hakim takdir yetkisi kapsamında hükmedilebilir.

Cezayı ağırlaştırılan ve hafifleten hallere ilişkin, maddenin 1. fıkrasına ilişkin, yukarıda yaptığımız izahat bu fıkra içinde geçerli olup, özel bir artırım ve indirim maddesi bulunmayıp, koşulları oluşması halinde hakim sadece TCK'nın 62. maddesi hükmünce hükmedeceği cezada indirime gitmesi olanaklıdır.

## D) SONUÇ

Genelde çalışma hayatının, özeldense toplu iş hukukunun en önemli enstrümanlarından biri sendikalardır. İşçi ve işverenlerin hak ve menfaatlerinin korunması, geliştirilmesi için canlı tutulması gereken sendikal yaşam, hukuki ve cezai olarak teminat altına alındıkça, kendisinden beklenen amaca hizmet etmesi sağlanacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesi ile Anayasa ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile korunan sendikaların iç işleyişte özerkliği, dışarıya karşı bağımsızlığı, ceza hukuku anlamında korunmak istenmiş olmakla; fail için hukuki tazmin sorumluluğunun ötesinde, kanun koyucu tarafından hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımına bağlanarak, hakkın özüne verilen değer bir anlamda gösterilmiştir. Sendika üyeleri için ise bu koruma esas itibarıyla sözleşme yapma özgürlüğü ve hatta irade serbestiyeti ile ilgilidir.

Bireysel sendika özgürlüğü anlamında hakkın kullanılmasının ve kolektif sendikal özgürlük kapsamındaki faaliyetlerin özel amaçla engellenmesine dair koruma yasal olarak düzenlenmekle birlikte, madde kapsamında olmayan sendika kurma hakkına ilişkin özel kısıtla işlenecek engellemelerin de koruma altına alınması sosyal-ekonomik hayatta bir ihtiyaçtır.

Sendikaların faaliyetlerinin cebir ve/veya

tehdidin yanı sıra hukuka aykırı herhangi bir davranış ile engellenmesi de yaptırıma bağlanmış ise de, hukuka aykırılığın bir sınırının olmayışı karşısında, uygulamada faaliyet ve karşı davranışın mahiyetinin değerlendirilmesi çözümü zorluk arz edebilecektir. Çünkü her hukuka aykırılığın karşılığı hürriyeti bağlayıcı ceza değildir. Bu nedenle metindeki bu ibarenin ya sayma yöntemiyle metin içerisinde ya da madde gerekçesinde daha kapsamlı bir şekilde açıklanmasında yarar bulunmaktaydı.

TCK'nın 119. maddesindeki silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koymak suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişiyle, kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanmasıyla ve var olan ya da var sayılan örgütün korkutucu gücünden yararlanmak suretiyle işlenmesi halindeki diğer bir kısım suçlar için kabul edilen cezada artırım maddesinin, yasal değişiklik yapılarak 118. maddeyi de kapsar şekilde yeniden düzenlenmesi çalışma hayatı için önemlidir.

Yorum yoluyla ulaşılmakla birlikte, madde metnine konfederasyonların faaliyetlerine dair de bir ibare eklenmesi tereddütleri ortadan kaldıracaktır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki "İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar." hükmünde belirtildiği üzere mesai içindeki işçinin sendikal faaliyetleri işverenin rızasına bağlıdır. Özel yasa ile cezai hükmünün birbiriyle uyumluluğu amacıyla, iş saatleri içindeki bireysel sendikal faaliyetin cezai korumasına ilişkin ayrı bir fıkra ile karşılıklı tarafların durumlarını da nazara alarak bir hüküm getirilmesi yerinde olurdu kanaatimi de ifade etmek isterim.

## DİPNOTLAR

- 1 ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul, 2007, s. 371; TUNCAY, Can: Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s.13; AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2003, s.293; GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk: İş Hukuku, 2.Bası, Eskişehir 2000, s.155.

- 2 TUNCAY, s.21; ÇELİK, s.386.
- 3 Geniş bilgi için bkz. EREN, Fikret: Dernek ve Sendikaya Üye Olma, Üye Olmama, Üyelikten Ayrılma Hakkı, s.256, <http://dergiler.ankara.edu.tr>, erişim:10/02/2012.
- 4 TUNCAY, s.25; ÇELİK, s.420, AKYİĞİT, s.303 md; ÇAKIROĞLU, Görkem, Kollektif Sendika Hürriyeti, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s.26.
- 5 TERZİOĞLU, AHMET: Sendikal Nedenle Fesih, Doktora Tezi, İstanbul 2007, s.45.
- 6 ŞAHLANAN, Fevzi: Türk Hukukunda İşçi ve İşverenlerin Örgütlenme Hakkı, Sınırları ve Sorunları, Makale, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan II, İstanbul 2001, s.1667.
- 7 OKUR, Zeki: İşçinin Üye Olmak İstedığı Sendikaya Karşı Korunması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl 2005, Sayı 6, s.551.
- 8 YILDIRIM, Nevhis Deren, Sendika İçi Demokrasi, Makale, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan II, İstanbul 2001, s.1706.
- 9 OKUR, s.557.
- 10 KARAOĞLU, Sercan: Türk İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenlerle Feshi ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s.45.
- 11 KARAOĞLU, s.46.
- 12 ŞAHLANAN, s.1677.
- 13 TUNCAY, s.78.
- 14 EVİK, Ali Hakan: Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, Makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.5,S.10, 2006/2, s.204.
- 15 KILIÇDAĞI, Salih: Türk Ceza Kanununda Çalışma ve Örgütlenme Hürriyeti Aleyhine İşlenen Suçlar, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s.160; KÜRTÜN, Hüsamettin: Türk Ceza Hukukunda Çalışma Özgürlüğünün ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010, s.118.
- 16 ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008, s.828.
- 17 PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Ankara 2007, s.868.
- 18 EVİK, s.209.
- 19 EVİK, s.210.
- 20 KÜRTÜN, s.122.
- 21 YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.III, Ankara 2010, s.3823.
- 22 ÇAKIROĞLU, s.26.
- 23 ÇAKIROĞLU, s.26.
- 24 EVİK, s.212.
- 25 EVİK, s.213.
- ÇAKIROĞLU, Görkem: Kollektif Sendika Hürriyeti, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul, 2007.
- EREN, Fikret: Dernek ve Sendikaya Üye Olma, Üye Olmama, Üyelikten Ayrılma Hakkı, <http://dergiler.ankara.edu.tr>, erişim: 10/02/2012.
- EVİK, Ali Hakan: Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, Makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.5, S.10.
- GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk: İş Hukuku, 2.Bası, Eskişehir 2000
- KARAOĞLU, Sercan: Türk İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenlerle Feshi ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
- KILIÇDAĞI, Salih: Türk Ceza Kanununda Çalışma ve Örgütlenme Hürriyeti Aleyhine İşlenen Suçlar, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
- KÜRTÜN, Hüsamettin: Türk Ceza Hukukunda Çalışma Özgürlüğünün ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010.
- OKUR, Zeki: İşçinin Üye Olmak İstedığı Sendikaya Karşı Korunması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl 2005, Sayı 6.
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Ankara 2007.
- ŞAHLANAN, Fevzi: Türk Hukukunda İşçi ve İşverenlerin Örgütlenme Hakkı, Sınırları ve Sorunları, Makale, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan II, İstanbul 2001.
- TERZİOĞLU, AHMET: Sendikal Nedenle Fesih, Doktora Tezi, İstanbul 2007.
- TUNCAY, Can: Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999.
- YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.III, Ankara 2010.
- YILDIRIM, Nevhis Deren, Sendika İçi Demokrasi, Makale, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan II, İstanbul 2001.

## KAYNAKLAR

- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2003.
- ARTUÇ, Mustafa: Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008.



Doç. Dr. Alpay HEKİMLER

Namık Kemal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## Avrupa Birliği'nin Aile ve İş Yaşamının Uyumsallaştırılması Konusunda Ebeveyn İznine Yönelik Yeni Direktifi

Piyasalara hakim olmak adına uluslararası rekabet yarışının kendisini iyiden iye hissettirdiği son yıllarda, üretim sürecinin ki, bu ister mal isterse hizmet üretimi olsun, temel girdilerinden biri olan işgücünden en etkin biçimde yararlanılması eskisine oranla giderek daha fazla önem taşımaya başlamıştır.

İşgörenlerin mutlu bir çalışma ortamında işlerini ifa etmelerinin onların motivasyonlarını önemli ölçüde artırdığı ve bu artışın verimlilik üzerine pozitif yansıdığını, bundan ise gerek işletmenin, gerekse işgörenin bizzat önemli kazanımlar elde ettikleri karşımıza yeni bir bulgu olarak çıkmamaktadır. Günümüzde global gelişmeler doğru bir biçimde okunduğunda, istihdam ile esneklik kavramlarının artık iç içe geçmeye başladığını görmekteyiz. Esneklik, sadece bazı kesimlerin iddia ettiği gibi işveren tarafından, işgücünden istendiği zaman ve farklı biçimlerde yararlanılması anlamına gelmemektedir. Esneklik, emeğini arz eden kişilerin aynı zamanda kendi ihtiyaçları doğrultusunda, çalışma sürelerini ve biçimle-

rini ayarlayabilmesini ve böylelikle bireysel düzeyde bir kariyer planının oluşturulmasına imkan sağladığı gibi, iş, aile ve de özel yaşamının uyumsallaştırılması yönünde çok önemli katkılar sağlamaktadır. Ekonominin tümü açısından konu değerlendirildiğinde esnekliğin, işgücüne katılım oranının yükselmesine neden olabildiği bilinmekte olup, bu durum kaynakların daha etkin değerlendirilmesinin önünü de açmaktadır.

Geleneksel toplumlarda kadınlara biçilen roller nedeniyle, kadınların çoğu zaman çocuk sahibi olmalarıyla birlikte, aktif iş yaşamından azımsanmayacak bir süre için hatta tamamen çekilmeleri nedeniyle, iktisadi ve sosyal bakımdan önemli kayıplar ortaya çıkmaktadır. Bu geleneksel rolün değişmesi için, toplum algısının ve değerlerin gözden geçirilmesi ve modern dünya görüşlerine adapte edilmesi şüphesiz şart olmak ile birlikte, yasal düzenlemelerin kadın işgücünün taleplerine en azından belirli ölçüde cevap verebilecek biçimde düzenlenmesi esasen en önemli nokta olup, toplum al-

gısının değişmesine de aynı zamanda öncülük edecektir.

Güncel veriler izlendiği zaman ülkemizde kadınların işgücüne katılım oranı, Avrupa Birliği ortalamasının gerisinde kaldığı açıkça görülmektedir<sup>1</sup>. Bunun altında yatan nedenlerin doğru okunması ve analiz edilmesi gerekmektedir.

Avrupa Birliği, ebeveyn izini konusundaki hükümlere ilişkin yasal çerçeveyi 8 Mart 2010 tarihinde kabul etmiş olduğu 2010/18/EU sayılı Direktifi<sup>2</sup> ile yeniden düzenlemiş ve böylelikle işgörenlerin çalışma yaşamlarının aile ve özel hayatlarıyla daha etkin bir biçimde uyumsallaştırılması yönünde önemli adımlar atmıştır. Bu düzenleme ile bir anlamda da çalışma hayatının daha etkin bir biçimde esnekleştirilmesi yönünde önemli düzenlemeler getirilmiştir.

Bu çalışmada ilkin, direktifin ortaya çıkmasında etmen olan gelişmeler ele alındıktan sonra, direktifte yer verilen hükümler genel hatlarıyla değerlendirilecektir. Çalışma genel bir değerlendirme ile son bulmaktadır.

## 1. Yeni Bir Direktife Doğru

Avrupa Birliği, günümüzde sosyal diyalog mekanizmasını genelde başarılı bir biçimde yürütebilen kurumsal bir yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bugün Avrupa iş hukuku alanında ki bu ister bireysel düzeyde, isterse kolektif düzeyde olsun, birçok yasal düzenleme sosyal tarafların aralarında bağladıkları çerçeve anlaşmaları üzerine şekillenmiş ve üye ülkeler için bağlayıcı hale gelmiştir. Bunlar arasında en bilinenler sonradan direktif olarak kabul edilmiş olan, kısmi süreli çalışma ve belirli süreli çalışmaya ilişkin çerçeve anlaşmalarıdır.

Yine sosyal diyalog mekanizması kapsamında UNICE<sup>3</sup>, CEEP<sup>4</sup> ve EGB'nin<sup>5</sup> 14 Aralık 1995 tarihinde aralarında bağladıkları çerçeve sözleşmesine istinaden, Avrupa Birliği yasa koyucusu, 3 Haziran 1996 tarihinde ebeveyn iznine ilişkin 96/34/EG sayılı Direktifi<sup>6</sup> kabul etmiştir. Bu direktifte esasen Analığın Korunmasına ilişkin 92/85/EG sayılı Direktifi<sup>7</sup> tamamlar nitelikte hükümlere yer verilmiştir.<sup>8</sup> Anılan direktif uygulama alanı 15 Aralık 1997 tarihinde kabul edilen 97/75/EG sayılı Direktif<sup>9</sup> ile Birleşik

Krallık ve Kuzey İrlanda'yı kapsayacak biçimde genişletilmiştir.

