

# SİCİL

Eylül '06 • Yıl 1 • Sayı 3

## MESS Adına Sahibi

Tuğrul KUDATGOBİLİK  
MESS Yönetim Kurulu  
Başkanı

## Yazı İşleri Müdürü

Av. İsmet ŞİPAHİ  
MESS Genel Sekreteri

## Yayın Yönetmeni

Av. Mesut ULUSOY

## Yayın Kurulu

Av. Ahmet BÖLÜKBAŞI  
Av. Erten CILGA  
Av. İlhan DOĞAN  
Av. Ender KIZILRAY  
Av. Şeyda AKTEKİN  
Av. Nağme HOZAR  
Av. Cüneyt DANAR  
Av. Vahap ÜNLÜ  
Av. Seval EROĞLU  
Av. Selçuk KOCABIYIK

## Baskı

Hanlar Matbaacılık San.  
ve Tic. Ltd. Şti.

Yeşilce Mah. Aytekin Sok.  
No. 16 Kağıthane İstanbul

## Yayın Türü

Yaygın-yerel. MESS'in  
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

## Baskı Tarihi

27 Eylül 2006

**M E S S**

## Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

Abidei Hürriyet Cad.  
Mecidiyeköy Yolu No. 268,  
MESS, 34381 Şişli İstanbul

Tel: 212 232 01 04 (5 hat)

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>İş Sağlığı ve Güvenliği Alanındaki Son Gelişmeler</i> .....	5
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
<i>İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır?</i> .....	9
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	
<i>İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması</i> .....	20
Prof. Dr. Savaş TAŞKENT	
<i>Korumalı İşyeri Kavramı ve Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmeliğin Değerlendirilmesi</i> .....	29
Doç. Dr. Gülsevil ALPAGUT	
<i>İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi</i> .....	37
Doç. Dr. Mustafa ALP	
<i>4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi</i> .....	54
O. Güven ÇANKAYA - Şahin ÇİL	
<i>İşyeri Hekimi İstihdamında Geline Son Nokta</i> .....	81
Av. Ali Nafiz KONUK	
<i>Yasalar Herkes İçin Eşit Değil Mi? Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Kamu - Özel Ayrımcılığı</i> .....	86
Av. Nurseli TARCAN	
<i>İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyma Yükümlülüğü ve İhlali Halinde Karşılaşacakları Müeyyideler</i> .....	92
Av. Ertan İREN	

## KARAR İNCELEMELERİ

<i>İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi</i> .....	103
Prof. Dr. Nizamettin AKTAY	
<i>Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun Gereği Tatil Edilen Cumartesi Günü Genel Tatil Günü müdür?</i> .....	110
Av. Cüneyt DANAR	

## TOPLU İŞ HUKUKU

<i>Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı (Önemi, Uygulaması ve Sorunları)</i> .....	118
Prof. Dr. Metin KUTAL	

*Esneklik: Toplu Pazarlık Yoluyla* .....126  
Prof. Dr. Rüçhan IŞIK

### **KARAR İNCELEMESİ**

*Olumsuz Yetki Tespitine Karşı Yapılan İtirazın Kabulü Üzerine Takip Edilmesi Gereken Usule İlişkin Bir Karar İncelemesi* .....137  
Av. Selçuk KOCABIYIK

### **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

*5510 Sayılı Kanuna Göre Mahullük Aylığı* .....145  
Doç. Dr. Nursen CANİKLİOĞLU

*Değişik Sosyal Güvenlik Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi* .....162  
Zehra AYAN

### **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

*Denetimli Serbestlik ve İşverenin İstibdam Yükümlülüğü* .....177  
Prof. Dr. Nur CENTEL

### **MALİ HUKUK**

*Kurumlar Vergisine İlişkin Yeni Düzenlemeler* .....196  
Prof. Dr. Ahmet KIRMAN

### **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

*İspanya'da İş İlişkinin Sona Erdirilmesi* .....204  
Av. Yolanda SANZ MARTIN

*Avrupa Müktesebatı Çerçevesinde Avrupa Şirketi ve Türk Mevzuatının Değerlendirilmesi* .....209  
Yrd. Doç. Dr. Engin ÜNSAL

*Avrupa Birliği'nin 2003/88/AT Sayılı Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Direktifini Tadil Edilen Direktif Teklifi ve Son Gelişmeler* .....217  
Av. Tulu GÜMÜŞTEKİN



## Kanunların ekonomi ile ilişkisi kurulmalıdır!

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin üzerinden üç yılı aşkın süre geçti. Geride bıraktığımız bu süre içerisinde Kanun ve ilgili Yönetmeliklerin tartışmayı gerektiren yoruma açık hükümleri, mahkemeler ve Yargıtay kararları ile şekillenmeye başladı. Gerçekleştirilen bilimsel toplantılar ve hazırlanan inceleme yazıları da konulara ışık tutmak bakımından son derece faydalı oldu. Ancak birçok husus, hâlâ açıklığa kavuşmuş değil. Önemli olan nokta şudur ki; yeni bir İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu bir ortamda beklentimiz; gerek Yargıtay kararlarının, gerekse öğretilerdeki görüşlerin; Türk sanayinin gelişmesine yönelik, rekabet edebilirliği artıracak nitelikte olmasıdır. Sanayileşmiş Avrupa ülkelerinin olmazsa olmazı olan "esnek çalışma"; katı kurallarla yönetilen çalışma biçimini kaldıramaz hale gelen ülkemiz için de en etkili tedavi yöntemi olarak benimsenmeli ve ona göre hareket edilmelidir.

Bunun yanı sıra kayıt içinde çalışan işverenler için öngörülen zorunlu istihdam yükümlülüklerine ise her geçen gün bir yenisi daha eklenmektedir. Hatta kimi zaman zorunlu olmadıkları halde çeşitli yollarla baskı yapılarak adeta sosyal devlet olmanın gereği olan yükümlülüklerin kayıt içindeki işverenlere yükletilmek istendiği görülmektedir. Türk sanayinin hareket kabiliyetini etkileyecek böylesine yükleri kabul etmek mümkün değildir.

Gündemin bir diğer önemli konusu da sosyal güvenlik reformudur. Uzun yıllar ülkemiz gündemini meşgul eden sosyal güvenlik sistemimizin yapısı ve açıkları için çeşitli reformlarla çözüm üretilmeye çalışılmış ancak pek başarılı olunamamıştır. Nihayet sistem, yeniden yapılandırılmıştır. Kabul edilen Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile yepyeni bir dönem başlayacaktır. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigorta-

sı Kanunu ile prim oranlarına ilk defa devlet katkısı öngörülmesine rağmen tarafların prim oranlarında herhangi bir indirimle gidilmemiş olması ise dikkat çekicidir. Ayrıca prime esas kazançlar, iş kazasının tanımı gibi daha birçok husustaki düzenlemeler, beraberinde yoğun tartışmaları getirmiştir. Reform yasalarının gündemimizi daha uzun bir süre meşgul edeceği şüphesizdir. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe gireceği düşünüldüğünde yaklaşık dört aylık sürenin iyi değerlendirilmesi gerekmektedir.

1949 tarihli eski Kurumlar Vergisi Kanunu'nda, günümüze kadar muhtelif tarihlere gerçekleştirilen değişikliklerle Kanunun güncel ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara yanıt vermesi sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak ekonomi ve iş dünyasının dinamiklerinde meydana gelen değişiklik ve gelişmeler ışığında vergi sistemimizde köklü bir değişikliğe gidilmesi kaçınılmaz olmuştur. Vergi mevzuatının, vatandaşlar tarafından anlaşılır ve basit bir şekilde uygulanabilir olması, mevzuatın sık sık değişmeyen, yatırımcıların gelecek planlaması yapabilmelerine izin verecek şekilde istikrarlı ve öngörülebilir, aynı zamanda ekonominin önünü tıkamayacak yapıda ve düzeyde olması amaçlanmalıdır. Bu amacın gerçekleşmesini hedefleyen yeni Kurumlar Vergisi Kanunu, 21.06.2006 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Gündemdeki konuları tartışmaya açan makaleler ve Yargıtay'ın önemli kararlarının incelemelerine yer verilen Sicil dergisinin üçüncü sayısı ile çalışma hukukundaki gelişmeleri değerlendirmenize sunuyor, katkıda bulunan herkese teşekkür ediyorum.

Saygılarımla,  
**Av. İsmet SİPAHİ**

# YENİ YAYINLAR

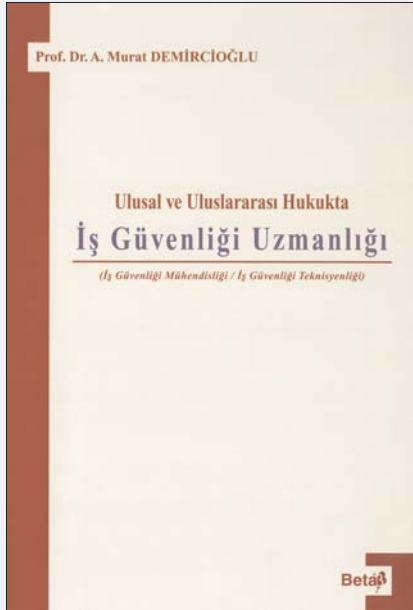


Prof. Dr. Müjdat Şakar tarafından hazırlanan ve gözden geçirilmiş 2. baskısı Temmuz 2006 tarihinde yayımlanan “**İş Kanunu Yorumu**” adlı eser, 4857 sayılı İş Kanunu’nu, ilgili başlıca kanun ve yönetmelikleri bir arada sunmayı amaçlamaktadır. Madde gerekçeleri, açıklamalar ve içtihatlarla zenginleştirilen eserin kullanışlı olması hedeflenmiş, bu nedenle, eserde hacmi çok artıran iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yönetmeliklere yer verilmemiş, sadece bu yönetmeliklerin yayımlandıkları Resmi Gazetelere atıfta bulunulmuştur.

Söz konusu kitap, İş Kanunu, Yönetmelikler ve İlgili Kanunlar başlıklı üç kısımdan oluşmaktadır. “İş Kanunu” başlıklı birinci kısımda, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. ve 81. maddelerine 5538 sayılı Kanun’la eklenen fıkralar da dahil olmak üzere bütün maddeleri ve 1475 sayılı İş Kanunu’nun yürürlükte bulunan kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi bulunmaktadır. “Yönetmelikler” başlıklı ikinci kısımda ise, 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca yayımlanan yönetmeliklerin yanı sıra, yabancıların istihdamına ilişkin “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği” ile “Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik” de yer almaktadır. Kitabın “İlgili Kanunlar” başlıklı üçüncü ve son kısmında; çalışma mevzuatını ilgilendiren T.C. Anayasası, Borçlar Kanunu, İş Mahkemele-ri Kanunu, Kabahatler Kanunu ve Türk Ceza Kanunu gibi kanunlara yer verilmiştir.



Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu tarafından hazırlanan “**Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı**” adlı kitap, Temmuz 2006 tarihinde yayımlanmıştır.



Eser, 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenen iş güvenliği mühendisliği ve teknik elemanlığı yani iş güvenliği uzmanlığı kurumunun getirdiği açılımların ülkemizde yeterince bilinmemesi ve iş güvenliği ile ilgili düzenlemelerin başarıyı sağlayabilmesinin sağlıklı bir uygulamayı gerektirmesi düşüncesinden hareketle, sosyal tarafları mevzuatımızda bu konuda öngörülen yeni kavram ve kurumlar hakkında bilgilendirmek amacıyla hazırlanmıştır.

Kitapta iş güvenliği uzmanlığı konusunda sadece ülkemizdeki değil, Almanya, Avusturya, İsviçre ve Yunanistan’daki yasal düzenlemeler ve uygulamalara da yer verilerek, konu uluslararası mevzuat ve kimi Avrupa ülkeleri mevzuatı bakımından ele alınmıştır.

Eser hazırlanırken Almanya Alexander Von Humboldt Vakfı’nın aracılığı ile Münih Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Ticaret Hukuku Enstitüsü’nün olanaklarından da yararlanılmıştır.

Üç bölümden oluşan eserin birinci bölümünde ILO ve Avrupa Topluluğu normlarında iş güvenliği ve iş güvenliği uzmanlığı ele alınmış, ikinci bölümde kimi Avrupa ülkelerindeki iş güvenliği uzmanlığı incelenmiş ve son olarak da üçüncü bölümde ülkemizdeki iş güvenliği uzmanlığı açıklanmış ve Almanya’da uygulanan sözleşme örneklerine yer verilmiştir.

Prof. Dr. Tankut CENTEL\*

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İş Sağlığı ve Güvenliği Alanındaki Son Gelişmeler

## I. Giriş

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, iş sağlığı ve güvenliği alanında, halen bir açmazın içindedir. Gerçekten, “İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”<sup>1</sup> m. 4, 18, 19 ve 20 hükümlerinin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin Danıştay kararlarıyla başlayan yargı süreci<sup>2</sup>, halen iş sağlığı ve güvenliği alanındaki diğer düzenlemelere yayılmış durumdadır.

Bu durumda, Bakanlık, çok kısa süre içinde ve AB normlarına uygun oldukları bizzat metinlerinde belirtilmek suretiyle çıkarılan bir dizi yönetmeliğin<sup>3</sup> ardından, şu anda yargı kararlarıyla kuşatılmış durumdadır. Buna göre, aşağıda öncelikle, yakın dönemde verilen yargı kararları irdelenecek ve daha sonra da, Bakanlığın acilen atması gereken adımlar üzerinde durulacaktır.

## II. İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı'nın İadesi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 78 inci maddesine dayanılarak çıkarılan “İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği”nin<sup>4</sup> Danıştay tarafından<sup>5</sup> yürütülmesinin durdurulması üzerine, Bakanlık, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin temel ilkelerin yönetmelik düzeyindeki bir hukuk kuralıyla düzenlenemeyeceğini anlamış ve

bir “İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı” hazırlamıştır. Ancak, Bakanlık, önemli bir hukuki hata yaparak, söz konusu tüzük taslağının içeriğinde, daha önce yürütülmesi Danıştay tarafından durdurulmuş bulunan “İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği”nin<sup>6</sup> metnine aynen yer vermiştir. Belirtilen hususu dikkate alan Danıştay ise, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca hazırlanıp Başbakanlık tarafından incelenmesi için kendisine gönderilen söz konusu tüzük taslağını hukuka uygun görmeyip, Başbakanlığa iade edilmesine karar vermiştir<sup>7</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. Söz konusu gerekçe, dikkat edilecek olunursa, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği”nin daha önce yürü-



tülmesinin durdurulması kararında belirtilmiş gerekçe anlatımlarıyla örtüşmektedir. Böylece, 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.

Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanunu’nun yasalaşması sırasında 78 inci maddesine ilişkin olarak verilen değişiklik önergesinde, “Avrupa Birliği Direktifinde de yer aldığı üzere iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin temel ilkelerin tüzükle düzenlenmesi, yönetmeliklerin ise bu temel ilkelerin detaylandırılması amacıyla kullanımı sağlıklı bir mevzuat çatısı kurulması bakımından isabetli olacaktır” denilerek, anılan hükme “yönetmelikler” sözcüğünden önce gelmek üzere “tüzük ve” anlatımının eklenmesi önerilmiş ve söz konusu hüküm, bu şekliyle yasalaşmıştır. Buna göre, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin temel ilkelerin, hukuken ancak “tüzük” yoluyla düzenlenmesi mümkün bulunmakta ve bunların da, Danıştay kararında belirtildiği üzere:

- İçeriği belli, somut ve etkin kurallar halinde düzenlenmesi,
  - Soyut ve doğrudan uygulama gücü olmayan bir biçimde anlatılmaması,
  - Risklerin değerlendirilmesi ve mesleki riskler konusunda standartları belirlemesi,
  - İşçi ve işveren kesimlerinin bilgilendirilmesine ve bilinçlendirilmesine yönelik yeterli koruyucu hükümleri içermesi,
  - Herkesin farklı yorumlayabileceği şekilde düzenlenmemesi,
- gerekmektedir. Aksi takdirde, Bakanlığın, belirtilen özellikte kurallara yer vermeyen bir tüzük taslağı metnini Danıştay incelemesinden geçirmesi mümkün değildir.

### III. İş Güvenliğiyle Görevli Elemanlar

#### 1. Yönetmelik iptal davası

4857 sayılı İş Kanunu’nun 82 nci maddesi, Türkiye’de ilk kez, belirli işyerlerinde iş güvenliğiyle görevli eleman bulundurulmasını öngörmüştür (f. 1). Ayrıca, söz konusu hüküm, “iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanların nitelikleri, sayısı, görev, yetki ve sorumlulukları, eğitimleri, çalışma şartları, görevlerini nasıl yürütecekleri” konularının bir yönetmelik tarafından düzenleneceğini belirtmiş-

tir (f. 2). Anılan hüküm doğrultusunda, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği’nin görüşü alınarak, “İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” çıkarılmıştır<sup>8</sup>.

Ancak, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, anılan yönetmeliğin iptali konusunda, Danıştay’da dava açmış ve Danıştay da yakın geçmişte, dava konusu yönetmeliğin 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 ve 16 ncı maddelerinin iptaline karar vermiştir. Bu durumda, ortada, iş güvenliğiyle görevli eleman bulundurma yükümünün kapsam ve içeriğine doğrudan yönelmeyen ve sadece altı maddesi iptal edilmiş bir metin kalmıştır. Bununla Bakanlığın, İş K. m. 82/II hükmünün gereğini yerine getirmekte olduğu söylenemez. Buna göre, acilen Bakanlığın, anılan yargı kararının gereğini göz önünde bulundurmak suretiyle, iptal edilen maddelerin yerine yeni düzenlemeler oluşturması gerekmektedir.

#### 2. İptal kararının kapsam ve içeriği

##### a.) Tüzük çıkarmadan yönetmelik çıkarma

İptal kararındaki çoğunluk görüşü, İş K. m. 82 hükmünün verdiği yetki çerçevesinde Bakanlığın yönetmelik çıkarabileceği ve “İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü”nün çıkarılmasını beklemenin gerekmediği doğrultusundadır.

##### b.) İş güvenliği uzmanı kavramı

İptal kararında, İş K. m. 82 hükmünde “iş güvenliği uzmanı” kavramına yer verilmediği, mühendis ve teknik eleman kavramları kendilerinden farklı bir kavram olan iş güvenliği uzmanı kavramı adı altında birleştirildiği ve “Yasada öngörülmeyen ve yasa hükmünü aşar tarzda yeni bir unvan ihdas edilerek yapılan düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığı” görüşü yer almaktadır.

İş güvenliğiyle görevli mühendis ve teknik elemanların iş güvenliği uzmanı adı altında yeni bir statüde birleştirilmesi hukuka uygun olmadığından, söz konusu kararda anılan kavramla ilgili düzenlemeler de, hukuka aykırı bulunmuştur.

##### c.) İş Güvenliği Uzmanlığı Eğitim Komisyonu

İptal kararına göre, iş güvenliğiyle görevli mühendis ve teknik elemanların eğitimi hakkında, Bakanlığın düzenleme yapma yetkisi vardır. Ancak, aynı karar uyarınca, Bakanlığın yapacağı bu düzenlemenin

“hukuka ve hizmet gereklerine uygunluğunun denetimi de yargı yerince yapılabilecektir. Buna göre, ne 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un ikinci maddesi, iş güvenliğiyle görevli mühendis ve teknik elemanlara sertifika verilmesi konusunda Bakanlığa herhangi bir görev yüklemiş ve ne de 7460 sayılı Yasa’nın ikinci maddesi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi’ne (ÇASGEM) böyle bir eğitimi yürütme görevini vermiştir. Böylece, “İş Güvenliği Uzmanlığı Eğitim Komisyonu”, anılan iptal kararına göre, “herhangi bir yasal dayanağı olmaksızın dava konusu Yönetmelikle oluşturulmuş ve iş güvenliği uzmanlığı eğitim programı, sınav komisyonu, sınavın yapılış şekli gibi kamu hizmetlerinde görevli ve etkin kılınmış” olup; iş güvenliğiyle görevli mühendis ve teknik elemanlara verilecek bir eğitimin ise, ancak üniversitelerde verilmesi mümkündür.

#### d.) Geçerliliğini yitirecek sözleşmenin bildirimi

İptali istenen ilgili yönetmeliğin 16 ncı maddesi; iş güvenliği uzmanıyla yapılacak sözleşme herhangi bir nedenle geçerliliğini yitirdiği takdirde, taraflarca durumun üç iş günü içinde İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü’ne bildirilmesini öngörmüştür. İş güvenliği uzmanı kavramı anılan kararda hukuka aykırı nitelikte görüldüğünden, buna ilişkin belirtilen hükmün de aynı durumda olduğu kabul edilmiştir.

#### e.) Yönetmeliğin yürürlüğü

Adı geçen yönetmeliğin dava konusu 17 nci maddesi, “bu Yönetmelik, yayımı tarihinde yürürlüğe girer” hükmünü taşımaktadır. Söz konusu hüküm, yerinde olarak, anılan Danıştay iptal kararında hukuka aykırı nitelikte görülmemiştir.

### IV. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği’nin İptali

İş Kanunu’nun 78 inci maddesine dayanılarak çıkarılmış bulunan “İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği”nin yürütülmesinin Danıştay kararıyla durdurulduğu, daha önce belirtilmişti<sup>10</sup>. Yakın geçmişte Danıştay; Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi ile Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği ve Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu tarafından açılmış davada, bu kez anılan yönetmeliğin tümüyle iptaline karar vermiş bulunuyor<sup>11</sup>.

Anılan iptal kararında hukuki gerekçe olarak ay-

nen, “.. yasa koyucunun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin temel ilkelerin 4857 sayılı Yasa uyarınca çıkarılacak bir tüzükle, uygulamanın ise bu çerçevede çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenmesini amaçladığı tartışmasızdır. - Bu durumda 4857 sayılı Yasanın 78. maddesi uyarınca iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili ilkelerin, öncelikle üst hukuk normu olan bir tüzükle düzenlenmeksizin doğrudan yönetmelikle düzenlenmesi anılan Kanun hükmüne aykırı bulunmaktadır” anlatımına yer verilmektedir.

Danıştay; görüldüğü üzere, daha yönetmelik hükümlerinin içeriğini incelemeye geçmeksizin, İş K. m. 78/I hükmünde yer alan temel konuların ancak tüzükle düzenlenebileceği esastan hareket etmek suretiyle, şekil açısından iptale karar vermiş bulunmaktadır. Esasen, yönetmelik hükümlerinin içeriği incelenecek olduğunda da, Danıştay tarafından söylenecek husus bellidir. Gerçekten, bu kez de İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı’nın iadesiyle ilgili kararda belirtilen hususlar<sup>12</sup>, dile getirilecektir. Çünkü, Bakanlık; daha önce de belirtildiği üzere, söz konusu tüzük taslağında esas olarak, şimdi iptaline karar verilen “İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği” hükümlerini temel almıştır.

Yönetmelik iptaline ilişkin anılan karar için, tüm yargı yolları henüz tüketilmiş değildir. Nitekim, bu kez söz konusu karar, temyiz edilmek suretiyle, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun önüne gelecektir. Ancak, kanımca, Danıştay Onuncu Daire’nin hukuken sağlam görünen gerekçesi karşısında, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun Bakanlık lehine bir karar vermesi güç görünmektedir.

### V. Bakanlığın Atması Gereken Adımlar

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, yakın zamanda iş sağlığı ve güvenliği konusunda verilen yargı kararları karşısında, öncelikle bir “İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü” metnini hazırlayıp, bunu Danıştay incelemesinden geçirmek zorundadır. Söz konusu metinde yer alacak kuralların sahip olacağı özellikleri, “İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı”nın iadesine ilişkin Danıştay kararında açıkça gösterilmiştir<sup>13</sup>. Bu bağlamda, Bakanlık, bir “İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği” çıkartıp, temel ilkeleri burada saptama sevdasından artık kesinlikle vazgeçmelidir. Böyle bir yönetmeliğin, ancak iş sağlığı ve güvenliği uygulamalarını saptaması mümkündür.

Yakın geçmişte İş K. m. 78 hükmüne dayanılarak, bir dizi yönetmelik çıkarılmıştır. Bunların AB normlarına uygunluğu, metinlerinde yer verilen hükümlerle, tescil edilmeye çalışılmıştır. Böylesine ayrıntılı hükümler ve mevzuat bolluğu<sup>14</sup> yaratılırken, ne bunların ülkede uygulanabilir nitelikte olup olmadıkları sorgulanmış ve ne de iş sağlığı ve güvenliği esaslarının bunlardan önce saptanması gereği düşünülmüştür. Daha temel ilkeleri saptayamamış bir mevzuatın ise, yönetmelik düzeyinde tıkanıp kalması kaçınılmaz olmuştur. Bu açıdan, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin temel ilkeleri saptayacak bir tüzüğün acilen çıkarılması gerekmektedir.

Diğer yandan, Bakanlık, iş güvenliği uzmanı adı altında iş sağlığı ve güvenliği eğitimi yapma, sınav uygulama ve sertifika verme gibi, yasayla kendisinin görevlendirilmediği konularda faaliyet gösterme düşlerini de biran önce bırakmalıdır. Bu tür eğitimleri yaptırma; Bakanlık mensuplarına değil, adı geçen Danıştay kararında son derece isabetle belirtildiği üzere, Türkiye'deki üniversitelerin ilgili bölümlerine düşmektedir.

## VI. Sonsöz

4857 sayılı İş Kanunu'ndan önceki dönemde uygulanmış bulunan 4.12.1973 tarih ve 7/7583 sayılı "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü"<sup>15</sup>, otuz yıla yakın bir süreyle yürürlükte kalmış ve bu dönemde, yargı organıyla ilgili önemli bir sorun yaşanmamıştır. Yeni çıkarılan İş Kanunu'yla ise, iş sağlığı ve güvenliği konuları, yargının süzgecinden kurtulma endişesiyle "yönetmelik"lere bırakılmak istenmiş; ancak, son anda İş K. m. 78 hükmüne ilişkin olarak verilen değişiklik önergesiyle, "tüzük ve" anlatımı yasaya girmiştir. Ancak, ne çıkarılan yönetmelikler ve ne de Danıştay kararının baskısı altında çıkarılmak zorunda kalınan tüzük taslağı, gelinen noktada önceki tüzüğün yerini tutamamıştır.

İş sağlığı ve güvenliği konusunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, yargı kararlarıyla kuşatıldığı alandan çıkmak zorundadır. Bu bağlamda, Bakanlığın, yargı kararlarıyla belirlenen çizgiyi izlemesi gerekir. Buna bağlı olarak, sosyal taraflar, Bakanlık tek başına bırakmamalıdır. Çünkü, iş sağlığı ve güvenliği sorunları, Devlet adına Bakanlık kadar, işçi ve işveren yanlarını da yakından ilgilendirmektedir. Nitekim, hukuki düzenlemenin varlığı, işçiye talep hakkı yaratmaktadır. Bunun gi-

bi, hukuki düzenlemenin yokluğu da, ilk bakışta işverenin lehineymiş gibi görünmesine karşın, iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda oluşacak zarardan doğacak sorumluluğu konusunda, hukuken belirsizlik ve giderek, sınırsız bir sorumluluk yaratmaktadır. Bu bakımdan, iş sağlığı ve iş güvenliği mevzuatının önümüzdeki dönemde hukuka uygun düzenlemelere kavuşturulması, her üç kesimin de lehine olacaktır.

Nihayet, Danıştay kararlarını aşamayacağını gören Bakanlık; çok önceki yıllarda savunulan, iş güvenliği konusunda ileri düzeyde bulunan birçok ülkede olduğu gibi genel ilke ve kuralları içerecek bağımsız bir "İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası"nın öngörülmesi önerisine<sup>16</sup> kapılabilir. Böyle bir yasa ise, TBMM'nde Hükümet'in çoğunlukta olması nedeniyle kolayca çıkarılır gibi görünmesine karşın, bu kez de Anayasa yargısından uzak tutulamayacaktır. Bunun yerine, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin temel ilkeleri belirtilen Danıştay kararları doğrultusunda bir tüzükte (İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü'nde) saptamak, daha az riskli olsa gerektir.

## DİPNOTLAR

\* Yazar, bu yazıya kaynaklık eden Danıştay kararlarının teminindeki yardımları için, değerli dostu eski Çalışma Genel Müdürü İsmail Bayer'e teşekkürü bir borç bilmektedir.

- 1 RG. 16.12.2003, No. 25318.
- 2 Ayrıntılı bilgi için bak. Ö. Ekmekçi, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005, 121 vd.
- 3 Bunlar için bak. T. Centel, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı, İstanbul 2005, 36 vd.
- 4 RG. 9.12.2003, No. 25311.
- 5 Bak. Danıştay Onuncu Daire'nin 24.5.2004 tarih ve 2004/1942 sayılı kararı.
- 6 Bak. yukarıda dn. 5 ve ilgili metni.
- 7 Bak. Danıştay Birinci Daire'nin 10.2.2006 tarih ve E. 2005/1187, K. 2006/174 sayılı kararı.
- 8 RG. 20.1.2004, No. 25352.
- 9 Bak. Danıştay Onuncu Daire'nin 28.3.2006 tarih ve E. 2004/6075, K. 2006/2159 sayılı kararı.
- 10 Bak. yukarıda II.
- 11 Bak. Danıştay Onuncu Daire'nin 16.5.2006 tarih ve E. 2004/1942, K. 2006/3007 sayılı kararı.
- 12 Bak. yukarıda II.
- 13 Bak. yukarıda II.
- 14 Söz konusu bolluk hakkında bak. T. Centel, "Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı", Güncel Hukuk, 6 (Haziran 2004), 11.
- 15 RG. 11.1.1974, No. 14765.
- 16 Bak. S. Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 62.



Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?

## 1. GİRİŞ

İş hukukuna konu olan bağımlı iş ilişkisi niteliği gereği devamlık bir ilişki olduğundan, bu ilişkiye dayanak olan iş sözleşmesinin zaman içinde bir takım değişikliklere uğraması kaçınılmazdır. İlişkinin sürdürüldüğü işyerinde ortaya çıkan bazı olgular ve ihtiyaçlar çalışma şartlarının bazılarını dolayısıyla yürürlükteki sözleşme hükümlerinin değiştirilmesini gerektirebilirler. Gerçekten de, ekonomik, teknolojik, sosyolojik gelişimlerden kolayca etkilenen, daha doğrusu bu gelişimlere açık bulunan iş ilişkisinin dayandırıldığı iş sözleşmesinin uygulanması sırasında işçinin üstlendiği işinde, çalıştığı işyerinde, ücretinde, daha genel olarak çalışma şartlarında değişiklik yapılmasını gerektiren durumlar gündeme gelebileceği gibi; yapılan işin niteliğinden, işyerinin özelliğinden ya da işin gereğinden dolayı işveren veya vekilinin bir takım tek taraflı işlemler yapmaları da söz konusu olabilecektir.

İş sözleşmesine taraf olanlar, sözleşmenin yürürlüğü sırasında anlaşmak suretiyle çalışma şartlarını değiştirmek imkânına sahiptirler; yeter ki yapı-

lacak değişiklikler geleceğe yönelik bulunsun. Tarafların yapacakları değişiklikleri geçmişe yönelik olarak yapmaları mümkün değildir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunumuzda bu husus düzenlenmiş; tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilecekleri belirtilmiş, fakat değişikliklerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacağına işaret edilmiştir (m.22/3).

Bu konuda sözü edilen İş Kanunuyla getirilen asıl yenilik, işverenin çalışma şartlarında yapacağı esaslı değişikliklerde görülmekte; işverenin 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 yapabileceği; bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişikliklerin işçiyi bağlamayacağı hükme bağlanmaktadır (m.22/1) .

2003 yılında 4857 sayılı İş Kanunu'yla mevzuatımıza dahil edilen 22. madde "çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi" başlığını taşımakta; başlığa uygun olarak da çalışma şartlarında işveren tarafından tek taraflı olarak yapılacak deği-

şiklik konusu yanında; bazı kayıtlarla işverenin fesih yetkisini düzenlemektedir. Hemen belirtelim ki, çalışma koşullarında esaslı değişiklik ile iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi konuları arasında zorunlu bir bağıllık veya bağımlılık bulunduğu söylenemez. Zira işverenin tek yanlı değişiklik önerisinin (isteğinin) olumsuz sonuçlanması yani iş sözleşmesinde yapılmak istenen değişikliğin işçi tarafından kabul edilmemesi her zaman fesihle sonuçlanamayacağı gibi; fesih bildiri için gerekli olacak geçerli sebebin değişiklikle ilgili olması da zorunlu değildir.

İncelememizde, doktrinde, “değişiklik feshi” olarak adlandırılan fesih konusu ile tarafların anlaşarak yapacakları değişiklikleri bir yana bırakacak, sadece 22. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen ve işverene çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapabilme imkânı veren hüküm üzerinde duracağız. Özellikle 4857 sayılı Kanun’a ilişkin Tasarı’da yer verilmiş olmasına rağmen kanuna alınmayan “işverenin değişiklik hakkını saklı tutan kayıtlar”ın bağlayıcı olup olmadığı konusu çalışmamızın odak noktasını oluşturacaktır. Konumuz bakımından cevabı aranması gereken soru şudur: İşveren sözleşme yapılırken işçiyi “dilediği işyerinde ve/veya dilediği işte çalıştırabileceği” yolunda sözleşmeye bir hüküm koydurmuşsa böyle bir kayıt ve benzeri düzenlemeler İş K. m. 22 karşısında geçerli sayılacak mıdır? Konumuzun çerçevesini, sınırını da belirleyen bu sorunun cevabını araştırırken önce kısaca 1475 sayılı Kanun’daki duruma değinecek ve yürürlükteki düzenlemeden farklı yönlerine işaret ettikten sonra yine kısaca İş K. m. 22/1 hükmünü tahlil edecek, hükmün amacını ve niteliğini belirttikten sonra doktrin ve Yargıtay’ın konu ile ilgili çözüm ve yaklaşım biçimlerini kaydedecek, sonuçta da görüşümüzü açıklamaya gayret edeceğiz.

## II. 1475 SAYILI KANUNUN KONUSUNA İLİŞKİN DÜZENLEMESİNE KISA BİR BAKIŞ

İşverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapma imkânını düzenleyen hükmün 4857 sayılı yeni İş Kanunu ile mevzuata girdiğine yukarıda işaret etmiştik.

Benzer bir durum ya da hüküm önceki 1475 sa-

## Çalışma koşullarında esaslı değişiklik ile iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi konuları arasında zorunlu bir bağıllık veya bağımlılık bulunduğu söylenemez.

yılı İş Kanunu’nda (m. 16/II, e) işveren tarafından iş (çalışma) şartlarının esaslı bir şekilde değiştirilmesi, başkalaştırılması veya uygulanmaması işçi bakımından bir haklı sebep olarak öngörülmüş, böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde işçiye sözleşmeyi bildirimsiz fesih hakkı tanınmıştı<sup>2</sup>. Ancak iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki kaynaklarda aksini öngören bir hükmün bulunması halinde işçinin bildirimsiz fesih hakkının gündeme gelmesi söz konusu olamıyordu. Sözü edilen hükmün uygulanabilmesi, çalışma şartlarının esaslı bir şekilde değiştirilmesinin işçi bakımından bildirimsiz feshi hak kazandıran bir haklı sebep sayılabileceği; çalışma şartlarında yapılan değişikliğin tek taraflı yapılmış olması, işçinin değişikliğe önceden veya sonradan muvafakat etmemiş bulunması ve nihayet değişikliğin esaslı olması kayıt ve şartlarının bir arada bulunmasına bağlanmıştı.

İşaret edilen bu çerçevede, tarafların anlaşarak çalışma şartlarında değişiklik yapmaları -değişiklik işçinin zararına da olsa- buna engel olan bir kanun ya da sözleşme hükmü bulunmadıkça her zaman için mümkün bulunuyordu.

Öte yandan hükmün uygulanabilmesi için en önemli şart, işçinin değişikliğe muvafakat etmemiş olması gereği idi. Çalışma şartlarında değişikliğe maruz kalan işçi, bu duruma açık veya örtülü olarak muvafakat etmişse, bildirimsiz fesih yoluna başvuramıyordu.

Nihayet işçinin bildirimsiz fesih hakkı yukarıdaki gereklere ek olarak, yapılan değişikliğin esaslı olması halinde gündeme gelebiliyordu<sup>3</sup>. Çalışma şartlarında esaslı olmayan, tali derecedeki değişiklikler sebebiyle sözleşmenin feshi söz konusu olmayacağı gibi çalışma şartlarının işçi yararına değiştirilmesi, başkalaştırılması veya uygulanmaması da işçiye bildirimsiz fesih hakkı vermiyordu. O dö-

## İşveren esaslı olmayan çalışma şartlarını tek taraflı olarak değiştirme hakkına ya da imkânına sahiptir; zira bu husus 'yönetim hakkı' kapsamındadır.

nemde verilmiş bir Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda isabetle belirtildiği gibi, dürüstlük kurallarına göre işçi kendi yararına olan değişiklik, başkalık veya uygulamalara dayanarak bildirimiz fesih hakkını kullanmaya mezun değildir<sup>4</sup>.

Böylece önceki kanun döneminde işçinin kabul edemeyeceği değişiklikler önererek sözleşme ilişkisini ortadan kaldırabilme imkânını dolaylı olarak elde eden işveren; işçinin süresi içinde fesih yetkisini kullanmaması halinde de önerdiği değişik şartlarla işçiyi çalıştırmak avantajına da kavuşuyordu.

4857 sayılı yeni İş Kanunu 1475 sayılı İş Kanunu'nun düzenlediği konulardan sadece "çalışma şartlarının uygulanmaması" hususuyla sınırlı olarak işçi yönünden bildirimiz fesih hakkını muhafaza etmiş; çalışma koşullarında değişiklik sorununu ayrı bir hükmün konusu olarak ayrıca ve değişik bir biçimde düzenlenmiştir.

### III. İŞVERENİN ÇALIŞMA KOŞULLARINI ESASLI ŞEKİLDE DEĞİŞTİREBİLMESİNİN KANUNİ GEREKLERİ

İş Kanunumuz çalışma koşullarının işveren tarafından değiştirilebilmesi konusunu sarıh, kesin bir düzenlemeye bağlamış; tarafların anlaşarak çalışma şartlarını her zaman değiştirebileceklerini de ayrıca belirtmiştir. Kanun tarafların anlaşarak sözleşmede her zaman diledikleri değişiklikleri yapabileceklerine imkân tanırken, bunun dışında özellikle işverence yapılabilecek tek yanlı değişikliklerin belirli şartlarla mümkün olabileceğini ayrıntısı ile düzenlemiş; öngördüğü bu yöntem dışında işveren tarafından çalışma koşullarının esaslı bir şekilde değiştirilmesine müsaade etmemiştir. Başka bir söyleyişle, İş Kanunumuz çalışma şartlarının işveren tarafından esaslı bir şekilde değiştirilebilmesi hususunda nasıl hareket edileceğini açıkça ve kesin olarak belirlemiş, konuyu özel olarak düzenlemiştir. 4857 sayılı İş Kanu-

numuz işverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilmesi için belirli bir takım şartlar öngörmüş, özel bir prosedür dışında taraflara herhangi başka bir imkân vermemiştir. Şimdi hükmü biraz daha yakından inceleyebiliriz.

Bu konuda, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrası belli başlı üç gerek (şart) öngörüyor<sup>5</sup>.

#### 1- Yapılacak Değişikliğin Esaslı Olması

Önce şunu belirtelim ki, çalışma şartlarında yapılacak her değişiklik İş Kanunu'nun 22/1. maddesi kapsamına girmez; sadece işveren tarafından yapılmak istenen 'esaslı değişiklik' ler bu hükmün konusunu oluşturur.

Bilindiği gibi, işveren esaslı olmayan çalışma şartlarını tek taraflı olarak değiştirme hakkına ya da imkânına sahiptir; zira bu husus 'yönetim hakkı' kapsamındadır<sup>6</sup>. İşverenin yönetim hakkı çerçevesinde esaslı olmayan çalışma şartlarında tek taraflı değişiklik imkânı bulunmasına karşılık, çalışma şartlarında esaslı değişiklik yetkisi bulunmamaktadır. Bu türden çalışma koşullarının değiştirilmesi ancak tarafların anlaşmalarıyla mümkün olabilir. İdari sözleşmelerden farklı olarak özel hukuk alanındaki sözleşmelerin, bu arada iş sözleşmesinin, değiştirilmesi ancak tarafların anlaşmalarıyla gerçekleştirilebilir. İş sözleşmesinin de tarafların birinin isteği ile değiştirilmesi kabil değildir.

Kısaca ifade etmek istersek, 4857 sayılı Kanun'un 22/1. maddesinde sözü edilen esaslı değişiklikler kısa ve orta veya uzun vadede, sözleşmenin yürürlüğü sırasında iş ilişkisinde ortaya çıkacak ihtiyaçlar dolayısıyla işverenin yapmak istediği ve yönetim hakkı çerçevesi dışında kalan değişikliklerdir<sup>7</sup>.

#### 2- Değişiklik Önerisinin Yazılı Olarak Yapılması

İş Kanunu'nun sözü edilen hükmüne göre, işveren iş sözleşmesinin esaslı koşullarında tek taraflı değişiklik konusundaki önerisini işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilecektir. Kanun işverene çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapma yetkisi tanımakta fakat bu imkânı kullanmak isteyen işverene bunu belirli bir şekilde yapmasını şart koşmaktadır. Buradaki şeklin bir muteberiyet (geçerlilik) şekli olduğu konusunda tereddüt edilemez. Diğer yandan işveren değişiklik önerisini işçiye ferden yapmakla yükümlüdür. Doktrinde isa-

betli olarak değinildiği gibi, işçilere toplu olarak ya da ilan yoluyla yapılacak bir önerinin kanuna uygun düşmeyeceği kuşkusuzdur<sup>8</sup>.

Şunu da ekleyelim ki, işverence yapılacak değişiklik önerisi değişikliğin nedeni ya da nedenlerinin bildirilmesini de gerektirir. İşverenin sadece şu hususta “değişiklik yapmak istiyorum” şeklinde öneride bulunması söz konusu olamayacağına göre; kanun hükmünün yapısı ve amacına uygun yorumu değişiklik önerisinin işçiyi yeterince bilgilendirici açıklıkta yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

### 3- Önerinin Kanuni Süresi İçinde İşçi Tarafından Yazılı Olarak Kabul Edilmesi (Edilmiş Olması)

İşveren tarafından belirli şekilde, kanuni şekle uyularak yapılan değişiklik önerisi işçi tarafından da yazılı olarak kabul edilirse çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün olabilecektir. İşverenin usulünce yaptığı öneriyi kabul edip etmeme hususunda işçiye altı işgünlük bir süre tanınmıştır. Bu süre içinde yazılı olarak kabul edilmeyen önerinin hiçbir olumsuz hukuki sonucu olmayacak, sözleşme mevcut şartlarla yürürlüğünü sürdürecektir<sup>9</sup>.

Hemen belirtelim ki işverenin makul, gerekli ve haklı bir nedene dayanan tek taraflı değişik istekleri de ancak işçinin rızasıyla, değişikliğe muvafakat etmesiyle hayata geçirilebilir, uygulanma imkânı bulabilirler. Zira makul, gerekli ya da geçerli ve haklı da olsa yapılmak istenen değişiklikleri işçinin kabul etmek mecburiyeti bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 22/1. madde hükmünden açıkça yansıyan bu kesinlik karşısında, hükmün etkisini sonradan olduğu gibi, önceden bertaraf etmek, ortadan kaldırmak kabil olmasa gerektir.

Görülüyor ki, bu konuda önemli olan nokta çalışma koşullarının işveren tarafından esaslı bir şekilde değiştirilmesinin istenmesi halinde kanunda özel, ayrı bir düzenlemenin öngörülmesi bulunmasıdır. İş K. m. 22/1 çerçevesinde, tarafların anlaşması işverenin değişiklik önerisini işçiye kanuni usule uyararak iletmesi ve işçinin de kanundaki süre ve şekil tahtında kabul beyanı ile hukuki geçerlilik kazanacaktır.

## IV. İŞ KANUNU m. 22/1 HÜKMÜNÜN AMACI

İş Kanunu'nun 22. maddesinde birden çok ko-

nunun bir arada düzenlendiğine yukarıda işaret etmiştik. Bu durumla birden fazla amacın gerçekleştirilmesine yönelik olmakla beraber, ağırlıklı olarak çalışma şartlarının işveren tarafından yapılacak esaslı değişiklikleri düzenlemek, işverenin tek taraflı tasarruflarını önlemek amacının öne çıkarıldığını söyleyebilmek imkânı vardır<sup>10</sup>.

Gerçekten de, İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasının asıl konuluş amacı işverenin tek taraflı değişiklik işlemlerine karşı işçiyi korumaktır. Özellikle maddenin ilk fıkrasının amacı uygulamada sıkça işçinin mağduriyetine yol açacak işveren işlemlerini önlemek, işçinin isteği dışında işini, işyerini ve diğer çalışma koşullarını değiştirecek işveren davranışlarına engel olmaktır.

Diğer taraftan kanunun gerekçesinde, bu hükümle aynı zamanda bazı hallerde işçinin sözleşmesinin feshedilmesi yerine çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla iş ilişkisinin sürdürülmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Bu gerekçeden yola çıkılırsa, işverenin sözleşmeyi feshetmek yerine, çalışma şartlarında bir takım değişiklikler yapmak suretiyle iş sözleşmesinin devam ettirilmesinin arzu edildiği söylenebilecektir<sup>11</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, kurulu bir iş sözleşmesinin, sözleşmenin yürürlüğü (devamı) sırasında ortaya çıkacak zorunluluklar dolayısıyla çalışma şartlarının değiştirilmesi ya da çalışma şartlarının değişen durumlara uyarlanması, adapte edilmesi amacıyla kanun değişiklik feshi imkânını da aynı hüküm içerisinde düzenlemiştir. Ancak yine daha önce de işaret ettiğimiz gibi, iş sözleşmesinde yapılacak değişiklikler ile sözleşmenin bu madde şartları içerisinde feshedilmesi (sona erdirilmesi) konularının her zaman bir arada bulunması zorunlu değildir.

## V. İŞ KANUNU m. 22/1 HÜKMÜNÜN NİTELİĞİ

Her şeyden önce şunu belirtelim ki, İş Kanunu'nun 22. maddesinin 3. fıkrasında yer verilen “taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilirler” yolundaki ifadenin, aynı hükmün 1. fıkrasında belirtilen “işverenin mevcut çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabileceği”, aynı şekilde “işçinin de kanuni süresinde yazılı olarak öneriyi cevaplama” ilişkin



buyruğunun dışında tutulması gerekir. Zira, birinci fıkradaki hüküm üçüncü fıkradakinden farklı olarak emredici bir hükümdür. Kanımızca hükmün mutlak emrediciliği sadece bu fıkraya münhasır olup; yürürlükteki çalışma şartlarının işveren tarafından esaslı olarak değiştirilmesinin yöntemini düzenlemektedir.

Bilindiği gibi, mutlak emredici kurallar aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan, taraflar anlaşsalar bile etkilerini ortadan kaldıracılabilmeleri kabil bulunmayan kurallardır. Kanun koyucu aykırı davranılmasını engellemek istediği konularda kanun hükmüne bu niteliği tanımakta, bu yönü de açık veya örtülü bir şekilde belli etmektedir. Kısaca söylemek gerekirse, emredici hükümlerin sözleşmelerle değiştirilmesi, taraflar anlaşsalar bile, uygulamalarının göz ardı edilmesi imkânı bulunmamaktadır. Bu tür hükümlerin sözleşme (irade) özerkliği ya da sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan işlemlere karşı öncelikleri vardır<sup>12</sup>.

İş Kanunumuzun 22/1. maddesi, işçinin korunması esasına da uygun olarak kesin çerçeveli bir hüküm olup gerek şekil gerekse esas şartları bakımından mutlak emredici bir nitelik taşımaktadır<sup>13</sup>.

Gerçekten de kanuni geçerlilik (muteberiyet) şekillerine ilişkin hükümler bu nitelikleri dolayısıyla emredici kurallardandır. Kanun koyucu sadece özel surette önemli veya tehlikeli addettiği bazı işlemlerin belirli bir şekilde yapılmasını arzu ettiği zaman bunu geçerlilik (sıhhat) şekli olarak öngörmekte; böyle bir şekil hakkın esasını etkileyeceğinden, hukuki işlemin geçerliliği (sıhhati) bu şekle uyulması kaydına ya da gereğine bağlanmaktadır.

İş sözleşmesinin yürürlüğü sırasında çalışma şartlarında esaslı değişiklik önerisi işverenden gelirse, taraflar kanundaki şekli bir yana bırakarak bu işlemi gerçekleştiremezler: çünkü taraflar kanunun belirlediği şekil dışında davranamazlar. Başka bir söyleyişle, taraflar şekle uyulmasa da, işlemin bağlayıcı olacağına karar veremez, bu yolda hareket edemezler<sup>14</sup>.

Bu itibarla, işverenin çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapma önerisini “sözlü” olarak yapması ve işçinin de bunu kabul etmesi halinde işlem hukuka aykırı olduğu için, hukuki sonuç doğurmaz; böyle bir durumda iş sözleşmesinin mevcut şartlarla devamı söz konusu olacak, tarafların durumunda herhangi bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Nitekim bu

## İşçinin işverence yapılan değişiklik önerisini kabul etmemesi halinde bir gerekçe göstermesi gerekli değildir.

konudaki kanuni buyruk hiçbir tereddüde (duraksamaya) yer vermemekte; yazılı olarak yapılmayan ve işçi tarafından yazılı olarak süresinde kabul edilme- yen önerilerin işçiyi bağlamayacağı açıkça belirtilmektedir<sup>15</sup>. Böylece, gerek işveren tarafından yapılacak öneri gerekse işçinin kabulünü şekle bağlayan İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrası hükmü, kesin bağlayıcı, mutlak emredici hükümdür.

Öte yandan İş K. m. 22/1 hükmü sadece öngör- düğü şekil bakımından (yönünden) değil, esas bakımından da emredici bir nitelik taşımaktadır söz konusu hüküm işçiyi korumak amacıyla, çalışma şartlarında esaslı değişikliği işçinin muvafakatına bağlamıştır. Yani bu türden bir değişiklikte belirleyici olan işçinin tutumudur. İşveren tarafından yapılan değişiklik önerisi makul, haklı da olsa, geçerli bir nedene de dayansa bile, işçi razı olmadıkça, yazılı muvafakat vermedikçe, çalışma şartlarında değişiklik yapmak kabil olmayacaktır.

Şunu da ekleyelim ki, işçinin işverence yapılan değişiklik önerisini kabul etmemesi halinde bir gerekçe göstermesi de gerekli değildir. Yani işçinin işverenin değişiklik önerisini reddederken bir sebep (neden) göstermesi kendisinden istenmeyecektir.

Bu kısa açıklamalardan sonra, asıl sorunun incelenmesine geçebiliriz.

## VI. 4857 SAYILI KANUN BAKIMINDAN “SAKLI KAYITLAR”IN BAĞLAYICI OLUP OLMADIĞI

Çalışma koşullarında işverence esaslı değişiklik yapılabilmesine ilişkin kanuni gerekler arasında yer verilmemiş olmasına rağmen, işverene değişiklik konularında peşin yetki (imkân) veren “saklı kayıtların” durumu üzerine ayrıca eğilmek uygun olacaktır.

Doktrinde, İş Kanunu'nun 22. maddesinin kanunlaşması aşamasındaki gelişmeler karşısında, işverenin çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapabilmesine imkân sağlayacak “saklı kayıtlar-hü-



kümler”in 4857 sayılı İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra kararlaştırılmayacağı, sözleşmede böyle bir hüküm bulursa bile bunların bağlayıcı olamayacakları bir kısım yazarlarca savunulmuş<sup>16</sup>; ancak baskın görüş işverenin çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapabilme hakkını saklı tutan kayıtların sözleşmelere konulabileceği yönünde gelişmiş<sup>17</sup>, Yargıtay’ın da her iki yönde de kararlar verdiği görülmüştür<sup>18</sup>.

Bu görüşe taraftar olanlar, saklı kayıtlara Tasarı’da yer verilmiş olmasına rağmen, kanuna alınmamış olmasının kanun koyucunun iradesinin aksi yönde olduğunu göstermeyeceğini; değişiklik yapabilme yetkisinin Meclis çalışmalarında metinden çıkarılmasının bir yasağın ifadesi olarak değerlendirilmeyeceğini; hükmün amacı, çalışma yaşamının gerekleri ve sözleşme özgürlüğü karşısında bu tür kayıtların genelde geçerli olarak kabul etmek gereke-

değişikliklerin yöntemini özel olarak düzenleyen yeni hükümde (İş K. m. 22/1) konu sıkı kurallara bağlanmış tarafların göz ardı edemeyeceği kesin bir çerçeve çizilmiştir<sup>20</sup>. Bu itibarla, kanun koyucunun Tasarı’daki hükmü -bilinçli olarak- kanuna almadığı da öne sürülebilecektir.

Öte yandan, konumuzu teşkil eden hükmün asıl amacı, işverenin çalışma şartlarını tek yanlı ve uluorta değiştirmesini engellemeye yönelik bulunduğu göre; iş sözleşmesinin kuruluşunda işvereni başlangıçta taltif edici saklı kayıtlara cevaz vermenin bu amaçla örtüşmeyeceği söylenebilecektir<sup>21</sup>.

Gerçekten İş Kanunu’nun 22/1 hükmünün amacı işçinin kabul etmediği değişikliklere engel olması, istemediği değişik çalışma şartlarını engellemesini sağlamaya yönelik bulunmaktadır. Kanun koyucu burada çalışma koşullarında değişiklik yapılmak istenen işçinin yararını üstün tutmuş, de-

## İş Kanunu’nun 22/1 hükmünün amacı, işçinin kabul etmediği değişikliklere engel olması, istemediği değişik çalışma şartlarını engelleyebilmesini sağlamaya yönelik bulunmaktadır.

ceğini; 4857 sayılı Kanun’un esnekliğe yer vererek klasik anlayıştan uzaklaştığını; değişikliği saklı tutma kayıtlarının yasaklandığına ilişkin açık bir ifadenin kanunda yer almadığını; işçinin rızasıyla çalışma koşulunun değiştirilebilir şekilde belirlenmesinin, sözleşmenin esnek bir içeriğe sahip olmasının bu hükümle yasaklandığının söylenemeyeceğini; işçinin sözleşme özgürlüğünü kullanarak değişikliğe baştan razı olduğu gibi gerekçeler öne sürerek yürürlükteki kanun bakımından da, işverene çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilme yetkisi ya da imkânı veren sözleşme hükümlerinin geçerli ve bağlayıcı olduğu sonucuna ulaşmaktadırlar<sup>19</sup>.

Hemen belirtelim ki Tasarı’daki hükmün kanuna alınmamasının doğrudan yasa koyucunun iradesinin aksi yönde olduğunu göstermeyeceği yargısı genelde isabetli olmakla beraber kanun koyucunun bu tür saklı kayıtların ya da sözleşme hükümlerinin yeni ısdar edilen kanun hükmü ile bağdaşamayacağı mülahazasıyla hareket ederek ve bunları bilinçli olarak dışarıda bıraktığını söyleyebilmek imkânı da vardır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, işverence çalışma koşullarında yapılacak esaslı

değişiklik önerisi kabul edilmeyen işverene de sözleşmeyi feshedebilme imkânı tanımıştır.

Saklı kayıtların geçerli olacağını savunanlar, iş sözleşmesinin kurulması sırasında işçinin muvafakatına dayalı olan bu tür hükümlerin sözleşme özgürlüğünün doğal sonucu olarak görülmesi gerektiğini öne sürmekteyseler de, bu gerekçe de konuyu düzenleyen hükmün açıklığı ve niteliği karşısında doyurucu değildir. Zira kanun koyucu bu konudaki özgürlüğü sınırlamış, ister önceden yani sözleşmenin bağıtlanması sırasında, isterse sonradan yani sözleşmenin yürürlüğü sırasında işverenin tek taraflı değişiklik işlemlerine engel olmak amacıyla hükme kesin bir çerçeve çizmiştir. Bilindiği gibi, sözleşme özgürlüğü ancak kesin (mutlak) bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde gündeme gelebilir. İş Kanunu’nun 22/1. maddesi hükmünün emredici nitelikte olduğundan kuşku duyulamaz.

Şunu da belirtelim ki, saklı tutma kayıtlarının işçinin özgür iradesini yansıttığı da söylenemez. İşsizliğin yaygın olduğu günümüzde, özellikle de ülkemizde işçinin bu kabil hükümlere özgürce imza attığını söylemek kolay olmasa gerektir. İşte bu or-

tamda, işçinin kolaylıkla kabul edip rıza göstereceği bu tür hükümlerin gerçekte işçinin iradesini yansıtmayacağı; iş bulmak uğruna bu tür hükümlerin konulmasına, tek yanlı yetkilerin verilmesine çaresizliğin yol açtığı gözden uzak tutulamaz. İşsizliğin had safhada olduğu bir ortamda işverene böyle bir yetki, peşin imkân veren bu tür hükümlerin iş sözleşmesine konulmasına işçinin zorunlu olarak sessiz kalacağı gerçeği karşısında, kanun koyucunun işverene bu hakkı tanıdığını öne sürmek çok güçtür.

Kanun koyucu, işverenin keyfi işlemleri dolayısıyla işçinin mağdur olmaması ve ona belirli bir sınırdan da olsa iş güvencesi sağlamak amacıyla İş Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasını ısdar etmiştir.

Şunu da ekleyelim ki, çalışma yaşamının gerekleri de konumuz bakımından, sözleşmenin bağlanması sırasındaki olguların değil sözleşmenin devamı, yürürlüğü sırasında ve değişiklik anındaki olguların göz önüne alınmasını gerektirir. Kanımızca, İş K. m. 22/1 gelecekteki, mutasavver olgu ve durumları değil; değişiklik ihtiyacının olduğu sıradaki durumları istihdaf etmektedir.

Öte yandan, ekonomik, sosyolojik ve teknolojik gelişmelerin sözleşmenin yapılması sırasında öngörülmemesi, bunların önceden düzenlenmesinin mümkün olmaması, taraflardan birisine, işverene sözleşmenin muhtevasını tek yanlı olarak belirlemek hakkının tanınmasını gerektirmez. Bu şekilde sonradan ortaya çıkacak bir değişiklik ihtiyacı, tarafların bu aşamada anlaşmalarıyla hayata geçirilebilecektir.

Nihayet 4857 sayılı İş Kanunu'nun esnekliğe yer vererek, bazı hususlarda klasik anlayıştan uzaklaştığı iddiası kuşkusuz doğru olmakla beraber, 22. maddenin birinci fıkrasındaki kanuni buyruk belirli bir katılığı bünyesinde barındırmaktadır<sup>22</sup>.

Ayrıca şunu da kaydedelim ki, kanunda öngörülmemiş olmasına rağmen işveren için sözleşmenin bağlanması sırasında, başlangıçta kabul edilecek saklı tutma kayıtlarının geçerli olacağını savunanlar, bu konuda bir takım itirazı kayıtlar koymakta; böylece bu tür hükümlerin sakıncalarını da kabul etmektedirler.

Nitekim bu tür kayıtların her durumda geçerli olduğunun söylenemeyeceği; saklı tutulan kayıtlarla işverene sınırsız yetkilerin tanınmasının düşünül-

## 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22/1 madde hükmü karşısında, “saklı kayıtlar”ın geçerli ve bağlayıcı olduğunu kabul etmek mümkün olmasa gerektir.

lemeyeceğini; değişiklik yetkisinin saklı tutulmasında asıl sorunun sözleşmenin kurulması aşamasında işverenin kendi menfaatleri doğrultusundaki kayıtların işçiye dikte ettirilmesinde ortaya çıkacağını; bu sebeple de, değişiklik imkânı veren saklı hükümlerin hem içerik hem de yürürlük denetimini gerektireceği ve genelde işverene tanınan değişiklik yapma hakkının dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>23</sup>.

Hemen belirtelim ki, bu türden kayıtların (hükümlerin) meşruiyetini kabul edip sonuçlarına katlanmamak, giderek bazı kayıtların bağlayıcı olmadığını öne sürmek hukuki güvenlik açısından tutarlı sayılamaz.

## VII. GÖRÜŞÜMÜZ

Saklı kayıtların başka bir söyleyişle çalışma koşullarında işverene esaslı değişiklik yapabilme imkânı veren değişiklik kayıtlarının iş ilişkisindeki önemi ve gerekliliği konusunda tereddüt etmek ya da kuşku duymak kanımızca da mümkün değildir. Ancak, bu tür hükümlerin bağlayıcı olması yasaklayıcı bir normun bulunmaması kaydına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yukarıda tahlil ettiğimiz 22/1 madde hükmü karşısında, işveren tarafın çalışma koşullarını değiştirebilme hakkını saklı tutan sözleşme hükümlerinin özel deyimiyle “saklı kayıtlar”ın geçerli ve bağlayıcı olduğunu kabul etmek mümkün olmasa gerektir. Zira bu yoldaki bir yorum ya da çözüm sözü edilen hükmün açık anlatımına ve yapısına aykırı bulunduğu gibi, hükmün asıl konuluş nedenine ve niteliğine de uygun düşmemektedir.

Her şeyden önce şunu belirtelim ki, kanuna ait Tasarı'da çalışma koşullarının değiştirilmesi hususunda işverenin lehine saklı tutulan kayıtların (hükümlerin) bulunması halinde “esaslı değişiklik için işçinin rızasını arayan ilk fıkra hükmünün uygulanmayacağı” düzenlenmişti. Böylece Tasarı'daki haliyle düzenleme İş K. m. 22/1'de aranan şartlardan ya

da gereklerden birisinin -işçinin rızası (muvafakati)nin- saklı tutulmuş bulunduğu hallerde aranmaya çağrı kabul ediliyordu. Bu hüküm ya da istisnai durum kanuna alınmadığına göre İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasının hiçbir istisnası bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, işin, işyerinin gereklerinin ya da özelliklerinin zorunlu kıldığı durumlarda işverene böyle bir imkân sağlamasının uygun olacağı düşünülebilir. Özellikle de birden çok işyerine sahip olup, işletme bünyesinde çalışmanın-çalıştırmanın gerekli olduğu (örneğin banka işletmeleri gibi) işçilerin işverene ait işyerlerinde çalışmalarının gerekli bulunduğu hallerde, halin icabından olarak işverene işçinin işyerini değiştirebilme imkânı ve yetkisinin verilmesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkabilecektir. Nitekim, doktrinde bazı yazarlar "işverenin genel olarak iş koşullarında esaslı değişiklik yapabileceğinin peşinen belirlenmesi-işçinin şekli kabulü söz konusu olsa bile-geçerli görülemeyeceğini; ancak iş sözleşmesi veya bunun eki niteliğindeki kaynaklarda somut olarak iş koşullarında bazı değişiklikler yapılabileceği; söz gelimi işçinin işverene ait değişik işyerlerinde çalıştırılabileceği öngörülmüş ise, böyle bir hükmün hukuka uygun olacağı" nı savunmaktadırlar<sup>24</sup>.

Ancak İş Kanunumuz 22. maddesinde işyerleri ve işletmeler arasında hiçbir ayırım yapmamış; ister işyerine isterse işe ilişkin bulunsun çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapılması özel olarak sınırlayıcı bir düzenlemeye tabi tutmuştur. Bu itibarla somut ya da soyut olsun, işverene peşinen esaslı değişiklik yapma imkânı veren her düzenleme İş K. m. 22/1'e aykırı olacaktır.

Öte yandan, kanun koyucu Tasarı'daki hükme iltifat etmemiştir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun Tasarı'daki hükme itibar etmediği ve çalışma şartlarında işverence yapılacak esaslı değişikliklerin, ancak kanunda belirlenen yöntemle uyularak yapılabileceğini benimsediği hiçbir kuşkuya yer vermeyen bir vakiydir. Belki bu durumun iş hayatının isterlerine uygun olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir ve sosyal politika açısından hüküm bu yönüyle de eleştirilebilir. Fakat teknik hukuk açısından aksi çözümü ya da görüşü savunmak güçtür.

Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında serdedilen düşüncelerin bağlayıcı olmaması, dolayısıyla hük-

mün yorumunda belirleyici bulunmaması genelde kabul edilen bir esastır. Ancak kanuna ilişkin Tasarı'da bulunmasına rağmen kanunlaşmayan bir hükmün, kanunun asıl amacı da göz ardı edilerek hayata geçirilmesine çalışmak da uygun olmasa gerektir<sup>25</sup>. Zira çalışma koşullarında işverence yapılacak değişiklikler ancak İş Kanunu'nun 22/1. madde hükmünün belirlediği çerçevede kanuni prosedüre uyularak yapılabilecektir. Diğer sözleşmelerde olduğu gibi iş sözleşmesinde de taraflar işçi ile işveren sözleşmesinin kapsamını belirleme konusunda prensip olarak özgürdürler. Genelde taraflar anlaşarak çalışma koşullarında her türlü değişikliği yapabileceklerdir; ancak çalışma koşullarının esaslı şekilde değiştirilmesi girişimi işveren tarafından yapılırsa, bu takdirde konuyu özel olarak düzenleyen İş K. m. 22/1'deki prosedürün izlenmesi zorunludur.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde, kanundaki açık hüküm karşısında (gereğince) geçerli ve bağlayıcı sayılan işverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilmesine imkân sağlayan saklı kayıtların, konuyu yeniden ve değişik bir biçimde düzenleyen özel çerçeveli 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun 22/1. maddesi bakımından öne sürmek mümkün olması gerekir. Zira, her şeyden önce, kanunun anlatımı aksi çözüme engeldir. Gerçekten de, 4857 sayılı İş Kanunu'nda, işverenin çalışma şartlarında değişiklik imkânını saklı tutabilmesine dayanak olabilecek hiçbir ifade, bu hususta açık veya örtülü hiçbir işaret bulunmamaktadır.

Çalışma koşullarında esaslı değişikliği işçinin yazılı muvafakatına bağlayan bu açık hüküm karşısında, işverene değişiklik yetki ya da imkânı veren değişiklik hükümlerinin (saklı kayıtların) geçerli ve bağlayıcı olduğunu kabul etmek, söz konusu hükmün anlam ve değerini ortadan kaldıracaktır. Zira böyle bir saklı kayda (hükme) dayalı olarak yapılacak işveren önerisinin İş K. m. 22/1'deki yöntemle örtüşmesi kabil olamayacaktır. Şöyle ki, İş K. m. 22/1 hükmünün belirlediği çerçeve içinde işveren hangi nedenden dolayı ve hangi amaçla değişiklik yapacağını önerisinde belirtmek durumundadır. Kanunda öngörülen "yazılı bildirim" in, işverenin sadece değişiklik yapacağını belirtmesi suretiyle yerine getirmiş olacağı söylenemez. Kanunda açıkça belirtilmemiş bulunmasa da, yazılı bildirim değişikliği ve nedenini açıklamayı da gerekli kıldığı kabul edilmelidir. Konuya bu açıdan bakıldığın-

da, kanunun saklı tutulacak değişiklik kayıtlarını bilinçli olarak ve bu hükümle getirilen yöntemle bağdaşmayacağı için kanuna almadığı da rahatlıkla söylenebilecektir.

İş sözleşmesi bağlanırken (akdedilirken) işverene tek taraflı değişiklik yapabilme imkânı veren (sağlayan) “saklı kayıtlar hükümler”, konu edindiği hususlarda işçinin muvafakatine bakılmaksızın çalışma koşullarında esaslı değişiklikleri hayata geçirebilme hakkını bahşedecektir. Özellikle işyerinin ve görülen işin değiştirilmesi konusunda işçi tarafından başlangıçta -sözleşme yapılırken- kabul edilen imkânın kullanılması kuşku yok ki işverene ait olacaktır. Başlangıçta, iş sözleşmesi akdedildiği sırada saklı tutulan değişiklik kaydına dayalı olarak yapılacak, daha doğrusu yapılması istenilen değişikliği içerecek kaydın İş Kanunu'nun 22. maddesinin birincifikrasında belirlenen yöntemle bağ-

iki durumda da tarafların anlaşmaları suretiyle değişiklik yapmaları söz konusu olursa da, birinci fıkrada bu anlaşma kanunda belirli bir yöntemle tabii tutulmuş; sonuncu fıkrada ise tarafların sözlü, yazılı, açık ya da örtülü anlaşmaları yeterli sayılmıştır. Öte yandan bu sonuncu durumda değişiklik önerisi taraflardan herhangi biri tarafından yapılabilecektir.

Gerçekten de, işverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilmesini düzenleyen hüküm bu aşamada -değişiklik sırasında- işçinin muvafakatini aramakta, değişikliğin gerçekleşmesini işverenin yaptığı öneriye işçinin rıza göstermesi kaydına bağlamaktadır. İşveren tarafından yapılacak değişiklik önerisinin işçiye yazılı olarak bildirilmesini ve işçinin muvafakatini de yazılı olarak belirli bir süre içinde yapmasını zorunlu tutan kanuni hüküm; işveren tarafından yapılmak istenen esaslı

## Değişiklik isteği makul, gerekli ve haklı da olsa, işçi muvafakat etmedikçe işveren çalışma koşullarında değişiklik yapamayacaktır.

daştırılmayacağı açıktır. Zira sözü edilen hükümde belirtilen işçinin rızasının alınması gereği göz ardı edilmiş olacaktır<sup>26</sup>. Çünkü kanunumuz değişiklik sırasındaki rızayı (muvafakati) aramaktadır.

Doktrinde, işçinin rızası ile bir çalışma koşulunun değiştirilebilir şekilde belirlenmesinin sözleşmenin esnek bir içeriğe sahip olmasının bu hükümle yasaklanmadığı; böyle bir durumda ise, işverenin bu yetkiyi kullanmasının sözleşme içeriği ve dengesine müdahale olmayacağı<sup>27</sup>; uyumsuzluk çıkmadan önce de muvafakatin alınabileceği; bu hususun tarafların anlaşması hali içinde görülmesi gerektiği; mutlaka, uyumsuzluk çıktıktan sonra anlaşmak gerekir diye bir şeyin olmadığı<sup>28</sup> ifade edilmiştir. Böyle bir sonuca İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrası ile 3. fıkrasını aynı kefeye koyduğumuz zaman ulaşmak kuşkusuz mümkündür. Ne var ki, daha önce de belirttiğimiz gibi, bu iki fıkra farklı konuları düzenlemekte, ilk fıkra işverence yapılacak tek taraflı değişikliğin işçi tarafından hangi kayıtlarla kabulü halinde gerçekleşeceğini; sonuncu ya da üçüncü fıkra ise, tarafların karşılıklı anlaşmaları suretiyle çalışma şartlarını değiştirmeleri konusunu ele almaktadır.

Önemi dolayısıyla tekrar vurgulayalım ki, her

değişiklik geçerli bir sebebe dayansa, fesih için geçerli bir sebep teşkil etse bile, işçiye işverenin önerisini kabul etmeme, reddetme hakkı bahşetmektedir. Bu itibarla işverenin girişimi, değişiklik isteği makul gerekli ve haklı da olsa, işçi muvafakat etmedikçe işveren çalışma koşullarında değişiklik yapamayacaktır.

Görülüyor ki İş K. m. 22/1 hükmü çerçevesinde çalışma koşullarının esaslı şekilde değiştirilmesinde belirleyici olan “işçinin değişiklik yapılması sırasındaki rızası (muvafakati)”dir. Kanunun açık ve kesin anlatımından yansıyan bu olgu karşısında kanun koyucunun işverene peşinen değişiklik yapabilme imkânı verdiğini; iş sözleşmesi akdedilirken saklı tutulacak bir yetkiyi işverene tanıdığını kabul etmek güçtür. Çalışma koşullarında esaslı değişiklik için işçinin kabulünü esas alan bir düzenleme içinde, işçiyi tek taraflı değişikliklere karşı korumayı amaçlayan açık hükmün, değişiklik inisiyatifinin işverene tanınmadığının bir delili olarak kabul edilmesi gerekir.

Öte yandan kanunun gerekçesinde yer verilen mülahazalara dayanarak da İş K. m. 22/1 hükmü karşısında bidayeten yapılacak düzenlemelerle işverene değişiklik hususunda saklı yetki tanınmaz. Daha önce de değindiğimiz madde gerekçesinde “iş



sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine çalışma şartlarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanması”nın amaçlandığı kaydedilmiştir. Sözleşmenin yürürlüğü sırasında ortaya çıkacak ekonomik, teknolojik gelişmeler ve bazı sosyal nedenler mevcut çalışma koşullarının değiştirilmesini zorunlu kılabilecektir. İş Kanunumuz bu hükümle (m. 22/1) iş ilişkisinin devamı sırasında çalışma şartlarında değişiklik ihtiyacının giderilmesi yöntemini belirlemekte; bu yöntemi başlangıçta, sözleşmenin yapılması sırasında engelleyecek düzenlemelere açık kapı bırakmamaktadır. Zira daha önce de işaret ettiğimiz gibi, İş K. m. 22/1 hükmü sözleşmenin bağlanması sırasında bilinmeyen, taraflarca öngörülme-yen ya da tahmin edilemeyen bir takım durumların ortaya çıkması halinde, sözleşmeyi bu yeni durumlara intibak ettirmelerini sağlayacak yöntemi düzenlemekte ve bu yöntem dışında başka bir imkân tanınamamaktadır.

Nihayet, hükmün niteliği de aksi görüşe engeldir. İş sözleşmesinin kapsamı (muhtevasını), şartlarını belirlemek yetkisi, genelde diğer sözleşmelerde olduğu gibi taraflara aittir. İş sözleşmesine taraf olan işçi ve işverenler bu konuda özgürdürler. Bununla beraber bu özgürlük hukuk düzeniyle sınırlıdır. Nitekim Borçlar Kanunumuzun 19. maddesinin birinci fıkrasında “Bir akdin mevzuu kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabilir” denilerek bu esasa işaret edilmiştir. Sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan (sınırlandıran) hukuki kuralların başında ise anayasal normlardan sonra mutlak emredici kurallar (hükümler) gelmekte; bu nitelikteki kanun hükümleri kendilerine aykırı düşen taraf işlemlerini (anlaşmaları) engellemek amacıyla ısdar edilmektedirler. Emredici hükmün muhatap ve lehtarları bunu iradeleriyle değiştiremezler ve hükmün öngördüğü hak ya da haklardan feragat edemezler. Mutlak emredici hükme ters düşen bir anlaşma hukuken hiçbir sonuç doğurmaz, batıldır. Daha önce de değindiğimiz gibi, İş Kanunu’nun 22. maddesinin 1. fıkrası mutlak emredici bir hükümdür. Bilindiği gibi, emredici kurallar aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan, taraflar anlaşmalar bile etkilerini ortadan kaldırmaları kabil bulunmayan kurallardır. Bu tür hükümlerin sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan işlemlere karşı öncelikleri olduğunu yukarıda belirtmiştik. İş Kanunu’nun

22. maddesinin 1. fıkrasının işçinin korunması esasına da uygun olarak kesin çerçeveli, mutlak emredici bir hüküm niteliğinde olması saklı kayıtları engellemektedir.

Sonuç olarak işçiyi açıkça korumak için kaleme alındığı aşikar bulunan İş Kanunu’nun 22. maddesinin 1. fıkrası hükmünün amacının dışına çıkan ve bu amacı aşan; hükmün mutlak emredici niteliğini ve işçi yararına yorum ilkesini gözardı eden doktrindeki baskın görüşün -madde bu haliyle muhafaza edildiği sürece- paylaşılmasının güç olduğunu düşünüyoruz.

## DİPNOTLAR

- 1 Hükmün devamında da “işçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işverenin değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini” feshedebileceği belirtilmekte; bu durumda işçinin iş güvencesi hükümleri çerçevesinde konuyu yargıya götürebileceğine de işaret edilmektedir.
- 2 Konu ile ilgili olarak Bkz. NARMANLIOĞLU, Ü.: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, B,3, İzmir 1998, sh. 342 vd. ve orada anılanlar.
- 3 Çalışma şartlarının işçi aleyhine ağırlaştırılmış olması, bu değişiklikte işçinin gerek ücretinin gerek diğer maddi yararlarının azaltılmış olması ya da yeni iş şartlarının işçinin yaşayışı ve sağlığı için tehlike arz etmesi gibi hallerde esaslı değişiklik olduğu kabul ediliyordu.
- 4 Bkz. HGK. 3.5.1975 E. 1972/9-76 K. 1974/478.
- 5 Burada iş sözleşmesinin değiştirilmesi konusu üzerinde ayrıca duracak değiliz; söz konusu hükmün işverene tek taraflı değişiklik yapılabilmesine ilişkin imkânın şartları açısından yaklaşacak; özellikle, işverene değişiklik yapabilme hakkını saklı tutan sözleşme hükümlerinin bağlayıcı olup olmadığı konusu ele alacağız.
- 6 Yönetim hakkı konusunda bkz. TAŞKENT, S.: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981; SÜZEK, S.: İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları (Prof. Dr. Metin KUTAL’a Armağan) Ankara, 1998, sh. 230 vd.
- 7 Kanımızca, mevcut çalışma koşullarında yapılmak istenilen değişiklik işçinin maddi veya manevi bir kaybına yol açacak nitelikte ise esaslı sayılmak gerekecektir.
- 8 Bkz. ÇELİK, N.: İş Hukuku Dersleri, B. 18, İstanbul, 2005, sh. 223; EKMEKÇİ, Ö.: 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası’nca 25-29 Eylül 2002 tarihlerinde Marmaris’te düzenlenen (Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem) adlı Seminer sh. 70; ayrıca bkz. GÜZEL: İş Güvencesi, Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, Mayıs 2004, sh.120.
- 9 İşverenin fesih yoluna gitme imkânının bulunması da, bu aşamada herhangi bir olumsuzluğa yol açmayacaktır.
- 10 Nitekim doktrinde de bu yöne değinen yazarlar vardır. Örneğin YENİSEY şunları kaydetmektedir. “22. madde bir bütün olarak ele alındığında, maddenin tek taraflı değişikliklerin önüne



- geçmek amacı çok açık biçimde ortaya çıkmaktadır.” (YENİSEY, DOĞAN, K.: Çalışma Koşullarında Değişiklik, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, sh. 119); ALP'e göre de, amacı bakımından değerlendirildiğinde İş K. m. 22, iş sözleşmesinin tek taraflı değiştirilmesini, iş sözleşmesine tek yanı müdahaleyi yasaklamaktadır (sh. 258).
- 11 Nitekim SÜZEK'te şunları okuyoruz: Bu hükümle “iş akdinin geçerli bir nedenle işverence feshinin mümkün olduğu bir durumda, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yoluyla sözleşmenin sona ermesi engellenmektedir” (SÜZEK, İş Hukuku, sh. 496).
- 12 Nisbi emredici hükümlerden farklı olarak, bunların işçi yararına değiştirilmesi de söz konusu olamaz.
- 13 İş Kanunu'nun 22/1. maddesi tarafların aksine davranabileceklerini içeren herhangi bir ifadeye sahip olmadığı gibi; hükmün diğer fıkraları da tarafların önceden ya da sonradan anlaşmalarını birinci fıkra dışındaki durumlara ilgili bulunduğunu açıkça ortaya koymaktadır.
- Ancak, doktrinde bazı yazarlar, değişiklik kayıtlarının İş K. m. 22'nin uygulanmasını gereksiz hale getirdiklerini; “iş sözleşmesindeki bir kayda dayanarak işverenin bir çalışma koşulunu değiştirebilmesi mümkünse”, İş Kanunu'nun 22. maddesine hiç başvurulamayacağını, işçinin sözleşmeye uygun davranmak zorunda kalacağını öne sürmekte; dolayısıyla sözünü ettiğimiz hükmün bir yedek hukuk kuralı olduğunu kabul etmektedirler (Bak. ALP, sh. 262).
- 14 “Kamu düzenini ilgilendiren hükümler hiçbir şekilde tarafların iradeleriyle değiştirilemez” (HGK.4.3.1964 591/D-2 E.170).
- 15 İşverence yapılacak değişiklik önerisinin yazılı şekilde yapılacağını öngören kanuni buyruğu, taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile önerinin sözlü olarak yapılacağını kararlaştıramazlar; böyle bir mutabakat bulunsa bile, yapılacak işlem geçerli olmayacaktır.
- 16 GÜZEL, A. İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul, 2004, sh. 120 vd.; TAŞKENT, S.: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, KOMİTE 2004, sh. 78 vd. BAŞTERZİ, S.: Türkiye de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD. C. 54, 2005, S. 3'ten ayrı Bası, sh. 60 vd.
- 17 ALPAGUT, G.: İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Karar İncelemesi, ÇİMENTO İŞVEREN, Eylül 2004, sh. 52 vd.; YENİSEY DOĞAN, K.: Çalışma Koşullarında Değişiklik, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'nca 21-25 Eylül 2005 Bodrum'da Düzenlenen (III. Yılında İş Yasası) adlı Seminere sunulan Tebliğ, sh. 104 vd.; ÖZDEMİR E.: İşverence çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fak. Der., C. 12, 2004, S. 3-4, sh. 31 vd.; ALP, M.: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, sh. 243 vd.; ÇANKAYA, O. / GÜNAY, İ / GÖKTAŞ, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, sh. 60 vd.; GÜLER, M.: Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tazda Değiştirilmesi, Karar İncelemesi, LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 2004, S. 2, sh. 554 vd.
- 18 Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin 26.1.2004 tarihli ve E. 2003/23105 K. 2004/1201 sayılı kararında bu türden bir kaydın İş K. m. 22 karşısında geçerli olamayacağı; aynı dairenin 21.04.2005 tarihli (E. 2004/24670 K. 2005/14022) ve 10.05.2005 tarihli (E 2004/22844 K. 2005/16135) tarihli kararında ise tamamen aksi bir çözüme varılmaktadır.
- 19 17 nolu dn.da kaydedilen incelemelere bakınız.
- 20 Nitekim, doktrinde bu yöne isabetli olarak işaret edilmiştir: “yasanın 22. maddesinin özelliği esaslı değişiklik bakımından sıkı bir prosedürün öngörülerek işçinin korunmasıdır (sh. 55).
- 21 Tasarı'daki hükmün kanuna alınmamış olmasının “olumsuz” olarak göz önüne alınmayacağı iddiası genelde doğru sayılabilirse de, kanun koyucunun davranışını yok saymak da uygun değildir.
- Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında serdedilen düşünce ya da önerilerin bağlayıcı olmaması, dolayısıyla, hükmün yorumunda belirleyici bulunmaması genelde kabul edilen bir esastır. Ancak Tasarı'da bulunmasına rağmen kanunlaşmayan bir hükmü, kanunun amacı dayanak yapılmak suretiyle kanuna ithal etmek uygun olmasa gerektir.
- 4857 sayılı İş Kanunu'nun çalışma şartlarında işveren tarafından yapılacak esaslı değişikliklerin ancak kanundaki şartlara (gereklere) uyularak yapılacağını benimsediği hiçbir kuşkuyla yer vermeyen bir vakıdır.
- 22 Yeri gelmişken hemen belirtelim ki, esnekliği bir şablon olarak uygulamak söz konusu olamaz. Doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi, “esneklik kavramını, ekonomik, sosyal ve teknolojik koşullara uyum sağlamayı kolaylaştıracak şekilde emredici kurallara bir takım istisnalar getirmek suretiyle, sözleşmelerle tarafların birden fazla seçeneği oluşturmalarına olanak tanıyan bir düzenin oluşturulması şeklinde anlaşılmalıdır. “EYRENCİ, Ö.: 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler. Genel Bir Değerlendirme, LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2004, S. 1, sh. 17).
- 23 17 No.lu dipnottaki eserlere bkz.
- 24 EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, BİREYSEL İş Hukuku, B. 2, İstanbul, 2005, sh. 170.
- 25 Tasarı'daki hükmün alınmamış olmasının olumsuz olarak göz önüne alınmayacağı mülahazası doğru sayılabilir. Ancak kanun koyucunun davranışını yok saymak, olaya yokmuş gibi bakmak da doğru olmasa gerektir.
- 26 Yenilik doğuran hakkı sahibi işveren irade beyanı ile çalışma koşullarını değiştirmek imkânına sahip bulunduğundan değişikliğin gerçekleşmesinde işçinin muvafakatine gerek bulunmayacaktır. Sözleşme ile işverence çalışma koşullarını tek taraflı değiştirmek ve belirlemek için tanınan yenilik doğurucu haklar olarak nitelendirilen (bkz. ALP, sh. 252), değişiklik kayıtlarının bu bakımdan da İş K. md. 22/1 ile bağdaştırılması kabil değildir. Zira, işverence yapılacak değişiklik beyanı işçiye ulaştığı anda hukuki sonuç doğmuş; çalışma koşulundaki esaslı değişiklik gerçekleşmiş olacaktır. Gerçekten de, kullanılmaları bir şarta bağlanamayan ve kullanılması ile ortaya çıkacak hukuki durumun kesinliği tartışılmayan yenilik doğuran hakkın ve buna bağlı olarak yapılan işlemin- konumuz bakımından işverenin tek taraflı irade açıklaması ile gerçekleşecek esaslı değişikliğin- o anda tekemmülü karşısında İş K. m. 22/1 ile öngörülen işçinin muvafakatini ayrıca aramanın mantıklı bir açıklaması yapılamayacaktır.
- 27 ALP, sh. 258.
- 28 CENTEL, T.: 4857 Sayılı İş Kanunu (Konferans Notları), 2 Temmuz 2003, İstanbul, sh. 40.

# İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması

## 1. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması

### 1. Genel Olarak

İş ilişkisi süreci içinde işçinin iş görme edimini veya işverenin işi kabul borcunu geçici olarak yerine getirmesini engelleyen belirli olgular (ifa engeli) söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda iş sözleşmesinin sona erdirilmesi yerine “askıya alınması”, iş hukukuna özgü çağdaş yöntemlerden biridir<sup>1</sup>.

Yasalarımızda belirli durumlarda iş sözleşmesinin askıya alınacağı öngörülmüş ve bunun hukuki sonuçları belirtilmiştir. Bu bağlamda, İş Kanunu’ndaki “zorlayıcı sebepler” (m. 24/III, 25/III), “sağlık sebepleri” (m. 25/I-b), “işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması” (m. 25/IV), “askerlik ve kanundan doğan çalışma” (m. 31), “yıllık ücretli izin” (m. 53 vd.) düzenlemeleri örnek olarak gösterilebilir. Yine İş Kanununda, analık halinde, kadın işçiye isteği üzerine altı aya kadar “ücretsiz izin” verileceği öngörülmüştür (m. 74/5). Ayrıca, 2822 sayılı “Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nda, grev veya lokavt sırasında işçilerin iş sözleşmelerinin askıda kalacağı açık bir biçimde belirtilmiştir (m. 42/2, 3).

Öte yandan, yasada açıkça düzenlenmiş olma-

makla birlikte, işveren tarafından verilen ve işçinin açık veya örtülü biçimde kabul ettiği “ücretsiz izin” uygulaması durumunda da iş sözleşmesi askıya alınmış olur.

İş sözleşmesinin askıya alındığı dönemde de sözleşme varlığını sürdürür; ancak tarafların bu sözleşmeden doğan temel borçları askı süresi sonuna kadar ertelenmiş sayılır. Açıkçası, askı dönemi içinde işçinin iş görme ve işverenin de ücret ödeme borçları ortadan kalkar. Buna karşılık, iş sözleşmesinden doğan diğer borçlar (yan borçlar) askı süresince devam eder. Buna göre, sözleşme askıda iken işçinin sadakat borcu, işverenin ise işçiye gözetme borcu varlığını sürdürür. Askı döneminde bu yan borçlara aykırı davranılması, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açar.

Yukarıda belirtildiği gibi işveren askı döneminde iş görmeyen işçiye ücret ödemekle yükümlü değildir. Kural bu olmakla birlikte, iş hukukunun işçiye koruyucu ve ücretin sosyal niteliği dolayısıyla istisna olarak yasada belirli askı durumlarında işçiye ücret ödeneceğinin öngörülmüş bulunduğu da işaret edilmelidir (bak. İş K. m. 40, 57/1). Öte yandan, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile askı döneminde işçiye belirli bir ücret ödeneceğinin kararlaştırılması mümkündür<sup>2</sup>.

İş sözleşmesinin askıya alınması belirli süreli bir iş sözleşmesinin süresini ve sona erme zamanını etkilemez. Askı durumunda belirli süreli sözleşmenin süresi kesilmeyeceği gibi; bu dönemde süre dolduğunda iş ilişkisi ortadan kalkar.

Belirsiz süreli bir iş sözleşmesi bildirim sürelerine uyularak sona erdirildiğinde ise, askıya alınma bildirim süresinin işlemlerini etkiler. Buna göre, fesih işlemi sözleşmenin askıya alınmasından önce yapılmışsa, bildirim süreleri askı süresince işlemez. Fesih işlemi, askı döneminde yapılmışsa, bildirim süresi askı döneminin sona ermesinden itibaren başlar<sup>3</sup>.

Ücretsiz izin uygulaması, feshin son çare olması ilkesi uyarınca, duruma ve koşullara göre başvurulması gereken bir yol olarak değerlendirilebilir. Ancak, işverenin geçerli nedenle fesihte bulunabilmesi için işçilere ücretsiz izin önerisinde bulunmakla yükümlü olduğu söylenemez<sup>4</sup>.

İş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu yaratan engel (ifa engeli) ortadan kalktığında, sözleşmeden doğan temel borçlar tekrar yürürlüğe girer. Askı dönemi bittiğinde, işçi iş görmekle ve işveren de ona ücretini ödemekle yükümlü olur.

## 2. İş Sözleşmesinin Askıya Alınabilmesinin Koşulları

İş sözleşmesinin askıya alınabilmesi için belirli koşulların varlığı aranır:

### a) İşin görülmesi imkânsız veya beklenilmez olmalıdır

Öncelikle, işin görülmesi objektif nedenlerle imkânsız hale gelmelidir. Söz konusu imkânsızlık işçinin şahsından kaynaklanabileceği gibi, birtakım dış etkenler dolayısıyla da meydana gelmiş olabilir. İşçinin hastalanması, manevra sebebiyle silah altına alınması, tutuklanması bunlardan birincisine; işyerinde yangın çıkması, doğal afetler ise ikincisine örnek olarak gösterilebilir<sup>5</sup>. Ne var ki, sözleşmenin askıya alınabilmesi için katı bir "imkânsızlık" aranması iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğine uygun düşmez. Gerçekten de, işçinin evlenmesi veya eşinin ya da kardeşinin ölmesi durumunda işin görülmesinin imkânsız olduğu söylenemez. Bu bakımdan, işçiden iş görme borcunu yerine getirmesinin beklenemeyeceği durumlarda iş sözleşmesinin askıya alınabileceğini kabul etmek uygun görülmelidir<sup>6</sup>.

### b) İş görmeye ilişkin olarak meydana gelen imkânsızlık veya beklenilmezlik geçici olmalıdır

İş sözleşmesinin askıya alındığından söz edilebilmesi için gerekli görülen koşullardan biri de imkânsızlık veya beklenilmezlik olgusunun geçici olmasıdır. Söz konusu olgu geçici değil de sürekli ise; daha açık bir deyişle, işçinin iş görme veya işverenin işi kabul borçları imkânsızlık veya beklenilmezlik nedeniyle sürekli bir biçimde ortadan kalkmışsa, iş sözleşmesi askıya alınmış değil, sona ermiş sayılır<sup>7</sup>.

Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken husus, "geçici olma" ifadesi ile neyin anlaşıldığıdır. İş görmeye ilişkin olarak meydana gelen imkânsızlık veya beklenilmezlik ne kadar sürdüğünde, bunun geçici olduğu söylenebilecektir? Yukarıda değinildiği gibi yasalarımızda belirli askı durumları öngörülmüşse de, bunları genelde geçici olma bakımından ölçü olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu konuda bir çözüm üretmeye çalışan Sözek'e göre, geçici olma bakımından, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin toplam süresi ile çalışılmayan süre arasındaki orantı göz önünde tutulabilir. Ayrıca, işyerinde çalışmayan işçinin yerine başka bir işçinin çalıştırılması zorunluluğunun doğup doğmadığı da bir ölçü olabilir<sup>8</sup>.

Bu soruna aşağıda ücretsiz izinler kapsamında geniş bir biçimde değinilecektir.

### c) İş görme ediminin yerine getirilememesinde taraflardan birinin kusuru bulunmalıdır

İşçi, kendi kusurundan kaynaklanan bir nedenle iş görme edimini yerine getiremiyorsa, sözleşme askıya alınmış olmaz; iş görme borcunu yerine getirmemesi nedeniyle belirli yaptırımların muhatabı olabilir. Aynı şekilde iş görme edimi işverenin kusuru dolayısıyla yerine getirilemiyorsa, iş sözleşmesi yine askıya alınmış olmaz. Böyle bir durumda ise işçi tazminat isteyebilir veya fesih hakkını kullanabilir<sup>9</sup>.

### d) Askı döneminin uygunluğu

Sözleşmenin askıya alınacağı dönemin, özellikle işveren bakımından, işin görülmesine ara verilmesi için elverişli olması gerekir. Yapılan sözleşme belli bir zaman dilimi içinde görülmesi öngörülmüş ise, bu husus sözleşmenin temel noktası sayı-

lacağı için, o sürecin askıya alınma için uygun olmadığı açıktır. Sözgelimi, mevsimlik bir işte çalışan işçinin iş sözleşmesi askıya alındığında, işverenin o işçiden yararlanma olanağı ortadan kalkmış olacağından, böyle bir uygulamaya gidilmesi kabul edilemez<sup>10</sup>.

## II. Özel Bir Uygulama: Ücretsiz İzin

### 1. Ücretsiz İznin Uygulanması ve Yasal Durum

İş sözleşmesinin askıya alınmasına ilişkin özel bir uygulama, bir ekonomik kriz meydana geldiğinde işverenlerin işçileri ücretsiz izne çıkararak üretimi düşürmeleri ya da belli bir süre için tamamen durdurmalarıdır. İşin azaldığı ve/veya faaliyette ara verilmesi zorunluluğunun doğduğu belirli dönemlerde de işçilerin geçici olarak ücretsiz izne çıkarıldıkları görülmektedir.

Ülkemizde oldukça yaygın bir biçimde başvuru alan ücretsiz izin uygulaması hakkında ne eski İş Kanunu'nda ve ne de yenisinde açık bir hüküm vardır. Bununla birlikte, işçinin buna muvafakat etmesi veya toplu iş sözleşmesinde bunu uygun gören bir düzenleme bulunması durumunda, ücretsiz izin uygulaması geçerli sayılır<sup>11</sup>.

Ücretsiz iznin bireysel olarak işçiler tarafından kabulü açık bir biçimde olabileceği gibi, örtülü biçimde de gerçekleşebilir. İşverenin ücretsiz izne çıkma talebini herhangi bir itiraz öne sürmeden yerine getiren işçi, buna muvafakat etmiş sayılır. Ücretsiz izin uygulamasına gidildiğinde iş sözleşmesi askıya alınmış olur.

Nitekim, Yargıtay'ın bir kararındaki şu sözler de yukarıda söylenenleri desteklemektedir: "... tarafların ücretsiz izin konusunda anlaşmış oldukları ... Ücretsiz izin süresinde hizmet akdi askıda olup ..."<sup>12</sup>.

Eski yasa döneminde öğretilde benimsenen ve Yargıtay'ca da uygun görülen bu görüş yeni İş Kanunu'nda yasal dayanağa kavuşmuş bulunmaktadır. Gerçekten de, ücretsiz izin uygulamasının çalışma koşullarında değişiklik anlamına geldiği açıktır. İş Kanunu'nun "Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi" başlıklı 22. maddesi söz konusu değişiklik için iki yol öngörmektedir: Bunlardan daha basit olanı, ücretsiz izin için tarafların aralarında anlaşmalarıdır. Gerçekten de,

maddenin 2. fıkrasına göre, "Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir". Yeni yasa açısından da anlaşmanın açık veya örtülü olması mümkündür<sup>13</sup>. İşçiler, kendilerine önerilen ücretsiz izin uygulamasını açık bir biçimde kabul ettiklerini bildirebilirler ve bu süreç sona erdiğinde işbaşı yapacaklarını belirtip işyerinden ayrılabilirler. Aynı şekilde, kendilerine belli bir süre için ücretsiz izne çıkarıldıkları söylenen işçiler hiçbir itirazda bulunmadan işyerinden ayrılmış olabilirler. Her iki durumda da tarafların ücretsiz izin konusunda anlaşmış sayılacakları tartışma dışıdır. Yargıtay da bu konuda (ücretsiz izin veya askıya alma konusunda) tarafların iradelerinin birleşmesini aramaktadır. Şahlanan'ın yazdığına<sup>14</sup> tersine, Yüksek Mahkeme'ye göre söz konusu irade birleşmesi açık veya örtülü bir biçimde gerçekleşebilir. Yargıtay, iş sözleşmesi tek taraflı olarak askıya alınan işçinin tekrar işe çağırılacağı ümidi ile beklemesini<sup>15</sup> veya işçinin başlangıçta askıya karşı çıkmamasını<sup>16</sup> askıya alınma isteğinin kabulü olarak değerlendirmiştir. Bir başka kararda da, işçinin ücretsiz izin uygulamasına karşı yasal yola başvurmamasını "zımni kabul" olarak nitelendirmiştir<sup>17</sup>. Ekleme gerekir ki, ücretsiz izin için işçinin rızasının bulunup bulunmadığı hususunda bir tereddüt olduğunda, ispat yükümü işverene ait olacaktır.

Çalışma koşullarında değişiklik için izlenebilecek diğer yol, maddenin birinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, işveren ücretsiz izin uygulamak istediğini işçilere yazılı olarak bildirir. İşçiler altı işgünü içinde öneriyi kabul ettiklerini yazılı olarak işverene bildirirlerse, değişiklikler işçiyi bağlar, iş sözleşmesi askıya alınmış olur. İşverenlerin bu yola, ücretsiz izin önerilerinin işçiler tarafından kabul edilmeme ihtimalinin bulunduğu veya sözlü olarak yaptıkları önerinin uygun bulunmaması durumlarında başvuracakları beklenir. Ayrıca, ispat bakımından bir sorunla karşılaşmak istemeyen işverenler de çalışma koşullarında değişiklik önerisini yazılı biçimde yapmakta yarar görebilirler.

Açıklanan nedenle, belirtilen durumda işverenin başvurabileceği tek yolun İş K. m. 22/1'de belirtilen yazılı bildirim yolu olduğu görüşüne<sup>18</sup> katılmak mümkün değildir. Bu görüş maddenin 2. fıkrasını gözardı etmektedir. Bunun bir sonucu olarak da, Süzek, çalışma koşullarının değişmesiyle ilgili olarak, "işçinin aleyhine olan veya işçinin lehine



olan” gibi bir ayrıma gitmekte; işçinin lehine hukuki sonuçlar doğurabilecek durumlarda İş K. m. 22'nin uygulanması kural olarak gerekmez demektir<sup>19</sup>. Yukarıda değinildiği üzere, Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesi, eskiden olduğu gibi, yeni İş Kanunu döneminde de verdiği kararlarda askıya alma konusunda tarafların sözlü olarak anlaşmalarını, işçinin askıya almaya örtülü biçimde onay vermesini hukuka aykırı bulmamıştır. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de aynı görüştedir<sup>20</sup>.

## 2. İşçinin Ücretsiz İzne Çıkmayı Kabul Etmesi

İşverenin yaptığı ücretsiz izne çıkma önerisi işçiler tarafından açık veya örtülü bir biçimde ya da yazılı olarak kabul edildiği takdirde, iş sözleşmesi tarafların anlaşmasıyla askıya alınmış olur. Askı süreci içinde işçi çalışmayacak ve işveren de kendisine ücret ödemeyecektir. Bununla birlikte -yukarıda değinildiği üzere- tarafların askı sürecinde belli bir tutarda ücret ödenmesi konusunda anlaşmaları mümkündür.

Bu noktada bazı hususlar üzerinde durmak gerekli olmaktadır.

### a) Ücretsiz iznin nedeninin belirtilmesi

Öneri ister sözlü, isterse yazılı biçimde yapılmış olsun, işçinin bu konudaki iradesini ortaya koymasının bakımından, sözleşmenin askıya alınması isteğinin nedeni hakkında bilgi sahibi olmak isteyeceği açıktır. İşçinin sebebini bilmediği ve üstelik de ücret gelirinden yoksun kalacağı bir öneriyi serbest iradesiyle kabul ettiği söylenemez. Bu bakımdan, işçiye böyle bir öneride bulunacak işverenin bunun nedeni hakkında işçiyi bilgilendirmesi kaçınılmaz görülmektedir. Yargıtay da 2005 yılında verdiği bir kararda, işverence yapılan askıya alma işleminde neden gösterilmemesini fesih niteliğinde kabul etmiş ve feshin geçersizliğine, dolayısıyla işçinin işe iadesine karar vermiştir<sup>21</sup>.

Buna karşılık, nispeten eski tarihli bir kararında ise, işçinin rızası bulunmamasına rağmen, “*ortada makul bir sebep*” olduğu için ücretsiz izne çıkarma işlemi fesih niteliğinde görülmemiştir. Uyuşmazlık konusu olan olayda, hava muhalefeti sebebi ile inşaat işinin yürütülmesinin güçlüğü öne sürülerek işveren işçilere yazılı bir duyuruda bulunmuş ve işe ara vermek zorunda kalındığını bildirmiştir. İş-

çi ise bu işlemin sözleşmenin feshi niteliğinde olduğunu iddia etmiş; ihbar ve kıdem tazminatı isteği ile dava açmıştır. Yargıtay'a göre “...*Ortada makul bir sebep olduğu için ücretsiz izne çıkarma işlemine değer vermek gerekir. Bunun sonucu olarak da davacı işçinin bu koşullarda dava açmak suretiyle hizmet akdini baklı nedenle feshettiği kabul edilmelidir. Bu değerlendirmelere göre ihbar tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi isabetlidir*”<sup>22</sup>. Yüksek Mahkeme'nin daha sonraki bir kararında yer alan şu sözler de aynı düşünceyi yansıtmaktadır: “...*ücretsiz izne çıkarma işlemi, ekonomik sıkıntı ve personel giderlerinin bütçenin %30'unu aşma nedenlerine dayandığından, geçerli bir nedendir*”<sup>23</sup>.

Yargıtay'ın bu kararlarını isabetli ve hukuka uygun bulmak mümkün değildir. Ortada makul veya geçerli bir sebep var diye, çalışma koşullarının tek taraflı olarak değiştirilmesini yerinde görmek, eski yasa döneminde de, bugün için de söz konusu olmaz. Ortada makul veya geçerli bir sebep olmasına rağmen işçi ücretsiz izin önerisini kabul etmiyorsa, işverenin yapacağı işlem İş K. m. 22/1'de düzenlenmiştir<sup>24</sup>.

### b) Ücretsiz iznin süresinin belirtilmesi

Ücretsiz iznin ne kadar süreceği önemlidir. Çünkü, böyle bir uygulama çalışma koşullarında değişiklik, hem de esaslı değişiklik anlamını taşır. İşçinin bu yoldaki bir öneriyi değerlendirebilmesi bakımından en azından iznin süresi hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Ancak bu durumda, açıkçası ne kadar bir süre için ücret gelirinden yoksun kalacağını bilebildiği durumda, işçi sağlıklı bir değerlendirme yapabilir ve kendince isabetli bir karara varabilir. Belirtilen nedenle, asıl olan, işverenin öneride bulunurken askı süresini de belirtmesidir<sup>25</sup>. Bununla birlikte, bazen işverenin de işe ara vermenin ne kadar süreceğini tahmin edememesi mümkündür. Gerçekten, işveren ekonomik sıkıntının ne zaman sona ereceğini bilemiyor olabilir. Bu bakımdan, ücretsiz iznin başlangıcında bunun ne kadar süreceğinin tam olarak belirtilmesi şart değildir. Ancak -Eyrenci'nin vurguladığı gibi<sup>26</sup>- ücretsiz izin uygulamasının “geçici” olduğu yolunda bir izlenim yaratılmalı; en azından işçide böyle bir kanı oluşmalıdır. Aksi halde iş sözleşmesinin askıya alınmasından söz edilemez.