Bugün yürürlükten kalkmış olan ve 2010/18/EU sayılı Direktif'in öncü direktifi olarak adlandırılan belge on beş yıl boyunca, birlik düzeyinde iş, aile ve özel yaşamın uyumsallaştırılmasına yönelik önemli katkılar sağlamış, bir anlamda yeni bir dönemin açılmasının öncüsü de olmuştur.

Ancak direktifte düzenleme bulmuş olan hükümlerin günün hızlı değişen yapısına ayak uydurabilecek ihtiyaçları karşılamasından uzak kalması nedeniyle, özellikle de işgücü piyasasında cinsler arası fırsat eşitliği sağlanması konusunda yetersiz kalması sebebiyle, tadil edilmesi gereksinimi ortaya çıkmıştır. Konu hukuk, özellikle de çalışma hukuku olunca, bu alanın temel aktörleri olan işveren ve işgörenlerin ihtiyaçları ve talepleri sürekli olarak değişmekte ve bu taleplerin temel normlar çevresinde değerlendirilmesi, esas itibarıyla yasa koyucunun temel ödevi ve görevi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Avrupa Birliği'nin 2006-2010 yıllarını kapsayan dönem için, kadın ve erkekler arasında fırsat eşitliğin yaratılmasına yönelik belirlenen stratejik planında da<sup>10</sup>, iş, aile ve özel yaşamın uyumsallaştırılması öncelikli hedeflerden biri olarak belirlenmiştir.

Lizbon Anlaşmasıyla yeniden düzenlenmiş olan Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının yerini almış olan Avrupa Birliği'nin Çalışma Esaslarına İlişkin Anlaşmanın (AEUV) 155. maddesinin 2. fıkrası (eski EVG'nin 139. maddesi) hükmü, sosyal taraflara arzulamaları hallerinde, 153. madde kapsamında ifade bulmuş olan alanlara giren birlik düzeyinde bağtlanmış oldukları anlaşmalarının, Avrupa Komisyonun önerisi üzerine, Konsey tarafından onaylanılmasını talep etme hakkını tanımaktadır.<sup>11</sup> Bu düzenleme sayesinde birlik düzeyinde sosyal taraflar, sosyal politikaların oluşumunda ve çalışma hayatının düzenlenmesinde önemli ölçüde etkin olabilmektedirler.

Avrupa Komisyonu, 2006 ve 2007 yıllarında sosyal taraflara çağrıda bulunarak ve mevcut düzenlemeleri göz önünde bulundurarak iş, aile ve özel yaşamın daha fazla uyumsallaştır-

rılmasına yönelik olarak, analık izni, ebeveyn izni, ailevi nedenlerle son yıllarda ortaya çıkmış olan yeni izin formları olarak değerlendirilmekte olan babalık izni, evlatlık izni ve aile bireyleri için bakım izni gibi hususlarının nasıl düzenlenmesi gerektiği konusunu değerlendirmelerini istemiştir.

Gelen bu çağrı üzerine sosyal ortaklar, 11 Eylül 2008 tarihinde ebeveyn iznine ilişkin imzaladıkları çerçeve sözleşmesini gözden geçirmek istediklerini bildirmişlerdir. EGB, CEEP, UEAPME<sup>12</sup> ve 27 Ocak 2007 tarihine kadar varlığını sürdürmüş olan UNICE'nin devamı niteliğinde olan BUSINESSEUROPE, 18 Haziran 2009 tarihinde çalışmalarını tamamlayarak, çerçeve sözleşmesinde değişiklik yapılması yerine, yeni bir çerçeve sözleşmesi hazırlayarak, 96/34/EG sayılı Direktifin yeni bir direktif ile tamamen yürürlükten kaldırılması yönünde Avrupa Komisyonuna başvurmuşlardır. Ancak bu sürecin tamamen sorunsuz geçmediğini, özellikle görüşmelerin 2008 yılı sonuna doğru tıkandığı ve Mart 2009'dan itibaren ise tarafların görüşleri üzerinde uzlaşmaya başladıklarının da altının çizilmesi gerekir.

Yasa koyucu, sosyal tarafların aralarında bağlamış oldukları çerçeve sözleşmesini, 8 Mart 2010 tarihinde 2010/18/EU sayılı Direktif olarak kabul etmiş ve yürürlüğe koymuştur. Bu kapsamda direktifin giriş bölümünde üye ülkelere, direktifte yer verilen hükümlere aykırı davranılması halinde etkin yaptırımlara yer verilmesi konusunda bir yükümlülük getirilmesi ve bu hususun Direktifin 2. maddesinde somutlaştırılması Birliğin, konuya bakışını bir kez daha ortaya koyar niteliktedir.

## II. Direktifin Temel Hükümleri

Avrupa Birliği üyesi ülkeler için bağlayıcı olan direktif en basit tanımlamayla, ebeveyn iznine ilişkin olarak asgari hükümleri düzenlemekte olup, çalışma yaşamından belirli bir zaman dilimi için iradi olarak çekinilmesi fırsatını tanımaktadır. Bu direktif ancak aynı zamanda kadın ve erkek işgörenler arasında fırsat eşitliğinin yaratılması ve işgücü piyasasında da bu ilkenin işlenmesinin önünü açmakta ve de desteklemektedir. Burada ebeveyn kavramı

ile kast edilen, kadın ve erkekler olduğundan, esas itibariyle kadının çalışma hayatındaki rolü güçlendirilmekte ve bir anlamda erkek işgörenlerin rolünü de yeniden tanımlanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, direktifin hukuksal bir belge olma özelliğinin ötesinde sosyal bir belge de olduğu ve Avrupa Birliği sosyal politikasının yönlendirilmesinde önemli bir özellik arz ettiği ve de etkinliğinin önümüzdeki dönemlerde daha belirgin bir biçimde izlenebileceğini göstermektedir.

Direktifin 1. maddesinde direktifin amacı ve kapsam alanı tayin edilmektedir. Buna göre, sosyal tarafların aralarında ebeveyn iznine ilişkin bağlamış oldukları 18 Haziran 2009 tarihli çerçeve sözleşmesinin hükümleri, direktifin eki olarak yürürlüğe girmektedir. Diğer bir ifadeyle, sosyal tarafların imzaladıkları anlaşma metni, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin tümü için direktif statüsünde bağlayıcı bir belge haline gelmektedir.

### A. Ebeveyn İznini Kullanma Hakkı

Esas itibariyle tüm işgörenler, çocuklarının dünyaya gelmesi veya bir çocuğu evlat edinmeleri ile birlikte ebeveyn iznini kullanma hakkını kazanmaktadırlar.<sup>13</sup> Ebeveyn iznini kadın işgörenler kadar, erkek işgörenlerinin de kullanma hakkı bulunmaktadır, hatta yeni direktif ile özellikle erkeklerin bu izni kullanmalarının teşvik edilmekte olduğu, hükümler tümünden değerlendirildiğinde açıkça görülmektedir.

Sosyal tarafların aralarında bağlamış oldukları ve direktif hükümleri haline gelen sözleşmedeki düzenlemelere göre, ebeveyn izninin kullanımı konusunda işgörenin istihdam biçimi konusunda bir ayırım öngörülmemiştir. Bu doğrultuda üye ülkelerde geçerli olan yasal mevzuat veya toplu sözleşme hükümleri ya da gelenekler doğrultusunda işgörenler, isterse bir iş sözleşmesi kapsamında istihdam ediliyor olsun, isterse olmasın, bir istihdam ilişkisi içerisinde bulunuyor olmaları bu izni hak etmeleri için yeterli olmaktadır.<sup>14</sup> Yine "İş sözleşmesi" ve "istihdam ilişkisi" kavramları konusunda herhangi bir tanımlamaya gidilmemiş, bu konudaki yetki doğrudan üye ülkelere bırakılmıştır.<sup>15</sup> Daha açık bir ifadeyle, ebeveyn iznini ta-

lep edebilmek için işgörenin mutlak olarak bir iş sözleşmesi çerçevesinde çalışıyor olma şartı mevcut hükümler doğrultusunda aranmamaktadır.

Bir anlamda esnek istihdam uygulamalarını da teşvik etmek ve kanımızca esneklik olgusuna haksız olarak yöneltilen, esnekliğin kural-sızlaştırma anlamına geldiği yönündeki yargılara da cevap verecek nitelikte, çalışma biçimleri arasında bir ayrımın yapılması ön görülmemiştir. Diğer bir ifadeyle, işgören ister normal olarak tanımlanan klasik, tam gün modelli kapsamında istihdam ediliyor olsun, isterse kısmi veya belirli süreli, hatta ödünç çalışma modelleri kapsamında emeğini arz ediyor olsun, ebeveyn iznini kullanma hakkına, Sözleşmenin 1. maddesinin 3. fıkrası hükmü uyarınca sahip olmaktadır. Bu hüküm, bir anlamda Avrupa Birliği boyutunda sosyal tarafların, esnek istihdam modelleri kapsamında istihdam edilen bireyleri korunduğunu ve diğer çalışanlara tanınmış olan haklar bakımından farklılaşmadıklarını da, ortaya koymaktadır.

Bu konuda getirilen tek istisnai husus, işgörenin izin talep edebilmesi için, işverenin yanında asgari olarak bir yıl çalışıyor olma şartının aranmasıdır. Ancak sosyal taraflar bu süreyi üst sınır olarak belirlediklerinden ötürü, üye ülkeler daha kısa bir süre belirleme imkanına sahip olmaktadır.<sup>16</sup> Daha açık bir ifadeyle, bir işverenin yanında en azından bir yıl çalışmış olan tüm işgörenler arzulamaları halinde, ebeveyn iznini kullanma hakkına sahip olmaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesi kapsamında istihdam edilen işgörenlerinin de haklarının korunması ve böylelikle bir anlamda ayrımcılığa tabi tutulmalarına engel olmak amacıyla sosyal taraflarca gerekli tedbirler alınmıştır. Buna göre, aynı işveren ile yapılan birbirini izleyen, yani zincirleme olarak akdedilen belirli süreli iş sözleşmelerinin sürelerinin toplamının, ebeveyn izni kullanma hakkının doğup doğmadığının belirlenmesi bakımında dikkate alınması gerektiğine ilişkin düzenlemelerin getirilmesi konusunda üye ülkeler yükümlü kılınmışlardır.

Ebeveyn iznini, kendi çocukları dünya gelen ebeveynler kullanabilecekleri gibi, bir çocuğu evlat edinmeleri halinde de aynı haktan

yararlanmaları mümkündür. Dolayısıyla bu iznin kullanımı şartı biyolojik olarak çocuk sahibi olma koşulluna bağlanmamıştır. Gerek sosyal tarafların bağladıkları sözleşmenin giriş bölümünde, gerekse Avrupa Birliği yasa koyucusu tarafında da ifade edildiği üzere, aile yapılarının değişen özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, bu izin hakkının kullanımının aynı zamanda evlat edinilmesi durumunda da tanınması, hiç tartışmasız isabetli bir karar olmuştur.

Yine özellikle son yıllarda değişen ve dönüşen yapılara bağlı olarak ebeveyn izninin kullanılabilineceği diğer bir alan kendi çocuklarının doğumu veya evlat edinilmesi dışında, ailevi nedenlere acil bir durumun ortaya çıkması halinde de mümkün olabilmektedir. Eski direktifte bu konuda herhangi bir hükme yer verilmez iken yeni direktifte “acil durum” işgörenin derhal hazır bulunması gerektiği bir hastalık veya durum olarak ifade edilmiş, ancak ayrıntılar konusunda herhangi bir tanımlamaya gidilmemiştir. Bu yönde bir olayın ortaya çıkması halinde, iznin ne kadar süreyle kullanılabilineceğine ilişkin düzenlemeler üye ülkelere bırakılmış olmakla birlikte, sürenin takvim yılı veya olay esasına bağlı olarak sınırlandırılabilmesi mümkün kılınmıştır.<sup>17</sup>

## B. Ebeveyn İzninin Süresi

İşverenleri ve de işgörenleri birinci derecede ilgilendiren konulardan birisi şüphesiz olarak ebeveyn izninin süresinin ne kadar olacağı ve bu iznin kullanılmasına yönelik esasların ne olduğudur. Ebeveyn izninin süresi ile ilgili hususlar sözleşmenin 2. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında ifade bulmuş olup, bu sürenin asgari olarak dört ay olması öngörülmüştür. Dolayısıyla birlik üyesi ülkelerin ulusal mevzuatlarında, ebeveyn izninin süresini hiçbir suretle dört aydan daha kısa bir süre için tayin etmeleri mümkün olmamaktadır. Böylelikle yeni direktif ile ebeveyn izin süresi, 96/34/EG sayılı direktiften farklı olarak, asgari alt sınır bir ay daha uzatılmıştır.<sup>18</sup>

Üye ülkeler ulusal mevzuatlarında ebeveyn izni ile ilgili esasları belirlerken bu iznin işgörenler tarafından nasıl kullanılacağı, daha açık



bir ifadeyle bütün olarak mı, bölerek mi, kısmi süreli olarak mı veya başka biçimlerde mi düzenleneceği konusunda direktifte herhangi bir hükme yer verilmemiştir.<sup>19</sup> Böylelikle bir anlamda üye ülkelerin yürürlükte olan mevzuatlarının daha kolay bir biçimde uyumsallaştırılması da sağlanılmıştır.

Avrupa Adalet Divanının “Chatzi/Oikonomikon” davası ile ilgili olarak vermiş olduğu nispeten yeni tarihli kararında, ikiz çocukların dünyaya gelmesi halinde, bu durumun doğrudan iki kez ebeveyn izni kullanma hakkını tanıyacağı anlamına gelmeyeceğini, bu konuda ulusal boyutta bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği, ancak bu düzenlemenin birlik hukuku ile çatışmaması gerektiğine, işaret edilmiştir.<sup>20</sup>

İznen aynı anda gerek kadın, gerekse erkek ebeveyn tarafından kullanılmasına yönelik olarak herhangi bir kısıt öngörülmediğinden dola-

vir gerçekleştirilebilmektedir.<sup>21</sup> Bir aylık sürenin kullanılmaması durumunda ilgili işgörenin ebeveyn izin hakkı ortadan kalkmaktadır.

Ancak ebeveyn izinin asgari olarak dört ay olarak belirlenmiş olması, üye ülkelerin ulusal mevzuatlarında daha uzun bir süre ve esnek biçimde tayin etmeleri yönünde engel oluşturmamaktadır. Üye ülkelerdeki uygulamalar incelendiğinde her bir üye ülkenin kendi koşullarına göre bir süre tayin ettiği ve şekillendirildiği görülmektedir.

Sürenin asgari sınırı belirlendiği gibi azami süresi de belirlenmiştir. Buna göre sürenin, çocuğun yaşına bağlanması öngörülmüş olup, üst sınır sekiz yaş olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla üye ülkeler isterlerse dört aydan kısa olmamak üzere ebeveynin izni çocuğun doğumunda veya evlat edinilmesinden itibaren sekiz yaşına gelinceye değin kullanabilmesine

## İşgörenin ebeveyn izni kullandığı esnada işverenin üretimini aynı oranda aksatmadan sürdürmesi gerektiği ve bu izinden yararlanılması nedeniyle işverenin, özellikle artan uluslararası rekabet yarışında dezavantajlı duruma düşürülmemesi gerektiği tartışılmaz bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır.

yı, ebeveynlerin istekleri doğrultusunda bu izni birlikte de kullanabilmeleri mümkündür.

Bu iznin kullanılmasına yönelik olarak kazanılmış olan hakların esas itibarıyla eşler arasında devredilmemesi öngörülmektedir. Bu yönde bir düzenlemenin getirilmesindeki amaç, kadın ve erkek işgörenler arasında ayrımcılığın yapılmasını engellemek ve de aynı zamanda istihdam piyasasında fırsat eşitliğinin yaratılması yönünde katkı sağlamaktır. Böylelikle, çocuğun doğumu veya bir çocuğun evlat edinilmesi nedeniyle erkek işgörenin hak kazanacağı iznin, kadın işgörene devredilmek suretiyle kadın işgören tarafından kullanılması veya tersi biçiminde uygulanması prensipte mümkün değildir. Ancak tarafların aralarında anlaşması halinde, asgari olarak bir aylık sürenin bizzat hak sahibi tarafından kullanılması şartıyla de-

ilişkin düzenlemelere gitme yolu açık tutulmuştur. Ancak direktifte açık bir biçimde sekiz yaşa kadar denildiği için, bu sınırın aşılması halinde, uygulama açıkça direktif hükümlerine aykırılık oluşturacaktır.

Sürenin direktifte bu denli uzun tutulmasının altında yatan temel neden, ebeveyn izninin sadece emzikli ve küçük çocukların bakımı ile sınırlı kalmaması gerektiği görüşünden hareket edilmesidir. Nitekim EGB, yaş sınırının sekiz değil, on iki olması gerektiği konusunda ısrarcı olmasına karşın, bu talep diğer sosyal partnerler tarafından kabul görmemiştir.<sup>22</sup>

Ebeveyn izni kullanmak isteyen işgörenlerin, önceden belirlenen bir süre içerisinde işverenlerine, izini ne zaman kullanmaya başlayacaklarını ve ne kadar süreyle kullanacaklarını haberdar etmek durumunda oldukları, direktifte

düzenleme bulmuştur.<sup>23</sup> Ancak, üye ülkelerin belirledikleri dört aydan daha kısa olmayacak olan ebeveyn izninin bütün olarak mı kullanılacağı ya da bölerek kullanılmasının mümkün olup olmadığı konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir, tercih doğrudan üye ülkelere bırakılmıştır.

Şüphesiz olarak işveren açısından, işgörenin ebeveyn iznini kullanmak isteyip istemediği kendi iş akış ve üretim planlamaları açısından da büyük önem arz etmektedir. Ancak direktifte bu sürenin ne olması gerektiği yönünde bir sınır getirilmemiştir. Bu nedenle üye ülkelerin kendi koşullarına göre, ancak işveren ve işgörenin çıkarlarını birlikte dikkate alacak biçimde bu süreyi tayin etmeleri, Avrupa Birliği yasa koyucusu tarafından uygun görülmüştür.<sup>24</sup>

İşletmeler ve işyerleri birer organizasyon olarak farklı yapılara sahip olduklarından, bu yapıların özellikle büyük ölçekli işletmelerde, küçük ve orta ölçeklilerden önemli ölçüde farklılaştığından dolayı, üye ülkeler ulusal düzeyde küçük ve orta ölçekli işletmeler için özel hükümler getirebilme olanağına sahip olmaktadır.<sup>25</sup>

Konu bağlamında direktif hükümleri doğrultusunda üye ülkelerin düzenlemelere gitme yükümlülüğü getirdikleri bir alan da; evlat edinilmesi halinde veya özürle ya da uzun süre hasta olan bir çocuğun bakımını karşılamak amacıyla ebeveyn izninin kullanımına ilişkin hangi özel tedbirlerin alınması ve hangi koşullara bağlanması gerektiği konusunda olmaktadır. Bu kapsamda getirilen yükümlülük de yeni bir düzenleme olmakla birlikte Birliğin değişen sosyal politika anlayışını da sergiler nitelikte karşımızda durmaktadır.

### C. Ebeveyn İzni Süresince Gelir ve Sosyal Haklar

Konu bağlamında önem taşıyan, işgörenler kadar işverenleri de şüphesiz olarak birinci derecede etkileyen diğer bir hususta, işgörenin ebeveyn izni kullanması halinde, izin süresinde kendisine bir ücret veya başka bir ödemenin yapılıp yapılmayacağı, yapılacak ise bunun miktarı ve esaslarının nasıl belirleneceğidir.

Direktifte, ebeveyn iznini kullanan kadın

veya erkek işgörene kullanılan süre içinde bir ödemenin yapılıp yapılmaması, yapılması halinde bu ödemenin niteliği, belirlenme esasları ve miktarı gibi konularda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla üye ülkeler bu konuda serbest bırakılmışlardır. Şüphesiz olarak isabetli olan bu karar doğrultusunda, üye ülkeler kendi ekonomik ve sosyal yapıları, kültür ve geleneklerine bağlı olarak en doğru tercihi belirlemektedirler. Direktife Ek Sözleşmenin giriş bölümünde, üye ülkelerde kazanılan tecrübelerin, ebeveyn izni esnasında yapılacak olan ödemenin miktarının bu izni kullanma konusunda özellikle erkek işgörenlerin tercihlerini derinden etkilediğine işaret edilmiştir.<sup>26</sup> Yine EGB'nin yayınlamış olduğu rapora göre, ebeveyn izni esnasında bir ödemenin yapılmadığı veya düşük tutulduğu ülkelerde, erkekler tarafından izin kullanımı düşük kalmaktadır.<sup>27</sup>

Avrupa Adalet Divanı'nın "Hoever-Zachow" davasında vermiş olduğu karar uyarınca, yeni doğan çocuklar için ödenmekte olan ebeveyn parasının, aileye yönelik olarak ödenen bir edim olarak değerlendirilmesi gerektiğine, hükmetmiş olduğunu burada zikretmek yerinde olacaktır.<sup>28</sup>

Üye ülkelerin ebeveyn izni kullanmakta olan işgörelere sağlamış oldukları edimlerin incelenmesi bu çalışmanın boyutunu aşacağından dolayı, ayrıntılara burada yer verilmemesi uygun görülmüştür. Ancak birkaç örnek verecek olursak örneğin, Federal Almanya'da yasa koyucu ebeveyn izni kullanmakta olan bireyler için "Ebeveyn Parası" (Elterngeld) adı altında bir ödemenin yapılmasını öngörmüştür. Bu konudaki ayrıntılar Federal Ebeveyn Parası ve İzni Kanunu (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz)<sup>29</sup> ile hüküm altına alınmıştır.<sup>30</sup>

Avusturya'da ise, Direktif hükümlerinin esasen, Federal Yıllık Ücretli İzin Kanunu (Bundesgesetz betreffend die Vereinheitlichung des Urlaubsrechtes und die Einführung einer Pflegefreistellung)<sup>31</sup> ile ulusal mevzuata dönüştürüldüğünü, ancak bunun yanında Analığın Korunması Kanunu (Mutterschutzgesetz)<sup>32</sup> ve Müstahdemler Kanununda da (Angestelltengesetz)<sup>33</sup> konu bağlamında düzenlemelere yer verildiğini görmekteyiz.<sup>34</sup>

Sosyal güvenlik bağlamında, sigorta kolları ki, bu isterse sağlık sigortası gibi kısa vadeli veya emeklilik sigortası gibi uzun vadeli kollar olsun, konu bağlamındaki düzenlemelerin yine üye ülkeler tarafından belirlenmesi esası kabul edilmiştir. Avrupa Birliği'nde her ne kadar son yıllarda koordineli sosyal güvenlik sistemlerinden söz edilmeye başlanmış olursa ve önceki yıllara oranla sitemler arasında bir harmonizasyona gidilmiş olursa da<sup>35</sup>, halen önemli farklılıklar bulunmaktadır.<sup>36</sup> Dolayısıyla, Avrupa Birliği'nin, istese dahi bugünkü yapı içerisinde sosyal güvenlik konusunda üye ülkeleri ortak bir noktada buluşturması güç olduğundan dolayı, direktif ile ulaşılmak istenen hedeflere erişilmesini de güçlendirecek olması sebebiyle, gerekli düzenlemelerin yapılmasını üye ülkelere bırakmış olması, kanımızca isabetli olmuştur.

#### D. Ebeveyn İzninin İstihdam İlişkisi Üzerine Etkisi

Yukarıda açıklandığı üzere ebeveyn iznini kullanmaya karar vermiş olan işgörenlerin bu izni kullandıkları esnada bir gelir elde edip etmeyecekleri konusundaki düzenlemeler üye ülkelere bırakılmıştır. Ancak Avrupa Birliği yasa koyucusu, ebeveyn izninin bitiminden sonra, işgörene işine geri dönme hakkı tanımaktadır, aksi halde zaten bir izinden söz edebilmek kavramsal olarak da mümkün olmayacaktı. İşe geri dönüş konusunda bir düzenleme getirilmemiş olunsaydı, muhtemelen birçok işgören bu izni kullanma hakkından vazgeçecekti.

Burada ancak işverenler açısından da sorunlu bir alanın ortaya çıktığının kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim işgörenin ebeveyn izni kullandığı esnada üretimini aynı oranda aksatmadan sürdürmesi gerektiği ve bu izinden yararlanılması nedeniyle işverenin, özellikle artan uluslararası rekabet yarışında dezavantajlı duruma düşürülmemesi gerektiği tartışılmaz bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır. Bu nedenle, üye ülkelerdeki yürürlükteki hükümlere göre işverenler doğal olarak iznin kullanılması nedeniyle ortaya çıkan işgücü açığını kapatmak amacıyla farklı olanaklardan yararlanacaklardır. Bunlar arasında ilk gelen uygulamalar, belirli

sürelili iş sözleşmesi veya ödünç çalışma modeli kapsamında işgören istihdamına gitme olmaktadır. Bu nedenle de ebeveyn iznini tamamlamış olan işgörenin, işyerine geri döndüğü anda daha önceden istihdam edildiği yerdeki işi görmek üzere çalıştırılması her zaman mümkün olmayabilecektir.

Ebeveyn izninden dönmüş olan işgören, işveren tarafından eski işinde istihdam edilmek zorunda olmak ile birlikte, bunun mümkün olmaması halinde işveren, tarafların aralarında bağladıkları iş sözleşmesinde veya kurmuş oldukları istihdam ilişkisi kapsamında, işgörenin ifa etmiş olduğu işe denk veya benzer bir işte istihdam etmek zorundadır.<sup>37</sup>

İşgören tarafından ebeveyn izninin kullanılması sırasında, istihdam ilişkisinin veya iş sözleşmesinin hukuksal niteliğinin ne yönde değerlendirileceğine ilişkin tercih hakkı yine üye ülkelere bırakılmıştır. Böylelikle örneğin, üye ülkelerin iznin kullanılması esnasında iş sözleşmesini askıya alabilmeleri mümkün hale getirilmiştir.