### c) Ücretsiz izin süresinin sınırlanması

İşçilerini ücretsiz izne çıkarmak isteyen işveren, bazen bunun sebebi yanında süresini de belirtmekte; bazen askı nedeni ortadan kalktığına kendilerini işe davet edeceğini ifade ederek işçileri izne çıkarmakta; bazı durumlarda ise, işçiyi iş sözleşmesini feshe zorlamak için (kötü niyetle) ücretsiz izin uygulamasına geçmektedirler. Bu noktada da üzerinde durulması gerekli görülen husus, askı süresi ister belirtilmiş isterse belirtilmemiş olsun, işçinin ücretsiz izin önerisini kabul etmiş olmasına rağmen, izin süresinin sınırlanıp sınırlanamayacağıdır. Böyle bir inceleme yapılmasını gerekli kılan neden, Yargıtay'ın çok uzun olan izin sürelerini, hâttâ 11 ay tutan izin süresini dahi askı halinin geçiciliği açısından değerlendirmemesidir. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme 1980'li yıllarda verdiği çeşit-

Aynı şekilde, sözleşmesi askıya alınan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesinde de, 9. Hukuk Dairesi bir süre sınırı (asgari bir süre) ön görmemektedir. Yüksek Mahkeme, iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile askıya alınmasından itibaren yaklaşık 3 ay<sup>29</sup>; bir olayda da 52 gün<sup>30</sup> geçmesini "askı süresinin uzaması" olarak nitelendirmiş ve bu süreler sonunda işçinin iş sözleşmesini feshetmesini "haklı nedenle fesih" olarak kabul etmiştir. İş sözleşmesinin askıya alınmasını; başka bir deyişle, iş şartlarının esaslı bir biçimde değiştirilmesini kabul eden işçinin, henüz iki aya bile ulaşılmadan, ücretinin sözleşme şartlarına göre ödenmediğini öne sürerek sözleşmeyi feshetmesini hukuka uygun bulmak tartışma götürür düşüncesindedim.

Görülüyor ki, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, taraf-

## Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, tarafların askı için anlaşmalarını yeterli görmekte, dolayısıyla süre bakımından objektif bir ölçü veya koşul aramamaktadır.

li kararlarda, 11 ay tutan ücretsiz izinleri, daha sonra ise 8 veya 6 aylık ücretsiz izinleri süre yönünden sorgulamamıştır<sup>27</sup>.

### aa) Yüksek Mahkeme'nin görüşü

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, son yıllarda iş sözleşmesinin askıya alınmasına ilişkin görüşünü şu şekilde belirginleştirmiştir:

*"Dairemizin uygulamaları doğrultusunda işverence tek taraflı olarak iş sözleşmesinin askıya alınması halinde bu uygulama işçi tarafından kabul edilmediği takdirde iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği kabul edilmektedir. İşçi tarafından askıya alınma işlemi kabul edildiğinde ise, askı süresinin sonunda işe davet edilmediği takdirde işverence iş sözleşmesi feshedilmiş olmaktadır"<sup>28</sup>.*

Dikkat edilirse, bu kararda askıya alınma işlemi işçi tarafından kabul edildiğinde, işçinin askı süresinin sonunda işe davet edilmesi gereği ifade edilmekte; ancak, askı süresinin ne kadar olabileceğine ilişkin bir belirleme yapılmamaktadır. 9. Hukuk Dairesi'nin kararlarına bakıldığında, Yüksek Mahkeme'nin, askıya alma konusunda tarafların iradelerinin birleşmesini zorunlu; öte yandan da yeterli gördüğü söylenebilir.

ların askı için anlaşmalarını yeterli görmekte, dolayısıyla süre bakımından objektif bir ölçü veya koşul aramamaktadır.

Öte yandan, Daire, sözleşmenin askıya alınmasına karşı çıkmayan işçinin, daha sonra "askı halinin uzun (yaklaşık 4 ay) sürmesi üzerine" işverene ihtarname çekerek 7 gün içerisinde işe çağırılmasını istemesi karşısında, bu talebin kabul edilmemesini, işverenin fesih işlemi olarak değerlendirmiş; feshi de geçersiz bularak işçinin işe iadesine karar vermiştir<sup>31</sup>. Benzer bir olayda ise, işçinin belli bir süre (yaklaşık 3 ay) bekledikten sonra dava açarak ihbar ve kıdem tazminatı istemesi, Yargıtay'ca iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı feshi olarak nitelendirilmiştir<sup>32</sup>.

Buna karşılık, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, fiilen çalışılmayan bir dönemin sigortalı hizmet süresi olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin meydana gelen bir uyuşmazlık dolayısıyla verdiği kararda "... sözleşme serbestisi kuralına göre işveren ile işçi ücretsiz izin sözleşmesi yapabilirler ve böyle bir sözleşmenin yasaya ve hukuka aykırı olduğu söylenemez" dedikten sonra bunun koşulunu ya da sınırını şu sözlerle ortaya koymaktadır: "Hemen belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılmama-

## Ücretsiz izin uygulamasının uzun süreli de olabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Her şeyden önce, böyle bir karar ve uygulama da MK. m. 2'deki "dürüstlük kuralı" ile sınırlıdır.

sı ve ekonomik kriz geçtikten sonra sigortalının tekrar işe alınması koşuluyla tarafların müşterek iradeleriyle kararlaştırılan ücretsiz izin süresince hizmet akdi askıda kalır<sup>33</sup>. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin bu konuda sınırlama sayılabilecek bir koşul veya ilke öngörmesi yerindeyse de, bu noktada biraz daha somut bir ölçü verilebileceği düşüncesindeyim; bu hususa aşağıda değinilecektir.

### bb) Öğretinin görüşü

Soruna ilişkin olarak iş hukuku öğretisine bakıldığında çeşitli görüşlerin sergilendiği görülmektedir. Bunlardan en liberal olanına göre -yasada bunu engelleyen bir hükme yer verilmiş olmadığı için- altı ay süren, hatta altı ayı aşan ücretsiz izin sürelerine ilişkin anlaşmaları da geçerli saymak gerekir<sup>34</sup>. Aynı yöndeki diğer bir görüşe göre de "...İş Kanunu m. 22 işverenin değişiklik önerisinin geçerli bir nedene dayanmasını aramamış ve anlaşma ile değişikliğin denetlenmesini öngörmemiştir. Bu nedenle işçinin razı olduğu ücretsiz izin uygulaması geçerli bir nedene dayanmasa ve uzun süreli olsa bile hüküm doğuracaktır... yeni dönemde de tarafların ücretsiz izne dair anlaşmasını ve işçinin iradesini geçersiz saymak açıkça yasaya aykırı bir yorum olacaktır<sup>35</sup>." Süzek, işverenin yaptığı ücretsiz izne çıkarılma önerisini işçi kabul etmiş olsa bile, bu durum "iş sözleşmesinin askıya alınması niteliği gereği geçici (makul) bir süre devam etmelidir"<sup>36</sup> demekle birlikte, askı için belirli bir sürenin öngörülmemesi durumunda, işçilerin ancak iyi niyet kurallarının gerektirdiği bir süre kadar bekleyeceklerini, bundan sonra ise iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceklerini belirtmektedir. Yazar, ücretsiz izne çıkarılan işçinin uzun bir süre tekrar işe çağrılmamasını olayın özelliğine göre "ücretsiz izine çıkarma önerisi altında gizli fesih iradesi" olarak değerlendirmekte ve Yargıtay'ın içtihadını benimseyerek böyle bir durumda sözleşmenin işve-

ren tarafından feshedilmiş sayılması gereğine işaret etmektedir<sup>37</sup>. Ne var ki, Süzek'in yukarıda değinilen ifadesinden, askı için belirli bir süre öngörülmediğinde, bu uzun sayılabilecek bir süre de olsa, işçinin bunun dolmasını beklemekle yükümlü olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ekonomi ise, bu konuda "sadece işçi ve işverenin askıda kalmayı kabul edip süresini belirlemedikleri halde değil, taraf iradelerine göre sürenin tespitinde de bir üst sınır olarak olayın özelliğine göre dürüstlük kuralının gerektirdiği makul bir sürenin aşılmaması aranmalıdır" demektedir<sup>38</sup>. Görülüyor ki, Ekonomi, taraflarca ücretsiz izin süresi ister belirlenmiş olsun isterse olmasın, bunun "makul bir süre"yi aşmaması gereğine işaret etmekte; ancak, söz konusu "makul süre" için bir öneride bulunmaktaki; bunun olayın özelliğine göre belirlenebileceğini ifade etmektedir.

Vurgulamak gerekir ki, sözleşme özgürlüğünden veya İş Kanunu m. 22'nin herhangi bir engelleme veya denetleme öngörmemesinden hareketle, ücretsiz izin uygulamasının uzun süreli de olabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Her şeyden önce, böyle bir karar ve uygulama da MK. m. 2'deki "dürüstlük kuralı" ile sınırlıdır. Gerçekten de, işverenin kimi yükümlerinden kurtulmak için kötü niyetle, açıkçası işçiyi feshe zorlamak amacıyla bu yola başvurmasını hukuk düzeni korumaya caktır<sup>39</sup>. Öte yandan, genel olarak işverence karar verilen ücretsiz izin uygulamasında, işçiye tanınan seçenek, sadece "işinden olmak" ile "belli bir süre ücretinden yoksun kalmak" arasında bir tercih yapmasıdır. İşinden olmaktan ise, belli bir süre işsiz kalmayı tercih eden işçinin bunu gönül rızası ile kabul ettiği, gerçek iradesinin bu olduğu söylenemez.

Ayrıca, ücretsiz izin süresinde iş sözleşmesi askıda kaldığına ve -yukarıda açıklandığı üzere- askı koşullarından biri de "geçicilik" olduğuna göre, bu terimin yorumlanması sorunun çözümü bakımından son derece önemlidir. İş sözleşmesinin askıda kalacağı süre taraflarca ister kararlaştırılmış olsun, isterse olmasın; bu sürecin "geçici" olma niteliği ne zaman sona erecektir? Askı hali 11 ay, 8 ay veya 6 ay sürdüğünde, geçicilikten söz edilebilir mi? Daha somut bir deyişle, iş sözleşmesinin askıda kalması bakımından kabul edilen "geçici-makul süre" için bir ölçü vermek mümkün müdür? Böy-

le bir ölçü Engin tarafından önerilmiştir. Yazara göre, “İş Kanunu m. 65’te yer alan üç aylık askı süresi ücretsiz izinde geçiciliğin belirlenmesinde temel ölçü olarak esas alınabilir”<sup>40</sup>.

Kanımcı, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin yukarıda değinilen kararında<sup>41</sup> belirtilen veya öğretide önerilen “hakkın kötüye kullanılmaması ve ekonomik kriz geçtikten sonra sigortalının tekrar işe alınması” veya “iyi niyetle ve samimiyetle” ya da “dürüstlük kuralının gerektirdiği makul bir süre” yolundaki koşul ya da sınırlamalar oldukça soyuttur ve de soruna net bir çözüm getirmekten uzaktır. Hiç kuşkusuz, sözleşmenin askıya alınmasını işçiye kabul ettiren işveren kötü niyetli ise, askıya alma işlemi işverenin sözleşmeyi feshi olarak değerlendirilecektir. Ancak, işçinin işverenin kötü niyetli ya da samimi olmadığını veya ekonomik krizin geçtiğini ispat etmesi son derece güçtür. Kaldı ki, işveren askıya alma (ücretsiz izin) konusunda iyi niyetli, samimi de olabilir. Bununla birlikte, bu uygulamanın işverene ait olan işletme riskinin işçiye yüklenmesi anlamına geldiği, söz konusu riski üstlenen işçinin ücret, kıdeme bağlı haklar ve sosyal sigorta hakları bakımından olumsuz olarak etkilendiği dikkate alınır<sup>42</sup>, askıya alma için zorunlu görülen “geçicilik” koşulunun çok daha belirgin bir biçimde ortaya konulması kaçınılmaz görünmektedir. Belirtilen nedenle şöyle bir çözüm yerinde görülmelidir: Şayet askı durumu yasal bir neden veya dayanaktan kaynaklanıyorsa, o süreç askı halinin sınırını oluşturacaktır. Sözelimi, iş sözleşmesi hastalık, analık, yasal bir grev veya lokavt gibi nedenlerle ya da tarafların anlaşmasıyla muvazzaf askerlik görevi dolayısıyla askıya alınmışsa, askı halinin yasada belirlenen süre veya dönem için devam edeceği açıktır. İş sözleşmesinin bunlar dışında kalan zorunluluklar dolayısıyla askıya alındığı hallerde ise, Engin’in önerdiği gibi, İş Kanunu m. 65 ölçü olarak alınmalı ve 3 ay bir sınır olarak kabul edilmelidir. Söz konusu 3 ay dolduğunda işçiye işe çağırılmayan işverenin iş sözleşmesini geçersiz bir biçimde feshettiği kabul edilmelidir. Kuşkusuz, süre dolduğu halde, askıya almayı gerektiren neden devam ediyorsa, taraflar anlaşarak -aynı sınırlamayla- yeni bir askı süresi belirleyebilirler.

Önerilen 3 aylık sınırın aşılması koşuluyla, tarafların ücretsiz izin (iş sözleşmesinin askıya alınması) konusunda anlaşmaya varmaları üzerine

**İş sözleşmesi hastalık, analık, yasal bir grev veya lokavt gibi nedenlerle ya da tarafların anlaşmasıyla muvazzaf askerlik görevi dolayısıyla askıya alınmışsa, askı halinin yasada belirlenen süre veya dönem için devam edeceği açıktır.**

İş koşulları değişmiş sayılır. Taraflar iş sözleşmesini değişen koşullarla sürdürmek yükümü altına girmiş olurlar. Sözleşme değişen koşullarla varlığını sürdürdüğüne göre, işçinin kısa bir süre sonra iş sözleşmesini feshetmesi “haklı” görülemez<sup>43</sup>. Oysa Yargıtay verdiği bir kararda, işveren tarafından iş sözleşmesi 6.4.2004 tarihinde askıya alınan ve “başlangıçta askıya karşı çıkmayan” işçinin, tam 52 gün sonra, yani aradan 2 ay bile geçmeden, askı süresinin uzadığını öne sürerek iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesini hukuka uygun bulmuştur. Yüksek Mahkeme’ye göre, iş sözleşmesi 6.4.2004 tarihinde askıya alınan “...davacının başlangıçta askıya karşı çıkmadığı, ancak askı süresinin uzaması üzerine 28.5.2004 tarihli yazı ile hizmet akdini 4857 sayılı yasanın 24/II e maddesi gereğince haklı olarak feshettiğini işverene bildirdiği...anlaşıldığından akdin...haklı nedenle davacı tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir”<sup>44</sup>. Bilindiği gibi, yasanın 24/ II e maddesi, ücretinin ya da veya sözleşme şartlarına uygun olarak ödenmesi durumunda işçiye derhal fesihle bulunma olanağı vermektedir. Sözleşme şartlarının değişmesini, açıkçası belli bir süre için ücret almamayı, karşılığında da çalışmamayı kabul eden işçinin, daha sonra ücretinin ödenmediğini öne sürerek sözleşmeyi feshetmesini ve Yargıtay’ın da bunu “haklı” bulmasını anlamak güçtür. Bu görüş yerleştiğinde, işyeri değişikliğini kabul edip yeni iş yerinde çalışmaya başlayan işçi de bir süre sonra sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecek; dahası, işçinin belli bir süre için yaptığı ücretsiz izin talebini uygun karşılayan işveren de bir süre sonra işçinin iş görme borcunu yerine getirmediği gerekçesiyle aynı yola başvurabilecektir. Özetle, askıyı

kabul eden işçinin bir süre sonra sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceğine karar veren Yargıtay'ın bu içtihadını gözden geçirmesinde yarar görülmektedir.

### 3. İşçinin Ücretsiz İzne Çıkmayı Kabul Etmemesi

İşçi kendisine sözlü olarak yapılan ücretsiz izne çıkma talebini uygun bulmayıp reddedebilir. Bu durumda anlaşma olmadığından, askı konusunda ısrarlı olacak işverenin başvuracağı yol İş K. m. 22/1'de düzenlenen "değişiklik feshi" olabilir. Açıkçası, işveren durumu yazılı olarak işçiye bildirir; işçi değişiklik önerisini altı işgünü içinde yazılı olarak kabul etmezse, işveren değişik isteğinin geçerli bir nedene dayandığını yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. Yasaya göre, sözleşmesi feshedilen işçi, İş K. m. 17-21 hükümleri uyarınca işe iade davası açabilir. Maddede fesih işlemi için "geçerli neden" arandığı ve 17-21 hükümlerine yollama yapıldığı için, işe iade davası iş güvencesi hükümleri kapsamına giren işçiler tarafından açılacaktır<sup>45</sup>.

Buna karşılık, işçi ücretsiz izne çıkmayı istemez ve işveren de değişiklik feshi yoluna başvurmaz; ama yine de işçiye iş vermezse askı olgusu gerçekleşmez. Çünkü, çalışma koşullarının tek taraflı olarak değiştirilmesi söz konusu olamaz. Yargıtay, isabetli bir biçimde, işverenin iş sözleşmesini tek taraflı olarak askıya almasını "fesih" işlemi olarak değerlendirmektedir: "Dairemizin uygulamaları doğrultusunda işverence tek taraflı olarak iş sözleşmesinin askıya alınması halinde bu uygulama işçi tarafından kabul edilmediği takdirde iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği kabul edilmektedir."<sup>46</sup> Yargıtay bir kararında ise, rızası ve yazılı muvafakati bulunmadan işçinin işverence tek taraflı ücretsiz izne çıkarılmasını "eylemli fesih" olarak nitelendirmiştir<sup>47</sup>.

Yukarıda belirtildiği gibi<sup>48</sup>, işçinin ücretsiz izin önerisini kabul etmemesine rağmen, Yargıtay'ın, bunun için makul veya geçerli sebep bulunduğunu öne sürerek, işverenin tek yanlı işlemini hukuka uygun bulan kararlarını isabetli görmek mümkün değildir<sup>49</sup>.

Öte yandan, sözleşmenin askıya alınmasını kabul etmeyen işçi böyle bir durumda İş K. m. 24/II

e veya f gereğince fesih yoluna başvurabilir. Ancak, diğer yolun kendisi için daha yararlı olduğu açıktır.

### 4. Askı (Ücretsiz İzin) Süresinin Dolması

Taraflar askı (ücretsiz izin) süresini ister belirlenmiş olsunlar isterse olmasınlar, "geçicilik" koşulu nedeniyle bunun en çok 3 ay olması gereğine yukarıda işaret edilmişti. En çok 3 ay tutabilecek olan askı süresi dolduğunda, iş sözleşmesinden doğan temel borçlar tüm hüküm ve sonuçlarıyla tekrar yürürlük kazanır. Bu bakımdan, kararlaştırılan askı süresi dolduğunda veya aradan 3 ay geçmesine rağmen, işçi işe çağırılmadığında, işverenin sözleşmeyi feshettiği kabul edilmelidir. Nitekim, Yargıtay da verdiği bir kararda, karşılıklı anlaşma ile belirlenen yaklaşık bir aylık askı süresi sonunda diğer işçileri işe başlatan işverenin davacı işçiyi işe başlatmamasını sözleşmenin feshi olarak değerlendirmiş ve feshi de geçersiz sayarak işçinin işe iadesine karar vermiştir<sup>50</sup>. Aynı şekilde, işçi de askı süresi dolduğunda işbaşı yapmakla yükümlü olur; askı durumu sona ermesine rağmen işe başlamayan işçi sözleşmeyi usulsüz olarak feshetmiş sayılır ve bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalır.

### DİPNOTLAR

- 1 S. Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2005, 373; Ö. Eyrenci, Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S. 5, İstanbul 2001, 39.
- 2 Süzek, 384, 388.
- 3 Süzek, 390-391; Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, 264.
- 4 Oysa, bu görüşte, S. Başterzi, Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, A. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, 2005, Ayrı Bası, 75).
- 5 Süzek, 379 vd.; Eyrenci, 40 vd.
- 6 Süzek, 380.
- 7 Süzek, 381; Eyrenci, 41.
- 8 Süzek, 382.
- 9 Eyrenci, 42-43; Süzek, 382-383.
- 10 Bak. Süzek, 383.
- 11 N. Çelik, Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkarmayı Önleyici Çözüm Arayışları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 43; Süzek, 383.
- 12 Yarg. 9. HD, 30.09.1998, E. 11114, K. 13801; Tekstil İşveren, Ocak 1999, 15.
- 13 Aynı görüşte: M. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve



- Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 436-437.
- 14 F. Şahlanan, Geçici İşçi-İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Fesih, Karar İncelemesi; Tekstil İşveren, Hukuk 2, Haziran 2006, 4.
- 15 Yarg. 9. HD, 20.12.2004, E. 32205, K. 28466; O. G. Çankaya-C. İ. Günay-S. Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 296.
- 16 Yarg. 9. HD, 30.03.2006, E. 28789, K. 8012; Çalışma ve Toplum 10, 2006/3, 185.
- 17 Yarg. 9. HD, 29.12.2003, E. 22915, K. 22947; İşveren, Ocak 2004, 18-19.
- 18 M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003, 107-108; Süzek, 384, 387; Ö.Ekmekçi, İşverenin Prim Ödeme Yükümü-Ücretsiz İznin Koşulları, Ekonomi-Ekmekçi-Uçum, Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S. 1, 2006, 104-105; M. Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, 229.
- 19 Süzek, 384.
- 20 Yarg. 10. HD, 14.04.2005, E. 11825, K. 4071; Legal İHSGHD, S.7, 2005, 1387-1388.
- 21 Yarg. 9. HD, 19.09.2005, E.29066, K.30405; Tühis, Kasım 2005, 108-109.
- 22 Yarg. 9. HD, 06.12.2000, E. 13381, K. 18384; Tühis, Mayıs-Ağustos 2001, 51-52.
- 23 Yarg. 9. HD, 29.12.2003, E. 22915, K. 22947; İşveren, Ocak 2004, 18-19.
- 24 Bu hususta, aynı görüş: M. Engin, İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi, Legal İHSGHD, S. 2, 2004, 543; Süzek, 387;
- 25 Taşkent, Ö. Eyrenci-S. Taşkent-D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2005, 141. Buna karşılık, ücretsiz iznin süresinin belirtilmesini zorunlu görenler de vardır: Alp, 229-230; F. Demir, Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Onayının Alınması, Sicil, S. 2, Haziran 2006, 109.
- 26 Eyrenci, 42.
- 27 Kararlar için bak. Eyrenci, 42. Ayrıca bak. Yarg. 9. HD, 30.9.1998, E. 11114, K. 13801; Tekstil İşveren, Ocak 1999, 15.
- 28 Yarg. 9. HD, 20.12.2005, E. 28701, K. 40137; Tekstil İşveren, Hukuk 2, Haziran 2006, 2.
- 29 Yarg. 9. HD, 20.12.2005, E. 28701, K. 40137; Tekstil İşveren, Hukuk 2, Haziran 2006, 2.
- 30 Yarg. 9. HD, 30.3.2006, E. 28789, K. 8012; Çalışma ve Toplum, 2006/3, 184-185.
- 31 Yarg. 9. HD, 20.12.2004, E. 32205, K. 28466; Yarg. 9. HD, 13.1.2005, E. 282, K. 1046; Çankaya-Günay-Göktaş, 294-297.
- 32 Yarg. 9. HD, 20.12.2005, E.28701, K.40137; Tekstil İşveren, Hukuk 2, Haziran 2006, 2.
- 33 Yarg. 10. HD, 14.04.2005, E. 11825, K. 4071; Legal İHSGHD, S. 7, 2005, 1385-1390.
- 34 Çelik, 434.
- 35 Alp, 230.
- 36 Süzek, 385.
- 37 Süzek, 384-385.
- 38 Ekonomi, 438.
- 39 Alp, 231; Süzek, 385.
- 40 Engin, 109; Aynı görüşte, Demir, 110.
- 41 Bak. dn. 33.
- 42 Bak. Engin, 107.
- 43 Başterzi'ye göre, ücretsiz izinde "...işçiler diledikleri zaman iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkına sahiptir (Başterzi, 76).
- 44 Yarg. 9. HD, 30.03.2006, E. 28789, K. 8012; Çalışma ve Toplum 10, 2006/3, 184-185.
- 45 G. Alpagut, İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararları, Legal İHSGHD, S. 9, 2006, 55. Karş. Engin, Legal İHSGHD, S. 2, 2004, 543.
- 46 Yarg. 9. HD, 20.12.2005, E. 28701, K. 40137; Tekstil İşveren, Hukuk 2, Haziran 2006, 2. Aynı şekilde, Yarg. 9. HD, 19.9.2005, E. 29066, K. 30405; Tühis, S. 6, Kasım 2005, 109; Yarg. 9. HD, 13.1.2005, E. 282, K. 1046; Çankaya-Günay-Göktaş, 295.
- 47 Yarg. 9. HD, 08.11.2004, E. 7127, K. 25124; Legal İHSGHD, S.5, 2005, 277.
- 48 Bak. II 2 a.
- 49 Ekmekçi, 104; K. D. Yenisey, Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, 82.
- 50 Yarg. 9. HD, 13.1.2005, E. 30333, K. 705; Çankaya-Günay-Göktaş, 355.



Doç. Dr. Gülsevil ALPAGUT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Korumalı İşyeri Kavramı ve Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmeliğin Değerlendirilmesi

## 1. Giriş

Özürünün toplumda bağımsız bir birey olarak varolması ancak toplumsal yaşama eşit haklarla katılımının sağlanması ile gerçekleşebilir. Bu hedefe ulaşmada, çalışma yaşamına katılım özel bir önem taşır. Öyle ki, özürünün çalışma yaşamına katılımı ekonomik bağımsızlık ve toplumsal kimliğin kazanılmasında yaşamsal öneme sahiptir. Tam katılım ve eşitlik esastan hareket eden bu anlayış, özür- lülere bakış açısının zaman içerisinde gelişimini de göstermektedir. Bugün gelinen noktada, özür- lülere bakış açısının zaman içerisinde gelişimini de göstermektedir. Bugün gelinen noktada, özür- lülere bakış açısının zaman içerisinde gelişimini de göstermektedir. Bugün gelinen noktada, özür- lülere bakış açısının zaman içerisinde gelişimini de göstermektedir.

cek, özür- lülere özgülenmiş eğitim, işyeri, konut, ulaşım vb. uygulamalardan kaçınılmalı, özür- lünün aynı sosyal ortam içerisinde temel haklardan yararlanması sağlanmalıdır. Nitekim, uluslararası ve ulusal düzenlemeler de bu eğilimi açıkça yansıtmaktadır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun İnsan Hakları Evrensel Beyanname- si'ne ek olarak yayınladığı "Sakat Kişilerin Hakları Bildirgesi", "Zihinsel Açından Geri Kalmış Kişilerin Hakları Beyanname- si", "Sakatlarla İlgili Dünya Faaliyet Programı", yine BM Genel Kurulu'nun 20.12.1993 tarihinde yapılan 48. toplantısında 48/96 sayılı kararla kabul edilen "Sakatlar İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar" BM bünyesinde eşitliğin sağlanması- na yönelik başlıca düzenlemeler olarak belirlemektedir<sup>1</sup>.

AB ve üye ülkelerdeki düzenlemeler de aynı seyri izlemiştir. 24.07.1986 tarihli "Avrupa Topluluğu Düzeyinde Özür- lülerin İstihdamına Yönelik Konsey Tavsiye Kararı", 31.05. 1990 tarihli "Özür- lü Çocuklar ve Gençlerin Genel Öğretim Sistemine Katılımına Yönelik Karar", 20.12.1996 tarihli "Özür- lüler İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Karar", 17.06.1999 tarihli "Özür- lü Kişilere İstihdamda Fırsat Eşitliği Sağlanması Konusunda Karar", 05.05.2003 tarihli "Özür- lü Öğrencilere Eğitim ve

Mesleki Eğitimde Fırsat Eşitliği Sağlanması Konusunda Karar”, 15.06.2003 tarihli “Özürü Bireylerin İstihdamının ve Toplumsal Bütünleşmelerinin Teşvik Edilmesi Konusunda Karar”, 30.10.2003 tarihli “Özürülere Yönelik Fırsat Eşitliği: Avrupa Eylem Planı” ve AB'nin genel eşitliğe yönelik 27.10.2000 tarihli “İstihdamda ve İşte Eşit Muamele Yönergesi” fırsat eşitliği ve eşit katılım esnasından hareket eden temel düzenlemeler arasında yer almaktadır. Yine Amsterdam Anlaşması'nın 13. maddesinde, Avrupa Konseyi'nin Komisyondan gelen öneriler doğrultusunda Avrupa parlamentosunun görüşünü alarak diğer unsurlar yanında özürürlük nedeniyle ayrımla mücadele konusunda gerekli tedbirleri alması öngörülmüştür.

Özürülere ilişkin sosyal düşünce ve yasal düzenlemelere hakim eşitlik esası, istihdam alanında da aynen geçerlidir. Amsterdam Anlaşmasında is-

Ülkemizde de uygulanan kota yöntemi, korumalı işyeri düzenlemesi, devletin işverenleri finansal yönden destek ve teşviki, temel ve mesleki eğitimin sağlanması, özellikle kamu sektöründe bazı iş ve mesleklerin özürürlüler için tahsisi istihdamın sağlanmasında benimsenen başlıca tedbirleri oluşturmaktadır<sup>2</sup>.

AB'de 400.000 civarında özürürlü işçi istihdam eden işverenlerden oluşan European Group – IPWH'nin bu konudaki üç aşamalı modeli de gerek gelişimi gerekse yöntemlerin tamamlayıcılığını göstermesi bakımından önemlidir. Bu model çerçevesinde ilk adım eşitliğin sağlanmasıdır. Diğerleri ile birlikte özürürlülerin iş pazarında eşit şartlarla çalışması sağlanmalıdır. Bu aşamada temel ve mesleki eğitimin sağlanması önemlidir. İkinci aşama özürürlü çalıştıran işverenlerin destek ve teşvikidir. Destek ve teşvikler ortaya çıkan ilave maliyetin

## Özürürlüere ilişkin sosyal düşünce ve yasal düzenlemelere hakim eşitlik esası, istihdam alanında da aynen geçerlidir.

tihtamla ilgili bir başlık oluşturularak bir Avrupa İstihdam Stratejisi'nin oluşturulması benimsenmiştir. Bu strateji, istihdam edilebilirlik, girişimcilik, uyum, uyarılma ve fırsat eşitliği boyutlarından oluşmakta ve özürürlüler bakımından fırsat eşitliğinin sağlanması hedeflerden birini oluşturmaktadır. Lizbon Stratejisinde büyüme ve istihdamın artırılması için alınması gereken tedbirler belirtilirken, reform programlarının özürürlülerin entegrasyonunu teşvik yönünde oluşturulması talep edilmektedir. İstihdam Stratejisine paralel olarak, ülkelerin sosyal güvenlik sistemlerinde özürürlüye yardım esnasından özürürlünün istihdamına yönelik bir değişim gözlenmektedir. AB'nin özürürlülük eylem planının 2006-2007'ye ilişkin bölümü de özürürlülerin aktif olarak katılımına dayalıdır.

Genel olarak ifade edilirse; istihdam alanında özürürlülüğün çalışmaya engel olmadığı, uygun iş ve işyeri ortamı ile her özürürlünün çalışabilen ve bu noktada toplumsal üretime katkıda bulunması gereken birey olduğu bugün genel kabul gören bir düşüncedir. İstihdama katılımın sağlanması bakımından kabul edilmiş çeşitli yöntemler bulunmaktadır. Bunlar genelde bir arada birbirini tamamlayan yöntemler olarak dikkati çekmektedir.

karşlanması amacıyla ücret yardımları ve vergi indirimlerinden oluşur. Üçüncü aşama ise özürürlü kişiler için özel organize edilmiş işyerlerinin kurulmasıdır. Korumalı işyerleri bu kapsama dahildir. Bu işyerleri normal istihdama hazırlayıcı nitelikte olmalıdır<sup>3</sup>.

Son yıllarda Türk Hukukunda özürürlüere yönelik ciddi adımlar atılmış, 2005 yılı özürürlülerin istihdamı yılı olarak kabul edilmiştir. 07.07.2005 tarihinde “Özürürlüler Hakkında ve Bazı Kanun ile Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” yürürlüğe girmiş<sup>4</sup>, “2005-2010 Özürürlülerin İstihdamı Eylem Planı”nda temel hedefler belirlenmiştir. Bu noktada, kota, kota-ceza sisteminin işverenlere verilen desteği arttıracak şekilde yeniden düzenlenmesi, mesleki rehabilitasyon merkezleri ile korumalı işyeri uygulamasının geliştirilmesi öngörülmüştür. Nihayet, 30.05.2006 tarihinde “Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik” yayımlanmıştır.

Bu çalışmada genel olarak korumalı işyeri kavramı incelenerek yabancı ülke uygulamalarına değinilecek ve Yönetmelik ile getirilen hükümler değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## II. Korumalı İstihdam ve Korumalı İşyeri Kavramı

Korumalı istihdam, özürllükleri nedeniyle çalışma hayatına katılmaları veya çalışma yaşamında kalabilmeleri güç olan grupların istihdamlarının, özel koşullar çerçevesinde sağlanabilmesini öngören sistem olarak tanımlanabilir. Bu sistem, bir yandan istihdamı hedeflerken aynı zamanda rehabilitasyon işlevini de içerir. Kişilerin çalışma kapasitelerinin artırılmasında bireysel ve sosyal yardım amacı güder. Dolayısıyla, normal işgücü piyasasına geçişin sağlanması amaç ve hedeflerden birini oluşturur<sup>5</sup>. Korumalı istihdam uygulandığı ülkeler bakımından yeknesak tek bir sistem olarak belirlenmez. Temel amaç çerçevesinde ülkelerin hukuki veya sosyal yapıları ile paralel olarak farklı düzenlemeler ve uygulamalar mevcuttur.

Korumalı işyeri, özürllükleri nedeniyle normal işyerlerinde çalışmaları güç olan özürllüklerin çalışma yaşamına katılmaları için özel olarak düzenlenen, aynı zamanda rehabilitasyon amacı izleyen işyerlerini ifade eder<sup>6</sup>. Bu bağlamda, kota sistemi ve devlet teşviki (desteklenmiş istihdam) yanında, korumalı istihdam bir yöntem olarak karşımıza çıkar ve diğer yöntemlerle bir bütün oluşturur.

Desteklenmiş istihdamda (supported employment), kural olarak normal işyerlerinde işverenlerin özürllü işçi çalıştırmaları için devlet tarafından gerekli destek ve teşvikin yapılması sözkonusudur. Bu destek ve teşvikler, ücretin bir kısmının devlet tarafından karşılanması, belirli bir süre ile mali yardım sağlanması, vergi indirimleri, sigorta primlerinin azaltılması veya işyeri donanımının özürllüye uygun hale getirilmesi gibi parasal veya aynı nitelikte olabilir. Korumalı istihdamda ise, daha ağır özürllük oranına sahip işçiler için kurulmuş, özel donanıma sahip ve birincil amacı istihdam ile rehabilitasyon sağlamak olan işyerleri sözkonusudur. Sosyal ve mesleki entegrasyon ile rehabilitasyon amacı çoğu kez fiilen ticari amacın önünde yer alır. Burada devletin destek ve teşviki ise çok daha önemli miktarlardadır.

Korumalı işyerlerinin hukuki yapılarına bakıldığında bu tür işyerlerinin özel veya kamu işverenlerince kurulabildiği, ancak genellikle bu alanda özel kurumların etkin olduğu gözlenmektedir. Belçika ve İspanya, özel hukuk tüzel kişisi niteliğinde

Korumalı işyerlerinin hukuki yapılarına bakıldığında bu tür işyerlerinin özel veya kamu işverenlerince kurulabildiği, ancak genellikle bu alanda özel kurumların etkin olduğu gözlenmektedir.

korumalı işyeri uygulamasına örnek olarak verilebilir. Bu özel kurumlar, gönüllü dernekler, birlikler veya ticari işletmelerden oluşabilmektedir. Güney Afrika ve Portekiz'de tüm korumalı işyerleri özel hukuk tüzel kişisi niteliğindedir.

Hollanda ve İsveç gibi bazı ülkelerde korumalı işyerleri tamamen kamusal bir yapıda iken, İngiltere ve İrlanda gibi diğerlerinde hem kamusal hem de özel nitelikteki kurumların bir arada faaliyet gösterdiği görülmektedir<sup>7</sup>.

Yine bazı ülkelerde, korumalı işyerleri bir çok küçük gönüllü dernek veya birlik tarafından kurulmuş işyerleri görünümünde iken, İngiltere örneğinde ağırlıklı olarak tek bir kuruluş bünyesinde, İsveç'te ise bütünüyle tek bir kamusal şirketin çatısı altında faaliyet göstermektedir.

Ailelerin kurduğu dernek ve birliklerin korumalı işyerlerinin kurulmasında ve bazı ülkelerde yönetim veya danışma düzeyinde etkin rol oynadıkları tespit olunmuştur. Genel olarak yapılan değerlendirmede korumalı istihdamın göreceli bir artış gösterdiği belirtilmektedir.

## III. Korumalı İstihdam Modelleri

Korumalı istihdam modelleri amaç ve uygulama koşulları bakımından farklılık gösterir. Ülkelerde bu modellerin bazen biri tercih edilirken, bazı durumlarda iki veya daha fazla model bir arada bulunabilmektedir<sup>8</sup>.

### 1. Tedavi Edici Model (işçi statüsüne karşı koruma)

Bu model genelde zihinsel özürllü kişilerin çalıştığı kurumlarda uygulanır ve zihinsel özürllü kişilerin birlikleri veya bunların aileleri bu kurumlarda çok aktiftir. Arjantin, Yunanistan ve Güney Afrika'da dernekler bu işyerlerinin kurulmasında ciddi rol oyna-

mışlardır. Yine Lüksemburg'da ailelerin kurmuş olduğu dernekler sektörde oldukça etkindir.

Tedavi edici model çerçevesinde işçiler işçi statüsünden ziyade, yararlanan hak sahibi (beneficiaries) veya eğitim gören olarak değerlendirilir. Dolayısıyla bir iş sözleşmesi ile çalışma sözkonusu değildir. Çalışanlar çalışma dolayısıyla sosyal güvenlik hakkından yararlanmaz, ancak özürüllük nedeniyle sosyal güvenlik yardımlarına hak kazanırlar. Yine özürüllü işçilerin gelirleri geniş ölçüde sosyal yardım, bağış veya özürüllü aylığından oluşur. Lüksemburg'da asgari ücret sağlanır, İrlanda ve Güney Afrika'da ise belirli bir aylığın üzerine devletçe sağlanan ödeme sözkonusudur. Bu modelde iş süreleri normal iş sürelerinden daha kısadır (Güney Afrika'da 30-35, İrlanda'da 35, Yunanistan'da 30, Arjantin'de 25 saat).

## 2. Ara Model (Özürllünün işçi benzeri olarak kabul edilmesi)

Bu modelde uygulanan çalışma koşulları özürllünün bizzat işçi olarak kabul edilmesini mümkün kılmamakla birlikte, burada saf tedavi edici işlevde gözlenmez. Bu model çerçevesinde çalışanlar genelde işçi olarak dikkate alınırlar, ancak ücret karşılığı çalışmaya ilişkin tüm hükümlere tabi değildirler. Bir iş sözleşmesi tavsiye edilirse de, uygulamada yaygın değildir (özellikle, Danimarka ve Almanya'da). Bu modelde sendika üyeliği mümkündür. Ancak sendikalaşma ya hiç mevcut değildir veya oldukça düşük oranlardadır. Toplu iş sözleşmesi nadiren mevcuttur.

Ücretler için asgari miktarlar öngörülmüştür. Ücret miktarı özürllülük aylığının mevcudiyetine göre değişebilmektedir. Örneğin Danimarka'da özürüllü aylığına ilaveten en az asgari ücretin % 5'i oranında bir ödeme zorunludur. Portekiz'de ise asgari ücretin ödenmesi zorunludur.

Tedavi edici modelin aksine bu modelde belirli sınırlamalar dışında sosyal güvenlik yardımları işçilere uygulanır. Örneğin; İsviçre ve Danimarka'da işsizlik yardımından yararlanma sözkonusu değildir.

Çalışma süreleri 35-42 saat arasındadır. Ara model tedavi edici modelden daha çok ücretli istihdam modeline yaklaşmaktadır

## 3. Karma (İkili) Model

Bu sistemde genellikle iki, bazen daha fazla korumalı istihdam tipi bir araya gelir. Fransa ve İspanya'da iş temelli yardım merkezleri ile korumalı işyerleri bu çerçevede yer alır. İş temelli yardım merkezlerinde tedavi amacı gözlenir. Korumalı işyerinde ise ücretli istihdam bakış açısı izlenir. Yine Norveç, Avustralya, Arjantin belirli nüanslarla ikili modele örnek oluşturmaları.

Çalışma koşulları bakımından ise, özürllülük seviyesine göre yapılan iş belirleyicidir. Yüksek seviyeli olarak adlandırılan işlerde çalışanlar işçi olarak kabul edilir ve bu kişiler bir iş sözleşmesi imzalarlar. Sendika üyeliği mümkündür. Ancak sendikalaşma sınırlı kalmaktadır. Düşük seviyeli işler olarak adlandırılan işlerde ise genelde zihinsel özürllüler çalıştırılır. Bu kişiler işçi olarak kabul edilmez ve sendika üyeliği sözkonusu değildir.

Ücret bakımından tüm ülkelerde bir asgari miktardan hareket edilir. Norveç ve Avustralya'da olağan istihdamla aynı temelde ücretlendirme kabul edilir. Ancak bu ücretlendirme devlet tarafından bağlanan bir aylık ve işverence yapılan ödemedir oluşur. Yine ücretin miktarına göre, özürllüye devlet tarafından ödenen aylık azalır veya çoğalır. Fransa'da işveren tarafından asgari ücretin % 35'i ödenir ve buna ilaveten devlet tarafından ödeme yapılır. Fransa'da iş temelli yardım merkezlerinde yine merkez tarafından en az asgari ücretin % 5'i oranında bir miktar ödenir. Ayrıca kısmi aylık ve asgari ücretin % 50'si oranında gelir yardımı sözkonusudur.

İkili sistemin avantajı iki tip istihdam arasında geçişe izin vermesidir.

## 4. Ücretli İstihdam Modeli

Bu modelde belirli oranda özürüllü işçi istihdam eden işyeri korumalı işyeri statüsünü elde eder. Örneğin, Polonya'da iş gücünün % 40'ını özürllülerin oluşturduğu işyerleri korumalı işyeridir. Korumalı işyerlerine vergi, sigorta primi, teknik donanım gibi avantajlar sağlanır. Yapılan işin türü veya faaliyet sektörü bakımından diğer modellerden farklılık bulunmaz. Ancak bu modelde kişi özürüllü olmayanlar gibi haklardan yararlanır ve borçları yerine getirmekle yükümlüdür. Bu işyerleri diğer işyerleri ile büyük ölçüde benzer işlev görürler, işçiler diğer işçiler gibi iş sözleşmesi ile çalışırlar,



sendikalaşma oranı yüksek olmasa da mevcuttur. İşçiler kendi temsilcilerini seçerler, toplu görüşme prosedürü gerçekleşir. Bu sistemde zihinsel özür-lülerin oranı azdır.

## IV. Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik

### 1. Amaç, Kavram ve Kapsam

Yönetmelikte korumalı işyeri; “normal işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özür-lüler için mesleki rehabilitasyon ve istihdam oluşturmak amacıyla, Devlet tarafından ilgili mevzuatta teknik donanımın sağlandığı ve mali yönden desteklendiği, çalışma ortamının özel olarak düzenlendiği” (mad. 3/ç) işyeri olarak tanımlanmaktadır. Bu bağ-lamda, korumalı işyerinin her iki işlevi yani tedavi edici (rehabilitasyon) ve istihdam yaratma işlevi dikkate alınmıştır.

Yönetmeliğin amacı, korumalı işyeri statüsünün kazanılması, işleyişi ve denetlenmesine ilişkin usullerin düzenlenmesidir (mad. 1). Yönetmeliğin kapsamı ise; normal işgücü piyasasına kazandırıl-maları güç olan özür-lüler için mesleki rehabilitas-yon ve istihdam oluşturmak amacıyla gerçek veya özel kişilerce açılan ve açılacak olan işyerleridir (mad. 1).

### 2. Korumalı İşyeri Statüsünün Kazanılması

Yönetmelikte korumalı işyeri statüsünün kaza-nılması bakımından öncelikle işyerinin çalıştırdığı toplam işçi ve özür-lü sayısı bakımından belirli bir büyüklüğe ulaşması aranmıştır. Buna göre; işyeri-nin büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulun-ması durumunda en az otuz, Büyükşehir belediye sınırları dışında en az onbeş işçi çalıştırması ve ça-lışan işçilerin % 75'ini yönetmelikte belirlenen ni-telikte özür-lülerin oluşturduğu işyerleri korumalı işyeri statüsü kazanabilecektir. İşyerinde çalışan iş-çi sayısının tespitinde belirsiz süreli ve belirli süre-li iş sözleşmesine göre çalışan işçiler dikkate alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar, çalışma sü-releri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüş-türülür (mad.4).

Korumalı işyeri statüsünün kazanılması için Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne Yönetmelikte belirtilen belgeler ile başvurulur. Başvuruda, işye-

rinin üretim faaliyeti veya faaliyetleri, işyerinde ça-lışan veya çalışacak toplam işçi sayısı, özür grubu veya grupları, özür oranları ve işyerinde yapılan veya yapılacak işler belirtilir. Talepler en geç otuz gün içinde komisyon tarafından değerlendirilir. Komisyonca uygun görülen işyerlerine Valilikçe, Korumalı İşyeri Statüsü Belgesi düzenlenir.

#### a) Korumalı işyeri statüsünün kazanılabilmesi ve işyerine kabul bakımından özür-lü kavramı

Gerek korumalı işyeri statüsünün kazanılması gerekse korumalı işyerine kabul bakımından özür-lü kavramı yönetmelikte tanımlanmıştır. Buna gö-re; “en az % 40 oranında zihinsel, duygusal ve dav-ranışsal özür-lü olmak veya diğer özür gruplarından ise % 60 ve üzeri olmak” Yönetmelik kapsamında özür-lü kavramını ifade eder (mad. 17).

Görüldüğü gibi özür-lülük oranı bakımından, İşK. mad. 30 uyarınca çıkarılmış bulunan “Özür-lü Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hak-kında Yönetmelik”ten farklı bir düzenleme getiril-miştir ki, kuşkusuz bu, amaca uygundur. Özür-lü çalıştırma yükümlülüğüne ilişkin düzenleme “be-densel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yete-neklerindeki engelleri nedeniyle çalışma gücünün en az % 40'ından yoksun olanları” kapsamaktadır. Korumalı işyeri ise, normal işyerinde çalışmalarını güç olan, yani özür-lülük oranları yüksek olan özür-lülerin istihdamının sağlanmasına yöneliktir. Bu noktada, zihinsel, duygusal ve davranışsal ola-rak özür-lüler bakımından % 40 oranı yeterli görül-müşken, diğer özür grupları - bunların içinde özel-likle bedensel özür-lüler yer almaktadır- bakımın-dan % 60 özür-lülük aranmaktadır.

İkinci koşul, özür-lünün kuruma kayıtlı olması-dır. Bu noktada yine İşK. mad. 30 ve “Özür-lü, Es-ki Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik”ten ayrıldığı görülmektedir. İşK. mad. 30 kapsamında özür-lü istihdamında özür-lü-nün kurum aracılığı ile sağlanması öngörülme-kle birlikte, Yönetmelikte işverenin mutlaka kuruma başvurması aranmamış, salt özür-lünün işe alınma-sından itibaren bir ay içinde Kuruma bildirimde bulunulması kabul edilmiştir. Oysa, korumalı işye-ri statüsünün kazanılması ve işyerinde çalışabilme bakımından özür-lünün Kuruma kayıtlı olması aran-maktadır. Hükmün amacı özellikle belirli destek ve



## Yönetmeliğe göre, bir kişi birden fazla korumalı işyerinin yöneticisi olamaz ve çalışma saatleri içinde başka bir görevde çalışamaz.

teşvikin yapılmasında kontrolün sağlanabilmesi, korumalı işyerinin işlevselliğinin sağlanması olsa gerektir.

Nihayet üçüncü koşul İş Yasası'ndaki asgari çalışma yaşını oluşturan 15 yaşın bitirilmesidir.

### b) Korumalı işyeri statüsünün kazanılması için istenecek belgeler

Korumalı işyeri statüsünün kazanılmasında, işyerine, işverene ve yönetici olarak çalışacaklara ilişkin bir takım belgeler istenmektedir. Öncelikle, korumalı işyeri statüsünü kazanmak isteyen gerçek veya tüzel kişiler, işyerinin üretim faaliyetlerini, işyerinde çalışan veya çalışacak toplam işçi sayısını, çalışan veya çalışacak olan özürhükümlerinin sayısını, özür grubunu veya gruplarını, özür oranlarını ve işyerinde yaptığı veya yapacağı işler ile işyerinin adresini belirten dilekçe ile birlikte il müdürlüğüne başvururlar. Öte yandan korumalı işyeri statüsünü kazanmak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin temsilcilerinden, nüfus cüzdanı örneği, adli sicil kaydı, ikametgah ilmuhaberleri, tüzel kişilerin göstereceği temsilcinin yetki belgesi, dernek ve vakıflar için, vakıf veya dernek tüzüğünde amaçlar arasında eğitim ve üretim faaliyetlerinin yer aldığını gösteren belge, vergi ve SSK borcu bulunmadığına dair belge ve işyeri ruhsatı istenir. Yine yönetici olarak çalışacak kişiler, nüfus cüzdanı örneği, ikametgah belgesi, adli sicil kaydı, bulaşıcı bir hastalığı olmadığına dair sağlık raporu ve eğitim durumunu gösterir belge vermek zorundadır.

### 3. Korumalı İşyerinde Çalıştırılacak Personelin Nitelikleri

Korumalı işyerinde Yönetmelikte belirlenen orandan az olmayacak şekilde özürhükümlü işçi ile birlikte, işyeri yöneticisi, eğitici personel ve diğer personel istihdam edilir (9/1). Bunun yanı sıra, işyerinin korumalı işyeri statüsü almasından sonra valiliklerde oluşturulacak komisyonların uygun görmesi du-

rumunda belirli periyotlarda görevlendirilecek personel tarafından yerine getirilmesi kabul edilmiştir (9/2). Maddede belirtilen teknik destekler çerçevesinde ilk planda uzman psikologlar, mesleki eğitim ve rehabilitasyon uzmanları akla gelmektedir.

Korumalı işyerinde çalışacak personelin niteliklerini düzenleyen 10. maddede işyeri yöneticisi, eğitici personel ve diğer personele yer verilmiştir. Sosyal çalışmacı, fizyoterapist, psikolog, rehber öğretmen veya psikolojik danışman, özel eğitimci, doktor, sosyolog veya çalışma ekonomisti olanlar ile bu alanlarda yüksek lisans yapanlar işyeri yöneticisi olabileceği gibi bu özellikleri taşıyan işverenler de aynı zamanda işyeri yöneticisi olabilecektir. Yönetmeliğe göre, bir kişi birden fazla korumalı işyerinin yöneticisi olamaz ve çalışma saatleri içinde başka bir görevde çalışamaz. Eğitici personel, mesleki ve teknik eğitim alanında yüksek öğrenim görmüş veya usta öğreticilik yeterliliğini kazanmış olmalıdır. Ayrıca işyeri kapasitesine göre teknik, idari ve yardımcı personel ile ihtiyaç duyulabilecek diğer meslek elemanları çalıştırılabilir.

### 4. Fiziksel Koşullar ve Donanım

Yönetmeliğin dördüncü bölümünde korumalı işyerlerinin fiziksel koşullar ile donanımına ilişkin esaslar belirlenmiştir. Öncelikle işyerinin bulunduğu yerin, özürhükümlerinin geliş ve gidişlerinde trafik yönünden uygun ve emniyetli olması, işyeri tarafından servisle taşıma imkânının sağlanması öngörülmüştür (mad.11).

Yine, yangından korunma için gerekli önlem ve tedbirlerin bulunması, ısıtmanın kaloriferle sağlanması, kalorifer sisteminin bulunmadığı yerlerde özürhükümlüye risk oluşturmayacak şekilde elektrikli araçlarla veya merkezi ısıtma sistemi ile yapılması kabul edilmiştir (mad. 12). Bunun yanı sıra, korumalı işyerinin fiziksel koşullarının özürhükümlere uygun olması yönünde düzenlemeler getirilmiştir (mad.13).

Yönetmelikte korumalı işyerlerinde düzenlenmesi zorunlu olan bölümlerin donanımı için istenecek araç ve gereçlerin yönetmeliğin yürürlüğe girmesini takip eden altı ay içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Özürhükümler İdaresi Başkanlığı tarafından çıkarılacak tebliğ ile belirlenmesi öngörülmüştür.

Yönetmelikte korumalı işyerinin bölümleri de tespit edilmiştir. Buna göre; korumalı işyerinde üç

bölüm bulunmalıdır. Bunlardan ilki değerlendirme bölümüdür. Değerlendirme bölümü özürünün, ilgi, yetenek ve becerileri ile işin gereklerinin karşılaştırılarak uygun üretim alanına yönlendirildiği bölümdür. Özürünün ihtiyaç duyduğu fizyoterapi ve rehabilitasyon hizmetleri de bu bölümde yerine getirilir. Ayrıca bu bölümde korumalı işyerine başlayan özürliye ön hazırlık programı verilir. Programda, iş güvenliği ve işçi sağlığı eğitimi, ilk yardım eğitimi ve verimlilik eğitimi verilir.

İkinci bölüm üretim bölümüdür. Bu bölüm mal veya hizmet üretiminin gerçekleştirildiği ve çalışan özürülülerin yeteneklerinin geliştirildiği bölümdür.

Üçüncü bölüm sosyal servis bölümüdür. Bu bölüm ise, çalışan özürülülerin evde, işyerinde ve sosyal çevrelerinde yaşadıkları sorunların çözümünde yardımcı olunarak işe ve işyerine uyumlarının sağlandığı bölümdür. Bu bölümde; özürülülerin resmi ve resmi olmayan kurumlarla etkin bir iletişim kurmalarını sağlamak amacıyla çalışmalar yapılır, bireysel ve grup programları ile danışmanlık hizmetleri verilir (mad. 15).

## 5. Korumalı İşyeri Statüsünün Sona Erdirilmesi

Valilikçe korumalı işyeri statüsü verilen işyerleri, denetim raporları sonucunda belirlenen ve bu Yönetmelikte belirtilen koşulların bir veya birkaçını yerine getirmediği tespit edildiği takdirde İl Müdürlüğü tarafından yazı ile uyarılır. Otuz gün içinde eksikliklerin tamamlanmaması durumunda korumalı işyeri belgesi komisyonun görüşü doğrultusunda Valilikçe iptal edilir.

Korumalı işyeri statüsü kazanma talebinin reddi veya iptal kararlarına karşı kararın tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde İl Müdürlüğü'ne itiraz edilebilir. İtirazlar komisyonca değerlendirilerek otuz gün içinde sonuçlandırılır. İtiraz yoluna başvurulmuş olması ilgililerin yargı yoluna başvurma hakkını ortadan kaldırmaz.

## V. Yönetmeliğin Değerlendirilmesi

Korumalı istihdam, desteklenmiş istihdam karşısında isabet ve yararları bakımından tartışılmakta ise de, dünyada özürülülerin istihdamı bakımından uygulanan etkin vasıtalarından biridir. Bu bağlamda Yönetmeliğin kabulü, Türk Hukuku bakımından önemli bir adım oluşturmaktadır.

## Münferit düzenlemeler ve amaç bakımından değerlendirildiğinde Yönetmeliğin genel olarak yabancı ülke uygulamaları ile uyumlu olduğu ancak bir takım soruları açıkta bıraktığı görülmektedir.

Münferit düzenlemeler ve amaç bakımından değerlendirildiğinde Yönetmeliğin genel olarak yabancı ülke uygulamaları ile uyumlu olduğu ancak bir takım soruları açıkta bıraktığı görülmektedir. Bunlardan ilki korumalı işyerlerine devlet tarafından yapılacak desteğin içeriği ve miktarıdır. Nitekim, Yönetmelikte korumalı işyeri "devlet tarafından teknik donanımın sağlandığı ve mali desteğin sağlandığı işyeri" olarak tanımlanmıştır. Ancak sağlanacak desteğin içeriği ile miktarı konusunda belirsizlik mevcut olup, bu konuda düzenleme yapılması gereklidir.

Yabancı ülke uygulamalarında, korumalı işyerlerine yapılacak finansal yardım devlet bütçesinden veya yerel yönetimler tarafından sağlanmaktadır. Korumalı işyeri uygulaması bakımından devletin mali desteği, işyerine vergi avantajlarının sağlanması, özürülülerin ücretinin bir kısmının devlet tarafından finanse edilmesi gibi çeşitli vasıtalarla gerçekleştirilebilir. Yine işyerinin özürülü istihdamına elverişli hale getirilebilmesi, özürülü için iş yaratma amacıyla gerekli finansmanın sağlanması korumalı işyeri uygulamasının unsurlarını oluşturmaktadır. Korumalı işyerlerinin rekabet edebilirlik bakımından zorlukları ancak bu işyerleri bakımından ciddi finansal desteklerin sağlanması ile dengelenebilir. Zira, korumalı işyerleri her ne kadar aynı zamanda ticari amaç gütmekte ise de, ticari işletme olarak kar elde etme hedefine ulaşmak güçtür. Gönüllü kuruluşlar, özürülülerin ailelerinin oluşturduğu birlik ve derneklerin yanı sıra işverenlerin bu konuda istekli olması bakımından en önemli husus, mali desteğin ciddi boyutlarda olmasıdır. İsveç'te kamusal niteliğe sahip korumalı işyeri Samhall'a devletin yıllık desteği 470 milyon euro olup, ücretlerin % 90'ını karşılamaktadır. İspanya'da asgari ücretin %

## Korumalı istihdam nihai amaç olarak değil, açık istihdama geçişte bir ara vasıta olarak değerlendirilmeli ve özürünün ihtiyaç hissedilen alanlarda eğitilerek bu hedefin gerçekleştirilmesi sağlanmalıdır.

50'si devlet bütçesinden sağlanır. Fransa'da işçiye ödenecek temel ücret, asgari ücretin en az % 35'idir. Bunun üzerinde kalan kısım devlet tarafından karşılanır. Çek Cumhuriyeti'nde, işyerinden alınan ücret devlet tarafından özürlü aylığı temelinde desteklenmektedir. İrlanda, İsviçre gibi bir çok ülkede aynı esas hakimdir. Yine, bazı ülkelerde bir korumalı işyerinde istihdam öncesi işçiye verilecek eğitimin devlet tarafından karşılandığı görülmektedir. Portekiz örneğinde devlet dokuz aya kadar ücretsiz eğitimi sağlamaktadır.

Ülkemiz bakımından bu noktada düşünülebilecek seçenekler; öncelikle sosyal yardım olarak ödenmekte olan özürlü aylıklarının belirli bir oranının ve hatta -özürlülük oranının çok yüksek ve ciddi bir rehabilitasyon sürecini gerektirdiği durumlarda- tamamının korumalı işyerinde ödenmeye devam edilmesidir. Yine, yabancı ülke uygulamalarında olduğu gibi, işverenlere sigorta primleri bakımından avantajlar sağlanması, ciddi vergi indirimleri sistemin önemli parçalarını oluşturacaktır.

Özellikle kamusal nitelikli korumalı işyerlerinin kurulmasında piyasadaki talepler dikkate alınmalı ve rehabilitasyonla birlikte verimliliğin sağlanmasına çalışılmalıdır. Korumalı istihdam nihai amaç olarak değil, açık istihdama geçişte bir ara vasıta olarak değerlendirilmeli ve özürünün ihtiyaç hissedilen alanlarda eğitilerek bu hedefin gerçekleştirilmesi sağlanmalıdır.

Yine düzenlenmesi gereken bir başka husus, korumalı işyeri olarak ikili sistemin mi, yoksa öncelikli olarak istihdamı hedefleyen sistemin mi benimseneceğidir. Nitekim, yukarıda da belirtildiği gibi, bazı hukuk sistemlerinde mevcut iş temelli yardım merkezi-korumalı işyeri arasındaki ayırım özellikle iş hukuku kurallarının uygulanması bakımından önem taşımaktadır. Belirtmek gerekir ki,

çalışma temelli yardım merkezleri çoğu kez İş Hukuku kurallarının dışında kalmakla birlikte, burada istihdam edilen özürliye çalışma karşılığı ücret ödenmektedir. Örneğin Fransa'da özürliye en az asgari ücretin % 5'i ödenir ve devlet tarafından ilave ödeme yapılır. Yönetmelik çerçevesinde benimsenen sistemin, İş Hukuku mevzuatı dahilinde bir çalışma ilişkisini ifade ettiği söylenmelidir. Salt rehabilitasyon hizmeti rehabilitasyon merkezlerinde verilmektedir. Ancak bu konuda sistemin doğru tanımlanması, ikili sistemin yararlarının değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

### DİPNOTLAR

- 1 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin hak ve özürliyelerden yararlanmada eşitliğe ilişkin hükümleri özürliyeler bakımından da geçerlidir. 1971 tarihli "Zihinsel Açından Geri Kalmış Kişilerin Hakları Beyannamesi", anılan özürli grubun diğer kişilerle eşit haklara sahip oldukları ve onların eğitim, çalışma vd. haklar bakımından korunma gereğini düzenlemektedir. 1975 tarihli "Sakat Kişilerin Hakları Beyannamesi" özürliyelerin diğer kişilerle aynı medeni ve siyasi haklara sahip olduklarını, her türlü ayrımcılıktan uzak tutulmaları gerektiğini benimsemektedir. 1982 yılında kabul edilen "Dünya Faaliyet Programı" on yıllık bir süreci kapsamakta ve eşit katılım ile fırsat eşitliğini öngörmektedir. Nihayet "Sakatlar İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar" eşit katılımı esas almakta ve eşit katılım için ön koşulları, hedef alanları, yürütme önlemlerini ve izleme mekanizmasını düzenlemektedir.
- 2 Ayrıntılı bilgi için bkz. F. UŞAN, İş Hukukunda Sakat İstihdamı, Ankara 1999; 4857 sayılı Yasa çerçevesinde özürliye çalıştırma yükümlülüğü konusunda bkz. G. ALPAGUT, 4857 sayılı Yasa'da İşverenin Özürliye, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu, Mess Mercek D., Nisan 2004, 118 vd.
- 3 Management Report On The Economic Study Of Special Employment Of Disabled People In The European Union-The European Group-IPWH Secretariat August 2001, 2; L. DELSEN, Economic Study of Special Employment of Disabled People In The European Union, Nijmegen, 2001, <http://www.workability-international.org/upload/economic.study.pdf>
- 4 G. ALPAGUT, Kanunun değerlendirilmesi için bkz. "Özürliyeler Hakkında Kanun ve Özürliye Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler", Mercek D., Ekim 2005, 152 vd.
- 5 Management Report On The Economic Study Of Special Employment Of Disabled People In The European Union, 4.
- 6 Sheltered Employment, A review of the literature, December 2001, [http://www.tma.ie/Publications/review\\_2001.pdf](http://www.tma.ie/Publications/review_2001.pdf), 25 vd.
- 7 Management Report On The Economic Study Of Special Employment Of Disabled People In The European Union, 5.
- 8 Ayrıntılı bilgi için bkz. L. VISIER, Sheltered Employment For Persons With Disabilities, International Labour Review, Vol 137 (1998) No. 3; E. SAMOY/L.WATERPLAS, Sheltered Employment in the European Community, Final Report Submitted to the Commission of the European Communities, Louvain, Hager Instituut voor De Arbeid Leuven, 1992.

Doç. Dr. Mustafa ALP

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi

## I. GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu m. 22 çalışma koşullarının değiştirilmesi konusunda ayrıntılı bir şekil kuralı öngörmekle birlikte, esasa ilişkin önemli bazı sorulara yanıt getirmemektedir. Bu önemli sorunlardan biri de iş sözleşmesindeki değişiklik kayıtlarının durumudur. Öğretide İK. m. 22 karşısında bu kayıtların geçerliliği tartışma konusu olmuş, Yargıtay da farklı yönde kararlar vermiştir<sup>1</sup>. Daha önemli bir sorun ise, değişiklik kayıtlarının sınırları ve denetimidir. Çalışmamızın amacı, hukuki güvenlik sağlamak ve iş sözleşmelerinin hukuka uygun hazırlanmasına ışık tutmak için, içerik denetimini esas olarak değişiklik kayıtlarını incelemektir.

## II. DEĞİŞİKLİK KAYITLARI

### 1. KAVRAM

Borç ilişkisinde taraflardan birine edim ve ifa unsurlarında tek yanlı değişiklik yapabilme hakkı tanıyan sözleşme hükümlerine değişikliği saklı tutma veya kısaca değişiklik kayıtları adı verilir. İş ilişkisinde de değişiklik kayıtları ile işverene çalışma koşullarında tek yanlı esaslı değişiklik yapabilme yetkisi, önceden sözleşmenin kurulduğu anda tanınmaktadır. Öğretide değişiklik kayıtları ile işverene tanınan bu yetkiye karşılık “genişletilmiş

yönetim hakkı” veya “özel yönetim hakkı” terimleri de kullanılmakta, bu şekilde işverenin iş sözleşmesi ile sınırlanan genel yönetim hakkının kapsamını aşan talimatlar verebileceği kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Hukuki nitelik bakımından değişiklik kayıtları ile işverene tanınan yetki, çalışma koşullarını tek yanlı olarak değiştirme ve belirleme yetkisi veren bir yenilik doğurucu haktır. Bu yenilik doğurucu hakka dayanarak işveren, işçinin katılımı olmadan edim ve ifa ile ilgili unsurları tek başına belirleyebilmekte, örneğin işçinin gördüğü işi, işyerini, çalışma süresini değiştirebilmekte veya bir ücret ekine son verebilmektedir.

Değişiklik kayıtlarına sözleşmelerde yer verilmesinin sebebi, sözleşmenin kuruluş anında tüm unsurları ile geleceğe dönük belirlenmesindeki güçlüktür. İş ilişkisinin tâbi olduğu ekonomik ve teknolojik koşullar, rekabet gerekleri, işletme organizasyonu ve kişisel unsurlardaki değişimleri başlangıçta öngörmenin olanaksızlığı karşısında, özellikle de uzun zamana yayılan bir belirsiz süreli iş sözleşmesini tüm unsurları ile eksiksiz hazırlamak mümkün olmamakta, hatta değişimler karşısında böyle bir sözleşmenin anlamsız hale gelmesi tehlikesi bulunmaktadır. Bu nedenle değişim gereksinimini daha iyi tespit edebilecek durumda olan işverene değişiklik yetkisi tanımak kaçınıl-



## Edimi tek yanlı belirleme hakkı geçerli olarak kurulmuş belirli bir borç ilişkisine dayanır.

mazdır. Bu yönü ile esneklik amacına hizmet eden değişiklik kayıtlarına “esneklik kayıtları (Flexibilisierungsvorbehalte)” adı da verilmektedir<sup>3</sup>. Değişiklik kayıtlarının hukuki dayanağı ise sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü, kişinin diğer tarafa yenilik doğurucu haklar tanımak da dâhil olmak üzere tâbi olabildiğini içermektedir. BK m. 70 ve 71’de olduğu gibi bir tarafa tek yanlı olarak edimi belirleme ve seçme hakkı tanınması ile ifanın unsurlarının, örneğin vadenin belirlenmesinin alacaklıya bırakılması (muacceliyet ihbarı), hukuk düzeninin sözleşme özgürlüğünün bu yönünü de uygun gördüğünün kanıtlarıdır<sup>4</sup>. Hatta irade özerkliği kapsamında bir kişinin kendisini sözleşme kurmak zorunda bırakan bir yenilik doğurucu hakkı bile başkalarına tanınması geçerlidir. Sözleşmeden doğan şufa, vef’a ve iştirâ hakları bu niteliktedirler<sup>5</sup>. Sözleşme özgürlüğü, kişinin karşı tarafa tek taraflı beyanı ile sözleşme yapmak zorunluluğu doğuran bir hak tanınmasına bile izin verdiğine göre, değişiklik kayıtlarının aynı özgürlükten yararlanmaması düşünülemez.

Değişiklik kayıtlarında sadece bir sınır mutlaka gözetilmelidir: Edimi tek yanlı belirleme hakkı geçerli olarak kurulmuş belirli bir borç ilişkisine dayanır. Bu hak ile bir borç ilişkisi kurulmaz. Edimi belirleme hakkı kurulu borç ilişkisi için ve bu ilişkinin karakterini belirleyen çerçeve içinde bir edim veya yükümlülüğü somutlaştırmak için tanınır. Edimi belirleme hakkı ile bir borç ilişkisi kurulmadığı ve kurulu borç ilişkisinin çerçevesi aşılmadığı için, bu hakkın kullanılması borç ilişkisinin karakterini, ilgili sözleşmenin tanımlayıcı, başka sözleşmelerden ayırt edici temel özelliklerini değiştiremez. Bu nedenle de edimi belirleme yetkisi bir yenileme (tecdit, novatio) sonucu doğuramaz<sup>6</sup>. İş ilişkisinde değişikliği saklı tutma kayıtları için de aynı kural geçerlidir: Değişikliği saklı tutma kayıtları da iş ilişkisine dayanırlar. İş görme, ücret ve bağımlılık unsurları ile diğer sözleşmelerden ayırt edilen iş sözleşmesi, değişiklik kayıtlarının temel dayanağı ve kullanım alanlarını belirleyen çerçevesidir. Değişiklik kayıtları ile bir borç iliş-

kisi kurulmaz; iş ilişkisi için değişiklik kaydı kararlaştırılır ve iş ilişkisinin çerçevesi içinde bir edim somutlaştırılır ve değiştirilir. Yani değişiklik kayıtları ile de, iş ilişkisinin karakteristik temel unsurları değiştirilemez. Mevcut iş sözleşmesini ortadan kaldırıp yeni bir sözleşme kuracak ölçüde değişiklik yetkisi işverene tanınmaz.

Çok farklı türleri olabilmekle birlikte, konu ve kapsamlarına göre ise değişiklik kayıtları belirli ana gruplarda incelenebilirler<sup>7</sup>: Birincisi, işçinin iş görme edimi ile sınırlı olarak işverene yetki sağladığı kabul edilen “yönetim hakkını genişletme” kayıtlarıdır. İşveren bu kayıtlara dayanarak işçinin iş yerini, iş türünü ve çalışma süresini değiştirebilecektir. İşverenin kendi edimiyle yani ücretle ilgili değişiklik kayıtlarının ilki ise, “geri alma (=dönme, cayma; Widerruf)” kayıtdır. Bu durumda işveren işçiye bir edimi sağlama, örneğin bir ikramiyeyi sürekli ödeme borcu altına girmekte, fakat bu ikramiyeye geleceğe dönük olarak tek yanlı son verme hakkını da saklı tutmaktadır. Geri alma veya cayma kaydının farklı şekillerde ortaya çıkması da mümkündür. Örneğin, cayma için işverenin bir bildirimde bulunması ve bildirim süresine uyması yükümlülüğü öngörülebilir (kısmi fesih). İşverenin edimi ile ilgili daha farklı bir değişiklik kaydı ise, “bağlayıcı olmama kayıtdır (Freiwilligkeitsvorbehalt)”. Özellikle bir işyeri uygulamasının doğmasını önlemek için başvurulabilecek bu kayıtlarda bir edimi sağlayan işveren, borçlanma iradesinin olmadığını, ödemeyi gelecekte talep hakkı doğurmak kaydı ile yaptığını belirtmektedir<sup>8</sup>. Geri alma ve bağlayıcı olmama kayıtları, bir edimin, örneğin bir ikramiyenin bütününe ilişkin olabilecekleri gibi, ikramiyenin miktarına ilişkin de olabilirler. Gerek işçi gerek işveren edimleri için düşünülebilecek bir değişiklik kaydı ise, bir çalışma koşulunun geçici olacağını öngören “belirli süre” kayıtdır. İşçinin geçici olarak belirli bazı işler veya işyerlerinde görevlendirilmesi ya da bir ücret ekinin geçici olarak sağlanacağını öngörülmesi bu tür kayıtlara örnektir. Değişikliğin işverenin iradesinden ziyade objektif bir duruma (süre) bağlandığı bu kayıtlara benzer bir değişiklik kaydı ise “şarta bağlama” kayıtdır. Bu durumda bir çalışma koşulunun devamlılığı, örneğin bir primin ödenmesi, işçinin verimliliği, devamlılığı, işletmenin kazancı vb. erteleyici veya bozucu koşullara bağlanmaktadır.



## 2. İŞ KANUNU m. 22 KARŞISINDA DEĞİŞİKLİK KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ

1475 sayılı İş Kanunu m. 16/II-e'de değişiklik kayıtlarına dayanarak yapılan çalışma koşullarında değişikliğin, fesih için haklı bir neden olmadığını gösteren bir ifade yer almaktaydı. Yeni İş Kanunu taslağında ise bundan bir adım daha ileriye giden, değişiklik yetkisinin saklı tutulduğu durumlarda İK m. 22 f. 1'in uygulanmayacağını öngören bir fıkraya yer verilmişti. TBMM'de yasalaşma safhasında değişiklik kayıtlarına yer veren bu fıkranın çıkartılmasına dayanarak öğretide bir görüş, artık değişiklik kayıtlarının geçerli olarak sözleşmelere konulamayacağı yönündedir<sup>9</sup>. Oysa çıkartılan fıkra ile iş sözleşmesinde değişiklik kayıtlarının mümkün olduğu değil, değişiklik kayıtları varsa ilk fıkradaki usulün uygulanmayacağı belirtilmekteydi. Bu nedenle yasa koyucunun bu hükmü çıkartması değişiklik kayıtlarını yasaklamak değil, sadece değişiklik kayıtlarının denetimsiz kalmalarını önlemek iradesi şeklinde yorumlanabilir<sup>10</sup>. Ne 1475 sayılı Yasa'daki haklı fesih yetkisi doğurmayan bir durumu gösteren ibarenin yeni Yasa'da bulunmaması, ne de değişiklik kayıtlarının esaslı değişiklik usulüne dair ilk fıkraya tâbi olmayacaklarını öngören ifadenin yeni Yasa'dan çıkartılması, değişiklik kayıtlarının yasaklandığını kabul etmeyi gerektirmez<sup>11</sup>. Yasa koyucunun işverenin yönetim hakkının sözleşme ile genişletilebilmesini engelleme iradesini gösteren bir işaret de bulunmaktadır. Diğer sözleşme türleri için açıkça değişiklik kayıtlarına dair yasal bir düzenleme yapmayan yasa koyucunun, bu sözleşme türlerinde değişiklik kayıtlarını yasaklamadığı açıktır. İş sözleşmesinde de açık bir yasak getirilmediği sürece sözleşme özgürlüğünün geçerli olduğunu, tarafların değişiklik kayıtlarını geçerli olarak sözleşmeye koyabileceklerini kabul etmek gerekir.

Meğer ki değişiklik kayıtlarının kanuna karşı hile oluşturduğu kabul edilsin. Kanuna karşı hile, kanunun yasakladığı bir sonuca, izin verdiği araçlarla ulaşmak demektir<sup>12</sup>. Değişiklik kayıtları ile İK m. 22'nin yasakladığı bir sonuca ulaşıldığı kabul edilebilirse, kanuna karşı hile de kabul edilebilir. Oysa İK m. 22'nin amacı, işçinin hiçbir şekilde razı olmadığı tek yanlı değişikliklere karşı güvence sağlamakla sınırlıdır. M. 22 sözleşme içeriği konu-

sunda ise bir sınırlama getirmemekte, sözleşmenin "doğru" içeriğinin nasıl olması gerektiğini düzenlememektedir. Bu nedenle sözleşmenin değiştirilebilir, esnek bir içerikte olmasının, örneğin, "işçi, işverene ait aynı alanda faaliyet gösteren Türkiye sınırları içindeki tüm işyerlerinde çalışmayı kabul eder" şeklinde bir sözleşme kaydının İK m. 22'nin yasakladığı bir sonuca hizmet ettiği söylenemez. M. 22 mevcut sözleşme hükümlerini korumakta, sözleşme ile belirlenen içeriğin ve edimler arası dengenin tek taraflı bozulmasını yasaklamaktadır. Sözleşmenin değiştirilebilecek şekilde esnek bir içerikle kurulması halinde ise, işverenin bu olaktan yararlanması sözleşme içeriğine ve edimler arasındaki dengeye müdahale oluşturmayacaktır. Ayrıca m. 22'nin amacının çalışma koşullarında her türlü değişikliği yasaklamak olduğu da söylenebilir. Yasa sadece işçinin rızasına dayanmayan tek yanlı fiili değişiklikleri geçersiz saymakta ve bu amaçla değişiklik için işçinin açık rızasının arandığı bir usul belirlemektedir. Oysa değişiklik kayıtları işçinin rızası ile sözleşme içeriği haline gelmekte, işçi sözleşme özgürlüğünden doğan hakkını kullanarak değişikliğe baştan razı olmaktadır. İşçinin sözleşme kurulurken açıkladığı peşin rızasının, "gönülsüz" olduğu, işçinin başka şansı olmadığı için veya hiç farkında olmadan değişiklik kayıtlarını kabullenmeye mecbur kaldığı ve bu nedenle korunması gerektiği doğrudur. Fakat bu durumun işçinin aleyhine bile olsa anlaşma ile değişiklikleri bir denetime tabi tutmadan geçerli sayan m. 22'ye aykırı olduğu söylenemez<sup>13</sup>. Değişiklik kaydına dayanan değişiklik, iş sözleşmesi değişikliği de değildir. Değişiklik hakkı sahibi, sözleşmeden doğan hakkını kullanarak sadece yeni bir hukuki durum yaratmakta, sözleşme ise aynı kalmaktadır. Bu hukuki durum değişikliğinin dayanağı olan değişiklik kaydı, işçinin iradesi ile meşrulaşmakta, iş sözleşmesi esnek hükümleri ile değişikliği zaten içermektedir. Değişiklik iş sözleşmesine aykırı olmadığı, iş sözleşmesi ile tanınan yetkiye uygun ve sözleşmenin sınırları içinde kaldığı için, değişiklik kayıtları ile ahde vefa ilkesinden ayrılmak değil, ahde uygun davranmak sözkonusudur.

Değişiklik kayıtlarının m. 22'ye aykırı olduğunu kabul etmenin bu nedenlerle dayanağı olmadığı gibi, bu görüşün sakıncaları da mevcuttur. İş hukuku kurallarının esnekleştirilmesi, işçi-işveren ilişki-

lerinde emredici kurallar yerine taraf iradelerine öncelik tanınarak sözleşme hukukuna dönüşü ifade etmektedir<sup>14</sup>. Çalışma koşullarının değişen şartlara kolay ve hızlı uyum sağlaması için önemli bir araç olan değişiklik kayıtlarına sözleşmelerde yer verilmesi de bu sürecin kaçınılmaz bir sonucudur. Ayrıca İK. m. 22'ye dayanarak değişiklik kayıtlarını yasaklamanın bazı istenmeyen sonuçları olacağı da dikkate alınmalıdır: Öncelikle, bu durumda sadece İş Kanunu kapsamındaki işçilere bir güvence sağlanırken, İş Kanunu'na tâbi olmayan işçiler için değişiklik kayıtlarına bir sınırlama ve denetim getirmeyi savunmak güçleşecektir. Oysa Basın İş, Deniz İş ve Borçlar Kanunu'na tâbi olan işçilerin değişiklik kayıtlarına karşı daha az güvence ihtiyacı olduğu söylenemez. İkinci olarak, İK. m. 22'ye aykırılık görüşü kabul edilirse, bir ayırım yapma-

durumların varlığı halinde çalışma koşullarını değiştirme yetkisi verebileceği savunulmaktadır<sup>15</sup>. Gerçekte işverenin değişiklik kayıtları ile kendisine tanınan haktan yararlanırken dürüstlük kuralına uygun davranması hukukun genel gereğidir. Asıl sorun ise bir içerik denetiminin mümkün olup olmadığıdır. Geniş anlamda içerik denetimi sözleşme hükümlerinin emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına ve ahlâka aykırılıklarını sorgulayan denetimdir. Dar ve gerçek anlamda içerik denetimi ise, bir tarafın aleyhine tek yanlı hazırlanmış, menfaat dengesini aşırı ölçüde bozan sözleşme hükümlerinin, yedek hukuk kurallarına ve sözleşmenin doğasına uygun hak ve yükümlülük dağılımına aykırılık ölçütleri üzerinden denetlenmesidir<sup>16</sup>. İlk başta genel işlem şartları alanında uygulama bulan, giderek tüketici sözleşmelerine yayılan, Tüketici-

## Değişiklik kayıtlarını genel olarak geçerli kabul etmek, sadece bu alandaki aşırılıkları sözleşme hukukundaki diğer örneklerine uygun şekilde sınırlayarak işçiyi korumak, iş hukukunun amaçlarına daha uygundur.

dan tüm değişiklik kayıtları geçersiz sayılacaktır. Oysa bazı ayırımlara giderek değerlendirme yapmanın daha doğru olacağı pek çok somut durum bulunmaktadır. Özellikle toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan değişiklik kayıtlarını geçersiz saymak, toplu iş sözleşmesi özerkliğine yerinde olmayan bir müdahale olacak, iş hukukunun ana ilkelerine ters düşecektir. Sonuç olarak, değişiklik kayıtlarını genel olarak geçerli kabul etmek, sadece bu alandaki aşırılıkları sözleşme hukukundaki diğer örneklerine uygun şekilde sınırlayarak işçiyi korumak, iş hukukunun amaçlarına daha uygundur.

### III. GENEL OLARAK İÇERİK DENETİMİ

#### 1. KAVRAM

Öğretide ve bazı Yargıtay kararlarında, değişiklik kayıtlarına dayanan yetkinin dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun kullanılmak zorunda olduğu kabul edilmekte, ayrıca saklı tutma kayıtlarının bile işverene ancak objektif sebeplere dayalı, ciddi

nin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) ile mevzuatımıza giren ve yeni Borçlar Kanunu Taslağı'nda da yer alan içerik denetimi<sup>17</sup>, sözleşme içeriğinin bir anlamda "yerindeliliğini, doğruluğunu" sağlamaya yöneliktir.

İçerik denetimine başvurmanın iki temel koşulu bulunmaktadır:

- 1) Bir tarafın sözleşme içeriğine etki etme olanağı bulunmaması sonucu sözleşme hükümlerinin diğer tarafça tek yanlı dikte edilmesi.
- 2) Dikte edilen bu hükümlerle sözleşmedeki hak ve borç dengesinin önemli ölçüde bozulması suretiyle diğer tarafa zarar verilmesi.

Bu denetim ile sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekçesi "sözleşmelerin doğruluk güvencesi" kavramı ile açıklanabilir. Doğruluk güvencesi, sözleşme içeriğinin her iki tarafın da iradesine ve tercihlerine uygun olması, bir tarafın bencil isteklerinin, diğer tarafın karşıt menfaatleri ile düzeltilmesi sayesinde ortaya çıkar. Sözleşme ve sözleşme özgürlüğü böylece tarafların keyfi iradelerinin gerçekleşmesinden öte bir anlam taşımakta, sözleşme ile taraflar çatışan menfaatlerini doğru ve adil bir dü-

zenlemeye kavuşturabilmektedirler. Doğru sözleşme içeriği, adalet ve toplumsal yaşamın gerekleri bakımından amaca uygunluk gereklerini taşımak yanında, tarafların doğru ve yerinde olan bakımından sübjektif değerlendirmelerine de uygun olmak anlamındadır<sup>18</sup>. Bu güvence, sözleşme hükümlerinin müzakere edilmesi sayesinde doğmaktadır. Karşıt menfaatleri arasında ya taraflar karşılıklı ödümlerle bir denge kuracak ve sözleşme yapacaklardır ki, bu durumda doğruluk güvencesi sağlanmaktadır, ya da menfaat dengesi sağlanamaz ve böylece uzlaşma sağlanamadığından doğru, adil olmayan bir sözleşme de yapılmamış olur.

Tarafların bir hukuki ilişkide sözleşme yapmaktan kaçınma olanağının ortadan kalktığı, sözleşmenin diğer tarafa tâbi olmak halini aldığı durumlarda ise bir doğruluk güvencesinin olacağı söylenemez. Rekabet gereklerinin işlemediği, bir tarafın diğerine bağımlı ve muhtaç hale geldiği, sözleşmenin hukuki sonuçlarını doğru değerlendirme şansının kural olarak bulunmadığı durumlarda, sözleşme mekanizmasının sözleşme adaletini gerçekleştirmeye yarayan en önemli unsuru olan, pazarlık ve çatışan menfaatlerin karşılıklı ödümlerle dengelenmesi ortadan kalkar<sup>19</sup>. Bu durumda bireyin kendi iradesi ile sözleşme içeriğini karşı tarafla birlikte belirlemesinin yerini, tek bir tarafın sözleşme içeriğini dikte edebilmesi (Fremdbestimmung) alır. Sözleşme özgürlüğü, karşı tarafın isteklerini kabul ettirmesine yarayan bir araç haline gelir ve doğruluk güvencesi kaybolur<sup>20</sup>. İçerik denetimi bu noktada doğruluk güvencesini kurmaya yarayan bir araçtır: Tarafların iç denetiminin tipik olarak işlememesinin yarattığı boşluk, dışardan bir geçerlilik denetimi ile doldurulmakta, sözleşme içeriğinin belirlenmesinde bir tarafın tek yanlı olarak kendi menfaatlerini dikte edebilme olanağı, diğer taraf menfaatlerinin dikkate alınması ile sınırlanmaktadır<sup>21</sup>.

## 2. İŞ SÖZLEŞMESİNDE DOĞRULUK GÜVENCESİ

Önceden, tek yanlı olarak hazırlanan ve karşı tarafın içeriğine etki edemediği sözleşme hükümlerinin tipik örneği genel işlem şartları ve genel iş koşullarıdır. Sadece iş sözleşmesinde işçi için değil, arabasını bir otoparka bırakan, bankadan kredi alan veya bir sigorta sözleşmesi imzalayan herkes için genel işlem şartları aynı sonucu doğurur-

lar: İşletmeciye bu sözleşmelerde istediği değişikliği yapabilme ve her türlü sorumluluktan kurtulabilme yetkisi tanıyan sözleşme hükümlerinin, genellikle okuyup anlamadan kabul edildiği bir gerçektir. Daha da önemlisi ise, aleyhe genel işlem şartlarını müzakere konusu yapıp sözleşme yapmaktan kaçınmanın faydasız olmasıdır. Çünkü aynı alanda faaliyet gösteren tüm işletmelerin sözleşmelerinde de aynı hükümler yer almaktadır. Genel işlem şartlarının iş sözleşmesinde karşılığını oluşturan genel iş koşulları da tek taraflıdır; karşı tarafa olduğu gibi kabul etmek ve imzalamak üzere sunulurlar. Tek yanlı hazırlanan sözleşme hükümlerinin, karşı tarafça tartışma konusu yapılamadığı, sözleşmenin yapılmasına olan ihtiyaç nedeni ile aleyhe hükümlerin değiştirilmesinin istenemediği durumlarda, bu durumun kötüye kullanılma olasılığı arttığı gibi, doğruluk güvencesinin kaldığı da söylenemez. Bu nedenle standart (tip) iş sözleşmeleri, işyeri yönetmelikleri ve işyeri uygulamalarındaki değişiklik kayıtlarının her durumda içerik denetimine tâbi tutulmaları zorunludur<sup>22</sup>.

Bunun da ötesinde, işverence önceden ve tek yanlı hazırlanan tüm sözleşme hükümleri de içerik denetimine tâbi olmalıdır. İşçi açısından konuya yaklaşıldığında, bir sözleşme kaydının teknik anlamda genel iş koşulu olup olmadığının hiç bir farkı yoktur<sup>23</sup>. Geçimini sağlamak için işe girmek zorunda olan işçi, sözleşme içeriğinde kendi aleyhine kayıtlar üzerinde pazarlık edebilmek, bu kayıtları değiştirebilmek olanağından yoksundur. “Ne iş olsa yaparım” cümlesi, aynı zamanda “ne sözleşme içeriği ile olsa yaparım” anlamına da gelmektedir. Nitelikli bir işçi bile, daha çok ücret konusunda pazarlık edecek, yan koşullar üzerinde bir pazarlık nadiren gerçekleşecektir. Hukuk düzenimizde iş sözleşmelerinde içerik denetiminin sadece genel iş koşulları kullanılan sözleşmelerle sınırlı kalamayacağına işaret eden düzenlemeler de mevcuttur. Belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasının objektif nedenlere bağlanması, rekabet yasağı hükümlerinin denetlenmesi, tek taraflı cezai şartın geçersizliği gibi örnekler, işçinin önceden hazırlanan sözleşme hükümlerine karşı korunma ihtiyacının sadece genel iş koşulları ile sınırlı olmadığını göstermektedir. Değişiklik kayıtları için de aynı esası benimsemek, müzakere edilmemiş, yani önceden ve tek yanlı olarak işverenin hazırladığı tüm iş sözleşme-

lerinde içerik denetimine başvurmak yerinde olacaktır<sup>24</sup>.

Sadece işverenin değil, işveren sendikasının, ilgili meslek kuruluşunun veya bir avukatın hazırladığı sözleşme metni de önceden hazırlanmış kabul edilir. Müzakere edilmiş, yani işçi ile işveren arasında görüşme ve pazarlık konusu yapılmış, işçiye içeriğine etki etme olanağı tanınmış sözleşme hükümlerinde ise doğruluk güvencesi mevcuttur. İşçi aleyhine de olsalar bu tür sözleşme hükümleri denetlenemezler. Müzakere olanağının iş ilişkisinde istisnai olacağı öngörülebilirse de, her somut olayın özelliklerine göre konuya yaklaşmak, müzakere edilmiş bir sözleşme kaydını denetlemekten kaçınmak gerekir. Toplu iş sözleşmeleri ise işçi ve işveren sendikaları arasındaki toplu görüşmeler sonucunda, eşit güçteki tarafların pazarlık etmeleri ile oluşurlar. Bu nedenle toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılan değişiklik kayıtları da denetlenmezler. Konu olarak ise içerik denetimi yan edimleri ve ifa unsurlarını düzenleyen sözleşme hükümleri ile sınırlıdır. Ana edimler olan ücret ve iş görme ile bu edimler arasındaki denge içerik denetimine tâbi olmaz. Sadece ücret ve iş görme edimlerinin ifasını, “değiştirilebilirliğini” düzenleyen sözleşme hükümleri denetlenir<sup>25</sup>.

### 3. DOGMATİK DAYANAK

Hukukumuzda iş sözleşmelerinde değişiklik kayıtlarının içerik denetimini açıkça buyuran bir yasal düzenleme bulunmamaktadır<sup>26</sup>. Bununla birlikte mahkemeler yasal bir dayanak aramadan da “örtülü” bir içerik denetimi yapmaktadırlar. Yargıtay 13. HD. bazı kararlarında açıkça genel işlem şartlarında içerik denetimini gerekli görmüş, dürüstlük kuralı, BK. m. 19'daki kamu düzeni veya kanun boşluğunu doldurma üzerinden geliştirilecek bir içerik denetiminin mahkemelerin görevi olduğunu kabul etmiştir<sup>27</sup>. Yargıtay 9. HD. ise, işçinin korunması ilkesi ve dürüstlük kuralını gerekçe göstererek, iş sözleşmelerini örtülü bir içerik denetimine tâbi tutmaktadır. Bunun ilk örneği, 4857 sayılı Yasa öncesinde, sözleşmelerdeki belirli süre kayıtlarının, “sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanımı” gerekçesi ile geçersiz sayılması ve zincirleme iş sözleşmelerinin önlenmesi yönündeki içtihatır<sup>28</sup>. Bir diğer örnek ise, cezai şart kayıtlarının denetlenmesidir. Bu konuda hiçbir yasal düzenleme bulun-

mamasına rağmen Yargıtay, işçi aleyhine tek yanlı cezai şart kayıtlarını geçersiz saymakta, fakat eğitim gideri karşılığı sözkonusu ise farklı bir değerlendirmeye gitmektedir<sup>29</sup>. İşçi aleyhine tek yanlı olarak dikte edilen cezai şart kayıtlarına müdahale etmek, haklı bir nedene dayanmayan cezai şart hükümlerini geçersiz saymak, haklı nedeni olan cezai şart kayıtlarını da bu haklı neden (eğitim gideri) ölçüsünde geçerli kabul etmenin, içerik denetiminden başka bir izahı yoktur<sup>30</sup>. Başka hukuk sistemlerinde olduğu üzere ülkemizde de yasa koyucu bu gelişimi arkadan takip etmekte, içerik denetimini sonradan yasal düzenlemeye bağlamaktadır. İlk kez Sermaye Piyasası Kurulu'nun, Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği m. 47/III'de yapılan değişiklik ile içerik denetimine elverişli bir hüküm hukukumuzda girmiştir<sup>31</sup>. Bu düzenlemeyi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan değişiklik ile öngörülen ve açık içerik denetimini öngören düzenleme izlemiştir<sup>32</sup>.

Değişiklik kayıtları ile kişisel değerleri ve ücretine yapılabilecek müdahalelere karşı işçinin, açık bir yasal düzenleme bulunmadığı gerekçesi ile sadece belirli bir mal veya hizmet edinen tüketiciden daha az korunması haklı kabul edilemez. Emredici kurallara veya ahlâka aykırılık ölçütleri üzerinden yapılan bir denetim de işçiyi korumakta yeterli olmayacaktır. Örneğin, işverenin tek yanlı kararı ile işçiyi ücretsiz izne çıkarabileceğine dair bir hükümün, emredici kurallara, ahlâka ya da kişilik haklarına aykırılığını savunmak güçtür. Taraflar arasında bu yönde bir anlaşma ahlâka aykırı görülmediğine göre, bu hakkın sözleşme ile saklı tutulması da ahlaka uygundur. İçerik denetimi yerine sadece kullanım-hakkaniyet denetimini uygulamak, değişiklik kaydının bağlayıcılığı yerine somut olaydaki değişikliği denetlemek de yetersizdir. Her şeyden önce kaydın geçerli olduğu düşüncesi ile işverenin isteğine uyan ve ücretsiz izne ayrılan işçiler bulunacak, bu işçiler için bir kullanım-hakkaniyet denetimi olmayacaktır. Bunun da ötesinde, işverene işçiyi ücretsiz izne çıkartma yetkisi tanıyan kaydı geçerli saymak ve sadece bu yetkinin doğru (!) kullanımını denetlemek, iş ilişkisinin ve iş hukukunun temel niteliklerine uygun olmaz<sup>33</sup>. Esasen böyle bir yetkinin kullanımının denetimi de geçersizlik sonucunu verecek, sonuçta yine örtülü bir içerik denetimi yapılmış olacaktır. Genel hükümlere



göre yapılan denetim ve hakkaniyet denetiminin yetersiz kalmasından doğan bu koruma boşluğu doldurulmalı, belirli süre ve cezai şart konusunda uygulanan içerik denetimi değişiklik kayıtlarında da yapılmalıdır<sup>34</sup>.

Bu durumda içerik denetimi öğretideki önerilere ve yabancı hukuk sistemlerindeki örneklerine uygun şekilde geliştirilmelidir. Edimin tek yanlı belirlenmesinde hakkaniyete uygun davranmayı buyuran BK. m. 70 hükmü<sup>35</sup> veya rekabet yasağı sözleşmelerinin içerik denetimini buyuran BK. m. 348-349 hükümlerinin genelleştirilmesi yanında, sözleşme kurumunun kötüye kullanımını yasakladığı kabul edilerek dürüstlük kuralı (MK. m. 2) da içerik denetimine dayanak olabilir<sup>36</sup>. İsviçre hukukunda kabul gören ve hukukumuzda da savunulan diğer bir görüş ise, BK. m. 19'daki "kamu düzenine

her anlaşmanın kamu düzenine aykırı olduğu söylenemeyeceği gibi, iş hukukunda fazla yedek hukuk kuralı bulunmaması da dikkate alındığında, bazı ek dayanak ve ölçütler gerekli olmaktadır. Bunun için iş sözleşmelerinde doğruluk güvencesinin işlemediğini gösteren ve içerik denetimini buyuran BK. 348-349 hükümleri de tümevarım yöntemi ile genelleştirilmeye elverişlidirler. Bu hükümler uyarınca rekabet yasağı ancak belirli koşullar altında ve işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini önleyecek şekilde zaman, yer ve işin türü bakımından uygun sınırlar içinde kalırsa bağlayıcıdır. Bunun garanti edilmesi için de rekabet yasağı gereklilik ve ölçülülük bakımından bir içerik denetimine tâbi olmaktadır. Bu denetim, ahlâka aykırılık ölçütüne göre değil, daha dar bir ölçüte, haksız sözleşme kayıtları

## Genel hükümlere göre yapılan denetim ve hakkaniyet denetiminin yetersiz kalmasından doğan koruma boşluğu doldurulmalı, içerik denetimi değişiklik kayıtlarında da yapılmalıdır.

aykırılık" kavramına dayanarak içerik denetimini uygulamaktır. Gerçekten, maddede emredici kurallara aykırılığın ayrıca yer alması ve kamu düzenine aykırılık ifadesinin sonradan orijinal İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenmesi karşısında, kamu düzenine aykırılığın, emredici kurallara aykırılıktan daha farklı bir içeriğe sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Kamu düzenine aykırılık ile amaçlanan bir bütün olarak hukuk düzenini korumaktır. Bu nedenle yedek hukuk kurallarına aykırı sözleşme hükümleri de kamu düzenine aykırı olabilirler. Çünkü yedek hukuk kuralları yasa koyucunun sözleşme için ideal olanı belirleyen değer yargısını temsil ederler<sup>38</sup>. Bu kuralların yedek olmasındaki amaç, taraflara karşılıklı menfaatlerine en uygun düşen sözleşme içeriğini bulma olanağı tanımaktır; bir tarafa tek yanlı olarak kendi menfaatine en çok uyan sözleşme içeriğini belirleme olanağı tanımak değildir<sup>39</sup>.

Yedek hukuk kurallarının kamu düzenine temel olan değer yargılarının ifadesi olduğu ve bu kuralardan sapan sözleşme hükümlerinin kamu düzenine aykırı olabileceği ölçütü sayesinde, içerik denetimi de daha somut bir ölçüte bağlanmış olmaktadır. Ancak yedek hukuk kurallarını bertaraf eden

rı ve genel işlem şartlarının içerik denetimi ile aynı ölçüte göre gerçekleştirilmektedir<sup>40</sup>. Rekabet yasağı gibi tüm ekonomik geleceğini ve özgürlüğünü ilgilendiren bir konuda işverene karşı çıkamayan işçinin, sözleşmedeki diğer yan koşullar ve değişiklik kayıtlarını hiç pazarlık konusu yapamayacağı kabul edilmelidir. Ayrıca değişiklik kayıtları ile de işçinin temel hakları ve özgürlüklerine sonuçta rekabet yasağı ağırlığında sınırlamalar getirilmesi mümkündür. BK. 348-349 modeline göre yapılacak bir denetimde, sözleşme ile işçi aleyhine getirilen hükümlerin işverenin haklı bir menfaatine dayanması ve işçinin haklarını ölçüsüz şekilde sınırlamaması aranacaktır<sup>41</sup>. İş sözleşmesindeki bir kaydın kamu düzenine aykırılığını denetlerken bu ilkeyi ölçü olarak kullanmak, haklı bir neden olmadan işçinin hak ve menfaatlerini sınırlayan ve aşırıya kaçan kayıtların kamu düzenine aykırı olduğunu kabul etmek mümkündür.

### 4. YAPTIRIM

Yanıtlanması gereken diğer bir soru ise, içerik denetimi sonucu uygulanacak yaptırımın ne olacaktır. Borçlar Hukuku'nun ilkelerine uygun olarak bu soruya verilecek yanıt geçersizlik ya da kısmi

## İş hukukunun özellikleri dikkate alındığında önceliğin sınırlandırma yaptırımına verilmesi daha yerinde olacaktır.

geçersizliktir. İş sözleşmelerindeki kayıtlar konusunda ise Alman Federal İş Mahkemesi farklı bir yaptırım uygulamıştır: Sınırlandırma veya geçerliliği koruyucu sınırlama (geltungserhaltende Reduktion)<sup>42</sup>. Sınırlandırma, hâkimin haksız bir sözleşme kaydının geçersizliğine karar vermek yerine, kaydın içeriğini hakkaniyete uygun sınırlar içine çekmesidir. Böylece aşırıya kaçan, işçinin menfaatlerini önemli ölçüde ihlal eden kayıtlar, yasal düzenlemeden veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borç dengesine uygun hale getirileceklerdir. Sınırlandırma yaptırımının yasayla öngörülmuş tipik örneği cezai şartın tenkisidir (BK. 161). İş hukukunda ise rekabet yasağı sözleşmesinin bağlayıcılığına dair BK. 349 bu yaptırımı öngörmektedir. Burada hâkime sözleşmeye müdahale imkânı örtülü bir şekilde tanınmış, onun takdir hakkını kullanarak sözleşme içeriğini yasa koyucu tarafından öngörülen sınırlar içine çekmesi istenmiştir. Rekabet yasağının hakkaniyet sınırlarını aşması onun butlanı sonucunu vermeyecek, hâkim halin icabına göre aşırıya kaçan bir rekabet yasağını, hakkaniyetle bağdaşan bir sınır getirecektir<sup>43</sup>.

İş hukukunun özellikleri dikkate alındığında önceliğin sınırlandırma yaptırımına verilmesi daha yerinde olacaktır<sup>44</sup>. Ani edimli borç ilişkilerinin aksine iş sözleşmesinde, bir sözleşme kaydını geçersiz kılmak yerine, sözleşme ilişkisinin devamlılığına hizmet edecek şekilde karşılıklı menfaatleri dengelemek hukuki ilişkinin niteliğine daha uygun düşecektir. Örneğin eşit davranma ilkesine aykırı bir sözleşme kaydının geçersizliği ve işçilerin kötü olanda eşitlenmesi değil, ayrıma tâbi tutulan işçinin de uygun bir talep hakkı ile diğer işçilerle aynı duruma gelmesi yeğlenmektedir<sup>45</sup>. İş ilişkisinde sonradan sözleşme değişikliğine gitmenin ve geçersiz kaydın yerine yeni bir sözleşme kaydı koymanın güçlüğü karşısında, sınırlandırma yaptırımı menfaat dengesine de daha uygundur. Ayrıca işlem temelinin çöktüğünün kabul edildiği durumlarda bile artık geçersizlikten ziyade uyarılama yap-

tırımını yeğleyen, hâkimin sözleşmeye müdahalesini eskisi kadar yasaklamayan özel hukuktaki gelişmelere uygun yaptırımın sınırlandırma olacağı da söylenebilir<sup>46</sup>.

Bununla birlikte, geçersizlik yaptırımını tümüyle dışlamak da, işverenlerin sözleşmeyi hazırlarken özenli davranmaması sonucunu vereceğinden zararlı olacaktır. Ayrıca rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerlilik şartlarına uyulmaması halinde olduğu gibi, bir sözleşme hükmünün tamamen geçersiz olmasının daha yerinde olacağı durumlar mevcuttur. Özellikle işçinin temel haklarını rekabet yasağında olduğu gibi sınırlayan bir sözleşme kaydı geçersizlik yaptırımı ile karşılaşmalıdır. İşverene tek tarafı olarak işçinin çalışma süresi ve ücretini sınırlama, onu ücretsiz izne çıkartma hakkı tanıyan bir kaydın da sınırlandırılması düşünülemez; böyle bir kayıt geçersiz olmalıdır. Bu nedenle tek bir yaptırım yerine, hem geçersizliğin hem de sınırlandırmanın, tüm iş sözleşmesi kayıtlarında uygulanması yerindedir. Bir sözleşme kaydının “gerekli” olmasının yaptırımı geçersizlik, “ölçülü” olmamasının yaptırımı ise sınırlandırma olmalı; müdahale edilen hak ve menfaatin niteliğine göre de yaptırım farklılaşabilmelidir. Kural olarak hâkim öncelikle sözleşme kaydını sınırlandırarak ayakta tutma çözümünü yeğlemeli, ancak kaydın konusu bakımından sınırlandırılması mümkün değilse veya sınırlandırılmış hali bile menfaat dengesini kuramıyorsa, o zaman kaydın geçersizliğine hükmetmelidir<sup>47</sup>.

Değişiklik kayıtları konusundaki uyumsuzluklar, asıl olarak işçinin bu kayda uygun davranmaması üzerine gerçekleşen fesih durumunda çıkacak, fesih geçerli veya haklı neden denetimini yapan hâkim, öncelikle kaydın içerik denetimini yapacaktır. Bu durumda kaydın sınırlandırılması mümkünse ve bu sınırlandırma sonucu ulaşılan içerik bakımından işçinin davranışı yerinde ise, işçi lehine davanın sonuçlanması gerekecektir. Fakat işçinin iş sözleşmesi halen devam ederken de bir sözleşme kaydının haksızlığının tespitinde menfaati bulunmaktadır. Kayda dayanan bir işveren talimatı üzerine veya henüz işveren kayda dayanan hakkı kullanmadan da bu tespit yapılabilir. İşçinin bu yönde açacağı tespit davası üzerine mahkeme, iş sözleşmesi kaydını denetleyecek, haksız bulursa önce kaydı sınırlandırarak ayakta tutmayı deneye-

cek, ancak bu mümkün olmazsa kaydın geçersizliğine karar verecektir. Böylece haksız değişiklik kaydına dayanan yetkinin kullanılması önlenebilecektir.

## IV. DEĞİŞİKLİK KAYITLARINDA İÇERİK DENETİMİ

### 1. MENFAAT DENGESİ VE DENETİM ÖLÇÜTÜ

Değişiklik kaydı ile işçi sözleşmenin belirliliğinden ve bir sözleşme koşulunu müzakere etmekten feragat etmekte, işverene bir çalışma koşulunu belirlemek ve değiştirmek yetkisini tanıyarak tâbi olmaktadır. Değişiklik yetkisinin bir tarafa bırakılması ile borç ilişkisinin yapısında önemli bir değişiklik ortaya çıkmaktadır: Çalışma koşullarından biri veya bir kaçı, karşılıklı müzakereler ile belirlenmemekte, tarafların ortak iradesi ve menfaat dengesini yansıtan bir düzenleme olmamaktadır. İki taraflı müzakereler ve tarafların sözleşme içeriğine birlikte etki etmesi ile oluşan çalışma koşullarının yerini, işverenin tek yanlı kararı ile oluşan çalışma koşulları almaktadır. Edimi belirleme yetkisi kendisine tanınan işveren, tek yanlı olarak menfaatlerini dikte etme olanağını en geniş şekli ile elde etmekte, doğruluk güvencesi ortadan kalkmaktadır<sup>48</sup>. Ancak tüm sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi iş sözleşmesinde de değişiklik kayıtlarının meşru bir alanı olduğu kabul edilmelidir: Sözleşme kurulurken gelecekteki tüm değişimleri öngörüp buna göre bir sözleşme yapmak olanaksız olduğu için, sürekli borç ilişkilerinde başlangıçta öngörülemeyen gelişmelere uyum sağlamak olanağının öngörülmesi doğaldır. Özellikle iş ilişkisinin tâbi olduğu koşullar sürekli ve hızlı bir şekilde değiştiğinden, iş sözleşmesinin önceden öngörülemeyen değişimlere çabuk ve kolay uyum sağlayacak şekilde esnek şekillendirilmesinde işverenin haklı bir menfaatinin olduğu kabul edilmelidir<sup>49</sup>. Çalışma koşullarını değiştirmek için işverenin işçi ile uzun pazarlıklara girişmesi ve toplu değişikliklerde tüm işçilerin rızasını araması nedeni ile değişikliğin zamanında yapılmamasının zararlı sonuçları olabilir. Bu nedenle olası değişikliklere hızlı ve kolay uyum sağlanması için gerekli olan, işverenin haklı bir menfaatine dayanan ve işçinin menfaatlerini aşırı ölçüde sınırlamayan değişiklik kayıtları geçerli kabul edilmelidir. İçerik de-

## İşverenin haklı bir menfaatine dayanan ve işçinin menfaatlerini aşırı ölçüde sınırlamayan değişiklik kayıtları geçerli kabul edilmelidir.

netiminde bu durum gözetilerek, değişiklik kayıtlarına öncelikle amacın gerektirdiği, yani baştan öngörülemeyen değişimlere uyum için gerekli olduğu ölçüde izin verilmelidir. Bu konudaki ikinci ve asıl önemli sınırlama ise, sözleşmenin konusu ve amacına göre işverene ait olan risklerin, değişiklik kayıtları ile dürüstlük kuralına aykırı şekilde işçiye yüklenmesinin önüne geçilmesidir<sup>50</sup>. İş sözleşmesinin doğasına uygun hak ve borç dengesi, işletme riski ve ekonomik riskin işverene ait olmasını gerektirmektedir. İşverene bu riskleri işçiye yüklemek olanağı veren değişiklik kayıtlarının daha ağır bir denetime tâbi tutulması bu nedenle zorunludur.

Fakat bu genel sınırlamalar yanında, somut olayda hâkime yol gösterecek objektif denetim ölçütleri de geliştirilmelidir. Zira içerik denetimi bir hakkaniyet denetimi değildir; ölçütleri hâkimin takdirine göre belirlenmez. İş sözleşmesinde içerik denetimi için bu objektif ölçütlerin belirlenmesinde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Yönetmeliği'nin (TSHŞY) ilgili maddelerini kıyasen uygulanmak yerinde olacaktır. Bunun ilk nedeni, bu düzenlemelerin AB hukukuna uygun ve en modern düzenlemeler olmalarıdır. İkinci neden ise, "sosyal özel hukuk" olarak da adlandırılan tüketici hukukunun iş hukukuna, tüketici ile işçinin sözleşme ilişkisine girerkenki konumlarının da birbirlerine benzerliğidir<sup>51</sup>. Böylece yasal ölçütleri ve örnekleri bulunan, mahkemelerin bilgi sahibi olduğu, AB hukuku ve yabancı hukuklarda uzun süredir uygulandığı için ilke ve esasları belirli bir denetim modelini iş hukukunda da kurmak ve geliştirmek mümkündür. Tüketici hukukunda yasa ile içerik denetiminin ölçütü olarak düzenlenen ve iş hukukunda da uygulanabilecek ilkeler şunlardır: Sözleşme koşulları hazırlanırken uyulması zorunlu "açıklık" ilkesi, genel olarak tarafların hak ve yükümlülüklerinde işçi aleyhine "önemli bir denge-sizlik doğurmak" ölçütü ve değişiklik kayıtlarına özgü olarak da, "önceden belirlenmiş önemli se-

bepler bulunmadan tek yanlı değiştirme yetkisi tanıyan kayıtların” haksız olduğu ilkesi<sup>52</sup>. Terim olarak da tüketici hukukundaki terminolojiyi kullanmak, bu ölçütlere uymayan değişiklik kayıtlarının “haksız” olduklarını söylemek mümkündür.

## 2. AÇIKLIK İLKESİNE AYKIRILIK

Açıklık, şeffaflık ya da saydamlık ilkesi, açık ve anlaşılabilir şekilde ifade edilmemiş, içeriğinin karşı tarafça anlaşılmasını engellemek ve bu şekilde haksızlığını gizlemek amacıyla hizmet ettiği şüphesini doğuran sözleşme kayıtlarını engellemek amacıyla yöneliktir. Açık ve anlaşılır olmayan bir kayıtla işçinin sözleşmeyi doğru değerlendirme olanağı kısıtlanmakta, sözleşmenin veya kaydın kendi yararına olup olmadığı konusunda yanıltılmaktadır. Açık ve anlaşılır olmayan kaydın işçiye verdiği asıl zarar ise daha sonra uyuşmazlığın çıktığı aşamada olacaktır: İşveren, işçinin anlam ve sonuçlarını bilmediği bu kayda dayanarak onun itiraz etmeden, hakkını aramadan tek yanlı değişikliğe uygun davranmasını sağlayabilecek, işçi haklarını kullanmaktan çekinecektir<sup>53</sup>. Bunun önlenmesi için sözleşme kayıtlarını hazırlayan işveren, bu kayıtların rahat okunabilen, doğru, açık ve mümkün olduğunca net olmasına dikkat etmeli, aksi takdirde sözleşme kaydının geçersizliği yaptırımı ile karşılaşabileceğini bilmelidir<sup>54</sup>.

Değişiklik kaydının açıklık ilkesine uygun olduğunun kabul edilebilmesi için kaydın her şeyden önce sistematik olarak sözleşmenin doğru bölümünde yer alması aranmalıdır. Örneğin ücret değişikliği ile ilgili bir kaydın “diğer hükümler” başlığı altında en sonlarda yer alması halinde açıklık ilkesine uygun davranıldığı kabul edilemez. Ayrıca değişikliğin kapsam ve boyutu da tereddüt yaratmayacak şekilde belirtilmelidir. İşçinin değişikliğin ne şekilde ve hangi ölçüde olabileceğini, örneğin işverenin onu şehir veya yurt dışına nakledebileceğini değişiklik kaydından açıkça anlayabilmesi zorunludur. Fakat bundan daha önemlisi, değişiklik kaydının tanıdığı tek yanlı yetkinin kullanım nedenleri ve şartlarının işçi açısından anlaşılabilir olmasıdır. Değişiklik yetkisinin nedeni ve kullanım şartı bakımından hiçbir açıklama içermeyen bir kayıt, işçiyi belirsizlik ve güvensizlik içinde bırakmaktadır. İşçinin değişikliği öngörebilmesi ve kendisini bu riske hazırlayabilmesi için, çok kesin ve

açık olmasa bile, imkân ölçüsünde değişikliğin nedeni ve kullanım şartlarına da değişiklik kaydında yer verilmelidir<sup>55</sup>. Değişikliğe neden olan koşulları önceden öngörmekteki güçlük karşısında işverenin bu yükümlülüğü makul ölçülerle sınırlanmalıdır. Genel olarak değişikliğin yapılmasını gerektirebilecek nedenlerden birinin örnek olarak kayıta belirtilmesi veya değişikliğin örneğin, “haklı, geçerli, objektif, esaslı veya önemli” bir nedenle yapılmasının öngörülmesi de yeterli sayılmalıdır<sup>56</sup>.

## 3. HAK VE BORÇ DENGESİNİ İHLAL

Haksız değişiklik kayıtlarının belirlenmesinde temel ölçüt, “ tarafların hak ve yükümlülüklerinde dengesizlik” olmaktadır. Bir “dengesizliğin” kabulü için önce tarafların sözleşme ilişkisinde hak ve yükümlülüklerinin neler olduğu ve bunların dengeli dağılımı, yani “hak ve borç dengesi”nin belirlenmesi gerekir. Hak ve borç dengesi sözleşme tarafının ilgili sözleşme kaydı olmasaydı bulunacağı hukuki duruma göre belirlenir. Sözleşme kaydı ile bu kayıt olmasaydı geçerli olacak hukuki sonuç ile karşılaştırıldığında karşı tarafın aleyhine bir hukuki durum yaratılmış olmalıdır. Bu belirlemeyi hâkim kendi takdirine değil, yasa koyucunun takdirine göre yapacak, emredici ve yedek hukuk kuralları öncelikli olmak üzere, hukukun genel ilkeleri ve içtihatlardan yararlanacak, denetim konusu sözleşmeye ve kayda özgü ya da hukuki ilişkinin benzerliği nedeni ile kıyasen uygulanabilecek normları belirleyecektir. Bu şekilde belirlenen hak ve borç dengesini bozan sözleşme hükümlerinin belirlenmesi için ise iki ölçüt kabul edilmektedir<sup>57</sup>: Bunlardan birincisi, “yasal düzenlemeye aykırı olma” ilkesidir. Bu ilke özellikle yedek hukuk kurallarını işçi aleyhine bertaraf eden, yedek kurallardan farklı bir düzenleme getiren sözleşme kayıtları için geçerli bir denetim ölçütüdür ve kamu düzenine aykırılık esasına göre denetim yapılmasının doğrudan sonucudur. Yedek hukuk kurallarında dengeli menfaat dağılımının nasıl olması gerektiğine dair bir değer ölçütü bulunduğu kabul edildiğinden, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülük dengesini yedek hukuk kurallarına göre belirlemek gerçekten mümkündür. İş hukukunda içerik denetimi için kullanılmaya ve genelleştirilmeye elverişli iki yasal düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu m. 14’de çağrı üzerine çalışma konusunda yer al-



maktadır. Burada önemli olan Alman hukukunda daha açık ifade edildiği üzere “yasanın temel fikrinden” sapan bir sözleşme kaydına yer verilmiş olmasıdır (BGB 307/II). Yasanın temel fikri ise, tarafların menfaatlerini özellikle de yasa koyucunun korunmaya değer gördüğü menfaati açığa vuran, kuralın doğrudan uygulanma alanını aşarak geliştirilmeye elverişli olarak görülebilecek değer yargısıdır<sup>58</sup>. Bu değer yargısının belirlenmesinde emredici kurallardan çıkan ilkeler de yorum yolu ile etkili olabilirler. Örneğin, işçi ve işveren için farklı bildirim süreleri kararlaştırılmasını yasaklayan BK. 340/III hükmünden, işçinin fesih hakkını kullanım bakımından daha ağır bir duruma düşmesinin önlenmesi ilkesi çıkmaktadır. Bu ilkeye dayanarak, iş sözleşmesinin süresinden önce feshi halinde sadece işçinin cezai şart ödeyeceğine dair sözleşme hükümlerinin de geçersiz sayılması sonucunun çıkartılması, bu yönüde dayalı olarak içerik denetiminin tipik bir örneğidir<sup>59</sup>. Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine dair kısmındaki çeşitli hükümler de yedek hukuk kuralı niteliğinde olduklarından içerik denetiminde kullanılmaya elverişlidirler.

İkinci ölçüt ise, “sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borçları sözleşme amacını tehlikeye düşürecek şekilde sınırlamamak” ilkesidir<sup>60</sup>. Özellikle yedek hukuk kurallarının bulunmadığı sözleşme ilişkileri ve konularda işlevsel hale gelen bu ölçüt de, ilgili sözleşme için geçerli emredici kurallar, içtihat ve hukuki ilkelere dayanarak sözleşmeden kaynaklanan en uygun, en adil hak ve borç dağılımının nasıl olması gerektiğini belirler. Bu ölçütün belki en önemli uygulanma alanı ise, sözleşme ilişkisinden doğan risklerin dağılımıdır. Bir tarafın sözleşmenin doğası gereği üstlendiği riski, bir sözleşme kaydı ile diğer tarafa yüklemesi ve bu şekilde menfaat dengesini bozması sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borç dengesini ihlal edecektir. Bu durumun tespiti için hâkimin yapacağı ilk işlem, sözleşmenin doğasına en uygun, en adil hak ve borç dağılımını belirlemektir. Bunu belirlerken hâkim, sözleşmeyle ilgili özel yasal düzenlemelerden, genel ilkelerden ve içtihatlardan yararlanacaktır. Bunların yanında en uygun, en adil, serbest müzakere sonucu oluşacak olan menfaat dengesi sözleşmenin amacına göre belirlenecek, tarafların bu sözleşme ilişkisinden bek-

lentileri ve menfaatleri sözleşmenin amacına göre ortaya çıkacaktır<sup>61</sup>. Sözleşmenin amacı bir bakıma sözleşmenin ekonomik hedefine göre belirlenebilir: Bir tarafın sözleşme ile ulaşmak istediği ekonomik hedefine ulaşması kısmen de olsa engelleniyor ve sınırlanıyorsa veya sözleşmeden doğan ve onun hâkimiyet alanında olmayan riskler ona yüklenerek bu hedef ciddi şekilde tehlikeye sokuluyorsa, sözleşmenin amacını tehlikeye sokacak şekilde hak ve borç dengesini bozan bir sözleşme hükmü söz konusudur<sup>62</sup>. İşveren temerrüdüne dair BK. m. 325 hem yedek kural hem de iş sözleşmesinde risk dağılımını belirleyen bir hüküm olarak değişiklik kayıtlarının denetiminde özel bir önem taşımaktadır<sup>63</sup>. İş ilişkisinde işverene ait işletme riskini işçiye yıkan değişiklik kayıtlarının bu hükümdeki değer yargısına aykırılık nedeni ile sözleşmedeki hak ve borç dengesini ihlal ettikleri söylenebilir<sup>64</sup>.

#### 4. ÖNEMLİ İHLAL; MENFAATLERİN DENGELENMESİ

Açık ve anlaşılır olmayan kayıtlarla, sözleşmeden doğan hak ve borç dengesini bozan kayıtların, bu kayıt olmasa geçerli olacak hukuki sonuçtan ayrıldıkları ve işçi aleyhine haksız bir şartın bulunduğu karine olarak kabul edilir. Fakat bu karinenin çürütülmesi de mümkündür<sup>65</sup>. Her şeyden önce, hak ve borç dengesini bozan değişiklik kayıtlarının, karşı tarafı yani işçiyi mağdur etmesi, onun zararına olması aranacaktır. Ayrıca hak ve borç dengesine aykırılığın “önemli” olması, yani “işçi aleyhine önemli” dengesizlik aranmalıdır. Önemli dengesizlik, kayıt ile aşırıya kaçılmış, makul ölçünün aşılmış olması anlamına gelmektedir. Bu durum da tarafların karşılıklı çatışan menfaatlerinin mukayese edilmesi ile belirlenir ve bu şekilde bir menfaat dengesi kurulmaya çalışılır (Interessenabwägung). İşçinin hukuken tanınmış menfaatlerine, işverenin haklı menfaatleri gerektirmediği halde zarar veren ve eş değerde menfaatlerle telafi de edilmeyen değişiklik kayıtlarının menfaat dengesini önemli ölçüde bozdukları, haksız oldukları kabul edilir<sup>66</sup>. İçerik denetiminin amacı, sözleşme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmak değil, sadece bu özgürlüğün kötüye kullanılmasını önlemek, tek yanlı aşırılıkları gidermektir. Bunun ötesinde en yerinde, en adil sözleşme içeriğini sağlamak, işçinin menfaatine en uygun sözleşme içeriğine ulaşmak gibi bir

## Önemli dengesizliğin belirlenmesinde, sübjektif olarak işçi ve işverenin menfaatleri değil, ilgili sözleşme kaydına muhatap olan ve olabilecek aynı durumdaki işçi ve işverenlerin iş ilişkisi ve iş piyasasıyla ilgili tipik menfaatleri dikkate alınır.

amaç sözkonusu değildir<sup>67</sup>. İçerik denetimi ile yedek hukuk kurallarına mutlak bağlayıcı bir nitelik kazandırmak, yedek kurallardan her türlü sapmayı önlemek de sözkonusu olamaz. Bu nedenle sözleşmede menfaat dengesini “önemli” ölçüde bozmayan, hak ve borç dağılımında “önemli” bir dengesizliğe neden olmayan sözleşme kayıtları, sırf yedek hukuk kurallarından sapıldığı ve işçinin aleyhine oldukları gerekçesi ile geçersiz sayılamazlar. Objektif bir nedene dayanan, işverenin haklı bir menfaatini koruyan ve aşırıya kaçmayan sözleşme kayıtlarının haksız olduğu söylenemez<sup>68</sup>.

Önemli dengesizliğin belirlenmesinde, sübjektif olarak işçi ve işverenin menfaatleri değil, ilgili sözleşme kaydına muhatap olan ve olabilecek aynı durumdaki işçi ve işverenlerin iş ilişkisi ve iş piyasasıyla ilgili tipik menfaatleri dikkate alınır. Bu tipik menfaatleri belirleyen ilk ölçüt, sözleşmenin türü ve süresidir. Uzun zamana yayılan iş ilişkilerinde geleceğe dönük belirsizlik ve uyum ihtiyacı daha fazla olduğundan değişiklik kayıtlarına başvurmak haklı görülebilir. Kısa süreye yayılan bir belirli süreli iş sözleşmesi için ise aynı şeyi savunmak güçtür. Kısmi süreli iş sözleşmelerinde, işçinin başka işlerde de çalışmasını engelleyen kayıtlara, tam süreli iş ilişkilerindekinden farklı yaklaşılması da sözleşme türüne göre farklı değerlendirmenin bir örneğidir<sup>69</sup>. İşçinin işyerindeki konumu ve işverenle güven ilişkisi de değerlendirmede dikkate alınmalı, özellikle üst düzey işveren vekillerinin çalışma koşullarında değişikliğe farklı yaklaşılmalıdır. Değişiklik kayıtları ile işveren bir yandan yönetim yetkisini tanıdığı işçilerin onun menfaatine uygun davranmasını sağlamakta, diğer yandan da gereğinde yönetim yetkilerini kendisine alabilmek-

te veya güvendiği başka bir işçiye devredebilmektedir. Bu nedenle işveren yetkilerini kullanan işçilerin görev ve yetkilerini değiştirme yetkisi veren kayıtlar, aşırıya kaçmadıkça haklı kabul edilmelidir. Aynı durum ücretle ilgili değişiklik kayıtlarında da sözkonusudur: İşletmeyi yönetmek ve ekonomik başarıyı belirlemede geniş ölçüde etkisi bulunan bir işçi bakımından ekonomik riskin tamamen işverene ait olduğu söylenemez<sup>70</sup>. Özellikle bir proje ya da sorumlulukla bağlantılı olarak, yönetici konumundaki çalışanların iş türü ya da ücretlerinin belirli sürelerle veya koşullara bağlanmasına daha esnek yaklaşılması yerindedir<sup>71</sup>. Bunun yanında ücretle ilgili bazı kayıtların, işçinin motive edilmesi, işçinin üretime yönelik titizlik ve dikkatinin sağlanması gibi haklı menfaatlere yöneldiği de dikkate alınmalıdır<sup>72</sup>. Değişiklik kaydında işverenin haklı ve ağır basan bir menfaati olup olmadığının belirlenebilmesi için, işverenin özelliklerini de dikkate almak yerinde olacaktır. Örneğin, küçük işletmelerin büyük işletmelere göre daha fazla korunması gerektiği kabul edilebilir. Genellikle az sayıda işçi ve sınırlı kaynakla çalışan bir işletme için çalışma koşullarında değişiklik hakkının saklı tutulması daha önemli olacaktır.

İşverenden kaynaklanan haklı nedenler yanında, başka unsurlar da değişiklik kayıtlarının haklı kabul edilmesini gerektirebilir. Değişiklik yetkisinin işçi lehine bazı sınırlamalar içermesi örneğin kullanımının belirli objektif koşullara bağlanmış olması, işçinin menfaatlerinin de gözetildiği sonucunu verebilir. Aynı sonuç evleviyetle değişiklik hakkını işçiye tanıyan kayıtlar için söz konusudur. Örneğin, işçiye sözleşme ile toplam çalışma veya işin başlangıç ve bitiş saatlerini seçme ya da değiştirme olanağı tanınmış ise, kayan iş süreleri, job-sharing, evde çalışma veya tele çalışma ilişkileri ile çalışma süresi bakımından işçiye bir özerklik tanınmış ise, haksız bir sözleşme kaydından söz edilemez. İşverene değişikliği yapmak bir işçi temsilciliğinden onay alma ya da onunla birlikte karar verme zorunluluğu öngörülmüş ise, yine kaydın haksız olduğu söylenemez. Normal şartlar altında haksız kabul edilecek bir değişiklik kaydını geçerli görmeyi gerektirecek diğer bir durum ise, değişiklik kaydı ile işçiye verilen zararın başka bir şekilde telafi edilmesidir. İşçinin sorumluluğu artan işlere verilmesi halinde, buna uygun bir prim de

ödeneceğinin öngörülmesi telafiye örnek olarak gösterilebilir. Telifinin aksine, kendi başına haklı görülebilecek bir kaydın, başka bir sözleşme hükmü ile bir araya gelince haksız kabul edilmesi de sözkonusu olabilir. Bu nedenle değişiklik kayıtları, sözleşmenin bütünlüğü içinde değerlendirilmelidirler<sup>73</sup>.

Değişiklik kayıtlarını haksız kabul etmeyi gerektirecek bir diğer durum ise, değişiklik kaydı ile işçinin temel haklarına müdahale edilmesidir. Özellikle haksız olduğu kabul edilecek ve dikkatle denetlenmesi gereken değişiklik kayıtları ise, ücret ve iş görme edimleri arasındaki dengeyi bozan, işverene kendi edim borcunu sınırlama olanağı tanıyan kayıtlardır. Edimi tek yanlı belirleme hakkının sınırı, borç ilişkisini bozup yeni bir borç ilişkisi kurmak suretiyle yenileme düzeyine ulaşmak olduğundan, edim-karşı edim dengesini bozarak adeta yeni bir sözleşme kurma yetkisi işverene tanınmaz. İşçinin edimini aynı ölçüde ifa etmesine karşılık, işverenin karşı edimi isteğine göre ayarlayabilmesi de kabul edilemez<sup>74</sup>. İşçi aleyhine iş görme ediminde veya ücrette bu düzeye ulaşan değişiklik yapma yetkisinin işverene tanınması ancak istisnaen, örneğin iş ilişkisinin kaçınılmaz olan feshini önlemek amacı ile sınırlandırıldığında, geçici olduğunda ve denetlenebildiğinde geçerli kabul edilebilir. Bu şartlar altında bile işverene ücretin ancak belirli bir kısmı veya belirli ücret ekleri ile sınırlı bir değişiklik yetkisi tanınması kabul edilebilir<sup>75</sup>.

## 5. DEĞİŞİKLİĞİN SEBEP DENETİMİ

Değişiklik kayıtlarının içerik denetiminde, diğer sözleşme hükümlerinden farklı bir ek denetimin gerekli olduğu kabul edilmekte ve bu yönde düzenlemelere gidilmektedir: Gerek açıklık ilkesine uygunluk, gerekse kural olarak meşru kabul edilen değişiklik kayıtlarına karşı bir güvence sağlanabilmesi için, değişikliğin sebebinin belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır. Değişikliğin neden ve koşullarının sözleşmede belirtilmesi ile yapılan değişikliğin bu nedenlere uygun olması, değişiklik kaydının haklı kabul edilebilmesi için zorunludur. İşverene keyfi bir değişiklik yetkisi tanınması ve hiçbir sebep göstermeden değişikliğin yapılması kabul edilemez. Hiçbir neden içermeyen değişiklik kayıtlarında bile, kaydın bir sınırlama içerdiği kabul edilmelidir. Örneğin, işverene gereğinde işçi-

nin gördüğü işi değiştirme yetkisi tanıyan bir kayıt için dahi Yargıtay isabetli olarak, “geçerli sebeple” değişikliğin yapılmış olmasını aramaktadır<sup>76</sup>.

Değişikliğin nedeni, değişikliğin konusuna, işçiye verdiği zarara ve işverenin değişiklikten elde ettiği yarara göre değişecektir. Bu nedenle değişikliğin konusuna göre farklılaşan bir ölçüt önerilebilir. Kural olarak değişiklik kayıtlarına yer vermek için, değişiklik feshini yani feshi haklı kılacak ağırlıkta geçerli sebep gösterilmesi aranmamalıdır. Aksi takdirde değişiklik kayıtlarına yer vermekle değişiklik feshine başvurmak arasında önemli bir fark kalmazdı. Ölçülülük ilkesine uygun olarak değişiklik feshi ve fesihden daha hafif, iş güvencesi bakımından öncelikli bir müdahale olan değişiklik kayıtlarına yer verilmesi için, daha hafif nedenler yeterli olmalıdır. Bunu değişikliğin sözleşmeye etkisi de doğrulamaktadır: İş ilişkisi değişiklik kayıtları ile sona ermediğine, sadece bir çalışma koşulunun değiştirilmesi ile iş ilişkisi korunduğuna göre, değişen kısım için işverene yetki vermeyi haklı kılan bir neden gösterilmesi yeterlidir; iş ilişkisinin tamamen ortadan kaldırılmasını gerektirecek geçerli sebepler aranmaz<sup>77</sup>. Ancak çalışma koşullarının değiştirilmesi, sözleşmenin tamamen feshi ve yeni bir sözleşme kurulması boyutuna ulaşıyorsa, sözleşmenin esaslı unsurları önemli ölçüde başkalaşıyor, hak ve borç dengesi sözleşmenin doğasına aykırı şekilde bozuluyorsa, değişiklik kaydı ile gerçekleştirilen müdahalenin daha hafif olduğu söylenemez. Değişiklik kayıtlarının meşruluğuna getirilen temel sınırlama olan, işverenin işletme riskini işçiye yüklemesinin önüne geçilmesi, bu noktada özel bir önem kazanmaktadır: Bu tür kayıtların haklı kabul edilebilmesi için, onların iş sözleşmesinin feshini önlemek amacıyla hizmet ettiklerinin kabul edilebilmesi gerekir.

## 6. BİR ÖRNEK: ÇALIŞMA SÜRESİNİN BELİRLENMESİ KAYDI

İçerik denetiminin her türlü değişiklik kaydında nasıl yapılacağını bu çalışmada açıklamak olanaksızdır. Fakat uygulamada rastlanan şu hüküm üzerinde bir örnek vermek mümkündür: “İşçinin bir ayda toplam kaç saat çalışacağını işveren belirler”. Bu kayıtların farklı şekillerde, örneğin asgari veya azami aylık ya da haftalık bir çalışma süresi öngörüp, bu süreyi arttırma ve azaltma yetkisini işvere-

## Çalışma süresi ve ücrette esneklik konusunda en ileri giden çağrı üzerine çalışma sözleşmesinde bile işçiye bir ücret güvencesi sağlanmaktadır.

ne tanımak şeklinde formüle edilmesi de mümkündür. Çalışma süresini belirlemeyi veya değiştirmeyi işverenin takdirine bırakan bu tür kayıtların içerik denetiminde iki kural ölçüt olarak alınabilir: İşletme riskinin işverene ait olması ilkesi ile 4857 sayılı İş Kanunu m. 14 hükmü. İşletme riskinin işverene ait olmasının sonucu, işverenin işçiyi çalıştırmadığı durumlarda, kural olarak ona sözleşme ile kararlaştırılan ücretini ödemek zorunda olmasıdır. İş sözleşmesinin temelinde de buna uygun bir hak ve borç dağılımı yatmaktadır: İşverene bağımlı olarak çalışan, ona ortak veya serbest faaliyet göstermeyen işçi, ücreti aşan kazanç şansından feragat etmekte, buna karşılık zarara ortak olmak riskinden de kurtulmaktadır. Buna uygun olarak işçi belirli bir iş sonucunu değil, işverenin talimatına göre iş görmeyi borçlanmaktadır. İşçiye gördürecek iş olmaması ya da işçinin çalışmasının ekonomik olarak anlamsız olmasının riski ise işverene aittir. İşçinin çalışma süresini tamamen ihtiyaca göre belirlemek, çalışma süresini ve ücreti gereğinde sıfırlayabilmek hakkını işverene tanıyan bir kaydın, bu ilkeye uygun bir hak ve borç dengesi kurduğu söylenemez<sup>78</sup>.

Buna karşı getirilebilecek bir itiraz, işverene işçiyi ihtiyacı olduğu kadar çalıştırma ve ücret ödeme hakkı tanıyan çağrı üzerine çalıştırma hakkının yasa ile tanınmış olmasıdır. Ancak çalışma süresi ve ücrette esneklik konusunda en ileri giden çağrı üzerine çalışma sözleşmesinde bile 4857 sayılı İş Kanunu m. 14/II ile işçiye bir ücret güvencesi sağlanmaktadır. Bu hüküm uyarınca “Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır.” Bu düzenleme bir yedek hukuk kuralı olduğundan, tarafların yirmi saatten çok veya az, isterlerse haftada bir saat çalışılacağını öngörmeleri veya aylık ya da yıllık bir toplam süre belirlemeleri mümkündür. Bunun yanında, tarafların çalışma sü-

resinin toplamını belirlemeyi ve değiştirmeyi işverene bırakmalarına da m. 14/II engel olmamaktadır. Yasa sözleşmede bir çalışma süresinin hiç bulunmaması halinde uygulanacak kuralı öngörmektedir; sözleşmede çalışma süresiyle ilgili bir hüküm varsa, m. 14 yedek hukuk kuralı olarak geri çekilmekte, uygulanmamaktadır<sup>79</sup>. Böylece çağrı üzerine çalışan ve kendini işverenin ihtiyacına bağlayan işçiye sağlanan asgari çalıştırılma ve ücret garantisini bertaraf etmek mümkündür.

Ancak yasa koyucunun m. 14/II ile sadece sözleşme boşluğunu doldurma amacı olduğu söylenebilir. Yedek hükümlerin yasa koyucunun adil ve yerinde olan konusundaki değer yargısını yansıttıkları, kamu düzenine uygun olanı anlamamıza yaradıkları yukarıda açıklanmıştır. Yasa koyucu m. 14 ile de bir değer yargısını ifade etmiş, çağrı üzerine çalışmada işçiyi koruyacak, ona asgari gelir güvencesi sağlayacak bir düzenlemeyi uygun görmüştür. Bu hükmün emredici olmamasına dayanarak, işverene keyfi davranabilme, işçiyi asgari bir gelir güvencesinden ve kişilik değerlerinin korunmasından yoksun bırakabilme olanağı tanındığı söylenemez<sup>80</sup>. Bu nedenle, m. 14/II'ye aykırı iş sözleşmesi kayıtları, yasa koyucunun değer yargısına ve yasal düzenlemeye, böylelikle de kamu düzenine aykırı kabul edilmelidirler. Bu durumda çağrı üzerine çalışma sözleşmesinde çalışma sürelerini belirlemeyi tamamen veya kısmen işverene bırakan kayıtlar kural olarak geçersiz olacak, oluşan sözleşme boşluğu ise m.14/II ile doldurulacaktır<sup>81</sup>.

Yasa koyucunun esnekliğe en geniş ölçüde olanak sağladığı çağrı üzerine çalışma sözleşmesinde bile, çalışma süresi ve buna bağlı ücretin belirlenmesini ararken, diğer sözleşme türlerinde çalışma süresini belirleme ve değiştirme yetkisini tamamen işverene bıraktığı kabul edilemez<sup>82</sup>. Aksine işletme riskinin işverene ait olması ilkesi ile birlikte İş Kanunu 14/II'den çıkan değer yargısını tüm iş sözleşmelerine uygulamak mümkündür. Bunun sonucu olarak, iş sözleşmesinde belirli bir çalışma süresi öngörülmesi zorunluluğu tüm iş sözleşmesi türlerinde geçerlidir<sup>83</sup>. İşverene tam süreli bir iş ilişkisini, kısmi süreli bir iş ilişkisine dönüştürecek ölçüde yetki tanıyan bir değişiklik kaydı, edimi tek yanlı belirleme yetkisinin sınırlarını aşacaktır. Çalışma süresi ve dolayısıyla ücreti belirlemeyi hiçbir sınırlama öngörmeden tamamen veya kısmen işve-



rene bırakan bir değişiklik kaydı ise geçersizdir<sup>84</sup>. Kısmi süreli iş sözleşmelerinde geçersiz olan hükümün yerine İş Kanunu 14/II'ye uygun olan asgari süre yani haftalık yirmi saat kararlaştırılmış kabul edilebilir<sup>85</sup>. Tam süreli iş sözleşmelerinde ise değişiklik yetkisi yerine haftalık 45 saatlik çalışma süresi geçebileceği gibi, hâkimin oluşan boşluğu işyeri ve işin türüne göre farklı bir şekilde doldurması da düşünülebilir.

Fakat bu tür sözleşme kayıtlarının her durumda geçersiz olacağı da söylenemez. Haftalık çalışma süresi güvencesinde yasal düzenlemenin amacı, işçinin çalışma süresini hiç bilmemesini önlemek ve ona sabit bir gelir güvencesi sağlamak ile sınırlıdır. Çalışma süresinin işyerinin ihtiyacına göre değiştirilebilmesi ise hem çağrı üzerine çalışmanın temel amacı olmakta, hem de yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamasına da izin veren yasa koyucu tarafından meşru görülmektedir (İş Kanunu 63/II)<sup>86</sup>. Bu nedenle önemli olan, haftalık kesin bir çalışma süresi belirlemek ve bu süreye mutlaka uymak değil, özellikle kısmi süreli çalışmalarda ortalama bir haftalık çalışma süresi belirlemektir. Bu ortalama süreden işletme gereklerine dayanarak, önemsiz ve geçici sapmalara izin verilebilir. Bunun yanında örneğin haftalık ortalama beş saat çalışacağı kararlaştırılan işçinin, iki aylık bir dönemde toplam haftalık çalışma süresini aşmamak kaydı ile bu sürenin haftalara dağılımı yetkisinin işverende olduğu da öngörülebilir. Ayrıca ortalama haftalık çalışma süresi yanında, yıllık veya aylık bir toplam çalışma saati belirlenmesi kaydı ile işverene bu süreyi işyerindeki ihtiyaca göre haftalara farklı yaymak yetkisi de tanınabilir<sup>87</sup>.

## V. SONUÇ

İş ilişkisinin tâbi olduğu koşullardaki sürekli değişimin ve uzun döneme yayılması arzulanan iş ilişkisindeki geleceğe dönük belirsizliğin doğal sonucu değişiklik kayıtlarıdır. Dayanağını sözleşme özgürlüğünde bulan değişiklik kayıtları, çalışma hayatımızda yeni İş Kanunu döneminde eskisinden de önemli bir rol oynayacaklardır. İşçinin korunması için sözleşme özgürlüğünü sınırlayan iş hukuku da, emredici katı düzenlemeler yerine, sözleşme hukukunun yeni araçları ile değişiklik kayıtlarına yaklaşmak, esneklik ile güvence dengesini bu alanda hukukun diğer alanları ile uyumlu bir şekilde

de kurmak zorundadır. Değişiklik kayıtlarının içerik denetimi bu zorunluluğun kaçınılmaz sonucudur. İş hukuku öğretisi ve yargısının amacı da, değişiklik kayıtlarının denetimi için mümkün olduğunca somut ölçütler geliştirmek olmalıdır. Ancak bu şekilde, hem işçinin korunmasına hem de iş sözleşmelerinin doğru hazırlanması ile uyumsuzlukların azaltılması ve hukuk güvenliğine hizmet edilebilir.

Konusuna göre farklı değerlendirme yapmak gerekli olmakla birlikte, genel olarak değişiklik kayıtlarının denetimi konusunda şu ölçütler verilebilir:

1) Şekli ölçüt olarak, değişiklik kayıtları açıklık ilkesine uygun olmalı, özellikle tek yanlı değişiklik yetkisinin konusu, kullanılma nedenleri ve kullanılacağı durumlar kayıta yer almalıdır.

2) İçerik bakımından ise değişiklik kayıtları iki yönden sınırlanmaktadır: Birincisi bu kayıtlar amaç bakımından gerekli olmalı, hukuki ilişkinin tâbi olduğu koşullarda önceden öngörülemeyen değişikliklere uyum için gerekli olmalıdır. İkincisi, değişiklik kayıtları ile bu amaç dışında meşru olmayan başka bir amaç izlenmemeli, özellikle aslında işverene ait risklerin işçiye yüklenmemelidir.

Bu sınırlamalara uygunluğun ortaya konabilmesi için, değişiklik kaydının konusuna göre farklılaşan bir denetim yapılmalıdır: İşverenin ücret borcunu etkilemeyen bir değişiklik yetkisinin saklı tutulabilmesi için, işverenin keyfi davranmasını önleyen, objektif duruma ve değişikliğin konusuna uygun nedenler yeterlidir. Ana edimleri, özellikle işverenin ücret borcunu değiştirme olanağı sağlayan kayıtlar için ise, değişiklik feshini ve feshi haklı kılabilecek ağırlıkta nedenler gösterilmesi zorunludur.

3) Tek yanlı değişiklik yetkisi, değişiklik kaydında yer alan nedenler bulunmadıkça kullanılmalı ve bu kullanım ölçülü olmalıdır. Bu üçüncü ölçüt, asıl olarak içerik denetimini izleyen kullanım-hakkaniyet denetiminin ölçütüdür.

## DİPNOTLAR

- 1 Öğretideki görüşler ve Yargıtay kararları konusunda ayrıntılı bilgi için: Hozar, Sicil Haziran 2006, 82, 86 vd.
- 2 Taşkent, Yönetim Hakkı, 19; Preis, Arbeitsvertrag, 736.
- 3 Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, 31.
- 4 Soyer, Genel İş Koşulları, 161; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 79; Oğuzman, Borçlar Hukuku, 206.
- 5 Oğuzman, Borçlar Hukuku, 124.
- 6 Rieble, § 315 BGB Rn. 93.

- 7 Preis, Arbeitsvertrag, 1342; Lindemann, 31 vd.; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 262 vd.
- 8 Soyer, Genel İş, 46; Süzek, İşyeri Uygulamaları, 154.
- 9 Güzel, İş Güvencesi, 120.
- 10 Öğretide çıkartılan fıkra hükmü değişiklik kayıtlarının bir denetime tâbi olmayacakları şeklinde yorumlanmıştı. Ekmekçi, 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümleri Üzerine, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, Marmaris, 25-29 Eylül 2002, 72.
- 11 Alpagut, Çimento İşv. Eylül 2004/59.
- 12 Türk Hukuk Lugatı, 185; Eren, 290.
- 13 Tek sınır geçmişe etkili değişikliktir (m. 22 f. 2).
- 14 Güzel, Oğuzman Armağanı, 83, 84; Ekonomi, Esnekleşme, 57, 63.
- 15 Yarg. 9. HD. 11.4.1988, 2824/4049, Tekstil İşveren, Ocak 1989, 15, 16; HGK 20.6.1986, 82/2073, Ulucan, İş Güvencesi, 69; Soyer: "Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi, Milli Komite 15. Yıl Armağanı, İstanbul, 1991, 263; Narmanlıoğlu, İşçinin Türkiye Geneline İşverene Ait İşyerlerinde Çalışmasını Öngören Sözleşme Hükümünün Bağlayıcılığının Sınırı, İHU İK 16 No. 7; Ekonomi, Oğuzman Armağanı, 166; Doğan-Yenisey, Çelik Armağanı, 1175.
- 16 Fastrich, Inhaltskontrolle, 5, 6.
- 17 Taslak BK. m. 25.
- 18 Schmidt-Rimpler, Walter: Grundfragen zur Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130, 156; Larenz/Wolf, 754; Schmidt-Rimpler: Zum Vertragsproblem, FS für Ludwig Raiser, Tübingen, 1963, 3, 15; Alp, 268 vd.
- 19 Rekabetin sözleşme tarafları arasındaki dengesizliği giderici rolü konusunda: Hönn, 109, 116.
- 20 BVerfG 19.10.1993, AP Nr. 35 zu § 2 GG; Lakies, AR-Blattei, Rn. 5; Busche, 104.
- 21 Coester-Waltjen, Dagmar: Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG, AcP 190 (1990), 1, 16; Rittner, Fritz: Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188, 1988, 403, 410; Habersack, 44; Fastrich, Inhaltskontrolle, 56, 60; Säcker, Gruppenautonomie, 205, 207; Soyer, Genel İş, 135 vd.; Atamer, 58.
- 22 Säcker, Allgemeine Arbeitsbedingungen 57; Soyer, Genel İş, 33 vd.; Fastrich, Inhaltskontrolle, 79, 80.
- 23 Thüsing, AR-Komm. § 611 BGB Rn. 415; Hromadka, NJW 2002, 2523, 2525.
- 24 Alp, 280 vd.
- 25 Alp, 319 vd.
- 26 Karş. Süzek, TİSK Akademi, 2006/I, 6, 21. Olması gereken hukuk anlamında Süzek de içerik denetimine taraftardır.
- 27 18.3.1996, 1996/734-2495, YKD Mayıs 1996, 746, 750 ve 2.6.1998, 1998/4263-6098, YKD Temmuz 1998, 976.
- 28 9. HD 7.5.1998, 5745/8434, Tekstil İşveren, Ocak 1999, 13, 14.
- 29 9. HD. 27.12.1999, 17469/20361, Çimento İşveren, Mart 2000, 38, 39; Karagöz, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, 96 vd.
- 30 Soyer, İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000, 367. Oysa ölçütleri geliştirilen ve açıkça yapılan bir içerik denetiminde, bazı durumlarda tek yanlı cezai şartın haklı olduğunun kabul edilmesi ve geçerli sayılması da mümkün olabilirdi: Şahlanan, Fevzi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, 144; Özdemir, Erdem: "İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret", III. Yılında İş Yasası, 27, 41 vd; Karagöz, Veli, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, 96 vd.
- 31 RG. 8.10.1998, s. 23487; Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 48, 197.
- 32 Havutçu, Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, 219, Dn. 538; Aslan, Tüketici Hukuku, 289.
- 33 Süzek, Askı, 46, 47.
- 34 İş hukukunun emredici kurallara sahip olması nedeni ile bu konuda bir boşluk olmadığı da söylenemez. Aksine iş ilişkisinde değişiklik kayıtlarına konu olan pek çok konuda emredici yasa hükümleri bulunmamakta, yan edimler ve ifa modaliteleri geniş ölçüde sözleşme özgürlüğüne bırakılmaktadır. Zöllner, RdA 1989, 152, 162; Kittner, FS Kissel, 497; Doğan-Yenisey, Tek Taraflı Müdahale, 139.
- 35 Soyer, Genel İş, 153 vd.
- 36 Alman hukukunda bu görüş kabul görmüştür.
- 37 Kramer, Ernst: Berner Kommentar Art. 19-20 OR, Rn. 156; Stockar, Conrad: Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standartverträgen nach schweizerischem Recht, Basel, Stuttgart, 1971, 61.
- 38 Larenz, AT des BGB, 5. Aufl. München, 1980, 42; Hukuk boşluklarının doldurulmasında, hukuki değerler (Rechtswerte), hukuki fikirler (Rechtsidee) ve eşyanın doğasına uygunluğun (Natur der Sache) rolü konusunda bkz. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. Berlin, 1983, 106 vd.
- 39 Larenz, AT des BGB, 42; Atamer, 295.
- 40 Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201, 241
- 41 Canaris, AcP 184 (1984), 201, 242; Soyer, Genel İş, 179; Atamer, 150.
- 42 BAG 16.3.1994, NZA 1994, 937, 943.
- 43 Soyer, Rekabet, 71, 72. Taslak BK.'nun halen geçerli BK. 349'a karşılık gelen 449. maddesinin 2. fıkrasında bu yaptırım daha açık bir şekilde belirtilmektedir: "Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir."
- 44 Hromadka, NJW 2002, 2523, 2529.
- 45 Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 219.
- 46 Dieterich, ErfK Art. 2 GG Rn. 45. Yeni Alman Medeni Yasası'nda (BGB § 313) açıkça öngörülen bu esas, Borçlar Kanunu Taslağı'nda da yer almaktadır (m. 143).
- 47 Alp, 322 vd.
- 48 Larenz, Schuldrecht, Bd. I, 9. Aufl., München, 1968, § 8 IV; Flume, Fs Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Band 1, 167, 168; Bötticher, Gestaltungsrecht Und Unterwerfung İm Privatrecht, 8, Dn. 10, 15, 17 ve Fs Dölle, 45, 51; Rieble, § 315 BGB Rn. 28.
- 49 Zöllner, RdA 1989, 152, 160; Hromadka, FS Dieterich, 251, 265; Lakies, AR-Blattei, Rn. 190, 251 vd.; Rieble, § 315 BGB Rn. 232..
- 50 Preis, Arbeitsvertrag, 122; Rieble, § 315 BGB Rn. 228
- 51 Preis, Sonderbeilage zu NZA Heft 16/2003, 19, 22; Aslan, 29, 30.
- 52 Alp, 313 vd.

- 53 Däubler/Dorndorf, 178.
- 54 Wiedemann, Rainer: Preisänderungsvorbehalte, 1991, 134, 159, 180; Baur, Jürgen F.: Vertragliche Anpassungsregelungen, 1983, 104.
- 55 Zöllner, Nza 1997, 121, 128; Henssler, SaA, 1988, 164, 165; Preis, ErfK BGB 310 Rn. 59; Lakies, Ar-Blattei, Rn. 190.
- 56 Gotthardt, AR-komm, BGB 307 Rn. 19.
- 57 BGB 307 özellikle yasal düzenlemenin temel fikrine aykırı veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan önemli hak ve borçları sözleşmenin amacına ulaşmayı tehlikeye düşürecek şekilde sınırlayan kayıtların haksız olabileceğini öngörmektedir.
- 58 Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl. AGBG § 9 Rn. 132, 133; Wolf/Horn/Ulmer, 4. Aufl. AGBG § 9 Rn. 70; Lakies, AR-Blattei, Rn. 168.
- 59 Soyer, İHD, c.3, s. 2, 306 ve Esener Armağanı, 363, 372 vd.
- 60 Atamer, 204 vd.; Preis, 302 vd.
- 61 Atamer, 207.
- 62 Lindemann, 172..
- 63 Soyer, Genel İş, 39; Stöckli, 233. Alman Hukukunda da bu hükmü karşılayan BGB 615 hükmünün emredici olmadığı kabul edilmektedir, Bkz. Richardi, Staudinger BGB 615 Rn. 9. İsviçre'de ise borçlar kanununda yapılan değişiklik ile bu hükmü karşılayan Or 324 işçi lehine nispi emredici hale getirilmiştir (Or 362).
- 64 Richardi, Staudinger BGB 615 Rn. 10; Hueck/Nipperdey I, 328; Preis, Grundfragen, 332; Krause, AR, BGB 615 Rn. 123.
- 65 Wolf/Horn/Ulmer, 4. Aufl. Agbg § 9 Rn. 61; V. Hoyningen-Huene, Inhaltskontrolle, Rn. 134, 143; Fastrich, Inhaltskontrolle, 298 Vd.
- 66 Thüsing, Arbeitsverträge, Rn. 44; Zöllner de, RdA 1989, 152, 159, işçinin aleyhine hükümlerin, işverenin meşru menfaatlerini korumak için uygun, gerekli ve ölçülü olmaları zorunluluğunu vurgulamaktadır.
- 67 Preis, Grundfragen, 298.
- 68 Fastrich, 300; Thüsing, Arbeitsverträge, Rn. 44; Zöllner, RdA 1989, 152, 159; Aslan, 291; Karş. Atamer, 212.
- 69 Kısmi süreli çalışmalarda fazla süreli ve fazla çalışmaları yasaklayan Fazla Çalışma Yönetmeliği m. 8/d ise maksadı aşan bir düzenlemedir. Çelik, 301; Süzek, İş Hukuku, 220. Aksi görüşte: Soyer, Fazla Saatler, 807, 808. Emredici düzenlemeler ile kesin yasaklar koyma yerine, esnekliğe olanak tanıyan bir içerik denetimin daha yerinde olduğu bu örnekten de anlaşılmaktadır.
- 70 BAG 14.10.1970 AP Nr. 60 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; Lindemann, 219; Preis, Grundfragen, 360.
- 71 Hanau, Fs Zöllner, 753 Vd.; Lakies, Ar-Blattei, Rn. 175, 176.
- 72 Lindemann, 233.
- 73 Alp, 348 vd.
- 74 Rieble, § 315 BGB Rn. 93; Kittner/Däubler/Zwanziger, § 2 KSchG Rn. 90; Kittner/Zwanziger, AR § 15 Rn. 68.
- 75 Alp, 373 vd.
- 76 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/17213, K. 2006/2266, T. 6.2.2006, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası.
- 77 Hanau, MünchArb, § 60 Rn. 100; Hromadka, RdA 1992, 234, 239; Preis, FS Kissel, 910
- 78 BAG 14.7.2004, 7 AZR 213/03, II/2/a/bb, juris Rechtsprechung; Wank, Änderung, 40; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 75.
- 79 Çelik, 91; Süzek, İş Hukuku, 223; Karş. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 75; Alman hukukunda ise çağrı üzerine çalışmada haftalık ve günlük çalışma sürelerinin sözleşmede öngörülmesi yani değiştirilebilir olmaması emredici olarak düzenlenmiştir. Taraflar haftalık bir süre öngörmemiş iseler haftada 10 saat, günlük bir süre öngörmemiş iseler günde üst üste 3 saat çalışması kararlaştırılmış sayılır (TzBfG 12). Tuncay, İş Sözleşmesi Türleri, 125, 137.
- 80 Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 28; Alman Federal İş Mahkemesi, kısmi süreli iş ilişkilerinde işverene çalışma süresi ve dolayısıyla ücreti değiştirme yetkisi tanıyan kayıtların, sözleşmenin dokunulmaz "öz" alanına gerçekleşen müdahale nedeni ile, değişiklik feshi (§2 KSchG) hükmüne karşı hile oluşturduğu gerekçesi ile geçersiz olacağına hükmetmiştir (BAG 12.12.1984, AP Nr. 6 zu § 2 KSchG). Sonradan mahkemenin bu içtihadına uygun şekilde yasa değişikliğine gidilmiştir (BeschFG § 4 ve sonradan TzBfG § 12).
- 81 Preis, ErfK BGB 305-310 Rn. 55; Lakies, AR-Blattei, Rn. 254; Thüsing, Arbeitsverträge, Rn. 117; Staudacher, Heribert/Hellmann, Andrea/Hartmann, Claudia/Wenk, Herbert: Teilzeitarbeit, München, 2003, 75; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 75
- 82 Wank, Änderung, 40.
- 83 Preis, ErfK § 4 BeschFG Rn. 6; Schüren, MünchArb § 166 Rn. 12; Staudacher/Hellmann/Hartman/Wenk, 75.
- 84 BAG 12.12.1984, AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969; Preis, Arbeitsvertrag, 353 Ve Erfk § 4 BeschFG Rn. 2, 23; Lindemann, 264; Kittner/Däubler/Zwanziger, § 2 KSchG Rn. 26; Lakies, Ar-Blattei, Rn. 254.
- 85 Karş. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 28; Tuncay, Sözleşme Türleri, 138; Süzek, İş Hukuku, 223.
- 86 Schüren, MünchArb § 166 Rn. 26; Preis, Arbeitsvertrag, 386; Staudacher/Hellmann/Hartman/Wenk, 75; Lindemann, 255.
- 87 Preis, Arbeitsvertrag, 386; Schüren, MünchArb § 166 Rn. 26; Lindemann, 255; Staudacher/Hellmann/Hartman/Wenk, 75.

## 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi

### 1- GENEL OLARAK

Çalışma hayatında üretim çeşitliliğinin, esnekliği doğurucu faktörlerin de etkisiyle artması ve bu üretimin işletmeler tarafından kaliteli ve en az maliyet yaratacak şekilde yapabilmeye çabası ile birlikte işletmelerin yoğunlaştığı, yatırım yaptığı, istihdam yarattığı iş alanları dışında kalan işlerin bu konularda uzmanlaşmış başka işverenlere verilmesi sonucunu doğurmuş ve alt işveren dediğimiz kavram ortaya çıkmıştır. Hukuki olarak belirtilen bu sebeplerden ayrı olarak madalyonun diğer tarafında, iş ve sosyal güvenlik hukukunun getirdiği yükümlülüklerden kaçınma eğilimi, sendikal örgütlenmeye sıcak bakmama, insan gücü sevk ve idaresinin getireceği yoğunluktan kurtulma düşünceleri de gerek alt işverenliğin ortaya çıkmasında gerekse yaygınlaşmasında rol oynamıştır<sup>1</sup>.

Türk çalışma hayatında alt işverenlik olgusu temel hukuki nitelikleriyle 1936 yılında yürürlüğe giren 3008 sayılı ilk İş Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu Kanunun 1. maddesinin 4. fıkrasına göre “işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele etmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren mesuldür.” Kanunun belirtilen bu düzenlemesinde asıl işverenin, alt işveren işçilerine karşı tek başına so-

rumlu olacağına dair bir anlam çıkması ve bunun sonucunda uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşılması neticesinde, 1950 yılında çıkartılan 5518 sayılı Kanunla 3008 sayılı Yasanın ilgili maddesi, “işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da aynı iş veya teferruatında iş alan üçüncü bir şahsın aracılığıyla işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile sözleşme akdetmiş iseler, bu araçlar da asıl işverenle müştereken müteselsilen sorumludurlar” şeklinde değişikliğe tabi tutulmuştur<sup>2</sup>.

1475 sayılı İş Kanunu'nda alt işveren “bir işverenden belli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçileri münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran” kişidir. Anılan Yasada alt işverene verilebilecek işlerin, asıl iş ve yardımcı işler şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaması bu ilişkinin yaygınlaşmasına neden olmuştur.

Alt işveren uygulamasının temel nedenleri, ekonomik konjonktür ve teknolojik gelişmelere bağlı nedenler, işgücü maliyetlerinin azaltılması ve sendika, toplu sözleşme ve grev haklarının etkileri olarak açıklanabilir<sup>3</sup>. 1475 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde özellikle kamuya ait işyerlerinde yoğun biçimde taşeron uygulamasına gidilmiş ve nerdeyse bazı işyerleri bakımından asıl işverene ait kadrolu işçi sayısından fazla sayıda taşeron işçisi istihdam edilmiştir. Aynı dönemde alt işveren



uygulaması yaygınlaşmış ve yapılan bir araştırmada<sup>4</sup> inşaat işkolunda çalışan işçilerin % 80'inin müteahhit ve taşeron devredildiği açıklanmıştır.

Ülkemizde kamu sektöründe inşaat işi yapan işverenlerin %85'inin, özel sektörde inşaat işi alan işverenlerin %32'sinin ve her ikisine de iş yapanların %94'ünün taşeron uygulamasına gittiği ileri sürülmüştür<sup>5</sup>.

Bu arada bazı muvazaalı uygulamalara gidilmiş ve iş yargılamasını uzun süre bu konular meşgul etmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu ile bu muvazaalı durumların önüne geçilmek istenmiştir.

Esnekliği gerekli kılan faktörlerin etkisi 4857 sayılı İş Kanununa da yansımıştır. Atipik istihdam türleri anılan Yasada düzenlenmiş, özellikle çalışma sürelerinde esnekliği öngören önemli değişikliklere gidilmiştir. Bu açıdan bakıldığında asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması anlamını taşıyan hükümlerin Yasanın temel sistematigi ile bağdaşmadığı söylenebilir. Ancak, asıl işveren alt işveren ilişkisi yönünden öngörülen bu sınırlandırmalar, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde genel bir uygulama halini alan muvazaalı sözleşmelere bir tepki niteliğindedir.

Kamu kurum ve kuruluşları yönünden alt işverenlik uygulamasının kolaylaştırılması gündeme gelmiş, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine 12.7.2006 tarihinde yürürlüğe giren Yasa ile bazı fıkralar eklenmiştir<sup>6</sup>. Buna göre 3 yıllık uygulamanın ardından 4857 sayılı İş Kanunu, kamu kurum ve kuruluşlarından iş alan işverenler yönünden esnekleştirilmiştir. Konuya, muvazaa ile ilgili açıklamalar ile asıl işveren ile alt işveren ilişkisinde hukuki sorumluluk bölümünde değinilecektir.

## 2- TANIMLAR

4857 sayılı İş Kanunu'nun getirdiği önemli bir yenilik, asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımının yapılması, ilişkide tarafların sorumluluklarının belirlenmesi ve muvazaa kanıtı olarak temel bazı varsayımların esas alınmasıdır.

Kanunda ayrı ayrı asıl işveren alt işveren tanımları yapılmamış, aradaki ilişki tarif edilmiştir. Ancak buradan yola çıkarak alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve gö-

revlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise, asıl işveren olarak adlandırılabilir. 4857 sayılı İş Kanunu uygulamasıyla ilgili olarak Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlarında asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımı yapılmıştır. Yargıtay'a göre, "bir işverenden yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisidir"<sup>7</sup>.

Taşeron ile müteahhit kavramları sık sık karıştırılmakta bazen de aynı anlamda kullanılmaktadır. Borçlar Kanununun istisna aktini düzenleyen 355. maddesi uyarınca müteahhit, iş sahibine karşı ücret karşılığında bir iş (yapıt, eser) yapmayı taahhüt eder. Müteahhit iş sahibine karşı işin tümünden sorumludur. Taşeronun ise asıl iş sahibine karşı işin tümünden bir sorumluluğu yoktur. Taşeron tanımının temel özelliği, taşeronun asıl işin (ya da yardımcı işlerin) bir bölümünü üstlenmesidir.<sup>8</sup> Alt işverenin kendi adına ve hesabına işçi çalıştırması onu işveren vekillikinden ayırır. İşveren vekili işverenin temsilcisidir. İşveren adına ve hesabına işçi çalıştıran işveren vekiline karşılık alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında bir sözleşme bağı yoktur<sup>9</sup>.

Bilindiği gibi, SSY 87/2. maddesinde "aracı" kavramı düzenlenmiştir. Buna göre, "Bir işte veya bir işin bir bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye" aracı denilmektedir. Tanım, 1475 sayılı Yasa'nın alt işveren kavramından fazla bir farklılık göstermemekteydi. 4857 sayılı Yasa'nın alt işveren düzenlemesi sonucu, her iki yasa açısından farklı kavram ve hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Nitekim, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik yönden uzmanlık gerektiren" bir işin bulunmasına bağlanmışken, SSY m. 87/2 de bu koşul aranmamıştır<sup>10</sup>.

Her iki yasa arasındaki kavram birliğinin sağlanmasının gerekip gerekmediği tartışılabilir. Esasen her iki hükmün farklı hukuki menfaatleri temine yönelik olduğu İş Yasası'ndaki işçilik hakları

nın, SSY'de ise kurum alacaklarının güvence altına alınmasının amaçlandığı dikkate alındığında farklı kavramların yasa koyucunun bilinçli tercihi olduğu ileri sürülebilir<sup>11</sup>. Öğretide, yasalar arasında kavram birliğinin sağlanması gerektiği de ileri sürülmüştür<sup>12</sup>.

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki, iş hukukunun ilgi alanının dışındadır. Bu ilişki öğretide, alt istisna veya alt taşeronluk adıyla değerlendirilmekte ve Borçlar Kanunu'nun 355-371. maddelerine göre çözümler aranmaktadır<sup>13</sup>.

### 3- ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN UNSURLARI

#### a) İki Ayrı İşverenin Bulunması

4857 sayılı Yasa'da işveren, bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak açıklanmıştır. (m.2) O halde asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için ilk olarak mal veya hizmetin üretildiği bir işyeri olan işverenin varlığı gerekir.

Bundan başka işverene ait işyerinde iş alan ikinci bir işverenin varlığı gerekir ki, asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilsin. Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri itibarıyla kazanmış da olabilir.

Her iki işverenin de gerçek yada tüzel kişi hatta tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluş olması imkân dahilindedir. Yasada sadece alt işverenin asıl işverenin önceki bir işçisi olamayacağı belirtilmiş, alt işveren yönünden başkaca bir sınırlandırma getirilmemiştir. Esasen, asıl işverenin bir ortağının hissesini devrederek alt işveren olarak asıl işverenden iş alması ve hatta asıl işverende hissedarlığı devam ederken alt işveren sıfatını kazanması yasada yasaklanmış değildir. Aynı şekilde asıl işverenin bir işçisinin tüzel kişi şirketin ya da kurulacak adi ortaklığın hissedarı olması yönünden yasada bir sınırlandırma getirilmemiştir. İlk bakışta bu niteliği haiz alt işverenlerle asıl işveren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisine girilebileceği düşünülmüşse de, ilişkinin muvazaaya dayandığı her türlü delille ispatlanabilecektir.

Asıl işverenle alt işveren arasında birden çok iş-

yerinde bazı işlerin gördürülmesi yönünde ayrı ayrı sözleşmeler düzenlenmesi de olanaklıdır. Örneğin, asıl işverenin ülkenin birçok işyerinde temizlik işlerinin tek bir sözleşme ile aynı alt işverene bırakılması ya da ayrı ayrı birden fazla sözleşmelerle asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması mümkündür. Burada, alt işveren işçilerinin "...sadece bu işyerinde aldığı işte ..." çalıştırılması zorunluluğuna dair yasa hükmünün değerlendirilmesi gerekir. Gerçekten her iki işverenle asıl işveren alt işveren ilişkisinin hüküm sürdüğü birden fazla işyeri bulunmakta olduğuna göre, alt işveren işçilerini bu işyerlerinde zaman zaman değiştirmek suretiyle çalıştırabilecek midir? Bu örnekte münhasıran o işlerde çalıştırma koşulunun alt işverenin tüm işyerleri bakımından geçerli olduğu düşüncesindeyiz. Bir başka anlatımla, işverenler arasında birden fazla işyerinde usulüne uygun olarak işin bir bölümünün veya yardımcı işlerin alt işverene bırakılması şeklinde asıl işveren alt işveren ilişkisine girilmişse, alt işveren işçilerinin aynı asıl işverenden alınan değişik işyerlerinde çalıştırılması da olanaklıdır. Bu husus asıl işveren alt işveren ilişkisini etkilemeyecektir. Ortada tek bir asıl işveren alt işveren ilişkisi vardır ve işçi bu ilişki dışındaki işlerde çalıştırılmamıştır. Yasada asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğuna dair düzenlemeler, işçiyi korumak için getirilmiştir. Belirtilen durumda işçinin bu ilişki içinde tarifi daha doğru olur.

#### b) Mal veya Hizmet Üretimine İlişkin Bir İşin Varlığı

4857 sayılı İş Kanunu'nda ise "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ..." sözcüğüne yer verilmiş olmakla, asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı bakımından ilk unsurun mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı şeklinde açıklanması gerekir. Asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine yardımcı işler ile koşulları mevcutsa asıl işin bir bölümü alt işverene verilebilecektir. Yoksa sadece işçilik hizmetlerinin temini bakımından asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması olanaksızdır.

İşyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi dışında kalan asıl iş veya yardımcı iş sayılamayacak bir işin, alt işverene verilmesi mümkün değildir. 2. maddenin gerekçesinde bu husus "buna karşı işyerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş-

alan bir işverenin örneğin işyerinde ek bir inşaatın yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır” şeklinde belirtilmiştir<sup>14</sup>. Buna karşın yine öğretide, işçilerin sadece asıl işverene ait ve onun yararına bir işi yaptıkları dönem için, asıl işverenin işyerinde yürütülen bir iş ile bağlantısı olmadığı gerekçesiyle bu işçileri güvenceden yoksun bırakmanın mantığının olmadığı ayrıca bina ve çatı onarım işi ile temizlik işi arasında yardımcı iş sayılmak bakımından bir farkın olmadığı da ileri sürülmüştür<sup>15</sup>.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için alt işverence yerine getirilen işin asıl işverene ait işyerinde yerine getirilmesi gerekir. Bu nedenle örneğin fason imalat şeklinde bir işverenden iş alan ve bu işi kendi işyerinde yapan kişilerle işveren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmaz<sup>16</sup>.

Asıl işin tamamının alt işverene bırakılması da

reklerinin işin alt işverene bırakılmasını gerektirip gerektirmediği ve yine teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı iş yargılamasını uzun süre daha meşgul edecektir. Yine asıl işin kapsamına nelerin gireceği ayrı bir tartışmayı oluşturacaktır.

Yargıtay kararlarına göre güvenlik ve itfaiye işleri<sup>17</sup>, otomasyon veri hazırlama ve kontrol işleri<sup>18</sup>, kreş ve bakımevi hizmetleri<sup>19</sup>, nakit taşıma ve güvenlik hizmetleri<sup>20</sup>, temizlik işleri<sup>21</sup>, forklift hizmetleri<sup>22</sup>, şubeler arası evrak toplama ve dağıtım işleri<sup>23</sup>, otel işyerinde garaj ve oto yıkama işleri<sup>24</sup> yardımcı iş kapsamındadır. Buna karşın, 5393 sayılı Yasa'nın 67. maddesinin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde belediyelerce toplu taşıma temizlik ve çöp toplama işleri asıl iş olarak kabul edildiğinden, ihale yoluyla alt işverene devrinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir<sup>25</sup>. Yine Yargıtay tarafından tekstil işyerinde iplik üretim bölümü, asıl iş olarak değerlendirilmiştir<sup>26</sup>.

## Maddede geçen 'ile' kavramı, bizi, işletmenin ve işin gereği ve teknolojik ve uzmanlık gerektiren işlerin bir arada bulunması gerektiği sonucuna yaklaştırmaktadır.

mümkün değildir. Bu ihtimalde, asıl işveren alt işveren ilişkisi yerine işyeri devrinin varlığından söz edilir. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'na göre asıl işin belli bir bölümü de alt işverene verilebilecektir. Bu halde yasadaki diğer ölçütler devreye girecektir. Gerçekten, alt işverene verilebilmesi için işletmenin ve işin gerekleri ile teknolojik nedenlerin varlığı ve yine işin uzmanlık gerektirecek nitelikte olması hususları Yasada düzenlenmiştir. Asıl işin bir bölümünün ancak bu gerekçelerle alt işverene bırakılması mümkündür.

Maddede son cümlede, işletmenin ve işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Ancak buna aykırılık halinde sonucun ne olacağı belirtilmemiştir. Madde'nin bütünü dikkate alındığında, belli nedenler olmaksızın asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmadığı, işçilerin, işi diğer işverene bırakan işverenin gerçek işçisi olduğu kabul edilmelidir. Görülüyor ki, yeni İş Kanunu ile birlikte işletmenin ve işin ge-

Burada 'işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler' ölçütünün bir bütün olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu önem kazanmaktadır. Gerçekten maddede geçen 'ile' kavramı, bizi, işletmenin ve işin gereği ve teknolojik ve uzmanlık gerektiren işlerin bir arada bulunması gerektiği sonucuna yaklaştırmaktadır. Konu öğretide tartışmalıdır. Usulüne uygun olarak tesis edilmiş bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işçinin haklarının her iki işverenden de tahsil edilebileceğine dair Kanundaki düzenlemenin işçinin yararına olduğu ve yasanın bu ilişkiyi yasaklamak yerine muvazaalı durumları bertarafa yönelik hükümler içerdiği belirtilerek ölçütlerin bir arada olması zorunluluğunun bulunmadığı da ileri sürülmüştür<sup>27</sup>. Bu çözüm tarzı benimsenirse, örneğin sadece maliyetin azaltılması ya da bir işin süratle yapılması gibi nedenlerle asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, Yargıtay 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulamasıyla ilgili olarak, işyerinde soğutma sonu ve bant paketleme işini asıl iş olarak kabul etmiş

ve işçinin gerçek işverene ait işyerine iadesine dair hüküm kurmuştur<sup>28</sup>.

Yine, Yargıtay tarafından belediyelerin temizlik işlerini ihale suretiyle verip veremeyecekleri noktasında kararlar verilmiş ve belediyenin asli görevleri arasında yer alan temizlik işinin alt işverene bırakılmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır<sup>29</sup>. 24.12.2004 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 5272 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesinde belediye meclisinin alacağı karar çerçevesinde park bahçe işleri, bakım onarım ve temizlik gibi işlerin ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebileceği öngörülmüş, ancak Yasa, Anayasa Mahkemesinin 18.1.2005 gün ve 2004/118 E, 2005/8 K sayılı kararı ile şekil yönünden bütün olarak iptal edilmiştir. Bununla birlikte Yasanın yürürlüğünün iptal kararının Resmi Gazete'de yayınlanmasını takiben 6 ay daha devam edeceği anılan kararda kabul edilmiştir. Anılan Yasanın yürürlükte olduğu bir zaman dilimi içinde de 19.7.2005 tarihinde 5393 sayılı Yasa ile Belediyeler Kanunu yürürlüğe girmiştir. 5393 sayılı Yasa'nın 67. maddesi de bir önceki yasa gibi düzenlemeler içermektedir. Son olarak 5393 sayılı yasanın bazı maddelerinin yürürlüğü, Anayasa Mahkemesi'nin 22.9.2005 gün ve 2005/95 E, 2005/14 K sayılı kararı ile durdurulmuştur.

Yargıtay kararlarında, 4857 dönemi ancak 5272 sayılı Yasa öncesinde belediyelerin yapmış olduğu temizlik ihalelerine belediyenin asli işleri arasında yer alması sebebiyle değer verilmemiştir. Başka bir anlatımla temizlik işi, asli işlerden kabul edilerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca asıl işin alt işverene verilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Ancak 5272 ve 5393 sayılı Yasaların yürürlükte olduğu dönemde yasada açıkça bu işin alt işverene verilebileceği öngörüldüğü için bu süre içinde yapılan ihalelere geçerlilik tanınmıştır<sup>30</sup>.

Konuya, ilk olarak Anayasa Mahkemesinin kararları üzerinden değinmek gerekirse, 5272 sayılı Yasa'nın yürürlüğü Anayasa Mahkemesinin iptal kararına rağmen 6 ay süreyle devam ettirildiğinden ve bu süre sonunda yeni yasa aynı hükümlerle yürürlüğe girmiş olmakla 24.12.2004 tarihinden sonra belediyelerce temizlik vb. işlerin alt işverene verilebileceği kabul edilmelidir. Son olarak 5393 sayılı Yasa'nın bazı maddelerinin yürürlüğünün durdurulmasına dair Anayasa Mahkemesi kararı 67. mad-

deyle ilgili değildir. 5393 sayılı Yasa'nın kararı 14. maddenin b bendi yönünden geçerlidir. Temizlik işinin ihale suretiyle verilebileceğini düzenleyen 67. madde hükmü yönünden verilmiş bir karar olmadığından, bugün için de bu tür asıl işveren alt işveren ilişkilerinin kurulabileceği sonucuna ulaşmak yanlış olmaz. O halde 5272 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 24.12.2004 tarihinden itibaren belediye işyerleri bakımından temizlik, park bahçe hizmetleri, bakım onarım gibi işler ihale yoluyla 3. kişilere gördürülebilecektir.

Öte yandan, asıl işin bir bölümünün alt işverene devredilmesi yönünden sınırlandırmanın asıl işin tek ve bir bütün olduğu işler yönünden geçerli olduğu, örneğin demir çelik üretimi yapılan işyerinde üretimin çeşitli aşamalarının bölünerek bir bölümünün alt işverene verilmesinin yasa koyucu tarafından sınırlandırılmak istendiği söylenebilir. Ancak yasanın belediyeye yüklediği birbirinden bağımsız bu görevlerin işyerinden kaynaklanan nedenlerle alt işverene verilmesi de mümkün görülebilir. Yasa, belediyelere, cenaze hizmetlerinden eğlence yerleri açma, ılıca ve kaplıca tesisi yapma ve işletmeye kadar çok sayıda görevler vermiştir. Birbirinden farklı bu görevlerin asıl iş kapsamında değerlendirilmesi ve alt işverene verilemeyeceğinin yasaklandığının kabulü her zaman mümkün görülmeyebilir. Düşüncemize göre "asıl iş" kavramı da yasanın muvazaalı uygulamaları önleme konusundaki gerekçesinden yola çıkılarak ve her bir olay yönünden ele alınmalıdır. Ancak bu arada 4857 sayılı İş Kanunu'nun, iş hukukunda esneklik sağlayan yaklaşımı da gözden uzak tutulmamalıdır.

### c) İşçilerin Sadece Asıl İşverenden Alınan İşte Çalıştırılması

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında yer alan "... bu iş için görevlendirdiği, işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran ..." sözcükleri üzerinde durulmalıdır. Bu ifadenin iki hususu kapsadığı söylenebilir. Birincisi, alt işveren işçisini sadece bu işyerinden aldığı işte çalıştırmalı ve işçiyi belli dönemlerde başkaca işyerlerine görevlendirmemelidir. Diğer işyerlerinde görevlendirmenin saatlik ya da günlük olarak yapılması durumunda bu işçi yönünden asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunmadığı sonucuna rahatlıkla ulaşılabilecektir. Ancak işçinin daha uzun bir süre asıl işverene ait



işyerinde taşeron işçisi olarak çalışmasından sonra, belli bir dönem için bir başka işyerinde görevlendirilmesi halinde asıl işveren alt işveren ilişkisi bundan ne şekilde etkilenecektir? Diğer bir anlamıyla, münhasıran o işte çalıştırma koşulunun temadi eden bir şart olarak sayılması mümkün müdür? Alt işveren işçisinin iş sözleşmesi taşeron yönünden sonlandırılmaksızın asıl işverene ait işyerinden işçinin kendi isteğiyle veya taşeron ya da asıl işverenin talebi üzerine ayrılması halinde, özellikle işçilik hakları bakımından sorumluluk nasıl belirlenecektir? Bütün bu soruların cevabı, asıl işveren ve alt işveren yönünden önemli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin konuyla ilgili bir kararında, işçinin çalışmasında kesinti olmaksızın aynı taşeronu bağlı olarak fakat birbiri ardına farklı asıl işverenlere ait işyerlerinde çalıştırılması haline, ayrı ayrı işverenler yönünden asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı kabul edilmiştir<sup>31</sup>. Yine aynı kararda, işçinin önceki asıl işverene ait işyerinden ayrılmasının bir fesih niteliğinde olmadığı belirtilerek bu dönemle ilgili olarak önceki asıl işverenin ihbar ve kıdem tazminatları ile izin alacaklarından sorumlu olamayacağı kabul edilmiştir. Varılan bu sonucun, İş Kanunu'nun asıl işveren ile alt işveren yönünden işçilik haklarını düzenleyen hükümlerine uygun olduğu belirtilmelidir. Ancak, işverence kötüye kullanılması imkân dahilindedir. Örneğin, alt işverence uzun yıllar belli bir asıl işveren işyerinde çalıştırılan işçilerin iş sözleşmeleri sonlandırılmaksızın alt işverenin kendisine ait işyerine alınmaları veya başka bir asıl işveren işyerinde kısa bir süre çalıştırdıktan sonra iş sözleşmelerinin feshi halinde, işçilerin önceki asıl işverenden tazminat ile izin ücreti talep etmeleri mümkün olmayacaktır. Düşüncemize göre, işçinin işçilik haklarına kavuşmasını engellemek amacıyla taşıyan kötüniyetli uygulamalar korunmamalıdır. Yasa koyucunun asıl işvereni alt işverenle birlikte sorumlu sayan işçiyi koruma amacı da bunu gerektirir.

Esasen, bir işçinin aynı taşeronu bağlı olmak kaydıyla değişik asıl işverenler nezdinde birbiri ardına çalışmış olması halinde, birden fazla asıl işveren alt işveren ilişkisi vardır. Önceki asıl işverenin kıdem tazminatından 1475 sayılı Yasa'nın 14/2. maddesi uyarınca kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmelidir.

İşçinin münhasıran o işte görevlendirilmesi zorunluluğu ikinci olarak, alt işveren işçisinin sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırılması ve asıl işverenin diğer işlerinde çalıştırılmamasını ifade eder. Örneğin asansör montajı işini alan alt işverenin işçisi, bu inşaat işyerinde asıl işverenin dış siva veya çatı yapımı gibi diğer işlerinde çalıştırılırsa, bu işçi yönünden asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Oysa asansör montajında çalışan işçiler yönünden böyle bir ilişkinin varlığı kabul edilmez.

Bu durumda yasanın aradığı koşulların subjektif bazı değerlendirmeleri de gerektirdiği düşünülmelidir. Asıl işveren ile alt işveren ilişkisinin yasa ya uygun biçimde kurulmasının ardından, alt işverenin asıl işverenden aldığı işte çalışmaya başlayan işçinin bir süre alt işverenin başkaca işyerlerinde de çalışmaya başlaması halinde, sadece bu işçiye bağlı olarak asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki son bulmayacaktır. Asıl işverenden alınan işte münhasıran çalışması olmayan işçi, asıl işveren ile alt işveren ilişkisi dışında değerlendirilecektir. Ancak alt işveren işçilerinin tamamının asıl işverenden alınan işler dışında, alt işverenin başka işyerlerinde çalışmaya başlaması halinde, asıl işveren alt işveren ilişkisi de sona erecektir. Zira asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için alt işverenin işçilerinin bulunması ve bunların en az birinin asıl işverenden alınan işte münhasıran çalışması gerekir.

Yine alt işveren işçilerinin bir kısmının asıl işverenden alınan işlerde çalışmalarının yanı sıra asıl işverenin diğer işlerinde de çalıştırılmaları halinde, bu işçiler yönünden asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir. Bu noktada açıklanan çalışma şeklinde işverenin kim olduğunun belirlenmesi gerekir. Yargıtay bir kararında, temizlik işinin verildiği alt işveren işçisinin asıl işveren tarafından hizmet içi eğitime de tabi tutularak asıl işverenin asli ve sürekli işlerinde çalıştırılmış olması halinde bu işçinin asıl işverenin gerçek işçisi olduğu ve bu işverene ait işyerine iadesinin gerektiği sonucuna varılmıştır<sup>32</sup>. Bir başka kararda, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçileri ile birlikte üretim işinde yan yana çalışmaları halinde, ortada muvazaalı bir durum olduğu ve gerçek işverenin sorumlu tutulması gerektiği açıklanmıştır<sup>33</sup>.

#### d) Asıl İşveren ile Alt İşverenin Muvazaalı Bir İlişki İçine Girmemeleri

Maddenin son fıkrası iş hukuku alanında önemli bir yenilik içermektedir. Gerçekten uzun yıllar bir işveren nezdinde çalıştıktan sonra, daha çok kamu kuruluşlarının özelleştirilmesi sürecinden işin bir bölümünün alt işverene verildiği ve işçilerin bundan sonra alt işveren işçisi olarak çalıştırılmaya devam edildiği uygulamada sıkça karşımıza çıkmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununda 2. maddenin son fıkrası ile getirilen kural, bu uyumsuzlukları gidermeye yöneliktir. Buna göre asıl işverene ait işçilerin hakları, işin alt işverene verilmesi sebebiyle kısıtlanamayacaktır. Örneğin, işçinin ücretinden indirim yapılamaz ya da asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına engel olacak şekilde işin alt işverene bırakılması şeklinde uygulamaya gidilemez.

İlk olarak, hakların kısıtlanmasından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. İşçinin ücretinde azalma veya iş şartlarının farklılaştırılması ve benzeri somut bir kısıtlama halinin varlığı mı aranmalıdır? Yoksa işçinin ileride doğabilecek olan tazminat haklarından bazı azalmalar bu kapsamda değerlendirilmeli midir? Düşüncemize göre, doğmuş ya da doğabilecek haklarda her türlü azalma bu kapsamda değerlendirilmelidir. Doğabilecek hak kavramı geniş tutulmamalı ve belirsiz bir sonuca bağlı olmamalıdır. İşçinin asıl işverene ait işyerinde çalışması halinde yıl sonunda hak kazanabileceği başarı primi buna örnek olarak verilebilir. Bahsi geçen işçilik alacağı işçinin alt işverene devri halinde doğmamış olmakla birlikte asıl işverene ait işyerinde çalışmış olsaydı gerçekleşebilecek olan bir husustur. Yine, 6772 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde belirtilen işyerleri bakımından ilave tediye hakkı olan bir işçinin alt işveren yanında çalışmaya başlaması, bu hakkında bir kısıtlanma niteliğindedir. Bununla birlikte alt işverenin, asıl işverenin eski işçisine asıl işverende edindiği haklarını aynen sağlaması durumunda bir kısıtlamadan söz edilemeyecektir. Doğabilecek haklara kısıtlamaya bir başka örnek de, asıl işverene ait işyerinde sendikanın yetki aldığı bir süreçte, işçilerin ileride imzalanacak olan toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının önüne geçmek için alt işverene devri şeklinde ortaya çıkabilir.

Bununla birlikte öğretide, Yasadaki kısıtlanma tabirinden, işçinin alt işverence işe alınması anında doğrudan bir kısıtlanmanın anlaşılması gerektiği<sup>34</sup>, düzenlemenin, asıl işverenin yüksek ücret alan işçilerini çıkararak daha az bir ücretle ve alt işveren işçisi sıfatıyla aynı yerde çalıştırmalarını önlemek amacıyla olduğu<sup>35</sup> ileri sürülmüştür.

Yine, maddede daha önce işyerinde çalışan bir işçi ile alt işveren ilişkisinin kurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Bu hüküm, uygulamada sıkça rastlanan işverenin bir işçisine işin bir bölümünü ihale etmiş gibi göstererek, diğer işçileri de alt işveren işçisi gibi bildirmek suretiyle kurulan bazı muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkilerini önlemeye yönelik olarak getirilmiştir. Yasanın açık hükmüne göre, asıl işveren kendisine ait işçileri alt işverene devretmek suretiyle haklarını kısıtlar ya da eski bir işçisi ile asıl işveren alt işveren ilişkisi içine girerse, bunun, başlangıçtan itibaren muvazaalı işleme dayandığı kabul edilecektir.

Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına göre yapılabilir. Ancak bazı maddi olguların muvazaa sayılacağına dair kural, ispat hukuku açısından bazı sakıncaları beraberinde getirmektedir. Asıl işveren işçilerinin rızaları alınarak alt işverene devredilmesi ya da işyerinde çok önceden çalışmış uzman bir kişinin sonradan alt işveren sıfatıyla belli bir işi alması, her durumda muvazaa olarak değerlendirilebilecek midir? Belli bazı vakıalara dayanılarak bir ilişkinin önceden muvazaalı olduğunun ya da tersine muvazaa olamayacağının kurala bağlanması, zaman zaman adil olmayan sonuçlara yol açabilir.

Yasada açıklanan her iki ölçütün de yer aldığı, ancak muvazaalı bir işlemin bulunmadığı asıl işveren alt işveren ilişkisinin ortaya çıkması mümkündür. Örneğin asıl işverence alt işverene verilen iş sebebiyle iş sözleşmelerinin feshi gündeme gelen işçilerin, iş sözleşmelerinin feshi yerine alt işveren nezdinde çalışmayı sürdürmeleri daha lehine olacaktır. Oysa, Yasada asıl işveren işçilerinin alt işverene ait işyerinde çalıştırılmasının sınırlandırılması,

alt işverence bu işçilerin çalıştırılmaması anlamına gelecektir. İşçi lehine öngörülen yasal düzenleme, bu yönüyle işçi aleyhine sonuçlar doğuracaktır.

Alt işverenin asıl işverene ait işyerinde çok önceleri çalışan bir işçi olması ve işyerinden ayrıldıktan sonra bu konuda uzun süre ticari faaliyette bulunmasının ardından asıl işverenden bir işi almasının kesin biçimde yasaklandığı söylenebilir. Yasadaki düzenlemenin çok açık ve emredici nitelikte olduğu da belirtmek gerekir. Bununla birlikte öğretide bu hükmün adi kanuni karine olduğu ve aksinin her zaman kanıtlanabileceği ileri sürülmüştür<sup>36</sup>. Gerçekten bu çözüm tarzı, Yasanın bazı sınıklarını bertaraf etmeye yöneliktir. Ancak, yasal düzenlemenin açık olduğu ve buna aykırılığın asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığını ortadan kaldıracığı düşünülmelidir. Yasanın bu katı düzenlemesinin ancak yine yasa hükümleri çerçevesinde esnetilebileceği kabul edilebilir. Örneğin, asıl işverenin işçilerinin “haklarının kısıtlanması” kavramı dar yorumlanmak suretiyle işlem anında ve doğrudan bir hak sınırlandırması olarak anlaşılabilir, bu şekilde daha çok asıl işveren alt işveren ilişkisine geçerlilik tanınması şeklinde sonuca gidilebilir. Yine, son fıkrada yer alan “...çalışmaya devam ettirilmesi..” kavramı arada kesinti olmaksızın asıl işverenin işçilerinin alt işverene nezdinde çalışmaya başlaması şeklinde değerlendirilebilir ve yıllar önce asıl işveren işçisi olarak çalışmış bir işçinin daha sonra alt işveren işçisi olarak çalışmasının yasaklanmadığı da kabul edilebilir.

Yine, daha öncesinde asıl işverenin gerçek işçisi olan bir işçinin haklarının kısıtlanacak şekilde alt işveren işçilerinden biri olarak çalıştırılması halinde bu durum asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin tümünden muvazaalı olduğu sonucunu doğurabilecek midir? Yasada açıkça bu durumda genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin baştan itibaren muvazaaya dayandığı kabul edilmiştir. Yüzlerce işçi çalıştıran bir alt işverenin usulüne uygun olarak bu ilişkinin kurulmasından sonra asıl işverenin önceki bir işçisini işe aldığı anda, baştan itibaren asıl işveren alt işveren ilişkisinin bundan etkilenebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Yasal düzenlemenin bu yönüyle de haksız sonuçlara yol açabileceği düşünülmelidir. Alt işverenin işe alacağı tüm işçiler yönünden ciddi bir araştırma içine girmesi ve asıl işverenin önceki bir işçisi ile iş iliş-

kisi kurmaması gibi bir yükümlülüğü ortaya çıkarmaktadır. Sadece hakları kısıtlanmak suretiyle alt işverene ait işyerinde çalışmaya başlayan işçinin asıl işveren alt işveren ilişkisi dışında kalması ve diğer işçiler yönünden bu ilişkinin varlığın kabulü de bir çözüm tarzı olabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, Yasal düzenleme bu yoruma çok da elverişli değildir. Bu noktada işçinin haklarının kısıtlanması ölçütünün de devreye gireceği ve daha çok işçi lehine yoruma gidilerek sonuca ulaşılabilmesi muhakkaktır.

Asıl işverene ait işyerinde bazı işlerin çok sayıda alt işverene periyodik olarak verildiği durumlarda, 4857 sayılı Yasa döneminde arada kalan asıl işveren alt işveren ilişkilerinin biri için ilişkinin muvazaaya dayandığı ortaya konulduğunda, o dönem için asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunmadığı sonucu ortaya çıkabilecektir. Muvazaalı dönem sonrasında asıl işveren ile sonraki alt işverenler arasında yasaya uygun biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi tesis edilse dahi, işçi bir dönem asıl işverenin gerçek işçisi olduğundan bu dönem sonrasındaki tüm ilişkilerin de muvazaaya dayandığı kabul edilmelidir.

Konuyla ilgili verilebilecek bir örnek de, alt işverenin ihale süresinin bitimini ardından işyerinden ayrılmasını takiben bir şekilde yeni alt işverenin faaliyete başlamasının gecikmesi halinde, arada birkaç günlük kesintiye rağmen işçilerin işyerinde asıl işverenin işçisi olarak ve henüz alt işveren işçisi olmaksızın çalışmaya devam etmiş olmaları halidir. Bu durumda alt işveren işçileri birkaç gün için asıl işveren alt işveren ilişkisi dışında kalmışlardır. Belirtilen günler için gerçek işverenin önceki asıl işveren olduğu kabul edilmelidir. Şu hale göre birkaç günün ardından kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde çalışan bu işçilerin bir süre asıl işverenin gerçek işçisi olduğundan bahisle alt işveren işçisi olamayacaklarını belirtmek mümkün müdür? Özellikle asıl işveren ait işyerinde toplu iş sözleşmesinin varlığı ve işçilerin asıl işveren yanında çalıştıkları süre içinde sendikaya üye olmaları veya dayanışma aidatı dilekçesi vermeleri halinde daha sonra yeni alt işveren işçisi olarak çalışmalarını doğrudan haklarının kısıtlanması niteliğindedir. Yapılan bu açıklamalara göre yasada muvazaayı gösteren durumlar, asıl işveren alt işveren uygulamasını oldukça sınırlamış görünmekte-

dir. Yasadaki bu sert hatların “hakların kısıtlanması” kavramıyla esnetilmesi de her zaman mümkün olmayacaktır.

Alt işverenin daha önce “...o işyerinde çalışan...” kimse olamayacağı yasa düzenlenmiştir. Açıkça işyeri kavramına yer verildiğinden, düşüncemize göre işçinin işverenin alt işverene iş verilen işyerinde çalışması vurgulanmak istenmiştir. Yoksa işçinin daha önce işverenin başka bir işyerinde çalışmış olması halinde yasadaki şart gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Ancak, işverenin bir başka işyerinde çalışan işçisi ile asıl işveren alt işveren ilişkisine girmesi, diğer delillerle birlikte ele alındığında ilişkinin muvazaaya dayandığını gösterebilecektir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, yasa muvazaanın ölçütü olarak açıklanan hususlar bulunmamasına rağmen başkaca olgulara ve delillerden yola çıkılarak asıl

ne iş görme edimini yerine getirmiş olan işçi ile ödünç alan işveren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulabileceği düşüncesindeyiz.

İşverenin işyerinde daha önce çalışan bir işçinin işyerinden ayrılmasının ardından bir şirketin ortağı olması ve bu tüzel kişinin alt işveren sıfatıyla işyerinden iş alması ise, düşüncemize göre açıkça yasaklanmamıştır. Ancak öğretide de belirtildiği üzere, şirketin faaliyet alanı, kuruluş tarihi gibi hususlar gözetilerek muvazaalı bir durumun olup olmadığı üzerinde durulmalıdır<sup>38</sup>.

Maddede işyerinde çalışan işçi yönünden zaman sınırlandırması getirilmemiş oluşunun da, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine ve özellikle 48. maddede düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğüne aykırılık oluşturduğu öğretide ileri sürülmüştür<sup>39</sup>.

## Yasada muvazaanın ölçütü olarak açıklanan hususlar bulunmamasına rağmen başkaca olgular ve delillerden yola çıkılarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının kanıtlanması da mümkündür.

işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının kanıtlanması da mümkündür.

Yasada “çalışan” sözcüğüne de yer verilmiştir ki, bu ifade ile iş sözleşmesi kapsamında çalışanlar anlaşılmalıdır. Öğretide işyerinde yönetici olarak ya da şirket ortağı olarak çalışanlar ile geçici iş ilişkisi kapsamında çalışanlar, kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışanların “çalışan” kapsamı dışında tutulması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>37</sup>. Düşüncemize göre işverenle iş ilişkisi bulunmayan şirket ortağı ile işyerinde memur veya sözleşmeli personel olarak çalışanlar dışında tüm çalışanlar 2. maddedeki “çalışan” kavramına dahildir. İşçinin kısmi süreli iş ilişkisiyle ya da çağrı üzerine çalışmış olması, ilerde bu kişiyle işveren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasına engel oluşturur. Geçici iş ilişkisine gelince, bu ilişkide işçi sürekli işveren olan ödünç verenin işçisi olmaya devam eder. Bu itibarla ödünç veren işverenin işçisi ile aynı işveren arasında da asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulamaz. Ancak, ödünç alan işveren ile işçi arasında ödünç iş ilişkisi dışında bir ilişki yoktur. Bu itibarla geçici iş ilişkisi kapsamında ödünç alan işvere-

ne Yargıtay'a göre işçinin değişen alt işverenler yanında aralıksız çalışmış olması başlı başına muvazaaya olgusunu göstermemektedir. Her bir alt işverenlik sözleşmesi ayrı ayrı değerlendirmeye alınmalıdır<sup>40</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş bulunan alt işveren sözleşmelerinin hukuki akıbetinin ne olacağı üzerinde durmak gerekir. Kanımıza göre daha önce kurulmuş olan alt işveren ilişkilerinin muvazaalı olduğu genel hükümlere göre zamanaşımı süresi içinde her zaman ileri sürülebilir<sup>41</sup>. Bu halde işçi tarafından her türlü delille muvazaanın ispatı mümkündür. Asıl işverenin eski bir işçisi ile bu ilişkinin kurulmuş olması ya da asıl işverenin işçilerinin alt işveren işçileri olarak üstelik hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam olunması halinde, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde kurulan asıl işveren alt işveren ilişkilerinin doğrudan muvazaaya dayandığından söz edilemez. Ancak 1475 sayılı Yasa döneminde de her iki durum Yargıtay tarafından muvazaaya kriterleri arasında sayıldığından, diğer delillerle birlikte değerlendirmeye alınmalıdır.



5538 sayılı Yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinden çıkarılan hükümler olmadığından genel anlamda muvazaa kriterleri değişmemiştir. Kamu işverenleri yönünden farklı bir muvazaa olgusu getirilmemiştir. İşte tam bu noktada bir tereddüt ortaya çıkmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşları ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait işyerlerinde muvazaalı bir alt işverenlik uygulaması içine girilirse durum ne olacaktır? 2. maddenin amir hükmü uyarınca işçi baştan itibaren gerçek işveren olan kamu kurumunun işçisi olduğuna göre, kadro karşılığında görev almayı talep edeme, mali ve sosyal haklar açısından toplu iş sözleşmesinden veya personel yönetmeliğinden faydalanma sonucunu ortaya koyan değişiklik hükümleri, düşüncemize göre maddenin sistematiği içerisinde çelişki oluşturur. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Bir yerde muvazaa varsa, buna bağlı sonuçlar da kendiliğinden doğar. Muvazaalı işlem yok hükmünde olup gerçek ilişki çerçevesinde sorun çözülür. Yasa ile sonuçların değiştirilmesi mümkün olmaz. Kamu kurum ve kuruluşları açısından muvazaa kriterlerinin değiştirilmesi ve imkân dahilinde ise de, maddeye eklenen fıkralarla bu yola gidilmemiş, sadece sonuçlar üzerinde durulmuştur.

#### 4- BASIN İŞ KANUNU VE DENİZ İŞ KANUNU AÇISINDAN ALT İŞVEREN

Basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı Yasa'da ve Deniz İş Kanunu'nda alt işverenle ilgili düzenlemelere yer verilmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu, anılan yasalar karşısında genel yasa konumunda olmadığından<sup>42</sup>, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin doğrudan ya da 116. madde yollamasıyla kıyasen uygulanması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte her iki yasa kapsamında da bu tür üçlü sözleşmesel ilişkilerin ortaya çıkabileceği kabul edilmelidir. Üstelik bu tür ilişkilerde, 4857 sayılı İş

#### Asıl işverenin alt işveren ile birlikte devamlı bir sorumluluğu söz konusu iken, işyeri devrinde devreden işverenin devirden sonraki işçilik alacaklarından sorumluluğu düşünülemez.

Kanunu'nun 2. maddesi uygulanma imkânına sahip olmayacağından anılan maddedeki sınırlandırmalardan da söz edilemeyecektir. Bir başka anlamıyla asıl işin bir bölümünün teknolojik nedenler ve uzmanlığı gerektiren bir iş koşulu aranmaksızın alt işverene devri her iki yasa bakımından olanaklıdır. Muvazaa yönünden de Borçlar Kanunu'nun hükümlerine göre değerlendirme yapılacak ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde sözü edilen muvazaa kriterleri dikkate alınamayacaktır.

Öte yandan, bahsi geçen kanunlar kapsamındaki bir işyerinde asıl işveren alt işveren uygulamasına gidildiğinde, işçi karşısında işverenlerin sorumluluğunu belirleyen bir düzenleme her iki yasa da bulunmamaktadır. Aynı şekilde Borçlar Kanunu'nun hizmet aktine ilişkin hükümleri arasında da bu konuda bir kurala yer verilmemiştir. Sorunun, Borçlar Kanunu'nun 141 vd maddelerinde belirtilen müteselsil borçların düzenlendiği hükümler çerçevesinde çözümü mümkün olabilir.

Bununla beraber basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı Yasa ile Deniz İş Kanunu'na tabi işyerlerinde alt işverenlik uygulamasına ilişkin bir Yargıtay kararına rastlanmamıştır.

#### 5- ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ İLE İŞYERİ DEVRİ ARASINDAKİ BAĞLANTI

İşyerinin bir bölümünün devri ile işin bir bölümünün alt işverene bırakılması birbirinden farklıdır. Alt işverene verilmeye geçici bir durum söz konusudur. Alt işveren asıl işverene ait işyerinden belli bir işi almıştır. Devralan işveren ise işyerini elde etmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde işyerinin bir bölümünün devri de öngörülmüş olmak-

la, bazı uygulamaların işyeri devri mi yoksa asıl işveren alt işveren ilişkisi mi olduğunu belirlemek önem kazanmaktadır. Zira her iki hukuki müesseye bağlanan sonuçlar birbirinden farklıdır. Asıl işverenin alt işveren ile birlikte devamlı bir sorumluluğu söz konusu iken, işyeri devrinde devreden işverenin devirden sonraki işçilik alacaklarından sorumluluğu düşünülemez.

İşyerinin bir bölümünün uzun süren kira ilişkisi ile başkasına devri halinde bu sorun ortaya çıkar. Belediyeye ait bir sosyal tesisin işletmecisinin ihale yoluyla 49 yıllığına ve kira ilişkisine dayanılarak bir şirkete verildiği bir örnekte, işyeri devrini mi, yoksa asıl işveren alt işveren ilişkisinin mi geçerli olduğu üzerinde durulabilir. Düşüncemize göre konuyu ikiye ayırarak ele almak gerekir. İlk olarak, kira ilişkisinde işyerinde bulunan araçlar, makine alet ve diğer işin yürütümü ile ilgili her türlü donanım kiracıya devredildiği taktirde işyerinin o bölümüyle ilgili işverenin kira ilişkisi boyunca hiçbir tasarruf hakkı kalmamıştır. Aslında mülkiyet hakkı kiraya veren işverende olduğundan kira ilişkisi içinde işyerinin kiraya verilen bölümünün satım, trampa, bağışlama şeklinde bir işlemle başka birine devri her zaman mümkündür. Ancak mülkiyet hakkından doğan bu üstün hakkın kullanımı dışında, kiraya veren işverenin kira ilişkisinin devamı sırasında kiraya verdiği bölümde işin yürütümü ile ilgili bir tasarruf hakkının olmadığı hallerde kiralama işleminin, işyeri devri olarak değerlendirilmesi gerekir.

Bu açıklamalara göre yukarıdaki örneğe dönüşülecek olunursa, belediyenin kiraya verdiği sosyal tesiste hizmetin yürütümüyle ilgili her türlü donanım kiracıya devredilmiş ve ya da malzemesiz olarak teslim edilmekle birlikte kiracı mal veya hizmet üretimine yardımcı her türlü malzemeyi kendi getirmişse, kiraya veren işin yürütümü ile ilgili bir tasarruf hakkının olmadığı, ancak koşulların oluşması halinde kira ilişkisini sonlandırabileceği düşünülmeli ve aradaki ilişkinin işyeri devri niteliğinde olduğu sonucuna varılmalıdır. Uzun süreli kiralama kira ilişkisinin kurulması da bizi, kiraya veren işverenin tasarruf yetkisini devrettiğine ve işlemin, işyerinin bir bölümünün devri niteliğinde olduğuna yaklaştırmaktadır.

Bu durumda kiraya verilen bölümde sadece kiracı konumundaki işverenin kiraya veren işveren-

den devraldığı ya da kendisinin işyerine getirdiği işçilerinin çalışması gerekir. Kiraya veren işveren işçilerinin de bu bölümde çalışmaları halinde bu işçiler ile işverenler arasındaki ilişkinin, geçici iş ilişkisi veya hizmet akti devri niteliğini taşıması olasıdır. Aksi halde kiraya veren işverenin kiralanılan bölümde işçi çalıştırması, bu yerde tasarruf yetkisini haiz olduğu anlamındadır.

İkinci olarak; işyerinin bir bölümünün kiralanmasına rağmen kiraya verilen bölümde her iki işveren işçilerinin birlikte çalışması ve işyerinde mal veya hizmet üretimine yardımcı donanım üzerinde tasarruf yetkisinin kiraya veren işverende kalması durumunda her iki işveren arasındaki ilişkinin, asıl işveren alt işveren ilişkisi niteliğinde olduğu düşünülmelidir.

İşverenler arasındaki ilişkinin tespiti önemlidir, zira işyeri devri ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonuçları birbirinden farklıdır. İşyeri devrinde devreden işverenin devir anında doğmuş bulunan borçlardan sorumluluğu iki yıllık süre ile sınırlı iken asıl işveren ilişkisinin hüküm sürdüğü dönemde alt işverenin ödemekle yükümlü olduğu işçilik alacaklarından sorumludur. Yine devreden işverenin devirden sonraki dönemle ilgili bir sorumluluğu mevcut değildir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin aynı şekilde asıl işveren işyerinde çalışmaya devam etmeleri halinde, işçiler artık asıl işverenin gerçek işçisi olarak değerlendirilmelidir. Bu durum da alt işveren işyerini asıl işverene devretmiş sayılmalıdır. İlerde doğacak olan kıdem tazminatından devreden alt işverenin devir tarihindeki ücret seviyesi ve kendi çalıştırdığı süre ile sınırlı sorumluluğu esastır. Bunun yanında aynı dönem için önceki asıl işveren de alt işverenle birlikte sorumludur.

Alt işverenlerin işyerinden ayrılmalarının ardından kesinti olmaksızın yeni bir alt işverenin gelmesi ve işçilerin birbirini izleyen bu alt işverenler yanında aralıksız çalışmaya devam etmeleri halinde, alt işverenler açısından bir işyeri devrinin olup olmadığı, çözüm bekleyen önemli bir sorun olarak karşımızdadır. Çoğunlukla asıl işverene ait işyerinden birbiri ardına iş alan alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında bir hukuki işlemin varlığından söz edilemez. Hatta alt işverenler birbirlerini tanımamış dahi olabilirler.

## 1475 sayılı Yasa'nın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir.

Bu konuyu da ikiye ayırmak suretiyle ele almak gerekir; ilk olarak alt işverenin ihale süresi sonunda işyerinden tamamen ayrılması ve işçilerini de birlikte götürmesi ihtimali üzerinde durulmalıdır. İşyerinde daha sonra aynı işi alan başka bir alt işveren bulursa dahi, her iki alt işveren arasında işyeri devrinden söz etmek pek mümkün değildir. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde işverenler arasında hukuki bir işleme dayalı olarak işyeri devri halinde devam eden hizmet akitlerinin devralan işverene geçeceği, yine devir anında doğmuş olan borçlardan her iki işverenin birlikte sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Alt işverenin süresinin sonunda ya da süresinden önce asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerini alarak işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde, alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleşmiştir. Düşüncemize göre, işin daha sonra başka bir alt işverene verilmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında işyeri devri niteliğinde değildir.

İkinci olarak, süresi sona eren alt işverenin işçilerini başka işyerine götürmemesi ve aynı işçilerin yeni alt işveren işyerinde ara vermeksizin çalışmalarını ihtimali üzerinde durulmalıdır. Belirtmek gerekir ki, asıl olan süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında örtülü bir hukuki işlem niteliğindedir. Bu hukuki işlemde alt işveren işçilerini başka bir işyerine davet etmemiş ve yeni alt işveren işverende çalışmaya devam etmeleri örtülü biçimde isten-

miştir. Bunun bir tür işyeri devri olduğu kabul edilmelidir.