İşgörenlerin haklarının korunmasına yönelik olarak getirilmiş olan diğer önemli bir düzenleme de Direktife Ek Sözleşmenin 5. maddesinin 2. fıkrasında düzenleme bulmuştur. Bu maddeye göre, işgörenin ebeveyn iznini kullanmadan önce kazanmış veya kazanmak üzere olduğu tüm haklar saklı kalmaktadır. Avrupa Adalet Divanı'nın eski direktifi henüz yürürlükteyken "Meerts/Prosst" davası ile ilgili kararında, bu doğrultuda iş ilişkisi kapsamında doğrudan ve dolaylı olarak elde edilen kazanımların dikkate alınması gerektiğine hükmedilmiştir.<sup>38</sup> Böylelikle işgörenin izin kullanması nedeniyle, kullanmayanlara oranla dezavantajlı bir duruma düşmeleri engellenmiştir. Bununla birlikte ebeveyn izninin kullanılması esnasında, ulusal mevzuatta meydana gelen tüm değişikliklerin ve/veya toplu sözleşmeler yoluyla çalışma ilişkilerinin düzenlenmesine yönelik olarak yapılan tüm değişikliklerin işverence, ebeveyn izni dönüşündeki işgörelere de uyarlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Ebeveyn iznini kullanmaya karar vermiş olan işgörelere yönelik diğer koruyucu bir hüküm de, işgörelere ebeveyn iznini kullanmalarını

işverenlerden talep etmiş olmaları nedeniyle feshe karşı ayrıca bir korumanın getirilmiş olmasıdır. Ayrıca üye ülkelere, işgörenlerin bu izni kullanmak istemeleri veya kullanmış olmaları nedeniyle diğer işgörelere oranla dezavantajlı duruma düşmelerine engel olunmasına yönelik tedbirlere, ulusal mevzuatlarında yer vermeleri yükümlülüğü de getirilmiştir.<sup>39</sup>

Nihayetinde istihdam ilişkisi açısından ebeveyn izni bakımından önem taşıyan bir hususta 6. maddenin 1. fıkrasında karşımıza çıkmaktadır. Bu madde fıkrasına göre, üye ülkeler, işgörelere, ebeveyn izni dönüşlerinde belirli bir süre için çalışma sürelerinde değişikliğe gidilmesine yönelik olarak talepte bulunma hakkının tanınmasına yönelik olarak ulusal mevzuatlarında gerekli düzenlemelere gitme konusunda yükümlü tutulmuşlardır. Bu doğrultuda yöneltilen taleplere, işverenlerin ve işgörelere çıkarlarını gözeterek biçimde cevap verilmesi gerekmektedir.

Örneğin Avusturya'ya baktığımız zaman yasa koyucunun "ebeveyn kısmi süreli çalışma" (Elternteilzeit) adlı bir model kapsamında işgörelere istihdamını mümkün kıldığını görmekteyiz. Analığın Korunması Kanununda düzenleme bulmuş olan bu modele göre doğum izninden sonra, anne isterse iki yıllık ücretsiz izin kullanabilir veya kısmi süreli çalışmaya geçebilmektedir. Ancak yasa koyucu, işgörelere kısmi süreli çalışmaya geçebilmesi için istihdam ilişkisinin asgari olarak üç yıl sürmüş olması ve işyerinde en az yirmi kişinin çalışıyor olması şartını koymuştur. Anne ve babanın aynı anda veya dönüşümlü olarak izin kullanmak istemeleri halinde de yasa koyucu gerekli düzenlemeleri hüküm altına almıştır.<sup>40</sup>

Ancak literatürde, bugün Avusturya'da yürürlükte olan mevzuatın, direktif hükümleri ile en azından ayrıntılarda tamamen uyumlu olmadığı ve uyumsallaştırılması yönünde değişikliklere gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>41</sup>

### E. Yaptırımlar

Giriş bölümünde ifade edildiği üzere, çerçeve sözleşmesinde yer alan ve direktif hükümleri haline gelen düzenlemelere uygulamada aykırı davranılması halinde, üye ülkelerin ulu-

sal mevzuatlarında yaptırımlar öngörmeleri ve bu yaptırımlarında etkin ve caydırıcı olmaları konusunda Direktifin 2. maddesinde emredici nitelikte bir hüküm getirilmiştir.

Bu doğrultuda üye ülkelerin ne yönde yaptırımlar ön gördükleri ve bu yaptırımların etkinliğinin analiz edilmesi ancak ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil ettiğinden ötürü burada yer verilmemesi uygun görülmüştür.

### III. Genel Değerlendirme

Avrupa Birliği'nin ebeveyn iznine ilişkin olarak kabul etmiş olduğu ilk direktiften yaklaşık on beş yıl sonra, küresel ölçekte meydana gelen ve birlik düzeyine de etkin bir biçimde yansımaları olan değişim dönüşüm sürecine bir ölçüde cevap verecek nitelikte iş, aile ve özel yaşamın uyumsallaştırılmasına yönelik olarak sosyal tarafların aralarında bağladıkları çerçeve sözleşmesini 2010/18/EU sayılı Direktif ile kabul ederek yürürlüğe koymuştur.

Üye ülkeler en geç 8 Mart 2012 tarihine kadar, diğer bir ifadeyle direktifin kabul edilmesini müteakip iki yıllık bir süre içinde ulusal mevzuatlarını direktif hükümlerine uyarlamak zorundadırlar.<sup>42</sup> Böylelikle bir anlamda 2010/18/EG sayılı Direktif esasen güvenceli esneklik olarak tanımladığımız "flexicurity" olgusunun gelişmesinde önemli katkılar sağlayacaktır.

Zürich Üniversitesi öğretim üyelerinden Dr. Gesine Fuch'un da belirttiği üzere, kadın/erkek eşitliği konusundaki politikaları Avrupa Birliği'nin en gelişmiş ve başarılı alanları arasında saymak gerekir.<sup>43</sup> Yıllar içerisinde Birliğin oluşturduğu mevzuat ve Avrupa Adalet Divanı'nın somut olaylara ilişkin verdiği kararlar, kadın işgücünün daha etkin bir biçimde emeğini arz etmesinin yolunu açmıştır. Ancak bu kesinlikle birlik düzeyinde tüm ülkelerde kadın istihdamın yüksek seyrettiği anlamına gelmemektedir. Genel olarak bakıldığında Eurostat'ın verilerine göre bu oran İskandinav ve Baltık ülkelerinde yüksek olmak ile birlikte, Güneydoğu Avrupa ülkelerinde önemli oranlarda düşmektedir.<sup>44</sup>

Yeni direktif ile getirilen en önemli değişiklik şüphesiz olarak ebeveyn izin süresinin dört



aya çıkarılmış olunması ve erkek işgörenlerin bu izni kullanmalarına yönelik olarak teşvik edilmeleridir. İzin hakkının devri konusunda da bir kısıtlamanın getirilmiş olmasını, Avrupa Birliği'nin istihdam piyasalarında kadın ve erkelere eşit davranılması ve de kadınlara yönelik olarak fırsat eşitliğini güçlendirmek istediği yönündeki politikasının yansımaları olarak kabul etmek gerekir. Ancak işgücü piyasalarında gerçek anlamda fırsat eşitliği, sadece ve sadece klasik aile yapısı içerisinde erkeklerin ve kadınların rollerinin yeniden tanımlandığı, daha açık bir ifadeyle, erkeklerin çocukların bakımlarına yönelik olarak daha fazla sorumluluk üstlenmeye hazır olmalarıyla birlikte gerçekleşmesi mümkün olacaktır. Avrupa Birliği'nde, bu yönde genel bir algı değişikliğine gidildiği görülmekle birlikte, ülkemizde bu değişimin daha oldukça zaman alacağı izlenmektedir. Ancak, Türkiye, Avrupa Birliği ile yürütmekte olduğu müzakere süreci içerisinde 2010/18/EU sayılı Direktifi ulusal mevzuatına uyarlamak zorunda kalacaktır. Bu uyarlama yapılırken kanaatimizce dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan birisi, ülkemizde halen doğum oranlarının yüksekliği de göz önünde alınarak, ebeveyn izni düzenlenirken, kesinlikle işverenler üzerine ek mali yükümlülük getirecek düzenlemelerden kaçınılması gerektirir.

## DİPNOTLAR

- 1 TÜİK'in yayımlanmış olduğu verilere göre kadınların işgücüne katılım oranı % 28,3 olarak gerçekleşmiştir. Ayrıntılar için Bkz.: <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=10749>, erişim 19.02.2012. Eurostat'ın verilerine göre Avrupa Birliği'nde kadınların işgücüne katılım oranı ortalama % 58,2 seviyesindedir. <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/>, erişim 19.02.2012.
- 2 Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8. März 2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG (Text von Bedeutung für den EWR) (ANL L 68/13 vom 18.3.2010, S.1).
- 3 Union of Industrial and Employers' Confederation of Europe.
- 4 European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest.
- 5 European Trade Union Confederation.
- 6 Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub Amtsblatt Nr. L 145 vom 19/06/1996 S. 0004 - 0009.
- 7 Richtlinie 92/85/EG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EG) (ABl. L 348 vom 28.11.1992, S. 1).
- 8 Günther Löschnigg/Alpay Hekimler, Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları, Efil, Ankara, 2011, s. 37-38.
- 9 Richtlinie 97/75/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zur Änderung und Ausdehnung der Richtlinie 96/34/EG zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub auf das Vereinigte Königreich (ABl. EG 348 L 10 vom 15.12.1997, S.24).
- 10 Fahrplan für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2006-2010, ayrıntılar için Bkz.: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/employment\\_and\\_social\\_policy/equality\\_between\\_men\\_and\\_women/c10404\\_de.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/c10404_de.htm), erişim 18.02.2012.
- 11 Bkz.: AEUV'nin 155. maddesine.
- 12 Union Européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises.
- 13 Bkz.: Direktife Ek Sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrası hükmüne.
- 14 Bkz.: Direktife Ek Sözleşmenin 1. maddesinin 2. fıkrası hükmüne.
- 15 Bianca Schrittwieser, Euroäische branchenübergreifende Sozialpartnervereinbarung – Elternurlaubs-RL-NEU, DRdA, 3/2010, s.277-279.
- 16 Bkz.: Direktife Ek Sözleşmenin 3. maddesinin 1b fıkrası hükmüne.
- 17 Bkz.: Direktife Ek Sözleşmenin 7. maddesinin 1. ve 2. fıkrası hükümlerine.
- 18 96/34/EG sayılı Direktifin 2. maddesinde ebeveyn izin süresi asgari 3 ay olarak düzenlenmiştir.
- 19 Bkz.: Schrittwieser, a.g.m., s.278.
- 20 EuGH von 10.09.2010 Rs.C-149/10.
- 21 Bkz.: Direktife Ek Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrası hükmüne.
- 22 Karş.: ETUC, Die Überarbeitete Rahmenvereinbarung über Elternurlaub Auslegungsleitfaden des EGB, s.21 <http://www.etuc.org/IMG/pdf/Germany.pdf>, erişim 16.02.2012.
- 23 Bkz.: Direktife Ek Sözleşmenin 3. maddesinin 2. fıkrası hükmüne.
- 24 Bkz.: Direktife Ek Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrası hükmüne.
- 25 Bkz.: Direktife Ek Sözleşmenin 3. maddesinin 1d. fıkrası hükmüne.
- 26 Bkz.: Direktife Ek Sözleşmenin Giriş Bölümü 20. maddesine.
- 27 Bkz.: Dipnt 22, s.17.

- 28 EuGH von 10.10.1996 Rs.C-245/94.
- 29 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz vom 5. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2748), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 23. November 2011 (BGBl. I S. 2298) geändert worden ist.
- 30 Ayrıntılar için Bkz.: Wolfgang Däubler/Jens Peter Hjort/Michael Schubert/Martin Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden- 2010, s.983 vd; Ralph Hirdina, Grundzüge des Arbeitsrechts, 3. Auflage, Vahlen, München, 2010, s.115 vd; Herbert Buchner/Ulrich Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz, 8. Auflage, Beck, München, 2008.
- 31 Bundesgesetz vom 7. Juli 1976 betreffend die Vereinheitlichung des Urlaubsrechtes und die Einführung einer Pflegefreistellung.
- 32 Mutterschutzgesetz 1979 – MSchG StF: BGBl. Nr. 221/1979 (WV).
- 33 Bundesgesetz vom 11. Mai 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten (Angestelltengesetz) StF: BGBl. Nr. 292/1921 (NR: GP I 19, 50 AB 322 S. 36.).
- 34 Ayrıntılar için örneğin Bkz.: Günther Löschnigg, Arbeitsrecht, 11. Auflage, ÖGB Verlag, Wien, 2011.
- 35 Birlik üyesi ülkelerdeki sosyal güvenlik sistemi uygulamaları için Bkz.: BMAS, Sozialkompass Europa – Soziale Sicherheit im Vergleich, Berlin, 2011.
- 36 Karş.: Eberhard Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 4. Auflage, Berlin, 2010, s.75 vd; Michaela Windisch Graetz, Neuerung im Europäischen koordinierten Sozialrecht, DRdA, 3/2011, s. 219-227.
- 37 Bkz.: Direktife Ek Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrası hükmüne.
- 38 EuGH von 22.10.2009 Rs.C-116/08.
- 39 Bkz.: Direktife Ek Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrası hükmüne.
- 40 Ayrıntılar için Bkz.: Peter Jabornegg/Reinhard Resch, Arbeitsrecht, 4.Auflage, Manz, Wien, 2011, s. 28 vd.
- 41 Bkz.: Schrittwieser, a.g.m., s.279.
- 42 Bkz.: Direktifin 3. maddesi.
- 43 Karş.: Gesine Fuchs, Gleichstellung auf dem Arbeitsmarkt, [http://www.bpb.de/themen/AVISSS,0,0,Gleichstellung\\_auf\\_dem\\_Arbeitsmarkt.html](http://www.bpb.de/themen/AVISSS,0,0,Gleichstellung_auf_dem_Arbeitsmarkt.html), erişim 19.02.2012
- 44 Bkz.: Dipnt.1
- ETUC, Die Überarbeitete Rahmenvereinbarung über Elternurlaub Auslegungsleitfaden des EGB, s.21 <http://www.etuc.org/IMG/pdf/Germany.pdf>, erişim 16.02.2012.
  - Fuchs Gesine, Gleichstellung auf dem Arbeitsmarkt, [http://www.bpb.de/themen/AVISSS,0,0,Gleichstellung\\_auf\\_dem\\_Arbeitsmarkt.html](http://www.bpb.de/themen/AVISSS,0,0,Gleichstellung_auf_dem_Arbeitsmarkt.html), erişim 19.02.2012.
  - Hirdina Ralph, Grundzüge des Arbeitsrechts, 3. Auflage, Vahlen, München, 2010.
  - Jabornegg Peter/Resch Reinhard, Arbeitsrecht, 4. Auflage, Manz, Wien, 2011.
  - Linneweber Axel, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Arbeitsrecht 2009/2010, ZESAR, 11-12/2010.
  - Löschnigg Günther, Arbeitsrecht, 11. Auflage, ÖGB Verlag, Wien, 2011.
  - Löschnigg Günther/Hekimler Alpay, Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukun Temel Esasları, Efil, Ankara, 2011.
  - Schneider-Bodin Angela, Europäischer Sozialer Dialog: Aufnahme von Verhandlungen zur Überarbeitung der Elternurlaubsrichtlinie, euro-info, Nr.6.
  - Schöck Anja Wehler, Neue europapolitische Initiativen zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie, Friedrich Ebert Stiftung, November 2008.
  - Schrittwieser Bianca, Euroäische branchenübergreifende Sozialpartnervereinbarung – Elternurlaubs-RL-NEU, DRdA, 3/2010.
  - Windisch Graetz Michaela, Neuerung im Europäischen koordinierten Sozialrecht, DRdA, 3/2011.