Alt işverenlerin aralarında herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz taktirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluluğu esas alınmalıdır. Bu ihtimalde asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumlu olduğu tutarı aşamayacağından bazı uygulama sorunları ortaya çıkar. Örneğin işyerinde periyodik olarak 11'er aylık sürelerle işçi çalıştıran alt işverenler yönünden hiçbir zaman kıdem tazminatı ile izin ücreti ödeme yükümlülüğü doğmaz ve buna rağmen asıl işverenin bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelir. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin ödemekle yükümlü olduğu miktarları geçmesi düşünülemez.

1475 sayılı Yasa'nın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede, işyerlerini devir veya intikalinden söz edildikten sonra "...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli..." denilmek suretiyle uygulama alanı daha geniş biçimde çizilmiştir. Bu itibarla alt işverenler arasında belli bir hukuki işleme dayanan ya da dayanmayan her türlü el değiştirmeler, 1475 sayılı Yasa'nın anılan maddesinin uygulanmasını gerektirecektir. O halde kıdem tazminatı açısından sorunu çözmek daha kolaydır. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki ya da fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm süreden sorumluluğu düşünülecektir.

## 6- ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE HUKUKİ SORUMLULUK

Asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin hukuki sorumluluğu ile sınırlıdır. Alt işveren işçileri iş sözleşmesinden veya İş Kanunu'ndan doğan haklarını bu işverenlerden dilediğinden veya birlikte

her ikisinden talep edebilirler. Asıl işverenin alt işverene rücu hakkı mevcuttur<sup>43</sup>.

Alt işverenin kendi işçisi karşısında yüklendiği sorumluluk noktasında asıl işverenle birlikte müteselsil mesuliyet içine sokulması, kanun koyucunun işçiler lehine duyduğu bir endişeden kaynaklanmaktadır. Genellikle dar çerçeveli işlerle uğraşan, mali imkânları sınırlı olan, daha doğrusu küçük bir işveren olan alt işverenin işçilerinin işçilik haklarının zayi olmaması için asıl işveren de alt işverenin sorumluluklarının yerine getirilmesine ortak edilmiştir<sup>44</sup>.

Asıl işverenlerin sorumluluklarının kapsamına, bu işçilerin alt işverenle olan hizmet akti, İş Kanunu veya o işyeri ile ilgili olan yükümlülükleri girer. Ayrıca, işçinin asıl işverenden alınan işte çalışma-

bu Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, ihbar, kıdem, kötüniyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatili, yıllık izin, ikramiye, pirim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır.

Kanunun kullandığı “birlikte sorumluluk” deyiminden tam teselsülün kastedildiği sonucuna varmak gerekir<sup>47</sup>. Böylece alacaklı işçi, kendi işvereni olan alt işverenden alamadığı işçilik haklarını dilerse alt işverenden dilerse asıl işverenden isteyebilecek, hatta her ikisinden birden talepte bulunabile-

## Asıl işverenin ödemek zorunda kaldığı tutarlar için alt işverene rücu etmesi mümkündür. Asıl işveren ile alt işverenin arasındaki rücu ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar iş mahkemeleri yerine, miktar ve değere göre asliye hukuk ya da sulh hukuk mahkemelerinde görülmelidir.

sından kaynaklanması gerekir. Alt işveren işçileri, başka akitlerden (kira gibi) ya da kanunlardan doğan talepleri, asıl işverenden alınan işte çalışmasından kaynaklanmadığından asıl işverene karşı ileri süremeyeceklerdir. Alt işveren işçileri için ayrı bir toplu iş sözleşmesi yapıldığı durumlarda, işçinin toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan talepleri de bu sorumluluğun kapsamına dahildir<sup>45</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. 1475 sayılı İş Kanununda bu şekilde asıl işverenin sorumluluğu belirlenmemiştir. Sadece alt işverenin asıl işverenle birlikte sorumluluğu olduğu durumlar açıklanmıştır. Kanunun bu hükmünden çıkan sonuca göre; işçi haklarında asıl sorumluluk işçi ile hizmet sözleşmesini yapmış olan alt işverene yükletilmiş ve bunun yanında asıl işverenin de birlikte sorumluluğu esas kabul olunmuştur<sup>46</sup>. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin,

cektir. Bununla birlikte işçi asıl işveren ile alt işverenlerden birinden tahsil ettiği işçilik alacağını diğerinden yeniden talep edemeyecektir. Asıl işverenin ödemek zorunda kaldığı tutarlar için alt işverene rücu etmesi mümkündür. Asıl işveren ile alt işverenin arasındaki rücu ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar iş mahkemeleri yerine, miktar ve değere göre asliye hukuk ya da sulh hukuk mahkemelerinde görülmelidir<sup>48</sup>.

Bu noktada kamuya ait işyerinde alt işverene verilen bir işte alt işveren işçisi olarak çalışan işçinin, 6772 sayılı Yasa uyarınca ödenmesi gereken ilave tediye ödeneğinden yaralanıp yararlanamayacağı önem kazanmaktadır. Alt işverenin böyle bir ödemeyi yapma zorunluluğunun bulunmadığı açıktır. Zira kamu işvereni değildir ve her ne kadar kamuya ait bir işyerinden iş almışsa da o işin görüldüğü işyeri kendisi için ayrı bir işyeri niteliğindedir. Aksi halde, alt işverenin işinin görüldüğü bu yerin de asıl işverene ait olduğunun kabul edilmesi durumunda, bu işçilerin de asıl işverene ait işçi sayısına eklenmesi ve kolektif iş hukuku bakımından birlikte de-



ğerlendirilmesi gerekir. Oysa, gerek Yargıtay'ca ve gerek öğretide alt işverence işin görüldüğü yerin ayrı bir işyeri olduğu kabul edilmektedir<sup>49</sup>.

Bu durumda muvazaalı ya da kanuna karşı hile niteliğinde yapılmış olan sözleşmeler ayrık olmak üzere kamuya ait işyerinde alınan bir işte çalışsa dahi, kamu işvereni niteliğinde olmayan bir alt işverenin işçisi, ilave tediye ödemesinden yararlandırılmamalıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi konuyla ilgili olarak verdiği 29.11.2005 tarihli bir kararında, kamuya ait bir işyerinden iş alan alt işverenin işçisinin, ilişkinin muvazaalı olduğunun kanıtlanamadığı dönem için ilave tediye alamayacağını kabul etmiştir<sup>50</sup>.

İş Kanunu'ndan doğmayan 2821 sayılı Yasa'da düzenlenmiş olan sendikal tazminatın 4857 sayılı İş Kanunu 2/6 son cümle hükmüne göre asıl işverene yüklenmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bu noktada ilk bakışta asıl işverenin bu tazminattan sorumlu olmayacağı söylenebilir de, işverenin sendikal haklara saygılı davranması iş ilişkisinden kaynaklanan borçları arasındadır. Kaldı ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde eşit davranma borcu düzenlenmiş ve sendika üyeliği sebebiyle işçiler arasında ayırım yapılması yaptırımı bağlanmıştır. Bu ayırımın sonuçlarından biri olan sendikal tazminatın ayrı bir yasa da düzenlenmiş olması, asıl işverenin anılan tazminattan sorumlu olmadığı şeklinde yorumlanmalıdır. Hemen belirtelim ki Yargıtay'ın 1475 sayılı Yasa döneminde verdiği bir kararda, asıl işveren sendikal tazminattan sorumlu tutulmuştur<sup>51</sup>.

Alt işverenlerin değişmesi ve işçinin yeni alt işverenler nezdinde çalışmaya devam etmesi halinde sorumluluğun belirlenmesi gerekir. Sorunun, alt işverenin işyeri devri olarak değerlendirilmesi yoluyla çözümü mümkün görülebilir. Gerçekten asıl işverene ait bir işyerinden iş alınmış olsa da, işin görüldüğü işyeri alt işverene aittir. Nitekim alt işverene ait bu işyerinde örgütlenmiş bir sendikanın yetki alması ve ayrı bir toplu iş sözleşmesi imzalanması da mümkündür. Gerçi, ihaleyi kaybederek işyerinden ayrılan alt işveren ile ihaleyi kazanan yeni alt işveren arasında hiçbir hukuki ilişki yoktur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak devredilebileceği öngörülmüştür. Halen yürürlükte olan 1475 sayılı Yasa'nın 14.

## Asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenlerin sorumluluğunu aşması mümkün olmaz.

maddesinde ise, "...işyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi..." halinde kıdem tazminatının hizmet süreleri toplamı üzerinden hesaplanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan maddede işyerinin herhangi bir suretle başka bir işverene geçmesi düzenlendiğine göre alt işverenler arasında bir hukuki ilişkiye dayanmayan el değiştirmeler de işyeri devri olarak değerlendirilmelidir. Sorunun başka şekilde çözümü de mümkün olmaz. Nitekim, son alt işveren dahil her bir alt işverenin kendi dönemi ile sorumlu olduğu kabul edilirse, asıl işveren işyerinde kesintisiz çalışmış olan işçinin kıdem tazminatı başta olmak üzere tüm işçilik haklarının bölünerek alt işverenlerden istenmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, asıl işveren yönünden tüm süre için ve son ücrete göre yapılması gereken bir hesaplama geçerli iken, alt işverenlerin bundan daha az bir sorumluluk içine girmeleri söz konusu olur. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenlerin sorumluluğunu aşması mümkün olmaz.

Yargıtay'ın bir kararında, işçinin aralıksız olarak değişen alt işverenler işyerinde çalışılması halinde ihbar tazminatının tüm süreye göre hesaplanması ve son alt işverenle birlikte asıl işverenin sorumlu tutulmasının gerektiği sonucuna varılmıştır<sup>52</sup>. Bir başka kararda, son alt işverenin 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesi uyarınca tüm süre ve son ücrete göre hesaplanacak olan kıdem tazminatından, bir önceki alt işverenin ise çalıştırdığı dönem ve ücreti üzerinden belirlenmesi gereken kıdem tazminatından sorumlu olduğu açıklanmıştır<sup>53</sup>.

O halde feshe bağlı haklar olan ihbar, kıdem tazminatı ile izin ücretleri bakımından son alt işveren, önceki alt işverenlere geçen hizmetler yönünden asıl işverenle birlikte sorumludur. Şayet davada önceki alt işverenler de davalı gösterilmişse, bu alt işverenlerin sorumluluğu kıdem tazminatı yönünden kendi dönemleri ve son ücret seviyesi ile sınırlı olmalıdır. Önceki alt işverenlerin bir kısmının davalı gösterilmesinde de sorumluluk aynı şekilde belirlenmelidir. Zira anılan 14. maddede, her

bir alt işverenin kendinden önceki alt işveren döneminden sorumlu olması değil, sadece fesihte, son işverenin tüm süreden sorumlu olması hali düzenlenmiştir. Bu durumda sondan bir önceki alt işverenin sorumluluğu da kendi çalıştırdığı süre ve son ücret sınırlamasına tabi olmalıdır.

Alt işveren işçisi, asıl işverenin iş düzenine uyum zorundadır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, işyeri çalışma düzeninin ihlali durumunda asıl işveren, toplu iş sözleşmesi ya da diğer objektif hukuk normlarından olan ve genellikle kendisi tarafından belirlenen işyeri iç yönetmeliği veya işyeri uygulamasına dayanarak disiplin cezası verebilecek hatta gerekirse iş sözleşmesini feshedebilecektir<sup>54</sup>.

Asıl işverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcunun alt işveren işçileri için de söz konusu olacağı aynı yazar tarafından ileri sürülmüştür. Düşüncemize göre, iş ilişkisi alt işveren ile işçi arasında olmakla, asıl işverenin işçiye disiplin cezası uygulama ya da iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunmamaktadır. Aynı şekilde işverenin eşit davranma borcu kendi işçileri bakımından geçerlidir. Alt işveren işçileri yönünden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin asıl işverene yükümlülük getirmesi söz konusu olmaz. Yargıtay'ın 27.3.2006 tarihli bir kararı da bu yöndedir<sup>55</sup>. Ancak iş düzenini bozan işçi yönünden asıl işverenin durumu alt işverene bildirmesi ve işçiye disiplin cezası uygulanmasını isteme imkânı vardır. İş aktinin haklı feshine imkân veren davranışların bildirilmesi ve gereğinin yapılmasının istenmesi de olanaklıdır. Alt işverenin işçiye gerekli cezayı uygulamaması halinde bu durum, asıl işverene asıl işveren alt işveren ilişkisini sonlandırma yönünde bir imkân sağlayabilecektir.

Alt işveren işçisinin asıl işverene ait işyerinde bir zarar vermesi halinde de, asıl işverenin alt işverenden zarar karşılığı işçinin ücretlerinden kesinti yapılmasını istemesi de mümkündür.

Alt işveren çalıştırdığı işçilere karşı, işveren korumundadır. Bu bakımdan, alt işverenin İş Kanununda, öngörülen cezai sorumlulukları söz konusu olacaktır<sup>56</sup>.

Asıl işveren ile alt işveren arasında müteselsil sorumluluğunu bulunduğu yukarıda açıklanmıştı. Bunun anlamı, işçi, işverenlerden her ikisinden veya dilerse herhangi birinden bu haklarını talep

edebilecektir. Düşüncemize göre, asıl işveren ile alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı da bulunmamaktadır. Ancak bazen ispat konusunda bir sorun ile karşı karşıya kalınabilir. Sadece asıl işverenin dava edilmesi durumunda, alt işverenin davadan haberdar olmaması sebebiyle işçinin talep konusu isteklere hak kazanıp kazanamayacağı noktasında sorunlar yaşanabilir. Öyle ki, alt işverenin işçilik haklarını ödemiş olması ve işçiden ibraname almış olması ya da işçinin istifa etmesine rağmen asıl işverenin bu gelişmelerden haberdar olamaması olasıdır. Düşüncemize göre, yine de bu durum davanın her iki işverene karşı birlikte açılmasını gerektirmemelidir. Asıl işverene yönelen taleplerin ardından asıl işverenin bu durumu yönetince ve ilerde rücuva esas olacak biçimde alt işverene duyurması gerekir. Hatta asıl işveren aleyhine devam eden davada alt işverene davanın ihbarı bu sorunları tamamen ortadan kaldırır. Nitekim Yargıtay, asıl işveren aleyhine açılan davada savunma olarak davanın alt işverene ihbarının talep edilmesi halinde mahkemece bu yönde usulü işlemlere gidilmemiş olmasının savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirildiği görülmektedir<sup>57</sup>. Bununla birlikte Yargıtay'ın her iki işveren arasında mecburi dava arkadaşlığı olduğuna dair bir kararı da mevcuttur<sup>58</sup>.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde birlikte sorumluluktan söz edilebilmesi için işçilik alacağının bu ilişkinin hüküm sürdüğü dönemler içinde doğmuş olması gerekir. Bu ilişkinin kurulmasından önce işçinin, alt işverenin bir başka işyerinde yapmış olduğu çalışmalardan asıl işverenin sorumluluğu düşünülemez. Bu durum, alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırılması koşulunun bir sonucu olarak karşımıza çıkar. İşçinin asıl işveren ile alt işveren arasında ilişkinin kurulmasından önce alt işverenin diğer bir işyerinde geçen çalışmaları, alt işveren yönünden bir bütün olarak değerlendirilebilecek ise de, asıl işverenin sorumluluğu asıl işveren alt işveren ilişkisinin hüküm sürdüğü dönemle sınırlıdır. Zira asıl işveren açısından işyeri devri ya da hizmet akdi devrinden söz edilemez. O halde kıdem tazminatı yönünden alt işverenin sorumluluğu daha fazla olmakla birlikte asıl işveren sadece alt işverene verilen iş kapsamında işçinin çalıştığı süre ile sınırlı olacaktır. Yine, asıl işverenin sorumluluğunu gerektiren ih-

bar öneli veya ihbar tazminatı hesabında işçinin alt işverenin başka işyerinde geçirdiği süreler gözetilmeyecektir. İzin hakkı bakımından da asıl işverenin sorumluluğunun belirlenmesi için işçinin asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında çalışmaya başladığı tarih gözetilmelidir. Örneğin, iş sözleşmesinin feshi halinde ortaya çıkan kullandırılmayan izin ücretinden sorumluluğun asıl işveren yönünden doğması için asıl işverenden alınan işte en az bir yıl süreyle çalışılmış olması gerekir.

Asıl işveren ile alt işveren arasında ilişki kurulduktan sonra alt işverenin işyerini başka bir alt işverene devretmesi halinde alt işverenin yerini devralan alt işveren alır. Devir tarihinden sonra asıl işverenle alt işveren ilişkisi devralan işveren arasında devam eder. Zira devralan işveren 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi uyarınca devam eden iş sözleşmelerinin tarafı olmuştur.

Aynı şekilde asıl işverenin işyerini devri de alt işverenlik uygulamasını sona erdirmez. İşyerinde çalışmakta olan işçiler alt işverenin işçisi olmakla devralan işveren de devri tarihinden sonra asıl işveren olarak değerlendirilmelidir.

Belli bir süre ya da belli bir işin yapılması için tesis edilen asıl işveren alt işveren ilişkilerinde işçilerin belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalıştırılmaları olanaklıdır. Gerçekten, usulüne uygun olarak tesis edilen bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde objektif nedenlerin varlığı halinde alt işveren işçileri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. Yine açıklanan olguların varlığı halinde, belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesi için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11/2. maddesinin aradığı esaslı nedenin bulunduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı Yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine eklenen fıkralarla, kamu kurum ve kuruluşları ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlasının bu kuruluşlara ait olduğu ortaklıklarda yüklenici ya da alt işveren işçilerinin kamu kadrolarına atanmasının mümkün olmadığı ve kamu işçileri ile aynı hakları talep edemeyecekleri kamu işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacakları açıklanmıştır. Esasen bahsi geçen değişiklik hükümleri yürürlüğe girmemiş olduğunda dahi, kamu kurumundan iş alan bir yüklenicinin işçisinin kamudan kadro talep etmesi mümkün değildir. Yine alt işveren işçisinin bu yönde bir talep hakkı olmaz. İşe iade davasında feshin geçersizliği

sonucuna alt işverene ait işyerine işe iadesine karar verilmekte ve sadece işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücreti yönlerinden birlikte sorumluluk hükümleri kurulmaktadır. Alt işveren ya da yüklenici işçisinin, kamu kurum ve kuruluşunun tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden faydalanması da olanaklı değildir. Bu açıklamalara göre 5538 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerin sonuca etkisinin olmadığı söylenebilir.

Ancak muvazaalı şekilde yüklenici ya da alt işverenlik ilişkisinin kurulması halinde, işçinin anayasa ve yasalarla sağlanmış olan haklarının yine yasal hükümler çerçevesinde önüne geçilmesi doğru olmaz. Bu itibarla 5538 sayılı Yasa ile getirilen hükümlerin muvazaalı ilişkiler haricinde sonuç doğuracağını söylemek gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine eklenen son iki bentte ise, hizmet alımı şartnamesinde işçinin kamu kurumlarınca işçi alma ve çıkarma yetkisine dair ve daha önce çalışmış olan işçilerin çalıştırılmaya devam olunacağına dair hükümlerin konulamayacağı açıklanmıştır. Bu düzenlemenin amacı da tam olarak anlaşılammıştır. Şartname-lerde işçi alma ve çıkarma yetkisinin asıl işveren ya da ihale makamına verilmesi, diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde muvazaalı kriterleri arasında sayılabilir. Aynı şekilde asıl işverenin eski işçilerinin çalıştırılmaya devam olunacağına dair hükümlerin şartnamede yer alması başlı başına bir sonuç doğurmasa da, muvazaayı gösteren olgulardan biri olarak kabul edilebilir. Esasen son iki bentte yer alan bu düzenlemelerin bir yasa hükmü olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alması bir eleştiri konusu olabilir. Kamu kurumlarınca açılan ihale şartnamesine hangi hükümlerin konulacağı ve hangi kuralların yer almaması gerektiği hususları, yasa yerine genel düzenleyici işlemle (tamim vb.) belirlenebilecek bir konudur. Düşüncemize göre önemli olan şartnamede yer alan hükümler değil, uygulamanın kendisidir. Şartnamede böyle bir kurala yer verilmesine, hatta tersine asıl işverenin eski işçilerinin çalıştırılmasına devam olunamayacağını öngörülmesine rağmen, asıl işverenin önceki işçilerinin hakları kısıtlanmak suretiyle alt işveren işçisi olarak çalıştırılması yasa- da açıkça muvazaalı nedeni olarak sayılmıştır. Bu durumda salt şartname hükümlerinin sonuca bir etkisi olmasa gerekir.

5538 sayılı Yasa'nın ilgili maddesinin gerekçesinde, "Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer özel kanun hükümleri çerçevesinde yapılan hizmet alımları neticesinde yükleniciler tarafından istihdam edilenler; hizmet alımını yapan kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarının, kendilerinin asıl işvereni olduğunu iddia ederek bu kurumların aslı kadrolarına atanmayı talep etmekte veya bu kurumlarda uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi ya da personel kanunundan yararlandırılma talebinde bulunmaktadırlar. Yapılan düzenlemeyle, kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıklarının, hizmet alımı amacıyla sözleşme yaptıkları yükleniciler veya işverenler tarafından istihdam edilenlerin aslı işvereni olmadığı hususuna açıklık getirilmektedir." şeklinde bir ifadeyle eklenen fıkraların amacı açıklanmıştır. Belirtmek gerekir ki, bahsi geçen fıkraların yürürlüğe girmesinden önce muvazaalı olgusu dışında kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklardan iş alan yükleniciler ile alt işveren işçilerinin asıl işverene ait işyerinde aslı kadroya atanma talepleri yasal bir dayanaktan yoksundur. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarının da muvazaalı bir işlem içine girmeleri halinde, bir başka anlatımla işçi gerçekte kamu kurumunun işçisi olduğu halde alt işveren işçisi olarak gösterilmişse, işçinin gerçek işverene ait işyerinde işçilere sağlanan haklardan yararlanması gerekecektir. Nitekim Yargıtay kararlarında<sup>59</sup>, muvazaalı taşeron ilişkilerinin kanıtlanması durumunda, işe iade davasının gerçek işveren olan ihale makamı aleyhine açılarak sonuçlandırılması gerektiği kabul edilmektedir.

Yine gerekçede, yüklenici ya da alt işveren işçilerinin asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmelerinden yararlanma taleplerinin varlığından söz edilmiştir. Gerekçeye göre, eklenen fıkraların bir amacı da bu taleplerin önünü kesmektir. Bu konuda da belirtmek gerekir ki, yüklenici ya da alt işveren işçilerinin asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanma taleplerinin yerinde olmadığı konusunda öğreti<sup>60</sup> ve uygulama<sup>61</sup> açısından tam bir görüş birliği vardır. Bu itibarla 2. maddeye eklenen fıkraların bu açıdan da bir etkisi bulunmamaktadır.

5538 sayılı Yasa'nın ilgili maddesinin gerekçesinde, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarda yükleniciler ile alt işverenlerce istihdam edilenlerin, aslı işverenin kamu kurumu, kuruluşu ya da bağlı ortaklık olmadığı vurgulanmak istendiği de belirtilmiştir. 4857 sayılı İş Kanun'unda "aslı işveren" kavramına yer verilmemiştir. Asıl işveren, alt işveren<sup>62</sup> ve müteahhit, taşeron<sup>63</sup> kavramlarının dışında kalan ve gerekçede yer alan "aslı işveren" ifadesi de tereddüt konusudur. Yine de, bu ifade ile gerçek işverenin anlatılmak istendiği söylenebilir.

## 7- TOPLU İŞ HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN UYGULAMASI

Alt işveren işçisi, asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkına sahip değildir. İşçinin, asıl işin bir bölümünde ya da yardımcı işlerde çalışmakta oluşunun sonuca bir etkisi yoktur. Buna karşın Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1987 yılında vermiş olduğu bir kararında alt işveren işçilerinin de asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiği kabul edilmişti<sup>64</sup>. Yargıtay'ın bu kararı öğretide haklı olarak yoğun biçimde eleştirilmiştir<sup>65</sup>.

Yargıtay, öğretideki haklı eleştirileri de dikkate alarak görüşünü değiştirmiş ve bugün için alt işveren işçisinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı görüşü, istikrar kazanmış durumdadır<sup>66</sup>.

Bir işverenin işyerinde işçi çalıştıran diğer işverenin işçilerinin, çalıştıkları işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmelerinden yararlanamamaları kuşkusuz onların hiçbir şekilde toplu iş sözleşmesinin düzeni içerisinde yer almamaları demek değildir. Diğer işverene bağlı işçiler, işverenlerinin iş aldığı ve bu nedenle fiilen iş görme borcunu yerine getirdikleri işyeri dışında bir işyerine bağlı olduklarından, bu işyeri için yapılmış toplu iş sözleşmesinden yararlanacaklardır<sup>67</sup>.

Alt işveren işçisinin, çalıştığı iş kolunda kurulu sendikaya üye olması veya dayanışma aidatı ödemesi koşuluyla alt işveren ile sendika arasında bağlanmış bir toplu iş sözleşmesinin mevcudiyeti halinde bu toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkündür. Bu husus 1475 sayılı Yasa döneminde öğreti ve Yargıtay'ca kabul edilmiş ve 4857 sa-



yılı İş Kanununun 2. maddesinde de açıkça benimsenmiştir.

Alt işveren işçilerinin çalıştıkları yer, asıl işverenden bağımsız bir işyeri olarak kabul edildiğinden, “bir işyerinde aynı dönem içinde birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz” (2822 sy. K. md. 3) kuralına aykırılıktan da söz edilemeyecektir<sup>68</sup>.

Kanuna karşı hile ve muvazaaya söz konusu olduğunda asıl işveren alt işveren ilişkisi geçerli olmadığından, alt işveren işçileri de asıl işveren işçileri ile aynı işleme tabi tutulacaklardır<sup>69</sup>. Esasen asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı ortaya çıktığında ortada tek bir işveren vardır; o da muvazaalı ilişkide asıl işveren olarak belirtilen gerçek işverendir. Muvazaalı ilişkide alt işverenin muvazaanın tarafı olmaktan öte bir rolü bulunmamaktadır. Bu durumda işçilerin sendikaya üye olmaları ve bunun işverene bildirilmesinin ardından veya dayanışma aidatı dilekçesi vermeleri halinde gerçek işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları söz konusu olacaktır.

## 8- ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE İŞE İADE SORUNU

### a) Fesih Bildirimine İtiraz ve Husumete Dair Sorunlar

İşe iade davaları ile ilgili olarak birkaç yönden asıl işveren alt işveren ilişkisi üzerinde durulmalıdır. Öncelikle davanın sadece asıl işverene yöneltilmesi doğru olmaz. Zira işçi, alt işverenin işçisidir ve dava açma ölçütü olarak aranan 30 işçi sayısında alt işveren işçilerine dahildir. Aynı şekilde işçinin daha önce asıl işverende geçen süresi, iş güvencesinden yararlanma ölçütü olan altı aylık kıdem hesabında dikkate alınmaz.

Yargıtay, asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı ileri sürülüyorsa, sadece asıl işverene karşı açılan davanın husumet yokluğu sebebiyle reddinin gerekeceğine karar vermiştir<sup>70</sup>. O halde, işe iade davası dışında kalan davaların, yasa gereği aralarında müşterek müteselsil sorumluluk bulunan asıl işveren alt işverenden herhangi birine açılması mümkün olduğu halde, işe iade davasının özelliği gereği salt asıl işveren dava edilemeyecektir<sup>71</sup>.

Bu durumda davanın, alt işverene karşı veya alt işverenle birlikte asıl işverene karşı açılması gere-

kir. Ancak her iki işverene karşı birlikte dava açılabilmesi için fesih anında asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı gerekir. Yoksa söz konusu ilişkinin bitiminden sonra iş sözleşmesinin feshinde ortada tek bir işveren olduğundan, davanın bu işverene karşı açılması zorunludur. Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır<sup>72</sup>.

İşe iade davasının her iki işverene birlikte açılması halinde de işe iade yükümlülüğü alt işverene aittir. Asıl işveren işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden alt işverenle birlikte sorumludur<sup>73</sup>. Yargıtay kararlarına göre, işçinin iş sözleşmesinin feshinde asıl işveren etkili olsa dahi asıl işveren hakkında işe iade kararı verilmesi yerinde değildir<sup>74</sup>.

Asıl işverene husumet yöneltilmeksizin sadece alt işveren hakkında feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye dair dava açıldığında, işe iade kararı tespit niteliğinde olduğundan alt işverence işe başlatılmayan işçinin sonradan işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücretini asıl işverenden de talep edebileceği kabul edilmelidir. Bu noktada asıl işverene karşı bir aylık süre içinde işe iade davası açılmamış olmasının, yasadan doğan birlikte sorumluluğu bertaraf etmeyeceği düşünülmelidir.

Muvazaaya dayanan ilişkilerde davanın muvazaalı şekilde işçi çalıştıran işverenlerden biri hakkında açılmasının dava açma süresi yönünden etkisi üzerinde durulmalıdır. Yargıtay çok sayıda kararında, aradaki ilişkinin muvazaaya dayandığı ileri sürülüyorsa davanın gerçek işverene karşı açılması gerektiğini kabul etmiştir<sup>75</sup>. Böyle bir halde işe iade hükmü sadece gerçek işveren aleyhine kurulmalıdır<sup>76</sup>.

Muvazaaya iddialarıyla birlikte işe iade davasında alt işveren davalı gösterilmişse, davanın husumet yokluğu sebebiyle reddi yoluna gidilmektedir. Bu arada bir aylık dava açma süresi geçtiğinde işe iade istekli davanın gerçek işverene karşı açılması da mümkün olmayacaktır.

Esasen muvazaalı biçimde işçi çalıştıran iki işveren vardır. Bunlardan biri görünüşte işverendir ve sigorta pirimlerini yatırmakta ve ücretleri ödemektedir. Asıl işveren olarak görünen ise emir ve talimatları veren işe alan ve çıkararak gerçek işve-

rendir. İşçinin bu karmaşık ilişkide gerçek işvereni belirlemesi çok da kolay değildir. Ayrıca aradaki ilişkinin muvazaaya dayandığının ispatı her zaman mümkün olmayabilir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığı sonucuna varıldığında ise, hak düşürücü sürenin bu defa alt işveren yönünden geçirilmiş olması riski mevcuttur. Davanın her iki işverene birlikte açılması mümkün olup bu durum, dava süresiyle ilgili sorunu çözmektedir. Ancak bu durumda da yargılama sonunda bir taraf yönünden davanın reddi ve dolayısıyla harç ile ücreti vekalet ödeme yükümlülüğü belirebilir. 1475 sayılı Yasa döneminde muvazaalı şekilde işçi çalıştıran ve asıl işveren ile alt işveren görünümünde olan şirketlerin işçilik alacakları yönünden birlikte dava edildiği durumlar

iade davasında yapılan yargılama sırasında mahkemece işçinin daha önce asıl işverenin işçisi olarak çalıştığını belirlemesi halinde, yasa gereği asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı sayılacaktır. Bunun sonucu olarak da işe iade davasının, salt alt işverene karşı açılmış olması sebebiyle husumet noktasından reddi gündeme gelebilecektir. Bir aylık dava açma süresi de geçtiğinde işçinin temsile ait bu yanılıgı, iş güvencesi hükümlerini devre dışı bırakabilecektir.

Kaldı ki, asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanması halinde fesihle ilgili prosedürü de gerçek işverenin yerine getirmesi gerekecektir. Alt işverenin usulüne uygun olarak işçiye bildirdiği geçerli ya da haklı nedene dayanan fesihler, gerçek işverence yapılmadığı için 19.

## Alt işveren uygulaması fesih için geçerli neden kabul edilmekle birlikte, işçinin diğer birimlerde değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığı, başka bir anlatımla feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı aranmalıdır.

da müşterek müteselsil sorumluluğun kabul edildiği de düşünülürse, işe iade konusunda da işverenlerden her hangi birine dava açılmasının hak düşürücü süreyi keseceği ve gerekirse temsilde hata kabul edilerek işçi lehine yoruma gidilebileceği de bir görüş olarak ileri sürülebilir. Gerçekten muvazaaya dayanan bir hukuki ilişkinin muvazaanın tarafı olan kişilere hak bahşetmesi de düşünülemez. İşe iadeyle ilgili iş güvencesi işçinin en önemli yasal hakları arasındadır ve dava açma süresiyle ilgili bu durumun işçi lehine yorumlanması da olanaklıdır. Yine belirtmek gerekir ki, muvazaa iddiasının taraflarca ileri sürülmesine gerek yoktur<sup>77</sup>. Hakim, resen bu yönde de araştırma yapmak zorundadır. İşçinin her zaman asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin boyutunu bilmesi beklenemez. Bu noktada, alt işverene karşı açılan bir işe iade davasında, asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı şeklinde mahkemenin resen tespiti üzerine husumet yokluğu sebebiyle davanın reddi her zaman gündeme gelebilecektir. Konuya dair bir örnek vermek gerekirse, asıl işveren alt işveren ilişkisinin hüküm sürdüğü düşüncesiyle alt işverene karşı açılan işe

maddede öngörülen bildirim usulüne uyulmadığından söz edilebilecektir. Daha somut bir ifadeyle, işyerinde hırsızlık yapan işçinin iş sözleşmesi alt işveren tarafından usulüne uygun olarak ve geçerli neden bildirimi ile feshedildiğinde, aradaki ilişkinin muvazaalı olması sebebiyle gerçek işverenin feshinin usulüne uygun olup olmadığı bir tartışma konusunu oluşturabilecektir. Düşüncemize göre muvazaalı bir ilişkide geçerli fesih bildirimini gerçek işveren tarafından ve usulüne uygun olarak yapılması gerekirse de, görünüşte alt işverence yapılan fesih bildirimini de işveren vekili tarafından yapılmış gibi düşünülmeli ve bildirim gerçek işverence yapılmamış olması başlı başına geçersizlik sonucuna götürmemelidir.

Yargıtay konuyla ilgili olarak 12.12.2005 tarihinde verdiği bir kararında, asıl işverenin önceki işçisinin alt işveren işçisi olarak çalıştırılması ve asıl işin alt işverene verilmesi sebebiyle aradaki ilişkinin baştan itibaren muvazaaya dayandığını kabul etmiş ve alt işveren olarak belirtilen şahsa açılan davanın reddinin gerekeceği sonucuna varılmıştır<sup>78</sup>. Aynı kararda, asıl işverenin dahili dava yoluyla davaya katılması halinde bir aylık dava açma sü-

resinin geçmiş olması sebebiyle yerel mahkemenin red kararı da bozma dışı kalmak suretiyle onanmıştır.

Bununla birlikte Yargıtay'ın bir diğer kararında, işe iade davasında davanın temsilde hata sonucu yanlış hasım gösterilmek suretiyle açılması halinde davanın gerçek hasma yöneltilmesi için davacı tarafta mehil verilmesi gerektiği açıklanmıştır<sup>79</sup>. Yine Yargıtay'ın bir başka kararında, muvazaa iddiasına rağmen alt işveren olarak görünen işverene karşı işe iade davası açılması halinde, muvazaanın yargı tarafından resen araştırılması gerektiğinden söz edilmiş ve gerçek durumun tespitinin gerektiği belirtilmiştir<sup>80</sup>. Aynı karara, muvazaa tespit edilse dahi, gerçek işverene karşı 1 aylık dava süresinin geçtiğinden ve bozmanın etkisinin olmayacağından söz edilerek muhalefet şerhi yazılmıştır.

## b) Alt İşverenlik Uygulaması ve Geçerli Neden Kavramı

Alt işveren uygulaması fesih için geçerli neden kabul edilmekle birlikte, işçinin diğer birimlerde değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığı, başka bir anlatımla feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı aranmalıdır<sup>81</sup>. İşçinin, alt işverene bırakılan işi dışında kalan asıl işverene ait diğer işyeri veya işyerlerinde ve öncelikle çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişikliği gerektirecek şekilde çalıştırılması esastır. Şayet çalışma koşullarında değişiklik yapılmak suretiyle bir istihdam olanağı mümkün ise, asıl işveren işçiye bu yönde bir teklifte bulunmalıdır. Aksi halde feshin son çare olması ilkesine uyulmamış olunmaktadır.

Asıl işverenden almış olduğu işin süresinin bitiminde işçilerin alt işverenin diğer bir işyerine davet edilmesi ve bu durumun çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturup oluşturmadığı hususu da çözümü gereken sorunlar arasındadır. Gerçekten işçi sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalışmış ancak süresi sona eren ihale sebebiyle alt işverenin diğer bir işyerinde hatta başka bir asıl işverenden alınan iş kapsamında çalışması istenebilecektir. Söz konusu değişikliğin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında geçerli nedene dayandığı açıktır.

İşçi, bireysel ya da toplu iş sözleşmesi veya işyeri personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklarda bu tür değişikliği kabul etmişse, esasen işverenin

bu uygulaması çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde değildir. Zira işçi, gerektiğinde işyerinin değiştirilebileceği hususunu önceden kabul etmiştir. İşverenin genişletilmiş yönetim hakkı olarak değerlendirilebilecek bu husus kötüye kullanılmadığı sürece, işverene işçiyi başka işyerlerine nakil imkânı sağlamaktadır.

Ancak işverenin işçiyi başka işyerinde çalıştırabileceği yönünde sözleşme ya da personel yönetmeliği ve benzeri bir kaynak olmaması durumunda, işçinin 6 iş günü içinde değişikliği yazılı olarak kabul etmesi gerekir. Aksi halde, değişiklik işçiyi bağlamayacaktır. Düşüncemize göre, işçinin ihale bitiminde alt işverence başka bir işyerinde görevlendirilebileceğinin öngörebilir olması da yasanın tanıdığı bu hakkı bertaraf etmemektedir. Belirtmek gerekir ki, ihale bitimi üzerine işçinin başka bir işyerinde görevlendirilmesi, işveren açısından değişiklik yapmayı gerektiren geçerli nedeni oluşturduğundan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin açık düzenlemesi karşısında bu değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesi ancak geçerli nedenle feshedilmiş sayılabilecektir. Bir başka anlatımla işverence yapılacak olan fesih bildiriminde ihbar önellerine uyulması ve kıdem tazminatının ödenmesi gerekecektir.

## c) Feshin Geçersizliğinin Tespiti Üzerine Sonuçlar

İşçinin fesih bildirimine itirazının ardından feshin geçersizliğine karar verildiğinde fesih ortadan kalmış sayılmaktadır. İşçiye daha önce ihbar ve kıdem tazminatı ödenmişse bu bedelin iadesi gerekir<sup>82</sup>.

İşçinin yasal süresi içinde (4857 sy. K. m. 21/5) işe başlatılmak için başvurmaması halinde, fesih geçerli hale geleceğinden, işveren işçiyi işe başlatmak zorunda kalmayacaktır. İşverenin işçiyi başlatma yükümlüğü de mutlak değildir. İşveren dilerse mahkemece belirlenen tazminatı ödemek suretiyle işçiyi işe başlatmak istemeyebilir<sup>83</sup>.

Asıl işveren alt ilişkisinde de işe iade kararı üzerine işçinin alt işverene süresi içinde başvurması gerekir. Asıl işverene yapılacak olan başvuru sonuç doğurmayacak ve yasal başvuru yerine geçmeyecektir. Zira işe iade yükümlülüğü alt işverene aittir. Asıl işverenin böyle bir sorumluluğu yoktur. Asıl işveren sadece alt işverenin ödemek zorunda kalacağı işe

başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücreti yönünden alt işverenle birlikte sorumludur.

İşe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin işe başlatılması için başvurmasının ardından en olağan olan, asıl işverenden alınan işte işçinin alt işveren işçisi olarak işe başlatılmasıdır. Kanunda öngörülen kurumların amacı da budur.

Alt işveren işçisinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe alınmamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatından asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumlu olduğuna yukarıda değinilmiştir. İşçiyi asıl işveren kendisine ait bir işte çalışmak üzere işe almış olsa dahi, bu sorumluluk ortadan kalkmayacaktır. Zira bu uygulama, işçinin, yasanın aradığı anlamda eski işine iadesi şeklinde değerlendirilemez.

İşe iade kararı üzerine işçinin ihaleyi yeni kazanan alt işveren tarafından işe başlatılmış olmasının işçinin işine iadesi anlamına gelmeyeceği bir sorun olarak karşımızdadır. Bu konuyu ikiye ayırmak suretiyle ele almak gerekir; ilk olarak alt işverenin ihale süresi sonunda işyerinden tamamen ayrılması ve işçilerini de birlikte götürmesi ihtimali üzerinde durulmalıdır. Bu halde, hakkında işe iade kararı verilen alt işveren, işe başlatma aşamasına geldiğinde işyerinden ayrılmış ve bu alt işveren ile asıl işveren arasındaki ilişki sona ermiş olacaktır. İşyerinde daha sonra aynı işi alan başka bir alt işveren bulursa dahi, her iki alt işveren arasında işyeri devrinden söz etmek pek mümkün değildir. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde işverenler arasında hukuki bir işleme dayalı olarak işyeri devri halinde devam eden hizmet akitlerinin devralan işverene geçeceği, yine devir anında doğmuş olan borçlardan her iki işverenin birlikte sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Alt işverenin süresinin sonunda ya da süresinden önce asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerini alarak işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde, alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleşmiştir. Düşüncemize göre, işin daha sonra başka bir alt işverene verilmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında işyeri devri niteliğinde değildir. Bu noktada işe iade kararı alan işçinin

yeni alt işverene başvurmasının gerekliliğinden ve bu alt işverenin işe alma yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. İşçi iş sözleşmesini fesheden önceki alt işverene işe başlamak için başvurmalı ve işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücretinden feshi gerçekleştiren alt işveren ile asıl işveren birlikte sorumlu olmalıdır. Açıklanan sonucun bir yansıması olarak da, işe iade kararı alan işçinin işyerinde daha sonra ihaleyi almış olan işverene ait işyerinde işe alınmış olması, eski işine iade kapsamında değerlendirilemeyecektir. İş sözleşmesini fesheden önceki alt işveren ile asıl işverenin birlikte sorumluluğu devam edecektir.

İkinci olarak, süresi sona eren alt işverenin işçilerini başka işyerine götürmemesi ve aynı işçilerin yeni alt işveren işyerinde ara vermeksizin çalışmalarını ihtimali üzerinde durulmalıdır. Belirtmek gerekir ki, asıl olan, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri alt işverenler arasında örtülü bir hukuki işlem niteliğindedir. Bu hukuki işlemde alt işveren işçilerini başka bir işyerine davet etmemiş ve yeni alt işverende çalışmaya devam etmeleri örtülü biçimde istenmiştir. Bunun bir tür işyeri devri olduğu kabul edilmelidir. Devralan işverenin devam eden hizmet akitlerini devraldığı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde açıklanan bir husustur. O halde işe iade kararı ile işçi ile alt işveren arasında hizmet ilişkisi devam ettiğine göre, bu arada gerçekleşen işyeri devri ile devam eden iş sözleşmeleri devralan alt işverene geçecektir. İşçinin de işe başlatılmasını istemek için devralan alt işverene başvurması gerekir. Devir işlemi işçinin başvurusundan sonra gerçekleşmişse işe başlatma yükümlülüğü devralan alt işverene ait olmalıdır. İşçinin işe başlatılmaması ile ilgili sorumluluk da devralan alt işveren ile asıl işverene düşmektedir. Yapılan bu açıklamalara göre, bu ihtimalde işçinin işyerini devralan alt işverene ait işyerinde işe başlatılması işe iade kararının uygulanması kapsamındadır.

Devam eden asıl işveren alt işveren ilişkisinde, işçinin başvurusuna rağmen asıl işverenden alınan işte çalıştırılması yerine, alt işverenin başka bir işyerinde görevlendirilmesi halinde de işçi eski işine



iade edilmemiş olmaktadır. Bu durumda başka bir işte çalışmaya devam eden işçinin hukuki durumunu tespit etmek gerekir. İşçi, işe iade sonrasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçerli olduğu işyeri yerine, alt işverenin bir başka işyerinde görevlendirilmiş ve bu yerde çalışmayı kabul etmişse, eski işine iade edilmediği için iş ilişkisinin sona erdiği ve taraflar arasında yeni bir iş ilişkisi kurulduğu düşünülebilir. Ancak bütün bu gelişmelerin işe iade kararı sonrası bir prosedür izlenerek ortaya çıkması ve işçinin de diğer bir işyerinde görevlendirilmeye karşı çıkmaması karşısında asıl olanın işçinin işe iadesi ve yeni yerdeki çalışmasının önceki iş ilişkisinin kapsamında olduğu şeklindeki yorumun daha isabetli olacağı inancındayız. Bu örnekte asıl işverenin işe başlatmama tazminatı ödeme yükümlülüğü de doğmayacaktır.

sizliğine dair kararlar tespit niteliğindedir. Alt işverenin işe başlamak için işçinin başvurusu üzerine bir işyerinin olmaması düşüncemize göre işe iadeye engel oluşturur ise de, işe başlatmama tazminatının sakıt olmasını gerektirmez. Zira 4857 sayılı İş Kanunu işe iade konusunda işverene seçimlik bir hak vermiştir. İşe iade imkânının olmaması, diğer seçeneğin ortadan kalkması anlamında değerlendirilmemelidir.

Tam bu noktada asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından asıl işverenin işe başlatmama tazminatından sorumlu olup olmayacağı tartışılmalıdır. Zira işe başlatma aşamasına gelindiğinde asıl işveren alt işveren ilişkisi sona ermiş ve işçinin iş sözleşmesi alt işverence işe başlatılmayacağına açıklandığı ya da bir aylık işe başlatma süresinin bitiminde son bulur. İşe başlatmama tazmi-

## İşe başlatmama tazminatından asıl işverenin sorumlu tutulabilmesi için işçinin bu tazminata hak kazandığı tarih olan işe alınmama tarihinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı şarttır.

Ancak, işe iade sonrasında işçinin alt işverenin başka bir işyerinde işe başlatılması halinde bunun, önceki iş ilişkisinin devamı niteliğinde olmadığı ve yeni bir iş ilişkisi olduğu yönünde işçi ve işveren arasında açık bir anlaşmanın varlığı kanıtlanabiliyorsa, işçi eski işine iade edilmemiş olmaktadır ve bu noktada asıl işverenin de alt işverenle birlikte işe başlatmama tazminatından sorumlu olduğu düşünülmelidir.

Başvuru anında asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesi ve alt işverenin başka bir işyerinin olmaması halinde esasen mevcut mahkeme kararına rağmen işçinin işe iade edileceği bir işyeri kalmamıştır. Bu durum işverenin işe iade aşamasına gelindiğinde işyerini kendiliğinden kapatmış olması veya resmi kurumlarca faaliyetinin durdurulmuş olunması halinde de söz konusu olur. Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinde öngörülen "borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur" hükmünden yola çıkılarak işçinin işe iade kararının yerine getirilemeyeceği ve işe başlatmama tazminatının ortadan kalkacağı söylenebilecek midir? İşçinin fesih bildirimine itirazı sonrasında verilen feshin geçer-

natı da bu anda doğmaktadır. Oysa bu tazminatın gerçekleştiği tarihte asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin doğmuş bulunan yükümlülükleri ile sınırlıdır. İlişkinin hüküm sürdüğü dönem içinde böyle bir tazminat doğmamıştır. Bu gerekçelerden hareketle, işe başlatmama tazminatından asıl işverenin sorumlu tutulabilmesi için işçinin bu tazminata hak kazandığı tarih olan işe alınmama tarihinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı şarttır.

Yine asıl işverenin dört aya kadar boşa geçen süreye ait ücretlerden sorumlu olduğunun kabulü gerekirse de, bu alacağa hak kazanma tarihi de işçinin işe başlatılması için başvuru tarihi olduğuna göre, düşüncemize göre en az bu tarihte asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı şarttır. Boşa geçen süre ücreti yönünden feshi izleyen süre içinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin hüküm sürdüğü süre ile sınırlı olarak asıl işverenin de alt işverenle birlikte sorumlu tutulması da bir başka düşünce olarak ileri sürülebilir. Hemen belirtelim ki, bu konular üzerinde henüz öğretiler yeterince durulmadığı gibi verilmiş bir Yargıtay kararı da bulunmamaktadır.

Bir diğer sorun, işe başlatma aşamasına gelindiğinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesi ve işçinin bu nedenle eski işi yerine alt işverenin başka bir işyerinde işe başlatılması halinde ortaya çıkar. Gerçekten işçinin eski işine iadesi imkânı kalmamıştır. Bu durumda alt işverenin diğer bir işyerinde işe başlatması, fiili durum olarak işçinin eski işine iadesi şeklinde değildir. Düşüncemize göre alt işverenin işçiyi aynı ya da benzer işlerde çalışmak kaydıyla ve iş koşullarında ağırlaştırma anlamına gelmeyecek şekilde alt işverenin diğer işyerinde başlatması, işe iade kararının yerine getirilmesi olarak algılanmalıdır.

Asıl işverenin feshe bağlı haklar olan ihbar, kıdem tazminatı ile izin ücretinden sorumluluğu da bu hakların doğduğu anda asıl işveren alt işveren arasında bu ilişkinin varlığı halinde mümkün ola-

alan “..mevcut iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralana...” geçeceğine dair düzenleme, alt işveren işçileri ile asıl işveren arasındaki hukuki ilişkinin devralan asıl işverenle aynen devam edeceğine işaret etmektedir. Sorun daha çok işe iade davalarında ortaya çıkabilecektir. İşçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte mevcut olan asıl işveren daha sonra işyerini devretmiş olabilir. Bu arada işe iade kararı üzerine işe alınmayan işçinin iş sözleşmesi işe başlatılmadığı tarihte feshedilmiş sayılacağından, işe başlatmama tazminatından sorumluluk alt işverenle birlikte bu işçinin çalıştığı sırada mevcut olmayan son asıl işverene ait olmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde devreden işverenin de 2 yıl süreyle devralanla birlikte sorumluluğu öngörülmüşse de, bu birlikte sorumluluk devir anında doğmuş bulunan borçlarla

## İşçinin işe başlatılmadığı tarihte asıl işveren alt işveren ilişkisi sona ermişse feshe bağlı haklardan asıl işverenin sorumluluğu da düşünülemeyecektir.

caktır. Bu noktada, işe iade kararına rağmen işçinin işe başlatılmadığı tarihte asıl işveren alt işveren ilişkisi sona ermişse, asıl işverenin ihbar, kıdem tazminatları ile izin ücretinden sorumluluğu dahi söz konusu olmayacaktır. Zira, işe iade kararı ve işçinin süresi içinde işe başlamak için başvurusu halinde önceki fesih ortadan kalkmakta ve işçinin işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olarak kabul edilmektedir. Daha açık bir ifadeyle, işçinin işe başlatılmadığı tarihte asıl işveren alt işveren ilişkisi sona ermişse feshe bağlı haklardan asıl işverenin sorumluluğu da düşünülemeyecektir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işverenin değişmesi de mümkündür. Asıl işverenin işyerini 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi uyarınca başka bir işverene devretmesi ve alt işverenin ihale konusunu oluşturan işleri aynı şekilde yapmaya, hak edişleri almaya devam etmesi halinde, devreden ve devralan işverenler arasında hukuki ilişkinin ve işçilere karşı sorumluluğun belirlenmesi gerekir. İşyeri devrini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işverenin işyeri devrine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak birinci fıkrada yer

ilgilidir. Devir anında devreden işveren yönünden doğmamış olan işe başlatmama tazminatı ve yine boşta geçen süre ücreti için devralanla birlikte sorumluluk düşünülemez.

Bu bölümde son olarak belirtmek gerekir ki, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı durumlarda ortada tek ve gerçek bir işveren olduğundan işe iade ve sonuçlarıyla ilgili hükmün sadece bu gerçek işveren hakkında kurulması gerekir<sup>84</sup>.

### 9- SONUÇ

4857 sayılı İş Kanunu'nun özellikle muvazaalı alt işverenlik uygulamalarının önüne geçmek için olanca çabasına rağmen, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen zaman içinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların sayısı ve niteliği dikkate alındığında, çözüm arayışlarının yetersiz kaldığını söylemek yanlış olmaz. Daha çok işe iade davalarında ortaya çıkan, işin bir kısmının alt işverene bırakılması, muvazaa iddiaları ve geçerli nedenin varlığı şeklindeki uyuşmazlıklar, iş yargısını yoğun biçimde meşgul etmektedir. Öyle ki, 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte kaldığı süre içinde karşılaşılm-

## Devir anında devreden işveren yönünden doğmamış olan işe başlatmama tazminatı ve yine boшта geçen süre ücreti için devralanla birlikte sorumluluk düşünülemez.

yan işyeri hekimliği ve iş güvenliği işlerinin alt işverenlere verilmesine dair uygulamalar 4857 sayılı İş Kanunu döneminde gündeme gelmiş ve uyuşmazlık konusu olmuştur.

Yargıtay, 12.6.2006 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca işverenin iş güvenliği önlemleri yönünden mühendis ve teknik eleman görevlendirme yükümlülüğünün, alt işveren işçileri marifetiyle gördürülebileceği sonucuna varmıştır<sup>85</sup>. Yasanın ilgili maddesinde iş güvenliği uzmanlarının çalıştırılması yükümlülüğü yerine görevlendirilmesinden söz edilmesi, kararın gerekçesinde yer almış ve asıl işverenin, alt işveren işçilerini bu işte görevlendirmesinin olanaklı olduğu kabul edilmiştir.

Öte yandan Yargıtay 5.6.2006 tarihinde verdiği bir başka kararında, işyeri hekimliği hizmeti sağlamak üzere alt işverenlik ilişkisinin kurulamayacağı sonucuna ulaşmıştır<sup>86</sup>. Kararın gerekçesinde işverenin gözetim borcundan söz edilmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 81. maddesi ile ilgili yönetmelikte açıkça, işverenin "...işyeri hekimi çalıştırmak ve işyeri sağlık birimi oluşturmak..." tan söz edilmesi karşısında işverenin böyle bir yükümlülüğünün olduğu belirtilmiştir. Bu yükümlülüğünün alt işverene devredilemeyeceği, aksi halde aynı yasanın 105. maddesi uyarınca işverenin idari para cezası ödemekle yükümlü olabileceği ve işyeri hekimi çalıştırmak ve sağlık birimi oluşturmak yükümlülüğünün asıl iş ya da yardımcı iş ayırımına tabi tutulmaksızın Yasadan kaynaklanan bir görev olduğu hususları da hükmün gerekçesinde açıklanmıştır. Anılan kararlar ilgili karşı oy yazısında ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde alt işverene verilebilecek işler yönünden asıl iş ve yardımcı iş dışında bir ayırma gidilmediği, işyeri hekimliği işi asıl iş olarak değerlendirilse dahi, teknolojik ne-

denler ile uzmanlık gerektiren iş kapsamında ele alınması gerektiği ve işyeri hekimliği işinin alt işverene bırakılabileceği şeklinde görüşe yer verilmiştir.

Uygulamaya yansıyan bu iki örnek, alt işverenlik uygulamasının giderek yaygınlaştığı noktasında önemlidir.

Yasanın iş güvencesine dair hükümlerinin işçiye sağladığı korumanın dışına çıkabilmek için alt işverenlik uygulaması ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle alt işverenlik uygulaması daima iş güvenliği hükümleri ile birlikte değerlendirilmeli ve sorunun çözümü bu çerçevede ele alınmalıdır. Düşüncemize göre, 5538 sayılı Yasa ile 2. maddeye eklenen fıkralar yeterli olmamıştır. Kamu kurum ve kuruluşları için bir esneklik ihtiyacı ortaya çıksa da, yapılan düzenleme yetersiz kalmış ve bazı uygulama sorunlarını beraberinde getirmiştir<sup>87</sup>.

Kıdem tazminatı ile ilgili fonun hayata geçirilememiş olmasının da bu noktada rolü bulunmaktadır. Yine, toplu iş sözleşmesinden yararlanma ve sendikal haklar bakımından alt işverenlik uygulamasının önemli sonuçları vardır. Bu itibarla 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda yapılması düşünülen değişikliklerde de soruna eğilinmesi yerinde olur.

### DİPNOTLAR

- 1 Eyrenci, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, Legal 1 s. 21.
  - 2 Şen, Sebahattin: Türk İş Hukukunda Alt İşveren ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ekim 2000 İstanbul Toplantısı, İstanbul 2002 s. 214.
  - 3 Bkz, Güzel: Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri, Çim. İşv. D. C. 7 Sayı 5 Eylül 1993. s. 7.
  - 4 Türk-İş 1. Bölge tem. İş-İşçi Çalıştırma Bülteni, 8 Mart 1993, Haberler.
  - 5 Bkz, Güneş, Hürşit: Türkiye'de İnşaat Sektörünün Yapısı ve İstanbul Müteahhitlerinin Sorunları, İTO Yayın No: 1990-23, İstanbul 1990, s. 48.
  - 6 2. maddenin 5538 sayılı Yasa ile değişik son şekli: Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan işlikiye iş ilişkisi denir. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.
- İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.

İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.

İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir. İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur.

Bu Kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır. İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz.

Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.

Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;

a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,

b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya hak kazanamazlar.

Sekizinci fıkrada belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkrada belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, önünde hükümler konulamaz.

- 7 Yargıtay 9.HD. 1.4.2005 gün 2005/18633 E, 2005/26052K. Karar tarihi 2005 yılı ve daha öncesine ait kararlar için bkz ÇANKAYA, O. Güven/ ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006. Karar tarihi 2006 yılı olan kararlar ise herhangi bir yerde yayınlanmamış olup kişisel arşivimizde mevcuttur.
- 8 Şen, Sabahattin: Ekonomik ve Teknik Anlamda Taşeronluğun (Alt İşverenlik) Tanımı ve Sınıflandırılması, Çim. İş. D., C. 10 s. 1 Ocak 1996 s. 17.
- 9 Günay, C. İlhan: Toplu İş İlişkileri Açısından Alt İşveren İşçilerinin Hukuki Durumu, Tühis Mayıs-Ağustos 1993, s. 6.
- 10 Alpagut, Gülsevil: Alt İşverenin Yeni İş Yasasındaki Yapılanması, İntes, Ankara 2004 s. 23.
- 11 Bknz. Dipnot 10.
- 12 Bkz, Alpagut, Gülsevil: Alt İşverenin Yeni İş Yasasındaki Yapılanması, İntes, Ankara 2004 s. 31.
- 13 Bkz, Yalçınduran; Türker: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000.
- 14 Arslanoğlu, M. Anıl: İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, Legal İstanbul 2005 s. 103.
- 15 Bkz, Güzel, Ali: İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum 2004/ 1 s. 44.
- 16 Çankaya, O. Güven: Türk İş Hukukunda Alt işveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, Aydın Özkula'a Armağan Kamu-iş 2002, s.18, Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2006 s. 138. Aksi görüş, Canbolat Talat: Türk Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s. 26. Bazı yazarlar ise işin niteliğine bakmadan bu konuda kesin bir yargıya varmanın mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2006 s. 142.
- 17 Yargıtay 9.H.D. 1.6.2005 gün 2005/12985 E., 2005/20130 K.
- 18 Yargıtay 9.H.D. 8.5.2006 gün 2006/10001 E, 2006/12997 K.
- 19 Yargıtay 9.H.D. 8.5.2006 gün 2006/10002 E, 2006/12998 K.
- 20 Yargıtay 9.H.D. 2.5.2006 gün 2006/10516E, 2006/12278 K.
- 21 Yargıtay 9.H.D. 21.3.2006gün 2006/4306 E, 2006/7133 K.
- 22 Yargıtay 9.H.D. 13.2.2006 gün 2005/37239 E, 2006/3456 K.
- 23 Yargıtay 9.H.D. 23.1.2006 gün 2005/39106 E, 2006/933 K.
- 24 Yargıtay 9.HD. 19.12.2005 gün 2005/35194 E, 2005/39733 K.
- 25 Yargıtay 9.H.D. 8.5.2006 gün 2006/7026 E, 2006/12584 K.
- 26 Yargıtay 9.H.D. 6.3.2006 gün 2006/2582 E, 2006/5499 K.
- 27 Bkz, Şahlanan, Fevzi: İntes Çözüm arama Konferansı Ankara 2004, s. 46 vd.; Centel, Tankut: aynı toplantı s. 53. Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2006, Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2006, s. 139.
- 28 Yargıtay 9. HD 31.1.2005 gün 2004/ 31850 E, 2005/ 2487 K.
- 29 Yargıtay 9.HD 30.5.2005 gün 2005/14383 E, 2005/ 19766 K.
- 30 Yargıtay 9. HD 11.7.2005 gün 2005/18822 E, 2005/24469 K..
- 31 Yargıtay 9. HD 11.5.2004 gün ve 2004/ 1126 E, 2004/11275 K.
- 32 Yargıtay 9.HD. 9.11.2005 gün 2005/ 30958 E, 2005/ 35533 K.
- 33 Yargıtay 9.HD. 17.1.2006 gün 2005/37074 E, 2005/348 K.



- 34 Bkz, Arslanoğlu, M. Anıl: İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, Legal İstanbul 2005 s. 124.
- 35 Bkz, Eyrenci/Taşkent/Ulucan; Bireysel İş Hukuku İstanbul 2004 s. 32.
- 36 Süzek, Sarper: İntes Çözüm Arama Konferansları, Ankara 2004 s. 43; Benzer görüşleri paylaşan Şahlanan, Fevzi; aynı toplantı s. 47, Centel, Tankut; aynı toplantı s. 52, Süzek Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2006 s. 147 .
- 37 Bkz, Arslanoğlu, M. Anıl: İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, Legal İstanbul 2005, s. 116.
- 38 Arslanoğlu, M. Anıl: İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, Legal İstanbul 2005 s. 116.
- 39 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003 s. 48; Şahlanan, Fevzi: 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş yayını Ank. s. 72; Akyiğit, Ercan: Yeni Mevzuata göre Hazırlanmış İş Hukuku, İstanbul 2003, s. 71; Uçum, Mehmet: Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003, s. 23; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2004 s. 143.
- 40 Yargıtay 9.HD. 29.9.2005 gün 2005/26676 E, 2005/31642 K.
- 41 Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2006 s. 149.
- 42 Konuyla ilgili tartışmalar için bkz, Göktaş/Çil: Basın İş Kanunu, Ankara 2003 s. 9 vd.
- 43 Çankaya, O. Güven: Türk İş Hukukunda Alt işveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, Aydın Özkula'a Armağan Kamu-iş 2002 s. 23.
- 44 Turan Kamil: İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1990 s. 256.
- 45 Canbolat, Talat: Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, Haziran 1997, C. 1 Sayı 2, s. 32.
- 46 Aydemir, Murteza: Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, İstanbul 1993, s. 124.
- 47 Esener, Turhan: İş Hukuku, 3. bası Ankara 1978, s. 70.
- 48 Yargıtay 9.HD. 30.6.2005 gün ve 2005/ 20287 ., 2005/23352 K.
- 49 Bkz, Canbolat Talat: Türk Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s. 34; Yargıtay 9. HD 25.3.2004 gün, 2003/16528 E, 2004/5827K.
- 50 Yargıtay 9.HD. 2005/ 21858 E, 2005/37518 K.
- 51 Yargıtay 9. HD. 27.1.2004 gün 2003/19585 E, 2004/1296 K.
- 52 Yargıtay 9. HD. 18.3.2004 gün 2003/ 15922 E, 2004/ 5455 K.
- 53 Yargıtay 9.HD. 12.9.2005 gün 2005/33890 E, 2005/29530 K.
- 54 Bkz, Başbuğ, Aydın: Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar, Kamu-İş Dergisi, Cilt 4 Sayı 3, Ocak 1998, s. 73.
- 55 Yargıtay 9.HD. 27.3.2006 gün 2006/26361 E, 2006/7460 K.
- 56 Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 1984, s. 120.
- 57 Yargıtay 9. HD. 22.3.2005 gün 2004/14236 E, 2005/ 9380 K.
- 58 Yargıtay 9. HD.11.7.2005 gün 2005/18089 E, 2005/2478. K.
- 59 Yargıtay 9.HD. 4.10.2004 gün 2004/19659 E, 2004/21404 K.
- 60 Bkz, Çelik Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003 s. 405; Ekonomi, Münir: Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Tekstil İşveren D. Eylül 1991, s. 5; Canbolat, Talat: age s. 106; Elbir, H. Kemal: Asıl İşveren Alt İşveren Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler, İHD 1991 s. 11; Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 130; Şahlanan, Fevzi: Türk İş Hukukunda Alt İşveren İDH, C. II 1995, s. 325; Özdemir, B.: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Yargıtay'ın Konu Hakkında Yeni Kararı, Çim. İşv. D. C11, Sayı 2 Mart 1997; Günay, C. İlhan: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, s. 295.
- 61 Yargıtay 9.HD. 24.1.2005 gün 2004/30506 E, 2005/1232 K.
- 62 4857 sayılı İş Kanunu madde 2.
- 63 4857 sayılı İş Kanunu madde 36.
- 64 Yargıtay HGK 4.11.1987 gün 1987/9-166 E, 1987/815 K.
- 65 Bkz, Çelik Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003 s. 405; Ekonomi, Münir: Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Tekstil İşveren D. Eylül 1991, s. 5; Canbolat, Talat: age s. 106; Elbir, H. Kemal: Asıl İşveren Alt İşveren Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler, İHD 1991 s. 11; Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 130; Şahlanan, Fevzi: Türk İş Hukukunda Alt İşveren İDH, C. II 1995, s. 325; Özdemir, B.: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Yargıtay'ın Konu Hakkında Yeni Kararı, Çim. İşv. D. C11, Sayı 2 Mart 1997; Günay, C. İlhan: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, s. 295.
- 66 Yargıtay 9.HD. 25.3.2004 gün,2003/16528 E, 2004/5827 K.
- 67 Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992 s. 132.
- 68 Bknz, dipnot 67.
- 69 Günay, C. İlhan:Toplu İş İlişkileri Açısından Alt İşveren İşçilerinin Hukuki Durumu, Tühis Mayıs-Ağustos 1993, s. 8.
- 70 Yargıtay 9. HD. 23.12.2004 gün 2004/16644 E, 2004/29133 K. Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, s. 623.
- 71 Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 28.4.2005 gün ve 2005/12685 E, 2005/14899 K sayılı kararı ile ihbar ve kıdem tazminatları ile diğer işçilik hakları isteklerini içeren bir davanın asıl işveren ya da alt işverenden herhangi birine karşı açılabilceği kabul edilmiştir.
- 72 Yargıtay 9. HD. 17.2.2005 gün 2005/3257 E, 2005/4494 K. Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, s. 629.
- 73 Aynı yönde, Yargıtay 9. HD. 15.3.2005 gün 2005/4783 E, 2005/8577 K.
- 74 Yargıtay 9. HD. 2.5.2005 gün 2004/31881 E, 2005/15110 K.
- 75 Yargıtay 9. HD. 7.10.2004 gün 2004/25957 E, 2004/22245 K. Çankaya/Günay/Göktaş: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005 s. 625.
- 76 Yargıtay 9. HD. 25.1.2005 gün 2004/32270 E, 2005/1470K., Çankaya/Günay/Göktaş: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005 s. 628.
- 77 Günay, C. İlhan: Şerh s. 133.
- 78 Yargıtay 9. HD. 12.12.2005 gün 2005/36137 E, 2005 39139 K.
- 79 Yargıtay 9. HD. 12.12.2005 gün 2005/34820 E, 2005/39197 K.
- 80 Yargıtay 9. HD. 8.6.2005 gün 2005/14300 E, 2005/20282 K.
- 81 Çankaya/Günay/Göktaş: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006 s. 116.
- 82 Çankaya/Günay/Göktaş: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005 s. 256.
- 83 Bknz dipnot 82.
- 84 Yargıtay 9. HD. 6.2.2006 gün 2005/17213 E, 2006/2266 K.
- 85 Yargıtay 9. HD. 12.6.2006 gün 2006/14473 E, 2006/ 17149 K.

86 Yargıtay 9. H.D. 5.6.2006 gün 2006/12876 E, 2006/16262 K.

87 Bkz. Sayfa 19, 20'de açıklamalar.

## KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: Yeni Mevzuata göre Hazırlanmış İş Hukuku, İstanbul 2003.
- Alpagut, Gülsevil: Alt İşverenin Yeni İş Yasasındaki Yapılanması, İntes, Ankara 2004.
- Arslanoğlu, M. Anıl: İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul 2005.
- Aydemir, Murteza: Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, İstanbul 1993.
- Başbuğ, Aydın: Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar, Kamu-İş Dergisi, Cilt 4 Sayı 3, Ocak 1998.
- Canbolat, Talat: Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, Haziran 1997, C. 1 Sayı 2.
- Centel, Tankut: İntes Çözüm arama Konferansı Ankara 2004.
- Çankaya, O. Güven: Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, Aydın Özkula'a Armağan Kamu-İş 2002.
- Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006 .
- Çankaya/Günay/Göktaş: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005.
- Çankaya/Günay/Göktaş: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, B 17, İstanbul 2004.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 1984.
- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1-2, Ankara 2004.
- Ekonomi, Münir: Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Tekstil İşveren D., Eylül 1991.
- Elbir, H. Kemal: Asıl İşveren Alt İşveren Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler, İHD 1991.
- Esener, Turhan: İş Hukuku, 3. bası Ankara 1978.
- Eyrenci, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, Legal 1.
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku İstanbul 2004.
- Göktaş/Çil: Basın İş Kanunu, Ankara 2003.
- Günay, C. İlhan: Toplu İş İlişkileri Açısından Alt İşveren İşçilerinin Hukuki Durumu, Tühis Mayıs-Ağustos 1993.
- Günay, C. İlhan: Toplu İş İlişkileri Açısından Alt İşveren İşçilerinin Hukuki Durumu, Tühis Mayıs-Ağustos 1993.
- Günay, C. İlhan: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999.
- Günay, C. İlhan; İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005.
- Güneş, Hurşit: Türkiye'de İnşaat Sektörünün Yapısı ve İstanbul Müteahhitlerinin Sorunları, İTO Yayın No: 1990-23, İstanbul 1990.
- Güzel, Ali: Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri, Çim. İşv. D. C. 7 Sayı 5, Eylül 1993.
- Güzel, Ali: İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum 2004, Sayı 1.
- Güzel, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Aktine Etkisi, İstanbul 1987.
- Kılıçoğlu, Mustafa: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu, İstanbul 2005.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2004.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2005.
- Özdemir, B.: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Yargıtay'ın Konu Hakkında Yeni Kararı, Çim. İşv. D. C. 11 Sayı 2 Mart 1997.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2006.
- Süzek, Sarper: İntes Çözüm Arama Konferansları, Ankara 2004.
- Şahlanan, Fevzi: İntes Çözüm Arama Konferansı, Ankara 2004.
- Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992.
- Şahlanan, Fevzi: Türk İş Hukukunda Alt İşveren İDH, C. II, 1995.
- Şahlanan, Fevzi: 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş yayını Ankara 2004.
- Şen, Sabahattin: Ekonomik ve Teknik Anlamda Taşeronluğun (Alt İşverenlik) Tanımı ve Sınıflandırılması, Çim. İş.D., C.10 s. 1 Ocak 1996.
- Şen, Sabahattin: Türk İş Hukukunda Alt İşveren ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ekim 2000 İstanbul Toplantısı, İstanbul 2002.
- Turan, Kamil: İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1990.
- Uçum, Mehmet: Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003.
- Yalçınduran, Türker: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000.

## Av. Ali Nafiz KONUK

TİSK Yönetim Kurulu Üyesi - Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş. End. İlişkiler Müdürü

# İşyeri Hekimi İstihdamında Geline Son Nokta

İşyerlerinde sürekli olarak kırkdokuzun üzerinde işçi çalıştıran işverenlerin bu işyerlerinde bir sağlık birimi kurma ve işyeri hekimi istihdam etme yükümlülüğü, yıllardan bu yana işverenler için bir sorun ve hukuki ihtilafların kaynağı olmaya devam etmektedir.

Sorunun kaynağı ve çözüme kavuşturulamamasının yegane nedeni de başta Türk Tabipleri Birliği olmak üzere onun karar ve tavsiyeleri doğrultusunda hareket eden yerel Tabip Odaları'nın yasalara aykırı tutum ve davranışlarında ısrar etmeleridir.

Türk Tabipleri Birliği tarafından hazırlanıp yürürlüğe konulan bir takım düzenlemeler, yasal dayanaklardan mahrum olmalarına rağmen dayatmalarla yürürlükte tutulmaya çalışılmaktadır. Bunları birkaç örnekle somutlaştırmak gerekirse; başta "Tıp İş Sözleşmesi", bu sözleşmenin her yıl yenilenmesi dayatması, işyeri hekimine işverenin zorla ödemek zorunda bırakılmaya çalışıldığı "net asgari ücret", yasal dayanaktan yoksun olarak belirlenen yasal sürelerin üzerindeki yıllık ücretli izin ve ihbar süreleri, yine Türk Tabipleri Birliği'nin tek taraflı tasarrufu ile yasal sürelerinin altında belirlenip işverenlere dayatılan haftalık çalışma süreleri sayılabilir.

İşyerinde kırkdokuzdan fazla sürekli olarak işçi çalıştıran bir işveren yasalara saygılı davranarak yasal yükümlülüğünü yerine getirmek için işyerinin bağlı bulunduğu yerel Tabip Odası'na başvurduğunda başını da derde sokmuş olmaktadır. Evveleminde işverene ahret soruları olarak nitelendirilen bir dizi yazılı soru sorulmakta ve bunları yazılı yanıtlaması istenilmekte, işveren buna uyduğu takdirde kendisine, hiçbir yetkileri olmamasına rağmen bir hekim ismi tebliğ edilerek, bir yerde "ATAMASI" yapılarak bu kişiyle sözleşme yapıp çalıştırması bildirilmektedir.

Tabip Odası tarafından atama niteliğindeki bu dayatma, başta Anayasa'nın çalışma ve çalıştırma hürriyetini düzenleyen hükümlerine aykırılık teşkil ettiğinden anayasal bir suç oluşturmasının yanında, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasası'nın hükümlerinin, kendileri tarafından, yine kendileri ve meslektaşları lehine çarpıtılarak yorumlanması yoluyla çıkarılan sonuçlar, işverenlere kesin olarak uymaları gereken hükümlermiş gibi gösterilmektedir.

Yıllardır Türkiye gerçeklerini görmezden gelerek, sadece ve sadece kendi örgütlerine de gelir kapısı olması amacıyla, yine kendileri tarafından belirlenen ve bildiğimiz kadarıyla da Türkiye'de

## Türk Tabipleri Birliği tarafından hazırlanıp yürürlüğe konulan bir takım düzenlemeler, yasal dayanaklardan mahrum olmalarına rağmen dayatmalarla yürürlükte tutulmaya çalışılmaktadır.

bir eşi daha bulunmayan, işe yeni başlayan işyeri hekiminin *net asgari ücreti* çoğu kereler en üst düzey bürokrat maaşlarından daha yüksektir. İş bu nokta da kalmamakta yine işverenlere dayatma ile işyerinde uygulanan sosyal yardımlar var ise bunların da diğer tüm çalışanlarla birlikte aynen işyeri hekimlerine de uygulanması istenilmektedir. Bu örnekler çoğaltılabilir.

Bir işyeri düşünün ki; iş sözleşmesi sona erdiğinde herkese yasal ihbar süreleri veya ihbar tazminatı ödenirken işyeri hekiminin sözleşmesi sona erdiğinde, Tabip Odası'nın dayatması ile ona ihbar tazminatı ödenmeyip, ihbar süresi katlamalı uygulanacak, bir işyeri düşünün ki, tüm çalışanlarına işyeri imkanları dikkate alınarak veya TİS ile belirlenen miktarlarda ve yılda bir kere brüt ücret artışı yapılırken, Tabip Odası dayatması ile işyeri hekimine 6 ayda bir, net olarak ve Türk Tabipleri Birliği'nin insafına kalmış olan ücret zammı uygulanacaktır.

Bir işyeri düşünün ki herkes yasanın belirlediği veya TİS ile belirlenen sürelerle sınırlı yıllık ücretli izin kullanırken, Tabip Odası dayatması ile işyeri hekimi "imtiyazlı bir çalışan" olarak, ayrımcılığa tabi tutularak herkesden fazla izin kullanacaktır.

Bütün bu olanları bir hukukçu gözüyle irdelediğimizde bunların altında *yasal baklamanın kötüye kullanılması* suretiyle bir çıkar ilişkisi oluşturulduğu sonucuna varmaktayız. Bu çıkar ilişkisi de öncelikle seçimle gelinen Türk Tabipleri Birliği (TTB) ve Tabip Odaları yöneticiliklerinde uzun yıllar kalabilmek için odalara üye olmak *zorunluluğu bulunan* üye hekimlere yasal dayanaktan yoksun bir şekilde işverenin ve halkın cebinden menfaat

sağlayarak, onlara hoş görünüp oylarını almak ve bunun yanında kendilerince belirlenip uygulattırılmaya çalışılan yüksek ücretler üzerinden aidat adı altında yüksek gelir temin etmektedir.

Türk Tabipleri Birliği'nin ülke gerçekleri ile bağdaşmayan tasarrufları sadece işyeri hekimlerine ilişkin düzenleme ve uygulamalarla da sınırlı kalmamakta, serbest meslek faaliyeti icra eden hekimlerin "Asgari Muayene ve Tedavi Ücretleri" de aynı şekilde düzenlenmektedir. Birçok dış hekimi ve hekim, orta halli veya dar gelirli hastalarından, odalarınca yürürlüğe konan "Asgari ücretlerini istemekten utandıklarını" samimi bir biçimde itiraf etmektedirler. İstemeye utandıkları, çekindikleri Tabip Odaları'nca belirlenmiş olan bu ücretler azami olmayıp asgari ücretlerdir.

780'in üzerinde işçi çalıştırılan bir işyerinde TTB işe yeni başlayan bir işyeri hekimine 1 Ocak 2006'dan itibaren net 4.935 YTL, 1 Temmuz 2006'dan itibaren de %3'lük bir artışla net 5.075 YTL ASGARİ AYLIK ÇIPLAK ÜCRET ödenmesini şart koşmaktadır.

5.075 YTL net ücretin brütü yaklaşık 8.000 YTL olup işyerinin genel müdürüne bile bu ücreti ödeyemeyen işverenin, kendi işyeri ücret düzeyini dikkate alarak hekimle yaptığı sözleşmeyi Tabip Odası ONAYLAMAMAKTA ve hekime İZİN VERMEMEKTE sonra da "işveren yasal yükümlülüğünü yerine getirmiyor" diye savcılıklara suç duyurusunda bulunmaktadır. Böyle bir garabet dünyada az görülür.

TTB tarafından 780'nin üzerinde işçi çalıştıran işyerlerinde tam gün süre ile çalışan işyeri hekimlerine ÖDENMESİNİ ŞART KOŞTUĞU ASGARİ NET ÇIPLAK ÜCRETLER ve yıllık artış oranları şöyledir;

YIL	I. 6 AY YTL/net	Önceki Yıla Göre Artış %	II. 6 AY YTL/net	Önceki Yıla Göre Artış %
2002	2.161,25	-	2.590,00	-
2003	3.080,00	42,5	3.356,50	29,9
2004	3.692,15	19,8	4.061,36	20,7
2005	4.375,00	18,5	4.620,00	13,7
2006	4.935,00	12,8	5.075,00	9,8



Netice olarak 01.01.2002 tarihinde 2.161,25 YTL net ücret alan bir işyeri hekiminin ücreti %128 artışla 01.01.2006 tarihinde 4.935,00 YTL'ye yükseltilmiştir. Bu fahiş artışlar "Doktorun emeğinin değerlendirilmesi" söylemi ile kamufle edilmeye çalışılmaktadır. Oysa aynı dönemde TÜFE artış oranı %65 olmuştur. Yani işyeri hekimlerinin asgari ücretleri yaklaşık olarak TÜFENİN 2 KATI ORANINDA arttırılmıştır.

En son 30 Ağustos 2006 tarihli Milliyet Gazetesi'nin 9. sayfasındaki bir haberin başlığı "DOKTOR İLE EV SAHİBİ ENFLASYONU UMURSAMADI" olup son 3,5 yılda toplam %47,5'lik enflasyon artışına karşılık uzman doktor muayene ücretlerinin %101,2, diş çekimi ücretlerinin de %92,1 oranında artış gösterdiği vurgulanmaktadır. Bu haberden birkaç gün öncesinde de aynı gazetenin çok okunan köşe yazarlarından Sayın Meral TAMER gün-

si'nca belirlenip işverene dayatılan asgari ücret uygulamasının, yasal dayanağı olmadığı ve yasaya aykırı olduğuna ilişkin verilen yerel mahkeme kararlarının Yargıtay'ca da onanarak kesinleşmiş olduğudur.

Diğerlerinin yanında işyeri hekimlerinin asgari ücretinin belirlenmesinin de Türk Tabipleri Birliği'nin ve Tabip Odaları'nın yetkisi dahilinde olmadığı, yasaların onlara böyle bir hakkı ASLA TANIMADIĞI ve YASAL HAKLARI OLMAMASINA rağmen yasalara aykırı bu uygulamayı sürdürmemeleri, işveren sendikalarının üst örgütü olan TİSK tarafından yıllardan beri kendilerine yazılı ve sözlü olarak hatırlatılmasına rağmen, bilerek ve isteyerek yasa dışı uygulama devam ettirilmiştir.

TİSK'in, işverenleri ve işveren sendikalarını temsilen; yasa dışı uygulamaların sonlandırılmasına yönelik yaptığı haklı uyarılarının TTB tarafın-

## İşyeri hekiminin Tabip Odası'nca belirlenip işverene dayatılan asgari ücret uygulamasının, yasal dayanağı yoktur.

lerce hastanelerdeki fahiş muayene ve tedavi ücretlerini konu etmiş, TTB Başkanı Sayın Prof. Dr. Gençay GÜRSOY'da bu ücretleri savunmakta zorunda kalmıştır.

Ancak Sn. GÜRSOY'un bütün bu savunmaları devlet hastanelerinde 50 ila 70 YTL arasında çekilen bir MR'ın kendi "Referans Fiyat Listesi"nde yaklaşık %900'lük bir artışla 450 YTL olarak belirlenmesini izah edememekte, bunun yanında "yasal yetkileri ellerinden alındığı için artık bağlayıcı fiyat tarifesi belirleyememekten" şikâyetçi olmaktadır.

Başta işyerlerinin işverenleri olmak üzere ülke halkımızın büyük çoğunluğu uzun zamandır suni olarak yaratılan bu sıkıntıları çekmelerine rağmen gerek siyasi iktidarlar ve gerekse idari makamlar, hekimler ve hekim örgütleriyle olan iyi ilişkilerinin devamı uğruna olanlara müdahale etmeyip, sessiz kalmayı tercih etmişlerdir.

TTB'nin ve Tabip Odaları'nın bu uygulamalarından yılan bazı mağdurlar da son çare olarak işi yargıya götürmek zorunda kalmışlar, geç ve ağır işlemesine rağmen adaletin kanatları altına sığınmışlardır.

Bu konuda bildiğimiz kadarıyla yargıya intikal eden ihtilaflardan, işyeri hekiminin Tabip Oda-

dan kulak ardı edilip üstüne üstlük yine aynı mantıkla hazırlanarak 21.12.2002 gün 24970 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan "Türk Tabipleri Birliği İşyeri Hekimi Çalışma Onayı Yönetmeliği"nin tümüyle, aksi halde 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 ve 9. maddelerinin iptali istemiyle 06.02.2003 tarihinde TİSK tarafından Danıştay 8. Dairesi'nde Türk Tabipler Birliği aleyhine iptal davası açılmıştır.

Dava devam ederken 10 Haziran 2003'te yürürlüğe giren 4857 sayılı yeni İş Yasası'nın "İşyeri Hekimleri" başlıklı 81. maddesinin 2. fıkrası ile "İşyeri hekimlerinin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları, eğitimleri, çalışma şartları, görevlerini nasıl yürütecekleri ile işyeri sağlık birimleri, Sağlık Bakanlığı ve Türk Tabipleri Birliğinin görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir." hükmü getirilmiştir.

Yasanın bu hükmüne istinaden Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca hazırlanan "İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" 16 Aralık 2003 gün 25318 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Sonuçta 16 Aralık 2003 tarihinden itibaren iki ayrı yönetmeliğin yürürlüğü söz konusu olmuştur.

Bu husus Danıştay 8. Dairesi'nce de dikkate alınmış ve kararının gerekçesinde;

“İşyeri hekimliği konusunda, özellikle işyeri hekimlerinin atanması ya da çalışma onayı verilmesi hususunda yetkili makamın kim olduğu, bu makamın görev ve yetkilerinin neler olduğu hakkında düzenleme yapma yetkisi belirlenmesi, bu davanın özünü oluşturmaktadır.” denildikten sonra devamında;

“..... 4857 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce, Türk Tabipleri Birliğinin, 6023 sayılı Yasanın belirlediği sınırlar içerisinde “İşyeri Hekimliği” konusunda düzenleme yapma, görev ve yetkisi bulunmakta iken, her ne kadar davanın açıldığı tarihte yürürlükte olmamakla birlikte, 4857 sayılı İş Yasasının 81. maddesi ile İşyeri hekimleri ile yukarıda bahsedilen konularda yönetmelik çıkarma yetkisi, Türk Tabipleri Birliğinin ve Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına verilmiştir. Çünkü bu yasal hüküm, hem yeni düzenleme olup, hem de konu hakkında açık ve detaylı hükümler içermektedir.”

Bu gerekçeden de anlaşıldığı üzere Danıştay 8. Dairesi sonradan yürürlüğe giren yasa hükmüne göre bu yetkinin 10.06.2003 tarihinden itibaren Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na ait olduğu kanaatiyle, gerekçenin takip eden paragrafında da;

“Diğer taraftan, 4857 sayılı Yasa uyarınca çıkarılan İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 16.12.2003 tarihine kadar, dava konusu Yönetmelik ve bu yönetmelik uyarınca tesis edilmiş idari işlemlerin hukuken geçerli olacağı kuşkusuzdur. Aksi düşünce halinde, işyeri hekimliği konusunda, yetkili makam ile bunların görev ve yetkileri ile ilgili olarak, görev ve yetki karmaşasının doğacağı ve bunun da idarenin bütünlüğü ilkesine aykırı olacağı açıktır.” ifadesi ile 16.12.2003 tarihinden itibaren Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılan yönetmeliğin yürürlükte olduğu sonucuna vararak Türk Tabipleri İşyeri Hekimi Çalışma Onayı Yönetmeliği'nin İPTALİNE karar vermiştir.

Karar davalı TTB tarafından temyiz edilmiş ve Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 2.12.2004 günlü kararında;

“..... 6023 sayılı Kanunun 5. maddesi ile işyeri hekimlerinin ikinci görevlerine onay verme noktasında tabip odaları yönetim kurullarına verilen yetkiyi yürürlükten kaldıran bir düzenleme içermediği, aksine 4857 sayılı İş Kanununun 81. maddesine dayanılarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca 16.12.2003 günlü, Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin “İşyeri hekimlerinin görevlendirilmesi” başlıklı 25. maddesinin ikinci fıkrasında “Özel kurum ve işyeri hekimleri, çalıştıkları yerlerin sağlık hizmetlerinin başka bir yerde ikinci bir görev yapmalarına elverişli bulunduğu dair tabip odalarının izin verilmesi halinde işyeri hekimliği yapabilirler” hükmüne yer verilerek, tabip odaları yönetim kurullarının 6023 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca sahip olduğu işyeri hekimlerinin ikinci görev yapmalarına onay verme yetkisinin aynen korunduğu anlaşılmaktadır.” denilerek evveleminde bir işyeri hekimi ilk görevi olarak bir işyerinde çalışmaya başlayacaksa Tabip Odası Yönetim Kurulu'ndan izin alması gerekmemektedir. TTB'nin baştan beri kabullenmediği bu husus yargı kararında bir defa daha tartışmaya yer vermeyecek şekilde ifade edilmiştir.

İkinci bir görev olarak işyeri hekimliği yapacak olanlar için Tabip Odası'nın izni gerekmektedir.

Ancak bu husus da henüz kesin yargı kararına bağlanmış değildir. Ayrıca aynı kararın hükümden önceki son paragrafında;

“Bu durumda, tabip odaları yönetim kurullarına ait bulunan, işyeri hekimlerine verilecek ikinci göreve ilişkin çalışma onaylarının usul ve esaslarının saptanmasını amaçlayan dava konusu Türk Tabipleri Birliği İşyeri Hekimi Çalışma Onayı Yönetmeliğinin hukuki geçerliliğini koruduğu sonucuna ulaşıldığından, bu Yönetmeliğin dava konusu maddelerinin gerek dayanağı 6023 sayılı Kanunun 5. maddesinde, gerekse 4857 sayılı Kanunun 81. maddesinde öngörülen amaç ve sınırları aşmış olmadığı incelenmek suretiyle hukuka uygunluk denetimi yapılarak bir karar verilmesi gerekirken, aksine verilen Daire kararında hukuki isabet görülmemiştir.” denilmektedir.

Gerekçe çok açıktır, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu; Türk Tabipleri Birliği İşyeri He-

kimi Çalışma Onayı Yönetmeliği'nin hukuki geçerliliğin koruduğunu ancak bu Yönetmeliğin iptali talep edilen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 ve 9 maddelerinin gerek 6023 sayılı Kanun'un 5. maddesinde ve gerekse 4857 sayılı Kanun'un 81. maddesinde öngörülen amaç ve sınırları aşırıp aşmadığı yönünden incelenerek, bu yasa hükümlerine özellikle de kanun koyucunun 4857 sayılı Yasa'nın 81. maddesinin kabulündeki amaç ve sınırları aşırıp aşmadığı yönünden incelemesi yapılarak bunun sonucuna göre yeniden karar verilmek üzere Danıştay 8. Daire kararını bozmuştur.

Bu Daire tarafından bozma kararındaki gerekçe doğrultusunda yapılacak inceleme sonucu verilecek kararın kesinleşmesi ile bu konu kesin yargı kararına bağlanmış olacaktır.

Sonuç olarak halen her iki yönetmelik de hukuken yürürlüktedir. Aynı konuda iki yönetmelik yürürlükte olduğuna göre bu durumda bu iki yönetmeliğin hükümleri arasında bir çelişki söz konusu olur ise hukuki ihtilaf kesin yargı kararına bağlanana kadar en son yürürlüğe konulan, yani Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 16.12.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan "İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Hal böyle olunca da aksine kesin yargı kararı oluşmadığı sürece bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanması, bu Yönetmeliğin düzenlemediği bir konu önceki Yönetmelik'te düzenlenmiş ise bu takdirde o hükmün uygulanması gerekir. Dolayısıyla son çıkan Yönetmelik hakkında bir yürütme-yi durdurma kararı da verilmemiş olduğundan bunun hükümlerine uygun olarak yapılan ve yapılacak olan bütün hukuki tasarruflar hukuken geçerlidir.

Her ne kadar TTB ve mahalli Tabip Odaları bunun aksini savunuyorlarsa da doğruluğuna inandığımız hukuki kanaatimize göre son çıkan yönetmelik aksine kesin yargı kararı oluşmadığı sürece tüm hükümleri ile uygulanacaktır. Daha önce yürürlüğe girmiş olan Yönetmeliğin de, bu Yönetmeliğe aykırı olmayan hükümleri ile bu Yönetmeliğin düzenlemediği konulardaki hükümlerinin uygulanmasına devam olunacaktır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun bu kararı yanında 16.12.2003 tarihinden itibaren

yürürlüğe giren "İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" in 4. maddesindeki "işyeri hekimi" ile "ortak sağlık birimi" tanımlarının ve yönetmeliğin 5, 9, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26. maddelerinin, 30. maddesinin (b-c-e) bentlerinin iptali istemiyle TTB tarafından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı aleyhine açılan iptal davasında Danıştay 10. Dairesince verilen 2004/1253 E., 2006/1658 K. ve 28.02.2006 tarihli kararda;

Yönetmeliğin 4. maddesindeki "ortak sağlık birimi" tanımı ile 5, 9, 15, 17, 21, 22, 24. maddelerinin ve 30. maddenin (b-c-e) bentlerinin iptaline yönelik TALEBİN REDDİNE,

Yönetmeliğin 4. maddesindeki "işyeri hekimi" tanımı ile 18, 19, 20, 25 ve 26. maddelerinin İPTALİNE karar verilmiştir.

Karar kesinleşmemiş olmakla birlikte temyizi sonucu Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından onandığı takdirde kesinleşeceği de dikkate alınarak iptaline karar verilen;

4. maddedeki; "İşyeri Hekimi-Bakanlıkça Sertifikalandırılmış hekim" tanımı ile 18. maddedeki; işyeri hekimi olarak görevlendirilecek hekimlerin Bakanlıkça verilmiş işyeri hekimliği sertifikasına sahip olmaları, 19. maddedeki; sertifika alabilmek için sahip olunması gereken niteliklerle sertifika alınımının esaslarını, 20. maddedeki; sertifika eğitimi ve sınav esaslarını, 25. maddedeki; işyeri hekiminin görevlendirilmesini ve çalışma sürelerini belirleyen ve 26. maddedeki; işyeri hekiminin sözleşmesinin sona ermesi halinde bunun 3 işgünü içinde İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'ne bildirilmesine ilişkin hükümlerinin uygulanmaması ilerde doğabilecek hukuki problemlere yol açılmaması bakımından uygun olacaktır.

Ancak iptaline karar verilen bu maddeler dışındaki maddelere ilişkin iptal talebi reddedildiğinden bunlar ile iptali talep edilmeyen maddeler yürürlükte olup bu hükümler doğrultusunda yapılan bütün hukuki işlemler geçerli olup, aksine kesin bir yargı kararı oluşmadığı sürece de bütün bu maddeler yürürlükte olacaktır.

Av. Nurseli TARCAN

TİSK Genel Sekreter Yardımcısı

# Yasalar Herkes İçin Eşit Değil Mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı

## 1. GENEL OLARAK

Bu yazıyı kaleme almamızın nedeni; 12 Temmuz 2006 tarih ve 26226 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5538 sayılı Kanunla, 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesine eklenen iki fıkraya sonucu İş Kanunu’nun çok önemli bir müessesesine - Alt İşveren Müessesesi- Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olarak kamu kurum ve kuruluşları lehine getirilen ayrıcalıktır.

Bilindiği üzere dünya ekonomisi XX. Yüzyıl’ın son çeyreğinde hızla küreselleşme sürecine girmiştir. Bu sürecin hız kazanmasında en önemli rolü oynayan bilgi, iletişim ve ulaşım teknolojileri boyutuyla yaşanan hızlı teknolojik gelişmeler, üretim süreçlerinde farklılaşma yaratarak kitle üretiminin yerini esnek üretim sistemlerinin almasını ve sanayi-ötesi ekonomilerde bilgi toplumu aşamasına geçilmesini sağlamıştır.

Bu değişimden çalışma hayatı da etkilenmiş, yeni teknolojiler nedeniyle yeni çalışma türleri hızla yaygınlaşmış, işin düzenlenmesinde yepyeni, model ve uygulamalar ortaya çıkmıştır. Kısmi süreli çalışmalar, çağrı üzerine çalışmalar, ödünç iş ilişkileri, iş paylaşım modelleri, belirli süreli iş sözleşmeleri ve alt işveren uygulamalarının yay-

gınlaşması bu değişimin bazı örnekleri olarak gösterilebilir.

Bu örnekler arasında yer alan ve özellikle 1980’li yıllardan bu yana iş hukukunun en tartışmalı ve sorunlu alanlarından birini oluşturan asıl işveren-alt işveren ilişkisi, ülkemiz çalışma yaşamını çağa uydurma düşüncesinden yola çıkarılarak hazırlanan, uzun ve zorlu bir tartışma sürecinin ardından 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile yeniden düzenlenmiştir.

Yeni düzenleme genel olarak değerlendirildiğinde; ilk göze çarpan husus, hiç kuşkusuz asıl işveren-alt işveren ilişkisinin son derece kısıtlandırıldığıdır.

Nitekim bu husus 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinin gerekçesinde de “Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır. Yargıtay’ın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları, önemli bir fren oluşturmuşsa da, Yüksek Mahkeme’nin görüşleri de dikkate alınarak asıl iş-



veren- alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür” ifadeleriyle teyid edilmektedir.

Söz konusu düzenleme ile özellikle alt işveren ilişkisinin kurulmasında muvazaalı işlemlerin önüne geçilmeye çalışılırken bu kez asıl işveren-alt işveren ilişkisinin koşullarının yeniden düzenlenmesi sonucu bu müessese farklı açılardan tartışmaları ve görüş farklılıklarını gündeme getirmiştir.

Doktrinde ve yargıda bu tartışmalar sürerken 12 Temmuz 2006 tarih ve 26226 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 5538 sayılı Kanun”un 18. maddesi ile 4857 sayılı Kanunun 2. maddesine eklenen iki fıkra asıl işveren-alt işveren ilişkisinde kamu kurum ve kuruluşları lehine önemli ayrıcalıklar getirmiş ve mevcut tartışmalara yenilerinin eklenmesine kapı açmıştır.

## II. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN ORTAYA ÇIKABİLMESİ İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

4857 sayılı Kanun’un, yoğun tartışmalara neden olan hatta TBMM’de görüşülerek kabul edildikten sonra verilen önerge ile tekrar görüşülerek değiştirilen hükümlerinin başında hiç kuşkusuz asıl işveren-alt işveren ilişkisi ve bunun sınırlarını düzenleyen 2. maddesinin altıncı ve yedinci maddeleri gelmektedir.

Söz konusu maddenin 6. fıkrasına göre alt işveren ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için gerekli koşullar beş başlık altında toplanmıştır:

- İşyerinde işçi çalıştıran, diğer bir deyişle o işte kendisi de işçi çalıştıran bir asıl işverenin varlığı,
- Alt işveren tarafından yerine getirilen işin, asıl işverene ait işyerinde yapılması,
- Alt işverene yaptırılacak işin, o işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünü oluşturması,
- Alt işverene yaptırılacak işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirecek nitelikte olması,
- Alt işverenin bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırıyor olması.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için gerekli görülen bu koşullar ve alt işverene verilecek işlerin kapsamında getirilen ve öğretilen çok farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olan “... işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler...” şeklindeki kısıtlama, 1475 sayılı Kanun döneminde yaşanan sorunları çözmeye çalışırken, bunlara yenilerini eklemiştir. Muvazaalı ilişkiler yasaklanmak istenirken farklı yorumların da etkisiyle alt işveren müessesesi nerede ise uygulanamaz noktaya getirilmiştir.

## III. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin 7. fıkrası ile; 1475 sayılı Kanun döneminde sıkça gündeme gelen muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin engellemesi amaçlanmış ve bu konuda yargı kararlarıyla oluşan kriterler yasa metni haline getirilmiştir.

Söz konusu fıkraya göre;

- Asıl işverenin işçileri, alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz.
- Daha önce asıl işverene ait işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz.
- İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.

## IV. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE KAMU-ÖZEL AYRIMCILIĞI

Herhangi bir yoruma yer vermeksizin kısaca özetlenen 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkraları ile asıl işveren-alt işveren ilişkisine getirilen bu yeni koşullar ve sınırlamalar, 12 Temmuz 2006 tarihinden itibaren sadece özel sektör açısından geçerli olacaktır.

**Muvazaalı ilişkiler yasaklanmak istenirken farklı yorumların da etkisiyle alt işveren müessesesi nerede ise uygulanamaz noktaya getirilmiştir.**

## Yeni teknolojiler nedeniyle yeni çalışma türleri hızla yaygınlaşmış, işin düzenlenmesinde yepyeni model ve uygulamalar ortaya çıkmıştır.

Zira yukarıda belirtilen ve 12 Temmuz 2006 tarih, 26226 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5538 sayılı Kanun ile söz konusu maddeye eklenen iki fıkra, kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıklarını, alt işveren müessesesine bağlı müeyyidelerden muaf kılmıştır.

4857 sayılı Kanun’un 2. maddesine eklenen 8. ve 9. fıkralar şu şekildedir:

*“Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;*

*a. Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,*

*b. Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya,*

*hak kazanmazlar.*

*Sekizinci fıkrada belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tabidir. Sekizinci fıkrada belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri*

*uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;*

*a. İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,*

*b. Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler konulamaz.”*

Madde gerekçesinde ise açıkça şu ifadeler yer verilmektedir: *“Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer özel kanun hükümleri çerçevesinde yapılan hizmet alımları neticesinde yükleniciler tarafından istihdam edilenler; hizmet alımını yapan kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarının, kendilerinin asıl işvereni olduğunu iddia ederek bu kurumların asli kadrolarına atanmayı talep etmekte veya bu kurumlarda uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi ya da personel kanunundan yararlandırılma talebinde bulunmaktadırlar. Yapılan düzenlemeyle, kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıklarının, hizmet alımı amacıyla sözleşme yaptıkları yükleniciler veya işverenler tarafından istihdam edilenlerin asli işvereni olmadığı hususuna açıklık getirilmektedir.”*

Bu gerekçeye dayanılarak İş Kanunu’nun 2. maddesine yapılan eklemelerle, öncelikle Kanunun mutlak emredici hükmü, kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıkları açısından uygulanamaz kılınmıştır.

5538 sayılı Kanun’la, İş Kanunu’nun 2. maddesine eklenen söz konusu iki fıkra, beraberinde şu sakıncaları da getirmiştir:

● Mutlak emredici nitelikteki bu Kanun hükmü, işverenin kamu kurum veya kuruluşu olması halinde uygulanamayacaktır.

Böyle bir ayırım Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırıdır.

Anayasa’nın 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerde kanun

önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” denilmektedir. Bu yasak, insan hakları belgelerinde olduğu gibi, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıca ve açıkça ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 2.12.2004 tarih, 2001/216 Esas ve 2004/120 sayılı Kararında; (söz konusu Karar 21.10.2005 tarih, 25973 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır) bazı kamu kuruluşları için daha farklı temyiz süreleri öngören bir yasa hükmünü; “Hukuk davalarında, davacı veya davalı ister gerçek, ister tüzel kişi veya kamu tüzel kişisi ya da hazine olsun, netice itibariyle “taraf” sıfatını alır. “Taraf” olma itibariyle davacı ya da davalının hukuki durumları aynıdır. İtiraz konusu düzenleme ile, hukuki konumları aynı olduğu halde, 4353 sayılı Yasa kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden, fakat anılan Yasa kapsamı dışında kalan kuruluş ve kişiler arasında farklı kurallar getirilerek bir taraf lehine ayrıcalık tanınmaktadır.

Anayasa'nın 36. maddesi yönünden yapılan değerlendirmede de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Anılan maddenin birinci fıkrasında 03.10.2001 günlü, 4709 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, herkesin, “... adil yargılama hakkına” sahip olduğu esası öngörülmüştür.

“Adil yargılama hakkı”nın ulusalüstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan “silahların eşitliği” ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, tarafların birine

**Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur.**

**Kamu kurum ve kuruluşları, “işveren sıfatı ile” Kanunla işverenlere getirilen bazı yükümlülüklerden muzdariptir ve üzerindeki yüklerin bir kısmını, bu gibi istisnalarla azaltmaya çalışmaktadır.**

dezavantaj değerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır.

İtiraz konusu kuralda, bir hukuk davasında taraf olma durumu nedeniyle hukuki durumları itibariyle eşit oldukları açık olan 4353 sayılı Yasa kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden diğer kişi ve kuruluşlar arasında, temyiz süresi bakımından farklı düzenlemeler öngörüldüğü, bu durumun ise davada hakkaniyete uygun bir dengenin varlığına engel teşkil ettiği, bu bakımdan silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği, dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan adil yargılama ilkesine de aykırı düştüğü sonucuna varılmıştır.

Bu nedenlerle, Anayasa'nın 10. ve 36. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.” gerekçesiyle iptal edilmiştir.

- Alt işveren müessesesini düzenleyen 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında getirilen kısıtlamaların sebebi, sosyal açıdan işçi ve işçiliğin korunmasının devletin görevi olduğu ifadesi ile açıklanmakta iken, devlet kuruluşlarına birtakım imtiyazlar sağlanarak, bu kuruluşlara alt işveren müessesesini ileriye yönelik hiçbir risk taşımadan kullanma imkânı yaratılması, yıllardır dile getirilen ve sistemi işlemez hale sokan bu gerekçeye de aykırıdır.

- Bu düzenleme, özellikle toplu sözleşme düzeninden kaçışın ve iş mevzuatı hükümlerinden kurtulmanın bir aracı olarak alt işveren müessesesinin kullanılmasını önlemek şeklinde özetlenebilen Kanunun amacına da aykırı düşmektedir.

- Bu düzenleme göstermiştir ki; kamu kurum ve kuruluşları, “işveren sıfatı ile” Kanunla işverenlere getirilen bazı yükümlülüklerden muzdariptir

ve üzerindeki yüklerin bir kısmını, bu gibi istisnalarla azaltmaya çalışmaktadır.

Burada 5538 sayılı Kanun'un sadece bir maddesi üzerinde durduğumuz da göz ardı edilmemelidir. Kanunun tüm maddeleri incelendiğinde-ki bunlardan bir tanesi yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun işverenlere getirdiği işyeri hekimi zorunluluğu ile ilgilidir-temel amacın; kamu kurum ve kuruluşlarını, Bütçe'de sorun yarattığı belli olan bir kısım işveren yükümlülüklerinden kurtarmak ve yerine "maliyet yaratmayacak" ya da "maliyeti azaltacak" çözümler getirmek olduğu görülecektir.