## KAYNAKLAR

- BMAS, Sozialkompass Europa – Soziale Sicherheit im Vergleich, Berlin, 2011.
- Buchner Herbert/Becker Ulrich, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz, 8.Auflage, Beck, München, 2008.
- Däubler Wolfgang/Hjort Jens Peter/Schubert Michael/Wolmerath Martin (Hrsg.), Arbeitsrecht, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden- 2010.
- Eichenhofer Eberhard, Sozialrecht der Europäischen Union, 4. Auflage, Berlin, 2010.

Nağme N. HOZAR, LL.M.\*

MESS Müşavir Avukatı

## İşyeri Uygulamaları ve Koşulları

### FEDERAL ALMAN İŞ MAHKEMESİ<sup>1</sup>

**Karar Tarihi** : 8 Aralık 2010**Karar Sayısı** : 10 AZR 671/09

İşverenin her yıl sonunda ileride ödeme-yeceğine dair bir imada bulunmadan Noel parası adı altında bir ödemede bulunması halinde, işçiler, işverenin her yıl sonunda kendilerine Noel parası ödemekle yükümlü olduğunu kabul edebilirler. Hizmet sözleşmesinde yer alan açık veya transparan olmayan bir hüküm böyle bir talep hakkının oluşmasını engelleyemez.

1996 yılından beri davalı firmada çalışan davacıya, davalı işveren 2002 yılından 2007 yılına kadar her yıl sonunda brüt aylık ücreti kadar Noel parası ödemiştir. İşveren, Noel parasını öderken, ileride yapılabilecek ödemeye ilgili bir çekince dile getirmemiştir. Ekonomik kriz nedeniyle davalı işveren 2008 yılında hizmet sözleşmesinin “yasal

veya toplu sözleşmelerde öngörülme-primler dışında, işverenin ek ödemeler, tatil parası, Noel parası gibi ödemeler yapması halinde, işveren bu ödemeleri, herhangi bir hukuksal yükümlülük altına girmeden gönüllü olarak yapmıştır. Bu nedenle belli bir iptal süresine tabi olmadan her zaman bunlardan vazgeçebilir.” şeklindeki maddesine dayanarak Noel parasını ödememiştir.

Davacı işçi, İş Mahkemesine giderek 2008 yılı için Noel parası ödenmesini talep etmiştir. Davalı işveren hizmet sözleşmesinde öngörülen bu tür ödemelerin gönüllü olarak yapıldığına dair şartın böyle bir talep hakkının ortaya çıkmasını önlediğini iddia etmiştir. İş Mahkemesi davacının başvurusunu haklı görmüş, Eyalet İş Mahkemesi de davalının itirazını reddetmiştir.

Temyiz mahkemesi olan Federal İş Mahkemesi de davacıyı haklı bulmuştur. Federal İş Mahkemesi'ne göre, her ne kadar hizmet

sözleşmesinde yer alan bir hükümlerle böyle bir ödemeden sarfi nazar edilmesi mümkün olsa da, ancak genel sözleşme hükmü olarak sözleşmeye dahil olan bu şartın çok anlamlı olmaması, açık ve anlaşılır ifade edilmesi gereklidir. Davalı tarafından hizmet sözleş-

mesine alınan hüküm açık ve düzgün ifade edilmemiştir. Bu hüküm işverenin defalarca yaptığı ödemeden çıkarılan anlamı geçersiz kılmaya uygun değildir. Hüküm işverenin gönüllü olarak böyle bir yükümlülük altına girmek istediği şeklinde de anlaşılabilir.

## KARARIN İNCELENMESİ

### I. Karara Konu Olan Olay ve Çözümü Gereken Hukuki Sorun

1996 yılından beri davalı işveren yanında çalışan davacı işçiye, işveren tarafından 2002 yılından 2007 yılına kadar her yıl sonunda brüt aylık ücreti kadar Noel parası ödenmiştir. Davacı işverenin, hizmet sözleşmesinin “yasal veya toplu sözleşmelerde öngörülmemiş primler dışında, işverenin ek ödemeler, tatil parası, Noel parası gibi ödemeler yapması halinde, işveren bu ödemeleri, herhangi bir hukuksal yükümlülük altına girmeden gönüllü olarak yapmıştır. Bu nedenle belli bir iptal süresine tabi olmadan her zaman bunlardan vazgeçebilir.” şeklindeki hükmüne dayanarak 2008 yılında ekonomik kriz nedeniyle işçiye Noel parasını ödememesi uyuşmazlık konusu olmuştur.

Her ne kadar, Federal İş Mahkemesi işverence yapılan bu tür ödemelerin herhangi bir hukuksal yükümlülük altına girmeden gönüllü olarak yapıldığına (yani bu uygulamadan vazgeçme hakkının saklı tutulduğuna) dair hükmün işçinin talep hakkının doğmasını önlediğini kabul etmişse de, hizmet sözleşmesinde yer alan söz konusu hükmün, çok anlaşılır olmamasından (bu yöndeki hükmün geçerli olabilmesi için bu beyanın açık ve anlaşılır bir şekilde ifade edilmesi gerekmesinden) ötürü işçinin iddiasını haklı bulmuştur. Federal İş Mahkemesi, hizmet sözleşmesinde yer alan söz konusu hükmün, işverenin 2002 ile 2007 yılları arasında defalarca yaptığı ödemeden çıkarılan anlamı geçersiz kılmaya yeterli olmadığını, hükmün iş-

verenin gönüllü olarak böyle bir yükümlülük altına girmek istediği şeklinde de yorumlanabileceğini belirtmiştir.

Görüldüğü üzere, söz konusu davadaki temel sorun, işverence, işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma şartının ekonomik gerekçeler ile sürülerek bir süre sonra uygulanmamasının iş sözleşmesinde yer alan bu uygulamalardan vazgeçme hakkının saklı tutulduğuna yönelik hükme dayanarak mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu nedenle incelememizde Türk hukukunda öncelikle, işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma şartının ne anlama geldiği, işyerindeki bir uygulamanın çalışma şartı haline gelmesi ve dolayısıyla işveren açısından bağlayıcılık niteliği kazanması ile işçi tarafından talep hakkının doğması için gerekli koşullar ele alınacaktır. Sırasıyla, uygulamanın genel nitelikte olması, uygulamanın devamlı olması, uygulamanın aynı koşullarla sağlanması ve son olarak da incelenen Karar'da uyuşmazlık konusu teşkil eden uygulamanın herhangi bir koşula bağlı tutulmamış olması (işverenin söz konusu uygulamadan vazgeçme hakkını saklı tutmamış olması) konuları ele alınacaktır.

### II. İşyeri Uygulamasıyla Oluşan Çalışma Şartı Ne Anlama Gelir?

Türk iş hukukunun genel kaynaklarının başında ve hiyerarşik olarak tüm kaynakların üstünde Anayasa yer almaktadır. 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın “XI. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı 11. maddesinin birinci fıkrasında yer alan; “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı or-



ganlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” hükmüyle Anayasanın söz konusu niteliği açıkça vurgulanmaktadır. Anayasadan sonra iş hukukunun diğer genel kaynakları kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliklerden oluşan mevzuattır. Öte yandan yargı kararları ile öğreti görüş ve düşünceleri de yardımcı kaynaklar arasında bulunmaktadır. İş hukukunun özel kaynaklarını ise toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki iç yönetmelikler ile çalışma koşullu haline gelmiş işyeri uygulamaları ve işverenin yönetim hakkına dayanan talimatları oluşturmaktadır.

İşyerlerinde işçi ile işverenin hak ve borçlarını belirleyen ve yukarıda bahsi geçen kaynaklara dayanan bir çalışma düzeni bulunmaktadır. Kanun ve toplu iş sözleşmesinin emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla işveren,

çalışma koşullarının düzenlenmesinde işçiler için genel ve kolektif bir kaynak olarak ortaya çıkar ve bu uygulamalar artık işverenin tek taraflı olarak vazgeçebileceği nitelikte davranışlar olmaktan çıkarlar.<sup>4</sup> Görüldüğü üzere, işyerinde genel ve yeknesak bir düzen kurulması toplu iş sözleşmeleri ile iş sözleşmelerinin yanı sıra işyeri uygulamalarıyla da mümkündür. Söz konusu bu uygulamalar, işçileri kişiliklerinden bağımsız bir biçimde toplu olarak kapsayan ve çalışma koşullarını genel planda belirleyen etkenler olup işyerinde genel bir çalışma düzeninin kurulmasını sağlayan araçlardır.<sup>5</sup>

İşyeri uygulamalarının ortaya çıkışında çeşitli etkenler rol oynayabilir. Öncelikle, işyerindeki ilişkilerin tüm ayrıntılarıyla önceden belirlenmesinin mümkün olmaması, bu etkenlerin başında yer alır. Dolayısıyla, işyeri uygulamaları, bir ölçüde bu imkânsızlığın bir sonucu olarak karşımıza çıkabilir. İkinci durumda ise

## **İşveren tarafından kanuni ve sözleşmesel bir zorunluluk olmadığı halde, işverence işyerinde uygulanagelen işyeri uygulamaları çalışma koşullarının belirlenmesinde etkindir.**

işçiyle çalışma koşullarını gösteren iş sözleşmesi yapabilir. Dolayısıyla herhangi bir çalışma koşulunun doğması ve kaynak olarak hukuki bir değer kazanması yani tarafları bağlaması, bu koşulun iş sözleşmesine girmesiyle mümkün olmaktadır. Ne var ki, uygulamada bazı durumlarda kanun, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle düzenlenmemesine rağmen taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi etkileyici nitelikte ortaya çıkan ve varlığını somut olarak gösteren uygulamalara da rastlanılmaktadır.<sup>2</sup> İşveren tarafından kanuni ve sözleşmesel bir zorunluluk olmadığı halde, işverence işyerinde uygulana gelen işyeri uygulamaları da çalışma koşullarının belirlenmesinde etkindir.<sup>3</sup> Doğuşu itibarıyla kendiliğinden bağlayıcı bir etkisi olmayan ve dolayısıyla bir hukuk kaynağı niteliği taşımayan söz konusu tek taraflı uygulamalar başka unsurların da eklenmesiyle işyerindeki

işverenin genel bir düzen kurmayı istemekle birlikte bazı durumlarda çalışma koşulları ile ilgili açık kurallar getirmekten özellikle kaçınması hali söz konusu olabilir. Bunun nedenleri, işverenin çalışma koşullarını bazı hallerde uygulama sonuçlarına bakarak düzenleme ihtiyacı olabileceği gibi, gelecek açısından hukuki bir yükümlülük altına girmek istemediği için açık bir kural getirmekten kaçınması da olabilir.<sup>6</sup>

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin birinci fıkrasında, genel işlem koşullarının tanımı yapılmakta, devamı maddelerde ise (21-25. md.) kapsamı, yorumlanması, değiştirme yasağı ve içerik denetimine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Kanun'un 20. maddesinin birinci fıkrasına göre; “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullan-

## Yargıtay, iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki iş yönetmelikte açık bir hüküm bulunması hallerinde, bunların aksine bir işyeri uygulamasıyla oluşan durumun çalışma şartını meydana getirmeyeceğini belirtmektedir.

mak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir...". Söz konusu tanımdan, iş hukukundaki işyeri uygulamalarının kavramsal olarak genel işlem koşullarıyla örtüştüğü söylenemez, zira işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma şartlarında başlangıçta kendisi için borç oluşturmayan bir davranış, zamanla sözleşmenin işveren için borç doğuran bir hükmü haline gelmektedir.<sup>7</sup> Genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünüş biçimi ise genel iş koşullarıdır. Bu nedenledir ki; iki kavram arasındaki yakın ilişki, genel işlem koşulları ile ilgili değerlendirmelerin genel iş koşulları için de geçerli sayılmasını haklı gösterir. Genel iş koşulları, tıpkı genel işlem koşulları gibi, iş ilişkilerinin içeriğini belirlemek üzere, işveren tarafından (tek başına veya diğer işverenlerle birlikte) veya işveren sendikasıca önceden hazırlanan, düzenleme aşamasında belirli grupları, fakat bu gruplar içerisinde yer alan belirsiz sayıda kişileri ilgilendiren birtakım kurallardır. Böylece çalışma koşulları işyerinin bütününde veya belirli bir bölümünde/bölgelerinde yeknesak bir yapıya kavuşmuş olmaktadır.<sup>8</sup> Genel iş koşulları ile işyeri uygulamaları genel nitelikte olmaları yönünden birbirine benzerdir. Ne var ki, işyeri uygulamalarını, genel iş koşullardan farklı kılan aşağıda değineceğimiz özellikleri bulunmaktadır.