- Hukuken geçerli olmayan "işçi temini" müessesesinin bu düzenleme ile salt kamu açısından hukuki bir zemine oturtulmaya çalışılması, hukuk devletini zedelemiştir. Bunun yaratacağı sorunları, birlikte yaşayarak göreceğiz.

- Bu düzenlemede, kamu işverenlerini alt işveren müessesesinin sorumluluklarından ve müeyyidelerinden kurtarabilmek adına, yasa tekniğine de aykırı davranılarak, yasada yer almaması gereken hususlara dahi yer verilmiştir. Maddeye eklenen 9. fıkranın (a) ve (b) bentleri bir yasa hükmü değil, olsa olsa iç yönerge hükmü olabilecek niteliktedir.

Bu tamamen kamu kurum ve kuruluşlarını koruma içgüdüsünden kaynaklanmaktadır.

- 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesine eklenen söz konusu iki fıkrada, maddenin diğer fıkralarında yer verilmeyen "yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar" ifadesinin kullanılması da ileride yeni hukuki ihtilaflara yol açabilecektir.

- 4857 sayılı İş Kanunu gibi temel yasada "torba yasa" olarak nitelendirilen ve içinde birçok farklı konuda hüküm ihtiva eden bir Kanunla değişiklik yapılması, ilgili Tasarının hem sosyal taraflarca hem de TBMM'nin ilgili Komisyonları ve Genel Kurulunda tartışılmadan kanunlaşması neticesini doğurmuştur.

Hele ki 4857 sayılı Kanun'un alt işveren müessesesinin düzenlendiği fıkralarının TBMM'de uzun tartışmalara neden olduğu, tekrar tekrar görüşüldüğü hatırlanacak olursa, torba yasa ile eklenen söz konusu iki fıkranın, müstakil kanun tasarısı şeklinde gündeme getirilmesi halinde kamuoyunda yaratacağı tepkinin çok farklı olacağı kuşkusuzdur.

- Bu düzenlemenin büyük ölçüde kamu kurumlarının daimi işçi istihdamı konusunda yaşadığı sorunların bir uzantısı olduğu söylenebilir. Şöy-

le ki, kamuda işçi alımının sınırlanması nedeniyle kamu işverenleri geçici işçi adı altında işçi istihdam etmekte ya da ihale yoluyla bazı işleri alt işverenlere bırakmaktadırlar. Bu süreç süreklilik arz ettikçe alt işverenin işçileri kamu kurumlarına bunların asıl işçileri olduğu iddiası ile başvuracaktır. İşte bu uygulamaların önüne geçmek amacıyla kabul edildiği varsayılan düzenlemenin, 2. maddenin 7. fıkrasındaki muvazaa iddialarını ortadan kaldırmayacağı belirtilmelidir.

## V. ÇÖZÜM ÖNERİSİ

Günümüz rekabet koşullarında üretiminde verimlilik ve kalite yönüyle olduğu kadar işyerlerine sağladığı esneklikle de vazgeçilmez bir nitelik kazanan "alt işveren" uygulamasının, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 6 ve 7. fıkralarıyla zorlaştırıldığı ortadadır.

Görülmektedir ki; alt işveren müessesesinin zaman zaman kötü niyetli olarak kullanıldığı varsayımıyla uygulamanın tamamen önlenmesi yoluna gidilmesi, bu kurumun temel unsurlarının yok edilmesi, bazı temel kavramların dışlanması, çalışma ve çalıştırma özgürlüğünü ortadan kaldıran düzenlemelere yer verilmesi, işveren sıfatıyla kamu kurum ve kuruluşlarını rahatsız etmiştir.

Bu rahatsızlığı gidermek amacıyla maddeye eklenen fıkraların ise Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı ortadadır.

O halde ne yapılmalı ya da ne yapılmalı idi?

- 4857 sayılı İş Kanunu'nun çalışma hayatımıza getirdiği "Üçlü Danışma Kurulu" toplantıya davet edilerek Kanunun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarının neden olduğu sorunlar tartışmaya açılmalı,

- Bir kişiye istihdam yaratmanın maliyetinin şu an için 125.000.-ABD Dolarına mal olduğu ve ülkenin temel sorunlarının başında işsizliğin bulunduğu, "işveren" sayılmak açısından "kamu işvereni" ile

**Hukuken geçerli olmayan "işçi temini" müessesesinin bu düzenleme ile salt kamu açısından hukuki bir zemine oturtulmaya çalışılması, hukuk devletini zedelemiştir.**



## Özel sektör işverenleri dışlanarak, kamu kurum ve kuruluşları lehine getirilen ayrıcalıklar, bir an önce tüm işverenleri kapsayacak şekilde değiştirilmelidir.

“özel sektör işvereni” arasında fark bulunmadığı ve eğer kamu işvereni açısından maliyet kalemi olarak görülen bu uygulama rahatsızlık yaratıyorsa bu rahatsızlığın özel sektör için de var olduğu gerçeğinden yola çıkılarak çözüm özelde değil genelde aranmalı, “kamu işvereni koruyalım, özel sektörü boş ver” yaklaşımından uzak durulmalı,

● Yaşanan sıkıntıların maddeye kamu kesimi için yama olarak eklenmesi yerine 4857 sayılı İş Kanunu ile bu konuda yapılan düzenleme, acaba “ülkemiz sanayii” için doğru mudur gözlüğü ile masaya yatırılmalı ve konu, sosyal tarafların katılımı ile Üçlü Danışma Kurulu’nda sağlanacak konsensüs sonucu kamu işvereni-özel sektör işvereni ayırımı yapılmaksızın tüm kesimler için çözüme kavuşturulmalı,

● Bu şekilde bir değişikliğe gidilirken mevcut 2. maddenin 6. fıkrasında, özellikle doktrinde çok farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olan “..... işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler ....” ifadesine açıklık getirilerek “işletmenin veya işin gereği ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” şeklinde düzenlemeye gidilmelidir.

Sonuç olarak; 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkraları alt işvereni yasaklamak değil; muvazaalı uygulamalara son vermek, yasal hakların kısıtlanmasına meydan verecek bir alt işveren ilişkisini önlemek amacıyla düzenlenmiş, ancak TBMM Genel Kurulunda verilen ve “Asıl işveren-alt işveren tanımı daha anlaşılır hale getirilerek uygulamadaki sorunların önüne geçilmek istenmiştir.” gerekçesiyle savunulan değişiklik teklifi sonucu içinden çıkılmaz noktaya ulaşmıştır. Bu yetmiyormuş gibi 5538 sayılı Kanun’la maddeye eklenen iki fıkra sonrasında ise söz konusu madde kamu-özel sektör ayırımı gözetilmeksizin tüm işçi ve işverenler bakımından geçerli olan İş Kanunu düzenlemelerinde ayrımcılığa giderek yeni tartışmaları gündeme taşımıştır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun; 1475 sayılı Kanun’dan farklı olarak, işgücü maliyetinden tasarruf amaç olarak ortaya koyan çeşitli hükümler (denkleştirme süresi, telafi çalışması gibi....) getirdiği dikkate alındığında yasanın mantığında işçilik maliyetlerini azaltmanın da bulunduğu anlaşılmaktadır. 5538 sayılı Kanun’un, Yasa’nın bu mantığından yola çıkarak, ancak gerçek ihtiyaç sahibi olan özel sektör işverenlerini dışlayarak, kamu kurum ve kuruluşları lehine getirdiği ayrıcalıkların, bir an önce tüm işverenleri kapsayacak şekilde değiştirilmesi en isabetli çözüm olacaktır.

### KAYNAKÇA

- Alpagut, Gülsevil: 4857 sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı-Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri Semineri, İNTES Yayını, Ankara 2004.
- Alpagut, Gülsevil: Üç yıllık uygulamanın ardından alt işveren ilişkisinde yeni arayışlar, İnşaat Sanayi Dergisi, Mayıs-Haziran 2006.
- Arslanoğlu, Mehmet Anıl: İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, Legal Yayınları, İstanbul 2005.
- Soyer, Polat: III. Yılında İş Yasası Semineri’nde yapılan konuşma metni, T. Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Bodrum 2005.
- Süzek, Sarper: Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı-Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri Semineri Paneli’nde yapılan konuşma metni, İNTES Yayını, Ankara 2004.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, B.2, İstanbul 2005.
- Şahlanan Fevzi: III. Yılında İş Yasası Seminerinde Yapılan Konuşma Metni, T. Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Bodrum 2005.
- TİSK, XXII. Genel Kurul Çalışma Raporu, Ankara 2004.

**Ertan İREN\***

ÇMİS Müşavir Avukatı

# İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyma Yükümlülüğü ve İhlali Halinde Karşılaşacakları Müeyyideler

## 1. GİRİŞ

Ülkemizde iş kazaları sebebiyle her yıl binlerce kişi ölmekte ya da sürekli iş göremez hale gelmektedir. İş kazaları ve meslek hastalıkları sonucunda işçiler, acı veren tedavi süreciyle karşı karşıya kalabilmekte, çalışma gücünü belirli bir oranda yitirebilmekte ve işini kaybetme tehlikesi yaşamaktadır. İş kazaları ve meslek hastalıkları sadece işçilere zarar vermemekte, onun desteğine muhtaç bulunan geniş kitleyi dolayısıyla toplumu olumsuz şekilde etkilemektedir<sup>1</sup>.

İş kazaları ve meslek hastalıkları, maruz kalanlara maddi ve manevi mağduriyetler yaşatırken, yetişmiş eleman kaybı, iş gücü kaybı, tedavi gideri, üretimde verimliliğin düşmesi açısından da ülke ekonomisini olumsuz etkilemektedir.

Topluma ve ülke ekonomisine büyük zararlar veren iş kazaları ve meslek hastalıklarıyla karşılaşmamak için mevzuatımız iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverenlere bir çok yükümlülük getirmiştir. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğüne ilişkin yasal düzenlemelerin bir kısmı özel hukuk, bir kısmı ise kamu hukuku niteliklidir. Özel hukuk nitelikli düzenlemelerin

başında Borçlar Kanunu gelirken, Anayasa, İş Kanunu, Sosyal Sigortalar Kanunu, Umumi Hıfzısıhha Kanunu ve ilgili Yönetmelikler kamu hukuku düzenlemeleri içerisinde yer almaktadır<sup>2</sup>.

Avrupa Birliği müktesebatına uyum süreci çerçevesinde Avrupa Birliği mevzuatı esas alınarak hazırlanan 4857 sayılı İş Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nde<sup>3</sup>, iş sağlığı ve güvenliğini sağlama açısından işverenlere önemli ve oldukça kapsamlı yükümlülükler getirilmiştir<sup>4</sup>. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği dışında iş sağlığı ve güvenliği standartlarını belirleyen bir çok Yönetmelik ve Tebliğ çıkarılmıştır<sup>5</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu ile iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverenlere getirilen yükümlülükleri şu şekilde sıralayabiliriz<sup>6</sup> (4857 sk. md. 77, 80, 81).

- ❑ işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak,
- ❑ araç ve gereçleri noksansız bulundurmak,
- ❑ iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek,
- ❑ işçileri, mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler ile yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek,

- iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek<sup>7</sup>,
- iş kazasını ve meslek hastalığını en geç iki işgünü içinde Bölge Müdürlüğüne bildirmek,
- iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmak,
- işyeri hekimi istihdam etmek,
- iş güvenliği ile görevli mühendis ve teknik eleman istihdam etmek.

İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin "İşverenlerin Yükümlülükleri" başlıklı ikinci bölümünde yer alan 8. maddede, İş Kanunu'nda belirtilen yükümlülüklerin nasıl yerine getirileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmeliğe göre işverenler, işçilerin sağlığını ve güvenliğini korumak için mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil gerekli her türlü önlemi almak, organizasyonu yapmak, araç ve gereçleri sağlamak zorundadır. Bu çerçevede işverenler; risk değerlendirmesi yapmak, risk değerlendirmesi sonucuna göre koruyucu önlemleri almak, üç günden fazla işgünü kaybı ile sonuçlanan iş kazalarına ilişkin kayıt tutmak, işçilerin maruz kaldığı iş kazaları hakkında rapor hazırlamakla yükümlüdür. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin etkin şekilde yürütülebilmesi için işçilerin bilgilendirilmesi, görüş ve katılımlarının sağlanması gerekmektedir.

Günümüzde iş sağlığı ve güvenliği de kalite ve çevre gibi yönetim sistemi içerisinde değerlendirilmekte ve özellikle büyük işletmeler iş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemi uygunluk belgesi olan OHSAS 18001'i alabilmek için yoğun çalışmalarda bulunmaktadır<sup>8</sup>.

İş kazalarına yol açan sebepler arasında insan hatası, işyeri ortamı (koşulları) ve önlenemeyen nedenler yer almaktadır. Bunların içerisinde en çok görülen sebep insan hatası diğer bir ifadeyle işçilerin işlerini görürken yapmış oldukları hatalardır.

İşverence iş sağlığı ve güvenliği alanında tüm tedbirler alınsa dahi çalışanlar işlerini yaparken bu tedbirlere uymaz ya da yeterince özen ve önem göstermezler ise, iş kazalarına maruz kalmaları kaçınılmaz olacaktır. Ülkemizdeki iş kazaları da çoğunlukla işçilerin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymaktan kaçınmalarından kaynaklanmaktadır.

Avrupa Birliği mevzuatı dikkate alınarak hazırlanan iş sağlığı ve güvenliği alanındaki düzenlemeler işverenlere sorumluluğu ve maliyeti ağır yü-

kümlülükler yüklerken, bu konuda işçilere de önemli yükümlülükler getirmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 5/c maddesinde belirtildiği gibi işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluğunu etkilemez ise de, işçiler söz konusu yükümlülükleri yerine getirmemeleri halinde ağır müeyyidelerle karşı karşıya kalabileceklerdir.

İşçilerin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri, yükümlülükler uymamaları halinde karşı karşıya kalacakları müeyyideler ve özellikle işverenin fesih hakkı aşağıda incelenmiştir.

## II. İŞÇİLERİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Yürürlükten kalkan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 73. maddesinde<sup>9</sup> olduğu gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesinin birinci fıkrasında da, işçilerin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uyma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverence alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler<sup>10</sup>.

İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2. maddesinin birinci fıkrasında, her işverenin işyerinde işçilerinin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için Tüzükte belirtilen şartları yerine getirmek, araçları noksansız bulundurmak, gerekli olanı yapmakla yükümlü olduğu açıklandıktan sonra maddenin ikinci fıkrasında, işçilerin de bu yoldaki usullere ve şartlara uymak zorunda oldukları belirtilmiştir<sup>11</sup>.

İşçilerin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerinin neler olduğu ise İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin üçüncü bölümünde yer alan 13. maddede açıklanmıştır.

13. maddenin (a) fıkrasında işçilerin, davranış ve kusurlarından dolayı, kendilerinin ve diğer kişilerin sağlık ve güvenliğinin olumsuz etkilenmeme-

**İş kazalarına yol açan sebepler arasında insan hatası, işyeri ortamı (koşulları) ve önlenemeyen nedenler yer almaktadır.**

si için azami dikkati göstermek ve görevlerini işveren tarafından kendilerine verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda yapmakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Söz konusu maddenin (b) fıkrasında işçilerce özellikle dikkat edilmesi gereken hususlar 6 bent halinde sıralanmıştır. Buna göre;

İşçiler, işveren tarafından kendilerine verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda özellikle;

❑ makina, cihaz, araç, gereç, tehlikeli madde, taşıma ekipmanı ve diğer üretim araçlarını doğru şekilde kullanmak,

❑ kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımı doğru kullanmak ve kullanımdan sonra muhafaza edildiği yere geri koymak,

❑ işyerindeki makina, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalardaki güvenlik donanımlarını kurallara uygun olarak kullanmak ve bunları keyfi olarak çıkarmamak ve değiştirmemek,

İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin dışındaki diğer Yönetmelikler de çalışanlara, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uyma, bu konuda işverenlere yardımcı olma, eğitimlere katılma gibi önemli yükümlülükler getirmiştir. Bu yükümlülükler aşağıda yer almıştır.

a. İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin<sup>12</sup> 6. maddesinin birinci fıkrası gereği, çalışanlar ve temsilcileri, sağlıklı bir çalışma ortamının oluşması için bu konuda hazırlanan talimat ve prosedürlere uymak, işyeri sağlık biriminin çalışmalarına destek sağlamak, sağlık muayeneleri, bilgilendirme ve eğitim programlarına katılmak ve gerektiğinde işbirliği yapmakla yükümlüdürler.

b. Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin<sup>13</sup> 5.

## İş Kanunu'nun 77. maddesinde belirtildiği üzere işçiler, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverence alınan her türlü önleme uymak zorundadırlar.

❑ işyerinde sağlık ve güvenlik için ciddi ve ani bir tehlike olduğu kanaatine vardıkları herhangi bir durumla karşılaştıklarında veya koruma tedbirlerinde bir aksaklık ve eksiklik gördüklerinde, işverene veya sağlık ve güvenlik işçi temsilcisine derhal haber vermek,

❑ işyerinde, sağlık ve güvenliğin korunması için teftişe yetkili makam tarafından belirlenen zorunlulukların yerine getirilmesinde, işverenle veya sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi ile işbirliği yapmak,

❑ işveren tarafından güvenli çalışma ortam ve koşullarının sağlanması ve kendi yaptıkları işlerde sağlık ve güvenlik yönünden risklerin önlenmesinde, işveren veya sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi ile mevzuat uygulamaları doğrultusunda işbirliği yapmakla yükümlüdürler.

Madde metninde yer alan "özellikle" kelimesinden anlaşılacağı üzere 6 bent halinde sıralanan hususlar tahdidi olmayıp, işçilerin iş sağlığı ve güvenliği alanında öncelikle riayet etmesi gereken esaslara dikkat çekilmektedir. Zira İş Kanunu'nun 77. maddesinde belirtildiği üzere işçiler, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverence alınan her türlü önleme uymak zorundadırlar.

maddesi uyarınca çalışanlar, sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının tesisi için işyerinde düzenlenecek olan iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine katılmak ve bu konudaki talimat ve prosedürlere uymakla yükümlüdürler.

c. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmeliğin<sup>14</sup> 12. maddesi gereği işçiler, sağlık ve güvenliğin korunması ve geliştirilmesi amacıyla iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca konulan kurallar, yasaklar ile alınan karar ve tedbirlere uymak zorundadırlar. İşçiler, işyerinde sağlık ve güvenlik tedbirlerinin belirlenmesi, uygulanması ve alınan tedbirlere uyulması hususunda iş sağlığı ve güvenliği kurullarıyla işbirliği yapmakla yükümlü kılınmıştır. Ayrıca işçiler, uygulamada karşılaştıkları güçlükler hakkında kurula bilgi vermek durumundadırlar.

d. İş Güvenliği ile İlgili Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin<sup>15</sup> 6. maddesi gereği çalışanlar, sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının oluşması için bu konuda hazırlanan talimat ve prosedürlere uymakla yükümlüdürler.



### III. İŞÇİLERİN İŞYERİNDEKİ İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİNE UYMAMALARI HALİNDE KARŞI KARŞIYA KALACAKLARI MÜEYYİDELER

**1. Müterafık kusur:** İşçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymaması, iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle açılacak tazminat davalarında işverenin sorumluluğu değerlendirilirken Borçlar Kanunu'nun 44/I. maddesi gereği müterafık kusur olarak dikkate alınmaktadır<sup>16</sup>.

Yüksek Mahkeme'nin aşağıda yer verilen kararına göre de, sigortalının alınan tedbirlere uymaması birlikte kusur durumu olup bundan ötürü rücu alacağından indirim gerekir.

*“Tanıklar zararlandırıcı sosyal sigorta olayına maruz kalan sigortalının işverence sağlanan emniyet kemerini kullanmadığını bildirmişlerdir. Şüphesiz, işveren işçinin emniyet kemerini kullanmasını sağlamak ve denetlemekle dahi yükümlüdür. Ne var ki; İş Kanunu'nun 73. maddesinin son fıkrasına göre işçi de alınan tedbirlere uymak ödevindedir. Olayımızda işçi, işverence verilmiş emniyet kemerini kullanmamakla tedbirlere uyma görevini yerine getirmemiş demektir ve bu yönden de birlikte kusurludur. Mahkemece birlikte kusurdan ötürü rücu tazminatından indirim yapılmamış olması bozma nedenidir.”<sup>17</sup>*

Uğramış olduğu iş kazası ya da meslek hastalığını önleyebilecek ya da oluşan zararı azaltabilecek eğitimlere yapılan davete rağmen katılmayan işçi, söz konusu olaya başka bir katkısı olmasa dahi salt bu ihmali nedeniyle dahi müterafık kusurlu sayılabilmelidir. Ancak bu sonucun oluşabilmesi için işverence verilen eğitimin arzu edilen sonuçları doğurmaya yetecek düzeyde bulunması gerekir<sup>18</sup>.

**2. Disiplin cezası:** İş sözleşmesinde veya iç yönetmelikte bir disiplin cezası olarak düzenlenmesi halinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymaktan kaçınan işçilere, işveren disiplin cezası verebilecektir.

**3. Tazminat:** İş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan önlemlere ve bu konudaki işverenin talimatlarına uymamak suretiyle, iş sözleşmesinden doğan özen ve itaat borcuna aykırı davranarak iş-

verenine zarar veren işçi, Borçlar Kanunu'nun (BK) 321/2 maddesi uyarınca tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

İşçi üstlendiği işi özenle yapmak zorundadır. (BK md.321/I). İş görülmesinde işçiden beklenen özenin gösterilip gösterilmediğini belirleyen unsurlardan birisi de, işin görülmesi sırasında bununla ilgili iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığıdır. Dolayısıyla işin görülmesinde alınan güvenlik önlemlerine veya işveren ya da işveren vekilinin bu konudaki talimatlarına uymaması sonucu işverene zarar veren işçi, kusuru oranında zararı tazmin etmekle yükümlüdür<sup>19</sup> (BK md. 321/2 İş K. md. 26/II).

**4. İş sözleşmesinin feshi:** İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınması, işverence denetim ve eğitim görevlerinin ifası, iş kazalarının önlenmesinde yeterli olamamaktadır. Bu nedenle işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür. İşçilerin kendi istekleri veya savsaması nedeniyle iş güvenliğini tehlikeye düşürmeleri işverence haklı nedenle fesih sebebi oluşturacağı gibi iş güvenliğini tehlikeye düşürecek ağırlıkta olmasa dahi işçilerin iş sağlığı ve güvenliği kurallarını ihlal etmeleri geçerli nedenle feshe neden olabilecektir. Bu konu aşağıda ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

### IV. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KURALLARINA UYULMAMASI HALİNDE İŞVERENİN HAKLI NEDENLE İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI

#### 1. İşçinin İşin Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi Nedeniyle

4857 sayılı İş K.'nun “İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı” başlıklı 25/II-1 maddesinde “İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması” hükmü yer almaktadır.

İş K.'nun 25/II-1 maddesinde, işçinin özen borcuna aykırılık oluşturan iki hal fesih nedeni olarak öngörülmektedir. Bunlar, işin güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi ve işverene zarar verilmesidir<sup>20</sup>. İş-

çinin özen borcu iş görme borcu içerisinde yer alan ve onu tamamlayan bir yükümlülüktür. İşçi özen borcunun bir gereği olarak iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmekten kaçınmak zorundadır. Yürürlükten kalkan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II-h maddesinde olduğu gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-1 maddesi gereği de, işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi işveren açısından iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturmaktadır. Görevi savsama, işine gerekli önemi vermeme, umursamazlık, baştan savma, ihmal gösterme anlamındadır<sup>21</sup>. Hangi hareketlerin işin güvenliğini tehlikeye düşüreceği hususunda bir kıstas kabul etmek mümkün değildir. Bu tür tehlikeli hareketlerin neler olduğu kanunlar, yönetmelikler, işyerinde işçinin görebileceği bir yerde asılı bulunan dahili talimatnamelerle belirlenmektedir<sup>22</sup>. Koruyucu malzeme kullanılmaması veya yangın tehlikesi olan yerlerde sigara içilmesi gibi hareketlerin iş güvenliğini tehlikeye düşüreceği şüphesizdir.

İşçinin davranışı sonucunda mutlaka bir zararın doğması zorunlu değildir. İş güvenliği açısından tehlike yaratılması, bir zarar doğması olasılığının bulunması yeterlidir<sup>23</sup>. Zira fıkrada özellikle iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesinden söz edilmektedir<sup>24</sup>. İş Kanunu'nun 77/I. maddesine göre işçiler iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. Bu nedenle işverenin mevzuata göre almakla yükümlü olduğu iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine, kanunun emredici hükümlerine rağmen işçinin uymaması, bu önlemlerin gereklerini yerine getirmemesi sonucu iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi, tutum ve davranışları ile işyeri ve diğer çalışanlar yönünden bir zarar riskini ortaya çıkarması iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle derhal feshine yol açabilecektir<sup>25</sup>.

İşçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürecek davranışları sonucu doğabilecek muhtemel zarar, üçüncü kişilere değil de işçinin kendisine yönelik olduğu durumlarda da iş sözleşmesi işverence haklı nedenle feshedilebilecektir<sup>26</sup>.

**İşçinin davranışı sonucunda mutlaka bir zararın doğması zorunlu değildir.**

**Yangın çıkmasına müsait olan bir işyerinde iş saati içerisinde sigara içen işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshini Yargıtay haklı kabul etmiştir.**

Yargıtay, değişik tarihlerde kusurlu olarak üç ayrı trafik kazası yapan şoförün iş sözleşmesinin tazminatsız ve ihbarsız feshedilmesini, işçinin işini savsaması ve iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi nedeniyle haklı bulmuştur.

*“Dosya içeriğine göre, şoför olan davacının en son 27.02.2003 tarihinde olmak üzere değişik tarihlerde üç ayrı trafik kazası yaptığı tutulan trafik tespit tutanaklarına göre de tam kusurlu olduğu görülmektedir. İşçinin işini savsaması ve iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi nedeniyle 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II-h maddesi gereğince iş akdinin işveren tarafından haklı olarak feshedildiği anlaşılmakla kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalıdır.”*

Yangın veya üretilen malların zarara uğraması tehlikesinin söz konusu olduğu yer ve işlerde toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya işverenin yönetim hakkına dayanarak sigara içme yasağı getirilmektedir. İş sağlığı ve güvenliği açısından önem taşıyan bu yasağa işçilerin uyması gerekmektedir. Sigara yasağının ihlal edilmesi iş sözleşmelerinin işveren tarafından İş Kanunu'nun 25/II-1 gereği haklı nedenle feshine yol açabilecektir. Yargıtay'ın sigara içme yasağının ihlal edilmesinin haklı nedenle feshe yol açacağına dair bir çok kararı bulunmaktadır.

Yangın çıkmasına müsait olan bir işyerinde iş saati içerisinde sigara içen işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshini Yargıtay haklı kabul etmiştir.

*“Taraflar arasındaki ferdi hizmet sözleşmesinde işyerinde sigara içilmemesi gerektiği kesin kurala bağlanmıştır. Toplanan belge ve bilgilere göre ve mahkemece de kabul edildiğine göre davacı işçi işyerinde ve iş saatinde sigara içmiştir. İşyerinin özelliği ve yangın çıkmasına çok müsait olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 73 ve müteakip maddelerinde işverenin işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamakla*

yükümlü olduğu belirtildikten sonra, işçilerin de bu sağlık ve güvenlik hakkındaki usul ve şartlara uymakla yükümlü oldukları buyurucu şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Böyle olunca ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandırmayacak şekilde iş sözleşmesi sona erdiğinden bu isteklerin reddine karar vermek gerekir<sup>28</sup>.”

“Davacı hizmet akdinin davalı işverence haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek açmış olduğu bu dava ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinde bulunmuştur.

Mahkemece dava kabul edilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı işçi işyerinde ve iş saatinde sigara içmiştir. İşyeri halı fabrikası olup yangın çıkmasına çok müsait olduğu dosyadaki delillerden anlaşılmaktadır. Ayrıca işyerine sigara

ocaklarında sigara paketi, çakmak, kibrit gibi sigara yakmaya yarayan eşyaların bulundurulmasının kesinlikle yasak olduğu kurala bağlanmıştır. Böyle bir düzenlemeye yer verilmesi en küçük bir ihmâl halinde çok sayıda ölümle sonuçlanan iş kazalarına neden olmasından ileri gelmektedir. İşçilerin bu tür önleyici kurallara hassasiyet göstererek uymaları en başta kendi menfaatleri gereğidir. Kaldı ki olayda sigara dumanından ve davacının çantasında bulunan sigara paketleri ve çakmaktan davacının sigara içtiği de anlaşılabilir. Bu itibarla işveren tarafından gerçekleştirilen feshin baklı olduğu kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmelidir.<sup>30</sup>”

İşyerinin tehlikeli olmayan bölümlerinde sigara tiryakileri için amirlerinden izin almak koşuluyla

## İşyerinin tehlikeli olmayan bölümlerinde sigara tiryakileri için amirlerinden izin almak koşuluyla sigara içebilme olanağı var iken, tehlikeli olan yerde sigara içilmesi işverence haklı nedenle fesih sebebi oluşturacaktır.

içilmeyeceğine ilişkin ihtar anlamında çeşitli levhalar asılmıştır. Davacı buna rağmen burada sigara içmekte ısrar etmiş bulunmaktadır. Davacı bu davranışı ile işyerinin güvenliğini tehlikeye atmış bulunmaktadır. Bu maddi olgular karşısında davalı işveren hizmet akdini baklı olarak feshetmiş bulunmaktadır. O halde davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz. Mahkemenin aksine görüşle haksız fesih kabul etmesi hatalıdır<sup>29</sup>.”

Yüksek Mahkeme, maden ocağında çalışan bir işçinin çantasında sigara bulunmasını haklı fesih sebebi olarak değerlendirmiştir.

“Davacı işçi davalıya ait maden ocağı işyerinde çalışmakta iken olay günü ocakta sigara içildiğini gösteren bu bususun hissedildiği bunun üzerine ocakta yapılan aramalarda davacıya ait bir çanta içinde birisi kullanılmaya hazır ve açık diğeri kapalı iki sigara paketinin bulunduğu bu durumun yetkililer tarafından tutanakla tespit edildiği sonra da işveren tarafından davacının işine son verildiği anlaşılmaktadır.

Maden ve Taş Ocakları İşletmelerinde ve Tünel Yapımında Alınacak İşçi Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerine İlişkin Tüzüğün 346. maddesinde maden

sigara içebilme olanağı var iken, tehlikeli olan yerde sigara içilmesi işverence haklı nedenle fesih sebebi oluşturacaktır.

“Davacı işçinin davalıya ait sentetik iplik işyerinde forklift işçisi olarak çalışırken yangın tehlikesi en büyük olan bir yerde yani sıfır kodunda sigara içtiği, içerken de amiri tarafından görülerek işverene bildirildiği ve bunun üzerine disiplin kurulu kararı ile işine son verildiği anlaşılmaktadır. Dosya içeriğine göre işyerinin tehlikeli olmayan bölümlerinde sigara tiryakileri için amirlerinden izin almak koşuluyla sigara içebilme olanağı vardır. Ancak davacı işçi bu yola başvurmamış ve tehlikeli olmayan bir yerde sigara içmiş değildir. Yine dosya içeriğine göre sigara içilmesinin yasak olduğu yerlerde ikaz levhaları bulunmaktadır. Dinlenen gerek davacı gerek davalı tanıkları olayı doğrulamışlardır ve TİS’de sigara içilmesi yasağı olan yerlerde içilme halinde bunun karşılığı cezanın ibraç olduğu öngörülmüş bulunmaktadır. Bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak davalı tarafça gerçekleştirilen feshin baklı olduğu sonucuna varılarak ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken bunların hüküm altına alınmaları isabetsizdir<sup>31</sup>.”



“Davacı işçinin işyerinde yemekhaneye giden yolda sigara içtiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. İşyerinde bu iş için ayrılan özel bölüm dışında sigara içilmesinin yasaklandığı da güvenlik talimatıyla sabittir. Mahkemece işyerinde keşif yapılmış ve itfaiye görevlisi bilirkişi raporunda, davacının sigara içtiği alanda parlayıcı maddelerin bulunmadığı, ancak sigaranın yakınlardaki straforların bulunduğu bölüme atılması durumunda yangın tehlikesinin olabileceği açıklamıştır. Yine davacının sigara içtiği yerin yakınlarında gaz odasının bulunduğu bilirkişi raporundan anlaşılmaktadır. Olay yerinin gösterildiği krokide de fabrika binası dışında ancak fabrika sabası içerisinde bir sigara içme yerinin bulunduğu görülmektedir. Ancak davacı işçi işverence tahsis edilen sigara içilen bölüm dışında ve yangın tehlikesi taşıyan bir bölgede sigara içmiştir. Bu durumda davacı işçi tarafından bu iş için ayrılmış özel bölüm dışında sigara içilerek işyeri güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğü dosya içeriği ile sabit olmuştur. Davalı işverence işçinin iş sözleşmesinin feshi 1475 sayılı İş Kanununun 17/2-b maddesi uyarınca bakli bir nedene dayanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, davalıya ait işyerinde çeşitli tarihlerde yangın olaylarının yaşanmış olması da işvereni bu konuda daha duyarlı davranmaya itmiştir. Böyle olunca, ihbar ve kıdem tazminatlarının hak kazanılmasına olanak bulunmamaktadır.”<sup>32</sup>”

Yargıtay, başka bir kararında yanıcı maddeyle çalışan arkadaşının yanında sigara yakarak iş arkadaşının yaralanmasına yol açan işçi, işin güvenliği tehlikeye düşürmüş olduğundan iş sözleşmesinin ihbarsız ve tazminatsız olarak feshedilebileceğine karar vermiştir.

“Davacı, çalıştığı oto koltuk imali işyerinde, diğer bir işçinin elini solventle temizlemekte iken, sigarasını yakmak üzere çakmağını çaktığı sırada yanıcı maddenin alev alması sonucu arkadaşının kolunun yaralanmasına sebebiyet verdiği ve işin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü anlaşılmaktadır. Disiplin Kurulu'nca da bu eyleminden dolayı oybirliği ile işten çıkarılmasına karar verildiği görülmektedir. Bu durum 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II-b fıkrasındaki fesih sebebini oluşturur ve buna göre işveren hizmet akdini fesihle bakli olur. Böyle olunca davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağından davanın reddine karar vermek gerekir. Olayın cereyan tarzına ve

## İşin güvenliğinin tehlikeye düşüp düşmediğinin tespiti açısından işin ve işyerinin özelliğine göre seçilecek uzman bilirkişilerce araştırma yapılması gerekmektedir.

mevcut duruma ters düşen isabetsiz bilirkişi mütaalaasına dayanılarak aksine hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir<sup>33</sup>.”

İşin güvenliğinin tehlikeye düşüp düşmediğinin tespiti açısından işin ve işyerinin özelliğine göre seçilecek uzman bilirkişilerce araştırma yapılması gerekmektedir. Yargıtay, eğitmen pilotun akrobasi hareketlerinin ve davranışlarının, öğrencilerin iş güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediğinin sivil havacılıkta uzman olan bir bilirkişice incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.

“Davalı ve karşı davacının eğitmen pilot olarak davacı ve karşı davalı kurumda çalışmaya başladığı, bu hizmetini sürdürürken havacılık mevzuatına ve kurum yönetmelik genelgelerine aykırılık oluşturacak şekilde eğitmekle yükümlü olduğu öğrencilerin iş güvenliğini tehlikeye düşürecek şekilde akrobasi hareketlerinde ve davranışlarda bulunduğu bildirilerek 27.05.1998 tarihli bildirimle sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır.

Davacı işveren 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II-b maddesi kapsamında bakli nedenle bir fesih söz konusu olması dolayısıyla aradaki yüküleme senedine dayanarak tazminat isteğinde bulunmuş, bu davaya karşı da davalı işçi mukabil dava ile ihbar, kıdem ve kötüniyet tazminatı istemiştir.

Mahkemece işverenin davasının kabulüne mukabil davanın reddine karar verilmiştir. Her ne kadar hukukçu bir bilirkişiden rapor ve ek rapor alınarak feshin bakli nedene dayanıp dayanmadığı sorununun çözümü için özen gösterilmiş ise de, işin uzmanlığı gerektiren yönleri bulunduğu tartışmasızdır. Bu itibarla sivil havacılıkta uzman olan bir bilirkişi aracılığıyla tüm dosya bir incelemeye tabi tutularak iş güvenliği tehlikeye düşürecek akrobasi hareketlerinin ve davranışlarının bulunup bulunmadığının kesin biçimde belirlenmesi gerekir. Eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalıdır<sup>34</sup>.”



## 2. İşçinin Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta İsrar Etmesi Nedeniyle

İş K. md. 25/II (ı)'daki mahiyette olmamakla beraber işçinin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı davranışı bulunuyorsa ve uyarı yapılmasına rağmen ihlalini sürdürüyorsa iş sözleşmesi İş K.'nun 25/II-h fıkrasında yer alan "işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" hükmüne dayanarak tazminatsız ve ihbarsız olarak feshedilebilecektir.

Yargıtay kararlarında işçinin davranışı kendi sağlığına ve güvenliğine zarar verecek nitelikteyse, haklı nedenle feshe yol açacağı kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme bu bağlamda aşağıda yer alan kararında işçinin toz maskesi kullanmayı reddetmesini haklı fesih nedeni saymıştır.

*"Davacı işçinin davalıya ait işyerinde sağlık kurallarına göre toz maskesinin kullanılmasının gerekli olduğu bölümde çalışırken, maskeyi kullanması kendisinden istenmiş olmasına rağmen kullanmadığı, bu yüzden yöneticileri ile tartıştığı ve kullanmamakta direndiği tüm dosya içeriğinden ve özellikle tanık anlatımlarından anlaşılmaktadır. Günümüzde işyerlerinde sağlık kurallarına uymamanın sonucu bir çok meslek hastalığına neden olduğu bilinen bir gerçektir. Gerek Anayasa gerek iş mevzuatımız ve özellikle 1475 sayılı İş Kanunu'nun 73. maddesi bu konuyu titizlikle ele alarak düzenlemeler öngörmüştür. Somut olayda da davalı işveren bu düzenlemelere uygun hareket edilmesini istemiştir ki, bundan doğal başka bir şey olamaz. Davacının önceki dönemlerde birçok ibtar aldığı da görülmektedir. Başka konularda da olsa işverene karşı uyumlu bir tavır içinde bulunmadığı anlaşılmaktadır. Son ihtara konu olaydaki davranışı ablak ve iyiniyet kuralları ile bağdaştırılamaz. Böyle olunca davalı işverenin feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatları istekleri reddedilmiştir.<sup>35</sup>"*

## 3. İşçinin İçki ve Uyuşturucu Kullanma Yasağına Aykırı Hareket Etmesi Nedeniyle

İş Kanunu'nun "İş Sağlığı ve Güvenliği" başlıklı beşinci bölümünde yer alan maddelerden birisi de,

içki veya uyuşturucu kullanma yasağını düzenleyen 84. maddedir. Söz konusu maddeye göre, işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmak yasaktır<sup>36</sup>. Bu yasağın uygulanmayacağı işçiler (yasağın istisnaları) madde içerisinde belirtilmiştir<sup>37</sup>. Aşağıda yer alan Yargıtay Kararında da belirtildiği üzere işçilerin İş Kanunu'nun 84. maddesine aykırı davranışları halinde, işveren İş K.'nun 25/II-d maddesi gereği iş sözleşmelerini haklı nedenle tazminatsız ve bildirimsiz olarak feshedebilecektir.

*"Davacı akdinin geçerli neden olmaksızın feshedildiğini iddia etmiş, davalı baklı nedenle iş sözleşmesine son verildiğini savunmuş. Mahkeme de davayı kabul ederek feshin geçersizliğine ve işe iadeye dair hüküm vermiştir."*

*Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının her ne kadar işyeri dışında alkol aldığı anlaşılmaktaysa da, işyeri aracılığıyla işyerine geldiği ve işyerinde doktor tutanağıyla alkollü olduğu anlaşıldığı gibi tutum ve davranışlarından da tanık beyanlarına göre alkollü olduğu açıktır. Bu durumda davacının iş akdinin 4857 sayılı Kanun'un 25/II/d ve 84. maddeleri gereğince haklı nedenle feshedildiği anlaşılmıştır.<sup>38</sup>"*

## V. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KURALLARINA UYULMAMASI HALİNDE İŞVERENİN GEÇERLİ NEDENLE İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI

İş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı hareket nedeniyle özen borcunun ihlalinin haklı nedenle derhal fesih hakkını doğurabilmesi için özen borcuna aykırılığın İş Kanunu'nun 25/II (ı) maddesinde öngörülen sonuçları yaratması ya da bu durumlara benzer ağırlıkta olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle derhal fesih hakkının ortaya çıkabilmesi için işçinin davranışının ahlak ve iyi niyet kurallarına uymaması, iş ilişkisine devamı çekilmez hale getirmesi gerekir. İş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı her hareket tazminatsız olarak derhal işten çıkarmayı haklı kılan bir neden olarak değerlendirilemeyecektir. İşçinin ihlali İş Kanunu'nun 25/II (ı) maddesinde belirtildiği kadar ağır olmakla birlikte işin ve işyerinin normal yürüyüşünü

olumsuz etkiliyorsa, İş Kanunu'nun 18/I maddesi uyarınca geçerli bir süreli fesih nedeni oluşturabilecektir<sup>39</sup>.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, işçinin sigara içtiği yerde o sırada yanıcı madde bulunmamasına ise de, işe girerken sigara içmediğini belirtmesi ve işverenin bu konudaki talimatlarına uymaması nedeniyle davacının davranışının fesih için haklı neden ağırlığında değilse de, geçerli neden teşkil ettiğini belirtmiştir.

*“Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.*

*Davalı işveren, işe alınırken sigara içmediğini belirten davacının yasak olmasına rağmen işyerinde sigara içmesi nedeni ile iş sözleşmesinin İş*

*belirtilen yer dışında sigara kullanırken tespit edilmiştir. Her ne kadar sigara içtiği yerde o sırada yanıcı madde bulunmamakta ise de, işe girerken sigara içmediğini belirten ve işverenin bu konudaki talimatlarına uymayan davacının söz edilen davranışı fesih için haklı neden ağırlığında değilse de, geçerli neden teşkil ettiği açıktır. Bu nedenle davacının işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır<sup>40</sup>.”*

Yüksek Mahkeme başka bir kararında, kullandığı iş makinesi nedeniyle duvar çatlatan ve rafları yerinden oynatan işçinin davranışını İş Kanunu'nun 25. maddesinde sayılan haklı fesih nedenleri kapsamında olmasa da geçerli fesih sayılacak nedenlerden kabul etmiştir.

*“Davacı, iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerine aykırı olarak feshedildiğini, feshin geçerli nedenle yapılmadığını be-*

## Her ne kadar sigara içtiği yerde o sırada yanıcı madde bulunmamakta ise de, işe girerken sigara içmediğini belirten ve işverenin bu konudaki talimatlarına uymayan davacının söz edilen davranışı fesih için haklı neden ağırlığında değilse de, geçerli neden teşkil ettiği açıktır.

*Kanunu'nun 25/II-a ve ı maddeleri gereğince haklı olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.*

*Mahkemece dinlenen davacı tanıklarının beyanlarına göre davacının mekanik bölümün üst katında üretim alanı dışında kalan bölümde dinlenme saati içerisinde sigara içtiği, iş sözleşmesinde sigara içilmeyeceği konusunda bir ibarenin olmadığı, bu nedenle İş Kanunu'nun 25. maddesine göre haklı feshin koşullarının oluşmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile isteğin kabulüne karar verilmiştir.*

*Dosya içeriğine göre, işyerinde yapılan işin niteliği gereği sigara içilmeyeceği konusunda bir yasağın bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı da işe girerken bu konuda sorulan soruya sigara kullanmadığı şeklinde cevap vermiştir. İşyerinde yasağa rağmen davacıdan başka işçilerin de sigara kullandıkları ancak bunların çay ocağının bulunduğu yerde dinlenme saatlerinde sigara içtikleri tanık anlatımlarından anlaşılmaktadır. Davacı ise*

*lirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı “davacının iş sözleşmesinin işverene zarar vermesi nedeni ile feshedildiğini, feshin haklı olduğunu” savunmuştur.*

*Mahkemece “davacının kullandığı iş makinesi sonucu duvar çatlaması ve rafları yerinden oynatmasının işin güvenliğini tehlikeye düşürme derecesinde olmadığı, feshin haklı nedene dayanmadığı gerekçesi ile” feshin geçersizliğine, işe iadeye, 4 aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağına karar verilmiştir.*

*İşçinin yeterliliği ve davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih nedeni yapılabilir. Bu nedenler 4857 sayılı Yasanın 25. maddesinde sayılan haklı fesih nedenleri olabileceği gibi bu kapsamda olmasa da geçerli fesih sayılacak nedenlerdir. Haklı fesih nedenlerine yakın olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı bir takım davranışları, geçerli fesih için kabul edilebilir nedenlerdir.*

## Bir toplumda iş sağlığı ve güvenliği bilinci (kültürü) oluşmadıkça mevzuatla getirilen hukuki güvenceler kağıt üzerinde kalacaktır.

*Dosya içeriğine, toplanan delillere göre işçinin iş sözleşmesi davalı işverence "Forklift kullanma yeterliliği olmamasına rağmen, kullanarak işçi sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atma, kalıp ve duvarlara zarar verme nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II i maddesi uyarınca" feshedilmiştir. Somut olayda davacı işçinin bu eylemi kendi savunması ve diğer deliller ile sabittir. Ancak meydana gelen zarar 30 günlük ücretinden azdır. İş sözleşmesinin feshedilmesi zararın 30 günlük ücretten az olması nedeni ile bakli nedene dayanmadığı doğru ise de, geçerli neden olmadığı ileri sürülemez. Zira bakli fesih ile geçerli fesih kavramları farklıdır. Her bakli fesih geçerli nedene dayanır. Ancak her geçerli fesih, bakli fesih değildir. Davacı, davranışlarından kaynaklanan nedenle, işçi sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atmış ve işyerinde olumsuzluklara neden olmuştur. Fesih geçerli nedenlere dayandığına göre, işe iade isteğinin reddi gerekir. Mahkemece yazılı şekilde fesih geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesi hatalıdır<sup>41</sup>.*

Belirtmek gerekir ki; iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçilerin iş sağlığı ve güvenliği kuralına uymamaları halinde, haklı nedenle feshe yol açacak ağırlıkta olmayan ancak işi ve işyerini olumsuz etkileyen ihlaller nedeniyle İş Kanunu'nun 17. maddesi gereği iş sözleşmeleri işverence feshedilebilecektir.

## VI. SONUÇ

Mevzuatımız işveren ve işçi kesimine iş sağlığı ve güvenliği alanında önemli yükümlülükler ve müeyyideler getirmiştir. Bu düzenlemelerin önemi yadsınamaz. Ancak bir toplumda iş sağlığı ve güvenliği bilinci (kültürü) oluşmadıkça mevzuatla getirilen hukuki güvenceler kağıt üzerinde kalacaktır<sup>42</sup>. Bu bakımdan çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusunda bilinçlendirilmesi gerekmektedir. Eğitim görevi ise işverenler kadar işçi sendikalarına da düşmektedir. Salt eğitim yeterli olamayaca-

ğından çalışanlar da almış oldukları eğitimi önemseyip, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki kurallara uyma konusunda özen göstermek durumundadırlar. İş sağlığı ve güvenliği alanında eğitilen ve bu konuda gayretli olan işçilerin kuralları ihlal etmeleri ve yukarıda belirtilen müeyyidelerle karşı karşıya kalmaları söz konusu olmayacaktır.

## DİPNOTLAR

- \* "İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku" ile "Avrupa Topluluğu Hukuku" alanlarında yüksek lisans yapmıştır.
- 1 SÜZEK, Sarper, "İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri", Legal Dergisi S. 6, 2005 s. 610.
- 2 AYDEMİR, Murteza; "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğini Sağlama Açısından İşverenin Yükümlülüğü", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi C. 4 S. 1 Ocak 1995 s. 81. İşverenin işçiyi gözetme borcundan doğan hukuki sorumluluğu ve iş güvenliği önlemlerini almayan işverenlere uygulanacak kamu hukuku yaptırımları için bakınız; SÜZEK, Sarper; "İş Güvenliği Hukuku", Savaş Yayınları Ankara, 1985 s. 176-341.
- 3 İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Türk Tabipler Birliği, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği ve DİSK tarafından bu Yönetmeliğin şekil yönünden tamamının, bazı maddelerinin iptali ile yürütmenin durdurulması istemiyle açılan dava sonucunda Danıştay 10. Dairesi, şekil yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile önce Yönetmeliğin yürürlüğünün durdurulmasına, 16.05.2006 tarihinde de, 2004/1942 E. ve 2006/3007 K. sayılı Kararı ile anılan Yönetmeliğin iptaline karar vermiştir.
- 4 Bakınız; KAPLAN, Senyen, Tuncay; "4857 sayılı İş Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Olarak Getirilen Yükümlülükler", İşveren Dergisi, Cilt: 43 Sayı: 9 s. 48-51.
- 5 Yönetmelikler için bakınız, GÜZEL Ali, CANIKLIOĞLU Nursen, OCAK Saim "İş Mevzuatı" Beta Yayınevi İstanbul 2006, s. 423 ve devamı.
- 6 İş sağlığı ve güvenliği konusunda işverenlerin yükümlülükleri için bakınız; YILDIZ (SERATLI) Burcu Gaye, "4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004, Cilt: 53 Sayı: 2 s. 197-245.
- 7 İşverenin eğitim yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; YILDIZ, Burcu, Gaye; "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Eğitim Verme Yükümlülüğü", İşveren Dergisi, Cilt: 43 Sayı: 9 s. 52-56.
- 8 Özellikle işveren sendikaları ve bu sendikalara üye işletmeler bu konuda önemli çalışmalar yapmaktadır. Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası (ÇMİS) bu alanda öncülük yaparak dünyada ilk defa bir sektör bazında (çimento sektöründe) iş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemi uygunluk belgesi olan OHSAS 18001'i almıştır. 15-17 Kasım 2005 tarihleri arasında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca gerçekleştirilen "4. Uluslararası Bölgesel İSG Konferansı"nda ÇMİS ve üye fabrikalar "Örnek İşveren" ödülüne layık görülmüştür.
- 9 Yürürlükten kalkan 1475 sayılı İş K.'nun 73. maddesinde işçilerin sorumluluğu "İşçiler de iş sağlığı ve güvenliği hakkındaki usul ve şartlara uymakla yükümlüdürler" hükmüyle düzenlenmiştir.

- 10 İş sağlığı ve güvenliği alanında işveren tarafından alınmış olan tedbirler, yapılan düzenlemeler ve koruyucu her türlü organizasyona uygun davranılması, verilen koruyucu araç ve gereçlerin kullanılması, bu alanda işverence çıkartılacak talimatlara uyulması işçi için iş sözleşmesinden doğan bir yükümlülüktür. Sadakat ve özen borcu işçiye, işverene, işyerine ve işe zarar vermemek, zarar verici tavırlardan kaçınmak yükümlülüğü yüklemiştir. ARICI, Kadir; "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri", Sargin Ofset, Ankara, 1999 s. 123.
- 11 Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlükten kaldırılan Tüzükler, 12 Haziran 2005 tarihli ve 25843 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmış olup, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü yürürlükten kalkan bu tüzükler arasında yer almamıştır.
- 12 16.12.2003 tarih ve 25318 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptaline yönelik olarak Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı tarafından açılan davada Danıştay 10. Dairesi (2004/1253 E. ve 2006/1658 K., 28.02.2006) anılan Yönetmeliğin 4. maddesindeki işyeri hekimi tanımı ile 18, 19, 20, 25 ve 26. maddelerinin iptaline karar vermiştir.
- 13 07.04.2004 tarih ve 25426 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 14 Bknz. Dipnot 13.
- 15 20.01.2004 tarih ve 25352 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği tarafından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na karşı açılan davada, Danıştay 10. Dairesi, 28.03.2006, 2004/6075 E. ve 2006/2159 K. sayılı kararı ile anılan Yönetmeliğin 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16. maddelerinin iptaline karar vermiştir.
- 16 BK md.44/I "Tazminatın Tenkisi"; Zarar gören zarara razı olmuşsa veya kendisinin eylemi zararın doğmasına ya da çoğalmasına yardım etmiş ve zararı yapanın durumunu ağırlaştırmışsa, hakim zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir.
- İş kazasından doğan maddi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatı için bakınız; AKIN, Levent; "İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat", Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001. YILDIZ (SERATLI) Burcu Gaye; İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- 17 10. HD. 22.10.1976 T., 2171 E., 6986 K. sayılı Kararı.
- 18 AKIN, Levent; "İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, S. 1 s. 155.
- 19 Borçlar Kanunu md. 321, "Özen Gösterme Zorunluluğu, "İşçi üzerine aldığı işi özenle yapmak zorundadır. Kasit veya ihmal ve dikkatsizlikle işverene verdiği zararlardan sorumludur. İşçiye düşen özenin derecesi, sözleşmeye göre saptanır ve bu yapılırken işçinin, o iş için gerekli olup işverence bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, meslek yeteneği ve işe yatkınlığı ve nitelikleri gözetilir."
- 20 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; "İş Hukuku", Turhan Kitabevi, Ankara, 2004 s. 496.
- 21 EŞMELİOĞLU, İbrahim; "İş Kanunları ve Mevzuatı", Seçkin Kitabevi Ankara, 1986 s. 347
- 22 ODAMAN, Serkan; "İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı", Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 2003. s. 191.
- 23 SÜZEK, Sarper; "İş Hukuku", 2. B. Beta Basımevi, İstanbul 2005 s. 514.
- 24 ÇEMBERCİ, Mustafa; "İş Kanunu Şerhi", Olgaç Matbaası, Ankara 1984, s. 407.
- 25 ŞAHLANAN, Fevzi; "İşyerinde Sigara İçme Nedeniyle Hakkı Fesih (Karar İncelemesi)", Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 2005, S. 307. s. 39
- 26 ULUSAN, İlhan; Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu", Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1990 s. 49-50.
- 27 Yarg. 9. HD'nin 10.04.2006 tarih, 2005/30798 E. ve 2006/9083 K. sayılı Kararı.
- 28 Yarg. 9. HD. 28.05.1996, 1996/3239 E. ve 1996/11913 K., GÜNAY, İlhan Cevdet; İş Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları C. 1, Ankara, 2005 s. 989.
- 29 Yarg. 9. HD. 2001/7903 E. 2001/10179 K. sayılı Kararı, ÇİL, Şahin; "4857 sayılı İş Kanunu Şerhi", Turhan Kitabevi 1. C., Ankara, 2004 s. 544.
- 30 Yarg. 9. HD. 26.04.2001, 2001/4065 E. ve 2001/7215 K., ÇİL, Şahin; İş Kanunu Şerhi, s.553.
- 31 Yarg. 9. HD. 15.12.1999, 1998/19723 E. ve 1999/2073 K., GÜNAY, İlhan Cevdet; İş Kanunu Şerhi, s. 910.
- 32 Yarg. 9. HD. 02.11.2004, 2004/1834 E. ve 2004/24692 K., Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 2005, S.307. s. 39.
- 33 Yarg. 9. HD. 09.04.1992, 1991/16257 E. ve 1992/3937 K., TİSK İşveren Dergisi Cilt: IV, Sayı: 187 s. 17
- 34 Yarg. 9. HD. 02.05.2000, 2000/4089 E. ve 2000/6460 K., GÜNAY, İlhan Cevdet; İş Kanunu Şerhi s. 860.
- 35 Yarg. 9. HD. 29.02.2000, 1999/20125 E. ve 2000/2369 K., AKYİĞİT, Ercan; "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları", Ethemler Yayıncılık, İstanbul 2003 s. 781.
- 36 Yürürlükten kalkan 1475 sayılı İş K.'nda içki ve uyuşturucu madde kullanma yasağı 77. maddede düzenlenmiştir.
- 37 İşveren, işyeri eklentilerinden sayılan kısımlarda, ne gibi hallerde, hangi zamanda ve hangi şartlarla alkollü içki içebileceğini belirleme yetkisine sahiptir.
- Alkollü içki kullanma yasağı; alkollü içki yapılan işyerlerinde çalışan ve işin gereği olarak üretileni denetlemekle görevlendirilen, kapalı kaplarda veya açık olarak alkollü içki satılan veya içilen işyerlerinde işin gereği alkollü içki içmek zorunda olan, işinin niteliği gereği müşterilerle birlikte alkollü içki içmek zorunda olan işçiler için uygulanmaz.
- 38 Yarg. 9. HD. 11.04.2005, 2005/8287 E. ve 2005/12834 K., AKYİĞİT, Ercan, "4857 sayılı İş Kanunu Şerhi", 2. B. 2006 s. 2079.
- 39 SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, s. 273.
- 40 Yarg. 9. HD. 21.03.2006 tarih, 2006/4640 E. ve 2006/7155 K. sayılı Kararı
- 41 Yarg. 9. HD.'nin 17.01.2006 tarih 2005/36747 E. ve 2006/340 K. sayılı Kararı.
- 42 SÜZEK, Sarper; "İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi C. 5 S. 3 Nisan 2000 s. 305-306.



Prof. Dr. Nizamettin AKTAY

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2005/20810

**Karar No** : 2005/24800

**Tarihi** : 11.07.2005

### Karar Özeti

4857 sayılı İş Kanunu hükümleri gereği, geçersiz fesih dolayısıyla dava açan ve davası yerel mahkemece kabul edilen işçi, işverene başvurarak işbaşı yaptırılmasını talep etmiştir. İşveren bu talebe olumlu cevap vererek işçinin işbaşı yapmasını istemiştir. Ancak işçi bu arada başka işe girmiş ve işbaşı yapmayarak ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesini talep etmiştir. İşveren de işbaşı yapmayan işçiye ihbar ve kıdem tazminatlarını ödememiştir. Yargıtay davate rağmen işbaşı yapmayan işçiye kıdem ve ihbar tazminatlarının ödetilmesi gerektiğine karar vermiştir.

### Dava

Davacı ihbar ve kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü;

### Yargıtay Kararı

Davacının Bilecik Asliye Hukuk (İş) mahkemesinin feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin temyiz edilmeksizin kesinleşen kararına istinaden işverene yaptığı başvuruya olumlu cevap verilmesine rağmen işbaşı yapmaması, mahkemece iş sözleşmesini kendisinin sona erdirdiği kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatı talepleri reddedilmiştir.

İşçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmaması hali 4857 sayılı İş Kanununun 21/V. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu süre içinde işverene başvurmayan işçi için işverence yapılmış fesih geçerli bir fesih sayılmakta ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları olan ihbar tazminatı ve kıdemi uygun ise, kıdem tazminatından sorumlu tutulmaktadır.

Yasa koyucu bunun ötesinde işverene süresi içinde başvuruda bulunup işe davete uymayan işçinin iş sözleşmesinin kendisi tarafından feshedildiğinin kabulü yolunda bir düzenleme yapmamıştır.

Öte yandan işe iade yargılamasının uzun sürmesi nedeniyle başka bir işe giren işçinin kesinleşen mahkeme kararına rağmen işverene başvuruda bulunması halinde de sadece fesih geçerli sayılmakta bu işlem işçi aleyhine bir yapıya tabi tutulmamaktadır.

Kesinleşen mahkeme kararı feshin geçersizliğini tespit etmektedir. Ancak işverenin davetine uyan işçi işe başlamakla boşa geçen sürenin en çok dört aylık süresi için iş sözleşmesi devam etmektedir.

Mevzuatımızda işçinin koşulları bulunuyorsa, feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin talepte bulunması zorunlu olmayıp isteğe bağlı bulunmaktadır. Bunun sonucunda işverene başvurup işe davet edilse de işe başlamakla yükümlü değildir. Burada M.K.nun 2/II maddesine gitmek de mümkün değildir. Zira işverence işe davet edilmediği takdirde işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücreti alabilecek davacının büyük bir ihtimalle başka işe girdiğini bildiği işçi işverenin işe daveti iyiniyetli olmayabilir.

Kaldı ki, önceki fesih hukuki sonuç doğurduğundan tarih esas alınarak ihbar ve kıdem tazminatı hesap edilmesi gereken işçinin feshin geçersizliği kararının işçinin işe başlatılması ile sonuçları doğurup yasa koyucu tarafından boşa geçen sürenin sadece dört ay ile sınırlı tutulması nedeniyle askıda bulunmayan iş sözleşmesinin işe başlamamak suretiyle işçi tarafından sonlandırılmasından söz edilemeyecektir. İş hukukunun temel ilkesi olan "işçi lehine yorum" Yasa başlığı M.K.nun 1/II maddesi uyarınca 4857 sayılı İş Kanununun 21/V maddesi hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle doldurularak geçerli feshi sonuçları olan ihbar ve kıdem tazmi-

natı taleplerinin kabulü yerine, mahkemece yazılı şekilde reddi hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir.

## SONUÇ;

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 11.07.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

## KARŞI OY;

Feshin geçersizliği ve işe iade talebi ile dava açan, mahkemece verilen işe iade kararı kesinleştikten sonra yasal süre içerisinde işe başlamak üzere işverene başvuran işçinin, bu başvurusunu geri alıp alamayacağı, alabileceği bu hakkını hangi aşama ve sürede kullanabileceği 4857 sayılı yasada düzenlenmiş değildir. Bu sorunu sözleşme, Borçlar ve Medeni hukuku'nun genel kurallarına göre çözmek gerekir.

4857 sayılı İş yasasının 21/5 maddesi düzenlemesine göre kararın kesinleşmesinden itibaren on işgünü içerisinde işe başlaması için işçi işverene başvuramaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

On günlük yasal süre içerisinde işe başlamak için işverene başvuran işçinin bu başvurusunun işverenin işe başlatma iradesi işçiye ulaşıncaya kadar geri almasının mümkün olduğunu, bu durumda yukarıda açıklanan 21/5 madde gereği işlem yapılması gerektiğinin kabulünün yasal düzenlemeye uygun düştüğü kanısındayım. Zira işverenin işe başlatma iradesi henüz işçiye ulaşmamıştır.

Ancak en tartışmalı husus işverenin işe başlatma iradesi işçiye ulaştıktan sonra işçi işe başlamayacağını bildirir veya işe başlamazsa 21/5 madde uygulanabilir mi? Kanaatimce buna imkân bulunmamaktadır. İşçinin işe başlama isteği işverence kabul edildikten sonra başka bir anlatımla iradeler birleşince işçinin tek taraflı işverenin rızası olmadan işe başlama iradesini geri alması Borçlar Kanununun 23-30 maddelerinde düzenlenen hata, hile ve ikrah halleri olmadıkça aynı yasanın 1-9 maddeleri hükümleri karşısında mümkün değildir.

İşe iade davalarında üç aşama mevcuttur. Birincisi mahkemenin feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermesi, ikincisi karar kesinleştikten sonra işçinin on işgünü içerisinde işe başlamak için işverene başvurması, üçüncüsü işverenin işçiye işe başlatma iradesini işçiye ulaştırmasıdır. Bu üç aşama tamamlandıktan sonra artık işverenin feshi geçersiz sayılmış ve baştan itibaren akit feshedilmemiş gibi sonuçlarını doğurur hale gelmiştir.

Bu aşamadan sonra akit tarafların birisinin iradesi ile veya karşılıklı anlaşarak sona erdirilebilir. Bu fesih haklı veya geçerli nedene dayanabileceği gibi haksız bir fesih olabilir. Taraflar bu feshin sonucuna katlanmak durumundadırlar. İşçinin zarar göreceği düşüncesi sözleşme hukukunun genel prensiplerinin yok sayılmasını gerektirmez. Taraflar haklarını kullanırken objektif iyiniyet kurallarına uymak zorundadırlar.

Somut olayda, davalı işveren işçinin 29.11.2004 tarihli işe başlama başvurusuna noter

vasıtası ile gönderdiği 30.11.2004 tarihli ihtarnamede yedi gün içerisinde davacının işe başlamasını istemiş, işinin işe başlamaması üzerine ikinci kez 23.12.2004 tarihli ihtarname gönderilmiştir. Davacı bu çağrılara rağmen işbaşı yapmamıştır. Davacı vekili 18.04.2005 tarihli mahkemeye hitaben yazdığı dilekçesindeki "...davacı müvekkil, yeni bir işe başlamış olması ve davalı işyerine dönmesi durumunda huzurlu çalışmayacağı düşüncesi sebebiyle çağrıya cevap vermemiş ve işe dönmemiştir..." kabulü ile işe davete rağmen başlamadığını kabul etmiş, ancak ileri sürdüğü gerekçeleri kanıtlayacak delil sunmamış işverenin kötüniyetli olduğunu iddia ederek başka bir anlatımla iş sözleşmesini haklı nedenlerle sona erdirdiğini kanıtlayamamıştır.

Bu sebeplerle dosya içersine ve yasal düzenlemelere uygun düşen mahalli mahkeme kararının onanması görüşünde olduğumdan çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum.

Başkan O.G. Çankaya

## Kararın İncelenmesi

4857 sayılı İş Kanunu ile mevzuatımıza giren iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshi ya da iş güvencesi olarak ifade edilen düzenleme İş Hukukumuzda yeni kavramlar getirmiştir. Getirilen düzenlemeler Kanununun 18-21. maddeleri arasında yer almaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, iş güvencesi bütün iş sözleşmelerine uygulanmamaktadır. 21. maddeye göre otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere bu hükümler uygulanacaktır. Yani Kanun koruma şemsiyesini bütün işçilere değil, ancak belirli çalışma şartlarına sahip işçiler için tanımıştır.

İncelemeye konu olan Yargıtay kararında belirlenmemesine rağmen işçinin otuzdan fazla işçinin çalıştırıldığı bir işyerinde altı aydan fazla kıdemi olan ve süresi belirsiz bir iş sözleşmesiyle çalıştığı kabul edilmelidir.

İşçinin işverence ihbar sürelerine uyulmaksızın ve kıdem tazminatı da ödenmeksizin işten çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bunun üzerine dava açan işçinin iş sözleşmesinin feshini yerel mahkeme, geçerli olmayan sebeplerle yapılan bir fesih olarak kabul etmiş ve işçinin işe iadesine karar vermiştir.

Burada davacı tarafından davanın iş güvencesi hükümlerine aykırılık dolayısıyla açıldığı görülmektedir. Davacı iş güvencesin getirdiği imkânlardan faydalanmak istemektedir. Bu imkânların en başta geleni ise işe iadedir.

Kanununun 18. maddesine göre iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshi için ya işçinin yeterliliği veya davranışları ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir sebebin mevcut olması şartları aranmaktadır. Yine mahkeme kararından çıkarıldığı kadarıyla işverenin iş sözleşmesini feshi bu geçerli sebeplerden birisine dayanmamaktadır. Hatta bu konuda herhalde mahkeme kararını yerinde gören işverenin de ilk derece mahkemesinin kararını temyiz etmediği, mahkeme kararını kabullendiği anlaşılmaktadır. Buraya kadar olan kısımda sorun ve tartışma yoktur.

Mahkemenin işe iade kararından itibaren işçinin, Kanununun 21. maddesi çerçevesinde on işgünü içerisinde işverene başvuruda bulunması gerekmektedir. Eğer işçi bu süre içerisinde işverene başvuruda bulunmaz ise işverence yapılan fesih geçerli bir fesih sayılacaktır. Bunu müteakiben işveren sadece bu feshin hukuki sonuçlarından sorumlu tutulacaktır.

Yargıtay kararında, işe iade davası açan işçi, lehine iade kararı çıkması üzerine işverene başvurmuş ve Kanunun md.21/V hükmünün ilk şartını yerine getirmiştir. İşveren de işçinin başvurusu üzerine md.21/I hükmünün gereğini yerine getirecek işçiyi işe başlatmak için işçinin işe başlatılma başvurusunu kabul etmiştir. Eğer işveren mahkeme kararına rağmen kendi iradesiyle işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmamış olsaydı işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olacaktı (md.21/I). Ayrıca mahkeme feshin geçersizliğine karar verirse “Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları...” da işverence ödenmek üzere mahkemece karar alınacaktır (md.21-III).

Şimdi burada öncelikle ilk derece mahkemesinin kararının mahiyetini incelemek gerekmektedir. Mahkeme md.21/I hükmü gereği işverenin, işçinin iş sözleşmesini feshi iradesinin geçersizliğine karar vermiştir. Burada Kanun gayet açık bir biçimde işverenin, işçinin iş sözleşmesini feshetme tasarrufunun geçersiz olduğuna karar vermiştir. Gerçi bu geçersizliğin doktrinde bazı yazarlar tarafından genel bir geçersizlik olmadığı, “işçiyi işe başlatma veya başlatmamaya göre farklı hukuki sonuçlara” bağlanmış bir geçersizlik olduğu ifade edilmektedir<sup>1</sup>. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre Kanunun açık ifadesi karşısında, mahkemenin geçersizliğe karar vermesi iş sözleşmesinin bu süre için askıda kalması ve “işçinin her an iş görmeye hazır bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği bu süre içinde “işverenin iş vermekte temerrüde düştüğü” (B.K. md.324, 325) kabul edilmelidir<sup>2</sup>.

Buradan hareketle işverenin temerrüde düştüğü kabul edilerek bir değerlendirme yapılırsa; işverenin, işçiye çalıştırılmadığı sürenin dört aya kadar olan kısmının ücretini ödemesinin sebebi, akdin (askıda da olsa) devam ettiği anlayışına dayanmasıdır. İşçinin de, iş sözleşmesinin devam ettiğine mahkemenin karar vermesine rağmen gelip de işe başlamaması, kesinliği kanıtlanmamış subjektif sebeplerle işe gelemeyeceğini, başka bir iş bulduğunu belirtmesi, iş sözleşmesinin işçi tarafından sona erdirildiği anlamını taşıyacaktır. İşverenin davetine rağmen gelip de işe başlamayan iş-

çi böylece iş sözleşmesini kendisi sona erdirmiş sayılacaktır.

Burada işçinin iki talebi olan iş sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanan kıdem ve ihbar tazminatlarını değerlendirmek gerekmektedir.

Bilindiği gibi kıdem tazminatına ilişkin olarak yeni 4857 sayılı İş Kanunu bir düzenleme yapmıştır. Sadece Geçici 6. madde ile Kıdem Tazminatı Fonu'nun kurulacağı öngörülmüş ve Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu'nun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdem tazminatları için 1475 sayılı İş Kanunu'nun md.14'deki hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde kıdem tazminatının hak kazanılma halleri de yargı ve doktrin içtihatları çerçevesine oldukça net bir biçimde uygulanmaktadır. Buna göre işçinin asgari bir yıllık çalışmasının bulunması, bu çalışmanın aynı işverenin aynı ya da farklı işyerlerinde toplam çalışma olarak geçirilmiş olması aranmaktadır. Bu temel ya da başlangıç şartı diyebileceğimiz şarttan sonra iş sözleşmesinin işçi ya da işverence feshedilmesine göre kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılmayacağı belirlenecektir.

Eğer iş sözleşmesi işçiden kaynaklanan bir sebep ile sona ermişse ilke olarak işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağı kabul edilmelidir. Ancak Kanun saymış olduğu ve işçiden kaynaklanan sebep olarak ifade etmesine rağmen bazı istisnai haller dolayısıyla kıdem tazminatına hak kazanabilir. Kanun burada hak kazanılabilecek haller için sayma yoluna gitmiştir. Bu haller şunlardır<sup>3</sup>;

- İşçinin iş sözleşmesini bağlı bulunduğu kurumla kurulu kurum veya sandıktan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı almaya hak kazanması. Ancak 14. maddenin I. fıkrasına 4447 sayılı Kanun ile yapılan ilaveye göre gerek SSK md. 60, gerekse Geçici 81. maddeye göre öngörülen yaş şartı aranmaksızın, işçilerin bu maddelerde belirlenen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlamaları halinde ve kendi istekleri ile iş sözleşmelerini feshetmeleri halinde de kıdem tazminatlarını alabilme imkânları kabul edilmiştir<sup>4</sup>. Böylelikle emeklilik hakkını elde edememelerine rağmen işten ayrılmaları halinde de kendilerine kıdem tazminatı ödenmesi imkânı sağlanmıştır.

- İşçinin ölümü halinde mirasçılara kıdem tazminatı ödenecektir.



- İşçilerin toptan ödeme alma amacıyla iş sözleşmesini sona erdirmeleri,

- İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla iş sözleşmesini sona erdirmesi,

- İşçinin iş sözleşmesini haklı sebeplerle feshetmesi hali (md.24) olarak; sağlık, işverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan halleri ve benzerleri ile zorlayıcı sebeplerdir.

- Bir de kadın işçilerin evlenmelerinden itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini feshetmeleridir.

Ancak iş sözleşmesi işverenden kaynaklanan bir sebeple sona ermiş ise bu takdirde kural olarak işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Bunun sadece bir istisnası vardır; o da işçinin iş sözleşmesinin işverence İş Kanunu md. 25/II'de belirtilen işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan halleri ve benzerleri dolayısıyla feshedilmesidir. Bu takdirde işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Şimdi burada bu hükümler karşısında bir değerlendirme yapmak gerekirse; işçinin iş sözleşmesi işverence feshedilmiştir, dolayısıyla işveren haklı bir sebep de (md.25/II) belirtmemektedir, öyleyse işçi kıdem tazminatına hak kazanabilir diye düşünülebilir. Ancak mahkemece işçinin işten çıkarılmasını geçerli bir sebebe dayanmadığı kabul edilerek hüküm kurulduğuna göre, işverenin de bunu kabul ederek işçinin işe iade talebine olumlu cevap vermesi karşısında iş sözleşmesinin feshi işlemi geçersiz hale gelmiştir. Bu takdirde işçinin gelip işbaşı yapması gerekmektedir. Çünkü iş sözleşmesi halen var kabul edilmektedir. Ancak işçi gelip işbaşı yapmadığı gibi başka bir işte çalışmaya başlamıştır. Bu dahi iş sözleşmesi devam ettiği kabul edilen işçinin başka bir işte işe başlayarak iş sözleşmesini kendisinin sona erdirmesi anlamına gelecektir. İşçi tarafından iş sözleşmesi sona erdirildiğinde de yukarıda belirtilen, işçiye kıdem tazminatını hak kazandıran hallerden biri söz konusu olmadığına göre işçinin kıdem tazminatına hak kazanması mümkün olamayacaktır.

İhbar tazminatı konusuna gelindiğinde de şunu belirtmek gerekmektedir; bilindiği gibi İş Kanunu md.17 belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer taraf bildirilmesi gerektiğini ifade ederek bu sürelerin de işi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra; işi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim

diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra; işi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra; işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra iş sözleşmelerinin feshedilmiş sayılacağını kabul eder.

Kanunun süreli fesih olarak kabul ettiği bu düzenlemede iş sözleşmesini feshetmek isteyen tarafın bu sürelere uyararak, sebep belirtme ihtiyacında olmaksızın her zaman sözleşmeyi feshedebilme imkânı tanınmıştır (tabii ki iş güvencesi hükümleri saklıdır md.18-21). Yukarıda incelediğimiz Yargıtay kararında Yüksek Mahkeme iş sözleşmesinin işverence feshedildiğini kabul ederek, bu kabul çerçevesinde hüküm tesis etmiş ve işverenin ihbar tazminatı ödemesi gerektiğini kararlaştırmıştır. Halbuki; İş Kanunu md.21/I çerçevesinde ilk derece mahkemesinin iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verdiği kabul edilirse (ki ilk derece mahkemesinin verdiği karar bu şekildedir), işverenin iş sözleşmesini feshetme tasarrufu ortadan kaldırılmış sayılacağından, iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilerek, işçi yapılan davete rağmen işe gelmemekle iş sözleşmesini kendisi sona erdirmiş sayılacaktır. Bu kabul çerçevesinde iş sözleşmesini sona erdiren işçinin bildirim sürelerine kendisi uymadığı için ihbar tazminatı talebinde bulunması da söz konusu olamayacaktır.

Ancak Yargıtay kararında şu ifadeyi kullanmaktadır; "Kaldı ki, önceki fesih hukuki sonuç doğurduğundan tarih esas alınarak ihbar ve kıdem tazminatı hesap edilmesi gereken işçinin feshin geçersizliği kararının işçinin işe başlatılması ile sonuçları doğurup yasa koyucu tarafından boşta geçen sürenin sadece dört ay ile sınırlı tutulması nedeniyle askıda bulunmayan iş sözleşmesinin işe başlamamak suretiyle işçi tarafından sonlandırılmasından söz edilemeyecektir." Bu kabul bizi 21/I madde hükmünü farklı anlamaya sevk edecektir. "...yasa koyucu tarafından boşta geçen sürenin sadece dört ay ile sınırlı tutulması nedeniyle askıda bulunmayan iş sözleşmesinin..." ifadesi Yüksek Mahkeme'nin, Kanunla sadece boşta geçen sürenin dört aylık kısmının ödenebileceğinin, ödemenin sadece bununla sınırlı tutulmasının iş sözleşmesinin askıda olamayacağına ilişkin bir karine getirdiği anlamını çağrıştıracak düşüncesi kanaatimiz-

ce yerinde kabul edilemez. Kanunun çalışılmayan sürenin sadece dört aylık kısmının ödenmesini öngörmesi Demir'in de ifade ettiği gibi şu amaca hizmet etmektedir; "ülkemizde iş davalarının uzun sürmesi nedeniyle, yasa koyucunun işverenin temerrüde düşüğü boşa geçen sürenin maliyetini 'adil olmasa da' taraflar arasında paylaştığı, işçiye davanın kanunen bitmesi gereken 'toplam dört aylık süreyle sınırlı' bir hak tanıdığı anlaşılmaktadır. Nitekim mahkemenin dört aydan daha kısa bir sürede bitmesi halinde, 'ücret ve diğer haklar' yine bu süreyle sınırlı olarak ödenecektir"<sup>5</sup>. Demir'in de belirttiği gibi çalışılmayan sürenin sadece dört aylık kısmı için işverenin sorumlu tutulmasını açıklamaya çalışan, "sadece dört aylık kısım ödeniyor, bununla sınırlı tutulmuş, bu sebeple bu süre askı süresi kabul edilemez" anlayışı bizi Kanunun md.21/I hükmünü yanlış yorumlamaya sevk edebilecektir.

Bu arada bir de Yargıtay kararına karşı oy üzerinde durmak gerekmektedir. Gerçi karşı oy bizim yukarıda esas olarak üzerinde durduğumuz "iş sözleşmesinin sona erdirilmemiş olması" düşüncesinden hareket etmemektedir. Karşıoyda; "işçinin zarar göreceği düşüncesi sözleşme hukukunun genel prensiplerinin yok sayılmasını gerektirmez" düşüncesi ile karara karşı çıkılarak, davacının yeni bir işe başlamış olması ve davalı işyerine dönmesi durumunda huzurlu çalışamayacağı düşüncesi sebebiyle çağrıya cevap verilmediği ve bu sebeple işe dönmediği gerekçelerini kanıtlayacak delillerin sunulamadığı, işverenin kötüniyetli olduğunun kanıtlanamadığı, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenlerle sona erdirdiğini kanıtlayacak delillerin bulunmadığı belirtilmektedir. Karşı oy bu ifade ile de iş sözleşmesinin kurulmuş kabul edileceğini, işçinin kurulmuş olduğu kabul edilen iş sözleşmesini haklı nedenler olmaksızın sona erdirdiğini (karşı oydaki ifade; (işçi) iş sözleşmesini haklı nedenlerle sona erdirdiğini kanıtlayamamıştır) belirterek karara karşı çıkmaktadır. Ayrıca karşı oyda mahkemenin kararı üzerine işe başlamak için başvuruda bulunan işçinin, işverenin bu talep üzerine işe davet etmesine rağmen (icap ve kabulün gerçekleşmesi) işçinin tek taraflı olarak sözleşmeyi feshettiğinin kabul edilmesi gereğinden de bahsedilmektedir. Bununla da Borçlar Kanunu hükümlerine göre gerçekleşmiş bir irade birlikteliğinden (ortaya çıkan

bir akitten) işçinin daha sonra tek taraflı olarak vazgeçmesi, iş sözleşmesinin işçi tarafından kıdem ve ihbar tazminatını hak kazanamayacak şekilde sona erdirildiğinin kabulünün doğru olacağı belirtilmektedir.

Nihayetinde iş sözleşmesini geçerli olmayan sebeplerle fesheden işverenin, mahkemenin verdiği işe iade kararı ve işçinin işe başlamak için başvurmasıyla işverenin işçiyi iki defa işe çağırmasına rağmen işçi gelip işbaşı yapmamıştır. İkinci olarak işbaşı yapmamasına ve bu arada başka bir işe girmesi sebebiyle akdin işverence haklı olmayan sebeple sona erdirildiğinden bahisle ihbar ve kıdem tazminatlarını talep etmiştir. Mahkeme haklı olarak işçinin bu taleplerini yerinde görmemiştir. İşçinin başka bir işe girdiğini bilen işverenin "işçiyi işe daveti iyiniyetli olmayabilir" gibi sübjektif nedenlerle Yargıtay'ca hüküm tesisinin hukukun temel kurallarına uygun olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca işçinin korunması, işçi lehine şart ilkeleri, hukukun temel, açık kurallarının uygulanmamasını haklı göstermez. Ayrıca herhangi bir yoruma gerek duyulmayacak kadar açık kanun hükümleri mevcutken sırf işçi lehine yorumda bulunuyoruz diyerek kanuni kuralın dışında, kurala aykırı sonuç doğuracak biçimde kanunun uygulanması yerinde kabul edilemez<sup>6</sup>. İşçi lehine şart ilkesini 1958 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile kabul eden Yargıtay kararında şu ifadeleri kullanmaktadır; "...Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi, iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükununu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca, İş Hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, İş Hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır..."<sup>7</sup>. Kararda da görüleceği gibi Yargıtay tereddüt halinde yoruma gidilebileceğini belirtmektedir. Tereddüt yoksa işçi lehine yoruma gidilemeyeceği kabul edilmelidir<sup>8</sup>. Örnek olay olarak incelediğimiz kararda da ortada işçi lehine yoruma gidilebilecek bir hukuki boşluğun bulunduğu, yoruma gerek olduğunu söyleyebilmek kanaatimizce mümkün görünmemektedir.

## SONUÇ

Yukarıda belirttiğimiz açıklamalar ışığında Yargıtay kararının yerinde olmadığı, kanun hükümleri ile çeliştiği kabul edilmelidir. Birincisi, İş Kanunu md.21'de belirtildiği gibi iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğini, mutlak manada bir geçersizlik olarak kabul etmeyerek işçinin bir ay içerisinde işe başlatılması, işe başlatılıp başlatılmama konusunda işverene seçim hakkı tanınması, işçinin boşta geçen sürenin tamamının değil sadece dört aylık ücretinin kendisine ödeneceğini Kanunla kararlaştırılması bu düşünceye gerekçe olarak getirilmektedir<sup>9</sup>. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, dört aylık ücretin ödenmesi mahkemelerin yavaş çalışmalarının kabahatini işverene yüklememek düşüncesidir. İkinci olarak uzun süre askıda kalmış bir iş sözleşmesini mahkeme kararının ertesi gün işçiyi işe başlatarak kararın gereğinin yerine getirilmesini beklemek hayatın olağan akışına, genel hayat şartlarına pek uygun olmasa gerektir. Üçüncüsü işverene işçiyi işe başlatıp başlatmama konusunda bir seçim hakkı tanındığı ifade edilmekle birlikte bunu da yerinde görmek mümkün değildir<sup>10</sup>. Çünkü Kanun burada işverene bir seçimlik hak vermemekte, yükümlülüğe aykırılığın yaptırımını tazminat olarak belirlemektedir. Dördüncü olarak işçi işe başlatılmadığı takdirde işverenin tazminat borcu ile yükümlü tutulmasını iş sözleşmesinin sona ermiş olmasıyla izah etmek, iş güvencesinin mutlak olarak işçinin işe (fiilen) yerleştirilmesi mantığına bizi götürür ki bunu da doğru olarak kabul etmek kanaatimizce (aynı zamanda iş hayatının pratik temellerine) pek uygun olmasa gerektir.

Ayrıca başka bir işe girmiş ya da girmemiş işçiyi işverenin tabir caizse takibine bağlamak, kabul edilebilir bir düşünce değildir. Kanun işçinin başka bir işe girip girmemesi ile ilgilenecek bir sonuç tesis etmemekte, iş sözleşmesinin geçerli bir sebeple sona erdirilmiş olup olmamasına bakmaktadır.

İncelen kararda işverenin Kanunun yüklediği sorumlulukları yerine getirmesine rağmen işçiden kaynaklanan sebeple iş sözleşmesi sona erdirildiğine göre, sorumluluğu hiç de uygun olmamakla birlikte "işçi lehine şart ilkesi" çerçevesinde işverene yüklemek Kanunun tereddüde mahal bırakmayan hükmünü yok farz etmek ile eşdeğerdir kanaatindeyim.

Nihayetinde Yargıtay'ın ilk derece mahkeme kararını iptali ve gerekçelerine katılmamız mümkün olmayıp yukarıda belirtilen çerçevede (özellikle sözleşmenin sona ermemiş gibi kabulü - feshin iradesinin geçersizliği esas alınarak ve sözleşmenin devam ettiğinden hareketle) karar tesisi daha uygun olacaktır kanaatini taşımaktayız.

## DİPNOTLAR

- 1 Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 18. Bası, Ağustos 2005 İstanbul, s.219, aynı görüşte Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2004, s. 574, Süzek, Sarper, İş Hukuku 2. Bası, s. 481.
- 2 Demir, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, Ekim 2005, İzmir, s. 245. Ayrıca konu ile ilgili benzer ifadeler ve 4773 sayılı Kanun dönemi için yapılan değerlendirmeler bakımından bkz. Alp, Mustafa, İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2003, s.23, Günay, İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara, 2004, s. 131, Günay'da şu ifadeyi kullanmaktadır, "...mahkemece, işçinin işe iadesine karar verildiğinde fesih geçersiz sayılmaktadır. Bu durumda hizmet ilişkisi hiç bozulmamış gibi devam eder hale geldiği kabul edildiğinde işveren işçiyeye, geçersiz fesih dolayısıyla çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretini ve öteki bütün haklarını en çok dört aylık dava süreci için ödemekle yükümlüdür".
- 3 Güven, Ercan-Aydın, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir, 2004, s.157 vd. İş Hukuku, Aktay-Arıca-Kaplan/Senyen, Ankara, 2006, s.220 vd. Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul, 2005, s. 220 vd. Çelik, s. 268 vd. Süzek, s. 551 vd. Mollamahmutoğlu, s. 594 vd.
- 4 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, Mart 2005, s. 189.
- 5 Demir, s. 246.
- 6 Süzek, s. 21.
- 7 YİBK 27.05.1958, E. 1957/15,K. 1958/5 R.G.26.09.1958-10117, ayrıca, Mollamahmutoğlu, s.13.
- 8 Mollamahmutoğlu, s. 13, 14, Aktay-Arıca-Kaplan/Senyen, s. 44, 45.
- 9 M. Süzek, s. 481.
- 10 Mollamahmuoğlu, s. 574.

**Cüneyt DANAR**

MESS Müşavir Avukatı

# Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun Gereği Tatil Edilen Cumartesi Günü Genel Tatil Günü Müdür?

**T.C. YARGITAY 9. HUKUK  
DAİRESİ****Esas No** : 2003/17723**Karar No** : 2003/17653**Tarihi** : 23.10.2003**Dava**

Davacı hafta tatili gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

**Karar**

Davacı dava dilekçesinde Genel Tatil gününün son gününün Cuma gününe rastladığını, ertesi gün olan Cumartesi gününde de çalıştırılması nedeniyle kendisine Toplu İş Sözleşmesinin 36/11. maddesine göre tatil günü ücreti ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme Genel Tatil gününü takip eden Cumartesi gününün de Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkındaki Kanun uyarınca genel tatil günü olarak kabul edilmesi gerektiği görüşüyle davacı isteklerini kabul etmiş olup, karar davalı tarafça temyiz edilmiştir.

Davacının dayanak yaptığı 01.03.2001-28.02.2003 dönemini kapsayan Toplu İş Sözleşmesinin 36. maddesinin "Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Ücretleri" başlıklı II. Bendinde; "...ulusal bayram ve genel tatil günleri ilgili kanunlarda belli edilen günler olup, bu güne ait ücretleri çalıştırılmadıkları takdirde bir iş karşılığı olmaksızın tam yevmiye, tatil yapmayarak çalıştırıldıkları takdirde ise bir misli fazlası ödenir. Ayrıca, bu iki misli ücretin % 50'si tutarı tazminat olarak ödenir..." hükmü yer almaktadır.

Yine aynı sözleşmenin 36. maddesinde "...haftalık iş süresi 5 gün ve 45 saat olarak uygulanan işçilerden haftalık iş süresine uygun olarak çalışmış olup, Cumartesi günü dinlenmesi gereken işçilerin bugün çalıştırılmaları halinde çalıştıkları süreye ait ücretleri % 75 zamlı ödenir..." denilmektedir.



Davacı genel tatil günü olan Cuma gününden sonraki Cumartesi gününün de genel tatil günü olarak değerlendirilmesini talep etmektedir. Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 2/D maddesinde; "Bu kanunda belirtilen Ulusal Bayram ve genel tatil günleri Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır..." hükmü yer almaktadır. Kanunun bu maddesinin düzenleniş amacı, kanunun yayımlandığı tarihte Cumartesi günleri saat 13'e kadar çalışma yapılmasıdır. Yasa belirtilen maddesiyle bu süreyi de tatil gününün kapsamı içine almış olup, Cumartesi gününün genel tatil günü olarak kabulü mümkün değildir. Bugünün de normal Cumartesi günü olarak değerlendirilmesi gerekir.

Ayrıca yukarıda belirtilen Yasa'da genel tatil günlerinin kaç gün olduğu da belirtilmiştir. İlgili

toplu iş sözleşmesinde Cumartesi günleri çalışma yapılması halinde ödenecek ücret de açıkça belirtilmiştir. Yine 1475 sayılı İş Kanunu'nun 38. maddesinde de Cumartesi günü ücreti düzenlendiği gibi aynı Yasa'nın 42. maddesinde de genel tatil günü ücretinin hangi günler için ödeneceği belirtilmektedir. Bütün bu yasal düzenlemeler karşısında son günü Cuma'ya gelen genel tatil gününü takip eden Cumartesi gününün de genel tatil günü olarak kabul edilmesi mümkün olamayacağından, usul ve yasaya aykırı olarak verilmiş olan mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.

### Sonuç

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 23.10.2003 gününde oybirliği ile karar verildi.

## 1. KARARA KONU MADDİ OLAYA İLİŞKİN TESPİTLER

İncelemeye konu olayda, genel tatil gününün son günü Cuma'ya denk gelmiş ve 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 2. maddesinin D bendine göre tatil edilmesi gereken ertesi gün olan Cumartesi günü de işyerinde çalışma yapılmıştır. Dava, tatil günü ücreti ödemesi talebiyle açılmıştır.

Karardan, olaydaki işyerinde 1.3.2001-28.2.2003 dönemini kapsayan bir toplu iş sözleşmesinin varlığı anlaşılmaktadır.

İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin 36. maddesinde, "...haftalık iş süresi 5 gün ve 45 saat olarak uygulanan işçilerden haftalık iş süresine uygun olarak çalışmış olup, Cumartesi günü dinlenmesi gereken işçilerin bugün çalıştırılmaları halinde çalıştıkları süreye ait ücretleri % 75 zamlı ödenir..." hükmü bulunmaktadır.

Aynı maddenin "Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Ücretleri" başlıklı II. bendinde ise, "...ulusal bayram ve genel tatil günleri ilgili kanunlarda belli edilen günler olup, bu güne ait ücretleri çalıştırılmadıkları takdirde bir iş karşılığı olmaksızın tam yevmiye, tatil yapmayarak çalıştırıldıkları takdirde ise bir misli fazlası ödenir. Ayrıca, bu iki misli ücretin % 50'si tutarı tazminat olarak ödenir..." hükmüne yer verilmiştir.

Yerel mahkemece, genel tatil gününü takip eden Cumartesi gününün de Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun uyarınca genel tatil günü olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur.

Karar davalı tarafça temyiz edilerek konu Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiştir.

Yüksek Mahkeme, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 2/D maddesinin düzenleniş amacının, Kanun'un yayımlandığı tarihte Cumartesi günü saat 13.00'e kadar çalışma yapılması olduğu, Kanun'un belirtilen maddesiyle bu süreyi de tatil gününün kapsamı içine almış olduğu ancak artık Cumartesi gününün genel tatil günü olmadığı ve bu günün de normal bir Cumartesi günü olduğu, Kanun'da genel tatil günlerinin kaç gün olduğunun belirtildiği ve ayrıca toplu iş sözleşmesinde Cumartesi günleri çalışma yapılması halinde ödenecek ücretin belirlendiği, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 38. maddesinde de Cumartesi günü ücreti düzenlendiği gibi aynı Kanun'un 42. maddesinde de genel tatil günü ücretinin hangi günler için ödeneceğinin belirtildiği, böyle bir Cumartesi günü yaptırılan çalışmanın toplu iş sözleşmesinde öngörülen zamlı ücrete hak kazandırmayacağı sonucuna vararak Yerel Mahkeme'nin kararını bozmuştur.

Olayda incelenmesi gereken hususlar, son günü Cuma'ya denk gelen Ulusal Bayram veya genel ta-

tilin ertesi günü olan Cumartesi gününün, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun uyarınca tatil edilmesi ve tatil edilen Cumartesi gününün de “genel tatil günü” sayılıp sayılmayacağı ile bu gün çalışan işçiye ödenmesi gereken ücret üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Karara konu olay mülga 1475 sayılı İş Kanunu zamanında geçmekle birlikte, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun’un halen yürürlükte olması nedeniyle, konu mevcut 4857 sayılı İş Kanunu açısından da önemini korumaktadır.

Konu hakkında, inceleyecek olduğumuz yukarıdaki kararın yanı sıra, sadece Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 9.10.2003 tarih ve 2003/15690 Esas, 2003/16489 Karar sayılı kararı ile aynı tarihli 2003/17269 Esas, 2003/16543 Karar sayılı kararlarına ulaşmak mümkün olabilmektedir. Bu üç karar metni birebir aynı olduğundan, inceleme konusu olarak son tarihli kararın ele alınması uygun görülmüştür.

İncelememizde sırasıyla, “Olaya İlişkin Hukuki Müesseseler” başlığı altında dava konusu olaya ilişkin hukuki kavramlara, “Hukuki Değerlendirme” başlığı altında karar ile ilgili incelenmesi gereken konulara, akademik görüşlere ve konuya ilişkin kanaatimize, “Sonuç” kısmında da nihai açıklamalarımıza yer verilecektir. Ulusal Bayram ve genel tatillerin hafta tatiline ya da çalışılmayan Cumartesi gününe rastlaması ve bu günlerde ödenecek ücretin çıplak ücret mi giydirilmiş ücret mi olması gerektiği hususlarının ayrı bir inceleme konusu olması gerektiği düşünüldüğünden, bu incelememizde ele alınmayacaktır.

## II. OLAYA İLİŞKİN HUKUKİ MÜESSESELER

### 1. Köprü Günler Kavramı

Ulusal Bayram ya da genel tatilin son Cuma günü ile Pazar günleri arasında kalan Cumartesi günlerine “köprü günler” denilmektedir. Bu deyim esasen Fransız ve İsviçre hukukçuları tarafından kullanılmakla birlikte<sup>1</sup>, burada kastedilen Cumartesi günü bizim mevzuatımızda da mevcuttur ve Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun gereği tatil edilmektedir.

Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun gereği Cumartesi gününün tatil edilmesine ilişkin

hükümün yürürlüğe girdiği 19 Mart 1981 tarihinin içinde bulunduğu dönemde Cumartesi gününün bir özelliği vardı. Resmi daireler ve kuruluşlar Cumartesi günleri saat 13.00’e kadar çalışmaktaydılar. Pazar günleri hafta tatili olduğundan, arada kalan ve yarım gün çalışılan Cumartesi gününün tatil edilmesi amaca uygun görülmekteydi. Yani kanun koyucunun buradaki amacı, çalışanlar yararına bu yarım günü de tatil hükümlerine tabi tutmaya yönelikti. Ancak daha sonra “mevzuatımızda resmi daire ve kuruluşlarda Cumartesi gününün tamamı tatil günü olarak kabul edilerek hafta tatili iki güne çıkarılmıştır”<sup>2</sup>. İş Kanunu kapsamına giren işyerlerinde de, gerek mülga 1475 sayılı İş Kanunu ve gerekse 4857 sayılı İş Kanunu’na göre haftalık çalışma süresinin haftanın beş günü çalışılarak tamamlanması ile Cumartesi gününün tamamının tatil edilebilmesi imkanı bulunduğundan, köprü günlerinin önemi eskiye göre azalmıştır<sup>3</sup>. Ancak, bugün dahi önemini koruyan husus, Cumartesi gününün tatil olup olmadığı değil, bu günde yapılan çalışmanın genel tatil gününde yapılan çalışma sayılıp sayılmayacağıdır.

### 2. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun, 19.3.1981 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun’un yayımlandığı tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu’nca 14. maddesi hariç olmak üzere 10.6.2003 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Ne var ki, Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde ödenecek olan ücreti düzenleyen 1475 sayılı İş Kanunu’nun yürürlükten kaldırılmasına rağmen, söz konusu günleri düzenleyen 2429 sayılı Kanun halen yürürlükte ve ilgili maddelerinde bir değişiklik de yapılmamıştır.

2429 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre “Ulusal Bayram” 29 Ekim günüdür. Kanun’un 2. maddesinin A bendinde sayılan resmi ve dini bayramlar ile C bendinde belirtilen 1 Ocak yılbaşı günü de “Genel Tatil Günleri”dir.

Buna göre genel tatil günleri şunlardır:

- 23 Nisan günü Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı,
- 19 Mayıs Atatürk’ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı,

- 30 Ağustos günü Zafer Bayramı,
- Arefe günü saat 13.00'ten itibaren 3,5 gün olan Ramazan Bayramı,
- Arefe günü saat 13.00'ten itibaren 4,5 gün olan Kurban Bayramı,
- 1 Ocak yılbaşı tatili.

### 3. Son Günü Cuma'ya Denk Gelen Ulusal Bayram ya da Genel Tatil Gününü Takip Eden Cumartesi Gününün Genel Tatil Günü Sayılması

2429 sayılı Kanun'un 2. maddesinin D bendinin ikinci fıkrasına göre, Ulusal Bayram veya genel tatil günleri Cuma günü sona erdiğinde, takip eden Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır.

Hatırlanacağı üzere, 2006 yılında Ocak ayında Kurban Bayramı'nın son günü ile 19 Mayıs günleri Cuma'ya denk gelmişti. Bu günleri takip eden Cumartesi günleri de 2429 sayılı Kanun gereği tatil edilmişti. İşte, 2429 sayılı Kanun'un 2/D maddesi ile kastedilen Cumartesi gününün tatil edilmesi uygulaması bu şekilde yaşanmaktadır.

Kanun'un 2/D bendindeki hükmün mutlak emredici hüküm olduğu hususu izahtan varestedir. Bunun sonucu olarak, Kanun'da sayılan Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinin niteliğinin taraflarca veya yargı kararıyla değiştirilmesi hukuken mümkün değildir. Maddenin amir hüküm olmasından hareketle, son günü Cuma'ya denk gelen Ulusal Bayram ya da genel tatili takip eden ve 2429 sayılı Kanun gereği tatil edilen Cumartesi gününün de "genel tatil günü" olduğunu söylemek gerekir ve kanaatimizce bu yorum Kanun'un amacını en iyi şekilde yansıtmaktadır.

### 4. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Yapılan Çalışmalarda Ödenecek Ücret

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun "Genel tatil ücreti" başlıklı 42. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işçilere Ulusal Bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak ödenecektir. Eğer söz konusu günlerde işçiler tatil yapmayarak çalışırlarsa, çalış-

tıkları günlerin ücretleri, ücret ödeme şekline bakılmaksızın bir kat fazlasıyla ödenir.

Kanun'un çalışılan Ulusal Bayram ya da genel tatillerdeki ücretlerinin "bir kat fazlasıyla" ödenmesi gerektiğine ilişkin ifadesi, bu günlerde çalışan bir işçinin ayrıca bir yevmiyeye mi yoksa iki yevmiyeye mi hak kazanacağı noktasında uyuşmazlığa sebebiyet vermiştir. Bu konuda ulaşılabilen en yeni tarihli iki Yargıtay kararında da<sup>4</sup> Yüksek Mahkeme; "bir kat fazlasıyla" sözcüklerini, bir iş karşılığı olmaksızın anılan günlerde çalışanlara ilave bir yevmiye şeklinde yorumlayarak, o gün için toplamda iki yevmiye verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi aynı kararlarda Daire'nin yerleşik görüşünün bu şekilde olduğunu ve öğretinin de bu görüşü benimsediğini açıkça ifade etmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun aynı başlıklı 47. maddesinin birinci fıkrasında, yerinde bir ifadeyle, "...tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir." denilerek, bu konuda artık karışıklığa yer vermeyecek şekilde düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre, Ulusal Bayram ya da genel tatil günlerinde çalışan işçilere, bir iş karşılığı olmaksızın tam olarak ödenen o günle ilgili ücretlerinin yanı sıra, ayrıca, çalıştıkları her gün için bir günlük ücretleri daha ödenecektir.

Haftanın çalışılan günlerine denk gelen Ulusal Bayram ya da genel tatilde ödenecek ücret konusunda bir sorun yaşanmazken, inceleme konumuz olan, 2429 sayılı Kanun gereği tatil edilen Cumartesi günü yapılan çalışmalarda ücretin nasıl ödeneceği hususunda bugün bile görüş birliğine varılamamıştır. Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde ödenmesi gereken ücret 4857 sayılı İş Kanunu'nun 47. maddesinde açıkça düzenlendiği halde, tatil edilen Cumartesi günü ücretinin nasıl ödenmesi gerektiği hususu ne İş Kanunu'nda ne de 2429 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. İşte bu nedenle, tatil edilen Cumartesi gününün Ulusal Bayram ya da genel tatil günü sayılıp sayılmayacağı önem taşımaktadır.

### 5. Fazla Çalışmalar

Cumartesi gününün genel tatil günü sayılıp o gün çalışılması halinde ücretin buna göre hesaplanması ile o günü normal bir Cumartesi kabul edip, yapılan çalışmayı fazla çalışma olarak nite-

lendirerek ücreti buna göre hesaplamak, bizleri iki farklı hukuki sonuca götürmektedir. Bu nedenle inceleme yazımız içinde fazla çalışma kavramına da kısaca değinmek gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Fazla çalışma ücreti" başlıklı 41. maddesinin birinci fıkrasına göre fazla çalışma, Kanu'nda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır ve aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının % 50 yükseltilmesi suretiyle ödenmesi gerekmektedir.

İş Kanunu'nun 63. maddesine göre haftalık çalışma süresi, haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtılabilmektedir. Örneğin haftada 5 gün çalışılan bir işyerinde günlük çalışma süresinin mutlak surette 9 saat olması gerekmekte; sözgelimi haftanın 3 günü günde 11 saat çalışılarak, kalan çalışma süresi de haftanın diğer iş günlerine taksim edilebilecektir. Aynı husus haftanın 6 günü çalışılan işyerleri için de geçerli olmakta ve bu işyerlerinde de günlük çalışma süreleri farklı şekilde dağıtılabilmektedir.

İnceleme konumuz açısından kaideten, haftanın beş günü çalışılan işyerinin bir özelliği bulunmamaktadır çünkü haftanın beş günü çalışılan bir işyerinde zaten 2429 sayılı Kanun gereği Cumartesi günü tatil edilmese bile o gün çalışılmamaktadır. Dolayısıyla, sadece haftanın altı günü çalışılan bir işyerinde, tatil edilen Cumartesi günü çalışılmış olması hususu önem kazanmaktadır.

### III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Yüksek Mahkeme'nin kararına ilişkin görüşlerimizi belirtmeden önce, kararla ilgili önemli bazı hususlara değinmek, bunun devamında önce akademik görüşlere yer vermek ve son olarak da kanaatimizi ifade etmekte yarar bulunmaktadır.

#### 1. Karar Aynı Olay ve Muhtemelen Aynı İşyeri ile İlgilidir

Yazımızın başında da belirttiğimiz üzere, konu hakkında sadece inceleme yapacağımız karar değil, aynı tarihi taşıyan iki karar daha bulunmaktadır. Bu üç karar incelendiğinde, sadece karar tarihi ve esas/karar numaralarının farklı olduğu, metnin birebir aynı olduğu görülmektedir.