İşyerindeki bir uygulamanın çalışma şartı haline gelmesi ve dolayısıyla işveren açısından bağlayıcılık niteliği kazanmasına bağlanan sonuç, bunun işçi açısından bir sübjektif hak oluşturması ve işçinin talep hakkının doğmasıdır. Bu çerçevede, çalışma şartı haline gelen iş-

yeri uygulamasından işverenin tek taraflı olarak vazgeçebilmesi mümkün olmayıp, bu yöndeki değişikliğin 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi" başlıklı 22. maddesine göre yapılması gerekmektedir. Buna göre; işveren, işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilecek olup, bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi, ayrı bir inceleme konusu olup, bu konuya çalışmamızda yer verilmeyecektir.

### III. İşyeri Uygulamasının Koşulları

İşveren tarafından başlangıçta akdi ve yasal bir zorunluluk olmaksızın bir menfaatin tek taraflı olarak devamlı şekilde ve aynı koşullarda sağlanması durumunda, işçilerin de zımni kabulleriyle iş akdi hükmü haline gelen işyeri uygulamaları oluşur.<sup>9</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, vermiş olduğu Karar'da işyeri uygulamalarını şöyle tanımlamıştır: "...Kanun ya da iş sözleşmesinde düzenlenmemesine, bu yönde yasal ve akdi bir zorunluluk bulunmamasına karşın, işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkiye yön veren, varlığını somut şekilde gösteren eylemli durum "işyeri uygulamaları"nı oluşturur. İş yerinde düzenli olarak tekrarlanmakla oluşan, her hangi bir koşula bağlı bulunmayan iş yer uygulamaları, işçilerin zımni kabulleriyle bir iş sözleşmesi hükmü, diğer bir ifadeyle, iş şartı (çalışma koşulu) haline dönüşürler; bir iş sözleşmesi eki olarak bağlayıcı nitelik kazanırlar. İşçi için belirli özellikteki bir iş yeri uygulaması, sübjektif hak oluşturur..."<sup>10</sup>

Yukarıda bahsi geçen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda da hüküm altına alındığı gibi, işyeri uygulamaları işçilerin zımni kabulü ile iş şartı haline dönüşeceğiinden, söz konusu bu uygulamalar kanunların emredici hükümleri ile toplu iş sözleşmelerine aykırı hükümler içeremez. Bu nedenledir ki; söz konusu düzenlemelere aykırı işçi aleyhine işyeri uygulamaları geçersiz olacaktır. Bunun sonucu olarak da işçi, kanun veya toplu iş sözleşmesi hükümleri-

nin uygulanmasını talep hakkına sahiptir.<sup>11</sup> Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir Karar'da; işçilerin gece postalarında 7,5 saatten çok çalıştırılmalarının yasak olduğunu ancak bu hükme rağmen davacı kadın işçinin gece vardiyalarında 12'şer saat çalıştırıldığını, davacının söz konusu çalışma şeklini bilerek işe girmiş olsa da, yasanın ve ilgili yönetmeliğin çalışma koşullarını belirleyen söz konusu hükümleri karşısında işyeri uygulamalarının bağlayıcılığından söz edilemeyeceğini, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar sıralamasında daha üst sıralarda yer alan yasa hükmü ile ilgili yönetmeliğe değer verilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>12</sup>

Yargıtay, ayrıca iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki iç yönetmelikte açık bir hüküm bulunması hallerinde, bunların aksine bir işyeri uygulamasıyla oluşan durumun çalışma şartını meydana getirmeyeceğini belirtmektedir. Yargıtay, "...Davacı aradaki iş aktine göre ücret farkı isteğinde bulunmaktadır. Önceki ücret artışlarının daha fazla oranda yapılmasının iş şartı haline geldiğinden söz edilemez. Ücret farkının dayanağı taraflar arasında düzenlenen hizmet aktidir. Bu nedenle hesaplamalar bu akitte ki esaslara göre yapılmalıdır..." diyerek, daha önce iş sözleşmesinde yer alan oranın üstünde ücret artışı yapılmışsa da, ücrete ilişkin düzenlemenin dayanağını iş sözleşmesi oluşturduğundan, hesaplamaların iş sözleşmesi hükümleri çerçevesinde yapılması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>13</sup>

Aşağıda sırasıyla, iş şartı haline gelmiş bir işyeri uygulamasının varlığından bahsedebilmek için, bu uygulamanın genel nitelik taşıması, devamlı olması, aynı koşullarla sağlanması, herhangi bir koşula bağlı tutulmamış olması yani işverenin söz konusu uygulamadan vazgeçme hakkını saklı tutmamış olması hususları değerlendirilecektir.

### i. Uygulamanın genel nitelikte olması

İşyeri uygulamasının en göze çarpan özelliği, genel bir nitelik taşımasıdır. Bu özellik, işyeri uygulamasına genel iş koşulları arasında yer verilmesini de haklı gösterir. İşyeri uygulaması, hizmet ilişkilerinin içeriğini işçilerin kişiliklerinden bağımsız bir şekilde düzenleyerek

çalışma koşullarının genel planda belirlenmesini ve böylece işyerinin bütününde veya belirli bölümlerinde yeknesak bir düzen kurulmasını sağlamaktadır. İşyeri uygulaması, işyerinde çalışan işçilerden her biri ile işveren arasındaki müstakil ilişkilerin değil, işyerinde bir topluluk olarak bulunan işçilerle işveren arasındaki "sosyal temasın" bir ürünü olmaktadır. İşverenin işyeri uygulamasına yol açan davranışları karşısında işçiler müstakil bireyler olmaktan çok, bir grup üyesi görünümündedirler. Bu nedenle, işyeri uygulaması işyerindeki ilişkilerin kolektif bir model çerçevesinde toplanmasına, bu ilişkilerin genel düzeyde cereyan etmesine neden olmaktadır.<sup>14</sup> Yargıtay da; "...İşyerindeki uygulamaların tüm işçiler yönünden toplu bir nitelik taşıması mümkün olduğu gibi, eşit konumda olan bir ya da birkaç işçi açısından süregelen uygulamalar da çalışma koşullarını oluşturabilir..."<sup>15</sup> şeklinde hüküm kurmaktadır. Örneğin işverenin çalışmasını beğendiği ve takdir ettiği bir işçisine tek taraflı olarak ilave haklar (ikramiye gibi) sağlaması durumunda bu durum işveren ile söz konu işçisi arasında iş sözleşmesi hükmü oluşturmaktadır. Ne var ki söz konusu bu uygulama genel olma niteliği taşımadığından işyeri uygulaması niteliği kazanmamaktadır.

### ii. Uygulamanın devamlı olması

İşyeri uygulamasından bahsedebilmek için, bunun devamlı olması yani belirli bir süre tekrar etmesi gerekir. Söz konusu uygulamanın ne kadar süre tekrar etmesi gerektiği konusunda ise herhangi bir ölçüt vermek doğru olmayacaktır. Bir kez yapılan bir uygulamanın işyeri uygulamasına dönüştüğünü söylemek mümkün değildir.<sup>16</sup> Doktrindeki bir görüşe göre davranışın nedenine bağlı olarak bu süre kısa olabilir. Örneğin, işverenin toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan saat ücretini kendi isteğiyle artırımlı olarak ödemesi halinde işyeri uygulaması birkaç ödeme döneminin geçmesiyle nispeten kısa bir süre içinde; yılbaşında veya kurban bayramında işçilere isteğe bağlı olarak ikramiye dağıtması halinde ise ancak birkaç yılın geçmesiyle uzunca bir süre sonunda ortaya çıkabilecektir.<sup>17</sup> Yargıtay tarafından verilen bir

Karar'da; davacının ikramiye alacağına dayanağı olarak bir sözleşme hükmünü ya da bu konuda bir işyeri uygulamasının varlığını kanıtlayamadığı ifade edilerek, bu nedenle, "... Davacıya tüm hizmet süresi boyunca 1996 ve 1977 yıllarında olmak üzere ikramiye adı altında bir miktar ödeme yapılmış olması bu ödemenin iş şartı haline geldiğini göstermez..." şeklinde hüküm kurulmuştur.<sup>18</sup> Doktrindeki bir diğer görüşe göre; işyerindeki uygulamanın iş sözleşmesi hükmüne dönüşebilmesi için, Alman ve İsviçre hukuklarında kabul edildiği üzere, arka arkaya üç kez tekrarlanması gerekir.<sup>19</sup> Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da verdiği bir Karar'la; "...Öte yandan, davacı tanıkları olarak dinlenen işverenin eski ortağı ile işyerinden ayrılan diğer bir işçi ve halen işyerinde çalışmakta olan davalı tanığı "2000 yılına kadar işçilere her yılın başında bir maaş ikramiye verildiğini, yazılı sözleşme yapılmadan sözlü olarak gelenek halinde ve takdiren ik-

maktadır. Davacı bu durumu haklı fesih nedeni yapmamıştır. 9 yıl süren bu durum işyeri uygulaması için yeterli bir süredir..."<sup>21</sup> şeklinde hüküm kurmuştur.

Öğretideki genel görüş, sürenin ne kadar olması gerektiği konusunda kesin bir ölçüt verilemez ise de, bunun olayın özelliğine göre uygulamanın işyerinde mutlak bir davranış haline geldiğini, gelecekte de yapılacağını işçilerin dürüstlük kuralına göre çıkarmalarına yetecek bir süre olması gerektiği yönündedir.<sup>22</sup> Yargıtay da "...Bir uygulamanın iş yeri uygulaması olarak kabulü için, ... buna uyulmasının hukuksal zorunluluk olduğu yönünde genel inancın doğmuş olması gerekir..." şeklinde karar vermiştir.<sup>23</sup>

Uygulama ile ilgili olarak Alman hukukunda kabul edildiği üzere, irade beyanlarının yorumlanmasına ilişkin genel hukuk kurallarına uygun bir çalışma koşulunun doğumu için işverenin uygulamayı yaparken bunun gelecek-

## İşverence yapılan uygulamanın çalışma şartı haline gelmesinde kural olarak edimin işverence aynı koşullarla sağlanmış olması gerekir.

ramiye ödemesi yapıldığını, şirketin ekonomik kriz içinde olması nedeniyle 2000 yılı başında ikramiye ödemesi yapılmadığını" beyan etmişlerdir. Bu beyanlardan, yazılı belge olmasa da ikramiye ödemesinin işyerinde gelenek haline geldiği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece, Yargıtay Kararlarında da belirtildiği gibi, işyerinde 3 yıldan fazla ikramiye ödemesi verilmesi halinde bu hususun artık işyeri şartı haline geldiği gözetilip, bozma kararına uyularak ikramiye alacağına hesaplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken..."<sup>20</sup> diyerek ikramiyenin üç yıldan fazla ödenmesi halinde bir işyeri uygulamasının oluştuğunu ve bunun işçiye bundan sonra söz konusu ödemenin aynı koşullar altında yapılması yolunda bir talep hakkı verdiğini kabul etmektedir. Yargıtay, başka bir Kararında ise, "...Açılan davalardan ikramiyenin davalı işyerinde 1998 Ocak ayından 2007 yılına kadar 9 yıl uygulanmadığı izlemine doğ-

te bağlayıcı olmasını gerçekten düşünmüş ve istemiş olması aranmaz. İşverenin davranışından böyle bir şeyi istemiş olduğu sonucunun, dürüstlük kurallarına uygun olarak çıkarılması yeterlidir.<sup>24</sup> Dolayısıyla, işveren tarafından hata neticesinde verilen hakların da uzun bir süre devam etse bile, işyeri uygulaması haline gelmeyeceği söylenebilecektir. Yargıtay da; toplu iş sözleşmesinin yanlış uygulanmasından bir iş şartının oluşmayacağını belirtmek suretiyle aynı sonuca varmaktadır.<sup>25</sup>

İşverence bazı konularda işçilere gösterilen hoşgörünün de uzun bir süre devam etse dahi bir işyeri uygulaması yaratmayacağı söylenmelidir.<sup>26</sup> Yargıtay da, konuya ilişkin vermiş olduğu Karar'da; "...Davalı Konut Yönetmeliği'nin 27, 26. maddelerine göre, tahsisi aşan yakıt bedellerinin tahsis olunan konutun yüzölçümüne göre belirlenen oranlarda konutta oturan kişiden tahsili gerektiği uyuşmazlık konusu de-



## İşyeri uygulamaları tüm işçiler yönünden toplu bir nitelik taşıyabileceği gibi, eşit konumda olan bir ya da birkaç işçi açısından süregelen uygulamalar da olabilir.