Her üç kararın, bu özelliklerinden dolayı tek bir karar gibi düşünülmesi gerektiğinden, Yüksek Mahkeme'nin bu konudaki görüşünün istikrar kazandığını söyleyebilmek mümkün görülmektedir.

#### 2. Karara Konu İşyerinde Haftada Çalışılan Gün Sayısı Belli Değildir

Kararda açıkça haftada kaç gün çalışıldığına yer verilmemiştir. Net bir şekilde anlaşılan husus sadece, o işyerinde 2429 sayılı Kanun'a göre tatil edilen bir Cumartesi gününde işçinin çalıştırılmış olmasıdır.

Karar metninde tam olarak yazılmasa da, söz konusu işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin 36. maddesinde yer alan, "...haftalık iş süresi 5 gün ve 45 saat olarak uygulanan işçilerden haftalık iş süresine uygun olarak çalışmış olup, Cumartesi günü dinlenmesi gereken işçilerin bugün çalıştırılmaları halinde çalıştıkları süreye ait ücretleri % 75 zamlı ödenir..." ifadesi bizlere biraz ipucu vermektedir. 36. maddedeki "...haftalık iş süresi 5 gün ve 45 saat olarak uygulanan işçilerden" ifadesi, işyerinde haftanın beş günü çalışıldığı şeklinde izlenim verdiği gibi, işyerinin belirli kısımlarında haftanın beş günü çalışıldığı, diğer kısımlarında ise altı günü çalışıldığı gibi bir yoruma da elverişlidir.

#### 3. Karara Konu İşyerine Özgü Bir Karar Verilmiştir

Dava konusu işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin 36. maddesinde, Cumartesi günü de çalıştırılanlara ödenecek ücrete ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır.

Yüksek Mahkeme kararında, "...İlgili toplu iş sözleşmesinde Cumartesi günleri çalışma yapılması halinde ödenecek ücret de açıkça belirtilmiştir..." denilmiş ve o tarihte yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 38. maddesinde de Cumartesi günü ücretinin düzenlenmiş olduğu ifade edilerek, çalışılan Cumartesi gününün normal bir Cumartesi olması gerektiği yönünde bir hüküm tesis edilmiştir.

Olayda Cumartesi çalıştırmaya yönelik bir hükmün bulunmadığı varsayıldığında ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda da Cumartesi günü çalıştırmaya ilişkin maddenin düzenlenmediği dikkate alındığında,



Yüksek Mahkeme'nin sadece o olaya özgü bir karar verip vermediği ve bu kararın genelleştirilip genelleştirilemeyeceği hususu da tartışmaya açıktır.

#### 4. Akademik Görüşler<sup>5</sup>

Prof. Dr. Fevzi Demir'e göre; Ulusal Bayram ve genel tatil günleri Kanun'da belirtilmiş ancak ücretlendirilmesi hususu Kanun'da yazmamaktadır. Bu husus İş Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte, son günü Cuma'ya gelen Ulusal Bayram ya da genel tatili takip eden Cumartesi gününe ilişkin ücretin ödeneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasa'da "ücret emeğin karşılığıdır" denilmektedir. Buna göre, çalışmadığı hallerde ücret ödeneceği belirtilmeyen hallerde, bir ücret ödemesinin yapılmaması gerekir.

Prof. Dr. Münir Ekonomi'ye göre; Yargıtay'ın bu kararındaki özellik, burada haftada 5 gün ve 45 saat çalışarak Cumartesi gününün serbest zaman olarak bırakılmasıdır. Ulusal Bayram ve genel tatillerde ücret ödenmesinin amacı, işçinin çalışacağı bir günde, kanunen bir Ulusal Bayram veya genel tatil günü olması dolayısıyla, bunu ifa edememesi ve dolayısıyla onun karşısında alacağı ücretten yoksun kalmasıdır. Oysa ki karara konu olayda durum böyle değildir. İşçi haftada 5 gün ve toplam 45 saat çalışmış ve ücretini tam olarak almıştır. Serbest zaman olarak kullandığı Cumartesi günü için tatil ücreti ödenecek denilirse, o haftaya mahsuben kendisine 52,5 saatlik ücret ödenmesi gerekir ki, bunu hukukla bağdaştırmak mümkün değildir.

Ekonomi görüşlerini bu şekilde ifade ederken, Yargıtay'ın kararındaki muhtemel noksanlığa işaret ederek, Yargıtay'ın olayın özelliği olduğunu söylemesi gerekirken, sanki bunu genellemiş gibi yaptığına dikkat çekmektedir. Ekonomi'ye göre, aynı işyerinde haftanın 6 işgünü vardiya usulüne göre çalışan bir işçi, tabii ki Cumartesi günü çalıştığında, o gün 2429 sayılı Kanun'a göre tatil günüdür ve tatil günü çalışması nedeniyle tatil günü ücretine hak kazanacaktır.

Doç. Dr. Ömer Ekmekçi'ye göre; karara konu işyerinin haftada 6 işgünü çalışılan bir yer olması lazım. Haftada 5 işgünü çalışılan bir yer olsa, işçi çalışmadığı bu sürenin ücretini zaten alamayacaktır, çalışmadığı halde bu sürenin ücreti asıl ücretinin içindedir. Karara konu uyuşmazlığın ortaya çıkması için haftada 6 işgünü çalışılan bir yer ve

çalışma gününün de Ulusal Bayram ya da genel tatile denk gelmiş olması gerekir, aksi takdirde, zaten çalışmıyorsa, buradaki ücreti istemesi mümkün değildir.

#### 5. Kanaatimiz

Öncelikle, karara konu işyerinde haftada kaç gün çalışıldığının tespit edilmesi gerekmektedir. Zira, Sayın Ekonomi ve Sayın Ekmekçi'nin de belirttiği gibi, Cumartesi'nin 2429 sayılı Kanun'a göre tatil edilmesi ve işçinin o gün gelip çalışması durumunda böyle bir uyuşmazlık ortaya çıkacak; tatil edilen Cumartesi günü gelip çalışmayan işçinin o gün için ayrıca genel tatil ücreti talep etmesi mümkün olamayacaktır.

Yukarıda da detaylı olarak izah edildiği üzere<sup>6</sup>, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin 36. maddesinden, işyerinde haftada 5 gün çalışıldığı gibi, bazı işçilerin 6 gün çalıştığı anlamı da çıkmaktadır. Sonuç olarak, bu konuda karar metninden kesin bir sonuca varmak kanaatimizce mümkün değildir. Bu nedenle, öncelikle karara dayalı olarak kanaatimizi belirttikten sonra, herhangi bir işyerinde haftanın beş ya da altı günü çalışılmış olmasına göre alternatifler üzerinde duracağız.

Kararda aslında, işyerinde haftada kaç gün çalışıldığının bir önemi bulunmamaktadır çünkü sorun, 2429 sayılı Kanun'a göre tatil edilen Cumartesi günü yapılan çalışmaya ilişkindir. Karara konu işyerinde haftada 5 gün çalışılsa bile, tatil edilen Cumartesi gününe ilişkin genel tatil günü ücretinin istenebilmesi için, o gün çalışma yapılmış olması lazımdır.

2003 Yılı Yargıtay Kararları Değerlendirme Toplantısı'nda karar üzerinde işyerinde haftada kaç gün çalışılmış olduğu tartışılırken, ağırlıklı olarak, işçinin tatil edilen Cumartesi günü çalışmamış olduğu ve çalışmadığı bu Cumartesi gününe ilişkin olarak ayrıca genel tatil günü ücreti istediği varsayılmıştır. Bu nedenle tartışmalarda karara konu işyerinde haftada 5 gün çalışıldığı, işçinin serbest zaman olarak kullandığı Cumartesi gününün takvimsel rastlantı sonucu 2429 sayılı Kanun'a göre tatil edilmesi nedeniyle o gün için ayrıca bir genel tatil günü ücretine hak kazanamayacağı ifade edilmiştir.

Kanaatimizce, olaydaki işyerinde haftada 5 gün ve tatil edilen Cumartesi günü de gelip çalışılmış

olması olaydaki mantık silsilesine daha uygun düşmektedir. Karar üzerinde yapılan tartışmalarda gözden kaçan husus, karar metninde de açıkça ifade edildiği üzere, işçinin tatil edilen Cumartesi günü de gelip çalışmasıdır. Karardan kaideten, işçinin, genel tatilin son gününün Cuma'ya denk gelmesi nedeniyle 2429 sayılı Kanun uyarınca tatil edilmiş olan Cumartesi günü de gelip çalıştığı ve bu nedenle Cumartesi günü için de genel tatil günü ücreti istediği anlaşılmaktadır. Eğer dava dosyasında aksine bir kanıt yoksa, incelemekte olduğumuz metnin "KARAR" bölümünün ilk cümlesinde yer alan "...ertesi gün olan Cumartesi gününde de çalıştırılması nedeniyle..." ifadesi bizi bu sonuca götürmektedir. Esasen Yargıtay'ın da, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde Cumartesi günü ücretini düzenleyen maddede yer alan "...haftalık iş süresi 5 gün ve 45 saat olarak uygulanan işçilerden

madığına inanmaktayız. Özetle, Cuma gününe rastlayan tatilin son gününü izleyen Cumartesi günü de tatil devam edecek, bu gün de tatil günleri hakkındaki hükümlere tabi olacaktır<sup>7</sup>. Esasen Sayın Ekonomi ve Sayın Ekmekçi de aynı görüşte olmakla birlikte, ayrıldıkları nokta, karara konu olayda haftada çalışılan gün sayısıdır.

İncelemekte olduğumuz kararda tatil edilen Cumartesi günü de çalışma yapılmış olduğu sonucu değiştirmemektedir. Kanaatimizce Yargıtay, karara konu işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinde Cumartesi günü yapılan çalışmalara ilişkin özel bir hüküm olması ve o dönemde yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nda da Cumartesi günü ücretinin düzenlenmiş olması nedeniyle, böyle bir hüküm tesis etmiştir. Bununla birlikte, yine de Kanun'un mutlak emredici hükmünün toplu sözleşmede yer alan bir hükümle değiştirilemeye-

## Cuma gününe rastlayan tatilin son gününü izleyen Cumartesi günü de tatil devam edecek, bu gün de tatil günleri hakkındaki hükümlere tabi olacaktır.

haftalık iş süresine uygun olarak çalışmış olup, Cumartesi günü dinlenmesi gereken işçilerin bugün çalıştırılmaları halinde..." ifadesine dayanarak hüküm tesis ettiğini dikkate aldığımızda, o işyerinde haftada 5 gün çalışıldığını ve tatil edilen Cumartesi günü ayrıca bir çalışma yapılmış olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

2429 sayılı Kanun'a göre tatil edilmiş olan Cumartesi gününün genel tatil günü sayılıp sayılmayacağı konusundaki kanaatimiz ise; 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da sayılan günlerin tahdidi olduğu, bunların dışında bir günün Ulusal Bayram ya da genel tatil günü olamayacağı, bununla birlikte, Kanun'un 2/D bendinin ikinci fıkrası gereği Cumartesi gününün tatil edilmesinin de aynı Kanun'da sayıldığı ve bir önceki günün Ulusal Bayram ya da genel tatil günü olması nedeniyle tatil edilen Cumartesi gününün de Ulusal Bayram ya da genel tatilin devamı niteliğinde olması gerektiği yönündedir. Kanun'un mutlak emredici hükmünün bir mahkeme kararı ile değiştirilemeyeceğine, üstelik aynı olaya özgü olması nedeniyle, Yargıtay'ın konuya ilişkin yerleşik görüşünün de karar yönünde oluş-

çuğundan hareketle, Yargıtay'ın bu kararındaki görüşüne katılamamaktayız.

İşçiye ödenmesi gereken ücret bakımından da Yargıtay'ın vardığı sonuca göre, işçinin tatil edilen Cumartesi günü çalışması halinde tatil günü ücretine hak kazanamayacak, normal bir Cumartesi günü yapılan çalışma gibi, toplu sözleşmede yer alan hüküm gereği çalıştığı süreye ait ücreti % 75 zamlı ödenecektir. Yüksek Mahkeme'nin bu sonucuna da katılmamız mümkün değildir. Zira her şeyden önce, tatil edilen Cumartesi günü de genel tatil günü olarak kabul edilmeli, o gün yapılan çalışmalar için de işçiye yine toplu sözleşmedeki "...ulusal bayram ve genel tatil günleri ilgili kanunlarda belirli edilen günler olup, bu güne ait ücretleri çalıştırılmadıkları takdirde bir iş karşılığı olmaksızın tam yevmiye, tatil yapmayarak çalıştırıldıkları takdirde ise bir misli fazlası ödenir. Ayrıca, bu iki misli ücretin % 50'si tutarı tazminat olarak ödenir..." hükmü dikkate alınarak ödeme yapılmalıdır. Kanun hükmünün mutlak emredici olmasını bir yana bıraksak bile, Kanun gereği tatil edilen Cumartesi gününde çalışmaması gereken işçinin çalıştırılması

halinde, hakkaniyet gereği, o gün yapılan çalışmanın Ulusal Bayram ya da genel tatil günü yapılan çalışma hükümlerine tabi olması gerekmektedir.

Sonuç olarak; Yüksek Mahkeme'nin karara konu işyerine özgü bir karar verdiği, bu kararın genelleştirilmesinin doğru olmayacağı, diğer yandan, inceleme konusu kararda varılan hükmün Yüksek Mahkeme'nin yerleşik görüşü olmadığı ve nihayetinde, yukarıda detaylı olarak açıkladığımız nedenlerle karara katılmadığımızı ifade edebiliriz.

Karara konu işyerindeki gibi toplu iş sözleşmesinde bu konuda hüküm olmayan bir işyerini düşündüğümüzde de vardığımız sonuç değişmemektedir. Haftada ister 5 gün isterse 6 gün çalışılan bir işyerinde, Ulusal Bayram ya da genel tatil gününü takip eden Cumartesi'nin tatil edilmesine rağmen o gün de çalışma yapılması halinde, Cumartesi yapılan çalışma Ulusal Bayram ya da genel tatil günü yapılan çalışma hükümlerine tabi olacaktır. Bununla birlikte, haftada 5 gün ve 45 saat çalışılan bir işyerinde Cumartesi günü 2429 sayılı Kanun gereği tatil edilmemişse -yani normal bir Cumartesi günü ise- ve o gün çalışma yapılmışsa, bu çalışma doğal olarak 4857 sayılı İş Kanunu'na göre bir "fazla çalışma" olacaktır ve ücretlendirmesi de buna göre yapılacaktır. Eğer bu işyerinde Kanun gereği tatil edilen Cumartesi bir çalışma yapılmamışsa, sırf tatil edilen Cumartesi'nin de Ulusal Bayram ya da genel tatil günü olması nedeniyle ayrıca bir genel tatil günü ücretinin ödenmesi söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde, haftada 6 gün çalışılan bir işyerinde 2429 sayılı Kanun gereği tatil edilen Cumartesi günü çalışma yapılmamışsa, yine bu gün için ayrıca bir tatil günü ücreti ödenmeyecektir çünkü çalışılmayan bu güne ilişkin ücret zaten 45 saatlik ücretin içinde olacaktır.

#### IV. SONUÇ

Ulusal Bayram ve genel tatiller 2429 sayılı Kanun'da sayılan günlerdir. Bu günlerin son günü Cuma'ya rastladığında, takip eden Cumartesi günü de aynı Kanun gereği tatil edilir. Ulusal Bayram ve genel tatillerde yapılan çalışmalarda ödenmesi gereken ücret, tatil edilen Cumartesi günü yapılan çalışmalar için de geçerlidir çünkü o gün de kendisinden önce gelen tatil gününün devamı niteliğindedir.

2429 sayılı Kanun'un yayımlandığı dönemde

resmi kurumlar için Cumartesi günleri saat 13.00'e kadar çalışma yapılması ancak, daha sonra bu günün tamamının tatil edilmesi ve gerek mülga 1475 sayılı Kanun, gerekse 4857 sayılı İş Kanunu açısından Cumartesi gününün işgünü olarak kabul edilmesi nedeniyle; haftada 5 gün çalışılan işyerlerinde o Cumartesi günü zaten çalışılmadığından, bu işyerleri açısından Cumartesi'nin tatil edilmesinin anlamı kalmadığını söylemek mümkündür. 2429 sayılı Kanun gereği tatil edilen Cumartesi günü işyerine gelinerek çalışma yapılması halinde ise, o Cumartesi gününün "genel tatil günü" olduğu kabul edilmeli ve ücretlendirmenin de bu esasa göre yapılması gerekmektedir. 2429 sayılı Kanun gereği tatil edilen Cumartesi gününün, yargı kararları ya da tarafların iradesi ile niteliğinin değiştirilerek normal bir Cumartesi günü olarak kabul edilmesi de hukuken mümkün değildir.

#### DİPNOTLAR

- 1 AKYİĞİT, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 1572; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Ankara 1994, s. 466.
- 2 NARMANLIOĞLU, Ünal, s. 466, dn. 166.
- 3 NARMANLIOĞLU, Ünal, s. 466, dn. 166.
- 4 Yarg. 9. HD. 17.1.2002 tarih ve 2001/20301 Esas, 2002/289 Karar sayılı; aynı tarih ve 2001/20311 Esas, 2002/299 Karar sayılı kararları.
- 5 Bu bölümde ifade edilen görüşler için bkz. TÜRK-İŞ, Yargıtay'ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2005.
- 6 Detaylı açıklama için "III. Hukuki Değerlendirme" bölümü altındaki 3 nolu başlığa bakınız.
- 7 Aynı ve benzer yönde görüşler için bkz. NARMANLIOĞLU, Ünal, s. 466; EKONOMİ ve EKMEKÇİ'nin görüşleri için bkz. Yargıtay'ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 78 ve s. 84.

#### KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Ankara 1994.
- TÜRK-İŞ, Yargıtay'ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2005.

Prof. Dr. Metin KUTAL

Kadir Has Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı (Önemi, Uygulaması ve Sorunları)

Türk toplu iş hukukunun, evrensel kurallar yanında, Avrupa ülkeleri hukukundan geniş ölçüde esinlendiği bilinmektedir. Ancak bazı yasal düzenlemelerin, ülkemize özgü koşullar nedeniyle, zaman zaman Türk iş hukukunda özel bir önem kazandığı görülmektedir. Örneğin sendikaların toplu pazarlık için yetki alabilmeleri Avrupa hukukunda basit bazı kural veya uygulamalarla çözümlendiği halde, Türk toplu iş hukukunda kırk yılı aşkın dönemde en ciddi tartışmaların yapıldığı, çözüm arayışlarının devam ettiği bir alan olmuştur.

Bunun nedeni ülkemizin ekonomik sosyal ve siyasal açıdan farklı koşullara sahip olmasıdır. Sanayileşme sürecini henüz tamamlayamamış, tarihsel nedenlerle bilinçli sosyal sınıfların oluşmadığı bir toplum yapısında ister istemez sendikacılık ve toplu pazarlık düzeni yasa koyucunun belirlediği çerçevede cereyan etmekte, hatta taraflar bunu yasa koyucudan beklemektedirler.

Avrupa iş hukukunda yasal düzenlemeleri gerektirmeyen, buna karşılık Türk hukukunda toplu iş ilişkilerini yakından ilgilendiren konulardan biri de "işkolu" kavramıdır. Bu kavram ülkemizde özgür sendikacılık ve toplu pazarlık sisteminin ilk kez işlemeye başladığı 1963 yılında yeni yasaların hazırlığı sırasında önem kazanmaya başlamıştır. Zi-

ra 1947 tarihi 5018 sayılı Sendikalar Kanunu sendikal örgütlenme konusunda ayrıntılı hükümler getirmemiş, Batılı ülkelerde olduğu gibi değişik düzeyde örgütlenmeye izin vermiştir. Ancak bu durum 1952'den sonra üst kademedeki kurulan bazı sendikalarla siyasal iktidar arasında sürtüşmelere neden olmuştur. Bu yüzden 1963 Yasaları (274, 275) hazırlanırken sendikal örgütlenme kuralları daha açık biçimde belirlenmiştir. Bu arada sendikaların işkolu düzeyinde örgütlenebilmeleri de işkolu kavramının açıklığa kavuşturulmasını gerektirmiştir.

Kaldı ki, 1963 sonrası dönemde içine girdiğimiz grev ve lokavt hakları ile donatılmış toplu pazarlık düzeninde sık sık işkolu kavramı devreye girmiş, böylece konumuz daha da önem kazanmıştır. Aradan kırk yılı aşkın bir zaman geçtiği halde işkolu kavramı önemini yitirmemiş, aksine son yıllarda işkolları sayısının azaltılması yanında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın bir işkoluna giren işyerini belirlemesi ILO'nun eleştirilerine yol açmıştır. Ayrıca bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler konusu öteden beri tartışmalara neden olmuştur. Bu yazının amacı Türk hukukunda işkolu kavramını irdelemek ortaya çıkan sorunlar hakkında bazı kişisel görüş ve yorumları ortaya koymaktır.



## 1- TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞKOLU KAVRAMI VE ÖNEMİ

Geniş bir uygulama alanı olmasına karşın Türk hukukunda işkolunun tanımı yapılmamıştır. Yasa koyucu işkollarının sayısını ve neler olduğunu belirlemiş (2821, m.60), bir işkoluna giren işlerin neler olacağına bir tüzükte düzenleneceğini öngörmüş, ancak işkolunun bir tanımını vermemiştir. Bu durum ciddi bir sorun yaratmamaktadır. Hatta bu konuda yapılacak bir tanım kanımızca olası sorunların doğmasına neden olabilecektir.

Nitelik bakımından benzer iktisadi faaliyetlerin sınıflandırılması ve bunun sonucu ortaya çıkan temel iktisadi faaliyet türlerine işkolları denilebilir. Bu sınıflandırma uluslararası düzeyde bazı belgelerde gösterilmesine karşın, her ülke kendi ekonomik ve sosyal gereksinmesine göre işkollarının içeriğini ve sayısını belirleyebilmektedir. Türk toplu iş hukukunda işkollarının durumuna geçmeden önce ele aldığımız konunun geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu ve bu nedenle önem taşıdığını açıklamaya çalışacağız.

### A- Sendikal Örgütlenme Açısından

1947 tarihli 5018 sayılı ilk Sendikalar Kanunu'nda ve 274 sayılı Yasa'da (1963) işçi ve işverenlerin sendikal örgütlenme modeli kısıtlanmamıştır. Başka bir deyimle sendikalar işyeri, hatta meslek esasına göre isterlerse örgütlenebiliyorlardı. Doğal olarak işkolu esasına göre örgütlenmelerinde de yasal bir engel bulunmamakta idi. Sözünü ettiğimiz bu yasalar döneminde de ülkemizde sendikal örgütlenmenin daha çok işkolu esasına yöneldiği görülmektedir. Bu yönelişin işçi ve işveren konfederasyonlarının benimsedikleri örgüt modeli ile ilgili olduğu da söylenebilir. Örneğin Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonunun V. Genel Kurulunda (1964) sendikal örgütlenme modeli olarak Türkiye çapında faaliyette bulunmak üzere işkolu sendikacılığı kabul edilmiştir.

**Her ülke kendi ekonomik ve sosyal gereksinmesine göre işkollarının içeriğini ve sayısını belirleyebilmektedir.**

**Yasa koyucunun doğrudan işkolu sözleşmesine yer vermemesi, buna karşılık işkolu sözleşmelerine bir tür geçiş (hazırlık) anlamına gelen grup sözleşmelerini kabul etmesi isabetli bir tutumdur.**

2821 sayılı Sendikalar Kanunu ise (1983) bu konuda açık bir tutumu benimsemiş ve "işçi sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler tarafından kurulur" hükmünü getirmiştir (m 3/I). İşverenlerin sendikal örgütlenmesinde de aynı kural tekrarlanmış, ancak kamu işveren sendikaları için bir istisna getirilmiştir.

1983 tarihli Kanun'da yasa koyucu bu açık hükümle yetinmemiş, işkolu dışındaki örgütlenmelere engel olabilmek için 3. maddeye "meslek veya işyeri esasına göre işçi sendikası kurulamaz" hükmünü koymuştur. Böylece işçi sendikacılığının ilk kademe örgütünün işkolu sendikaları olması bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu kısıtlamanın zaman zaman ILO Uzmanlar Komitesi tarafından eleştirildiği, sendika özgürlüğüne ilişkin 87 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesine göre işçi ve işverenlerin diledikleri sendikayı kurma özgürlüğüne sahip oldukları ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Buna karşılık Türk hükümeti Yasanın bu hükmünün güçlü ve özgür sendikacılığı koruma amacını taşıdığı, işkolu düzeyinde istenildiği kadar sendika kurulabileceğini savunmuştur.

Öte yandan 2821 sayılı Yasa'da üst sendikal kuruluş olarak konfederasyonlar, "değişik işkollarında en az beş sendikanın bir araya gelmesi suretiyle meydana getirdikleri tüzel kişiliğe sahip üst kuruluşlar" olarak tanımlanmıştır (m. 2/son).

Şu halde denilebilir ki işkolu kavramı yürürlükteki 2821 sayılı Yasa'da sendikal örgütlenme bakımından temel öge olarak benimsenmiştir. Benzer bir duruma Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda da (No. 4688) rastlamaktayız. Adı geçen yasanın 4. maddesinde sendikaların hizmet kolu esasına göre kurulacağı açıklanmış, hizmet kolları ise 5. maddede 11 başlık altında sıralanmıştır.

## B- Sendika Üyeliği ve Kuruculuğu Açısından

Sendika üyeleri arasında bilindiği gibi ortak bir mesleki çıkar ilişkisinin bulunması zorunludur. Nitekim 2821 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde yapılan tanımda da "sendika, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerin" korunması ve geliştirilmesi için oluşturulmuş, tüzel kişiliğe sahip kuruluş olarak belirtilmiştir. Türk hukukunda sendika üyeleri arasındaki ortak mesleki menfaat, belirli bir işkolundaki işyerlerinde işçi sıfatı ile çalışmak anlamına gelmektedir. Nitekim 2821 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde "bir işyerindeki işçiler yardımcı işte çalışsalar bile ancak işyerinin bağlı olduğu işkolunda kurulu sendikaya üye olabilirler" denilmiştir. İşkolu esasının doğal sonucu olarak sendika üyesinin sendikanın faaliyet alanı içinde kalmak şartı ile başka bir işe geçmesinin sendika üyeliğini etkilemeyeceği 24. maddede öngörülmüş; buna karşılık adı geçen Yasada işkolu değiştirilen işçilerin sendika üyeliğinin sona ereceği açıkça ifade edilmiştir (m. 25/IV).

Sendika üyeliğinde olduğu gibi sendika kuruculuğunda da aranan nitelikler arasında (m.5), "sendikanın kurulacağı işkolunda fiilen çalışır olma" şartı aranmaktadır.

## C- Toplu Pazarlık Hukuku Açısından

İşkoluna 2822 sayılı Yasa'nın birçok maddesinde yollama yapılmış, bu nedenle işkolu toplu pazarlık mekanizmasının işleyişinde rol oynayan temel kavramlardan biri olmuştur. Bunlardan bazıları şunlardır;

### a) Toplu Pazarlığın Kapsamı ve Düzeyi (m.3)

Türk hukukunda sendikaların örgütlenme modeli işkoluna dayandığı halde, işkolu düzeyinde toplu pazarlığa olanak verilmemiştir. Buna rağmen yasa koyucu işkolu kavramından yararlanmıştır. Gerçekten doktrinde ve uygulamada grup sözleşmeleri adı verilen aynı işkolunda birden çok işyerini kapsayan sözleşmeler bağtlanabileceği gibi (m. 3/I), aynı işkolunda birden çok işyerine sahip işletmeler için ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılmasına olanak verilmiştir. Bilindiği gibi bu tür toplu sözleşmelere yasa, işletme toplu iş sözleşmesi adını vermiştir (m. 3/II).

Kanımızca yasa koyucunun doğrudan işkolu

## Türk toplu iş hukukunda işkolu kavramının en fazla önem taşıdığı alan, kuşkusuz yetkili sendikanın belirlenmesidir.

sözleşmesine yer vermemesi, buna karşılık işkolu sözleşmelerine bir tür geçiş (hazırlık) anlamına gelen grup sözleşmelerini kabul etmesi isabetli bir tutumdur. Hatırlanacağı gibi 1963 Yasaları (No. 275) gerekli hazırlık ve deneyime sahip olmadan işkolu sözleşmelerini de öngörmüş, ancak uygulamada beklenen başarı elde edilememiştir. Kuşkusuz gelecekte işkolu sözleşmelerinin de devrede olduğu çok düzeyli toplu pazarlık sistemine geçilmevidir. Bunun için Anayasadaki engelin (m. 53/IV) kaldırılması isabetli olacaktır.

### b) Teşmil (m.11)

Toplu sözleşmelerin uygulama alanını sözleşme yapılmayan işyerlerini de kapsayacak biçimde genişletme anlamına gelen teşmil, 1963'ten beri Türk hukukunda düzenlendiği halde, uygulamada beklenen etkinliğe kavuşmamıştır.

Avrupa ülkelerinde en önemli sosyal politika araçlarından biri olarak başvuru alan teşmil, sadece çalışanların haklarının gelişmesine katkıda bulunmakla kalmamakta; işletmeler arasındaki haksız (kirli) rekabeti azaltmakta, hızlı işçi devrini önlemede, bu nedenle verimliliği de artırmaktadır.

Türk yasa koyucusu teşmil uygulamasını teşvik için 2364 ve 2822 sayılı Yasalarda yeni düzenlemeler yapmıştır. Ancak, yanlış yorum ve uygulamalar teşmilden yeterli derecede yararlanılamaması sonucunu doğurmuştur. Başarısızlığın nedenleri bu yazının kapsamı dışında kaldığından teşmil ile işkolu kavramı arasındaki ilişkiye işaret etmekle yetindim.

2822 sayılı Yasa'nın 11. maddesinde belirli bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde onunu temsil eden işçi sendikalarından en çok üyeye sahip olan sendikanın yapmış olduğu bir toplu sözleşmenin Bakanlar Kurulu tarafından o işkolunda toplu sözleşme bulunmayan diğer işyerlerine veya bunların bir kısmına teşmil edilebileceği öngörülmüştür. Böylece bir işkolunda faaliyet gösteren işletmeler arasında çalışma koşullarının benzer duruma getirilmesi amaçlanmıştır.

### c) Yetkili Sendikanın Belirlenmesi (m.12-16)

Türk toplu iş hukukunda işkolu kavramının en fazla önem taşıdığı alan, kuşkusuz yetkili sendikanın belirlenmesidir. İşçi sendikasının yetkili taraf olarak toplu pazarlık yapabilmesi için “kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu” temsil etmesi gerekmektedir. Konumuz bakımından önemli olan bu koşula ek olarak; ilgili sendikanın işyeri ya da işletme düzeyinde çalışan işçilerin çoğunluğunu da temsil etme yeteneğine sahip olması gerektiği bilinmektedir.

Yukarıda da açıklandığı gibi işkolu toplu sözleşmelerine yasal bir dayanak tanımayan 2822 sayılı Yasa, yetkili sendikanın işkolunda belirli bir temsil gücüne sahip olmasını zorunlu görmüştür. Amaç toplu pazarlığın güçlü işçi kuruluşları tarafından yapılmasını sağlamak; sendikal örgütlenmeyi dağınıklıktan kurtarmak ve güçlü sendikacılığı teşvik etmektir.

Nitekim somut sonuçlar bu amacı destekler niteliktedir. 1980 öncesi dönemde sayıları bine yaklaşan işçi sendikaları işkolu barajının konulması ile yüz civarına inmiştir. Güçlü sendikaların kural olarak daha özgür sendikalar olması da bu düzenlemenin yararını ortaya koymaktadır.

Ancak sendikaların işkolu düzeyindeki temsil güçleri ile ilgili sınırlama son yirmi yıl içinde uluslararası sözleşmeler açısından en fazla eleştirilen ve Türkiye Cumhuriyeti'ne yöneltilen soruların başında gelmiştir. Özellikle T.C.'nin 1951'de onayladığı 98 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 4. maddesi açısından bu hükmün birçok sendikanın toplu pazarlık haklarını sınırladığı ileri sürülmektedir<sup>1</sup>. Soruna çözüm bulabilmek için halen 2822 sayılı Yasa üzerin-

**2822 sayılı Yasa, yetkili sendikanın işkolunda belirli bir temsil gücüne sahip olmasını zorunlu görmüştür. Amaç toplu pazarlığın güçlü işçi kuruluşları tarafından yapılmasını sağlamak; sendikal örgütlenmeyi dağınıklıktan kurtarmak ve güçlü sendikacılığı teşvik etmektir.**

**İşyerinin asıl üretim amacına girmeyen, ancak bu amaca yardımcı olan tüm işlerin yardımcı iş kavramına girdiği tartışmasıdır.**

deki çalışmalar devam etmektedir. Yazımızın konusu yetkili sendika olmadığından bu husustaki ayrıntılara girmiyoruz. Amacımız işkolu kavramının yetkili sendikanın belirlenmesinde de önemli bir işleve sahip olduğunun altını çizmekten ibarettir.

## II- İŞKOLLARININ VE BUNLARA GİREN İKTİSADİ FAALİYETLERİN BELİRLENMESİ

İşkolu kavramının önem kazanması, yazımızın başında da değindiğimiz gibi, 1963 Yasaları'nın hazırlığı sırasında ortaya çıkmıştır. Özellikle sendikalara grev ve lokavt haklarına dayalı toplu pazarlık haklarını da tanıyan bu yasalarda (274, 275) işkolu kavramına özel bir yer verilmiştir. Ancak işkollarının sayısı, bunların isimleri ve bunlara girecek iktisadi faaliyetlerin belirlenmesini yasa koyucu doğrudan yapmamış, bu hususu Çalışma Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmeliğe bırakmıştır<sup>2</sup>. Bu durum 1963 - 1983 döneminde ciddi sorunların yaşanmasına neden olmuştur. Gerçekten işkolları yönetmeliğinde siyasal iktidarların yaptığı değişikliklerle sendikalar üzerinde baskı kurulmuş, özellikle belediyelerin yaptığı faaliyetin bir kısmının dahil olduğu “genel işler” işkolunun içeriğinde sık sık değişiklik yapıldığı görülmüştür. Ayrıca bu dönemde işkolu sayısı ve bunların hangi işkolları olduğu yasa ile belirtilmediğinden işkolları sayısı da zaman zaman artmış ya da azalmıştır.

İşkolu kavramının endüstri ilişkileri sisteminde ne derece önemli olduğu bu dönemde anlaşıldığından, 1983 Yasaları (2821, 2822) hazırlanırken işkollarının nelerden ibaret olduğu tek tek sıralanmış (m.60) “bir işkoluna giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınarak ve uluslararası normlar da göz önünde bulundurulacak bir tüzükle” düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Böylece işkollarında yeni bir düzenleme yapabilmek için önce yasayı değiştirmek, Danıştay'ın

## Yardımcı işler başka bir işverene, örneğin bir alt işverene verilmiş ise bu işler alt işverenin asıl işi konumuna gelecek, belki işkolu bile değişmiş olabilecektir.

vizesini gerektiren tüzük değişikliğini gerçekleştirmek gerekmiştir. Yeni düzenleme siyasal baskılarla sendikaların örgütlenme hakkına müdahale edilmesini nispeten engelleyici bir rol oynamıştır. Nitekim işkollarının sayısında 1983'ten beri bir değişiklik yapılmamış, işkolları tüzüğünde de sık sık yapılan değişikliklere rastlanmamıştır.

### III- İŞYERLERİNİN HANGİ İŞKOLLARINA GİRDİĞİNİN BELİRLENMESİ

Türk toplu iş hukukunda işkolu kavramının önemi açıkça anlaşıldığından 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na herhangi bir işyerinin hangi işkoluna gireceğinin nasıl belirleneceğine ilişkin özel bir hüküm konulması yönüne gidilmiştir (m.4). Buna göre bu konuda çıkan bir uyuşmazlıkta ilk tespit Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılacaktır. İdari karar niteliğindeki bu tespiti karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahkemeye dava açabileceklerdir. Yasanın 4. maddesinde bu konuda ayrıntılara da yer verilmiş, örneğin adı geçen Bakanlığın kararının Resmi Gazete'de yayımlanacağı, ilgililerin de bu kararın yayımını izleyen on beş gün içinde iş mahkemesine dava açabilecekleri öngörülmüştür. İş mahkemesi iki ay içinde kararını verecek, kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlayacaktır.

İşyerlerinin hangi işkoluna gireceğine ilişkin böyle bir hükmün yasaya girmesi kanımızca isabetli olmuştur. Zira bazı durumlarda bir işyerinin hangi işkoluna gireceği ciddi tartışmalara neden olabilmektedir. Nitekim uygulamada bu konuda uyuşmazlıkların yaşandığı görülmektedir. Örneğin havaalanlarındaki restoran ya da kafeteryaların 21 sayılı hava taşımacılığına mı, yoksa 25 sayılı konaklama ve eğlence yerleri işkoluna mı gireceği tartışma yaratmıştır. Bunun gibi son yıllarda askeri

bir işyeri haline getirilen tersanelerin 14 sayılı gemi işkoluna mı, yoksa 26 sayılı milli savunma işkoluna mı dahil olacağı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yanında iş mahkemesini ve Yargıtay'ı meşgul etmiştir. Bu son olayla ilgili tartışmalar şikayet üzerine Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) gündemine kadar taşınmıştır<sup>3</sup>. Aşağıda bu konuda Türkiye Cumhuriyeti'ne yöneltilen eleştirilere ayrıca değinilecektir.

### IV- İŞKOLLARINA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Türk toplu iş hukukunda işkolu kavramı, bunun önemi ve düzenleniş biçimine ilişkin açıklamalardan sonra işkolları uygulamasından kaynaklanan sorunları üç grupta toplamaya çalışacağız. Bunlar bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı iş kavramı, bir işyerinin hangi işkoluna girdiği konusunda uluslararası tartışmalar ve son olarak mevcut işkollarının durumu ve sayısıdır.

#### A- İşyerinde Yürütülen Asıl İşe Yardımcı İşler

2821 sayılı Yasa'nın "işkolları" başlıklı 60. maddesinde işkolları sıralandıktan sonra "bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır" hükmüne yer verilmiştir (m.6 0/II). Yardımcı iş deyimi Türk doktrin ve yargı kararlarında farklı yorumlara neden olmuştur. İşyerinin asıl üretim amacına girmeyen, ancak bu amaca yardımcı olan tüm işlerin yardımcı iş kavramına girdiği tartışmasızdır. Örneğin bir dokuma fabrikasında bahçe düzenlemesi, güvenlik hizmetleri gibi işlerde çalışan dokuma işverenin işçileri de aynı işkolunun işçisi sayılacaklardır. Ancak aynı işyerinde bu gibi yardımcı işler başka bir işverene, örneğin bir alt işverene verilmiş ise bu işler alt işverenin asıl işi konumuna gelecek, belki işkolu bile değişmiş olabilecektir.

Öte yandan yeni İş Kanunumuzda yeniden yapılan işyeri tanımı (m. 2) ile işyerinde üretilen mal veya hizmet üretmek amacına nitelik bakımından bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler de aynı işyerinden sayılacak, sonuçta bunların tümünde çalışanlar aynı işkolunun işçisi sayılacaktır. Bir dokuma fabrikasının



da üretilmek istenen ürünün oluşmasını sağlayan iplikhane, dokuma, boya, apre v.b. kısımlar tek bir işyerini oluşturacaktır. Burada hukuki ve iktisadi iki etken rol oynamaktadır. Birincisi bunların aynı işverene ait olmasıdır: Hukuki faktör. Şu halde iplikhane ayrı bir işverene ait ise tüm üretimini belirli bir firmaya tahsis etse bile, burada ayrı bir işyeri olduğu kabul edilecektir. Yeni İş Kanunu'ndaki "aynı yönetim altında" örgütlenme ögesi bu hususu açıkça belirtmektedir.

İkinci faktör iktisadidir. Aynı işverene ait olsa bile bir ilaç ve bir dokuma fabrikası aynı işyeri sayılmayacak, üretilen mal veya hizmetler arasında nitelik yönünden bağlantı bulunmadığı açıkça görülecektir. Doktrin ve yargı kararlarında belirtildiği gibi işyerinin bir kısmının bağımsız bir organizasyon olarak kabul edilerek oraya ayrı bir işyeri sicil numarası verilmesi işyerinin belirlenmesi açısından yeterli değildir. Zaman zaman bölge müdürlüklerince yanlış biçimde verilen işyeri numaraları işyerinin gerçekten ayrı bir işyeri olacağı anlamına gelmemektedir. Yeni İş Yasamız olabildiğince bu konuya açıklık getirmeye çalışmıştır. Bu hususta nitelik açısından işverenin işyerinde üretilen mal ve hizmetlerle bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler olup olmadığına bakmak gerekir. Bu hususta Yüksek Mahkeme, çalışma alanına giren işlemleri işverenin doğrudan doğruya yapmaya yetkili olup olmadığına bakmaktadır. Örneğin toplu iş sözleşmesi için yetki uyuşmazlıklarında işverenden ücret bordrolarını istemektedir.

Nihayet belirtelim ki; işyeri tanımında yer alan tüm öğelere sahip olan bölümlerin birbirinden uzak olmaları da işyeri tanımı açısından önem taşımamaktadır. Özellikle yeni İş Kanunu'ndaki işyeri tanımından sonra bu husus daha çok açıklığa kavuşmuştur. Ancak işyerine bağlı yerler asıl işyerinden uzaklaştıkça "aynı yönetim altında örgütlenme" ögesinin zayıflama olasılığı artmaktadır. Bu nedenle doktrinde asıl işyerinden yönetilen uzak yerlerde kurulu yerler "pratik nedenlerle ve istisnaen" ayrı işyeri sayılabileceği ileri sürülmüştür<sup>4</sup>.

## B- Bir İşyerinin Hangi İşkoluna Girdiği

274 sayılı Yasa'da öngörülen İşkolları Yönetmeliği'nin 8. maddesinde "işyerinde yapılan işlerin hangi işkolundan sayılacağına Çalışma Bakanlığı-

nın karar vereceği" hükme bağlanmıştır. Bu hüküm Danıştay tarafından 1973 yılında iptal edilmiştir<sup>5</sup>. Bu kararın gerekçesinde bu hususta idareye tanınan yetkinin özgür toplu pazarlık sistemini düzenleyen 275 sayılı Yasa'da yer almadığı, toplu pazarlık özel hukuk alanına girdiğinden bu konuda adli yargının denetiminin olabileceği açıklanmıştır. 2821 sayılı Yasa, eski dönemdeki tartışmalardan da yararlanarak bu hususta yeni düzenlemeler yapmıştır: İşkollarını doğrudan doğruya yasadaki gösterme ve hangi iktisadi faaliyetin hangi işkoluna girdiğini yönetmelik yerine tüzükle belirleme yanında, Çalışma Bakanlığı'na tanınan işyerinin hangi işkoluna girdiğine ilişkin idari karar aleyhine taraflara adli yargıya (önce iş mahkemesine, itiraz üzerine Yargıtay'a) başvurma yetkisi tanınmıştır. (m. 4)

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun bu hükmü zaman zaman Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından eleştirilmiş, bu düzenlemenin (m. 4) 87 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesindeki çalışanların ve işverenlerin serbestçe örgütlenme hakkına müdahaleye yol açabileceği ileri sürülmüştür<sup>6</sup>. ILO Uzmanlar Komitesi'ne göre sendikaların yetki alanının, işkollarının ve bunlara giren iktisadi faaliyetlerin belirlenmesi 87 sayılı Sözleşme'ye prensip olarak aykırı değildir. Ancak bu tasnifin, çalışanların örgütlenme haklarını güvence altına alma amacını taşıması, objektif ve önceden belirlenmiş somut esaslara göre yapılması gerekmektedir. Şayet işyerlerinin hangi işkoluna girdiğini idari makam dilediği gibi belirleyebiliyorsa, kuşkusuz bu durum serbestçe örgütlenme hakkına ciddi bir müdahale anlamına gelmektedir. Uzmanlar Komitesi'nin bu konudaki endişelerinin bir nedeni de Dok Gemi-İş Sendikasının bir başvurusudur. Yukarıda da değinildiği gibi Gölcük depreminden sonra Denizcilik İşletmeleri'ne ait olan tersaneler Donanma Komutanlığı'na devredilmiş ve bu işyerleri askeri işyerleri işkoluna dahil olmuşlardır.

Bu hususta Çalışma Bakanlığı'nın verdiği idari karar aleyhine adli yargıya başvurulmuş ve sonuçta bu işyerlerinin işkolunun milli savunma işkolu olduğu kesinleşmiştir.

Kanımızca ILO Uzmanlar Komitesi'nin bu konudaki eleştirileri yetersiz bilgilere ve adı geçen sendikanın şikayet gerekçelerine dayandırılmıştır. Nitekim raporda Bakanlığa tanınan bu yetkinin iki

dereceli yargı denetimine tabi olduğuna ilişkin hiçbir açıklama yoktur. Halbuki ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri'ne ilişkin bir başka yayınında "çalışanların ve işverenlerin önceden izin almaksızın serbestçe sendika ve üst kuruluşlar kurabilmelerini engelleyici idari kararlara karşı bağımsız ve tarafsız yargı mercilerine başvurabilecekleri"ne açık bir yollama yapılmıştır<sup>7</sup>. 2821 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin bu gereksinimine cevap verdiği kuşkusuzdur.

### C- Mevcut İşkollarının Durumu ve Yapılması Düşünülen Değişiklikler

2821 sayılı Yasa'nın 60. maddesinde işkollarının neler olduğu 28 başlık altında sayılmıştır. 274 sayılı Yasa döneminde Çalışma Bakanlığı'nca çıkarılan yönetmelikte bu sayının önce 36, daha sonra 34 ve 33 olarak kabul edildiği hatırlanırsa zaman içinde işkolu sayısında bir azalmanın olduğu görülmektedir. Ancak işkolu sendikacılığının benimsendiği, örneğin Federal Almanya'da işkolu sayısının uzun süre 16 olduğu; son yıllarda bu sayının daha da azaldığı dikkate alınırca ülkemizde işkolu sayısının fazla olduğu sonucuna varılabilir. Bu husus doktrinde öteden beri ifade edilmiştir<sup>8</sup>. Güçlü sendikacılığın nispeten az sayıdaki sendika içinde çok sayıda işçinin örgütlenmesi anlamına geldiğine kuşku yoktur. Bu amaca bazı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi sendikaların özgür iradeleri ile ulaşmaları en sağlıklı yoldur. Az sayıda sendika içinde işçileri örgütleyebilmek için sendika sayısını belirlemenin, sendika tekeline neden olacağı, bu nedenle sendika özgürlüğü ile kesinlikle bağdaşmayacağı açıktır. Türk sisteminde de (2821, m.4) işkolu düzeyinde ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacıyla çok sayıda sendikanın kurulabileceği öngörülmüştür. Ancak işkolu sayısının yasa ile sınırlandırıldığı ülkemizde güçlü bir işçi hareketi için, işkollarının sayısının azaltılmasına ihtiyaç bulunduğu kanısındayız. Bu ihtiyaç son 25 yıl içinde tüm dünyayı etkileyen küreselleşme açısından da özel bir önem kazanmıştır. Küreselleşme sürecinde sendikacılığın beşiği sayılan ülkelerde bile sendikaların önemli ölçüde üye kaybetmeleri işkollarının azaltılması eğilimini güçlendirmiştir. Türk sendikacılığında da aynı olgu yaşanmaktadır. Gerçi Türkiye'de sendikaların üye kaybetmelerinde küreselleşme yanında başka faktörlerin de rol oynadığı

### İşkolu sayısının yasa ile sınırlandırıldığı ülkemizde güçlü bir işçi hareketi için, işkollarının sayısının azaltılmasına ihtiyaç bulunduğu kanısındayız.

kuşkusuzdur<sup>9</sup>. Ancak Türk mevzuatı açısından işkolları sayısı da bu konuda olumsuz bir etki yapmaktadır.

Nitekim işkolları sayısının 28'den 18'e indirilmesi bir Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan yasa taslağında önerilmektedir (Taslak, m.18). Örneğin şeker işkolu (No:5) gıda içine alınmakta; dokuma (No:6) deri ile (No:7); ağaç (No:8) kağıt ile (No:9) birleştirilmekte; tüm taşımacılık işkolları (No:18, 19, 20, 21) antrepoculukla (No: 22) bir arada ele alınmaktadır. Bilindiği gibi bu konudaki hazırlıklar halen Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nda devam etmektedir.

Sözü edilen yasa taslağı ILO Uzmanlar Komitesi'nin de ilgisini çekmiştir. Komite'nin 2005 yılına ait ülkelerle ilgili bölümünde bazı işkollarının taslak hükümlerine göre, ortadan kaldırılacağına, bazılarının birleştirileceğine işaret edildikten sonra "sendikaların yetki alanlarını belirlemek için düzenleme yapılmasının 87 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesi ile çatışmadığı" açıklanmaktadır. Buna karşılık Komisyon'un, bu yeni sınıflandırma yapılırken keyfi belirlemelerden kaçınabilmek ve çalışanların kendi serbest tercihlerine göre sendika kurabilmelerini güvence altına alabilmek için dikkate alınan ölçütlerin açık, objektif ve önceden belirlenmiş esaslara dayanması gerektiğini vurgulamaktadır. ILO Uzmanlar Komitesi yapılması düşünülen değişikliklerin bu ölçütlere uygun olup olmadığı hususunda hükümetten açıklama yapmasını istemektedir. Uzmanlar Komitesi'nin bu konuda gösterdiği titizliğin bir nedeninin de Dok Gemi-İş Sendikası'nın yaptığı şikayet olduğuna yukarıda değinmiştik.

Kanımızca Bilim Komisyonu işkollarının sayısını azaltarak iktisadi faaliyetleri yeniden belirlerken kesinlikle sendikalardan bir kısmını ortadan kaldırmak gibi peşin bir düşünce ile hareket etmemiş, Komite raporunda açıklandığı gibi, uluslararası belgelerden, objektif esaslardan ve daha güçlü bir sendikacılık idealinden hareket etmiştir.

Doğal olarak mevcut sendikaların kendilerini yeni işkollarına uydurabilmeleri için izlenmesi gereken yöntem ve geçiş süreci de taslakta öngörülmüştür (Taslak, Geçici Madde 1 ve 2).

## SONUÇ

Türk endüstri ilişkileri sisteminde kırk yılı aşkın bir süreden beri işkolu, temel kavramlardan biri olarak yer almıştır. Bunun nedeni mevzuatımız sendikal örgütlenmede olduğu kadar, toplu pazarlık sisteminin işleyişinde de işkolu kavramına sık sık yollama yapılmasıdır.

Bu kadar önemli olan bir kavramın yasa koyucuları meşgul etmesi doğaldır. Nitekim TBMM'de 274 sayılı Yasa'nın kabulü sırasında bile (1963) bu konuda tartışmalar yapıldığı dikkati çekmektedir.

1963-80 döneminde işkollarının bir yönetmelikle belirlenmesi işkolları yönetmeliğinde zaman zaman değişiklikler yapılmasına neden olmuştur. Serbest örgütlenme hakkına siyasi müdahalelere olanak veren bu sistem 1983'te isabetli olarak değiştirilmiş, işkolları doğrudan yasada belirlenmiş, iktisadi faaliyetler ise yönetmelik yerine bir tüzükte gösterilmiştir. Bu yeni düzenlemelerle bir kısım sorun çözümlenmiştir. Ancak bu kez yetkili sendikaların belirlenmesinde işkolu düzeyindeki temsil gücü 2822 sayılı Yasa'da temel bir ilke olarak yer almıştır. İşkolu istatistiklerinin sağlıklı olmaması uygulamada yeni sorunlara neden olmuş, ayrıca 98 sayılı ILO Sözleşmesi açısından yeni tartışmalara yol açmıştır.

Öte yandan tüm dünyada işçi sendikalarının üye kaybetmesine neden olan küreselleşme olgusu Türkiye'de de etkisini göstermekle gecikmemiş, buna ülkemize özgü koşullar da eklenince sendikacılıkta zayıflama olgusu açıkça ortaya çıkmıştır.

Sendikaların çoğulcu demokrasinin vazgeçilmez kurumları olduğu kadar, bu rejimin en önemli dayanaklarından biri olduğu düşünülürse, mevcut durumun kaygı verici olduğu anlaşılmaktadır. Soruna çözüm bulabilmek için çok yönlü önlemlere ihtiyaç duyulan bu dönemde işkollarına yeni bir çeki düzen verilmesinin de bu konuda yararlı, hatta zorunlu olduğu kanısındayız.

## DİPNOTLAR

1 BIT, Application des normes internationales du travail, 2005 (I) Rapport de la Commission d'experts, Genève 2005, p.130.

- 2 Nuri Çelik, İş Hukuku II, Kolektif İş Hukuku 1, Sendikalar, İstanbul, 1979, s. 163 -167.
- 3 BIT, op cit. P.127.
- 4 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri (18.baskı), İstanbul 2005, s.56.
- 5 Danıştay 8. Dairesi'nin 30.04.1973 tarih ve Esas No: 1972/337, Karar No: 1973/1995 kararı için bkz. İşveren Dergisi, Eylül 1973.
- 6 BIT, op.cit, p.127b.
- 7 BIT liberté syndical et négociation collective, étude d'ensemble, Genève, 1994, p.49.
- 8 N. Çelik, a.g.e. s.174-175.
- 9 M. Kutsal, "Türk Sendikacılığını Çevreleyen Olumsuz Koşullar, Özellikler ve Yeni Bir Yapılanma İhtiyacı", Çalışma ve Toplum Dergisi, No:5, İst., 2005/2, 1-11-25.

Prof. Dr. Rüçhan IŞIK

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Esneklik: Toplu Pazarlık Yoluyla\*

Ekonomideki küreselleşme ile teknolojideki yenileşme ve gelişme, yakın geçmişe kadar ve bazı ülkelerde ise halen ulusal sınırlarla ve kurumlarla korunan işletmeleri bugün sıkı rekabet koşullarıyla baş başa bırakmıştır. Bir işletmenin ya da ekonominin küreselleşmiş piyasadaki rekabet gücünün, büyük ölçüde piyasada meydana gelen değişikliklere uyum sağlama ve son teknolojik gelişmelerden yararlanma yetisine bağlı olduğu görüşü giderek kabul görmektedir. Yaygınlaşan bu görüşe göre, bu yetiyi geliştirmek için, işgücü piyasasının daha fazla esnekleşmesi gerekmektedir. Rekabetin artması ve bunu izleyen ekonomik büyüme, kendiliğinden hemen istihdamı artırmasa da yeni iş olanaklarının ortaya çıkmasını sağladığından, politikacılar ve işverenler, esnek işgücü piyasalarının oluşumunu, bugün dünyanın pek çok bölgesinde görülen yüksek orandaki sürekli işsizlik sorununun çözümünde anahtar saymaktadırlar. Bu nedenle de, esnekliği artırmak amacıyla tüm dünyadaki işgücü piyasalarında birtakım değişimler ortaya çıkmaktadır. Bu kısa çalışmada; toplu pazarlığın, işgücü piyasasında esnekliğin sağlanmasında nasıl bir rol oynayabileceği incelenmiştir.

Esneklik bağlamında toplu pazarlık, çalışmanın amacıyla uyumlu olarak en geniş anlamıyla ele alınmıştır. Bir başka deyişle, toplu pazarlık ülke, sektör/işkolu, işletme ve işletmenin belirli bir bölümü düzeyindeki ikili ve/veya üçlü müzakereleri kapsamaktadır.

Yine bu çalışmada işgücü piyasası esnekliği dendiğinde bir işletmenin (i) işgücü girdisinin düzeyini ve zamanlamasını talepteki değişmelere göre değiştirme; (ii) ücret düzeyini üretkenliğe ve ödeme gücüne göre ayarlama; (iii) elindeki işçileri talepteki değişmelere göre değişik işlerde görevlendirme yetisi anlatılmaktadır. Bir işletmenin bunları yapabilmesi, normal olarak, iş sözleşmelerinde, çalışma sürelerinde, ücret ödeme sistemlerinde ve işin örgütlenmesinde değişikliklere gidebilmesiyle mümkündür. Bu konular, son zamanlarda işgücü piyasası esnekliğine ilişkin akademik yayınlarda ve söylemlerde sıkça kullanılan “Dış Sayısal Esneklik”, “İç Sayısal Esneklik”, “Ücret Esnekliği” ve “İşlevsel Esneklik” gibi kavramların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Toplu pazarlık, istihdam ilişkilerindeki bu özlü değişikliklerin ortaya çıkmasında -başat olmasa bile- önemli bir rol oynamaktadır. Toplu pazarlık düzeni iyi yürütüldüğü takdirde, ekonomik verimlilikle işçilerin çıkarlarının korunması arasındaki optimal dengenin tutturulmasında bugün de en etkili araçtır. Ayrıca, toplu pazarlığın katılımcı karakteri, daha fazla esnekliğe yönelmesinde işçi desteğinin sağlanması bakımından da yardımcı olabilir.

Ancak, işgücü piyasasındaki esneklikle birlikte, toplu pazarlık sisteminin de birçok ülkede dönüşüme uğradığını göz önünde tutmak gerekir. Bu nedenle üzerinde durmak istediğimiz esnekleştirme konusunu işçi-işveren ilişkilerinde özellikle Dev-



## İşletme üstü sosyal diyalog geleneğinin eskilere dayandığı Avrupa ülkelerinde, hükümetler ve üst düzey toplu sözleşmeler işgücü piyasasında belirleyici rol oynamaya devam etmektedir.

let'in rolü konusunda ortaya çıkan değişimler ile toplu pazarlığın gerçekleştirildiği düzeyler bağlamında incelemek gerekir.

### Devletin Rolü ile Toplu Pazarlık Yapısı ve Düzeyi

Burada, endüstri ilişkilerinde yer alan bir aktör olarak Devlet'in rolünde yakın zamanlarda meydana gelen değişmelerle birlikte, toplu sözleşme yapılarının giderek artan işgücü piyasası esnekliğine uyum sağlama süreçlerine değineceğiz.

Kimi ülkelerdeki hükümetler (özellikle neo-liberal politikalar izleyen ülkelerdeki hükümetler) son on yılda endüstri ilişkilerde aktif biçimde müdahale etmekten vazgeçerken, başka ülkelerdeki hükümetler üç taraflı görüşmelerde daha fazla görünmeye başlamışlardır. Aşağıda daha ziyade Türkiye için bilinmesinde yarar gördüğümüz Avrupa, özellikle sosyal ortaklık geleneği olan Kıta Avrupası ülkeleri ile bazı diğer gelişmiş ülkelerden örneklere değinilmiştir.

İşletme üstü sosyal diyalog geleneğinin eskilere dayandığı Avrupa ülkelerinde, hükümetler ve üst düzey toplu sözleşmeler işgücü piyasasında belirleyici rol oynamaya devam etmektedir. Bu ülkeler görece merkezileşmiş karar alma yapılarını korumuşlardır ve bu yapıda danışma ve görüşme, sosyal diyalog, mümkün olabilecek en kapsamlı rolü oynamaktadır. Bu ülkeler ekonomik ve sosyal politikaların belirlenip uygulanmasında ise, kamusal yetkililer ile sosyal tarafların eylemlerini birbirinden ayırttırmaya değil kaynaştırmaya çalışmışlardır. Ancak, unutulmamalıdır ki, küreselleşme, İkinci Dünya Savaşı'nı izleyen sosyal anlaşmanın sosyo-ekonomik temellerini zayıflatarak, kimi Avrupa ülkelerinin izledikleri "korporatist" stratejileri ciddi biçimde tehdit etmektedir.

Devletin, toplu sözleşmenin işgücü piyasasının

daki rolünü sınırlarken tek tek işçi-işveren ilişkilerinde geleneksel olarak koruyucu bir rol oynadığı Latin Amerika ülkelerinde, hükümetler, yasal düzenlemelere giderek, işgücü piyasasındaki regülasyonu çözmek üzere köklü önlemler almaktadırlar. Ancak, toplu sözleşmenin çeşitli düzeylerdeki rolü bugüne dek hayli sınırlı kaldığından, ortaya bir tür kurumsal boşluk çıkmıştır.

Asya'da, endüstriyel ilişkilere ve işgücü piyasasındaki değişikliklere yaklaşımda çeşitlilik görülmektedir: Devlet'in endüstriyel ilişkiler ve işgücü piyasasındaki baskıcı müdahalelerinin terk edilip üç ve iki taraflı görüşmeler yoluyla işgücü piyasalarının deregülasyonuna yönelinen kısmi bir çaba (Kore Cumhuriyeti); toplu sözleşmenin işgücü piyasası esnekliğini etkilemedeki yetersizliği nedeniyle Devlet'in işgücü piyasasındaki gelişmelere aktif olmayan biçimde katılması (Hindistan ve Filipinler); ve işletme düzeyindeki işçi-yönetim işbirliğinin önemini koruması ve daha üst düzeyde hükümetin dolaylı katılımı ile enformel biçimde eşgüdüm sağlanması (Japonya).

### Endüstriyel ilişkilerin "iradeci" nitelik taşıdığı sanayileşmiş ülkeler

Common law geleneğini sürdüren Avustralya, Kanada, Yeni Zelanda, Birleşik Krallık ve ABD gibi ülkelerde Devlet ya toplu sözleşme süreçlerinde hiç taraf olmamıştır ya da son zamanlarda endüstriyel ilişkilerden çekilmeye başlamıştır. Dolayısıyla, bu ülkelerde geçerli olan endüstriyel ilişkiler "iradeci" olarak tanımlanabilir. Bunun anlamı, Devlet'in aktif bir rol almaması, istihdam ilişkilerinin ve karşılıklı ilişki biçimlerinin belirlenmesinde işverenlerin ve sendikaların büyük ölçüde serbest bırakılmasıdır.

Bununla birlikte, endüstriyel ilişkiler geleneğine bakıldığında bu ülkeler arasında önemli farklılıklar olduğu görülecektir. Örneğin, yakın zamanlara kadar, istihdam koşullarının hakemlik kurumu aracılığıyla belirlenmesinde Devlet müdahalesi, Avustralya ve Yeni Zelanda'daki endüstriyel ilişkilerin başlıca özelliğiydi. Kanada'da, ulus ve endüstri düzeylerindeki üç taraflı görüşmeler, son zamanlarda sosyal ve ekonomik karar alma süreçlerinde ve endüstriyel ilişkiler sisteminin düzgün işleyişini sağlamada rol oynamaktadır. Bu tür üç taraflı pazarlıkların bir örneğini, sendikalarla işve-

renlerin Quebec ortak toplantısında, yerel yönetimin de desteğiyle ortaya çıkan "Sosyal Mukavele" oluşturmaktadır. Bu Sosyal Mukavele çerçevesinde işverenler yeni iş sahaları açma ya da en azından mevcut işleri koruma taahhüdünde bulunurlarken, sendikalar da bunun karşılığında sekiz yıla kadar varan sürelerle grev yapmama sözü vermektedirler. Birleşik Krallık ve ABD geleneksel olarak işyeri düzeyinde iradeci endüstriyel ilişkilere sahip ülkelerdir ve hükümet bu ilişkilere girmekten kaçınmaktadır. Ancak, bu iki ülke arasında da önemli farklılıklar vardır. ABD'de toplu pazarlık süreci, 1935 tarihli Ulusal İşçi-İşveren İlişkileri Yasası tarafından kapsamlı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu yasa toplu pazarlık görüşmelerinde yer alacak birimleri belirlemekte, belirli kesimlere tek yetkililik statüsü tanımakta, toplu sözleşme yükümlülüğü getirmekte, bu arada temel olarak sözleşmelerde ele alınması zorunlu olan ya da tercihe bağlı konular üzerinde durmaktadır. Birleşik Krallıkla ise, bu tür ayrıntılı bir düzenlemenin eşdeğeri yoktur. Bununla birlikte, 1980'li yıllarda endüstriyel ilişkilerin, özellikle de sendikaların tutumlarının düzenlenmesi yönünde bir eğilimin güçlendiğini belirtmek gerekir.

Toplu sözleşme yapısına gelince; bu gruptaki ülkelerin ortak bir özelliği vardır. Bu da, söz konusu yapının diğer sanayileşmiş ülkelerdeki, özellikle de Kıta Avrupası ülkelerindeki yapılardan genel olarak daha ademi-merkeziyetçi olmasıdır. Gene de, ülkeler arasında birtakım farklılıklar olduğunu görmek gerekir. Örneğin ABD ve Kanada toplu sözleşmeyi geleneksel olarak ademi-merkeziyetçi bir yapıya kavuşturmuş olsalar bile, daha da ademi-merkeziyetçi bir yapıya gidildiğine ilişkin göstergeler vardır. ABD'de, "örnek sözleşme", seçilmiş birkaç sanayi dışında tümüyle ortadan kalkmıştır. Daha az ölçülerde olmak üzere benzer bir yönelim Kanada'da da görülmektedir. Birleşik Krallık'la ademi-merkezileşme, tüm sanayii kapsayan sözleşmelerin sona ermesi biçimini almıştır. Merkezi hakemliğin ve ödüllendirmenin toplu pazarlıkta belirleyici rol oynadığı Avustralya ve Yeni Zelanda'da değişik yollardan ve değişik hızlarda köklü bir ademi-merkezileşme yaşanmıştır. Avustralya'da ademi-merkezileşme tedrici bir süreç olarak gelişmiştir. Bu süreçte, en azından yakın zamanlara kadar, işçi ve işveren kuruluşları önemli rol sahibi ol-

**Sosyal Mukavele çerçevesinde işverenler yeni iş sahaları açma ya da en azından mevcut işleri koruma taahhüdünde bulunurlarken, sendikalar da bunun karşılığında sekiz yıla kadar varan sürelerle grev yapmama sözü vermektedirler.**

muşlardır. Buna karşılık Yeni Zelanda, 1991 tarihli İş Sözleşmeleri Yasası'nın ardından toplu sözleşmenin köklü biçimde ademi merkezileştiği bir sürece tanıklık etmiştir.

Birleşik Krallık'ta birbiri ardına göreve gelen muhafazakâr hükümetler, yerleşik hakları sınırlandırmaya ve yeni asgari standartların oluşturulmasını önlemeye çalışmıştır (Birleşik Krallık ülke araştırmaları). Sendikalar geleneksel olarak yasal düzenlemeler çerçevesindeki korumalar olmayınca bunun yerini tutacak başka düzenlemelere yönelirdi. Ancak, hükümetin yasal çerçevede peş peşe yaptığı düzenlemelerle giriştiği saldırı karşısında zayıflayan sendikalar artık bunu etkili biçimde yapabilecek güçte değillerdi. Bu ülkede zaten hiçbir zaman önemli bir rolü olmayan merkezi düzeydeki görüşme ve pazarlıklar, hükümetin üç taraflı merkezi danışma organlarının çoğunu lağvetmesiyle büsbütün ortadan kalktı. Makine sanayi gibi birçok sanayi kolunda birden çok işvereni kapsayan anlaşmalara tümüyle son verilirken, diğer sanayi kollarındaki anlaşmalar da işverenlerin ancak azınlığı doğrudan etkileyen asgari düzenlemelerle yetinebiliyordu. Bütün bunların ardından, 1997 yılında İşçi Partisi'nin ekonomik kalkınmada "ortaklık" sloganıyla iktidara gelmesi, endüstriyel ilişkiler ortamında birtakım değişikliklere yol açabilir. Ancak, her ne olursa olsun, Birleşik Krallık'ta toplu sözleşme düzeninin niteliği, gerek işletmede gerekse de işyerinde daha ileri düzeyde pazarlık ve/ya da uyarılama için yeterince olanak tanımaktadır. Ülkede üst düzeylerde gerçekleştirilen anlaşmaların biçimi, daha alt düzeylerdeki sosyal tarafların esnekliği azamileştirmeleri için yeterli zemini sağlamaktadır. Dolayısıyla, alt düzeydeki tarafların ortaklaşa

benimsenen bir anlaşmaya varma yeteneklerinin olup olmaması, sürecin pratik sınırlarını çiziceğe benzemektedir.

## Sosyal ortaklık geleneği olan Avrupa ülkeleri

Merkezi toplu sözleşme ve sosyal ortaklığın toplumsal ve ekonomik sistemlerin önde gelen özelliklerini oluşturduğu Avrupa ülkelerinde, ekonominin küreselleşmesi ve bunun sonucunda işgücü piyasası esnekliğine yönelişle birlikte, değişim isteyen baskılar da artmaya başlamıştır. Başka yerlerde olduğu gibi bu ülkelerde de merkezi toplu pazarlık sistemleri bu yeni gerçekliğe kendini uydurmakta güçlük çekerken, işletme, toplu pazarlıklarda önemli bir yer tutmaya başlamıştır. İşgücü piyasalarını düzenlemeye çalışan hükümetler, rekor düzeye varan işsizlik sorunu ve işgücü piyasası esnekliği gereksinimi karşısında benzer güçlükler yaşamışlardır. Bununla birlikte, bu Avrupa ülkelerinde, Devlet'in rolünde ve toplu sözleşme düzenlerinde meydana gelen değişimler, bir önceki kesimde ele alınan ve "iradeci" endüstriyel ilişkilerin geçerli olduğu ülkelerde olanlarla aynı değildir. Kıta Avrupası ülkelerinin çoğunda ve İrlanda'da, toplu sözleşmelerde işletme giderek önem kazanmakla birlikte, ulusal ölçekteki ve sanayi ölçeğindeki toplu sözleşmeler, işletmeler için bir çerçeve oluşturma anlamındaki önemini gene korumaktadır. Ayrıca, bu Avrupa ülkelerindeki hükümetler, genel olarak, işgücü piyasasında esneklik arayışları sırasında sosyal ortaklık ilkesine sadık kalmışlardır. Hükümetler, kimi durumlarda bu sadakatlerini üç taraflı görüşmelerde yer alarak ya da iki taraflı görüşmeleri destekleyerek göstermektedirler. Zaman zaman da, toplu sözleşmelerdeki zaafları gidermek amacıyla işgücü piyasasına daha doğrudan biçimde müdahale etmektedirler.

## Devlet'in rolü

İşgücü piyasası esnekliğine duyulan gereksinim ve toplu pazarlık yapısının geçirdiği oluşum, Avrupa ülkelerinde Devlet'in rolünün de değişmesini gündeme getirmiştir. Mevcut yasal düzenlemelerin kapsayamadığı yeni çalışma biçimlerinin ortaya çıkması ve değişimde belirleyici birim olarak işletmeye daha fazla vurgu yapılması, kaçınılmaz ola-

rak Devlet'e yeni bir rol biçilmesini gerektirmiştir. Ancak, sözü edilen değişikliklerin aldığı yön ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir.

Ademi-merkezi toplu sözleşmelerin, işgücü piyasasında esneklik sağlama açısından merkezi toplu sözleşme düzenine göre daha elverişli olduğu yolundaki görüşlere karşın, kimi hükümetler, merkezi toplu sözleşme düzenini destekleyerek belirli bir ekonomik büyüme ve makroekonomik denge sağlayabilmişlerdir. İrlanda'da ve Norveç'te durum böyledir. Bu ülkelerin gerek ekonomik büyüme gerekse istihdam politikasında sağladıkları görece başarılı başarı, bu ülkelerin genel çerçevesi çizilen gelir politikalarına bağlıdır. Bu politikalara Norveç'te "Dayanışma Alternatifi", İrlanda'da ise "Ulusal Canlanma Programı" (PNR) adı verilmektedir. Sanayi-deki her iki taraf da bu politikaların oluşturulmasına aktif biçimde katılmışlardır. Her bir ülkedeki merkezi toplu sözleşme düzeni ücretlerde mütevazı artışlar sağlamış, ekonomik büyümeyi, dolayısıyla istihdam artışını güvenceye almıştır. Bu iki ülkenin bir süredir yararlandıkları ekonomik başarının temelinde sosyal ortaklık sisteminin yattığına ilişkin genel bir görüş birliği bulunmaktadır.

Common law sisteminin çalışanlara sınırlı haklar sağladığı İrlanda'da "pazarlıkla oluşmuş korporatizm" ya da "sosyal ortaklık sistemi"ne yöneliş; hükümetin, istihdam yasalarında yer alan asgari hakların geçici, yarım zamanlı ya da aracı kuruluşlar eliyle çalıştırılanlarına da teşmiline yönelik yasal düzenlemeleriyle birlikte gerçekleşmiştir. Düzenleyici çerçevenin bu biçimde yaygınlaştırılması, ulusal pazarlık sistemiyle içsel bağlara sahiptir. Bununla birlikte genel olarak bakıldığında, İrlanda Hükümeti "işlevsel, sayısal ya da zamansal esneklik konularının işverenler tarafından sonuçlandırılmasına ya da sosyal taraflarca yerel ölçekte pazarlık konusu yapılmasına olanak tanımaktadır" (İrlanda ülke araştırması).

İspanya ve Hollanda gibi ülkelerde, Devlet'in işgücü piyasasına ilişkin düzenlemelerdeki rolü azalmıştır. Örneğin Hollanda'da hükümet işçi-işveren ilişkilerine ve işgücü piyasasına aşırı derecelerde müdahale geleneğine sahipken, bugün bu ülkede istihdam koşullarının belirlenmesinde işverenlere ve işçilere daha fazla sorumluluk verilmektedir. 1919 tarihli İş Yasası'nı büyük ölçüde değiştiren 1996 tarihli Çalışma Süresi Yasası (Arbeidsvet ya da AW) bu

ülkedeki gelişmeleri açık biçimde yansıtmaktadır. AW'nin amacı, kimi sınırlamalara tabi olsa da, çalışma süresiyle ilgili düzenlemelerde sosyal taraflara "danışma yönetmeliği" aracılığıyla çok daha geniş hareket alanı tanımaktır. Ayrıca AW çalışma konseylerine ve sendikalara, çalışma saatlerinin belirlenmesinin yanı sıra, izlenmesinde ve denetlenmesinde de rol biçmektedir (Hollanda ülke araştırması). Aynı ilke ücretlerin belirlenmesinde de geçerlidir. 1970'lerdeki ücret belirleme süreci, ücret kılavuzları ve dondurmaları yoluyla hükümetin aktif müdahalesinin damgasını taşıırken, 1970 tarihli Ücret Belirleme Yasası'nın 10. maddesine 1987 yılında getirilen bir değişiklikle Devlet bu süreçten kısmen de olsa çekilmiştir. Bugüne dek Hükümet, kâr paylaşımı ve hisse sahipliği programlarını mali politikalar aracılığıyla özendirmiştir.

Buna karşılık, toplu sözleşmelerin diğer Avrupa ülkelerinde olduğu kadar belirleyici rol oynamadığı Fransa'da Hükümet, işgücü piyasası esnekliğinde iki taraflı görüşmeleri özendirilen idari önlemlerini sürdürmüştür. 1993 yılında alınan bir kararla, çalışılan toplam saatler aynı kalmak üzere tam zamanlı işçileri yarım zamanlı konuma getiren işletmelere yüzde 30 vergi indirimi tanınmıştır. Hükümet, bu politikasına dayanak oluşturmak amacıyla, tam zamanlı işçilerin normal olarak yararlandıkları haklardan yarım zamanlı işçilerin de yararlanabilmelerini öngörmüştür. Hükümet, işsizliği azaltmanın bir yolu olarak, işverenlere ve sendikalara vergi indirimi önermeye başlamıştır. Bu vergi indirimi için gerekli görülen, işçi ve işveren taraflarının, toplu iş sözleşmelerinde, ya mevcut işlerden yüzde 10'unu korumak ya da fazladan yüzde 10'luk yeni iş olanakları için çalışma saatlerini en az yüzde 19 azaltacak anlaşmaya varmalarıdır.

Eğer merkezi düzeydeki görüşmeler ve pazarlıklar hükümetin bütün çabalarına karşın sonuca ulaşmazsa, kamusal yetkililer o zaman kendi görüşlerini yasal düzenlemeler ya da diğer yönetmeliklerle işçi ve işveren taraflarına empoze etmektedirler. Örneğin 1993 yılında Belçika'da böyle bir durum ortaya çıkmıştır. Bu ülkede merkezi düzeydeki üç taraflı görüşmeler başarısızlıkla sonuçlandıktan sonra Hükümet "Genel Plan" adını taşıyan bir planı yürürlüğe sokmuştur. Bu plan geleneksel otomatik ücret endekslleme sistemine kimi sınırlamalar getirmiş ve ücretleri üç yıllık bir süre için fi-

len dondurmıştır. Plan ayrıca, işgücü piyasasının esnekleştirilmesine, sosyal güvenlik sisteminde reform yapılmasına, istihdamın korunmasına ve yeni istihdam oluşturulmasına yönelik ayrıntılı birçok önlem içermektedir. Üç taraflı görüşmelerin başarısızlıkla sonuçlanması üzerine 1996 yılında birkaç çerçeve yasa çıkartıldı. Bunlardan bir bölümü ücretlerin belirlenmesine ve istihdam oluşturulmasına ilişkindir. Bu çerçeve yasalara göre taraflar gündemdeki konular üzerinde belirli bir süre içinde anlaşmaya varamazlarsa, Hükümet zorlayıcı bir çözümlü ya mutlaka bulmakta (ücretle ilgili konularda) ya da tercihe göre bu yola gidebilmektedir (istihdam oluşturulması ile ilgili konularda). Nitekim taraflar 1997 yılı için herhangi bir konuda anlaşma sağlayamayınca, Hükümet de ücretler, istihdam ve işgücü piyasası ile ilgili diğer konularda kendi çözümlerini geçerli kılma yoluna gitmiştir.

Ancak, sosyal ortaklık geleneğinin bulunduğu Avrupa ülkelerinin çoğunda, Hükümet işçi-işveren ilişkilerine müdahale ettiğinde, sosyal düzenlemeler açısından işverenlerin ve işçinin yerine geçmekte, oynadığı rolle tarafların konumları arasında birtakım geçişmeler ortaya çıkarmaktadır. Bu, yeni bir olgu değildir. Toplu sözleşme bu ülkelerde her zaman yasal düzenlemelerin yaşama geçirilmesinde, çeşitli sektörlerde ve işletmelerde hüküm süren koşullara uyarlanmasında bir yol olarak kullanılmıştır. Ayrıca, yasal düzenlemelerin merkezi işçi ve işveren örgütleri arasındaki anlaşmalara dayandığı ya da belli başlı sektörel veya işletme düzeyi anlaşmalarca geliştirilip sınırlanmış durumlarda, toplu sözleşme, yasaların hazırlanmasında her zaman rol oynamıştır. Burada yeni olan, Devlet'in girişimleri ile sosyal tarafların girişimleri arasındaki bağlantıların daha da yakınlaşması ve ortadaki potansiyel sinerjiden daha eksiksiz yararlanılmasıdır. Bunun nedeni, Devlet tarafından yasal düzenlemeye gidilmeksizin ya da maliye politikası müdahalelerinde bulunmaksızın çözüme bağlanamayacak konuların giderek artması ve Devlet'in işçilerle işverenleri bu süreçte mümkün olduğunca birbiriyle ilişkilendirmek istemesidir. Nitekim, günümüzdeki yasal düzenlemeler, işçiler açısından bu düzenlemelerde öngörülenlerden daha elverişsiz koşulların sektör ya da işletme düzeyinde geçerlilik kazanabilmesine olanak tanımaktadır. Bunun koşulu, söz konusu durumun iki taraf temsilcileri arasında-



ki toplu sözleşme sonucunda ortaya çıkmış olmasındır. Daha önce sözünü ettiğimiz Hollanda Çalışma Süresi Yasası (ATW) son dönemdeki bu eğilimin iyi bir örneğini oluşturmaktadır.

İtalya'da Hükümet, merkezi sendikalar ve işveren kuruluşları arasında 1993 yılı Temmuz ayında kapsamlı bir anlaşma imzalanmıştır. Bu anlaşma, işgücü piyasası reformuna mutabakat temelli bir yaklaşımı simgelemektedir. "Sosyal Anlaşma"nın amacı, toplu sözleşme düzeyinde reform yapmak, işgücü piyasasına esneklik getirmek ve bir gelir politikası oluşturmaktır (bu anlaşmadan 5. Bölüm'de ayrıntılı biçimde söz edilecektir). Anlaşma, sosyal tarafların, işçi-işveren ilişkilerinde geçerli olacak oyunun kurallarını belirlemeye yönelik eşgüdümlü bir yaklaşımı temsil etmekte, toplu sözleşme görüşmelerinin yürütüleceği ve politikaların belirleneceği parametreleri belirlemektedir. İtalyan Hükümeti de, yeni ortaya çıkan iş-

Yasaların işgücü piyasasını geleneksel olarak hayli katı biçimde düzenlediği İspanya'da, taraflar, esnekliği getirmenin en iyi yolunun ne olduğu konusunda ciddi biçimde anlaşmazlığa düşmüşlerdi. Taraflar sonunda Nisan 1997'de konfederasyonlar arası bir anlaşmaya varmış. 1994 yılında İşçilerin Statüsü (Estatuto de los Trabajadores) kapsamında başlatılan işgücü piyasasına ilişkin bir dizi reformu sonuçlandırmışlardır. Bu anlaşmanın başlıca amacı, esnekliğin değişik biçimleri arasında yeterli bir denge oluşturmak ve çalışma koşullarını düzenlemede bir araç olarak toplu sözleşmeleri zenginleştirmektir (İspanya ülke araştırması). Bu alandaki üç taraflı görüşmeler 1996-97 yıllarına kadar büyük ölçüde başarısız kalmıştı. Bu yıllarda, kimi özel konularda açılım sağlanmış, böylece bu konuların her birinde ayrı ayrı ikili anlaşmalara ulaşılmıştı. Ardından sosyal taraflar gündemi genişletmeye, bu arada işverenlerin kıdem

## Sosyal ortaklık geleneğinin bulunduğu Avrupa ülkelerinin çoğunda, Hükümet, işçi-işveren ilişkilerine müdahale ettiğinde, sosyal düzenlemeler açısından işverenlerin ve işçinin yerine geçmemekte, oynadığı rolle tarafların konumları arasında birtakım geçişmeler ortaya çıkarmaktadır.

tihdam biçimlerinin düzene bağlanmasında, sosyal taraflarca iki taraflı toplu sözleşmeler sonucunda başlatılan girişimleri esas almaktadır. Bu yeni istihdam biçimlerini belirleyen herhangi bir yasal hüküm hâlâ olmadığından, düzenleme genel olarak deney esasına göre yapılmaktadır. Deneyden kastedilen, önce işletme, sonra da sanayi düzeyindeki toplu sözleşmedir. Yasal düzenleme, ancak, belirli bir konuya ilişkin görüşmelerde yol alındıktan sonra gündeme gelmektedir. Örneğin, aracı kuruluşlarca bulunan geçici işler bu yaklaşımla ele alınmış, sonuçta bu uygulama 1993 yılında yasalaştırılmıştır. Ayrıca, tele-çalışmayı düzene bağlayacak kuralların geliştirilmesi için de yenilikçi deneyimlere başvurulmaktadır. 1970 tarih ve 300 sayılı Yasa'ya göre çalışanların uzaktan izlenmesi ve denetimi amacıyla görsel-işitsel araçların kullanılması yasa dışıdır. İtalya Telekom ile ilgili sendikalar arasında 1995 yılı Ağustos ayında imzalanan toplu sözleşme, evde tele - çalışmayla ilgili bir projenin başlatılmasına önayak olmuştur. Beklenen, bu deneyimler sonucunda tele-çalışmayı düzene bağlayan yeni bir yasanın hazırlanmasıdır.

tazminatlarının düşürülmesi yolundaki talepleriyle sendikaların Ulusal İstihdam Kurumu'nun geleceği ve özelleştirmelerin ele alınması istekleri gibi nazik konuları da kapsamaya karar verdiler. Önemli olan nokta, görüşmelerin ihtilafli geçmesine, hatta zaman zaman kesilmesine karşın, her iki tarafın da dengeli anlaşmalara ulaşıncaya kadar görüşmelerin sürdürülmesinde istekli davranmalarıydı. Anlaşmalar arasında, reformların etkilerini dört yıl süre ile izleyecek bir komisyonun kurulması ve Hükümet'ten kalıcı işleri özendirecek vergi önlemleri almasının istenmesi de yer alıyordu. Üç taraflı Ekonomik ve Sosyal Konsey'in onayı alındıktan sonra, varılan bu anlaşmalar 1997 yılında yasa hükmünde kararname biçiminde bağlayıcı nitelik kazandı. Yeni yasal düzenleme, iki taraflı görüşmelerin sonuçlarını dikkate almış ve toplu sözleşmeyi özendirmişti.

### Toplu pazarlık düzeyi

Az önce de görüldüğü gibi, merkezi düzeydeki toplu sözleşmeler, sosyal ortaklık geleneğine sahip birçok Avrupa ülkesinde hâlâ önemli bir rol oyna-

## İtalyan Hükümeti, yeni ortaya çıkan istihdam biçimlerinin düzene bağlanmasında, sosyal taraflarca iki taraflı toplu sözleşmeler sonucunda başlatılan girişimleri esas almaktadır.

maktadır. Üst düzeydeki görüşmeler işletme düzeyindeki görüşmeler için bir çerçeve sunmakta ve belirli bir sosyal gündeme ilişkin makro-ekonomik istikrar ve mutabakat sağlamaktadır. Ne var ki, günümüzde bu tür ülkelerde bile ademi-merkezileşme yönünde bir eğilim vardır. Bu eğilim, merkezi düzeydeki toplu sözleşmelerin gerilemesinde değil, işletme ya da işyeri düzeyindeki görüşmelerin yaygınlaşmasında belirginleşmektedir. Bunun başlıca nedeni, işgücü piyasalarında daha fazla esneklik ve rekabetçilik arayışının, tek tek işletmelerin özgül koşullarına iyi uyarlanabilen çözümleri daha çok gerektirmesidir.

Fransa'da 1980'lerin ortasından bu yana ücretlerle ilgili görüşmeler sektörel düzeyden işletme düzeyine kaymaktadır. Fransa İşverenler Ulusal Konseyi (CNPF), bütün özel sektör işletmelerine belirli bir ücret artışı yüzdesi önerme uygulamasını 1987 yılında terk ederek ve bir başka uygulama olan yıllık ücret politikası tavsiyelerine 1995 yılında son vererek bu ademi-merkezileşme sürecini desteklemiştir. İşletme düzeyindeki sözleşmelerin sayısındaki artış bu eğilimi doğrulamaktadır. Bu çerçevedeki sözleşmelerin sayısı 1990 yılında 6.496 iken 1995 yılında 8.550'ye çıkmıştır. Almanya'da, sanayi kolunu kapsayan anlaşmalarda, çalışma konseylerinin ve işverenlerin, bu anlaşmalarda işletme düzeyinde değişiklikler yapılmasına yönelik görüşmeler başlatmalarına olanak tanıyan "başlangıç hükümleri" giderek daha fazla yer almaya başlamıştır. Daha yakınlarda, 1997 yılında kimya sanayiinde imzalanan bir anlaşma, işletmelerin ücretlerin değişken bir bölümünün yerel ekonominin durumuna göre artırılıp azaltılmasını gündeme getirebilmelerine olanak tanımıştır. Daha alt düzeyde görüşmelere olanak tanıyan başlangıç hükümlerinin yer aldığı anlaşmalar son zamanlarda Avusturya ve Yeni Zelanda'da da görülmektedir.

Merkezi düzeydeki endüstriyel ilişkiler, en çok, bunların geleneksel olarak önemli rol oynadıkları İsveç'te zemin yitirmiştir. Bu ülkedeki ademi-merkezileşme, esas olarak, iki taraflı merkezi anlaşmaların devreden çıkması ve çeşitli yönetim organlarındaki üç taraflı yapının çökmesi biçiminde gerçekleşmiştir. Ademi-merkezileşme yönündeki ilk adım 1983 yılında atılmıştır. Bu tarihte, Makine Sanayii İşverenleri Federasyonu (VF) merkezi düzeydeki toplu sözleşme düzeninden kopup Metal İşçileri Sendikası (Metall) ve beyaz yakalı işçi sendikalarıyla ayrı bir anlaşma imzalamıştır. VF'nin, İsveç İşverenler Konfederasyonunun (SAF) öncülüğünde, politikalarında ve örgütlenmesinde meydana gelen değişikliklerde belirleyici rol oynadığı 1989 yılından sonra, SAF yönetimi, ücret görüşmelerinin bundan böyle yalnızca sanayi ve şirket düzeylerinde yapılması gerektiğini resmen açıklamıştır. Ademi-merkezileşme kamu sektöründe de görülmüştür. Bu sektörde, kamu kesimini kapsayan merkezi görüşmelerde sağlanan genel ücret artışlarında kısıtlamaya gidilmiş, bu arada her yönetime/kuruma, işyeri düzeyindeki görüşmeler için tanınan esneklik artırılmıştır.

Ademi-merkezileşme yönündeki bu eğilime karşın, Avrupa ülkelerinde işletme düzeyi görüşme hâlâ sınırlı kalmaktadır. 1995 yılında işletme düzeyindeki sözleşmelerin kapsamına giren özel sektör çalışanlarının oranı Hollanda'da yüzde 8 (oysa sanayi ölçeğindeki sözleşmelerin kapsamına giren işçilerin ağırlığı yüzde 75'tir), İspanya'da yüzde 14 (diğeri yüzde 70) ve Fransa'da yüzde 25'tir (diğeri yüzde 80). Üstelik, işletme düzeyindeki toplu sözleşmelerin önemi bu rakamların işaret ettiğinden daha az da olabilir. Örneğin, Fransa'daki metal sanayii üzerine yakınlarda yapılan bir araştırmaya göre, işletme düzeyindeki anlaşmaların sayısı son zamanlarda artmış olsa bile (kısmen yasal düzenlemelerle merkezi ve sektörel anlaşmaların sağladığı olanaklar sayesinde), bu anlaşmaların içeriği ve etkisi görece zayıf kalmaktadır.

Genel olarak bakıldığında, sosyal ortaklık geleceği olan Avrupa ülkelerinde merkezi düzeydeki işçi-işveren ilişkilerinin çözüldüğü söylenemez. Bu düzeydeki ilişkiler hiç kuşkusuz zayıflamıştır; ama gene de önemli rol oynamaya devam etmektedir. Bu ilişkilerin zayıfladığının en belirgin işareti, merkezi düzeydeki danışma ve görüşme süreçlerinin

başarısızlıkla sonuçlanması (örneğin Belçika'da 1993 ve 1996'da, İspanya'da ise gene 1993 ve 1996'da yaşanan deneylerde olduğu gibi) ve son zamanlarda gerçekleşen merkezi anlaşmaların kesin hükümlere yer verememesidir. Daha önce de değinildiği gibi, merkezi düzeydeki anlaşmalar arasında daha alt düzeydeki taraflara önemli manevra alanı bırakanların sayısı artmaktadır.

Belçika'nın yakınlarda yaşadığı ve az önce değinilen deneyim, üç taraflı danışma ve görüşmelerin günümüzde karşılaştığı güçlükleri ortaya koymaktadır. Toplu sözleşmelerin Hükümet tarafından 1981 ve 1985 yılları arasında fiilen askıya alındığı, bundan sonra da yakından denetlendiği bu ülkede Başbakan, 1993 yılında, iddialı bir içerik taşıyan Sosyal Anlaşma'nın sonuçlandırılmasını önerdi. Ancak görüşmeler başarısızlıkla sonuçlandı ve bunun ardından Hükümet, Global Plan olarak bilinen bir dizi yasa ve yönetmelikle kendi görüşlerine ge-

Sosyal Ortaklık Üzerinde İlke Beyanı (iki taraflı), 1993 yılında ise İstikrar Anlaşması (üç taraflı) benimsenmişti. Her iki belge de, sosyal tarafların, ekonominin küreselleşmesinin ve Avusturya'nın AB'ne girmesinin getirdiği gerekliliklerin ulusal politikalar belirlenirken dikkate alınması konusundaki duyarlılıklarını yansıtmaktaydı.

70'li yılların sonu ile 80'li yılların başı arasında ciddi ekonomik ve sosyal güçlüklerle karşılaşan Hollanda'da 1982 yılında dönüm noktası niteliğinde bir üç taraflı anlaşma -Wassenaar Anlaşması- imzalandı. Bu anlaşmayla birlikte işçiler ve işverenler yaşam standardı (ücret düzeyleri ve sosyal sigorta dahil sosyal güvenlik hakları) ve yeni işler oluşturulması konularında karşılıklı ödünleşme düzeni tutturdular. Hükümet de dahil olmak üzere sosyal taraflar arasında sürekli görüşme ve pazarlık temeline oturan bu temel ilke, 1982 yılından bu yana Hollanda'da izlenen ekonomik ve sosyal po-

## Ademi-merkezileşme yönündeki eğilime karşın, Avrupa ülkelerinde işletme düzeyi görüşme hâlâ sınırlı kalmaktadır.

çerlilik kazandırdı. 1996 yılında bu planın süresi dolduğunda, Hükümet bir kez daha birkaç yılı kapsayacak iddialı bir anlaşmanın üç taraf arasında gerçekleştirilmesini önerdi. Bu kez görüşmeler başarıyla sonuçlandı; ancak anlaşma taslağı önemli sendikalarından birinin uzman organları tarafından onaylanmadı. Böylece Hükümet ücretlere ve iş sahaları açılmasına ilişkin olarak bir dizi çerçeve yasa hazırladı.

Ancak, giderek artan güçlüklerle karşın, üç taraflı görüşme ve anlaşmalar, bu geleneğin güçlü olduğu Avusturya, Hollanda ve İrlanda'da değişen ölçülerde olmak üzere bugün de uygulanmaktadır.

Formel anlaşmaların imzalanmasından çok belli başlı ekonomik ve sosyal konularda derinlikli ve düzenli danışmalara önem veren Avusturya'daki sistem etkili biçimde işlemektedir. Örneğin 1996 bütçesinin hazırlanması sırasında gerçekleşen kapsamlı üç taraflı görüşmeler ve 1996 yılı Mart ayında merkezi işçi ve işveren kuruluşlarının AB'nin gelecekteki gelişmelerine ilişkin olarak ayrıntılı bir ortak konumu benimsemeleri bunu göstermektedir. Bundan kısa bir süre önce, Avusturya'daki üç taraflı sistemin işlerliği bir başka vesileyle de kanıtlanmıştı. 1992 yılında

litikaları belirlemektedir. Geleneksel sosyal ortaklığın Hollanda'da ayakta kalması, bu ülkenin, ekonominin rekabetçi kılınmasına ilişkin gerekliliklerle, Kıta Avrupası'nın batısında ekonomik ve sosyal politikaları niteleyen "sosyal" yaklaşım arasında bir uzlaşma bulmada sağladığı başarıya katkıda bulunan etmenlerden biri sayılabilir.

İrlanda'da merkezi düzeydeki görüşmeler önce iki, daha sonra da üç taraflı olmak üzere 70'li yıllar boyunca sürdü. 1980 ve 1987 yılları arasında ademi-merkezi görüşmelere dönüldükten sonra, 1988 yılıyla birlikte yeniden merkezi düzeydeki üç taraflı görüşmelere yönelindi. Taraflar o tarihten bu yana belli başlı dört anlaşma imzalamışlardır: Ulusal Canlanma Programı (1988-90), Ekonomik ve Sosyal İlerleme Programı (1991-93), Rekabet ve Çalışma Programı (1994-96) ve Ortaklık 2000 (1997-99). Bu programlar sayesinde enflasyon ve faiz oranları düşük düzeylerde seyretmiş, borç/GSMH oranı düşmüş, bu arada ekonomik büyüme hızlanırken, halen yüksek olmasına karşın işsizlik oranı azalmıştır.

Başka ülkelerde ise, merkezi düzeydeki işçi-işveren ilişkileri Avusturya, Hollanda ve İrlanda'da

## Giderek artan güçlülere karşın, üç taraflı görüşme ve anlaşmalar, bu geleneğin güçlü olduğu Avusturya, Hollanda ve İrlanda'da değişen ölçülerde olmak üzere bugün de uygulanmaktadır.

olduğundan daha fazla zemin yitirmiştir. Karşılaştığı güçlülere karşın, merkezi düzeydeki görüşme ve pazarlıklar Kıta Avrupası ülkelerindeki işçi-işveren ilişkilerinde kilit etmen olmaya devam etmektedir. Örneğin İtalya'da, daha önce değinilen Temmuz 1993 anlaşmasına ek olarak 1992 yılı Temmuz ve 1996 yılı Eylül aylarında önemli merkezi anlaşmalar gerçekleştirilmiştir. Ayrıca, sektörel pazarlıkların merkezi kuruluşlar tarafından yakından eşgüdümlendiği Danimarka ve Norveç gibi ülkelerde de merkezi düzeydeki görüşmelerin önemli bir rolü olduğunu unutmamak gerekir. Danimarka'da, işverenlerin sektörel düzeydeki kuruluşları, imzalayacakları anlaşmaları, daha önceden onay için taslak biçiminde merkezi işveren kuruluşlarına iletmek durumundadırlar. Bu, salt usulen yapılan bir iş değildir. Çünkü merkezi kuruluşlar kimi durumlarda bu onayı askıda tutabilmektedirler. Finlandiya ve Portekiz gibi başka ülkelerde ise, bu eğilim kalıcı olmasa bile son dönemde görüşmelerin merkezileşmesi yönünde bir eğilim görülmektedir. Nitekim bu iki ülkede, merkezi düzeydeki anlaşmaların görülmediği birkaç yılın ardından, 1995 ve 1996 yıllarında iki merkezi anlaşma gerçekleştirilmiştir.

Dolayısıyla, merkezi düzeydeki görüşme ve pazarlık sistemi önemli güçlülüklerle karşılaşmış ve kimi başarısızlıklara uğramış olsa bile, 1990'lı yıllarda bu sisteme daha önceki on yıllara göre daha fazla başvurulmaktadır. Gerçekten de, son dönemde hemen hemen bütün Avrupa ülkelerinde, yakıcı sosyal konuları çözüme bağlamak üzere bir tür "sosyal anlaşma" sağlanması girişimlerinde bulunulmuştur. Bu girişimler genellikle hükümetler tarafından başlatılmakla birlikte, zaman zaman işçi ve işveren kuruluşlarının da bu yönde hareketlendikleri görülmektedir. Bu durum, merkezi düzeydeki işçi-işveren görüşme ve anlaşmalarına gele-

neksel olarak soğuk bakan Almanya gibi ülkeler için de geçerlidir. Bu ülkede 1995 yılında denenen, tüm ülke için geçerli olacak üç taraflı bir "İstihdam Anlaşması" başarısızlıkla sonuçlansa bile birtakım yan sonuçlara yol açmıştır. Bir kere, yaşlı işçilerin yarım zamanlı çalışmasına ilişkin olarak (kapsamı sınırlı kalsa bile) 1996 yılı Şubat ayında ülke ölçeğinde gerçekleştirilen bir anlaşma daha sonra yasa haline getirilmiştir (buna göre, eğer yeni işçi alınması söz konusu ise, yarım zamanlı iş sözleşmeleri Devlet tarafından subvanse edilmektedir). İkinci, Haziran 1996'da Bavyera için bir İstihdam Anlaşması imzalanmış, daha önemlisi bu anlaşma 1997 Nisanı'nda eski Demokratik Alman Cumhuriyeti topraklarını da kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Ayrıca, ülke ölçeğinde bir anlaşmaya varma girişimlerinin temelinde yatan felsefe (ki bu felsefe ücretlerin azaltılması ile yeni iş sahaları açılması arasında bir denge bulunmasına dayanmaktadır), örneğin 1997 yılında kimya sanayiinde imzalanan anlaşmada olduğu gibi, kimi yan anlaşmalara da esin kaynağı oluşturmıştır.

Buraya dek merkezi düzeydeki (ve işletme düzeyindeki) sözleşmelerin sergilediği eğilim üzerinde durduk. Şimdi, ulusal ya da bölgesel ölçeklerde olmak üzere, sektörel/işkolu toplu pazarlık eğilimlerine göz atalım. Eldeki veriler, sektörel sözleşmelerin, bu kesimde ele alınan Avrupa ülkelerinin pek çoğunda, ulusal işçi-işveren ilişkileri sisteminin çok önemli bir bileşeni olduğunu göstermektedir. Nitekim, son on yılda meydana gelen gelişmeler, sektörel toplu sözleşmenin ortadan kalkması şöyle dursun, ağırlığında bir azalma bile yaratmamıştır. Ancak, günümüzdeki sektörel anlaşmalar daha öncelilere göre daha az kesinlik taşımaktadır. Bu anlaşmalar en basta işletme düzeyi pazarlıklar için genel çerçeve oluşturacak biçimde hazırlanmakta, işletme düzeyindeki manevralar için geçmiştekine göre daha fazla alan sağlamaktadır.

**Merkezi düzeydeki görüşme ve pazarlıklar Kıta Avrupası ülkelerindeki işçi-işveren ilişkilerinde kilit etmen olmaya devam etmektedir.**



Sektörel toplu sözleşmelerin rolü, İtalya ve Belçika gibi ülkelerde son dönemde daha da pekişmiştir, İtalya'da Temmuz 1993 tarihli merkezi anlaşma, gelişkin bir "eklemlenmiş pazarlık" sistemi getirmiştir. Bu sistem, pazarlık konularının farklı düzeyler arasında nasıl paylaşılacağını belirlemektedir. Söz konusu sistem 5. Bölüm'de daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Belçika'da, merkezi düzeydeki görüşmelerin başarısızlığından sonra 1996 yılında çıkartılan çerçeve yasalar, kimi yanı sıra İtalya'daki sistemi andıran ayrıntılı bir pazarlık sistemi getirmiştir. Örneğin ücretlere ilişkin çerçeve yasa 2000 yılına kadar geçerli olmak üzere eklemlenmiş bir pazarlık sistemi getirmektedir ve bu sistem çerçevesinde merkezi, sektörel ve işletme düzeylerinde kesin zamanlamalar verilmektedir. Gene aynı sisteme göre, ücret artışlarının azami ve asgari düzeyleri her iki yılda bir merkezi görüşmeler yoluyla belirlenecektir ancak, bu görüşmelerde anlaşma sağlanamaması durumunda, azami ve asgari sınırların belirlenmesi Hükümet tarafından gerçekleştirilecek, iki sınır arasındaki ücretin ne olacağına ilişkin görüşmeler ise, bunun ardından sektörel düzeyde yürüyecektir. Yeni işler yaratılmasına ilişkin çerçeve yasa da benzer bir sisteme yönelik hükümler getirmektedir. Ancak burada, merkezi düzeydeki görüşmelerde sonuç alınamaması durumunda Hükümet'in taraflara bir karar empoze etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hükümet, önüne gelen duruma göre, böyle bir kararın uygun olup olmadığına karar verecektir.

Sektörel pazarlıkların özellikle önemli bir rol oynadığı asıl alan, işgücü piyasasının esnekleştirilmesidir. Bu alan söz konusu olduğunda merkezi düzeydeki taraftar, yalnızca, esnekliğe birtakım koruyucu sınırlar koymakla yetinmektedir. Amaçlanan, daha alt düzeydeki tarafların bu olanaklardan yararlanmasını sağlamaktır. Pratikte, işgücü piyasası esnekliğine ilişkin girişimlerin ve yeniliklerin toplu sözleşme görüşmelerinden kaynaklandığı (yani yasal düzenlemelerden, bireysel pazarlıklardan ya da işverenlerin girişimlerinden kaynaklanmadığı) durumlarda, bu kaynak çoğunlukla sektörel düzeydeki pazarlıklardır. Anlamlı olsa bile, işletme düzeyindeki toplu sözleşmelerin rolü, bu keşimde ele alınan diğer ülkelere göre Belçika'da daha sınırlıdır. Toplu sözleşmelerin büyük bölümünün geleneksel olarak işletme düzeyinde gerçek-

**Eldeki veriler, sektörel sözleşmelerin, Avrupa ülkelerinin pek çoğunda, ulusal işçi-işveren ilişkileri sisteminin çok önemli bir bileşeni olduğunu göstermektedir.**

leştiği örneğin kimya sanayii gibi az sayıda birkaç sektör dışında Belçika'da durum böyledir. Görüldüğü kadarıyla, birçok işletme, yasal düzenlemelerin ya da merkezi veya sektörel anlaşmaların sunduğu işletme düzeyi esneklik olanaklarından yararlanmamaktadır.

Ademi-merkezleşme sürecini daha da ileriye taşıyacak güçlü eğilimlerin varlığı su götürmez. Ancak, tam tersi yönde baskılar da söz konusudur. Bir kere, sendikalar birçok Avrupa ülkesinde hâlâ güçlüdür ve bu güçlü sendikalar daha üst düzey toplu sözleşme görüşmelerini yeğlemektedir. Ayrıca, ilkesel olarak işletme düzeyi görüşmelerden yana olmaları gereken işverenler de, aşağıdaki nedenlerden dolayı bu konuda fazla ısrarlı davranmamaktadırlar:

- işveren örgütleri, kendi varlık nedenlerinin önemli bir bölümünü temsil ettiğinden sektörel düzeydeki pazarlıklara genellikle daha fazla sempati duymaktadırlar;

- kimi işverenler, Batı Avrupa'da uzun bir geçmiş olan ve sektörel pazarlıkların temelini oluşturan rekabeti sınırlandırma ve dayanışmayı geliştirme görüşlerine hâlâ sempati duymaktadırlar;

- küçük ve orta büyüklükte birçok işletme kendi adlarına toplu sözleşme görüşmeleri yapmak istememekte, kendilerini yeterince donanımlı saymadıktan bu işi işveren kuruluşlarına bırakmayı yeğlemektedir; ve

- güçlü sendikaların bulunduğu kimi büyük işletmeler, sektörel anlaşmaların, bu güçlü sendikalarla işletme düzeyinde gerçekleştirebilecekleri anlaşmalardan daha az masraf getireceği düşüncesiyle zaman zaman sektörel anlaşmaları yeğlemektedirler.

Ne var ki, Almanya'da son dönemde ortaya çıkan gelişmelerin de işaret ettiği gibi, ademi-merkezleşmeyi daha ileri boyutlara iten baskılar da hay-

li güçlüdür. Uzunca bir sektörel görüşme geleneğine sahip bu ülkede, başta metal sanayiindekiler olmak üzere kimi işverenler son zamanlarda bu uygulamayı sürdürmenin doğru olup olmadığını sorgulamaya başlamışlardır. İleri sürdükleri başlıca sav, sektörel düzeydeki görüşmelerin, işletmelerin rekabet edebilmesini güvenceye alacak esnekliği sağlamadığıdır. Ne var ki, sektörel düzeydeki pazarlıkların yerini yeniden değerlendiren bu yaklaşımın önemini küçümsemek yanlış olsa bile (çünkü, sektörel anlaşmalarda giderek daha çok "başlangıç hükümleri" yer almaya başlamıştır), kimilerinin yaptığı gibi bu durumdan, sektörel pazarlıklar açısından "Avrupa modeli"nin en sağlam kalesi sayılan Almanya'daki işçi-işveren ilişkilerinde sektörel pazarlığın sonuna gelindiği sonucunu çıkartmak için henüz çok erkendir. Sektörel toplu sözleşme görüşmelerinin sürmesinde yarar olup olmadığı konusunda metal sanayii işverenleri arasında ateşli tartışmalar yapıldursun, kimya sanayii işverenleri yakınlarda sektörel düzeydeki görüşmeleri destekleyen tutumlarını açıklamışlardır.

Pazarlık düzeyinin neresi olacağına ilişkin gerilimlerin bir başka örneği de Belçika'da görülmektedir. 1993 yılındaki Global Plan istihdam geliştirme önlemlerinin işletme düzeyindeki toplu sözleşme görüşmeleri yoluyla uygulanmasını (tercihe bağlı) öngörmekteydi. Bununla birlikte, Plan'a koşturmak üzere biri 1993-94, diğeri ise 1995-96 dönemlerinde gerçekleştirilen iki taraflı iki merkezi anlaşma, benzer istihdam geliştirme önlemlerinin sektörel düzeyde de görüşme konusu yapılmasını öngörmüştür. Bu durum da göstermektedir ki (Hükümet'in görüşüne aykırı olarak) merkezi sendikalarla merkezi işveren kuruluşları sektörel düzeyi işletme düzeyine tercih etmektedirler ve toplu sözleşmeyi fiilen birinden ötekine aktarmışlardır (bu söylenen istihdam geliştirme önlemleri için geçerlidir).

## Sonuç

Sendika yoğunluğunun azalması ve toplu sözleşme görüşmelerinin ademi-merkezileşmesi, hiç kuşkusuz, birçok ülkedeki endüstriyel ilişkilerin önüne büyük görevler koymakta, hatta toplu sözleşmelerin etkisinin azalmasına yol açmaktadır. Gene de, burada ele alınan seçilmiş ülkelerdeki deneyimlerin de gösterdiği gibi, kolektif endüstri-

yel ilişkiler, gerek işgücü piyasasının esnekleştirilmesi, gerekse çalışanların çıkarlarının korunması açısından önemli bir rol oynamaya devam etmektedir. Toplu sözleşmelerde odak noktası işletme düzeyine kayarken, daha üst düzeylerdeki iki ve üç taraflı görüşmelerin işgücü piyasası esnekliğini sağlamada ve daha kapsamlı sosyal konuları ele almada işlevsel olduğu açıktır. Piyasaların kayganlığı ve yüksek işsizlik oranlarının sürüp gitmesi göz önüne alındığında, pek çok ülke açısından Devlet'in rolü de belirleyici durumdadır. Dolayısıyla, Devlet ile piyasa talebi, ayrıca toplu sözleşmenin değişik düzeyleri arasında optimal dengenin nasıl bulunacağı, tüm dünyadaki sosyal taraflar arasında başlıca tartışma konusu olmaya devam edecektir.

## DİPNOT

\* Uluslararası Çalışma Ofisi, Cenevre, 1997'de yirmiiki ülkede yaptırdığı ülke araştırmalarını büyük ölçüde dikkate alarak Muneto OZAKI'nin editörlüğünde "Negotiating Flexibility: The role of the social partners and the State" başlıklı kitabı yayımlamıştır (ISBN: 92-2-110865-1).

Kısa sürede belli başlı dillere çevirisi yapılan bu eserin, Türkçe'ye çevirisi ve yayımı, 2003'te R. Işık tarafından hazırlanmış, Türkiye İş Kurumu'nca basılmıştır: "Toplu Pazarlık Yoluyla Esneklik: Sosyal Tarafların ve Devletin Rolü", Ankara 2003, X+158 (ISBN: 975-92450-0-0).

Kitaba esas teşkil eden ülke raporları ve yazarları şunlardır:

Arjantin: Oscar Ermida Uriarte; Avustralya: Nick Valies ve Russell D. Lansbury; Belçika: Alfred Pankert; Brezilya: Oscar Ermida Uriarte; Kanada: Peggy Kelly; Fransa: Youcef Ghellab; Almanya: Reihard Bispinck; Hindistan: C.S. Venkata Ratnam; İrlanda: Joseph Wallace ve Noreen Clifford; İtalya: Marco Biagi; Japonya: Motohiro Morishima; Kore Cumhuriyeti: Chang-Hee Lee; Hollanda: Ben Dankbaar, Lei Delsen ve Willem de Nijs. Yeni Zelanda: Anthony Honeybone; Norveç: Bjorne Grimsrud ve Torgeir Aarvaag Stokke; Peru: Maria Luz Vega Ruiz; Filipinler: Rosalinda Dimapilis Baldoz; İspanya: Patricia Torres ve Maria Luz Vega Ruiz; İsveç: Birger Viklund; Birleşik Krallık: James Arrowsmith; Mark Gilman ve Keith Sisson; Birleşik Devletler: Peggy Kelly ve Venezuela: Maria Luz Vega Ruiz. Bu çalışmalar bu kitapta kullanılan başlıca kaynağı oluşturduklarından, bu kaynaklardan çıkarsanan bilgilere birçok durumda özel olarak göndermede bulunulmamıştır.

Okuyucu, bu kitabın başlıca kaynakları olan ülke araştırmalarının bazılarını ILO'nun Çalışma Yasaları ve İşçi-İşveren İlişkileri Bölümü'nün web sayfasından ulaşabilir: <http://www.ilo.org/public/english/80relpro/index.htm>

Bu makale, söz konusu ILO ve Türkiye İş Kurumu'nun ortak yayınının, özellikle "Devletin Rolü ve Pazarlık Yapısı" başlıklı üçüncü bölümünden özetlenerek hazırlanmıştır.

**Selçuk KOCABIYIK**

MESS Müşavir Avukatı

# Olumsuz Yetki Tespitine Karşı Yapılan İtirazın Kabulü Üzerine Takip Edilmesi Gereken Usule İlişkin Bir Karar İncelemesi

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2005/5433**Karar No** : 2005/7719**Tarihi** : 08.03.2005

### Dava

E. Tekstil San, ve Tic. A.Ş. adına Av. T. A. ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı adına Av. F. S. aralarındaki dava hakkında İstanbul 1. İş Mahkemesi'nden verilen 19.11.2004 günlü ve 476-784 sayılı hüküm duruşmalı olarak davacı avukatınca temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### Karar

Tekstil İşçileri Sendikasının başvurusu üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın şir-

kete ait işyerinde olumsuz yetki tespiti yapıp adı geçen sendikaya gönderdiği, bu sendikanın olumsuz yetki tespitine itirazı üzerine İstanbul 6. İş Mahkemesinin 31.05.2004 tarih ve 2004/42546 sayılı kararı ile çoğunluğunun bulunmadığının tespit edilip itirazın kabulüne karar verildiği, kararın taraflarca temyiz edilmeksizin kesinleştiği, kesinleşen karara istinaden yetki belgesi verilmesinin hatalı olup gerçeği yansıtmadığını zira; çoğunluk tespitinin itiraz davasından haberdar edilmemiş olduğunu, Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan işyerinde çalışanların dönem bordroları ve sosyal güvenlik destek prim bordrolarının celp edilmesi halinde, işyerinde başvuru tarihi itibarıyla 129 işçinin çalıştığı, bunlardan ancak 61'inin sendika üyesi olduğu ve sendikanın yasal çoğunluğu sağlayamadığını, buna rağmen verilen yetki belgesinin iptalini talep etmiştir.

Davalı Bakanlık yapılan işlemlerin doğru olduğunu belirterek davanın, reddini istemiştir.

Mahkemece Tekstil İşçileri Sendikasının usulüne uygun şekilde davaya müdahalede bulun-

masına rağmen olumlu veya olumsuz bir karar verilmediği gibi, olumsuz yetki tespitine itiraz davası ile itiraz prosedürü tamamlandıktan sonra yetki belgesi verildiği, bu nedenle iptali istenemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Olumsuz yetki tespitine itiraz sonucu tespit başvurusunda bulunan sendika ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı arasında görülüp sonuçlandırılan dava sadece bu iki taraf arasında bağlayıcı olur.

Bu karar kesin yetki belgesi niteliğini taşımaz. İtiraz davası sırasında dava dışında kalan diğer işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işvereni bağlamaz. Bu nedenle Bakanlığın kesinleşmiş yetki kararına dayanarak çoğunluk başvurusunda bulunan sendikaların yetkili olduğunu gösteren olumlu yetki tespit yazısı düzenleyerek aynı işkolunda

kurulu diğer işçi sendikalarına, işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene tebliğ edip Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesinde öngörülen prosedürün işletilmesine imkân vermesi ve bunun sonunda da toplu iş sözleşmesinde taraf olacak sendikaların kesin şekilde belirlenmesi gerekir.

O halde yukarıda açıklanan prosedüre uyulmadan sadece iki tarafı bağlayan kesinleşmiş tespit kararı esas alınarak, aynı Yasa'nın 16. maddesine göre yetki belgesi verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu durumda davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

## Sonuç

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 08.03.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

## 1. Karara Konu Maddi Olay

Karardan anlaşıldığı kadarıyla; ..... Tekstil İşçileri Sendikası, davacı işverene ait işyerine ilişkin yetki tespiti talebinde bulunmuş, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yetki tespitine olumsuz cevap verilmiş, adı geçen sendikaya olumsuz yetki tespit yazısı gönderilmiştir. Olumsuz yetki tespit yazısına karşı, ..... Tekstil İşçileri Sendikası İstanbul 6. İş Mahkemesi'nde itirazda bulunmuş, anılan mahkemenin 31.05.2004 tarih ve 2004/42546 sayılı kararı ile itirazda bulunan davacı sendikaların, çoğunluğunun bulunduğu<sup>1</sup> tespit edilip, itirazının kabulüne karar verilmiştir. Bu karar taraflarca temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. Kesinleşen karara istinaden Bakanlık tarafından, ..... Tekstil İşçileri Sendikası'na bu kez yetki belgesi verilmiştir.

Karara esas davada davacı E. Tekstil San. ve Tic. A.Ş., Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca ..... Tekstil İşçileri Sendikası'na verilen yetki belgesinin iptalini talep etmiştir. Bu talebe gerekçe olarak da; kesinleşen karara istinaden yetki belgesi verilmesinin hatalı olup gerçeği yansıtmadığı, olumsuz yetki tespitine itiraz davasından işverenin haberdar edilmemiş olduğu, yetki tespiti için müraaat tarihi itibarıyla sendikaların çoğunluğu sağlanmadığı gösterilmiştir. Yetki belgesinin iptali iste-

miyle açılan davaya ..... Tekstil İşçileri Sendikası da müdahil olmuş, mahkemece; yetki tespitine itiraz davası ile itiraz prosedürünün tamamlandığı ve bundan sonra yetki belgesi verildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Yüksek Mahkeme, olumsuz yetki tespitine itiraz sonucu tespit başvurusunda bulunan sendika ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı arasında sonuçlandırılan davanın sadece bu iki taraf arasında bağlayıcı olduğu, dava dışında kalan diğer işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işvereni bağlamayacağı, bu nedenle Bakanlığın kesinleşmiş yetki kararına dayanarak çoğunluk başvurusunda bulunan sendikaların yetkili olduğunu gösteren olumlu yetki tespit yazısı düzenleyerek aynı işkolunda kurulu diğer işçi sendikalarına, işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene tebliğ edip Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesinde öngörülen prosedürün işletilmesine imkân vermesi ve bunun sonunda da toplu iş sözleşmesinde taraf olacak sendikaların kesin şekilde belirlenmesi gerektiğini ifade ederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Yüksek Mahkeme ile ilk derece mahkemesi arasında görüş farklılığı yaratan husus, olumsuz yetki tespitine karşı itirazın kabul edilmesi halinde uyul-



ması gereken prosedürün nasıl olması gerektiğidir. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 13. ve 14. maddelerinde toplu iş sözleşmesi yetkisinin tespiti için yapılacak başvurunun Bakanlıkça uygun görülmemesi üzerine durumun sadece başvuruyu yapana bildirilmesi öngörülmüş olup, 15. maddede olumsuz tespite karşı itiraz usulüne açıkça yer verilmiş değildir. İncelememizde yetki prosedürüne ilişkin yasal düzenlemeler ele alındıktan sonra, olumsuz yetki tespitine karşı takip edilmesi gereken usul değerlendirilecektir.

## 2. 2822 Sayılı Kanun'da Yetki Prosedürüne İlişkin Olarak Öngörülen Usul

### 2.1. Yetki Tespiti İçin Başvuru

Yetki prosedürü, yetki tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yapılan başvuruyla başlar. Yetki tespiti için başvurulacak işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi bulunmadığı takdirde, her zaman yetki tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvuruda bulunulabilir. Eğer yetki tespiti için başvuru işyeri veya işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi varsa, başvuru en erken toplu iş sözleşmesinin bitiminden 120 gün önce yapılabilir.

Bir toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yazı ile başvurarak kurulu bulunduğu işkolunda üye sayısı itibarıyla yüzde on (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu hariç) oranını sağladığının belirlenmesini ve sözleşmenin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde başvuru tarihinde çalışan işçiler ile üyelerinin sayısının tespitini ister. TİSGLK m.13/1'de yer alan bu düzenlemeye 3451 sayılı Kanun'la getirilen ek düzenlemeye göre, işçi sendikası kendisinde bulunan üyelik fişlerini, Bakanlığa yetki için başvurduğu tarihten itibaren üç işgünü içinde işverene vermek zorundadır.

Bir toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren de, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yazıyla başvurarak işyeri veya işyerlerindeki yetkili sendikanın tespitini isteyebilir (TİSGLK 14/1).

### 2.2. Bakanlığın Yetki Tespiti

Yetki tespiti için yapılan başvurunun ardından

Bakanlık, toplu iş sözleşmesi yapılmak istenen işyeri veya işyerlerinin başvuruda bulunan sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda yer alıp almadığı, bu işyeri veya işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi bulunup bulunmadığını araştırma-<sup>2</sup>lıdır. Bundan sonra yetki koşullarının üzerinde durulması gerekir. Bakanlık, çoğunluk veya yetki tespiti istenen işyeri veya işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili ve ehliyetli bir işçi sendikasının olup olmadığını araştırarak bir tespite bulunur. Yetki tespiti için yapılan başvurunun sonucunu Bakanlık ilgililere bildirir. 2822 sayılı Kanun'da olumlu ve olumsuz yetki tespitinin kimlere bildirilmesi gerektiği ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Yetki tespiti için başvuran işçi sendikasının, çoğunluğu haiz olması halinde Bakanlık; olumlu yetki tespit yazısı düzenleyerek, toplu iş sözleşmesi yapma başvurusunu işyerindeki işçi ve üye sayısını, o işkolunda kurulu bulunan işçi sendikalarıyla taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene başvurunun alındığı tarihten itibaren altı işgünü içinde başvuru tarihindeki kayıtlara göre bildirir (TİSGLK 13/2).

İşçi sendikasının, çoğunluğu haiz olmadığının tespiti halinde bu bilgiler sadece başvuran sendikaya aynı süre içinde bildirilir.

Bir toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren tarafından yetkili sendikanın tespitinin istenmesi halinde de, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı; tespit edilen yetkili işçi sendikasının isim ve adresini, işkolundaki ve o işyerindeki işçi sayısı ile bu sendikanın işkoluna ve o işyerindeki üye sayısını, işkolunda kurulu işçi sendikalarına ve talepte bulunan işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene bildirir (TİSGLK 14/2) .

Yetkili sendika bulunmaması halinde durum altı işgünü içinde sadece başvuruda bulunan işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene bildirilir.

### 2.3. Olumsuz Yetki Tespitine İtiraz

Yetki tespitine itiraz usulü, TİSGLK'nın "Yetki itirazı" başlıklı 15. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; yetki tespiti için işçi sendikasının ya da işveren sendikasının veya sendika üyesi olmayan işverenin başvurusu üzerine kendisine 13. ve 14. maddeler uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından bildirimde bulunulan işçi veya işveren sendi-

kaları veya sendika üyesi olmayan işveren, taraflardan birinin veya her ikisinin yetki için gerekli koşulları sağlayamadığı veya kendisinin çoğunluğu bulunduğu yolundaki itirazını, yetki tespit yazısının kendilerine tebliğinden itibaren altı iş günü içinde işyerinin bağlı bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede ileri sürebilirler. Ancak Kanunda, Bakanlığın olumsuz yetki tespitine karşı nasıl hareket edileceği açık bir biçimde düzenlenmemiştir.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır (AY 125/1). İdarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması ilkesi hukuk devletinin zorunlu bir unsurudur. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın olumsuz yetki tespiti de idari bir işlemdir ve yargı denetimine tabi olduğu kuşkusuzdur. Olumsuz yetki tespitine itiraz yolunun açık olduğu doktrin ve Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir.

sendikasının 15. maddeye göre itirazda bulunabileceğini gösterir.<sup>3</sup>

Bu konuda Yargıtay, "Buradaki yasal düzenlemede, çoğunluğu haiz olmadığına dair tespitlere karşı bildirimle son bulacağı ve buna karşı yargı yoluna başvurulamayacağı yolunda değişik görüşler ileri sürülmekte ise de, Dairemizin bu konu üzerindeki tartışması sonucunda, itirazı düzenleyen 15. maddede olumlu olumsuz ayrımı ve aynı maddede taraflardan birinin veya her ikisinin yetkiyi haiz olmadıkları veya kendisinin çoğunlukta olduğu iddiasıyla da itiraz edilebileceği yönündeki deyimleri ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu da açık tutulan yasa kuralı da göz önünde tutularak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın çoğunluğa haiz olmadığına karşı tespitine karşı yargı yolunun (itiraz) açık olduğu görüşü benimsenerek hukuki uygulama bu şekilde yönlendirilmiştir." sonucuna varmıştır.<sup>4</sup>

## Olumsuz yetki tespiti yetki veya çoğunluk tespitini talep eden tarafa bildirileceğinden, sadece yetki tespit başvurusunda bulunan işçi veya işveren sendikasına ya da sendika üyesi olmayan işveren olumsuz yetki tespitine itiraz hakkına sahiptir.

Ancak kanundaki boşluk nedeniyle, açılacak davanın hangi usule tabi olması gerektiği hususu doktrinde iki farklı görüşün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Oğuzman, Çelik ve Taşkent'e göre, Bakanlığın olumsuz yetki tespitine karşı kanunda özel bir itiraz usulü öngörülmediğinden, yetki tespiti için başvuruda bulunan taraf genel hükümlere göre dava açabilecektir. Bu dava Bakanlığın tespitinin düzeltilmesi ve yetki işlemlerinin sürdürülmesine ilişkin bir dava olacaktır. Reisoglu ve Günay'a göre ise, olumsuz yetki tespit yazısına karşı itiraz 2822 sayılı Kanun'un 15. maddesi gereğince yapılmalıdır. Çünkü, bu maddenin birinci fıkrasında "... veya kendisinin çoğunluğu bulunduğu yolundaki itirazını... iş davalarına bakmakla görevli mahkemeye yapabilir." hükmü bulunmaktadır. Ayrıca yine aynı fıkrada, 13. ve 14. maddeler gereğince gönderilen tespit yazısını alan işçi ve işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işverenden söz edilmesi de, çoğunluğa sahip olmadığından dolayı başvurusuna olumsuz cevap verilen işçi

Olumsuz yetki tespiti, yetki veya çoğunluk tespitini talep eden tarafa bildirileceğinden, sadece yetki tespit başvurusunda bulunan işçi veya işveren sendikasına ya da sendika üyesi olmayan işveren olumsuz yetki tespitine itiraz hakkına sahiptir. Resioğlu'na göre, bildirimde bulunan tarafın dışında o işkolundaki diğer işçi sendikaları, hatta sözleşmede taraf olacak işveren sendikasının veya sendika üyesi olmayan işverenin davada taraf olması mümkün olmadığı gibi, kararı temyiz etmeleri de söz konusu değildir. İtiraz davasının davalı tarafı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'dır. Yargıtay da olumsuz yetki tespitine itiraz davasının sadece Bakanlık aleyhine açılmasını yeterli görmektedir.<sup>5</sup>

Değerlendirmemize konu olayda, ... Sendikası, yetki tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurmuş, Bakanlıkça olumsuz yetki tespitinde bulunmuş, yapılan olumsuz yetki tespitine sendika itiraz etmiş, yapılan itiraz yerel mahkemece uygun görülerek kabul edilmiş ve taraflarca temyiz edilmeyen yerel mahkeme kararı kesin-

## Olumsuz yetki tespitine karşı yapılan itirazın kabulü, dava dışı o işkolunda kurulu bulunan diğer işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren açısından bağlayıcı olmaz.

leşmiştir. Olumsuz yetki tespiti Bakanlığın, yetki tespiti için başvuruda bulunan tarafa karşı idari bir işlemi olduğuna göre, olumsuz tespite itiraz sonucu verilecek karar, bu hukuki ilişkinin tarafları açısından hüküm ifade edecektir. İncelediğimiz kararda da isabetli olarak belirtildiği üzere, “Olumsuz yetki tespitine itiraz sonucu tespit başvurusunda bulunan sendika ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı arasında görülüp sonuçlandırılan dava sadece bu iki taraf arasında bağlayıcı olur.”

Burada üzerinde durulması gereken bir başka husus yerel mahkemece olumsuz yetki tespitine itirazın kabulü üzerine verilen kararın niteliğidir. İtirazda bulunan tarafın talebi kabul ediliyorsa; mahkemece Bakanlığın olumsuz yetki tespitine ilişkin işlemi iptal edilecektir. Bu karar Bakanlık işlemindeki yanlışlığın düzeltilmesi niteliğindedir.<sup>6</sup>

Olumsuz yetki tespitine karşı yapılan itirazın kabulü, dava dışı o işkolunda kurulu bulunan diğer işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren açısından bağlayıcı olmaz. Reisoğlu'na göre, kesinleşmiş mahkeme kararı, olumsuz yetki tespitine itiraz davasına taraf olmayıp itirazda bulunan diğer işçi sendikalarına, işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene karşı ileri sürülemez. Bu nedenle de işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçi sayısının daha önce mahkemenin verdiği bir kararla belirlenmiş olması, olumlu yetki tespitine itirazda bulunanların ibraz edebilecekleri belgelere göre yeniden incelemeye bir engel oluşturmaz.<sup>7</sup>

Olumsuz tespit yazısını alan sendika, toplu iş sözleşmesine taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren ile o işkolunda kurulu işçi sendikalarını hasım göstermeksizin itiraz yoluna başvurduğu takdirde, sonuçta verilecek kararın sadece itirazda taraf olanları bağlayacağı, bunun dışında diğer ilgili tarafları bağlamayacağı, öğreti ve Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.

reti ve Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Böylece kanundaki boşluk kanun koyucunun amacına uygun olarak doldurulmuştur.<sup>8</sup>

### 3. Kabul Edilen İtiraz Üzerine Uyulması Gereken Prosedür

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda, bir işyerinde veya işletmede yetkili sendikanın bulunduğu tespit edildiğinde, bu durumun o işkolunda kurulu bulunan diğer işçi sendikalarına, işverene veya işverenin üyesi olduğu işveren sendikasına bildirilmesi öngörülerek, ilgili tarafların durum hakkında bilgilendirilmesi amaçlanmıştır. Bu bildirim tebellüğ edenlere de itiraz hakkı tanınmıştır. Bildirimi alanlar, yetki şartlarının oluşmadığı, çoğunluğu kendisinin haiz olduğu, yetkinin kapsamı (işletme veya işyeri düzeyi) gibi itirazlarını ileri sürebilirler. Çoğunluk tespitine itiraz tebellüğ tarihinden itibaren altı iş günlük hak düşürücü süreye tabi olup, hakim tarafından re'sen göz önüne alınmalıdır.<sup>9</sup> Böylece bir taraftan ilgililere itiraz imkânı tanınırken, diğer taraftan da bu itiraz süreye bağlı tutularak toplu iş sözleşmesi prosedürünün süruncemede bırakılması önlenmiştir.

2822 sayılı Kanunda, olumlu yetki tespitinde bu usul öngörülmüşken, olumsuz yetki tespitinin sadece tespiti isteyen tarafa bildirileceğinin düzenlenmesiyle yetinilmiştir. Bu düzenlemenin neticesi olarak olumsuz tespite, sadece tespit için başvuruda bulunan taraf itiraz edebilecektir. İtirazın kabulü olumsuz tespi-

**Olumsuz tespit yazısını alan sendika, toplu iş sözleşmesine taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren ile o işkolunda kurulu işçi sendikalarını hasım göstermeksizin itiraz yoluna başvurduğu takdirde, sonuçta verilecek kararın sadece itirazda taraf olanları bağlayacağı, bunun dışında diğer ilgili tarafları bağlamayacağı, öğreti ve Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.**

## İtirazın kabulü olumsuz tespite ilişkin Bakanlık işlemini ortadan kaldırır, bununla birlikte itirazı kabul edilen taraf lehine yetki belgesi düzenlenmesi sonucunu doğurmaz.

te ilişkin Bakanlık işlemini ortadan kaldırır, bununla birlikte itirazı kabul edilen taraf lehine yetki belgesi düzenlenmesi sonucunu doğurmaz. Mahkemenin kararı olumlu yetki tespiti yerine geçecek, kesin yetki belgesi niteliğini taşımayacaktır. Bu sebeple olumsuz yetki tespitine itirazı kabul eden mahkeme kararına istinaden Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yetki belgesi düzenlenmesi mümkün değildir.

Olumsuz yetki tespitine itirazın kabulü ile Bakanlığın yapmış olduğu olumsuz tespite ilişkin işlem iptal edilmiş olacaktır. Bu karar, ilgili işyerinde veya işletmede çoğunluğa sahip bir sendikanın olduğu anlamına gelir ve Bakanlığın olumlu yetki tespit yazısı düzenlemesini gerektirir.

2822 sayılı Kanunun "Yetki belgesi" başlıklı 16. maddesinin birinci fıkrasında da, "Tespit yazısına bu Kanunda öngörülen süre içinde itiraz edilmemişse sürenin bitişini takibeden altı işgünü içinde veya yapılan itiraz reddedilmişse mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı işgünü içinde ilgili sendikaya Çalışma Bakanlığı'nca bir yetki belgesi verilir." hükmü yer almaktadır. Buna göre Bakanlık tarafından yetki belgesi verilebilmesi için; yetki tespitine itiraz edilmemesi veya ilgililerce yapılan itirazın mahkemece reddedilmesi gerekir. Bu düzenlemeden de olumlu yetki tespit yazısının 15. maddede belirtilen taraflara tebliğ edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu sebeplerle; olumsuz yetki tespitine yapılan itirazın kabulü halinde; kesinleşmiş mahkeme kararını tebellüğ eden Bakanlığın, olumsuz yetki tespitini ortadan kaldırması, mahkeme kararı uyarınca olumlu yetki tespit yazısı düzenlemesi ve bu yazıyı 13. ve 14. maddelerde öngörüldüğü gibi o işkolunda kurulu bulunan diğer işçi sendikalarına, işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene 15. maddede hükümleri çerçevesinde tebliğ etmesi Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun yetki prosedürü için öngördüğü sistemin gereğidir.

Mahkemenin, olumsuz yetki tespitine yapılan

itirazı kabulü TİSGLK 16. maddesine göre yetki belgesi verilmesine imkân vermemekte, olumlu yetki tespiti yerine geçmektedir. Bu aşamadan sonra 2822 Sayılı Kanun'un 15. maddesindeki usule uyulması gerekmektedir. Yargıtay'ın da bu görüşü benimsediği görülmektedir. Yüksek Mahkemeye göre de "Bakanlığın çoğunluk yönünden olumsuz kararının, sadece başvuran sendikaya yapılan tebligat üzerine itirazın incelenmesinden ibaret olup, mahkemece verilen karar kesin yetki değil, çoğunluk tespiti yerine geçeceğinden ve bu çoğunluk kararının aynı işkolunda kurulu diğer sendikalara ve işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene tebliği ile 2822 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki prosedürün işletilmesi ile tekemmül edeceğinden temyiz itirazlarının reddi gerekir."<sup>10,11</sup>

### 4. Sonuç

Toplu iş sözleşmesi işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hükümleri ve işyerindeki diğer çalışma şartlarını düzenlemek için yapılan, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanması ve denetimi ile uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin hükümleri de içerebilen bir sözleşmedir.<sup>12</sup> Toplu iş sözleşmesi, kapsamı dahilindeki işyeri veya işyerleri ve çalışanlar için normatif ve borç doğurucu hükümler ihtiva eder. Bu niteliği ile toplu iş sözleşmesi kamu düzenini ilgilendiren bir yapıya sahiptir.

Toplu iş sözleşmesinin işçi tarafını yetki belgesi sahibi işçi sendikaları oluşturur. Yetki belgesi, bunu haiz işçi sendikasının hangi işveren veya işveren sendikasıyla hangi işyeri, işyerleri veya işletmede toplu iş sözleşmesi yapabileceğine yetkili olduğunu gösteren resmi bir yazıdır.<sup>13</sup> İşveren tarafı, yetki belgesi sahibi işçi sendikasının yapmış olduğu toplu görüşme çağrısı ile bağlıdır. Kural olarak yetki belgesi alınmadan imzalanan toplu iş sözleşmesi geçersizdir. Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin ve yetki belgesinin önemine binaen 2822 sayılı Kanun'da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yetki belgesinin verilmesi hususu ayrıntılı bir prosedüre tabi tutulmuştur.

**Mahkemenin kararı olumlu yetki tespiti yerine geçecek, kesin yetki belgesi niteliğini taşımayacaktır.**



Bu prosedür gereği; yetki belgesi almak için başvuran çoğunluk sahibi işçi sendikasının işyerindeki ve kurulu bulunduğu işkolundaki üye sayısının, o işkolunda kurulu bulunan diğer işçi sendikalarına ve işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene bildirilmesi öngörülmüştür. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlenen usulle amaçlanan, ilgililerin, olumlu yetki tespiti konusunda bilgilendirilmesi ve varsa bu duruma karşı itirazlarının yargı yoluyla çözümlenmesini sağlamaktır.

Olumsuz yetki tespiti sadece başvuruda bulunan tarafa bildirileceğinden, ilgili diğer işçi sendikaları ile işveren tarafı ne olumsuz yetki tespiti, ne de bu tespiti karşı yapılan itirazın sonuçları hakkında bilgi sahibi olabilecektir. Olumsuz tespiti itirazın kabul edilmesi halinde, ilgili taraflara durumun bildirilmesi ve varsa itirazlarını ileri sürme imkânının tanınması gerekir. Yerel mahkeme kararında belirtilenin aksine, olumsuz yetki tespitine itiraz davası ile 2822 sayılı Kanun'da öngörülen itiraz prosedürü tamamlanmış olmaz.

Bakanlığın olumsuz yetki tespitine itirazın mahkemece kabulü; idari işlemin ortadan kaldırılması ve çoğunluk tespiti niteliğindedir. Bununla birlik-

te, bu tespit sonucu yetki belgesi düzenlenemez. Oğuzman'ın sözleri ile "Yetki belgesi talebinde bulunan işçi sendikasının durumu hakkında rakip işçi sendikalarına ve işveren tarafına itiraz etme imkânı tanımadan yetki belgesi verilmesi 2822 sayılı Kanunun sistemine tamamen yabancıdır. Bunun doğal sonucu olarak ve kanunun yanlış uygulaması ile verilen yetki belgesini hukuken geçerli saymak mümkün değildir."<sup>14</sup>

Olumsuz yetki tespitine itirazın mahkemece kabul edilip, kararın kesinleşmesi ile Bakanlığın yaptığı tespit işlemi ortadan kalkıp, başvuran sendikanın çoğunluğu sağladığına karar verilmiş olacaktır. 2822 sayılı Kanun'un yetki tespiti için öngördüğü sistematik gereği, bu aşamadan sonra Bakanlıkça olumlu yetki tespit yazısı düzenlenerek, bu yazının çoğunluğu haiz işçi sendikası ile birlikte o işkolunda kurulu bulunan diğer işçi sendikalarına, işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene tebliğ edilip, 15. maddede öngörülen usul çerçevesinde ilgili taraflara itiraz imkânının tanınması, Kanunda öngörülen sistemin gerektirdiği bir çözümdür.

Bu sebeplerle doktrinde kabul edilen görüş paralelinde ve kanun koyucunun amacına uygun olan Yargıtay kararına katılıyoruz.

**Olumsuz yetki tespitine yapılan itirazın kabulü halinde; kesinleşmiş mahkeme kararını tebellüğ eden Bakanlığın, olumsuz yetki tespitini ortadan kaldırması, mahkeme kararı uyarınca olumlu yetki tespit yazısı düzenlemesi ve bu yazıyı o işkolunda kurulu bulunan diğer işçi sendikalarına, işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene tebliğ etmesi Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun yetki prosedürü için öngördüğü sistemin gereğidir.**

## DİPNOTLAR

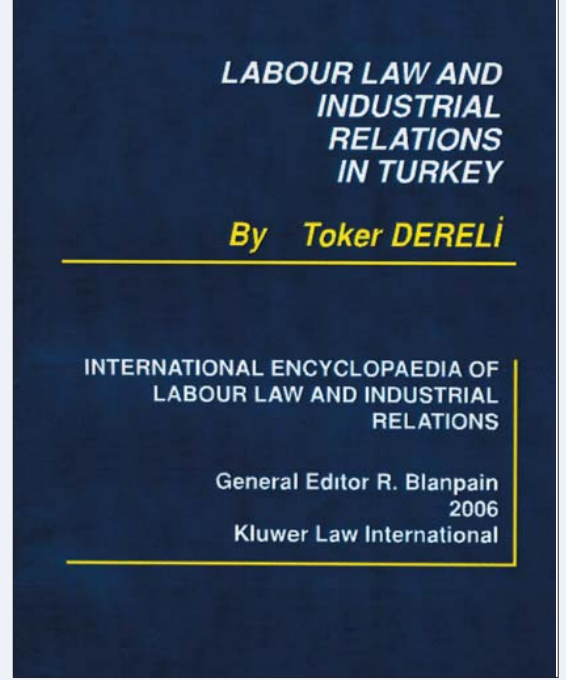
- 1 Her ne kadar incelediğimiz metinde "çoğunluğunun bulunmadığının tespit edilip itirazın kabulüne karar verildiği" şeklinde bir ibare yer almakta ise de, kanaatimizce gerekçeli karar kaleme alınırken veya incelediğimiz metin yazılırken maddi hata yapılmıştır. Aksi takdirde itirazın reddine karar verilmesi gerekirdi.
- 2 Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2004, s. 475.
- 3 Günay, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 2001, s. 610-611.
- 4 Yargıtay 9. H.D., 26.03.1985, 1985/3229 E., 1985/3222 K., Reisoğlu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s. 204.
- 5 Yargıtay 9. H.D., 22.04.1998, 1998/7282 E., 1998/7685 K.
- 6 Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 86.
- 7 Reisoğlu, a.g.e., s. 204.
- 8 Günay, a.g.e., s. 614.
- 9 Yargıtay 9. H.D., 28.12.1995, 1995/37689 E., 1995/36696 K.
- 10 Reisoğlu, a.g.e., s. 205.
- 11 Yargıtay'ın aksi yöndeki bir yerel mahkeme kararını onayan kararın eleştirisi için bkz., Güzel'in incelemesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, MESS Yayını, İstanbul 1998, s. 179-182.
- 12 Şahlanan, Sorular ve Cevaplarla Çalışma Hayatı ve İlgili Kanunlar, İstanbul 2000, s. 266.
- 13 Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s. 155.
- 14 Güzel'in incelemesi, a.g.e., s. 181.

# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Toker Dereli tarafından İngilizce olarak hazırlanan "**Labour Law and Industrial Relations in Turkey**" isimli eser, International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations serisinin Türkiye cildi olarak Nisan 2006 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserde çalışma hukukunun ve endüstri ilişkilerinin ülkemizdeki tarihsel gelişimi ve mevcut hükümleri açıklanmakta, ayrıca ilgili paragraflarda ILO ve AB normları ile karşılaştırmalar yapılmaktadır. Söz konusu eserin, 1982 ve 1997 yıllarında yayımlanmış baskılarından farkı; 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun ayrıntılı biçimde açıklanmış olmasıdır. Eserde, özellikle yeni sözleşme türleri ile esnek çalışma sürelerine ve iş güvencesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bunun yanı sıra sendikalar ve toplu sözleşme, grev ve lokavt mevzuatında yapılması gerekli ve olası değişiklikler açıklanmış ve memur sendikacılığı ilk kez bu baskıda ayrı bir bölümde, ILO eleştirileri açısından değerlendirilmiştir. Konunun uygulama yönü, başlıca Yargıtay kararları ve ilgili yerlerde emek piyasasına ait istatistiksel verilerle pekiştirilmiştir. Eser, İngilizce endüstri ilişkileri ve iş hukuku terminolojisine yer vermiş olması bakımından da; bu alanda çalışma yapacak genç bilim adamları, çokuluslu şirketler ve üniversite kütüphaneleri için yararlı bir kaynak niteliğindedir.



Sigorta Müfettişi Resul Kurt tarafından hazırlanan "**İş Hukuku Mevzuatında Usul ve Esaslar**" adlı eserde, 4857 sayılı İş Kanunu uygulamaları, kıdem tazminatı uygulaması ve muhasebeleştirilmesi, yeni Türk Ceza Kanunu'nun çalışma hayatına ilişkin hükümleri, işletmelerde iş sağlığı ve güvenliği uygulamaları, işverenlerin kurma izni ve işletme belgesi alma zorunluluğu, yabancı uyrukluların çalışma izinleri, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre uygulanacak idari para cezalarının yanı sıra 5953 sayılı Basın İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu uygulamalarına da yer verilmektedir.

Eserde, İş Kanunu dışında pek fazla incelenmeyen Basın İş Hukuku ve Deniz İş Hukuku da incelenmiş, ayrıca uzun zamandır tartışılan Kıdem Tazminatı Fonu Tasarısı metni de kitaba eklenmiştir. Konularla ilgili uygulama belgeleri ve dilekçe-yazışma örnekleri ile zenginleştirilen eserde, 2005-2006 yılı Yargıtay Kararları da bulunmaktadır.

Doç. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## 5510 Sayılı Kanuna Göre Malullük Aylığı

### 1. GİRİŞ

Malullük durumu, sigortalının çalışma veya meslekte kazanma gücünü kısmen veya tamamen yitirmesine, bu nedenle ekonomik durumunun sarsılmasına neden olur<sup>1</sup>. Bu etki nedeniyle de, sosyal sigortalar hukukunda güvence altına alınan sosyal tehlikeler arasında sayılır. Böylece, sakatlanması nedeniyle çalışamayan ve ücretinden yoksun kalan sigortalıya mahrum kaldığı bu gelirin, malullük sigortası tarafından sağlanması amaçlanır<sup>2</sup>.

Malullük sigortası, uzun dönemli sigorta kollarıdır. Zira malullük hali, sigortalının gelir elde etme yeteneğinde sürekli bir azalma ya da kayba neden olur. Bu kaybı karşılamak amacıyla, malullük durumu devam ettikçe sigortalıya malullük aylığı bağlanır. Malullük aylığının bu süreklilik niteliği nedeniyle bağlanan aylığın sermayeye çevrilmesi söz konusu olmaz<sup>3</sup>.

Süreklilik taşıyan yardımlarda, bunları sağlayan Sosyal Güvenlik Kurumunun aktüeryal dengesinin gözetilmesi açısından sigortalıların belirli bir süre sigortalılık süresine ve/veya belirli bir prim ödeme gün sayısına sahip olması aranır. Nitekim malullük sigortasında da böyle bir sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı öngörülmektedir. Ancak, malullük durumunun ne zaman gerçekleşeceği belli olmadığından, bu sigorta dalından aylığa hak kazanmak için yaşlılık sigortasından daha kısa bir sigor-

talılık süresi ve prim ödeme gün sayısı yeterli olmaktadır<sup>4</sup>.

5510 sayılı Kanun<sup>5</sup>'de 25-27. maddelerinde malullük sigortasına yer vermiştir<sup>6</sup>. Belirtelim ki, 5510 sayılı Kanun, malullük halinde yapılan yardımları 506 sayılı Kanun'un genel sistematığı içinde ele almış, ancak, 506 sayılı Kanun'dan farklı olarak malullük durumunda sağlanan yardımları ayrı bir "malullük sigortası" başlığı altında değil, genel olarak "uzun vadeli sigorta hükümleri" başlığı altında, yaşlılık ve ölüm durumları ile birlikte düzenlemiştir. Böylece, malullük sigortası, adeta malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasından oluşan tek bir emeklilik sigortasının alt ayrımı gibi ele alınmıştır.

Bu genel sistematik değişikliğin yanında sigortalılar açısından asıl önemli değişiklik ise, malullük aylığına hak kazanmak için tamamlanması gereken sigortalılık süresinde olmuştur. Daha önce, Emekli Sandığına tabi iştirakçiler için aranan on yıllık fiili hizmet süresine sahip olma<sup>7</sup> koşulu tüm sigortalılar için genel bir kural olarak benimsenmiş, böylece Sosyal Sigortalar Kanunu ve Bağ-Kur Kanunu'na tabi sigortalıların malullük aylığı alma koşulları ağırlaştırılmıştır. Buna karşılık, Emekli Sandığına tabi sigortalıların sigortalılık süreleri aynı kalmış, lehe bir düzenleme olarak prim ödeme gün sayısı azalmıştır.

Biz bu çalışmada, 5510 sayılı Kanun'un malullük aylığına ilişkin hükümlerini incelerken, sigorta-

## Sigortalı ister bir iş kazası ya da meslek hastalığı isterse bunların dışında bir nedenle malul kalsın, her iki durumda da kayıp oranı en az % 60'a ulaşmalıdır.

lıların malullük aylığı bakımından daha önce tabi oldukları hükümlerle bundan sonra tabi olacakları hükümleri karşılaştırmaya çalışacağız. Ancak bunu yaparken, kural olarak, 5510 sayılı Kanun'un da model aldığı 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nu esas alacağız. Zira diğer kanunları da kapsayacak şekilde bir karşılaştırma yapmak, malullük aylığına ilişkin hükümleri ortaya koyma amacıyla olan bu incelemenin kapsamının çok genişlemesine neden olur<sup>8</sup>. Bu nedenle konu incelenirken yukarıda belirtilen yöntem izlenecektir.

Bu çalışma ile ilgili olarak bir başka hususa daha dikkat çekmekte yarar görüyoruz. Bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanun, 31.5.2006 tarihinde kabul edilip 16.6.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak Kanun niteliğine kavuşmuştur. Ancak Kanunun yürürlük tarihi 1.1.2007 olarak belirlenmiştir (m. 108). Bunun sonucunda, bu tarihe kadar 506, 1479, 5434, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlar uygulamaya devam edecektir. Bu nedenle biz her ne kadar anılan tarihte yürürlükten kalkacak olsa da, adı geçen kanunlarından söz ederken hala yürürlükte oldukları yönünde ifade kullanacağız.

## II. MALÛLLÜK AYLIĞI BAĞLANMASININ KOŞULLARI

### 1. Malul Sayılma

#### a) Genel Olarak

506 sayılı Kanuna göre, sigortalının malul sayılması için herhangi bir nedenle çalışma gücünün en az 2/3'ünü kaybetmesi gerekmektedir (m.53/A, 1, a). Bununla birlikte, Kanun'da malul sayılmayı gerektiren tek olasılık olarak bu hususa yer verilmiş, ayrıca sigortalının 34. madde gereğince yapılan tedavi sonunda çalışma gücünün en az 2/3'ünü kaybetmesi halinde de malul sayılacağı belirtilmiştir (m.53/A, 1, b). Bunların yanında, sigortalının bir iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu meslekte

kazanma gücünü en az % 60 oranında kaybetmesi üçüncü bir durum olarak düzenlenmiştir (m.53/A, 1, c).

5510 sayılı Kanun'da ise sigortalının malul sayılması için ya çalışma gücünü ya da iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünü en az % 60 oranında kaybetmesi gerekli görülmüştür (m.25/1)<sup>9</sup>.

Hemen görüleceği üzere, Kanun, hastalık sigortasından yapılan tedavi sonucu sigortalının iyileşmeyeceğinin anlaşılmasıyla oluşan malullük haline yer vermemiş, daha önce üç durumda gerçekleştiği kabul edilen malul sayılma halini ikiye indirmiştir. Ayrıca, asgari çalışma gücü kaybı oranında da sigortalılar lehine değişiklik öngörmüştür.

Belirtelim ki, 5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanun'da 2003 yılında yapılan değişiklikten sonra gereksiz bir hüküm niteliğine bürünen 53/ A, 1, b bendine yer vermemekle isabetli bir düzenleme yapmıştır. Gerçekten, hüküm 2003 yılında değiştirilmeden önce, hastalık sigortasından yapılan tedavi sonunda iyileşmeyeceğinin bir raporla belgelenmesi halinde sigortalı malul sayılmakta, ayrıca çalışma gücünü en az 2/3 oranında kaybetmiş olması aranmamaktaydı. Dolayısıyla, bu durum sigortalıya diğer bentlerin dışında bir olanak sağlamaktaydı. Değişiklik sonucu ise, hastalık sigortasından yapılan tedavi sonunda sigortalının iyileşmeyeceğinin anlaşılmasının yanında ayrıca en az 2/3 oranında çalışma gücü kaybına uğraması da gerekmektedir ki, bu durum, zaten (a) bendi gereğince malul sayılma nedenidir<sup>10</sup>. 5510 sayılı Kanun, haklı ve isabetli olarak bu gereksiz hükmü kaldırmıştır.

#### b) Çalışma ya da Meslekte Kazanma Gücünün Yüzde Altmışının Kaybedilmesi

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, yukarıda belirttiğimiz farklılık dışında 506 sayılı Kanun'da olduğu gibi, maluliyetin nedenine göre çalışma ya da meslekte kazanma gücü kaybını esas almakta, ancak her iki durum için de artık tek bir oran öngörmektedir. Buna göre, sigortalının malul sayılması için, çalışma gücünün ya da meslekte kazanma gücünün en az % 60'ını kaybetmesi gerekli ve yeterlidir. Yani, sigortalı ister bir iş kazası ya da meslek hastalığı isterse bunların dışın-



da bir nedenle malul kalsın, her iki durumda da kayıp oranı en az % 60'a ulaşmalıdır. Ancak, % 60'lık oran, malullüğün iş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanmaması halinde çalışma gücü kaybı, iş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanması halinde ise meslekte kazanma gücü kaybı esas alınarak belirlenecektir.

5510 sayılı Kanun'da da, en az % 60 oranında çalışma gücü kaybına uğrama halinde aylık bağlanması için maluliyete neden olan olayın herhangi bir önemi bulunmamaktadır<sup>11</sup>. Ayrıca sigortalının malullüğe yol açan olayda kusurlu olup olmaması da önem taşımaz<sup>12</sup>. Sigortalı, bir trafik kazası, evde geçirdiği bir kaza, hatta intihara teşebbüs sonucu en az % 60 oranında çalışma gücü kaybına uğramışsa malul sayılma koşulu gerçekleşmiş olur. Buna karşılık, meslekte kazanma gücü kaybı nedeniyle aylık bağlanması için olayın bir iş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanması şarttır. Dolayısıyla sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı

lekte kazanma gücü kaybı farklı kavramları ifade etmektedir. Her iki kavramın ne anlama geldiği 506 sayılı Kanun'da olduğu gibi 5510 sayılı Kanun'da da tanımlanmamıştır. En genel biçimiyle çalışma gücü kaybını, genel olarak çalışma piyasasındaki herhangi bir mesleği (iş) yerine getirebilme yeteneğinin kaybı, meslekte kazanma gücü kaybını ise, sigortalının mesleğini ya da bir başka ifadeyle görmekte olduğu işi yerine getirmesi için gerekli niteliklerin kaybı olarak tanımlamak mümkündür<sup>14</sup>.

Sigortalının mesleğinin ya da görmekte olduğu işin ne olduğunun saptanması da ayrı bir önem taşımaktadır. Öncelikle belirtelim ki bu konuda 506 sayılı Kanun'a göre çıkarılmış bulunan Sosyal Sigorta Sağlık İşleri Tüzüğü'nde bir hüküm bulunmaktadır. Ancak anılan Tüzüğün 5510 sayılı Kanun döneminde de uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacaksa hangi sigortalılar hakkında uygulanacağı belirlenmesi gerekir.

## Sigortalılar artık eskiye göre daha düşük bir çalışma gücü kaybıyla malul sayılacaklardır.

dışında bir nedenle meslekte kazanma gücünü en az % 60 oranında kaybetmesi kendisine malullük aylığı bağlanması sonucunu doğurmaz.

Görüldüğü üzere, yapılan bu düzenlemeyle iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan malullükte 506 sayılı Kanun'daki hüküm aynen korunmuştur<sup>13</sup>. Gerçekten, yukarıda da belirtildiği gibi 506 sayılı Kanun'a göre sigortalının bir iş kazasına ya da meslek hastalığı nedeniyle sakatlığa uğraması halinde bu sakatlık sonucu meslekte kazanma gücü kaybının en az % 60 olması gerekmektedir. Bunun sonucunda, daha önce uygulanmakta olan esaslar 5510 sayılı Kanun döneminde aynı şekilde uygulanmaya devam edecektir. Buna karşılık, iş kazası ve meslek hastalığı dışındaki bir nedenle sakatlığa uğranması halinde, sigortalının en az 2/3, yani % 66,6 oranında çalışma gücü kaybı yerine % 60 oranı esas alınacaktır. Bir başka deyişle, sigortalılar artık eskiye göre daha düşük bir çalışma gücü kaybıyla malul sayılacaklardır. Hüküm malul sayılmayı kolaylaştırdığı, dolayısıyla sosyal korumanın kapsamını genişlettiği için bizce isabetlidir.

Öte yandan bilindiği gibi, çalışma gücü ve mes-

5510 sayılı Kanun'a göre, yeni bir düzenleme yapıncaya kadar mevcut tüzük ve yönetmeliklerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanmaya devam edecektir (geç. m.3). Dolayısıyla yeni bir düzenleme yapıncaya kadar, Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nün 5510 sayılı Kanun'a aykırı olmayan hükümleri yeni dönemde de uygulanacaktır. Fakat, bilindiği gibi bu Tüzük 506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılar için uygulanmaktadır. Oysa 5510 sayılı Kanun'un kapsamına sadece bir iş sözleşmesiyle çalışanlar değil, bağımsız çalışanlarla, memur ve kamu görevlileri de girmektedir. Yine bilindiği gibi her bir kanun kapsamında bir çok tüzük ve yönetmelik çıkarılmış bulunmaktadır. Bunun sonucunda, sigortalılar hakkında hangi tüzük ve yönetmeliğin uygulanacağı belirlenirken iki hususun dikkate alınması gerekecektir. Öncelikle sigortalının daha önce hangi Kanunun kapsamına girdiği saptanacak, ardından söz konusu sigortalı için uygulanabilecek tüzük ve yönetmelik belirlenecektir. Bu durumda da, bir iş sözleşmesiyle çalıştığı için sigortalı sayılanlar hakkında, iş kazası ya da meslek hastalığı nedeniyle malul kalması duru-

munda, meslekte kazanma gücü kaybının, bu bağlamda sigortalının mesleğinin belirlenmesine ilişkin olarak Sosyal Sigorta İşlemleri Tüzüğü<sup>15</sup> uygulama alanı bulacaktır.

Tüzük, iş kazasına uğrayan sigortalının mesleğinin nasıl belirleneceğine ilişkin bir tanım vermek ve iş kazasına uğradığı ya da meslek hastalığına yakalandığı tarihte hizmet akdine göre yapmakta olduğu işin sigortalının mesleği olduğunu kabul etmektedir (m.3)<sup>16</sup>. Ancak bu tanımlamanın her durumda isabetli bir sonuca ulaşmaya yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Gerçekten, sigortalının asıl faaliyeti olarak geçimini temin ettiği işin (mesleğin) daha farklı olması da mümkündür. Bu nedenle, hazırlanacak yönetmelikte özellikle sigortalının iş kazasına uğradığı sırada hizmet akdine göre yaptığı işin geçicilik taşıması, sigortalının geçimini temin ettiği asıl işin daha farklı olması gibi istisnai durumların da dikkate alınmasına olanak tanıyacak bir düzenleme yapılması çok daha isabetli

gelir elde edemezlik ya da mesleği yürütemezlik nedenlerine dayalı aylık bağlanması konusunda 2000 yılında değişiklik yapılmış ve bu konudaki bazı esaslar ve tanımlamalar değişmiştir<sup>21</sup>. Yeni tanımlamayla gelir elde edemezlik, tam gelir elde edemezlik ve kısmi gelir elde edemezlik olarak ikiye ayrılmaktadır. Kısmi gelir elde edemezlik, sigortalının bir hastalık ya da sakatlık nedeniyle öngörülemez bir süre için çalışma piyasasının olağan koşulları altında günlük en az altı saatlik gelir elde edemez duruma düşmesidir (§ 43 Abs. 1, S.2, SGB VD)<sup>22</sup>. Tam işgöremezlik ise, sigortalının bir hastalık ya da sakatlık nedeniyle öngörülemez bir süre için çalışma piyasasının olağan koşulları altında günlük en az üç saatlik gelir elde edemez durumda olmasıdır<sup>23</sup>. Belirtelim ki, gelir elde edemezliğin saptanmasında ölçü olarak, sigortalının genel çalışma piyasasında düşünülebilecek herhangi bir faaliyette gelir elde edebilme yeteneği dikkate alınmaktadır.

## Çalışma gücü kaybı ya da meslekte kazanma gücü kaybının belirlenmesi teknik bir konu olup, bu belirlemenin esas ve usullerinin Kurumca tespit edilmesi gerekir.

olur. Nitekim Alman Hukukunda bu konu üzerinde geniş bir şekilde durulmakta, sigortalının gerçek mesleğinin saptanmasına çalışılmaktadır<sup>17</sup>.

Çalışma gücü ve meslekte kazanma gücü kaybı bakımından 5510 sayılı Kanun'la 506 sayılı Kanun'un bir başka benzer yanı da, her iki kanunun bu kavramları tıbbi açıdan ele almış olmasıdır<sup>18</sup>. Gerçekten, 5510 sayılı Kanun'da da önceden olduğu gibi sigortalının tıbben hangi oranda çalışma gücü ya da meslekte kazanma gücü kaybına uğradığı saptanarak malullük durumu belirlenmektedir. Buna karşılık, bu kaybın sigortalının çalışma piyasasında iş bulma olanağını hangi oranda etkilediği konusu ayrıca araştırılmamaktadır. Oysa Alman Hukukunda, "çalışma gücü kaybı" kavramına karşılık, "gelir elde edemezlik"<sup>19</sup>, meslekte kazanma gücü kaybı yerine "mesleği yürütemezlik" kavramları kullanılmakta<sup>20</sup>, tıbben saptanan çalışma gücü kaybı ya da meslekte kazanma gücü kaybının sigortalının gelir elde etme yeteneğine etkisi de dikkate alınmaktadır.

Öncelikle vurgulayalım ki, Alman Hukukunda

Alman Hukukunda bir başka sosyal tehlike olarak düzenlenen mesleği yürütemezlik ise, 2000 yılında yapılan değişiklik sonucunda, 2.2.1961'den önce doğan sigortalılar bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Öncelikle, mesleği yürütemezlik de, gelir elde edemezlikte olduğu gibi sigortalının hastalık ya da sakatlık nedeniyle öngörülemez bir süre için günlük en fazla altı saatlik gelir elde etme yeteneğine sahip olabildiğini öngörür. Ancak, gelir elde edemezlikten farklı olarak, kayıp oranının saptanması için sigortalı ile benzeri eğitim görmüş ve aynı değerde bilgi ve yeteneğe sahip sağlıklı bir başka kişiyle karşılaştırma yapılır<sup>24</sup>.

Çalışma gücü kaybı ya da meslekte kazanma gücü kaybının belirlenmesi teknik bir konu olup, bu belirlemenin esas ve usullerinin Kurumca tespit edilmesi gerekir. Konu, bir iş sözleşmesine göre çalışan ya da bu kapsamda değerlendirilen sigortalılar bakımından 506 sayılı Kanun döneminde Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nde belirlenmiştir.

5510 sayılı Kanun'un malul sayılmayı düzenle-

yen 25. maddesinin son fıkrasında ise, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esasların, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, sigortalıların hangi hallerde çalışma güçlerinin, hangi hallerde meslekte kazanma güçlerinin en az % 60'ını kaybetmiş sayılacakları çıkarılacak yönetmelikte düzenlenecektir.

Öte yandan, Kanun'un 19. maddesinde de "İş kazası ve meslek hastalığı sonucu sürekli iş göremezlik hallerinde meslekte kazanma gücündeki kayıp oranının belirlenmesine ... ilişkin diğer usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir" hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar madde sürekli işgöremezlik geliri-nin bağlanması haline ilişkin gibi görünse de, bu madde gereğince çıkarılacak yönetmelik meslekte kazanma gücü kaybının belirlenmesine ilişkin esasları da düzenleyecektir. Bu ise aynı konunun iki farklı yönetmelikte yer alıp almayacağı sorusunu gündeme getirmektedir ve bu açıdan düzenlemenin isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir.

Konu 506 sayılı Kanun'da daha isabetli bir şekilde ele alınmış ve "Tüzük ve yönetmelik" başlığını taşıyan 135. maddede, "a) İş kazası ve meslek hastalığı sonucu sürekli iş göremezlik hallerinin meslekte kazanma gücünü ne oranda azaltacağı; b) Sigortalıların hangi hallerde çalışma gücünün en az üçte ikisini yitirmiş ve hangi hallerde başka birinin sürekli bakımına muhtaç durumda sayılacakları - Kurumca hazırlanacak yönetmelikler ile düzenlenir" hükmü öngörülmüştür. Bu madde gereğince, Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü çıkarılmış<sup>25</sup> ve ilgili tüm esaslar bu Tüzükte düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanun'da da, konunun benzer bir şekilde düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır. Her bir madde gereğince ayrı ayrı yönetmelik çıkarılması yerine, ortak usul ve esaslara ilişkin konuların tek bir yönetmelikte düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

Belirtelim ki, iş sözleşmesine göre çalışması nedeniyle Kanununun 4/a bendi gereğince sigortalı olanlar hakkında uygulanmakta olan Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nün meslekte kazanma gücü kaybı ve çalışma gücü kaybı bakımından yeni dönem için uygulanabilir olup olmadığı, yani yeni yasal düzenleme karşısında Tüzüğün Kanuna

## 5510 sayılı Kanun'la, malullük aylığı bağlanması için gerekli olan çalışma gücü kayıp oranı % 60'a indirilmiştir.

aykırı bir hüküm içerip içermediği de üzerinde durulması gereken bir başka önemli konuyu oluşturmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücü kaybı konusunda 5510 sayılı Kanun'da farklı bir hüküm öngörülmemiştir. Dolayısıyla, Tüzük hükümleri yeni yönetmelik çıkarılıncaya kadar aynen uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, 5510 sayılı Kanun'la, malullük aylığı bağlanması için gerekli olan çalışma gücü kayıp oranı % 60'a indirilmiştir. Oysa Tüzük, 506 sayılı Kanun'daki düzenlemeye uygun olarak çalışma gücü kaybının saptanmasını 2/3 oranını dikkate alarak belirlemektedir. Gerçekten, Tüzükte, sigortalının hangi hallerde çalışma gücünün 2/3'ünü kaybetmiş sayılacağı kazuistik bir şekilde ve liste halinde belirlenmiştir<sup>26</sup>. Bu durumda, 5510 sayılı Kanun'la Tüzük hükümleri arasında uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır ki, bunun kaldırılması için Kanunda sözü geçen yönetmeliğin bir an önce çıkarılması gerekir.

### c) Malullük Durumunun Kurum Sağlık Kurulunca Tespit Edilmesi

Kanuna göre, sigortalının belirli oranda çalışma gücü ya da meslekte kazanma gücü kaybına uğraması yeterli olmamakta, bu kaybın bir raporla belgelenmesi de gerekmektedir. Maluliyet durumunun belgelenmesine ilişkin usul ve esaslar Kanunda ayrıca düzenlenmiş, ayrıntıların belirlenmesi ise çıkarılacak bir yönetmeliğe bırakılmıştır.

5510 sayılı Kanun, Sosyal Sigortalar Kurumu'na ait sağlık tesislerinin 5283 sayılı Kanun'la<sup>27</sup> Sağlık Bakanlığı'na devredilmesini de göz önünde tutarak, malullüğün saptanması açısından 506 sayılı Kanun'dan<sup>28</sup> farklı bir esası benimsemiştir. Buna göre, sigortalının çalışma gücünün ya da iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60'ını kaybettiği, sigortalının veya işverenin talebi üzerine, Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usûlüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı

tıbbî belgelerin incelenmesi sonucu, Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilir (m.25/1). Görüldüğü gibi, malullük durumunun tespiti için önce Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularından usulüne uygun olarak düzenlenmiş bir rapor alınması, ardından bu rapor ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi sonucu Kurum Sağlık Kurulunca tespit yapılması gerekmektedir.

Kurum sağlık kurulundan ne anlaşılması gerektiği ise, Kanunun 3. maddesinde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, Kurum Sağlık Kurulu, Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca düzenlenecek raporlardaki teşhis ve bu teşhise dayanak teşkil eden belgeleri incelemek suretiyle, çalışma gücü kaybı ve meslekte kazanma gücü kaybı oranlarını belirlemeye yetkili hekimlerden ve/veya dış hekimlerinden oluşan kurullardır (m. 3, b.20).

Belirtelim ki, bu hüküm çerçevesinde rapor vermeye yetkili sağlık hizmet sunucusunun resmi bir

lenen kriterlere uygunluğunu denetleyerek yetki verecektir.

Kurum, ayrıca, sağlık hizmet sunucuları tarafından verilen raporların usulüne uygun olup olmadığını denetleme ve gereğini yerine getirme konusunda da yetkilendirilmiştir. Bu konudaki hükme göre, Kurum, yetkilendirilen sağlık hizmet sunucularının verdikleri usulüne uygun olmayan sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgeleri, bunları düzenleyen sağlık hizmet sunucusuna iade ederek belirlenen bilgileri içerecek şekilde yeniden düzenlenmesini isteyebilir (m.95/1).

Kurumca verilen karara ilgililerin itirazı halinde, durum Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır (m.95/2). İlgili ibaresine sadece sigortalı değil, bir iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu malul kalma halinde bu tespitten etkilenen de dahildir. Dolayısıyla, Yüksek Sağlık Kurulunca verilen karara işveren de itiraz edebilir. Aynı şekilde, 5510 sayılı Kanun'da, bir yenilik olarak uzun

## Sözleşme yapılan bir sağlık hizmet sunucusunun malullüğün tespitine esas alınacak bir rapor verebilmesi için, bu konuda özel olarak yetkilendirilmiş olması zorunludur.

sağlık kuruluşu olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Resmi sağlık kuruluşları yanında özel sağlık kuruluşlarına da rapor verme yetkisinin verilmesi mümkündür. Bu konuda tamamen Sosyal Güvenlik Kurumu yetkilidir. Böyle bir yetkilendirme yapılmadan Kurumun sözleşme yaptığı herhangi bir sağlık hizmeti sunucusunun malullük durumunun tespitine yönelik rapor vermesi mümkün değildir. Yani, sözleşme yapılan bir sağlık hizmet sunucusunun malullüğün tespitine esas alınacak bir rapor verebilmesi için, bu konuda özel olarak yetkilendirilmiş olması zorunludur. Bu husus, maddede geçen Kurumca "yetkilendirilen" sağlık hizmeti sunucuları ibaresinin bir sonucudur<sup>29</sup>.

Kurum, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücü veya çalışma gücü kaybına esas teşkil edecek sağlık kurulu raporlarının usûl ve esaslarını, bu raporları vermeye yetkili sağlık hizmeti sunucularının sahip olması gereken kriterleri belirlemeye yetkilidir (m.95). Kurum, bu konuda, ilgili sağlık hizmet sunucusunun gerekli donanımına sahip olmasını arayacak, bu konuda belir-

vadeli sigorta hükümlerine göre aylık bağlanması halinde, buna sebep olan üçüncü kişilere rücu olmasının tanınması karşısında (m.39), bu durumdaki üçüncü kişilerin de anılan karara itiraz etme hakları bulunduğu kabul edilmelidir.

506 sayılı Kanun'da olduğu gibi, 5510 sayılı Kanun'da da, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun reddettiği itirazlara karşı iş mahkemesine gidilip gidilmeyeceği konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, 1982 Anayasası'nın, idarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı bağımsız mahkemelere başvurma hakkı (m.125) karşısında idarenin bu kararına karşı dava açma hakkının mevcut olduğu açıktır. Kaldı ki, 506 sayılı Kanun döneminde, Yüksek Sağlık Kurulunun maluliyet oranının tespitine ilişkin kararlarına karşı dava açma hakkı olduğunu belirten Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>30</sup>, bugün için de varlığını muhafaza etmektedir. Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanun döneminde de, sigortalılar veya diğer ilgililer Yüksek Sağlık Kurulunun kararına karşı yetkili iş mahkemesinde dava açabilirler.



## 5510 sayılı Kanun döneminde de, sigortalılar veya diğer ilgiler Yüksek Sağlık Kurulunun kararına karşı yetkili iş mahkemesinde dava açabilirler.

506 sayılı Kanun döneminde pek çok uyuşmazlığa ve öğretide farklı görüşlerin temsil edilmesine neden olan, sigortalı ya da diğer ilgililerin, Yüksek Sağlık Kuruluna itiraz etmeden doğrudan mahkemede dava açması konusunda Yargıtay'ın daha önce vermiş olduğu kararlar 5510 sayılı Kanun döneminde de aynen uygulama alanı bulacaktır.

Ayrıca belirtelim ki, bu maddenin uygulamasına ilişkin usûl ve esaslar, Sağlık Bakanlığı ile Kurumun birlikte çıkaracağı yönetmelikle düzenlenir (m.25/son).

### 2. Belirli Süre Sigortalı ve Prim Bildirmiş Olma

#### a) Genel Olarak

5510 sayılı Kanun'a göre, malûllük aylığı bağlanabilmesi için, sigortalının malûl sayılması ve ayrıca en az on yıldan beri sigortalı bulunup, adına toplam olarak 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi bildirilmiş olması gerekir. Ancak, sigortalı başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl ise, en az beş yıldan beri sigortalı bulunup toplam 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması yeterlidir (m.26/2, b).

Görüldüğü gibi, 5510 sayılı Kanun'da da malullük aylığı bağlanması konusunda önce genel kural öngörülmüş, bu koşulun gerçekleştirilememesi durumunda, gerek sigortalılık süresi gerek prim ödeme gün sayısı bakımından kolaylaştırılmış bir başka seçenek sunulmuştur. Ancak, bu seçenek sadece bir başkasının sürekli bakımına muhtaç duruma düşen sigortalılar için benimsenmiştir. Bunun sonucunda bu hükme dayanarak malullük aylığı bağlanması olanağının oldukça sınırlı durumlarda söz konusu olacağını belirtmek gerekir.

5510 sayılı Kanun'un, malullük aylığı bakımından bir başka özelliği de, aylığa hak kazanmak için Kanunda öngörülen sayıda prim ödeme gün sayı-

sının bildirilmiş olmasının yeterli görülmesidir. Gerçekten, Kanunda, "... gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması..." koşullundan söz edilmiştir. Dolayısıyla, sigortalı adına prim ödeme gün sayısı bildirilmiş, ancak henüz primler ödenmemiş olsa da malullük aylığının bağlanması gerekir. Ancak, Kanunda, diğer sigorta kollarında olduğu gibi bağımsız çalışanlara ilişkin bir istisna hükmü öngörülmüş ve 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre sigortalı sayılanların kendi sigortalılığı nedeniyle genel sağlık sigortası primi dahil, prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olması zorunlu olduğu hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm karşısında, Kuruma kendi sigortalılığından dolayı herhangi bir borcu bulunan bağımsız çalışan sigortalıya malullük aylığı bağlanması mümkün değildir.

#### b) En Az On Yıldan Beri Sigortalı Olup Toplam 1800 Gün Prim Ödemek

##### aa) On Yıldan Beri Sigortalı Olma

Yukarıda da belirtildiği gibi, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre, sigortalıya malullük aylığı bağlanması için sigortalının kural olarak en az on yıldan beri sigortalı olması ve kendisi için toplam 1800 gün prim bildirilmesi gerekir. Belirtelim ki, bu iki koşul birlikte gerçekleşmelidir. Yani, tek başına on yıl veya daha uzun süreden beri sigortalı olmak yeterli olmadığı gibi, toplamda 1800 gün prim ödeme gün sayısına sahip olmak da tek başına yeterli değildir.

Kanuna göre, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı; sigortalının, mülga 2/6/1949 tarihli ve 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu'na, mülga 4/2/1957 tarihli ve 6900 sayılı Malûliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Hakkında Kanun'a, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'na, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'na, bu Kanunla mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'na ve 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesi kapsamındaki san-

dıklara veya bu Kanuna tâbi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarih olarak kabul edilir. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklıdır (m.38/1). Dolayısıyla, on yıllık sigortalılık süresine, 5510 sayılı Kanun'a göre geçen sürelerin yanında 506, 5434 ve 1479 sayılı Kanunlara tabi olarak geçen süreler ve ayrıca 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesine göre kurulan sandıklara tabi olarak geçen süreler de dahildir. Aynı şekilde, isteğe bağlı sigortaya ya da 506 sayılı Kanun döneminde topluluk sigortasına prim ödenen sürelerin de dikkate alınması gerekir.

Aylık ve gelir bağlama işlemlerinde dikkate alınan sigortalılık süreleri, sigortalılığın başlangıç tarihi ile sigortalının aylık veya gelir bağlanması için yazılı istekte bulunduğu, aylık veya gelir bağlanması için istekte bulunmayan sigortalılar için ise ölüm tarihi arasında geçen süredir (m.38/3). Bu sürenin sürekli olarak prim ödenerek geçirilmesi

çıkılmaktadır. Oysa, bu sigorta kollarının yaşla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Ayrıca, malullük ve ölüm, ne zaman karşılaşılabileceği bilinmeyen, önceden öngörülemeyen bir sosyal tehlikedir. Dolayısıyla, bu sigorta kolları için yaşla bağlantılı bir sigortalılık süresi başlatmak isabetli değildir.

İş Kanunu'ndaki çalıştırma yaşına uygun olarak 15 yaşında çalışmaya başlayan ve sigortalı olarak tescil edilen bir kişi, örneğin 26 yaşında bir kaza sonucu çalışma gücünü % 60 oranında kaybetse, bu hüküm gereğince kendisine malullük aylığı bağlanmayacaktır. Zira 11 yıllık bir sigortalılık süresi ve 3960 gün prim ödeme gün sayısı olmasına rağmen 18 yaşından önceki süreler sigortalılık süresine eklenmeyecek ve sigortalının 8 yıldan beri sigortalı olduğu kabul edilecektir. Görüldüğü gibi, bu örnekte hükmün isabetsizliği daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bizce, daha önce de eleştirdiğimiz bu hüküm bir an önce değiştirilmeli ve

## Önemli olan ilk defa sigortalı olunan tarihle malullük aylığı için başvuru tarihi arasında on yıllık bir sürenin geçmiş olmasıdır.

gerekmez<sup>31</sup>. Önemli olan ilk defa sigortalı olunan tarihle malullük aylığı için başvuru tarihi arasında on yıllık bir sürenin geçmiş olmasıdır<sup>32</sup>. Sigortalının sigortalılık niteliğini yitirdiği süreler de sigortalılık süresine dahil edilir.

Kanun, 18 yaşından önceki sürelerle ilişkin özel bir hüküm öngörmüş ve 5510 sayılı Kanun'un uygulanmasında 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresinin, 18 yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edileceğini belirtmiştir (m.38/2)<sup>33</sup>. Hemen ifade edelim, hüküm, 506 sayılı Kanun'daki gibi görünse de, esasında kapsam bakımından oldukça geniştir. Gerçekten, 506 sayılı Kanun'daki hüküm, sadece yaşlılık aylığına ilişkin olarak ve genç yaşta emekli olmayı engellemek amacıyla getirilmiştir. 506 sayılı Kanun'daki hükmün, yaşlılık aylığına ilişkin 63. maddede yer alması da bunun bir göstergesidir. Buna karşılık, 5510 sayılı Kanun'da hükmün yer aldığı madde "uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresi" kenar başlığını taşımaktadır. Ayrıca, hükmün metni de dikkate alındığında, kapsama sadece yaşlılık aylığının değil malullük ve ölüm aylığının da dahil edildiği ortaya

sadece yaşlılık aylığı bağlanması haline özgülenmelidir. Hatta, 4447 sayılı Kanun'la, özürülere yaşlılık aylığı bağlanmasına ilişkin madde bir kenara bırakılırsa, sadece sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısına bağlı olarak aylık bağlanması olacağı kaldırıldığı için, bizce bu hükmün tamamen kaldırılması daha da isabetli olacaktır.

5510 sayılı Kanun'la getirilen en az on yıldan beri sigortalı olma koşulu bizce oldukça ağırdır. Gerçi, Tasarı metninde yer alan hükme göre biraz daha iyileştirilmiştir<sup>34</sup>. Gerçekten, hükmün ilk biçiminde, malullük aylığına hak kazanmak için 3600 gün prim ödenmiş olması gerekmektedir. Daha sonra prim gün sayısı 1800'e düşürülmüş, fakat 3600 günün yıl olarak karşılığı olan on yıllık süre muhafaza edilmiştir. On yıllık sürenin, ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan bir sosyal tehlike için oldukça uzun olduğu açıktır. Kaldı ki, Avrupa ülkeleri sosyal sigorta sistemlerine bakıldığında bu sürenin genel olarak çok daha kısa belirlendiği görülmektedir. Örneğin Alman Hukukunda, gelir elde etme yeteneğindeki kayıp tarihinden önceki beş yıl içinde üç yıl prim ödeme yükümlülüğü gerektiren bir istihdam ilişkisi içinde olma ya da fa-

aliyette bulunmak ve genel bekleme süresini doldurmak gerekmektedir<sup>35</sup>. Hüküm bu biçimiyle, bizce sosyal sigorta hakkının özünü de zedeler hale gelmiştir. Bu nedenle, on yıllık sigortalı olma koşulu kaldırılmalı ve eskiden olduğu gibi yine 1800 gün prim ödeme gün sayısının bildirilmesi yeterli sayılmalıdır.

**bb) Toplam 1800 Gün Prim Bildirilmiş Olması**

Kanunda malullük aylığı bağlanması için on yıllık sigortalılık süresi içinde kural olarak en az 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi bildirilmiş olması aranmaktadır (m.26/2, b)<sup>36</sup>. Yukarıda da ifade edildiği gibi, bağımsız çalışanlar hariç olmak üzere, iş sözleşmesine göre çalışan sigortalılar ile devlet memuru ve kamu görevlisi olan sigortalılar bakımından bu primlerin ödenmiş olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşılık, bağımsız çalışan sigortalıların ödemedikleri primler prim ödeme gün sayısında dikkate alınmaz. Ancak, Kanunun 88. maddesi çerçevesinde Kuruma ödenmesi gereken tüm borçlarının ödenmesi üzerine, bu primler de dikkate alınarak sigortalıya malullük aylığı bağlanması gerekir.

Sigortalılık süresi bakımından dikkate alınmayacağı belirtilen 18 yaşından önceki süreler prim ödeme gün sayısı bakımından ise dikkate alınır (m.38/2). Dolayısıyla, örneğin 15 yaşında sigortalı olup, beş yıl çalıştıktan sonra sigortalılık niteliği sona eren ve aradan beş yıl geçtikten sonra bir kaza sonucu çalışma gücünü % 60 oranında kaybeden bir sigortalı, son beş yılda çalışmamış olsa dahi on yıldan beri sigortalı olup, 18 yaşından önceki süreler de dahil olmak üzere 1800 gün prim ödediği için malullük aylığına hak kazanır.

Primlerin sürekli olarak ödenmiş olması gerekmektedir<sup>37</sup>. Kanunda “toplam” olarak denilmesi bu hususu göstermektedir. Sigortalının farklı zamanlarda ödediği primler toplanarak 1800 güne ulaştığında sigortalıya aylık bağlanması gerekir.

Primlerin bir kısmının 4/a, bir kısmının 4/b ya da 4/c'ye tabi olarak ödenmesi de önemli değildir. Artık, yeni Kanunun bir özelliği olarak farklı kanunlara geçen prim ödeme sürelerinin birleştirilmesi değil, aynı kanun çerçevesinde geçen sürelerin bir bütün olarak dikkate alınması söz konusu olacaktır.

Bu konuda son olarak belirtelim ki, ödenen

**On yıllık sigortalı olma koşulu kaldırılmalı ve eskiden olduğu gibi yine 1800 gün prim ödeme gün sayısının bildirilmesi yeterli sayılmalıdır.**

primlerin zorunlu sigortalı ya da isteğe bağlı sigorta hükümleri çerçevesinde ödenmesinin de herhangi bir önemi bulunmamaktadır. İsteğe bağlı sigorta hükümlerine göre ödenen süreler, malullük aylığı bağlanması açısından aynı şekilde dikkate alınır. Bu bakımdan, borçlanılan prim ödeme gün sayıları da 1800 günün hesabında dikkate alınacaktır. Sigortalı, örneğin askerlik borçlanması ya da yurtdışı hizmet borçlanması ile 1800 günü tamamlıyorsa bu primler de dikkate alınarak sigortalıya malullük aylığı bağlanması gerekir.

**c) Başka Birinin Bakımına Muhtaç Olunması Halinde En Az Beş Yıldan Beri Sigortalı Olup Toplam 900 Gün Prim Ödemek**

**aa) Sigortalının Başka Birinin Sürekli Bakımına Muhtaç Olması**

5510 sayılı Kanun'da, sigortalılık süresi on yıldan az olan ve toplam olarak 1800 gün prim ödeme gün sayısı bulunmayan sigortalılar için kolaylaştırılmış bir seçenek öngörülmüş, ancak bu olanaktan yararlanma sadece maluliyeti sonucu başka birinin bakımına muhtaç hale düşenlere tanınmıştır. Buna göre, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl olan sigortalılara en az beş yıldan beri sigortalı bulunup toplam 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması halinde malullük aylığı bağlanır (m.26/2, b).

Bilindiği gibi, 506 sayılı Kanun'daki kolaylaştırılmış seçenek çok daha farklı düzenlenmiştir. Buna göre, “en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün” malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödenmiş olması gerekmektedir (m.54/1, b). Belirtelim ki, 506 sayılı Kanun'da aynı yönde bir düzenleme ölüm aylığına hak kazanmak için de bulunmaktaydı. Ancak, hüküm, bizce isabetli olarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve karda yasa koyucunun uygun bir düzenleme yap-

ması amacıyla iptal hükmünün bir yıl sonra yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır<sup>38</sup>. Kanaatimizce bu karar da göz önünde tutularak, ölüm aylığına hak kazanma koşuluna ilişkin olduğu gibi, malullük aylığına hak kazanmak için gerekli olan prim ödeme gün sayısı açısından bu kolaylaştırılmış seçenek 5510 sayılı Kanun'a alınmamıştır. Bunun yerine, malullük aylığına ilişkin olarak 5434 sayılı Kanun'daki on yıllık fiili hizmet süresini belirli koşulların varlığı halinde beş yıla indiren hükme benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten, Emekli Sandığı Kanunu'na göre, "Asgari beş sene emekliliğe esas bir hizmette bulunmak şartıyla tedavisi gayrimümkün bir maluliyete duçar olup herhangi bir şekilde kazanç ve başkasının yardımı olmaksızın idamei hayat imkanı kalmıyan adi malullere; mezkür Kanununun 48. maddesinde yazılı hususlar nazarı dikkate alınmak suretiyle 15 sene fiili hiz-

prim ödeme gün sayısının hesaplanmasında aynen geçerli olduğu<sup>39</sup> için burada bu konu üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

### 3. Sigortalı Olmadan Önce Malul Durumda Bulunmama

Malullük sigortasından aylık bağlanması için, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başlanan tarihten önce çalışma gücünün Kanunda öngörülen oranda kaybedilmemiş olması bir ilke olarak aranır. Zaten gerçekleşmiş bir riskin sigortalanmaması esasına dayanan bu ilkeye 5510 sayılı Kanun'da da yer verilmiştir. Buna göre, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce sigortalının çalışma gücünün % 60'ını kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse, sigortalı bu hastalık veya özürü sebebiyle malullük aylığından yararlanamaz (m.25/2).

## Malullük sigortasından aylık bağlanması için, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başlanan tarihten önce çalışma gücünün Kanunda öngörülen oranda kaybedilmemiş olması bir ilke olarak aranır.

meti bulunan maluller gibi maaş tahsis olunur" (m.53/4). Kanuna 1956 tarih ve 6741 sayılı Kanun'la eklenen bu fıkrayla Emekli Sandığı'na tabi iştirakçiler için gerekli olan on yıllık fiili hizmet süresi bu olasılıkta beş yıla indirilmiştir.

Hangi hallerde başka birinin bakımına muhtaç duruma düşüldüğü Kanunda açıklanmamıştır. Buna karşılık, Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü bu hususu açıklığa kavuşturmuştur. Tüzüğe göre, örneğin iki gözde yüzde yüz görme kaybı, iki elin ya da iki bacağın kaybı veya zaman zaman akıl hastanesinde kalmayı gerektiren ve tedavisi olanaksız olan hastalıklar başka birinin sürekli bakımına muhtaç sayılmasını gerektiren hastalıklardır (m.11). Dolayısıyla, bu konuda yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar, iş sözleşmesine göre çalışan sigortalılar hakkında bu hüküm gereğince işlem yapılacaktır.

#### **bb) En Az Beş Yıdan Beri Sigortalı Olup Toplam 900 Gün Prim Ödemek**

Yukarıda on yıllık sigortalılık süresine ilişkin belirttiğimiz esaslar beş yılın hesaplanmasında, 1800 günlük prim ödeme gün sayısına ilişkin üzerinde durduğumuz hususlar da 900 günlük

Belirtelim ki bu yönde bir hüküm 506 sayılı Kanun'da da bulunmaktadır. Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanun bu konuda bir yenilik getirmemiştir. Ancak, Kanun, ilk defa sigortalı olunan tarihte çalışma gücünün Kanunun belirlediği oranda mevcut olup olmadığının tespiti bakımından 506 sayılı Kanun'dan farklı esaslara yer vermiştir ki, bizce bu 5510 sayılı Kanun'un hükmü çok daha isabetlidir.

506 sayılı Kanun'da 2003 yılında 4958 sayılı Kanun'la yapılan bir değişiklikle, "Bu Kanun kapsamında ilk defa çalışmaya başladıkları tarihte mevcut hastalık veya arızası bulunanlar bu hastalık veya arızasının malül sayılmayı gerektirecek düzeyde olmadığını Kurum veya Kurum dışındaki hastanelerden işe girmeden önce alınmış, usulüne uygun sağlık raporu ve dayanağı tıbbi belgelerle kanıtlamakla yükümlüdürler. Sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte, malül sayılmayı gerektirecek derecede hastalık ve arızalarının bulunduğu önceden veya sonradan tespit edilen sigortalılar bu hastalık veya arızaları nedeni ile malullük sigortası yardımlarından yararlanamazlar" hükmüne yer verilmiştir. Böylece, ilk defa çalışmaya başladıkları tarihte hasta olan ya da herhangi bir arızası bulu-



## Sigortalı önce talepte bulunup ardından işten ayrılmışsa, sırf daha önce işten ayrılmadığı için talebinin geçersiz sayılması adalete uygun olmayan sonuçlar yaratabilir.

nan sigortalılar için ispat yükü öngörülmüş, bu kişiler, hastalık veya arızasının malûl sayılmayı gerektirecek düzeyde olmadığını Kurum veya Kurum dışındaki hastanelerden işe girmeden önce almış, usulüne uygun sağlık raporu ve dayanağı tıbbi belgelerle kanıtlamakla yükümlü kılınmışlardır. Oysa, hukukumuzda kural, herhangi bir iddiada bulunan kişinin bu iddiasını ispatla yükümlü olmasıdır. Ancak burada ispat yükü, bizce çok da isabetli olmayan bir şekilde sigortalıya yüklenmiştir.

5510 sayılı Kanun'da bu konuya hiç değinilmeksizin, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce sigortalının çalışma gücünün % 60'ını kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse, sigortalının bu hastalık veya özürü sebebiyle malûllük aylığından yararlanamayacağı belirtilmekle yetinilmiştir. Dolayısıyla, bu konuda artık 4958 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik gereğince ispat yükü sigortalıya ait olmayıp, genel ilke gereğince, bir iddiada bulunan Kurumun bu iddiasını ispat etmesi gerekecektir. Nitekim Kanun hükmü de bu yönde yorum yapmayı gerektirecek niteliktedir. Zira maddede, "sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce sigortalının çalışma gücünün % 60'ını kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse" denilmektedir. Bu ifade, Kurumca bir tespit yapılması anlamına gelmektedir ki, Kurum yaptığı bu tespiti ispatla da yükümlüdür.

Bu konuda vurgulanması gereken bir diğer husus da, sigortalının özürünün çalışmaya başladığı tarihte malul sayılmayı gerektirmeyecek nitelikte olmakla birlikte daha sonra artarak sigortalıyı malul duruma düşürmesi durumudur. Belirtelim ki, böyle bir durum sigortalıya aylık bağlanmasını engellemez<sup>40</sup>.

### 4. İşten Ayrılma ve Kurumdan Yazılı İstekte Bulunma

Sigortalıya malullük aylık bağlanması için, ma-

lul sayılmasının yanında Kanunun öngördüğü sigortalılık süresine ve prim gün sayısına sahip olması yetmemekte, ayrıca sigortalının talepte de bulunması gerekmektedir (m.26/2, c). Talepte bulunmayan bir sigortalıya Kurumun kendiliğinden aylık bağlaması mümkün değildir<sup>41</sup>.

Malul sayılan sigortalının Kuruma başvurması konusunda Kanunda herhangi bir süre bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sigortalı diğer koşullarında gerçekleşmesi ile birlikte istediği herhangi bir zamanda malullük aylığı talep edebilir<sup>42</sup>.

Kanun ayrıca, talepte bulunmadan önce sigortalının çalıştığı işten ayrılmasını veya işyerini kapatmasını ya da devretmesini öngörmektedir (m.26/2, c). Kanunda sözü geçen, işten ayrılma bağımlı çalışanlara ilişkin iken, işyerini kapatma ya da işyerini devretme koşulu bağımsız çalışanlar için öngörülmüştür.

Belirtelim ki, Kanunda her ne kadar, sigortalıların malûliyeti nedeniyle sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan veya işyerini kapattıktan veya devrettikten sonra Kurumdan yazılı istekte bulunması öngörülmüş ise de, bu hükmün çok katı biçimde uygulanmaması isabetli olacaktır. Gerçekten, hayatın olağan akışı içinde talep koşulunun en son yerine getirilmesi gerekir. Fakat sigortalı önce talepte bulunup ardından işten ayrılmışsa, sırf daha önce işten ayrılmadığı için talebinin geçersiz sayılması adalete uygun olmayan sonuçlar yaratabilir. Bu nedenle, hükmün, 506 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, tüm koşulların gerçekleştiği tarihten itibaren sigortalıya aylık bağlanması biçiminde yorumlanması daha uygun olacaktır<sup>43</sup>.

Geçici işgöremezlik ödeneği alıyor olmak, malullük aylığı için başvurmayı engellemez, fakat aylığın ödenmesi geçici işgöremezlik ödeneğinden sonra başlar<sup>44</sup>.

## III. MALÛLLÜK AYLIĞININ BAŞLANGICI

Kanunda, malûllük aylığının başlangıcı çeşitli olasılıklara göre ayrı ayrı belirlenmiştir. Buna göre, malullük aylığı, sigortalının malûl sayılmasına esas tutulan rapor tarihi yazılı istek tarihinden önce ise yazılı istek tarihini; malûl sayılmasına esas tutulan rapor tarihi yazılı istek tarihinden sonra ise rapor tarihini takip eden ay başından itibaren ödenmeye başlar (m.27/3, a, b). Kanun koyucu, böylece, ma-

## Aylık, daha önce başvurulmuş olsa bile, tüm koşulların gerçekleştiği tarihi izleyen aybaşından itibaren bağlanır.

luliyete esas rapor alınmadan önce de başvuruda bulunulabileceğini kabul etmiş, ancak bu olasılığa aylığın ancak rapor tarihini takip eden aydan itibaren başlayacağını öngörmüştür.

Kanunda devlet memuru ve kamu personeli statüsünde sigortalı olanlar için özel bir düzenleme yapılmış ve bu durumdaki kişilerin çalıştıkları işyerine müracaatları halinde, malullük aylıklarının görevlerinden ayrıldıkları tarihi takip eden ay başından itibaren başlayacağı belirtilmiştir (m.27/3).

Belirtilmeli ki, aylığın başlangıcı konusunda çeşitli olasılıklar göz önünde tutulmakla birlikte, bir konuda hala duraksama çıkabilecek niteliktedir. Sigortalının, maluliyete ilişkin rapora itirazı halinde, malullük aylığının başlangıcının, malullüğün kesin olarak belirlenmesi koşuluyla, ilk verilen rapor tarihi mi, yoksa itiraz üzerine kesinleşen rapor tarihi mi olacağı önemli bir sorun olarak ortaya çıkabilmektedir. Kanun bu konuda herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Oysa sorun, itirazın kesinleşme sürecinin uzunluğu da göz önünde tutulduğunda oldukça önem taşımaktadır.

Bizce bu konuda sigortalının başvurusu sırasında dayandığı raporun, Kanun ya da bu konuda çıkarılan yönetmeliğe uygun olarak alınmış olup olmasına göre ayırım yapılmalıdır. Sigortalı, usulüne uygun bir rapor almışsa, teşhis konusunda bazı kuşkuvar nedenlerle raporun kabul edilmemesi ve ardından sigortalının malul olduğunun anlaşılması halinde, aylığın başlangıcı, sigortalının ilk defa başvurusunu takip eden ay başı olmalıdır. Usulüne uygun olmayan bir rapor bulunması halinde ise, böyle bir raporun kabul edilmemesi haklıdır. Dolayısıyla, aylığın başlangıcının, ret üzerine usulüne uygun olarak alınan rapor tarihini takip eden ay başı olmalıdır.

Yargıtay da, Kurumun sigortalının raporunu yeterli görmeyerek pek çok kez kendisinden rapor istemesi üzerine çıkan bir uyuşmazlıkta, tüm raporların birbirini teyit eder nitelikte olduğunu, bu durumda başlangıcının ilk rapor tarihi olarak belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır<sup>45</sup>.

Sigortalı, aylığın başlangıç tarihinde geçici iş göremezlik ödeneği almakta ise malûllük aylığı geçici iş göremezlik ödeneği verilme süresinin sona erdiği tarihten sonraki ay başından başlar. Ancak, bağlanacak malûllük aylığı, sigortalının almakta olduğu geçici iş göremezlik ödeneğinin aylık tutarından fazla ise aradaki fark, bu maddenin üçüncü fıkrasına göre tespit edilecek tarihten başlanarak verilir (m.27/4).

İşi bırakma, rapor ve başvurudan sonra olmuşsa, aylık işi bırakmayı izleyen aybaşından başlar. Aylık, daha önce başvurulmuş olsa bile, tüm koşulların gerçekleştiği tarihi izleyen aybaşından itibaren bağlanır<sup>46</sup>.

## IV. MALÛLLÜK AYLIĞININ HESAPLANMASI VE ARTIRILMASI

Malûllük aylığı; prim ödeme gün sayısı 9000 günden az olan sigortalılar için 9000 gün üzerinden, 9000 gün ve daha fazla olanlar için ise toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden, 29. madde hükümlerine göre hesaplanır (m.27/1). Öncelikle bir hususa dikkat çekmekte yarar bulunmaktadır. Kanunda, malullük aylığı bağlanması için sigortalı adına Kanunda öngörülen miktarda malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi bildirilmesinden söz edilirken, malullük aylığının hesabına ilişkin hükümde prim ödeme gün sayısından söz edilmektedir. Bu hüküm dikkate alındığında, sigortalı adına prim ödeme gün sayısının bildirilmesinin yeterli olmadığı, ayrıca primlerin Kuruma ödenmesi gereğinden söz edilebilir. Ancak, bizce aylık bağlanmasına ilişkin hükmün esas alınması isabetli olacaktır. Zira, hüküm doğrudan aylık bağlanmasına ilişkin genel kuralı düzenlemektedir. Ayrıca, zaten Kuruma prim bildirimini yaptıktan sonra primlerin tahsil edilmesi görevi Kuruma düşmektedir. Tahsilatı yapmamanın sonuçlarına da Kurum katlanmalı, sigortalı gerekli yardımları almalıdır.

Öte yandan Kanundaki bu hüküm, ifade olarak farklılık taşısa da, bağlanacak aylığın oranı bakımından sonuç itibarıyla 506 sayılı Kanun'daki hükme oldukça yakındır. Ancak, hemen vurgulayalım ki, bu tespit 2016 yılına kadar doğruluk payı taşımaktadır. Zira biraz sonra üzerinde duracağımız gibi 2016 yılından sonra sigortalılara bağlanacak aylığın oranı değişecektir.

506 sayılı Kanuna göre, “Malûllük aylığı bağlanmasına hak kazanan sigortalıya bu Kanununun 61. maddesine göre bulunacak ortalama yıllık kazancının %60'ının 1/12'si oranında malûllük aylığı bağlanır” (m.55). Bir başka deyişle, sigortalının aylık ortalama kazancının % 60'ı kendisine malullük aylığı olarak ödenir. 5510 sayılı Kanun'un 29. maddesine göre, 9000 gün prim karşılığı bağlanacak aylığın oranı da % 62,5'a tekabül etmektedir. Kanuna göre, aylık bağlama oranı, sigortalının malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi geçen toplam prim ödeme gün sayısının her 360 günü için 2015 yılı sonuna kadar % 2,5; 2016 yılı başından itibaren ise % 2 olarak uygulanır (m.29/3). Dolayısıyla, 9000 günün karşılığı aylık bağlama oranı hesaplandığında ( $9000 \div 360 = 25$  yıl olup,  $25 \times \% 2,5 = \% 62,5$ ) % 62,5'luk bir oran bulunmaktadır ki, bu

göre yapılacağına ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak, sürekli işgöremezlik geliri bağlanmasına ilişkin 19. maddede, başkasının sürekli bakımına muhtaçlık halinde sürekli işgöremezlik gelirin artırılması öngörülmekte ve bu maddeye ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla bir yönetmeliğin çıkarılacağından söz edilmektedir. Anılan yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar 27. madde bakımından da uygulanır. Ancak, maddede sözü geçen yönetmelik çıkarılıncaya kadar, bir başkasının sürekli bakımına muhtaçlık durumu Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nün 11. maddesine göre belirlenir (Geç. m.3/1).

Kanunda ayrıca malullük aylığının alt sınırına ilişkin bir hükme de yer verilmiştir. Buna göre, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamındaki sigortalılar için ayrı ayrı ol-

## Yargıtay'ın daha önce yurtdışında çalışmanın malullük aylığının kesilmesini gerektirmeyeceği yönündeki kararının 5510 sayılı Kanun dönemi için geçerliliği bulunmamaktadır.

oran zaten 506 sayılı Kanun'da öngörülen asgari malullük aylığı bağlama oranıdır. Belirtelim ki, bu hesaplamada 360 günden eksik süreler orantılı olarak dikkate alınır (m.29/3, son cümle).

2016 yılına kadar bu şekilde hesaplama yapılırken 2016 yılından itibaren 9000 günün her 360 günü için % 2,5 oranı yerine % 2 oranı esas alınacaktır. Bu durumda da, sigortalılara bağlanacak aylığın oranı % 50'ye düşmektedir. İş sözleşmesiyle çalışan sigortalıların (m.4/1, a) hakları bakımından söz konusu olan bu geriye gidiş, 4/1, b ve 4/1, c bendi kapsamında sigortalı olanlar bakımından da söz konusudur<sup>47</sup>.

Öte yandan, sigortalı başka birinin sürekli bakımına muhtaç ise tespit edilen aylık bağlama oranı 10 puan artırılır (m.27/1)<sup>48</sup>. Dolayısıyla, başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma düşen sigortalılara 2015 yılının sonuna kadar % 72,5, 2016 yılından itibaren ise % 60 oranında malullük aylığı bağlanır. Bu hüküm de 506 sayılı Kanun'la paralellik taşımaktadır. Zira anılan Kanuna göre, sigortalı başka birinin bakımına muhtaç durumda ise % 60'lık oran %70'e çıkarılır (506 sy. K. m.55).

Maddede, sigortalıların bir başkasının bakımına muhtaç olup olmadığının tespitinin hangi esaslara

mak üzere, malûllük sigortasından dosya bazında her yıl bağlanan aylıkların aylık başlangıç tarihinin ait olduğu yılın Ocak ayı itibarıyla yıl içine ait artışlar uygulanmaksızın hesaplanacak tutarları, yaşlılık sigortasından bir önceki yılın son ödeme ayında söz konusu sigortalılar için ayrı ayrı dosya bazında ödenen en düşük yaşlılık aylığından az olmaz (m.27/2).

## V. MALÛLLÜK AYLIĞININ KESİLMESİ VE YENİDEN BAĞLANMASI

### 1. Malûllük Aylığının Kesilmesi

#### a) Aylığın Çalışmaya Başlama Nedeniyle Kesilmesi

Malûllük aylığı almakta iken sigortalı olarak yeniden çalışmaya başlayanların malullük aylıkları kesilir (m. 27/5). Bu çalışmanın niteliği hiç önem taşımamaktadır. Bir iş sözleşmesine göre ya da bağımsız çalışma bu bakımdan önem taşımaz. Bunun gibi, sigortalının kısmi süreli çalışması ya da çok önemsiz bir kazanç elde etmesinin de bir önemi bulunmamaktadır.

Kanunda, Türkiye’de çalışma ile yabancı bir ülkede çalışma arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. Kanuna göre, yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya veya ikamete dayalı sosyal yardıma başlayanların malullük aylıkları, çalışmaya başladıkları veya ikamete dayalı sosyal yardıma başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başında kesilir (m.27/5). Bu düzenleme karşısında Yargıtay’ın daha önce yurtdışında çalışmanın malullük aylığının kesilmesini gerektirmeyeceği yönündeki kararının<sup>49</sup> 5510 sayılı Kanun dönemi için geçerliliği bulunmamaktadır. Belirtelim ki, bu bakımdan yabancı ülkenin Türkiye ile sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış bir ülke olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Kanuna göre, örneğin, Almanya’da işsizlik parası almaya başlayan bir sigortalının malullük aylığının kesilmesi gerekir. Zira Alman Hukukuna göre işsizlik

sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya olanak sağlayan bir hükme de yer verilmemiştir. Oysa yaşlılık aylığına ilişkin 63. maddede, yaşlılık aylığı alanların çalışmaya başlamaları halinde aylıklarının kesileceği belirtildikten sonra, sosyal güvenlik destek primi ödemeleri ve talepte bulunmaları halinde, sigortalılara aylıkları kesilmeksizin çalışma olanğı sağlanmıştır. Dolayısıyla, 506 sayılı Kanun’da da, malullük aylığı alanların sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam etmeleri bizce mümkün değildir.

5510 sayılı Kanun, bu konuda, kısmen sosyal sigortanın kapsamında olanlar arasında sosyal güvenlik destek primi ödeyenleri de saymış (m.5/1 d), kimlerin sosyal güvenlik primi ödeyerek çalışabileceklerine ise yaşlılık aylığının kesilmesine ilişkin esasları düzenleyen 30. maddede yer vermiştir. Böylece 506 sayılı Kanun’daki duraksama yaratabi-

## Kanun koyucu malullük aylığı alan sigortalının sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmasına olanak sağlamamıştır.

sigortasından bir ödeme yapılması için sigortalının her an çalışmaya hazır olması ve Almanya’da ikamet etmesi gerekmektedir<sup>50</sup>. Kanun koyucu bu durumu da malullük aylığının kesilmesini gerektiren hallerden biri olarak düzenlemiştir.

Belirtelim ki, kanun koyucu malullük aylığı alan sigortalının sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmasına olanak sağlamamıştır<sup>51</sup>. Gerçi, kanaatimizce 506 sayılı Kanun’da da bu olanak söz konusu değildir<sup>52</sup>. Fakat 506 sayılı Kanun’daki, “Kanunla kurulu sosyal güvenlik kurumlarından malullük veya emekli aylığı almakta iken bu Kanuna tabi sigortalı bir işte çalışanların 78. maddeye göre tespit edilen prime esas kazançları üzerinden 63. madde hükmüne göre Sosyal Güvenlik Destek Primi kesilir” (m.3/II, C) biçimindeki düzenlemesi bu konuda bazı duraksama ve tartışmalara neden olmuştur. Gerçekten, anılan maddede sadece yaşlılık aylığı alanların değil, malullük aylığı alanların da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edebilecekleri gibi bir sonuç çıkmaktadır. Öte yandan, 3. maddedeki bu düzenlemeye rağmen 58. maddede, malullük aylığı alanların çalışmaya başlamaları halinde, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren aylıklarının kesileceği belirtilmiştir. Maddede, bu konuda

lecek düzenleme 5510 sayılı Kanun’a alınmamıştır. Yani, 5510 sayılı Kanuna göre malullük aylığı alanların sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaları mümkün değildir.

### b) Aylığın Kontrol Muayenesini Yaptırmama Nedeniyle Kesilmesi

Malullük aylığı bağlanmış sigortalılar, malullük durumlarında artma veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma düştüklerinin ileri sürerek her zaman malullük aylığında değişiklik yapılmasını isteyebilirler (m. 94/2). Kurum da bu olanağa sahiptir. Yani malullük aylığı almakta olan sigortalıların malullük durumlarında herhangi bir değişiklik olup olmadığının araştırılması amacıyla kontrol muayenesine tabi tutulmasını talep edebilir. Ancak Kanun harp malülleri ile vazife malülleri bakımından bu yolu kapamıştır. Yani, Kurumun harp ve vazife malullerini kontrol muayenesine tabi tutamaz.

Kurumca yaptırılan kontrol muayenesinde veya sigortalının isteği üzerine ya da işe alıştırma sonunda yapılan muayenesinde yeniden tespit edilecek malullük durumuna göre, malullük aylığı veya sürekli iş göremezlik geliri, yeni malullük durumu-



## 506 sayılı Kanun'da olduğu gibi 5510 sayılı Kanun'da da, sigortalının üç aylık süre geçmeden gerekli muayeneyi yaptırmaması durumunda aylık bakımından herhangi bir zarara uğratılmaması esası korunmuştur.

na esas tutulan raporun tarihini takip eden ödeme dönemi başından başlanarak artırılır, azaltılır veya kesilir (m. 94/3). Sigortalı bir başkasının sürekli bakımına muhtaç durumda iken bu durumdan kurtulursa daha önce 10 puan artırılmış olan malullük aylığı artırımsız olarak ödenmeye başlar. Yapılan kontrol muayenesinde aksinin anlaşılması halinde, yani sigortalının bir başkasının bakımına muhtaç duruma düştüğünün tespit edilmesi halinde bağlanmış olan aylığı 10 puan artırılarak ödenmeye başlar. Bir diğer olasılık olarak sigortalının malullük durumunun tamamen ortadan kalkması da mümkündür. Böyle bir durumun ortaya çıkması sigortalının aylığı halinde ise, rapor tarihini takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilir.