ğildir. Davacı bu yönetmeliğe göre kendisine tahsis olunan konutta ikamet etmiştir. Davalı işverenin yönetmeliğin bu hükmünü uzunca bir süre uygulamayarak oturanlardan yakıt aşım gideri tahsil etmemesinin yönetmelik hükmü iptal edilmedikçe iş şartı haline gelmesi mümkün değildir...” şeklinde hüküm kurmuştur.<sup>27</sup> Nitekim, Fransız hukukunda da işverence işçilere bazı konularda uzunca bir süre gösterilen toleransın işyeri uygulamasına yol açmayacağı kabul edilmektedir.<sup>28</sup>

Aynı şekilde işveren tarafından “lütuf” olarak sağlanan edimler de iş şartını oluşturmaz. Nitekim Yargıtay da, önüne gelen uyuşmazlıkta bu hususu tekrarlamış ancak olayda söz konusu yardımın “lütuf” olarak verildiğinin işverence ispat edilmemiş olması ve bu yardımın 30 yıl gibi uzun bir süre devam etmesinin bu yardımı artık “lütuf” olmaktan çıkarıp iş şartı haline getirdiğine hükmetmiştir. Karar şöyledir: “Davalı Belediyenin işçilerine uzun süre ucuz tarifeli elektrik verdiği uyuşmazlık konusu değildir. Böylece aynı şekilde yapılan bu yardım, iş sözleşmesinin ücrete ilişkin bir şartı halini iktisap etmiştir. Davalı belediye bu aynı yardımın bir ihsan ve lütuf olduğunu savunmuştur. Gerçekten ihsan olarak yapılan yardım, iş sözleşmesinin eki olarak nitelenemez. Ancak davalı bu yönü ispat etmemiş ve yardımın uzun süre devam etmesi hali de, bu yardımın bir lütuf ve ihsan olarak kabulünü gerektirmemiştir.”<sup>29</sup> Kanaatimizce de karar isabetlidir zira 30 yıllık bir süre, söz konusu uygulamanın işyerinde mutlak bir davranış haline geldiğini, gelecekte de yapılabileceğini işçilerin dürüstlük kuralına göre çıkarımlarına yetecek bir süredir.<sup>30</sup> Doktrindeki bir görüşe göre de; işçi ve işveren ilişkilerinde, kural olarak ekonomik gerekler hâkimdir. Lütuf ve atıfet, tamamen ayrı bir durum olup, Yargıtay Genel Kurulu’nun 17.6.1964 tarih, 1033/D-4

Esas ve 413 Karar sayılı Kararı’nda da bu husus şöyle ifade edilmiştir: “...İş hayatında, atıfetten önce, iktisadi gerekler dolayısıyladır ki işveren işçi yararına bir iş yapar; yani kural olan böyle bir durumun lütuf eseri değil, iktisadi bir gereğin sonucu olmasıdır...”<sup>31</sup>

### iii. Uygulamanın (edimin) aynı koşullarla sağlanması

İşverence yapılan uygulamanın çalışma şartı haline gelmesinde kural olarak edimin işverence aynı koşullarla sağlanmış olması gerekir. Ne var ki bu kuralı katı bir şekilde yorumlamak doğru olmaz. Şöyle ki; işverence aynı nedene bağlı olarak yıllar içinde devamlı bir ödeme yapılmışsa, bazı yıllar bu ödemenin tutarının farklı olması işyeri uygulamasının oluşmadığı anlamına gelmez. Burada önemli olan husus aynı davranışın aynı nedenler karşısında tekrarlanmış olmasıdır.<sup>32</sup> Ne var ki, Yargıtay bir Kararı’nda da “İşyerinde her yıl devamlı olarak 20 gün üzerinden verilmekte olan ikramiye bu yıl davacıya 15 günlük verildiği cihetle noksan ödenen miktarın talebedildiği, ancak bu ikramiyenin sözleşme veya kanunla tayin edilen ikramiye olmayıp devamı ve çalışmayı teşvik ikramiyesi olduğu, ikramiyenin işverenin takdirine varestede bulunduğu göre bu çeşit ikramiyelerin, birkaç yıl üstüste verilse dahi teamül haline gelmeyeceği”ni belirtmiştir.<sup>33</sup> Söz konusu Karar, doktrinde eleştirilmiştir. Şöyle ki; her ne kadar Yargıtay Kararından ve mahkeme kararından ikramiyenin işverenin takdirine bağlı olarak iyi çalışan ve devam eden işçileri teşvik için verildiği anlaşılıyor ve bu durumda ikramiye verilmemesi veya eksik verilmesi üzerine işçinin bir talepte bulunması mümkün değilse de, adına devam veya teşvik ikramiyesi denilse bile, işçilerin özellikle devamsızlıklarının değişik görünüşte olmasına rağmen her yıl tüm işçilere aynı ölçüde ikramiye verilmişse artık takdire ve koşula bağlı bir ödemedeki bahsedilemez. Bu halde devamlı uygulamalar sonucu bir çalışma koşulunun doğduğu kabul edilmelidir.<sup>34</sup> Yine aynı görüşte başka bir yazara göre; işveren belirli koşulların (verimlilik, çalışmayı teşvik veya işe devam gibi) gerçekleşmesine bağlı tutmuş olabilirse de, bir ödemenin işve-

rence sadece belirli bir koşula bağlanmış olması işyeri uygulamasının oluşuna engel değildir. Yıllar içinde devam eden bir uygulama sonucu belirli koşulların gerçekleşmesi halinde ödemenin yapılacağını işçiler dürüstlük kuralı gereği beklemekte haklıysalar, bu ödemenin işçilerin zımni kabulüyle iş akdi hükmü haline geldiği söylenebileceğinden ötürü, yazar, söz konusu Yargıtay Kararı'nı isabetli bulmamaktadır.<sup>35</sup>

Uygulamada özel bankaların bazılarında görülen ve yetkili organlarınca verilmesi kararlaştırılan performans primi olarak da adlandırılan jestiyon ikramiyelerine sıkça rastlanmaktadır. Bunların, belirli sınırlamalara tabi tutuldukları bilinmektedir. Doktrindeki görüşe göre; eğer gerekli şartlar sağlanamamışsa söz konusu ikramiye, o yıl veya yıllara özgü olarak ödenmeyebilir. Ancak bu durum, jestiyon ikramiyesinin ek ödeme niteliğini etkilemez ve işverence istenildiği zaman geri alınabileceği, kaldırılabilirliği anlamına gelmez. Bu nedenledir ki; bir işyeri uygulaması olarak bağlı olduğu şartlarla jestiyon ikramiyesinin ödenmesini işçi talep edebilir.<sup>36</sup>

Doktrindeki görüşe göre; ek sosyal edimler sağlanmasına ilişkin bir uygulama oluşmuş bulunmakla birlikte edimin tutarı konusunda değişik uygulamalardan dolayı henüz belirgin bir ilke çıkmamış ise, miktar hakkaniyet göre tayin edilmelidir.<sup>37</sup>

#### **iv. Uygulamanın (edimin) herhangi bir koşula bağlı tutulmamış olması (işverenin söz konusu uygulamadan vazgeçme hakkını saklı tutmamış olması)**

İşverenin tekrar eden bir davranışı ile işçiye sağladığı menfaatin kendisi bakımında bağlayıcı olmasını engellemesi, bundan vazgeçme hakkını saklı tutması ile mümkündür. İşveren düzenli olarak verdiği edimden vazgeçme hakkını saklı tutmuşsa bu edimi gelecek dönemlerde ödemekle yükümlü olmayacaktır. Edimin verilmesinin işçiye ileride bir talep hakkı doğurmayacağı, bundan ileride vazgeçme hakkını saklı tuttuğunu işçiye açıkça bildirdiği hallerde, işverenin tek taraflı iradesi ile ve herhangi

bir zorunluluk olmaksızın verdiği bu edimin işyeri uygulaması haline gelmeyeceği söylenebilecektir. Zira vazgeçme hakkının saklı tutulduğu hallerde gelecek için bir bağlayıcılık söz konusu olmaz. Yukarıda da bahsedildiği üzere işyerindeki uygulamanın çalışma şartı halinde gelmesi ancak işçi tarafından, işverenin davranışından böyle bir şeyi istemiş olduğu sonucunun, dürüstlük kurallarına uygun olarak çıkarılmasıyla mümkündür. Vazgeçme hakkının saklı tutulduğu böyle durumlarda ise, işçi işverenin davranışından bu sonucu çıkaramayacaktır ve dolayısıyla çalışma şartı oluşmayacaktır.<sup>38</sup> Doktrindeki bir görüşe göre; vazgeçme hakkının saklı tutulduğu hallerde işverenin her ödeme döneminde aynı açıklamayı yapması gerekir.<sup>39</sup> Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise; işveren uygulamaya başladığı tek taraflı davranışlardan ileride vazgeçme hakkını saklı tutmuşsa işçilerin bu vazgeçme karşısında bir talep hakları doğmayacaksa da, bu sonuca ulaşabilmek için işverenin bu hakkını, o davranışın işyeri uygulaması niteliğine bürünmeden önce en baştan saklı tutması gerekir. İşverenin vazgeçme hakkını saklı tuttuğu bu gibi durumlarda, bir işyeri uygulaması doğmayacaktır. İşveren, vazgeçme iradesini açıklayıncaya kadar işçiler söz konusu hakkı talep edebilecektir. Ne var ki bu görüşe göre; vazgeçme beyanının işçinin haklı güvenini zedelemeyecek bir zamanda açıklanması gerekir. Örneğin; belirli şartların arandığı bu tür davranışlarda, işçi bütün koşulları yerine getirirse, işverenin vazgeçme beyanı bu dönemde ilgili işçi açısından geçerli olmayacaktır.<sup>40</sup> Ne var ki işveren verdiği edimi ödemeye devam edip, bazı işçileri vazgeçme hakkına dayalı olarak bu uygulamanın kapsamı dışında tutamaz. Bu durumda söz konusu işçilerin eşit davranma ilkesinden kaynaklanan talep hakları doğar.<sup>41</sup> Yukarıda ve Yargıtay Kararlarında da açıkça belirtildiği üzere işyeri uygulamaları, tüm işçiler yönünden toplu bir nitelik taşıyabileceği gibi, eşit konumda olan bir ya da birkaç işçi açısından süregelen uygulamalar da olabilir. Bu nedenledir ki; işçiler arasında keyfi ayrımlar yapılması durumunda eşit davranma ilkesi devreye girecektir.

Yargıtay, davacı işçi tarafından teminde

güçlük zammı alacağına ödetilmesine karar verilmesinin talep edildiği bir davada, "...Teminde güçlük tazminatının müktesep hak teşkil etmeyeceği, gerek 1982, gerekse 1986 yılı yönetmelik ve yönetmelik eki kararlarda açıkça belirtilmiştir. Davacı da tahsil durumu itibarıyla % 10 eksiltmeyle yapılan ödemeyi 1986 yılından itibaren emekli olduğu 16.1.1990 tarihine kadar itirazsız kabul etmiş ve bu husus iş şartı halini oluşturmuştur. Bu nedenle kazanılmış hak ihlalinin söz edilemeyeceğinden temindeki güçlük tazminatına karar verilmiş olması doğru değildir..." şeklinde hüküm kurmuştur.<sup>42</sup>

#### IV. Sonuç

İncelememize konu olan olayda, işverence 2002-2007 yılları arasında ödenen Noel parası, her ne kadar genel nitelik taşıyor, işçilere devamlı olarak verilmiş ve aynı koşullarla sağlanmışsa da işverenin bu ödemeden vazgeçme hakkını hizmet akdinde saklı tutmuş olması karşısında, işyeri uygulaması haline geldiği söylenemeyecektir. Federal İş Mahkemesi de bu tür (vazgeçme hakkının saklı tutulmasına ilişkin) kayıtlarla ödemelerden sarfi nazar edilmesinin mümkün olduğunu söylemekle birlikte, işçinin iddiasını, söz konusu hükmün hizmet akdinde işveren tarafından açık ve düzgün ifade edilmediği gerekçesiyle haklı görmüştür. Kanaatimizce hizmet akdinde yer alan vazgeçme hakkının saklı tutulduğuna ilişkin kayıt gayet açık olup tereddüte mahal veremeyecek niteliktedir. Şöyle ki; her ne kadar işverence uzun yıllar (2002-2007 yılları arasında) Noel parası ödenmişse de, sözleşmedeki "herhangi bir hukuksal yükümlülük altına girmeden gönüllü olarak yapmıştır. Bu nedenle belli bir iptal süresine tabi olmadan her zaman bunlardan vazgeçebilir." hükmüyle işverenin başlangıçta bu ödemelerin bağlayıcılık teşkil etmeyeceği yönündeki iradesini açıkça ortaya koyduğunu düşünüyoruz. Karar özetinde işverenin, Noel parasını öderken, ileride yapılabilecek ödemeyle ilgili bir çekince dile getirmediği ifade edilmişse de, işverenin başlangıçta sözleşme hükmüyle bu ödemelerden vazgeçme hakkını saklı tutmuş olması karşısında işçi tarafından,

işverenin davranışından böyle bir şeyi istemiş olduğu sonucunun, dürüstlük kurallarına uygun olarak çıkarılması mümkün olmamalı ve yıllar içinde yaptığı her ödemede bu çekinceyi belirtmesine lüzum kalmamalıdır.

Bu nedenledir ki; davalı işverenin, 2008 yılında iş sözleşmesinin "yasal veya toplu sözleşmelerde öngörülmeyen primler dışında, işverenin ek ödemeler, tatil parası, Noel parası gibi ödemeler yapması halinde, işveren bu ödemeleri, herhangi bir hukuksal yükümlülük altına girmeden gönüllü olarak yapmıştır. Bu nedenle belli bir iptal süresine tabi olmadan her zaman bunlardan vazgeçebilir." şeklindeki maddesine dayanarak Noel parasını ödememesini sözleşmede yer alan bu ifadenin çok anlamlı olması (açık ve anlaşılır ifade edilmediği) gerekçesiyle bu ödemenin iş şartı haline geldiğini kabul eden Federal İş Mahkemesi Kararı'na katılmamaktayız.

#### DİPNOTLAR

- \* Master of Laws (Hukuk yüksek lisans derecesi).
- 1 Karar özeti, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Dış İlişkiler ve Yurtdışı İşçi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün web sitesinden temin edilmiştir. Karar'ın orijinalinde iki yerde geçen "davacı" kelimesinin sehven yazıldığı düşünüldükçe "davalı" olarak değiştirilmiştir. Karar için bkz. <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/diyih.portal?page=ulkeler&id=almanya>
- 2 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Baskı, 2011, s. 114.
- 3 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.06.2010 tarih, 2008/28983 Esas ve 2010/18169 Karar sayılı Kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 21.01.2010 tarih, 2008/14619 Esas ve 2010/798 Karar sayılı Kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 19.01.2009 tarih, 2007/34216 Esas ve 2009/111 Karar sayılı Kararı.
- 4 Nuri Çelik, age., s. 114.
- 5 M. Polat Soyer, Genel İş Koşulları, 1987, s. 41.
- 6 M. Polat Soyer, age., s. 42.
- 7 Hamdi Mollamahmutoğlu-Muhittin Astarlı, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş, 4. Baskı, 2011, s. 70.
- 8 M. Polat Soyer, age., s. 26-28.
- 9 Sarper Süzek, İşyeri Uygulamaları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 1997, s. 151.
- 10 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.04.2008 tarih, 2008/9-289 Esas ve 2008/297 Karar sayılı Kararı.
- 11 Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, 2008, s. 69-70.

- 12 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 27.6.2006 tarih, 2006/11382 Esas ve 2006/18958 Karar sayılı Kararı.
- 13 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 02.02.2006 tarih, 2005/38748 Esas ve 2006/2076 Karar sayılı Kararı, aynı yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2005 tarih, 2005/4729 Esas ve 2005/30616 Karar sayılı Kararı.
- 14 M. Polat Soyer, age., s. 44-45.
- 15 Bknz. dipnot 3'deki Kararlar.
- 16 Bir ay için yapılan taşıt yardımı uygulaması ile iş şartının oluşmayacağına ilişkin Karar için bknz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 7.3.1996 tarih, 1995/36398 Esas ve 1996/4764 Karar sayılı Kararı. İkramiye uygulamasının devamlılık arz etmediğine ilişkin Karar için bknz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 20.2.2003 tarih, 2002/14254 Esas ve 2003/2020 Karar sayılı Kararı.
- 17 M. Polat Soyer, age., s. 43.
- 18 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 09.07.2003 tarih, 2003/2101 Esas ve 2003/13054 Karar sayılı Kararı.
- 19 Nuri Çelik, age., s. 115, aynı yönde Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Baskı, 2006, s. 34, aynı yönde Münir Ekonomi, İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, 1984, s. 29 (dipnot 87), Fransız Yüksek Mahkemesi de ikramiyenin üç yıl üst üste verilmesi halinde bağlayıcı işyeri uygulamasının (geleneğinin) doğduğunu kararlaştırmıştır (Sarper Süzek, İşyeri Uygulamaları, age., s. 153), aynı yönde Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Baskı, 2006, s. 34.
- 20 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.02.2003 tarih, 2003/9-11 Esas ve 2003/54 Karar sayılı Kararı.
- 21 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.06.2010 tarih, 2008/28983 Esas ve 2010/18169 sayılı Kararı.
- 22 Sarper Süzek, İşyeri Uygulamaları, age., s. 153, Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, 2008, s. 68, Hamdi Mollamahmutoğlu-Muhittin Astarlı, age., s. 73, M. Polat Soyer, age., s. 43.
- 23 Bknz. Dipnot 10'daki Karar.
- 24 Nuri Çelik, age., s. 115., Tankut Centel, Tekstil İşveren Der-gisi, İkramiyelerin Kaldırılmasına İtiraz Edilmemesi (Karar İncelemesi), <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2003/temmuz/hukuk.html>.
- 25 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 18.2.1977 tarih, 1660/3029 sayılı Kararı (Sarper Süzek, İşyeri Uygulamaları, age., s. 154-dipnot 18'deki Karar)
- 26 Sarper Süzek, İş Hukuku, age., s. 69.
- 27 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28.03.2008 tarih, 2007/14062 Esas ve 2008/6650 Karar sayılı Kararı.
- 28 Sarper Süzek, İşyeri Uygulamaları, age., s. 154.
- 29 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 27.12.1971 tarih, 20347 Esas ve 34-628 Karar sayılı Kararı'nın özeti için bknz. Münir Ekonomi, İHU 1976, İş K. 14 (No. 7).
- 30 Aynı yönde görüş için Münir Ekonomi, İHU 1976, İş K. 14 (No. 7).
- 31 Mustafa Çenberci, 1475 sayılı İş Kanunu Şerhi, İş Kanu-nunun Temel İlkeleri Maddelerin Sistemik Açıklanması, 1972, s. 59.
- 32 M. Polat Soyer, age., s. 43, Sarper Süzek, İş Hukuku, s. 68, Murat Şen, İkramiye Ödenmemesinin İş Şartı Haline Gelmesi ve İşçi Aleyhine Sonuç Doğuran İşyeri Uygulamaları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), AÜEHFD, C. V. S.1-4, s. 477, [http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2001\\_V\\_23.pdf](http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2001_V_23.pdf)
- 33 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 7.8.1969 tarih, 968/1938 Esas ve 963/640 Karar sayılı Kararı için bknz. Nuri Çelik, age., s. 116, dipnot 20.
- 34 Nuri Çelik, age., s. 116. Kararı inceleyen ve aynı görüşte olan Ekonomi'ye göre; "... İkramiye miktarı, bazı ölçülere göre değişik olarak saptanabilir; örneğin bir yılda devamsızlığı belirli gün sayısını aşanlara 20 gün yerine 15 günlük ikramiye verileceği, hatta hiç ikramiye verilmeyeceği şartı konulabilir. Ancak olayda, devamı teşvik de amaçlandığı ve işçilerin devam durumlarında doğal olarak bazı farklılıklar bulunduğu halde böyle bir ayırım yapılmayarak her yıl 20 gün üzerinden ikramiye verildiğine göre, bu hususta da işverenin 15 günlük ikramiye ödenmesinde haklı gösterecek bir neden bulunmamaktadır.", Münir Ekonomi, İHU, İş K. 14 (No. 7).
- 35 Sarper Süzek, İşyeri Uygulamaları, age., s. 154.
- 36 Münir Ekonomi, İHU, İş K. 14 (No. 7).
- 37 M. Polat Soyer, age., s. 44., Sarper Süzek, İş Hukuku, s. 68.
- 38 M. Polat Soyer, age., s. 46, Sarper Süzek, İşyeri Uygulamaları, age., 154, Hamdi Mollamahmutoğlu-Muhittin Astarlı, age., s.73, Nuri Çelik, age., s. 116, Murat Şen, age., s. 477.
- 39 Hamdi Mollamahmutoğlu-Muhittin Astarlı, age., s.73.
- 40 Mikdat Güler, Ücretin Belirlenmesi ve Değiştirilmesi Yön-temlerine İlişkin Bir Yargıtay Kararı'nın düşündürdükleri, Kamu-İş, C:7, S: 3/2004, s. 8-9, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/737.pdf>.
- 41 M. Polat Soyer, age., s. 46.
- 42 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28.01.1992 tarih, 1991/13132 Esas ve 1992/675 Karar sayılı Kararı.





## “SİCİL” / “MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad : .....

Adres : .....

Tel. : .....

e-posta : .....

İmza : .....

**SİCİL / MERCEK** dergisine abone olmak istiyorum.

2012 yılı abonelik bedeli olan 66 TL'yi ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

**MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi**  
**Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL**  
**Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19**

**TÜRKİYE İŞ BANKASI** Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)  
**Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81**

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)

# REFA Bir Dünya Markası

2004 yılında imzalanan "MESS-REFA Eğitim İşbirliği Sözleşmesi" kapsamında İş Düzenleme, İşletme Organizasyonu ve İş Geliştirme Birliği (REFA)'nin eğitim hizmetlerini MESS ve MESS Eğitim Vakfı (MEV) vermektedir. Maliyet Muhasebesi eğitimleri de 2011 yılında hayata geçirilmiştir.

*REFA'nın hedefleri; üretim ve hizmet sektörlerinde faaliyette bulunan işletmelerin verimliliğini artırarak;*

- ▶ Rekabet edebilirliklerini yükseltmek,
- ▶ Süreç performanslarını geliştirmek,
- ▶ İşletme organizasyonlarını ve süreçlerini iyileştirmek,
- ▶ Maliyetlerini düşürmektir.

*Çeşitli ülkelerde 2.500 REFA katılımcısını kapsayan anket sonuçlarına göre ankete katılanların;*

- ▶ %90'ı seminerleri kariyerleri için önemli gördüklerini,
- ▶ %96'sı seminerlerin içeriklerinden ve sunum tekniklerinden çok memnun olduklarını,
- ▶ %88'i seminer konularını güncel bulduklarını,
- ▶ %98'i tekrar REFA seminerlerine katılmak istediklerini belirtmişlerdir.

*REFA'nın Türkiye'de sunulan eğitim programları:*

## REFA Sertifika ve Diploma Programları

### Temel Düzey İş Organizasyonu Diploması

- ▶ İş Sistemi ve Süreç Düzenleme
  - ▶ Süreç Veri Yönetimi
- Sertifika programları 80 saat (9 gün) olup sınavda başarılı olan katılımcılara Almanya'dan "REFA Sertifikası ve Diploması" verilmektedir.

## REFA Modüler Eğitim Programları

- ▶ Zaman Ölçümü ve Tempo Belirleme (3 gün)
  - ▶ Süreç Veri Yönetimi (5 gün)
  - ▶ Süreç Düzenleme ve İyileştirme (2 gün)
- Eğitim sonunda, sınavda başarılı olan katılımcılara Almanya'dan "REFA Katılım Belgesi" verilmektedir.

## YENİ

### REFA Maliyet Muhasebesi

40 saat (5 gün) olup sınavda başarılı olan adaylara "REFA Sertifikası" verilmektedir.

*Belgeler başta AB olmak üzere tüm dünyada geçerlidir.*

MESS-REFA eğitim dokümanları uluslararası REFA standartlarında hazırlanmıştır.



## Hedef Kitlemiz

Eğitimlerimiz süreçlerini analiz ederek daha iyi yönetmek isteyen üst ve orta kademe yöneticilere, mühendislere, teknik personele ve diğer nitelikli işgücüne yöneliktir.

İletişim: MESS Eğitim Vakfı Esentepe Mahallesi Ali Kaya Sokak  
Polat Plaza B-Blok Kat 3 D.74 Şişli-İSTANBUL  
Tel: 0212 280 66 72 Fax: 0212 280 39 45  
messegitim@messegitim.com.tr / www.messegitim.com.tr

REFA



**M E S S**

TÜRKİYE  
METAL SANAYİCİLERİ  
SENDİKASI

**MERKEZ**

Merkez Mahallesi, Geçit Sokak No: 2  
34381, Şişli/İSTANBUL  
Tel: (212) 232 01 04 Faks: (212) 241 76 19  
e-mail: mess@mess.org.tr - www.mess.org.tr

**ANKARA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ**

Beştepeler Mahallesi Nergis Sokak  
Via Tower No: 7B/6 D: 10  
06330 Yeni Mahalle/ANKARA  
Tel: (312) 219 10 80 (pbx) Faks: (312) 219 18 50  
e-mail: ankara@mess.org.tr - www.mess.org.tr

**BURSA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ**

Çekirge Mahallesi Çekirge Caddesi  
İntam İş Merkezi No: 101/4 D: 401  
16265 Osmangazi/BURSA  
Tel: (224) 236 38 62 - 236 38 86 Faks: (224) 236 98 94  
e-mail: bursa@mess.org.tr - www.mess.org.tr

**İZMİR BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ**

Akdeniz Mahallesi Şehit Fethi Bey Caddesi  
Heris Tower No: 55/6 D: 61  
35210 Konak/İZMİR  
Tel: (232) 482 25 70 - 484 03 18 Faks: (232) 484 45 80  
e-mail: izmir@mess.org.tr - www.mess.org.tr

ISSN 1300-8625