Kurumun yazılı bildiriminde belirtilen tarihten sonraki ödeme dönemi başına kadar kabul edilebilir bir özürü olmadığı halde kontrol muayenesini yaptırmayan sigortalının malullük aylığı veya sürekli iş göremezlik geliri ile çalışma gücünün en az % 60'ını yitiren malül çocukların kendilerine bağlanmış olan gelir veya aylığı, kontrol muayenesi için belirtilen tarihten sonraki ödeme dönemi başından itibaren kesilir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

### 2. Aylığın Tekrar Bağlanması

Kanuna göre sigortalı olmayı gerektiren bir işte çalışması nedeniyle malullük aylıkları kesilenlerden çalışması sona erip, malullük aylığı bağlanması için yazılı istekte bulunanlara, kontrol muayenesine tâbi tutulmak ve malullüğünün devam ettiği anlaşılacak şartıyla eski malullük aylığı, yazılı istekte bulunduğu tarihten sonraki ay başından itibaren ödenmeye başlanır (m.27/5).

Bu durumdaki sigortalılar için yazılı istek tarihlerine göre yeniden malullük aylığı hesaplanır ve bu aylık önceden bağlanan malullük aylığından fazla ise hesaplanan yeni aylık üzerinden ödeme yapılır.

Kanunda, sigortalının süresinde kontrol muayenesini yaptırmaması nedeniyle kesilen aylığın tekrar bağlanmasına ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi, kabul edilebilir bir özrü olmadığı halde süresinde kontrol muayenesini yaptırmayan sigortalının malullük aylığı kesilir. Ancak, kontrol muayenesini Kurumun yazılı bildiriminde belirtilen tarihten başlayarak üç ay içinde yaptıran ve malullük halinin devam ettiği tespit edilen sigortalının kesilen aylığı, kesildiği tarihten başlanarak yeniden bağlanır (m.94/6). 506 sayılı Kanun'da olduğu gibi 5510 sayılı Kanun'da da, sigortalının üç aylık süre geçmeden gerekli muayeneyi yaptırmaması durumunda aylık bakımından herhangi bir zarara uğratılmaması esası korunmuştur. Buna karşılık, kontrol muayenesini Kurumun yazılı bildiriminde belirtilen tarihten üç ay geçtikten sonra yaptıran ve malullük halinin devam ettiği tespit edilen sigortalının malullük aylığı, rapor tarihinden sonraki ay başından başlanarak yeniden bağlanır (m.94/7). Böylece sigortalının mümkün olduğunca süresinde ya da en geç üç aylık süre içinde kontrol muayenesi yaptırmaması yönünde bir düzenleme öngörülmüştür.

### DİPNOTLAR

- 1 Güzel, Ali/Okur, A. Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2004, 327-328; Ozanoğlu, Teoman: Malullük Sigortası, Çimento İşv. D., Mayıs 1988, 4; Aslanköylü, Resul: Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, Genişletilmiş 2. Bası, 1. Cilt, Ankara 2004, 1087.
- 2 Kressel, Eckhard/Wollenschlaeger: Leitfaden zum Sozialversicherungsrecht, 2. neubearbeitete Auflage, Luchterhand 1996, 376, Rdnm. 154, 383, Rdnm. 168; Çenberci, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, 339; Tunçomağ, Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, Beşinci Bası, İstanbul 1990, 330; Güzel/Okur, 328; Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Bası, İstanbul 2005, 328; Ozanoğlu, 4; Araslı, Utkan: Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C.1, Ankara 2002, 727 vd.
- 3 Aslanköylü, 1087.
- 4 Güzel/Okur, 328; Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, Yedinci Baskı, İstanbul 2004, 255.
- 5 RG, 16.6.2006, 26200.
- 6 Oysa 506 sayılı Kanun malullük sigortasına 52 ila 58. maddeler arasında yer vermiştir. Dolayısıyla 506 sayılı Kanun'un yedi

madde ayırdığı malullük sigortasını 5510 sayılı Kanun üç maddede düzenlemiştir.

- 7 Emekli Sandığı Kanunu'nda genel kural on yıl fiili hizmet süresine, bir başka deyişle 3600 gün prim ödeme gün sayısına sahip olmaktır (m.53/1). Fakat Kanun'da belirli koşulların varlığı halinde beş yıllık fiili hizmet süresi de yeterli sayılmıştır. Bu konuda bkz. aşağıda, II, 2. c. aa.
- 8 Bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan sistemde sigortalılar beş farklı kanun ve üç farklı sosyal güvenlik kuruluşu kapsamında sosyal güvenceye kavuşturulmuşlardır. Bu kanunların malullük sigortasına ilişkin hükümleri incelendiğinde görüleceği üzere sigortalıların tabi oldukları hükümler birbirinden oldukça farklıdır. Gerçekten, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nda malullük hali, adi malullük, vazife malullüğü ve harp malullüğü adı altında üç ayrı hal olarak düzenlenmiş, farklı hüküm ve koşullara tabi kılınmıştır. Buna karşılık, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda, vazife malullüğü iş kazası ve meslek hastalığı sigortası içinde sürekli işgöremezlik geliri olarak adlandırılmıştır. Ayrıca bu gelirin bağlanma koşulları ve hesaplanması da 5434 sayılı Kanun'dan çok farklıdır. Bağ-Kur Kanunu'nda ise, vazife malullüğü adı altında bir malullük haline yer verilmediği gibi sürekli iş göremezlik geliri adı altında bir ödeme de yapılmamaktadır. Sadece, sigortalının bir iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu malul kalması halinde prim ödeme gün sayısı aranması öngörülmüştür. Dolayısıyla tüm bu farklılıkları da dikkate alarak yapılacak bir karşılaştırma oldukça geniş olacaktır. Bu konuda ayrımcılık temel bakış açısıyla yapılan geniş bir karşılaştırma için bkz. Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Hukukta Ayrımcılıktan Olarak Değerlendirilebilecek Düzenlemeler ve Mağduriyetin Giderilebilmesi İçin Başvurulabilecek Yollar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, İstanbul 2006, 643 vd.
- 9 Tasarıdaki düzenleme ve eleştirisi için bkz. Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısının Kısa ve Uzun vadeli Sigorta Hükümleri, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul 2006, 167-168.
- 10 Bu konuda bilgi ve eleştiri için bkz. Güzel/Okur, 330; Tasarıya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Caniklioğlu, Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Hükümleri, 167.
- 11 506 sayılı Kanun döneminde aynı yöndeki yorum için bkz. Tunçomağ, 331; Ozanoğlu, 4; Güzel/Okur, 329; Alper, Yusuf: Türkiye'de Sosyal Güvenlik, Sosyal Sigortalar, 4. Bası, İstanbul 2003, 283.
- 12 Ozanoğlu, 4.
- 13 506 sayılı Kanun dönemine ilişkin bilgi için bkz. Tunçomağ, 332; Güzel/Okur, 331-332; Tuncay/Ekmekçi, 320-321; Şakar, 256; Alper, 284.
- 14 Geniş bilgi için bkz. Sözer, A. Nazım: İşgöremezlik, Meslekte Kazanma Gücünün Kaybı Çalışma Gücünün Kaybı Kavramları ve Sakatlık Kavramı ile İlişkileri, Adalet Dergisi, Y.75, S.1, 1984, 35 vd.
- 15 Tüzük Bakanlar Kurulunun 26.5.1972 t. ve 7/4496 sayılı Kararnamesiyle yürürlüğe konulmuştur, RG. 22.6.1972, 14223.
- 16 Alper, 284.
- 17 Alman Hukukunda sigortalının mesleğinden ekonomik olarak geçimini temin etmek için sürekli ya da en azından geçici

olmayan bir süre için ifa ettiği faaliyet anlaşılır. Bunun yasal olarak eğitimini aldığı ya da bir sertifika ile belirlenen bir faaliyet olması da şart değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gitter, Wolfgang/Schmitt, Jochem: Sozialrecht, 5. Auflage, München 2001, 219, Rdnm. 45, ayrıca 220-221, Rdnm. 46-53.

- 18 Nitekim Tunçomağ, sakatlığın (malullüğün) sigortalının gelir elde etme yeteneğinin sürekli biçimde yitirilmesi ya da azalması olarak ifade edilebileceğini, ancak Sosyal Sigortalar Kanunu'nun bunu çalışma gücünün kısmen ya da tamamen kaybı olarak tanımlamakla olayı sadece tıbbi açıdan değerlendirme yolunu seçtiğini belirtmektedir, 330-331; ayrıca bkz. Güzel/Okur, 330; Alper, 283. Buna karşılık, Ozanoğlu, bu sistemin birliktişlerin hatalı ve subjektif takdirlerini engelleyici nitelikte bulmakta, sistemin bilimsel ve istikrarlı bir uygulamayı sağladığını belirtmektedir, 4.
- 19 Sözer, 40; Gitter/Schmitt, 215, Rdnm. 26 vd.
- 20 Sözer, 35; Gitter/Schmitt, 219, Rdnm. 43.
- 21 Kanun bu konuda 2.2.1961 tarihinden önce ve sonra doğanlar arasında ayırım yapmış ve anılan tarihten sonra doğan sigortalılar bakımından sadece gelir elde edemezlik kavramını esas almıştır. Anılan tarihten önce doğan sigortalılar bakımından ise gelir elde edemezlik kavramının yanında mesleği yürütemezlik de dikkate alınmaktadır. Bu konuda bkz. Gitter/Schmitt, 216, Rdnm. 28 vd.
- 22 Eichenhofer, Eberhard: Sozialrecht, 5. Auflage, Tübingen 2004, 174, Rdnm. 319; Gitter/Schmitt, 216, Rdnm. 27.
- 23 Gitter/Schmitt, 223, Rdnm. 64; Eichenhofer, 174, Rdnm. 319.
- 24 Gitter/Schmitt, 219, Rdnm. 43.
- 25 Maddede yönetmelikten söz edilmesine rağmen bu konuda Tüzük çıkarılmasının nedeni, 4958 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce anılan maddede konunun düzenlenmesi amacıyla tüzük çıkarılmasının öngörülmesiydi. Bu değişiklik nedeniyle 506 sayılı Kanun'da da konunun bir yönetmelikle düzenlenmesi gerekmektedir. Fakat sözü geçen yönetmelik çıkarılmadan 506 sayılı Kanun, 5510 sayılı Kanun'la birkaç maddesi hariç yürürlükten kaldırıldığı için konu artık 5510 sayılı Kanun gereğince çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenecektir.
- 26 Ozanoğlu, 4. Tüzüğün 10. maddesinde, "Sigortalılık süresi içinde aşağıdaki arızaların meydana gelmesi veya eski ve çalışmaya engel olmayan bir arızanın aşağıdaki seviyelere yükselmesi ... nedeniyle çalışmayacak duruma geldiklerinin Kurum sağlık tesisleri sağlık kurullarınca belirlenmesi halinde, sigortalılar, çalışma gücünün en az üçte ikisini yitirmiş sayılırlar" hükmü yer almaktadır. Tüzükte bu hükmeye uygun olarak hangi arızaların 2/3 oranında çalışma gücü kaybına neden olacağı da ayrı ayrı sayılmıştır.
- 27 5283 sayı ve 6.1.2005 tarihli Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanunla Kuruma ait olan tüm sağlık tesisleri Sağlık Bakanlığına devredilmiştir. Bu Kanun için bkz., RG, 19.1.2005, 25275 Mük.
- 28 506 sayılı Kanun'da, genel olarak çalışma gücü kaybına dayanan malullüğün Kurum hastanelerince düzenlenecek usulüne uygun sağlık kurulu raporları ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu tespit edilmesi öngörülmekte; maluliyetin hastalık sigortasından yapılan tedavi sonucunda anlaşılması halinde ise, durumun Kurum sağlık tesisleri sağlık kurullarınca düzenlenecek usulüne uygun rapor ve dayanağı tıbbi belgelerin

- incelenmesi sonucu belirlenmesi esası kabul edilmiştir.
- 29 Sürekli işgöremezlik geliri bağlanmasına ilişkin aynı doğrultudaki düzenleme hakkında değerlendirme için bkz. Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.8, 2006/1, 68.
- 30 YİBK, 28.06.1976, E.6, K.4, RG, 26.07.1976, 15658.
- 31 506 sayılı Kanun dönemine ilişkin olarak bu konuda bkz. Alper, 285.
- 32 Tuncay/Ekmekçi, 324.
- 33 Ancak, biraz sonra da üzerinde durulacağı üzere 18 yaşından önceki süreler için ödenen malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edilir (m.38/2).
- 34 Bu konuda bilgi ve eleştiri için bkz. Caniklioğlu, Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Hükümleri, 168-170.
- 35 Gitter/Schmitt, 215, Rdnm. 26; Eichenhofer, 129, Rdn. 328.
- 36 Kişinin ne zaman malul duruma düşeceğinin bilinmemesi nedeniyle bu sigorta kolundan belli süre prim ödemiş olma koşulunun isabetsiz olduğu görüşü için bkz. Dilik, Sait: Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 1991, 145; Şakar, 259.
- 37 506 sayılı Kanun dönemine ilişkin olarak Alper, 287; Şakar, 259.
- 38 AYM, 6. 1.2005, E. 2001/479, K. 2005/1, (RG. 18. 10. 2005, 25970). Anayasa Mahkemesi, ölüm aylığına hak kazanmak için gerekli koşulları düzenleyen maddenin "veya en az beş yıldan beri sigortalı olup sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün" bölümünün anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline, iptal hükmünün doğuracağı hukuksal boşluğu kamu yararını ihlal edici nitelikte gördüğünden anayasanın 153/3 hükmü gereğince iptal hükmünün kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Karar ve incelemesi için bkz. Okur, Ali Rıza/ Laçiner, Hediye, İşveren D. Kasım 2005 Kararlar eki, 3-20.
- 39 Bu konuda bkz. yukarıda, II 2, b, aa, bb.
- 40 Ozanoğlu, 6; Güzel/Okur, 332; Tuncay/Ekmekçi, 323-324; Araslı, 730; Aslanköylü, 1092.
- 41 Tunçomağ, 335; Ozanoğlu, 8; Güzel/Okur, 336-337; Tuncay/Ekmekçi, 325; Alper, 288.
- 42 Tunçomağ, 335; Ozanoğlu, 8; Tuncay/Ekmekçi, 325.
- 43 Ozanoğlu da, haklı olarak, sigortalının başvuru için işten ayrılma zorunluluğu bulunmadığını, işten ayrılmanın aylık bağlanması için gerekli olduğunu belirtmektedir, 8.
- 44 Güzel/Okur, 337.
- 45 Çakmak, İhsan: Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu, 2. Bası, Ankara 2004, 1441 vd.
- 46 Yarg. 10. HD, 27.4.1984, 1948/2323, Çenberci, 355; Güzel/Okur, 339; Alper, 292.
- 47 Bu konuda bkz. Caniklioğlu, Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Hükümleri, 171.
- 48 Belirtelim ki, bu konuda Tasarının ilk halinde % 20'lik bir artış öngörülmekteydi. Bu oran, başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma düşen sigortalılara bağlanacak aylığın oranında 506 sayılı Kanuna göre başlangıçta yükselişe neden olacak, ancak 2016 yılından itibaren bu aylığa hak kazanacaklar bakımından 506 sayılı Kanun'daki hükümlerle eşit duruma getirecekti. Fakat, madde daha sonra değiştirilerek bugünkü duruma getirilmiştir. Bu konuda bkz. Caniklioğlu, Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Hükümleri, 171.
- 49 Yargıtay vermiş olduğu kararda, 58. maddede geçen "sigortalı olarak çalışma"nın Sosyal Sigortalar Kurumu'na tabi bir işte çalışma olduğunu kabul etmiş ve yurtdışında işçi olarak çalışmanın malullük aylığının kesilmesini gerektirmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Karar ve incelemesi için bkz. Canbolat, Talat: Yurtdışında Çalışmanın Malullük Aylığının Kesilmesini Gerektirip Gerektirmeyeceği, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001, 1731-1738; Ayrıca bkz. Güzel, Ali: Sosyal Sigortalar, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 354-355; Araslı, 736.
- 50 Eichenhofer, 259, Rdnm, 473; Gitter/Schmitt, 245, Rdnm. 22-24.
- 51 Tuncay/Ekmekçi, 325.
- 52 Nitekim Yargıtay da 1988 yılında vermiş olduğu bir kararda açıkça bu hususu belirtmiştir, Y. 10 HD, 28.4.1988, E. 1988/2206, K. 1988/2862, Yargıtaya göre, Sosyal Sigortalar Kanununun 3/II, C bendinde sözü geçen malullük aylığı alanlar ibaresi Emekli Sandığı ve Bağ-Kur'dan malullük aylığı almakta olanları kapsar. Aksinin kabulü Sosyal Sigortalar Kanununun 63. maddesinin düzenlemesi karşısında çelişki yaratır. Yargıtay bu konuda "Malullük aylığı almakta iken çalışmaya başlayanların aylıklarının kesilmesi 58. maddesinin amir hükmü gereğidir. Yasa koyucu 63. maddeye paralel bir olanak getirmemiştir. Burada yasa boşluğu değil, yasa koyucunun bilinçli susması söz konusu olduğundan 1. maddenin açıklığı karşısında 63. maddenin kıyas yoluyla uygulanması mümkün değildir" diyerek, Sosyal Sigortalar Kanununun 1. maddesi gereğince sosyal sigorta yardımlarının ancak Kanunun açıkça tanıdığı durumlarda sağlanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com.tr

**Zehra AYAN**

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

## Değişik Sosyal Güvenlik Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi

Sosyal güvenlik hukuku, dinamik bir hukuk dalı olup, sürekli değişmekte ve gelişmektedir. Bir yandan yeni çıkan yasalar, yasalara eklenen maddeler ya da bazı yasa maddelerinde yapılan değişiklikler, öte yandan da, Anayasa Mahkemesi'nin sosyal güvenliği düzenleyen yasalar ve kanun hükmünde kararname konusunda sıkça verdiği iptal kararları, söz konusu iptal kararlarının yürürlüğe girdiği tarihe kadar yasa koyucunun, iptal edilen yasa maddeleri yerine yeni yasal düzenlemeler yapmaması nedeniyle ortaya çıkan yasal boşluklar, sosyal güvenlik hukukunun dinamik bir hukuk dalı olduğu savını doğrulamaktadır.

Sosyal güvenlik hukukunda en son temel değişiklikler ise, 5502 ve 5510 sayılı Yasalar ile yapılmıştır. 20.05.2006 tarihinde yürürlüğe giren 16.05.2006 gün ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun Geçici 1. maddesi hükmü gereğince, 4947 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Teşkilatı Kanunu ile kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu, 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Sosyal Sigortalar Kurumu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu ile 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile kurulan Türkiye

Cumhuriyeti Emekli Sandığı'nın; merkez ve taşra teşkilatlarının kadroları ile kadrolarında görev yapan memur ve işçileri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (B) bendi gereği çalıştırılan personeli 5502 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi itibarıyla görevleri ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilmiştir. Anılan Sosyal Güvenlik Kurumlarını birleştiren 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra 31.05.2006 gün ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kabul edilmiş, henüz yürürlüğe girmeyen<sup>1</sup> bu yasa ile de birleştirilen kurumlardaki sigortalılar tek yasa kapsamına alınmışlardır. Ancak, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun henüz yürürlüğe girmemiş olması ve ayrıca, yürürlüğe girmesi halinde dahi, geçici madde hükümleri nedeniyle, "değişik sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi" konusu uzun bir süre daha güncelliğini koruyacaktır. Başka bir anlatımla, sosyal sigorta kurumları bir çatı altında toplanmış olsa da, bu kurumlara bağlı olarak geçen eski hizmet sürelerinin birleştirilmesi sorunu yine karşımıza çıkacaktır. Öte yandan, "her uyumsuzluğun, dayandığı işlem veya olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan yasal kurallara göre çözümlenmesi gerekeceği" ilkesi gereğince ve çok sayıda sigortalıyı ilgilendirmesi açısından



da “değişik sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi” konusunun incelenmesinin faydalı olacağı ortadadır. Bunların dışında, değişik sosyal güvenlik kurumlarındaki hizmetlerin çakışması, bazı hizmet borçlanmalarının yanlış kurumlarda yapılması, bazı işlemlerin geçersiz olması gibi pek çok sorun, uygulamada, hizmet birleştirilmesi aşamasında gündeme getirilmekte, sosyal güvenlik kurumları tarafından hizmet birleştirilmesi sırasında bu tür uyumsuzluklar yaratılmaktadır. Bu nedendir ki, hizmet birleştirilmesi işlemi, sosyal güvenlik hukuku ile ilgili bir çok sorunun çözümünü de gerekli kılmaktadır.

Türkiye’de 16.05.2006 gün ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 20.05.2006 tarihine kadar birden çok sosyal güvenlik kurumunun var oluşu nedeniyle çalışanların değişik işlerde, değişik kurumlara bağlı olarak geçen dağınık hizmetleri birleştirilerek, sosyal güvenceleri sağlanmış ve böylece mağduriyetleri önlenmiş olmaktadır.<sup>2</sup> Birden çok sosyal güvenlik kurumu bulunan ülkelerde, hizmetlerin birleştirilmesi, adeta sosyal güvenlik sisteminin önemli bir tamamlayıcısıdır.<sup>3</sup>

Değişik sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak uzun yıllar topluma hizmet etmiş kişilerin, bu kurumlarda geçen hizmetlerinin değerlendirilme-yerek, kendisinin ve ailesinin gelir ve kazançtan yoksun bırakılması, çağdaş sosyal güvenlik anlayışına uygun değildir.<sup>4</sup> Değişik sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi kabul edilmeseydi, Türkiye’de uzun süreli sigorta haklarından faydalanmak için farklı sosyal sigorta yasalarında ayrı ayrı belirtilen hizmet sürelerini tamam-lamayanlar sürekli gelir ve kazanç güvencesi elde edemeyeceklerdi. Bu güvenceyi elde edemeyen kişiler ise, sürekli gelir sağlamak ya da az olan gelirlerini yükseltmek amacıyla iş piyasasında iş ar-yacaktı ve dolayısıyla işsizlik de artacaktı.<sup>5</sup>

**Sosyal sigorta kurumları  
bir çatı altında toplanmış olsa da,  
bu kurumlara bağlı olarak geçen  
eski hizmet sürelerinin  
birleştirilmesi sorunu  
yine karşımıza çıkacaktır.**

Mevcut sosyal güvenlik kuruluşlarının bir veya ikisinin kapsamında geçen çalışmaların tek başına kişiye sosyal güvence sağlamaması durumunda, tüm hizmetlerin birleştirilmesi yoluyla sosyal güvence sağlanması, hizmetlerin birleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır.<sup>6</sup>

## 1. HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Hizmetlerin birleştirilmesi konusunda ilk yasal düzenleme, 05.01.1961 gün ve 228 sayılı “Emekli Sandıkları ile Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunlarına Tabi Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun” ile getirilmiştir. Anılan yasanın, ihya edilmesi gerekli hizmet sürelerinin değerlendirilmesini yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıllık süre içinde yazılı istekte bulunma koşuluna bağlaması ve primsiz geçen hizmet sürelerinin borçlanarak değerlendirilmemesi, yeni düzenlemeler yapılmasını gerektirmiştir. Böylece, 28.01.1970 gün ve 1214 sayılı “Emekli Sandıkları ile Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunlarına Tabi Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkındaki 05.01.1961 Gün ve 228 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Kaldırılmasına ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun” ile 228 sayılı Yasa’nın 3, 4, 5, 6, 10, 12, 15 ve 16. maddeleri değiştirilmiş; 7, 9, 11 ve 14. maddeleri ile Geçici 1 ve 2. maddeleri yürürlükten kaldırılmış ve iki ek madde ile bir geçici madde eklenmiştir.<sup>7</sup>

228 sayılı Yasa’nın 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun Geçici 20. maddesine göre kurulan emekli sandıklarına tabi olarak geçen hizmet sürelerini kapsamına almaması ve söz konusu yasanın yürürlüğünden sonra kabul edilen yeni sosyal güvenlik yasalarıyla mevcut yasalarda önemli değişiklikler yapılması ve ayrıca tabi olunan son sigorta kurumu koşullarına göre aylık veya gelir bağlanması yasal boşlukları ortaya çıkarttığı gibi haksızlıklara da yol açmıştır.<sup>8</sup> Bundan dolayı, değişik sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi ile ilgili olarak 24.05.1983 gün ve 2829 sayılı “Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun” çıkartılarak mevzuatta-ki eksiklikler tamamlanmaya çalışılmış ve 27.01.2000 gün ve 4505 sayılı Yasa ile 2829 sayılı Yasa’ya geçici bir madde eklenmiş ve daha sonra da, 29.07.2003

gün ve 4958 sayılı Yasa ile 2829 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde değişiklik yapılmıştır.

Her ne kadar, 5510 sayılı Yasa'nın 106. maddesi ile 2829 sayılı Yasa yürürlükten kaldırılmış ise de, yukarıda da belirtildiği gibi, 5510 sayılı Yasa'nın henüz yürürlüğe girmemiş olması ve anılan yasanın geçici maddeleri nedeniyle hizmet birleştirilmesine ilişkin açıklamalarımızda 2829 sayılı Yasa hükümleri esas alınacaktır. Bununla birlikte, hizmet birleştirmesi ile ilgili olan veya hizmet birleştirmesi sırasında ortaya çıkan sorunları çözücü nitelikteki diğer yasalarda yer alan kural ve konulara da değinilecektir.

## II. BİRLEŞTİRİLECEK HİZMET SÜRELERİ

Birleştirilecek hizmet süreleri, ilgili kurumlar ve tabi oldukları yasalar, birleşmeye katılacak süreler ve birleşmeye katılmayacak süreler olmak üzere üç alt başlıkta incelenecektir.

### 1. İlgili Kurumlar ve Bağlı Oldukları Yasalar

Sosyal güvenlik sistemimizde kendilerine sosyal güvence sağlanan kişiler, gösterdikleri ortak özelliklere göre, ayrı ayrı sosyal güvenlik yasalarına bağlı kılınmışlardır. Kamu kuruluşlarında, kamusal statüde bulunanlar, T.C. Emekli Sandığı bünyesinde sosyal güvenliğe kavuşturulurlarken, hizmet akdi çerçevesinde çalışanlar 506 sayılı Yasa kapsamında düşünülmüşler, kendi adına bağımsız çalışanlar ise Bağ-Kur kapsamına alınmışlardır. Öte yandan, tarım sektöründe bulunanlar, iki grup içerisinde ele alınmışlar ve tarımda kendi adına çalışanlar 2926 sayılı Yasa çerçevesinde tarım Bağ-Kur'lu kabul edilmişken, tarımda süresiz hizmet akdiyle çalışanlar, 2925 sayılı Yasa'ya göre tarım sigortalısı biçiminde ele alınmışlardır. Ayrıca, belli sandık mensupları da, kendi alanlarında sosyal güvenceye tabi tutulmuşlardır.

2829 sayılı Yasa, çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle ilgililerin sosyal güvenliklerinin sağlanması usul ve esaslarını düzenlemiştir (md. 1). Söz konusu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihte üç sosyal güvenlik kurumu ve bu kurumların uygulamakla yükümlü oldukları üç sosyal sigorta kanunu olduğu için "çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına ta-

## Hizmet birleştirilmesi işlemi, sosyal güvenlik hukuku ile ilgili birçok sorunun çözümünü de gerekli kılmaktadır.

bi olarak geçen hizmet süreleri" ifadesi bir uyumsuzluğa sebep olmuyordu.<sup>9</sup> Ancak, 2829 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihinden sonra 2925 ve 2926 sayılı Yasalar yürürlüğe girmiş ve bunun sonucu olarak, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu, 2925 sayılı Tarım İşçileri Kanunu, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ile 506 sayılı Yasa'nın Geçici 20. maddesine göre faaliyet gösteren vakıf statüsündeki sandıklara tabi olarak geçen süreler, hizmet birleştirmesine konu olmuştur.<sup>10</sup>

Belirtilen bütün bu yasal sistemler, kendine özgü koşul ve statü kabul etmişler, birbirlerinden kesin sınırlarla ayrılmışlardır. Bu sistemlerde, getirilen sigorta kolları ve kapsamaları benzer olmakla birlikte, birbirlerinin aynısı değildir. Ancak, kimi yasalarda, farklı sigortalılık esasları kabul edilmesine karşın, farklı sosyal güvenlik yasalarının uygulanması bir sosyal güvenlik kurumuna bırakılmıştır. Örneğin, 506 sayılı Yasa'ya bağlı sigortalılar ile 2925 sayılı Yasa'ya bağlı tarım sigortalılarının sigorta işlemleri Sosyal Sigortalar Kurumu'na yerine getirilmektedir. Aynı şekilde, 1479 sayılı Yasa'ya bağlı esnaf Bağ-Kur sigortalıları ile 2926 sayılı Yasa'ya bağlı tarım Bağ-Kur sigortalılarının sosyal güvenlikleri Bağ-Kur tarafından sağlanmaktadır. Ne var ki, ayrı sistemlerin aynı kurumca yerine getirilmesi, her iki sistemin aynı olduğu anlamına gelmemektedir.<sup>11</sup>

### 2. Birleşmeye Katılacak Süreler

Birleştirilebilecek süreler, prim veya keseneği ödenmiş süreler, borçlanma yoluyla değerlendirilmiş süreler, ihya edilmek suretiyle canlandırılan süreler, fiili hizmet zamları ile hasta, raporlu ve ücretsiz izinli sürelerdir.

#### A. Prim veya Keseneği Ödenmiş Süreler

Hizmetlerin birleştirilmesinde, ait oldukları sosyal güvenlik yasalarına göre ilgili kurumlara malul-

## Türkiye’de sosyal güvenlik kurumlarının geç kurulması ve başlangıçta kapsamının dar tutulması ve sonradan koşullar elverdikçe kişiler ve konular yönünden kapsamının genişletilmesi, borçlanma hükümlerinin kabulünü gerektirmiştir.

lük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi veya keseneği ödenmiş süreler dikkate alınır. Prim veya keseneğin, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi olması zorunlu olup, anılan primleri ödenmemiş süreler hizmet birleştirilmesine esas alınamaz.

Bu açıdan, Emekli Sandığı’na bağlı olarak görev yaparken istifa edip görevinden ayrılan ve daha sonra Sosyal Sigortalar Kurumu’na prim ödeyerek serbest avukat olarak çalışan ve hizmet birleştirilmesi suretiyle Emekli Sandığı’ndan emekli olan davalının, serbest avukatlıkta geçen süresinin emekliliğine esas aylığının hesaplanmasında dikkate alınamayacağına ilişkin Danıştay kararı<sup>12</sup> isabetli değildir.<sup>13</sup>

### B. Borçlanma Yoluyla Değerlendirilmiş Süreler

Borçlanma, herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna prim veya keseneği ödenmemiş eski hizmet süreleri için sonradan prim ödeyerek, bu hizmet sürelerinin değerlendirilmesine olanak veren bir sosyal sigorta işlemidir.<sup>14</sup> Türkiye’de sosyal güvenlik kurumlarının geç kurulması ve başlangıçta kapsamının dar tutulması ve sonradan koşullar elverdikçe kişiler ve konular yönünden kapsamının genişletilmesi, borçlanma hükümlerinin kabulünü gerektirmiştir.<sup>15</sup>

Karşılaştırmalı hukukta, borçlanma kurumuna rastlanılmamaktadır. Ancak, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 1933 tarihli ve 43 nolu sakatlık, yaşlılık ve ölüm sigortaları tavsiye kararında bu kurumun cevaz verilmiştir.<sup>16</sup> Karşılaştırmalı hukukta borçlanma kurumunun bulunmamasının nedeni, söz konusu ülkelerde sosyal güvenlik çalışmaları-

na çok önce başlanması ve uygulanan yöntem sonucu ülkemizdeki gibi borçlanmayı gerektirecek bir konunun kalmamış olmasıyla açıklanabilir.<sup>17</sup>

Ülkemizde zaman zaman değişik kesimler için bazı yasalarla geçici nitelikte olmak üzere hizmet borçlanmaları kabul edilmiştir.<sup>18</sup> Geçici nitelikte hizmet borçlanması olanağı tanıyan yasalara 991, 1186, 1912, 2098 ve 2167 sayılı yasalar örnek olarak verilebilir.<sup>19</sup> Hizmet borçlanmalarının en önemlileri, askerlik borçlanması, yurt dışında geçen sürelerin borçlanması ve sanatçıların hizmet borçlanmalarıdır. Anılan hizmet borçlanmalarından, askerlik borçlanması ve yurt dışında geçen sürelerin borçlanması sürekli nitelik taşırken, sanatçıların hizmet borçlanmaları ise, geçici niteliktedir.<sup>20</sup>

### C. İhya Edilmek Suretiyle Canlandırılan Süreler

Hizmetlerin ihyası (canlandırılması), prim veya kesenek iadesi yahut toptan ödeme yapılmış veya bu hakları zamanaşımına uğramış olan kimselerin almış oldukları prim, kesenek veya toptan ödemeyi, kural olarak, faizi ile birlikte aldıkları sosyal güvenlik kurumlarına geri vermeleri suretiyle eski hizmetlerinin aylık bağlanmasında dikkate alınması olarak tanımlanabilir.<sup>21</sup> Bu şekilde hizmetlerin ihyası yoluyla eski hizmetlerin de, hizmetlerin birleştirilmesine katılmaları sağlanmış olmaktadır. Hizmetlerin ihyası, önce Sosyal Sigortalar Kurumu’na tabi bir işte çalışanın, tekrar Sosyal Sigortalar Kurumu’na tabi bir işte çalışması halinde gerçekleşebileceği gibi, Sosyal Sigortalar Kurumu dışındaki bir sosyal güvenlik kurumuna tabi bir işte çalışması halinde de gerçekleşebilir.

#### a. Sosyal Sigortalar Kurumu’nda Çalışanların Hizmet İhyası

Sosyal Sigortalar Kurumu’nda çalışanların hizmet ihyası, evlenme toptan ödemesi almış kadınların hizmet ihyası ve tasfiye edilmiş hizmetlerin ihyası olmak üzere iki alt başlıkta incelenebilir.

#### aa. Evlenme Toptan Ödemesi Almış Kadınların Hizmet İhyası

506 sayılı Yasa’nın Ek 1. maddesine göre, evlenmeleri dolayısıyla toptan ödemedi faydalanmış bulunan<sup>22</sup> kadın sigortalılardan 506 sayılı Yasa’ya tabi bir işe girenler, kendilerine verilen primleri aldıkları tarihten itibaren % 5 faizi ile Sosyal Sigortalar Kurumu’na iade ettikleri takdirde sigortaya tabi eski hiz-

metleri 506 sayılı Yasa'nın uygulamasında dikkate alınır. Anılan maddede öngörülen % 5 faiz oranının ülkemizin ekonomik koşullarına göre düşük kaldığı açıktır.<sup>23</sup> Toptan ödeme şeklinde aldıkları primleri Sosyal Sigortalar Kurumu'na iade etmeyenlerin sigortalılık süreleri, 506 sayılı Yasa'ya tabi işlere yeniden girdikleri tarihten başlar.

#### **bb. Tasfiye Edilmiş Hizmetlerin İhyası**

506 sayılı Yasa'nın Ek 14. maddesi, hem 506 sayılı Yasa ve hem de bu Yasadan önce yürürlükte bulunan 2454, 5375, 5417 ve 6900 sayılı Yasalarla kabul edilmiş bulunan sigortalı sürelerin, herhangi bir nedenle tasfiye edilmiş olması halinde, bu sürelerin belirli koşullarla ihyasını öngörmüştür.

Tasfiye edilmiş hizmetlerin ihyasının ilk koşulu, 506 sayılı Yasa'ya tabi bir sigortalı olmaktır. Bu sigortalılığın zorunlu, isteğe bağlı veya topluluk sigortası kapsamında olmasının önemi yoktur.<sup>24</sup> 506 sayılı Yasa'nın Geçici 20. maddesinde öngörülen sandıklara bağlı tasfiye edilmiş hizmetlerin de ihyası mümkündür.<sup>25</sup> İhya talebinde bulunduğu tarihte sigortalı olmak koşulu aranmamış olup, geçmişte 506 sayılı Yasa kapsamında sigortalı bulunmak yeterlidir.<sup>26</sup> Başvuru için bir zaman sınırlaması da bulunmamaktadır.

İkinci koşul, mali yükümlülüğe ilişkindir. Sigortalılara iade edilen prim ve aidat ya da toptan ödeme tutarının tamamının alındığı tarihten yatırılacağı tarihe kadar hesaplanacak yasal faizi ile birlikte bir defada kuruma ödenmesi halinde bu hizmetler ihya edilebilecektir. Burada, evlenme toptan ödemesiyle hizmeti tasfiye edilen kadın sigortalılardan alınan %5 faiz oranından farklı biçimde yasal faiz esas alınmıştır.

Üçüncü ve son koşul ise, tasfiye edilmiş hizmetlerin ihyası istemi ile yazılı olarak kuruma başvurmaktır.

Tasfiye edilen süreler ihya edildiği zaman, aylık bağlanılmasına hak kazanılması durumunda, sigortalının hak sahipleri de hizmet ihyası isteminde bulunabilirler.

Hizmetlerin ihyası yoluyla geçmişteki sigortalı hizmetlerin hiçbir şekilde yok edilememesi ve bu hizmetlerin gerektiğinde kişilerin sosyal güvenliğinde dikkate alınması sağlanmıştır.<sup>27</sup>

#### **b. Değişik Sosyal Güvenlik Kurumlarında Geçmiş Hizmetlerin İhyası**

Hizmetlerin ihyası, sigortalının hizmeti tasfiye

## **Karşılaştırmalı hukukta borçlanma kurumunun bulunmamasının nedeni, söz konusu ülkelerde sosyal güvenlik çalışmalarına çok önce başlanması ve uygulanan yöntem sonucu ülkemizdeki gibi borçlanmayı gerektirecek bir konunun kalmamış olmasıyla açıklanabilir.**

ettiği kurumla, yeniden sigortalı olarak çalışmaya başladığı kurumun farklı olması halinde de mümkündür. Bu kişiler yönünden 2829 sayılı Yasa'nın 5. maddesi uygulanabilecektir. Anılan madde gereğince, kesenek, prim veya toptan ödemelerini aldıktan sonra diğer kurumlardan birinde sigortalı olanlar aldıkları paraları;

1) İstekleri üzerine aylık bağlanacak olanların, istek tarihinden en az altı ay önce,<sup>28</sup>

2) Malullük veya ölüm, 60 yaşın doldurulması, T.C. Emekli Sandığı'na bağlı görevlerden kurumlarınca resen veya yaş haddinden emekliye sevk edilme nedenleriyle görevleri ile ilgileri kesilenlerin görevlerinden ayrıldıkları tarihten itibaren altı ay içinde, kendileri veya hak sahipleri tarafından, aldıkları kuruma o kurumun kendi mevzuatına göre hesaplanan tutarını, toptan ödedikleri takdirde, bu hizmetleri hizmet birleştirilmesinde göz önünde tutulur.

Kesenek, prim iadesi veya toptan ödeme hakkı doğduğu halde paraları zamanaşımına uğrayanların, zamanaşımına uğrayan paraları faizsiz olarak yukarıda yazılı süreler içinde kendileri veya hak sahipleri tarafından ilgili kuruma, toptan ödedikleri takdirde, bunların da bu hizmetleri birleştirilir.

Yargıtay kararlarında, toptan ödemenin eksik ödenmiş olması halinin geçersizliğini gerektiremeyeceği görüşü benimsenmiştir.<sup>29</sup>

Ölüm halinde, toptan ödeme ihyalarının yapılabilmesi, hak sahiplerinin 2829 sayılı Yasa'ya göre birleşik hizmet süresi üzerinden aylığa hak kazanmaları koşuluna bağlıdır.

Ancak, kurumlardan birinden aylık bağlanmış (malullük ile vazife malullüğü aylığı bağlananlar-



dan kontrol muayeneleri sonunda aylığı kesilmiş bulunanlar hariç) veya aylık alma haklarını kaybetmiş olanların, söz konusu devrelere ait hizmet süreleri yapılacak birleştirmede dikkate alınmaz.

2829 sayılı Yasa'nın 5. maddesi, 506 sayılı Yasa'nın Ek 14. maddesi dışında ayrı bir ihya hükmü öngörmekte ve tüm sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi işlemleriyle ilgili bir ihya biçimidir. Bu bakımdan, 506 sayılı Yasa'nın Ek 14. maddesi, 2829 sayılı Yasa'nın 5. maddesine nazaran uygulama önceliğine sahiptir.<sup>30</sup>

#### D. Fiili Hizmet Zamları

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu uyarınca tanınan fiili hizmet zammı, ağır ve yıpratıcı bazı görevlerde bulunanların fiili hizmet sürelerinin, önceden saptanmış süreler kadar artırılmasıdır.<sup>31</sup> 5434 sayılı Yasa'nın 33/2. maddesinde fiili hizmet zamlarının emeklilik işlemlerinde fiili hizmet sayılacağı belirtilmiştir.

2829 sayılı Yasa'nın 7. maddesi, itibari hizmet sürelerinin hizmet birleştirilmesine katılamayacağını belirtmiştir. Fiili hizmet zamlarının, itibari hizmet sayılıp sayılmayacağı hususu yargı kararlarında ve öğretide tartışılmıştır.

Yar. HGK., 15.06.1988 günlü kararında, 5434 sayılı Yasa'nın 33/2. ve 34/2. maddeleri gereğince fiili hizmet zammının itibari hizmet olmayıp, fiili hizmete eklenen bir süre olduğunu, fiili hizmet süresi ile bu ekleme süresinin ikisinin birlikte fiili hizmet sayıldığını, itibari hizmet süresinin anılan yasanın 35-38. maddelerinde ayrıca düzenlendiğini, ayrıca fiili hizmet zammı sürelerinin primi alınan bir süre olduğunu belirterek, fiili hizmet zammı süresinin hizmet birleştirmesinde göz önüne alınacağına karar vermiştir.<sup>32</sup>

Sözer'e<sup>33</sup> göre, sorun söz konusu kavramın terminolojik olarak değerlendirilmesindeki farklılıklardan doğmaktadır. Anılan yazar, "itibari hizmet" kelimesinin bir üst kavram olduğunu, onun kapsamına itibari prim, itibari süre, fiili hizmet müddeti zammı ve itibari hizmet müddeti uygulamalarını da aldığını ileri sürerek, ortaya çıkış nedenleri ve felsefeleri bir olan söz konusu alt kavramlardan birini hizmet birleştirmesinde dikkate alıp, diğerini dikkate almamanın 2829 sayılı Yasa'nın lafzına ve itibari hizmet kavramının içeriğine uygun düşmeyeceğini belirtmiştir.<sup>34</sup>

#### E. Hasta, Raporlu ve Ücretsiz İzinli Süreler

4857 sayılı İş Kanunu'nun 46. maddesi (1475 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi) uyarınca hasta ve raporlu sayılan belirli günler, çalışılmış gibi kabul edilmiş ve ücrete tabi olduğu belirlenmiştir. Bu nedenle, belirtilen günlerin, 506 sayılı Yasa'nın 79. maddesi gereğince değerlendirilmesi gerektiği söz götürmez. Öte yandan, ücretsiz izinli sayılan süreler de, fiili prim gününe ilave edilmez ise de, sigortalılık süresinin tesbitinde göz önünde tutulması gerekir<sup>35</sup>. Nitekim, 4857 sayılı Yasa'nın 61. maddesinde, sigortalılara yıllık ücretli izin süresi için ödenecek ücretler üzerinden iş kazaları ve meslek hastalıkları primleri hariç, diğer sigorta primlerinin 506 sayılı Yasa'daki esaslar çerçevesinde işçi ve işverenler yönünden ödenmesine devam olunacağı hükmü yer almıştır.

#### F. Grev ve Lokavtta Geçen Süreler

Sigortalıların grev ve lokavtta geçen süreleri, grev ve lokavttan sona ermesinden itibaren altı ay içinde kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları halinde ve 506 sayılı Yasa'nın 78. maddesi ile belirlenen prime esas kazancın alt ve üst sınırları arasında olmak suretiyle, talep tarihindeki tutarı üzerinden hesaplanacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi, tebliğ tarihinden itibaren altı ay içinde ödemeleri şartıyla borçlandırılır. Borçlandırılan sürenin karşılığı olan gün sayısı sigortalının prim ödeme gün sayısına katılır.

Aylık bağlanmasına grev ve lokavttan borçlanması ile hak kazanılması durumunda sigortalılara, borcun ödendiği tarihi takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanır.

29.07.2003 gün ve 4958 sayılı Yasa'nın 34. maddesi ile getirilen grev ve lokavtta geçen sürenin borçlanılarak sigortalılık süresinden sayılması hükmü, sendikaların grev hakkını daha kolay kullanmalarına olanak verdiği gibi, sigortalının bir başka yasayla verilen hakkı kullanması dolayısıyla kayba uğramasını da engellemektedir.<sup>36</sup>

#### 3. Birleşmeye Katılmayacak Süreler

Birleşmeye katılmayacak süreler, itibari hizmet süreleri, sosyal güvenlik kuruluşlarından biri tarafından kendilerine aylık bağlanmış olanların söz konusu devreye ait hizmet süreleri, sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle çalışılan süreler,

1479 sayılı Yasa'nın Ek geçici 4. maddesine göre borçlanılan süreler, 2926 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesine göre borçlanılan süreler, çırak olarak geçirilen süreler ile on sekiz yaşından önceki sürelerdir.

#### A. İtibari Hizmet Süreleri

İtibari hizmet kavramı, iki amaca hizmet etmektedir: Ağır ve yıpratıcı işlerde çalışmaya özendirilmek ve erken yıpranma nedeniyle sigortalılara daha erken emeklilik olanağı sağlamak.<sup>37</sup>

3575 sayılı Yasa'nın 19. maddesi hükmü gereğince, maddede belirlenen hizmetlerin 1,5 katı olarak kabul edilmesi öngörülmüştür. Buradaki "büyük"tan amaç, birleştirme yasalarında kullanılan teknik deyimle "itibari hizmet"tir.<sup>38</sup> İtibari hizmet süresi, sigortalılık süresine eklenir. Başka bir anlamıyla, sigortalılık süresini geriye götürebilir. Ancak, fiili ödeme gün sayısına eklenmez. Çünkü, aynı sürenin iki kez kullanılmasına yasaca olanak yoktur.<sup>39</sup> Gerek 506 sayılı Yasa'nın Ek 5. ve gerekse 3575 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde belirtildiği biçimde itibari hizmet süreleri, hizmet birleştirilmesinde dikkate alınmazlar.<sup>40</sup>

#### B. Sosyal Güvenlik Kuruluşlarından Biri Tarafından Kendilerine Aylık Bağlanmış Olanların Söz Konusu Devreye Ait Hizmet Süreleri

2829 sayılı Yasa'nın amacı, kendilerine sosyal güvence sağlanmayan kimselere bir olanak vermek ve onları sosyal güvenceye kavuşturmadır. Bu nedenle, kendilerine sosyal güvenlik kuruluşlarından biri tarafından aylık bağlanan kimselerin, geçmiş hizmet süreleri, hizmet birleştirilmesine katılmaz. Bir sosyal güvenlik kuruluşunca güvenceye alınan kişilerin söz konusu devreye ait hizmet sürelerinin ikinci kez değerlendirilmesi, sosyal güvenlik ilkelerine uygun değildir.<sup>41</sup>

#### C. Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödemek Suretiyle Çalışılan Süreler

506 sayılı Yasa'nın 63/6. maddesi gereğince, sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler, bu yasaya göre sigortalılık süresinden sayılmaz ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.

#### D. 1479 Sayılı Yasa'nın Ek Geçici

##### 4. Maddesine Göre Borçlanılan Süreler

1479 sayılı Yasa'nın Ek Geçici 4. maddesine göre, bu Yasanın yürürlük tarihinden önce borçlanılmış ve bu Yasaya göre borçlanılacak süreler, diğer sosyal güvenlik yasalarına bağlı bir işe girerek o yasaya bağlı kurum veya kuruluşlardan aylığa hak kazananların, 2829 sayılı Yasa hükümlerine göre, birleştirilecek hizmetlerine dahil edilemez. Bu suretle, dikkate alınmayan sürelerle ait borçlanma primleri, talep halinde sigortalıya veya mirasçılara geri verilir.

#### E. 2926 Sayılı Yasa'nın Geçici

##### 1. Maddesine Göre Borçlanılan Süreler

2926 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin son fıkrasında, borçlanılacak sürelerin, diğer sosyal güvenlik yasalarına bağlı bir işe girerek, o yasaya bağlı kurum veya kuruluşlardan aylığa hak kazananların 2829 sayılı Yasa hükümlerine göre birleştirilecek hizmetlerine dahil edilmeyeceği hükmü öngörülmüştür. Sözü edilen yasa kuralı borçlanma olanağının kötü kullanımını engellemek istemiş, tarım Bağ-Kur'lu görünüp buradan uzun süre borçlandıktan sonra, bu hizmetlere dayanarak başka sigorta yasalarından emekli olmalarını da istememiştir.<sup>42</sup>

#### F. Çırak Olarak Geçirilen Süreler

506 sayılı Yasa'nın 3/II-B maddesinde, çıraklık devresi sayılan süre içinde analık, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle özel yasada<sup>43</sup> tarifi ve nitelikleri belirtilen çıraklık dönemi hizmet birleştirilmesinde göz önünde tutulmaz. Ayrıca, sigortalılık süresinin başlangıcında çırak olarak geçirilen süreler dikkate alınmaz.<sup>44</sup>

#### G. On Sekiz Yaşından Önceki Süreler

506 sayılı yasanın 60/G maddesine göre, 18 yaştan önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edilir. Başka bir anlatımla, 18 yaştan önceki sürelerin sigortalılık süresine dahil edilmez ise de, "prim ödeme gün sayılarının hesabına" dahil edilir. 18 yaşın altında geçen çalışmalar sigortalılık başlangıcına esas teşkil etmez.

Bu kuralın iki istisnası vardır. Birinci istisna, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun ek 7. maddesinde gösterilen ve kazai rüşt kararı almak suretiyle 15 yaşın doldurulmasından ve 18 yaşından önce T.C.

Emekli Sandığı'na bağlı işe girenlerde sigortalılık süresi işe başlama tarihi olarak esas alınır.

İkinci istisna ise, 506 sayılı Yasa'ya 2564 sayılı Yasa ile eklenen geçici 54. maddeye göre, 01.04.1981 tarihinden önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalılarına tescil edilmiş olanlar hakkında 60. maddesinin G fıkrası hükmünün uygulanamayacağıdır.

### III. HİZMET BİRLEŞTİRMESİNİN KOŞULLARI

Hizmet birleştirmesinin genel olarak dört koşulu bulunmaktadır. Bu koşullar, birleştirilecek sürelerin ayrı kurumlara ilişkin olması, birleştirilecek sürelerin ayrı tarihlere ilişkin olması, birleştirme sonucu aylığa hak kazanma ve kuruma başvurmaktır.<sup>45</sup>

Çeşitli kurumlara tabi olarak çalışmış bulunanların hizmet tasfiyesine ilişkin istekleri yerine getirilmez ve bu hizmetler, aylık bağlanması için başvuruluncaya kadar saklı tutulur. Aylık bağlanması için başvurulması halinde, birleştirilen hizmet süreleri toplamı, aylık bağlamaya yetkili kurum mevzuatına göre, aylık bağlanmasına yeterli olmadığı takdirde ise ilgili kurumların her birinin kendi mevzuatına göre ve diğer kurumlarda geçmiş hizmetleri dikkate alınmadan işlem yapılır.<sup>46</sup>

#### 1. Birleştirilecek Sürelerin Aynı Kurumlara İlişkin Olması

2829 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde, bu Yasanın amacının "çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak" geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle ilgililerin sosyal güvenliklerinin sağlanması usul ve esaslarının düzenlenmesi olduğu belirtilerek, birleştirilecek sürelerin ayrı kurumlara ilişkin olması gereğine işaret etmiştir. Nitekim, hizmetlerin birleştirilmesini de daha önce, "mevcut sosyal güvenlik kuruluşlarının bir veya ikisinin kapsamında geçen çalışmaların tek başına kişiye sosyal güvence sağlamaması durumunda, tüm hizmetlerin birleştirilmesi yoluyla sosyal güvence sağlanması" olarak tanımlamıştık.

#### 2. Birleştirilecek Sürelerin Aynı Tarihlere İlişkin Olması

Hizmet birleştirilmesine esas olacak sürelerin aynı tarihe rastlamaması gerekir. 2829 sayılı Ya-

sa'nın 4. maddesinde, "aynı tarihlere rastlamamak kaydıyla" denilerek bu koşul belirtilmiştir. Birleştirilecek sürelerin aynı tarihe rastlaması, başka bir anlatımla çakışması durumu, çeşitli olasılıklar dikkate alınarak aşağıda ayrı ayrı irdelenmiştir.

#### A. İki Zorunlu Sigortalılığın Çakışması

Gerek 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ve gerekse 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu, yaptıkları birbirlerine paralel düzenlemeler ile, "çakışan sigortalılık sorununu", bir sigortalının aynı anda birden fazla sosyal güvenlik kurumuna bağlı olmasını yasaklayıp,<sup>47</sup> sigortalının önceden başlayıp devam edegelen sigortalılığına geçerlik tanıyarak çözüme ulaştırmaya çalışmışlardır.

Sosyal güvenlik sistemimize göre, bir kimsenin Sosyal Sigortalar Kurumu kapsamına girebilmesi için hizmet akdine bağlı bir işte çalışması yanında, başka bir sosyal güvenlik kurumu kapsamında bulunmaması da gerekir. Aynı şekilde 1479 sayılı Yasa'da da bir kimsenin Bağ-Kur kapsamına girebilmesi için kendi adına bağımsız çalışıp kazanç sağlaması yanında, başkaca sosyal güvenlik kurumu kapsamında bulunmaması koşulu getirilmiştir.<sup>48</sup> Sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılık mümkün olmayıp, önceden başlayıp devam edegelen sigortalılığa geçerlilik tanınmaktadır.<sup>49</sup>

#### B. Zorunlu Sigortalılık ile İsteğe Bağlı Sigortalılığın Çakışması

İsteğe bağlı sigortalılık, kişinin kendi cebinden ödeyeceği primlerle uzun vadeli sigorta kollarından yararlanmasıdır.<sup>50</sup> Zorunlu sigortalılık ile isteğe bağlı sigortalılığın çakışması halinde zorunlu sigortalılığa öncelik tanınır. Bu durumda, zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı ile isteğe bağlı SSK sigortalılığının çakışması halinde zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı esas alınır.<sup>51</sup> Çünkü, 506 sayılı Yasa'nın 85. maddesine göre, bir kimsenin isteğe bağlı sigortalı olması için, diğer koşulların yanında "herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olarak çalışmamak" koşulu da gereklidir. Aynı koşul, isteğe bağlı Bağ-Kur sigortalılığını düzenleyen 1479 sayılı Yasa'nın 79. maddesinde de getirilmiştir.

Öte yandan, 2926 sayılı Yasa'nın 4/(a) maddesinde sözü geçen kuruluşlara bağlı olanlar; zorunlu sigortalılar olup, isteğe bağlı sigortalılar değildir. Başka bir anlatımla, anılan madde kapsamına zorunlu sigortalılar dahildir.<sup>52</sup>

### 3. Birleştirme Sonucu Aylığa Hak Kazanma

2829 sayılı Yasa'nın 2. ve 4. maddesinde ancak yaşlılık, malullük ve ölüm aylıkları bağlanılmasına hak kazanıldığında, değişik kurumlardaki çeşitli hizmet sürelerinin birleştirilebileceği açıkça öngörülmüş bulunmaktadır.<sup>53</sup> Anılan maddelerin hükmüne göre, hizmet birleştirilmesi ile aylığa hak kazanılması ve ayrıca yaşlılık, malullük ve ölüm aylıkları dışında görev aylığı ve iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından gelire hak kazanma durumlarında hizmet birleştirilmesi yapılamayacaktır.<sup>54</sup> Bunun tek istisnası, 506 sayılı Yasa'nın 92. maddesidir. Söz konusu madde gereğince, hem malullük hem de yaşlılık sigortasından aylık bağlanmasına hak kazanan sigortalıya, bu aylıklardan yüksek olanı, aylıklar eşitse yalnız yaşlılık aylığı bağlanır. Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır. Bu aylık ve gelirler eşitse, iş kazaları ile meslek hastalıkları sigortasından bağlanan gelirin tümü, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından bağlanan aylığın da yarısı verilir. Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanmadan önce iş kazaları ile meslek hastalıkları sigortasından bağlanan ve sermayeye çevrilen gelirler ile yaşlılık sigortasından yapılacak toptan ödemelerde bu hüküm uygulanmaz. Malullük sigortasından aylık bağlanmasına ve yaşlılık sigortasından toptan ödeme yapılmasına hak kazanan sigortalıya yalnız aylık verilir.

### 4. Kuruma Başvurma

Sigortalı veya hak sahipleri tarafından, aylığa katılacak kurumlardan herhangi birine, bu kurumun mevzuatına göre tahsis için yapılan ve kurum kayıtlarına alınmış olan başvuru, aylığı bağlayacak kurum mevzuatına göre de geçerli sayılır. Başvuruyu alan kurum, ilgilinin diğer kurumlarda geçen hizmet sürelerini ve kendi mevzuatına göre gerekli tahsis belgelerini temin eder. Ancak, aylığın diğer bir kurum tarafından bağlanması gerektiğinin anlaşılması halinde, yazılı başvurunun aslı ve o zamana kadar temin edilmiş olan tahsis belgeleri ile birlikte kendisinde geçmiş hizmet sürelerini ve gerekli ise kazanç durumunu aylığı bağlayacak kuruma bildirir (Yön. md.11).

## Hizmet birleştirilmesi sonucu, sigortalı veya hak sahiplerine, aylık bağlanabilir ve/veya kıdem tazminatı veya emeklilik ikramiyesi verilebilir.

Kurumlardan birine, aylık bağlanması için başvurulması halinde, bu başvuru, varsa birleştirilecek hizmetlerin birleştirilmesi istemini de içerir.<sup>55</sup> Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 74. maddesinde yer alan aylık tahsisi için başvurma halinde, dilekçede sigortalının, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan aylık alıp almadığı veya 2829 sayılı Yasa gereğince birleştirilmesi gereken hizmetlerinin bulunup bulunmadığının belirtileceği hükmü de bu hususu doğrulamaktadır.

## IV. HİZMET BİRLEŞTİRMESİNİN SONUÇLARI

Hizmet birleştirilmesi sonucu, sigortalı veya hak sahiplerine, aylık bağlanabilir ve/veya kıdem tazminatı veya emeklilik ikramiyesi verilebilir. Bunun dışında, hizmet birleştirilmesi halinde sigortalılık süresinin başlangıcının ne olacağı konusu üzerinde de durulacaktır.

### 1. Sigortalıya veya Hak Sahiplerine Aylık Bağlanması

Sigortalıya veya hak sahiplerine<sup>56</sup> aylık bağlanması konusu, aylık bağlayacak kurum ile aylığın hesaplanması başlıkları altında anlatılacaktır.

#### A. Aylık Bağlayacak Kurum

Hizmetlerin birleştirilmesi halinde aylık bağlayacak kurum, yaşlılık aylığı bağlanması ile malullük, ölüm, resen emeklilik ve bağlı olunan kurumun yasayla değişimi halinde aylık bağlanması durumlarında farklılık arz etmektedir.

#### a. Yaşlılık Aylığı Bağlayacak Kurum

2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde, birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere, son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurum tarafından kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı hükmü öngörülmüştür. Söz konusu maddede öngörülen yedi yıllık fiili hizmet süresinin tesbitinde, "takvim yılı" değil, ça-



lışılan ve primi ödenmiş fiili hizmet yılının esas alınması gerekmektedir.<sup>57</sup> Bundan da anlaşıldığı gibi, yaşlılık aylığının bağlanmasında birleştirilen hizmetlerin son yedi yılı önemlidir. Son yedi yıldan amaçlanan ise, prim ödenerek geçmiş fiili son yedi yıldır.<sup>58</sup> Bu yedi yıllık süre içerisinde sigortalı en fazla hangi sosyal güvenlik kurumuna prim veya kesenek ödemişse, o kurum tarafından yaşlılık aylığı bağlanır.<sup>59</sup> Ödenen prim gün sayısı eşit ise, hizmetin geçtiği son kurum tarafından aylık bağlanır.

Söz konusu düzenleme, sorunu adil şekilde çözecek nitelikte değildir. Bu durum sigortalıların, son yedi yılın yarısından fazlasını en yüksek aylığı sağlayacak kurumda geçirmek için iş değiştirmelerine neden olmakta, böylece sigortalılar arasında haksız yarışmalara ve aylık bağlayan kurumların da zararına yol açmaktadır. Nitekim, Yar. HGK.'nın 29 Kasım 2000 tarihli bir kararında bu soruna işaret edilmiştir.<sup>60</sup> Anılan kararı ile HGK, yıllarca Bağ-Kur statüsünde sigortalı olan kişinin, bir günlük, en önemlisi nitelik ve kapsamı ortaya konmayan kuşkulu ve hayat deneyimlerine uygun düşmeyen olgulara dayanmak suretiyle bu defa Sosyal Sigortalar Kurumu'nda tescil yaptırıp, Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan isteğe bağlı sigortalı olmak isteğini kabul etmemiştir.<sup>61</sup>

Son yedi yıl yerine, tüm hizmet süresinin dikkate alınması, sigortalı en fazla hangi kurumla ilişki kurmuşsa o kurumdan aylık alması, böylece tüm hizmetlerin değerlendirilmesi daha adil olabilir.<sup>62</sup> Nitekim, 5510 sayılı Yasa'nın 53/4. maddesinde anılan yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilk defa sigortalı sayılanlardan 4/1 maddesinde sayılan değişik sigortalılık hallerinin birden fazlasına tabi olarak çalışmış olanların aylık bağlanma taleplerinde, en son sigortalı sayıldığı tarihten geriye doğru en fazla sigortalılığın geçtiği sigortalılık halinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, aynı yasanın geçici 1/2. maddesinde, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce çalışmaya

**Yedi yıllık fiili hizmet süresinin tesbitinde, "takvim yılı" değil, çalışılan ve primi ödenmiş fiili hizmet yılının esas alınması gerekmektedir.**

**Yedi yıllık süre içerisinde sigortalı en fazla hangi sosyal güvenlik kurumuna prim veya kesenek ödemişse, o kurum tarafından yaşlılık aylığı bağlanır.**

başlayıp bu tarihten sonra aylık talebinde bulunanlardan, değişik sigortalılık hallerinden birden fazlasına tabi olanlara yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarından hangisinin uygulanacağını, en son sigortalı sayıldığı tarihten geriye doğru son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde en fazla hizmetin geçtiği sigortalılık hali, hizmet süresinin eşit olması halinde ise son sigortalılık durumunun esas alınarak belirleneceği hükmüne yer yerilmiştir. Bu durumda, 5510 sayılı Yasa'nın 53/4. maddesi ile getirilen yeni düzenlemenin yaşlılık aylığı açısından daha yıllarca uygulanamayacağı açıktır.

Sigortalılığın başladığı tarihten önceki askerlik borçlanması, son yedi yıllık hizmet süresinin tesbitinde göz önünde tutulmaz.<sup>63</sup>

Uygulamada çok sık karşılaşıldığı biçimde, son yedi yıllık dönemde değişik sigortalılıkların çatışması hali varsa, öncelikle bu sorun yukarıda "Birleştirilecek Sürelerin Ayrı Tarihlerle İlişkin Olması" başlığı altında anlatılan esaslara göre çözümlenmeli ve ondan sonra aylık sağlayacak kurum saptanmalıdır.<sup>64</sup>

**b. Malullük, Ölüm, Resen Emeklilik ve Bağlı Olunan Kurumun Yasayla Değişimi Halinde Aylık Bağlayacak Kurum**

Malulen emeklilik, ölüm nedeniyle dul ve yetim aylığına hak kazanma, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na göre, kurumlarınca yaş haddi sebebiyle resen emekliye sevk edilme, sigortalıların bağlı oldukları sosyal güvenlik kurumlarının yasa ile değiştirilmesi hallerinde, sigortalılara veya hak sahiplerine, son yedi yıllık fiili hizmet süresi dikkate alınmadan hizmet sürelerinin sonuncusunun bağlı olduğu kurum tarafından aylık bağlanır.<sup>65</sup> Bu düzenleme özellikle kamu kesiminde çalışanları, resen emekli edilenleri, özelleştirme kapsamında olan işyerlerinde çalışanları ve seçimle göreve gelen milletvekillerinin durumlarını göz önünde tutmaktadır.<sup>66</sup>

**Son yedi yıl yerine, tüm hizmet süresinin dikkate alınması, sigortalı en fazla hangi kurumla ilişki kurmuşsa o kurumdan aylık alması, böylece tüm hizmetlerin değerlendirilmesi daha adil olabilir.**

Bağlı olunan kurum ile anlatılmak istenen, kişinin hizmetleri nedeniyle kapsamında bulunduğu sosyal güvenlik yasasını uygulayan sosyal güvenlik kuruluşudur.<sup>67</sup> Bu durumda da, askerlik borçlanma süresi son hizmet süresi olarak dikkate alınmaz.

### **B. Aylığın Hesaplanması**

Hizmet birleştirilmesi halinde aylık hesabında uygulanacak mevzuat ve aylık hesabına esas olacak kazanç konuları bu başlık altında incelenecektir.

#### **a. Aylık Hesabında Uygulanacak Mevzuat**

Çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak geçen hizmetlerin birleştirilmesi sonucu, yaşlılık aylığı bağlayacak kurumun belirlenmesinde kullanılan “son yedi yıl” kuralı, uygulanacak mevzuat açısından da söz konusudur.<sup>68</sup> Başka bir anlatımla, yaşlılık aylığı bağlayacak kurum, Sosyal Sigortalar Kurumu ise 506 sayılı Yasa; T.C. Emekli Sandığı ise, 5434 sayılı Yasa; Bağ-Kur ise, 1479 sayılı Yasa ile ilgili tüzük, yönetmelik ve genelgeler uygulanacaktır.<sup>69</sup>

Malulen emeklilik, ölüm nedeniyle dul ve yetim aylığına hak kazanma, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu’na göre, kurumlarınca yaş haddi sebebiyle resen emekliye sevk edilme, sigortalıların bağlı oldukları sosyal güvenlik kurumlarının yasa ile değiştirilmesi hallerinde, sigortalılara veya hak sahiplerine, hizmet sürelerinin sonuncusunun bağlı olduğu kurum tarafından kendi mevzuatına göre aylık bağlanır.

2829 sayılı Yasa’nın 8/1. maddesi uyarınca, son defa bağlı olunan kurum dışındaki kurumlar tarafından aylık bağlanması gerektiğinde, aylık bağlamaya yetkili kurum mevzuatında belirtilen koşulların yerine getirilmesi gerekir. Ancak T.C. Emekli Sandığı’na bağlı görevlerde çalışmakta olanlardan kurumları tarafından yaş haddinden, resen veya istekleri üzerine emekliye sevkedilecekler için, 5434 sayılı yasanın emekliye sevkle ilgili hükümleri uygulanır.

Uygulanacak mevzuatın belirlenmesinde de, son yedi yıl yerine, tüm hizmet süresinin dikkate alınması daha uygun olacaktır. Bu şekilde, gerek sigortalının ortalama kazancının saptanmasında ya da benimsenen tüm hizmet süresinin gözönünde tutulmasını öngören 4447 sayılı Yasa, gerekse 2829 sayılı Yasa’nın 13. maddesinde yer alan “her kurumun aylığa, hizmet süresi oranında katılması” düzenlemesi ile paralellik de sağlanacaktır.<sup>70</sup>

#### **b. Aylık Hesabına Esas Olacak Kazanç**

2829 sayılı Yasa’nın 9. maddesi gereğince, birleştirilen hizmet süreleri üzerinden Sosyal Sigortalar Kanunu’na göre hesaplanacak aylık miktarının tespitinde, T.C. Emekli Sandığı’na bağlı işlerde yaşlılık aylığı bağlanmasına esas aylıklar ile diğer kurumlardaki prime esas kazanç tutarları dikkate alınır. Bu kuralın T.C. Emekli Sandığı açısından önemi, keseneğe esas olan aylıkların değil, yaşlılık aylığı bağlanmasına esas olan ve daha yüksek bulunan aylıkların dikkate alınmış olmasıdır.<sup>71</sup>

## **2. Kıdem Tazminatı veya Emeklilik İkramesi Verilmesi**

Sigortalı son defa Emekli Sandığı Kanunu’na bağlı görevlerden emekliye ayrılmış ve kendisine hizmetleri birleştirilerek aylık bağlanmışsa, bu durumda Emekli Sandığı Kanunu’na bağlı yerlerde prim ve kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerin toplamı üzerinden emekli ikramiyesi ödenecektir.<sup>72</sup> Fakat sigortalıya daha önce kıdem tazminatı veya emekli ikramiyesi ödenmiş ise, bunlara ilişkin süreler emekli ikramiyesinin hesabına katılmaz.

Ayrıca, 2829 sayılı Yasa’nın 8/1. maddesi gereğince aylık bağlananlara, emekli oldukları son görevlerinden dolayı ilgili buldukları sosyal güvenlik kurumu yasasının emekli ikramiyesine veya İş Kanunu’nun kıdem tazminatına ilişkin hükümleri uygulanır. Bu nedenle, Sosyal Sigortalar Kanunu’na bağlı bir görevden emekliye ayrılan sigortalılara kıdem tazminatı ödenir.<sup>73</sup>

## **3. Hizmet Birleştirmesi Halinde Sigortalılık Süresinin Başlangıcı**

Sosyal güvenlik kurumlarından herhangi birine ilk defa sigortalı olunan tarih, diğer kurumlarda da sigortalılık süresinin başlama tarihidir (2829 sayılı Yasa md. 6). Bu hüküm, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 108. maddesinde yer alan malul-

## Sigorta hukukunda amaç, yüksek standartta sosyal güvenlik sağlayan bir sistemin oluşturulmasıdır.

lük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcının, sigortalının ilk defa çalışmaya başladığı tarih olduğuna ilişkin hükme paralel bir hükümdür.<sup>74</sup>

Emeklilik veya yaşlılık aylığına hak kazanılıp kazanılmadığının tesbitinde, 18 yaşın doldurulduğu tarih sigortalılığın başlangıcı olarak alınır. Ancak, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na 1425 sayılı Yasa ile eklenen Ek 7. madde kapsamına girip de bir meslek öğrenimi görerek, meslekleri ile ilgili görevlerde kazai rüşt kararı almak suretiyle 15 yaşını doldurduktan ve 01.12.1970 tarihinden sonra T.C. Emekli Sandığı'na bağlı görevlere girenlerle, 01.04.1981 tarihinden önce Sosyal Sigortalar Kurumu'nda 18 yaşın dolumundan önce sigortalı olarak tescil edilmiş bulunan kişiler, 18 yaşından önce işe başlamalarına rağmen, sigortalılık başlangıcı, işe başlama tarihi olarak kabul edilmektedir.

Askerlik borçlanmasında, askerlik hizmeti, sigortalılığın başlangıcından önce yerine getirilmiş ise, sigortalılık başlangıç tarihi, borçlanılan askerlik süresi kadar geriye götürülmektedir.<sup>75</sup>

### V. HİZMET BİRLEŞTİRMESİNİN YAPILMADIĞI DURUMLAR

Kural olarak sosyal güvenlik kuruluşlarından birisi açısından yasal güvence koşullarının oluşması hali ile görevden dolayı meydana gelen malullük ve ölüm ile iş kazaları ve meslek hastalıkları hallerinde hizmet birleştirmesi yapılmaz.

#### 1. Sosyal Güvenlik Kuruluşlarından Birisi Açısından Yasal Güvence Koşullarının Oluşması Durumunda

Değişik sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmetler birleştirilmeksizin, sigortalı herhangi bir kurumdan aylığa hak kazanabiliyorsa, hizmet birleştirilmesi yapılamaz. Aylık koşullarının gerçekleştirildiği kurum tarafından aylık bağlanır.<sup>76</sup>

Her ne kadar 2829 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesinde, "birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere, son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise, eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir." hükmü yer almakta ise de, bir yasa hükmünün yasaya konuluş amacına aykırı sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve yasanın hem özü ve hem de özü ile uygulanmasını öngören MK.'nın 1. maddesine uygun değildir.<sup>77</sup> Öte yandan, sosyal güvenlik kurumları arasında, sadece bağlanan aylıkların seviyesi bakımından değil, koruma kapsamına alınan tehlikeler, hak kazanma şartları bakımından da farklılıklar olduğu belirgindir. Önemli olan, hangi kurum olursa olsun, aynı külfete katlanan insanların aynı haklara sahip olmasının sağlanması geçerli bir çözüm yoludur. Esasen, sosyal güvenlik kurumlarının görevi, sosyal sigorta yasaları çerçevesinde kapsama aldıkları kişileri koruma garantisini sağlamaktır. Sigorta hukukunda amaç, yüksek standartta sosyal güvenlik sağlayan bir sistemin oluşturulmasıdır. Yine, sosyal sigortalar külfet-nimet dengesi üzerine kurulan kurumlardır. Bu nedenle, külfetin karşılığının alınmaması sosyal güvenlik sisteminin amacıyla bağdaşmaz ve böyle bir uygulama da kabul edilemez. Buna aksi bir yorum, sisteme duyulan güveni ortadan kaldırır. En önemlisi, yükümlülüklerini zamanında yerine getirenlerin bir anlamda cezalandırılması olur ki, bu sosyal adalet duygusunu aşındırır.<sup>78</sup>

Malulen emeklilik, ölüm nedeniyle dul ve yetim aylığına hak kazanma, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na göre, kurumlarınca yaş haddi sebebiyle resen emekliye sevk edilme, sigortalıların bağlı oldukları sosyal güvenlik kurumlarının yasa ile değiştirilmesi hallerinde de Yargıtay,<sup>79</sup> sigortalının istemine öncelik tanımış, son kurum yerine, sigortalının ve hak sahibinin istemi varsa koşullar da bulunuyorsa, ilgilinin tercih ettiği kurumdan aylık almasını kabul etmiştir.<sup>80</sup> Esasen, 2829 sayılı Yasa'nın amacı da, hiçbir kurumdaki hizmeti, yaşlılık, malullük ve ölüm aylığı gibi aylık bağlamalara yeterli olmayan sigortalı ve hak sahiplerine aylık bağlanmasını sağlamak ve değişik kurumlardaki hizmetler birleştirilerek ziyan olmasını önlemektir.<sup>81</sup> Bu çözüm şekli, hukuk devleti ilkesinin ana

unsurlarından biri olan “kazanılmış hak” kavramına da uygun olacaktır.<sup>82</sup>

Arıcı, hizmet birleştirmesinin isteğe bağlı seçimlik bir hak olarak görülemeyeceğini, 2829 sayılı Yasa'nın herhalükârda uygulanması gerektiğini savunmaktadır.<sup>83</sup>

## 2. Görevden Dolayı Meydana Gelen Malullük ve Ölüm ile İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları Durumlarında

Görevden dolayı ortaya çıkan malullük ve ölüm ile iş kazaları ve meslek hastalıkları hallerinde 2829 sayılı Yasa uygulanmaz. Sigortalılar, hangi kuruma bağlı ise, aylık veya gelir o kurumun kendi mevzuatı hükümlerine göre bağlanır.

Bu istisnanın da istisnası bulunmaktadır. Bu da, 506 sayılı Yasa'nın 92/2. maddesinde yer almıştır. Söz konusu madde, birden çok sigorta kolundan gelire ve aylığa hak kazanan kişilere ne şekilde aylık bağlanacağı hükmü yer almaktadır. Buna göre, hem malullük, hem de yaşlılık sigortasından aylık bağlanmasına hak kazanan sigortalıya, bu aylıklardan yüksek olanı, aylıklar eşitse yalnız yaşlılık aylığı bağlanır. Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır. Bu aylık ve gelirler eşitse, iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortasından bağlanan gelirin tümü, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından bağlanan aylığın da yarısı verilir. Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanmadan önce iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortasından bağlanan ve sermayeye çevrilen gelirler ile yaşlılık sigortasından yapılacak toptan ödemelerde bu hüküm uygulanmaz. Malullük sigortasından aylık bağlanmasına ve yaşlılık sigortasından toptan ödeme yapılmasına hak kazanan sigortalıya yalnız aylık verilir.

### DİPNOTLAR

- 1 5510 sayılı Yasa 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe girecektir (md. 108).
- 2 Ali Güzel-Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 9, İstanbul, 2003, s. 555; Abdurrahman Ayhan, Türkiye'de Sosyal Sigorta Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Sorunu ve Uygulanması, Eskişehir, 1983, s. 45.

- 3 Kenan Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, B. 4, İstanbul, 1988, s. 258.
- 4 A. Ayhan, 1983, s. 46.
- 5 A. Ayhan, 1983, s. 45-46.
- 6 Utkan Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Ankara, 2002, s. 1686.
- 7 A. Ayhan, 1983, s. 44-45; 1214 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önce 15.07.1965 gün ve 668 sayılı “Emekli Sandıkları ile Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunlarına Tabi Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkındaki 05.01.1961 Tarihli ve 228 Sayılı Kanun'un 6. Maddesine Bir Fıkra ve Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun” ile adından da anlaşılacağı gibi 228 sayılı Yasa'nın 6. maddesine bir fıkra ve bir geçici madde eklenmiştir (RG: 24.07.1965, 12057).
- 8 A. Güzel - A. R. Okur, 2003, s. 555-556.
- 9 Yusuf Alper, Türkiye'de Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, B. 4, İstanbul, 2003, s. 444.
- 10 Y. Alper, 2003, s. 444-445; 2925 sayılı Yasa'nın 38. maddesi, 2925 sayılı Yasa'ya bağlı olarak geçen hizmet süreleri ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na ve aynı Yasa'nın Geçici 20. maddesinde belirtilen emekli sandıklarına, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'na ve diğer sosyal güvenlik yasalarına bağlı olarak geçen hizmet sürelerinin 2829 sayılı Yasa hükümlerine göre birleştirileceğini açıkça düzenlemiştir.
- 11 Yar. 21. H.D.'nin 22.12.2003 gün ve E: 2003/9286, K: 2003/10566 sayılı kararı.
- 12 Dan. 10. D.'nin 25.12.1997 gün ve E: 1997/7694, K: 1997/6184 sayılı kararı.
- 13 A. Güzel - A. R. Okur, 2003, s. 556.
- 14 A. Can Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, B.10, İstanbul, 2002, s. 403-404.
- 15 İlham Teoman Ozanoğlu, “Hizmet Birleştirilmesi, Prim Borçlanılması Müessesesi ve 1186 Sayılı Yasa'nın Geçici Üçüncü Maddesi Üzerinde Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, S. 5-6, 1973, s. 351.
- 16 A. C. Tuncay, 2002, s. 403.
- 17 İ. T. Ozanoğlu, 1973, s. 351.
- 18 Sosyal güvenlik sistemi üzerinde, geçici hizmet borçlanmalarının ciddi şekilde olumsuz etkileri olduğu, hatta hizmet borçlanması uygulamalarının 1990'lı yıllarda sosyal güvenlik sistemimizin mali krize düşmesinin önemli nedenlerinden birini oluşturduğu ileri sürülmüştür (Y. Alper, 2003, s. 451). Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 17.10.1972 gün ve E: 1972/16, K: 1972/49 sayılı kararı da bu hususlara değinmektedir.
- 19 Bunların dışında, kamu oyunda “süper emeklilik” olarak adlandırılan borçlanma sistemi, 20.06.1987 gün ve 3395 sayılı “506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun”un 17. maddesi ile getirilmiş, ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.1988 gün ve E: 1988/19, K: 1989/33 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Süper emeklilik borçlanma sisteminin, ortaya çıkardığı sorunlar, sistemin esasları, sosyal sigortalar hukuku ve anayasal ilkeler açısından değerlendirilmesi konusu için bkz. U. Araslı, 2002, s. 769 vd.
- 20 Askerlik borçlanması, yurt dışında geçen sürelerin borçlanılması ile sanatçıların hizmet borçlanmaları konularının her biri ayrı bir



- çalışma konusu olabilecek kapsamda bulduklarından burada inceleme dışı bırakılmışlardır.
- 21 K. Tunçomağ, 1988, s. 261-262.
- 22 Evlenme dolayısıyla işlerinden ayrılan kadın sigortalılara kendileri ve işverenleri tarafından 5417, 6900 ve 506 sayılı Yasalara göre ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin yarısı, yazılı talepleri üzerine, toptan ödeme şeklinde verilir. İşten ayrıldıkları tarihten itibaren bir sene içinde evlenmiş veya evlendikleri tarihten itibaren bir sene içinde işinden ayrılmış olan kadın sigortalılar, evlenme dolayısıyla işten ayrılmış sayılırlar (506 sayılı Yasa'ya 899 sayılı Yasa ile eklenen ek madde 1/1, 2). Evlenmeleri dolayısıyla toptan ödemedenden faydalanma hakkı, 506 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi olan 01.03.1965 ile 899 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi olan 01.10.1967 tarihleri arasındaki dönemde evlenmeleri dolayısıyla işlerinden ayrılmış bulunan kadın sigortalılara da tanınmıştır (506 sayılı Yasa Geçici md.21).
- 23 A. C. Tuncay, 2002, s. 400.
- 24 Yar. 21. H.D.'nin 29.11.1999 gün ve E: 1999/8425, K: 1999/8614 sayılı kararı.
- 25 Yar. 10. H.D.'nin 04.10.1999 gün ve E: 1992/2052, K: 1993/10320 sayılı kararı.
- 26 U. Araslı, 2002, s. 1456.
- 27 U. Araslı, 2002, s. 1456.
- 28 "...Davacıya yaşlılık aylığı bağlanabilmesi, doğrudan hizmet ihyası ile ilgili bulunduğundan bu istemin hizmet ihyası istemini de içerdiğini kabul etmek gerekir. Bu yönden dahi ihya isteminin süresinde olmadığı iddiası da yerinde değildir..." (Yar. 21.H.D.'nin 12.10.2000 gün ve E: 2000/3331, K:2000/6802 sayılı kararı).
- 29 Yar. 10. H.D.'nin 04.10.1983 gün ve E: 1983/3993, K: 1983/4730 sayılı kararı.
- 30 Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara, 2003, s. 1097.
- 31 Ali Nazım Sözer, "İtibari Hizmet Müessesesi ve İtibari Hizmetle İlgili Bazı Uygulama Sorunları", Çimento İşveren Dergisi, C. 12, S. 3, 1998, s. 11.
- 32 Yar. HGK.'nun 15.06.1988 gün ve E: 1988/10-270, K: 1988/472 sayılı kararı.
- 33 A. N. Sözer, 1998, s. 15.
- 34 A. N. Sözer, 1998, s. 15.
- 35 Yar. 21. H.D.'nin 24.03.1998 gün ve E: 1998/778, K: 1998/2139 sayılı kararı.
- 36 Y. Alper, 2003, s. 455.
- 37 Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.1989 gün ve E: 1988/51, K: 1989/18 sayılı kararı.
- 38 Yar. HGK.'nun 14.03.1986 gün ve E:1984/10-463, K:1986/239 sayılı kararı.
- 39 Yar. 21. H.D.'nin 17.12.1996 gün ve E:1996/6268, K.1996/6996 sayılı kararı.
- 40 U. Araslı, 2002, s. 1687.
- 41 U. Araslı, 2002, s. 1687.
- 42 Yar. 21. H.D.'nin 04.06.2001 gün ve E: 2001/2395, K: 2001/4374 sayılı kararındaki muhalefet şerhi.
- 43 3308 sayılı Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu ile Borçlar Kanunu'nun 318. maddesi.
- 44 Yar. 21.H.D.'nin 16.02.1998 gün ve E:1998/755, K:1998/948 sayılı kararı.
- 45 228 sayılı Yasa'ya göre hizmetlerin birleştirilmesinin koşulları için bkz. A. Ayhan, 1983, s. 54 vd.; Ferit H. Saymen, Münir Ekonomi, Sosyal Sigortalar Tatbikatı, İstanbul, 1966, s. 80-83.
- 46 Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında 24.05.1983 Tarihli ve 2829 Sayılı Kanun'un Uygulama Esaslarıyla İlgili Yönetmelik, md. 3/1.
- 47 506 sayılı Yasa'nın 3/1-F maddesinde, kanunla kurulu emekli sandıklarına aidat ödemekte olanların bu kanunun uygulanmasında sigortalı sayılmayacaklarını; 1479 sayılı Yasa'nın 24/II-c maddesi ise, kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına prim veya kesenek ödeyenlerle bu tür kuruluşlardan malullük veya yaşlılık aylığı ile daimi tam işgöremezlik geliri almakta olanların ve aylık veya gelir bağlanması için talepte bulunmuş olanların (dul ve yetim aylığı veya Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan geçici veya sürekli kısmi işgöremezlik geliri alanlar hariç), sigortalı sayılmayacaklarını açıkça vurgulamıştır.
- 48 Benzer koşullar 2925 ve 2926 sayılı Yasaların 4. maddelerinde de getirilmiştir.
- 49 Yar. HGK.'nun 03.10.2001 gün ve E: 2001/21-627, K: 2001/659 sayılı kararı.
- 50 Tankut Centel, "Bağımlı Çalışanların İsteğe Bağlı Sigortaya Devam Etmeleri", İş Hukuku Dergisi, C. 3, 1993, s. 36.
- 51 A. C. Tuncay, 2002, s. 396.
- 52 Yar. 21. H.D.'nin 15.02.1999 gün ve E: 1999/647, K: 1999/711 sayılı kararı.
- 53 Yaşlılık, malullük ve ölüm aylıkları bağlanması dışında başka bir amaçla, örneğin faizsiz konut kredisinden yararlanmak için hizmet birleştirilmesi yoluna gidilemez (A. Güzel - A. R. Okur, 2003, s. 560.). Nitekim, Yar. 10. H.D.'nin 15.12.1989 gün ve E: 1989/3282, K: 1989/9171 sayılı kararı da aynı doğrultudadır.
- 54 A. Güzel - A. R. Okur, 2003, s. 560.
- 55 A. Güzel - A. R. Okur, 2003, s. 561.
- 56 2829 sayılı Yasa anlamında "hak sahibi" terimi, sigortalının eşi, çocukları ile anne ve babalarını ifade etmektedir (2829 sayılı yasa md. 3). Bunlar dışındakilere 2829 sayılı Yasa'ya göre aylık bağlanması veya ödeme yapılması durumunda, sosyal güvenlik kurumları bu ödemelere katılmazlar (2829 sayılı Yasa md. 14).
- 57 Yar. 21. H.D.'nin 11.11.2003 gün ve E: 2003/10085, K: 2003/9124 sayılı kararı.
- 58 U. Araslı, 2002, s. 1687.
- 59 Yedi yıllık sürenin hesabında, sigortalının emeklilik tarihinden geriye doğru prim veya kesenek ödenerek geçen son yedi yıllık fiili hizmet süresi (360x7=2520 gün) esas alınır. Bu durumda, sigortalı örneğin, son yedi yıllık fiili hizmet süresinin en az 1261 gününü Emekli Sandığı Kanunu'na bağlı bir işte geçirmişse, yaşlılık aylığı Emekli Sandığı tarafından bağlanacaktır.
- 60 Yar. HGK.'nun 29.11.2000 gün ve E: 2000/21-1705, K: 2000/1750 sayılı kararı.
- 61 Yar. 21.H.D.'nin 02.05.2002 gün ve E: 2002/1896, K: 2002/3893; 22.05.2002 gün ve E: 2002/4024, K: 2002/4787; 20.02.2003 gün ve E: 2003/604, K: 2003/1127 sayılı kararları da aynı doğrultudadır.
- 62 A. Güzel - A. R. Okur, 2003, s. 562. Bununla birlikte 228 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde, aylık bağlayacak kurum, sigortalının

“son ayrıldığı kurum veya sandık” olarak tespit edilmişti. 2829 sayılı yasa ile getirilen çözümün, 228 sayılı Yasa’daki düzenlemeden daha adil olduğu da ortadadır.

- 63 Yar. HGK.’nın 23.09.1992 gün ve E: 1992/10-369, K: 1992/481 sayılı kararı.
- 64 U. Araslı, 2002, s. 1688.
- 65 Yar. 10.H.D.’nin 26.10.1993 gün ve E: 1993/2509, K: 1993/11556 sayılı kararı.
- 66 Y. Alper, 2003, s. 447; R. Aslanköylü, 2003, s. 1243.
- 67 U. Araslı, 2002, s. 1688.
- 68 Ayhan Başaran, Sosyal Sigortalılar İçin Emeklilik Kılavuzu, B. 2, Ankara, 1987, s. 72.
- 69 A. Güzel - A. R. Okur, 2003, s. 564.
- 70 A. Güzel - A. R. Okur, 2003, s. 564-565.
- 71 Y. Alper, 2003, s. 447.
- 72 K. Tunçomağ, 1988, s. 261.
- 73 K. Tunçomağ, 1988, s. 261.
- 74 R. Aslanköylü, 2003, s. 1240.
- 75 U. Araslı, 2002, s. 1689.
- 76 A. Güzel - A. R. Okur, 2003, s. 563.
- 77 22.02.1997 gün ve 1/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.
- 78 Yar. HGK.’nın 06.03.2002 gün ve E: 2002/21-132, K: 2002/139 sayılı kararı.
- 79 Yar. HGK.’nın 05.11.1997 gün ve E: 1997/10-698, K: 1997/895 sayılı kararı.
- 80 A. Güzel - A. R. Okur, 2003, s. 563.
- 81 Yar. HGK.’nın 05.11.1997 gün ve E: 1997/10-698, K: 1997/895 sayılı kararı.
- 82 U. Araslı, 2002, s. 1689.
- 83 Kadir Arıcı, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay’ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, İstanbul, 1999, s. 302.

## KAYNAKÇA

- Alper, Yusuf, (2003), Türkiye’de Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, B. 4, İstanbul.
- Araslı, Utkan, (2002), Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C. I ve II, Ankara.
- Arıcı, Kadir, (1999), Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay’ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, İstanbul.
- Aslanköylü, Resul, (2003), Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara.
- Ayhan, Abdurrahman, (1983), Türkiye’de Sosyal Sigorta Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Sorunu ve Uygulaması, Eskişehir.
- Başaran, Ayhan, (1987), Sosyal Sigortalılar İçin Emeklilik Kılavuzu, B. 2, Ankara.
- Centel, Tankut, (1993), “Bağımlı Çalışanların İsteğe Bağlı Sigortaya Devam Etmeleri”, İş Hukuku Dergisi, C. 3, s. 32-50.
- Güzel-Ali Okur, Ali Rıza, (2003), Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 9, İstanbul.
- Ozanoğlu, İlham Teoman, (1973), “Hizmet Birleştirilmesi, Prim

Borçlanılması Müessesesi ve 1186 Sayılı Yasa’nın Geçici Üçüncü Maddesi Üzerinde Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, S. 5-6, s. 350-368.

- Saymen, Ferit H. Ekonomi, Münir, (1966), Sosyal Sigortalar Tatbikatı, İstanbul.
- Sözer, Ali Nazım, (1998b) “İtibari Hizmet Müessesesi ve İtibari Hizmetle İlgili Bazı Uygulama Sorunları”, Çimento İşveren Dergisi, C.12, S. 3, 1998, s. 4-15.
- Tuncay, A. Can, (2002), Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, B.10, İstanbul.
- Tunçomağ, Kenan, (1988), Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, B. 4, İstanbul.

Prof. Dr. Nur CENTEL

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Denetimli Serbestlik ve İşverenin İstihdam Yükümlülüğü

## 1. Giriş

5237 Sayılı yeni Türk Ceza Yasası'yla birlikte Türk hukukuna "denetimli serbestlik" kurumu girmiş ve bu kurumun uygulanmasını göstermek üzere 5402 sayılı "Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu" yürürlüğe konulmuştur<sup>1</sup>. Söz konusu Yasa'nın işverene herhangi bir istihdam yükümlülüğü öngörüp öngörmediği, halen Türk çalışma yaşamına ilişkin çevrelerin ilgiyle izledikleri bir konudur. Aşağıda denetimli serbestlik kurumu tanıtılacak ve bu konu ele alınacaktır.

## II. Denetimli Serbestlik Kavramı

### 1. Karşılaştırmalı hukukta

Denetimli serbestlik, özel biçimde seçilmiş suçlular hakkında kamu davası açılmasının veya duruşma yapılmasının ya da cezaya hükmedilmesinin koşullu olarak geri bırakılması ve özgür bırakılan sanık hakkında onun kişiliğini hedef tutan bir denetleme ve yönlendirme sisteminin uygulanmasıdır. Denetimli serbestlik (probation measures), tarihi süreçte hakları sınırlandıran diğer seçeneklerden daha önce gelen ve hem yaptırımlar sistemini tamamlayan, hem de hapis cezasına seçenek olan bir kurumdur<sup>2</sup>. Denetimli serbestlik ilk kez 1840'lı

yıllarda İngiltere'de küçük suçlular; 1869'da Amerika Birleşik Devletleri'nde Massachussets Eyaletinde onaltı yaşından küçükler, daha sonra yetişkinler hakkında uygulanmış ve 1880 yılında ülke genelinde uygulanması sağlanmıştır<sup>3</sup>.

Bu kurumun kamu davası açılmasından önce uygulandığı ülkelerde savcı veya kolluk suç işleyen kişiyi belirli bir süre denetimli serbestlik altında bulundurarak bu sürede göstereceği iyi hale göre kamu davası açılmamasına karar verir<sup>4</sup>. Bazı ülkelerde ise kamu davası açıldıktan sonra, suçluda aranan özel niteliklerin ve diğer koşulların bulunması halinde denetimli serbestlik uygulanarak artık bir daha aynı suçtan dolayı kovuşturmayaya devam edilmez<sup>5</sup>.

Bu kurum suçluya karşı merhamet duygularından esinlenen bir nitelik taşımaz; suçluluğu azaltmada ve suçluyu ıslâh etmede etkili deneyimlerin getirdiği ceza hukuku tedbiri olarak karşımıza çıkar<sup>6</sup>.

Denetimli serbestlik sisteminin yararları olarak şunlar gösterilmektedir: Suçlu yaşamını özgürce sürdürmekte, ancak, bu özgürlüğün yararsızlığı anlaşıldığı takdirde cezaevine gönderilmesi olanağı saklı tutulmaktadır. Denetimli serbestlik, suçlunun, ailesi ve sosyal çevresi ile normal ilişkilerini korumasını mümkün kılar, böylece fail kendi kendini

yönetme olanağından tamamıyla yoksun kılınmış olur. Bu kurum, hapis cezası gibi, suçluyu ekonomik yönden bağımlı hale getirmez, tersine kendi geçimini sağlamakta devam etmesini ve ayrıca cezaevinin olumsuz etkilerinden korunmasını sağlar. Ancak, denetimli serbestlik kurumunun aleyhinde görüşler de vardır. Örneğin, bu kurumun cezanın etkisini kaldıracacağı ve korkutucu niteliğini yok edeceği, kişileri haksız suçlamalar karşısında savunmasız bırakacağı, dolayısıyla suçsuzluk karinesini ihlâl edeceği ileri sürülmektedir. Bu nedenle, bazı ülkelerde denetimli serbestlik, verilen hükmün denetim altında ertelenmesi olarak uygulanmaktadır<sup>7</sup>.

## 2. Türk hukukunda

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği m.4'e göre, denetimli serbestlik, mahkemece belirtilen koşullar ve süre içinde, denetim planı doğrultusunda suça sürüklenen çocuk, şüpheli, sanık veya hükümlünün toplumla bütünleşmesi açısından ihtiyaç duyduğu her türlü hizmet, program ve kaynakların sağlandığı toplum temelli uygulamadır<sup>8</sup>.

Türk hukukunda, Çocuk Koruma Yasası'na göre koruyucu ve destekleyici tedbir kararının verildiği, kamu davasının ertelendiği veya hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı hallerde çocuk hakkında denetim uygulanabilir.

Gerçekten, bu Yasa'ya göre, suçun soyut cezasının üst sınırı üç aydan fazla ve iki yıla (onbeş yaşından küçükler için üç yıla) kadar hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiriyorsa, savcı delilleri topladıktan sonra kamu davasını beş yıl süreyle erteleyebilir. Erteleme, çocuk hakiminin onayına tabidir (ÇKK m.19). Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda belirlenen ceza en çok üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ise mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (ÇKK m.23) ve çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir (ÇKK m.36).

Öte yandan, Türk hukukunda cezası ertelenen veya şartla salıverilen hükümlünün yaşamını özgürce sürdüreceği, ancak aynı zamanda denetim altına konulabileceği dönem de denetimli serbestlik kavramına dahil edilmiştir (TCK m.51; CGİK m.107). Hakim "denetimli serbestlik"e karar verirken hükümlüye rehberlik edecek, onu denetim al-

tında tutacak bir uzman kişi görevlendirebilir. Bu kişi hükümlüyü denetim altında tutar.

## III. Denetimli Serbestlik Kurumunun Hukuki Niteliği

Denetimli serbestlik sisteminde esas olan, davanın, duruşmanın veya cezaya hükmedilmesinin koşullu olarak geri bırakılmasıdır. Bu nedenle, henüz cezaya hükmedilmediği için, bu kurum cezanın yerini alan bir tedbir değildir. Diğer taraftan, davanın açılmasının veya duruşmaya devam edilmesinin ertelendiği hallerde suç henüz ispat edilmediğinden, kurumun suç karşılığında uygulanan bir tedbir olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Bu hallerde kurum kendine özgü bir özellik göstermektedir.

Bu kurumu hapis cezalarının yerine geçen veya para cezasının ödenmemesi halinde bu cezanın yerini tutan bir yaptırım biçiminde uygulayan ülkeler de bulunmaktadır<sup>9</sup>. Nitekim, Türk hukukunda erteleme ve şartla salıverme halinde denetimli serbestlik cezanın yerini alan bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bu halde denetimli serbestlik, suçlunun özgürlük içinde ve mensup bulunduğu sosyal çevrenin koşullarından ayrılmaksızın iyileştirilmesini mümkün kılacak tedbirlerin uygulanmasını ifade eder.

## IV. Denetimli Serbestlik Uygulanan Haller

### 1. Genel olarak

Karşılaştırmalı hukukta denetimli serbestlik kurumunun uygulanmasında ilk unsur, davanın, duruşmanın veya cezaya hükmedilmesinin koşullu olarak geri bırakılmasıdır. Ancak, bu kurumun uygulanmasına karar verilmesi, işlenen fiilden dolayı failin suçluluğunun ve kusurluluğunun tesbit edilmesine bağlıdır. Kurum, hakkında uygulanacağı suçluların uygun biçimde seçilmiş olmalarını gerektirir. Bu seçimi sağlayacak yöntemlerin belirlenmesi ise bilimsel araştırmalara konu oluşturmaktadır. Denetimli serbestlik uygulanmasının yararlı olabileceği suçlular bulunduğu gibi; hiçbir suretle uygulanmaması gereken kişiler de vardır. Bu nedenle, denetimli serbestlik uygulaması ceza hukukunda bireyselleştirmenin zorunluluğuna dayanır<sup>10</sup>. Nitekim, aşağıda görüleceği gibi, Türk hukukunda



çocukların yargılanmasında kamu davası veya hüküm ertelenerek denetimli serbestlik uygulaması yapılacak olan hallerde aranacak koşullar Yasa'da gösterilmiştir (ÇKK m.19, 23).

Türk hukukunda denetimli serbestlik, cezanın ertelenmesi, şartla salıverme, mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanması, çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması hallerinde uygulanabilir.

## 2. Cezanın ertelenmesinde

### a) Kavram

Erteleme, hüküm verildikten sonra cezanın çektilmesinden koşullu olarak vazgeçilmesidir<sup>11</sup>. Türk Ceza Yasası'na göre, failin işlediği bir suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olması durumunda cezanın ertelenmesi mümkündür. Bunun için, kişinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezası almamış olması ve mahkemenin, yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık nedeniyle failin tekrar suç işlemeyeceğine inanması gerekir (TCK m.51/1). Cezanın ertelenmesi halinde hükümlü deneme süresinde denetim altında bulundurulabilir. Cezası ertelenen hükümlünün denetim süresini kasıtlı bir suç işlemeyen veya yükümlülükleri ihlâl etmeden iyi halli olarak geçirmesi durumunda, ceza infaz edilmiş sayılır (TCK m.51/8).

### b) Denetim süresi ve gözetim

Cezası ertelenen hükümlüye uygulanacak deneme süresi ve rejim konusunda farklı sistemler vardır. Bazı sistemlerde deneme süresi sabit bir süre olarak belirlenir. Türk hukukunda 765 sayılı eski Türk Ceza Yasası ile 647 sayılı eski Cezaların İnfazı Hakkında Yasa döneminde cürümlerde beş, kabahatlerde bir yıl olmak üzere sabit süre uygulanmaktaydı. Yeni dönemde ise deneme süresini hakim Yasa'da gösterilen alt ve üst sınırlar çerçevesinde belirleyecektir<sup>12</sup>. Öte yandan, cezası ertelenmiş olan hükümlü deneme süresi içerisinde tamamen özgür bırakılabileceği gibi (gözetimsiz sistem); ıslâh amacıyla kendisine bazı yükümlülükler yüklenerek mutlak ya da takdiri olarak gözetim altında da tutulabilir (gözetim sistemi)<sup>13</sup>. Türk hukukunda, eski sistemde cezası ertelenen hükümlü hakkında denetim uygulanmaz, deneme süresini

suç işlemeyen geçirdiğinde "mahkûmiyeti esasen vaki olmamış" sayılırdı (765 sayılı eski TCK m.95). Yeni sistemde ise hakimın takdirine bağlı olarak uygulanan bir denetim sözkonusudur. Ayrıca cezası ertelenen hükümlünün yükümlülüklerine tâbi tutulması da mümkündür; ancak bu durum hakimın takdirine bağlıdır. Çünkü, Yasa'da yükümlülüklerine "karar verilebilir" denilmektedir (TCK m.51/4). Ayrıca Yasa'da açıkça, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlenmeden geçirilmesine karar verilebileceği de belirtilmiştir (TCK m.51/6).

### aa) Denetim süresinin düzenlenmesi

Cezası ertelenen hükümlü hakkında bir yıldan üç yıla kadar denetim süresi belirlenir<sup>14</sup>. Denetim süresinin alt sınırı mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz (TCK m.51/3). Mahkemenin denetim süresine ilişkin olarak yapabileceği düzenlemeler şunlardır:

- Hükümlünün denetim süresince yükümlülüklerine tâbi tutulmasına karar verilmesi,
- Hükümlünün uzman gözetimi altında bulundurulmasına karar verilmesi,
- Hükümlünün hem yükümlülüklerine tâbi tutulmasına, hem de gözetim altında bulundurulmasına karar verilmesi,
- Hükümlünün, kişiliği ve sosyal durumu göz önünde bulundurularak, denetim süresini yükümlülük öngörülmeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirmesine karar verilmesi.

### bb) Yükümlülükler öngörülmesi

Denetim süresinde öngörülebilecek yükümlülükler şunlardır (TCK m.51/4):

- 1) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam ettirilmesi,
- 2) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması,
- 3) Onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma olanağı da bulunan bir eğitim kurumuna devam ettirilmesi.

### cc) Denetim görevlisi atanması

Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir (TCK m.51/5). Yasa koyucunun "hükümlüye rehberlik edecek uzman kişi"yle kastettiği; Denetimli

Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'na göre bu kurumda çalışan ve hükümlünün denetimi ile görevlendirilebilecek olan uzman kişilerdir.

Denetimli serbestlik ve yardım merkezlerinde çalışan şube müdürü, şef, sosyal çalışmacı, psikolog, sosyolog, öğretmen, infaz ve koruma memuru, kadrolu veya geçici görevli memurlar ile gönüllü çalışanlar denetim serbestlik görevlisi olarak tanımlanmışlardır (Yönetmelik m.4). Bu kişilerden, ancak hükümlünün topluma bütünleşmesi çerçevesinde iyileştirmesine yardımcı çalışmalarını yürütme ve denetimi yapma konusunda uzman olanlar denetimle görevlendirilebilir. Kanımızca, Yönetmelik m.4 uyarınca, hazırladıkları denetim plânıyla denetim yöntemini belirlemeye yetkili olan sosyal çalışmacı, psikolog, sosyolog ve öğretmen gibi uzmanlar hükümlüye rehberlik edecek kişilerdir. Örneğin, denetimli serbestlik ve yardım merkezinde sekreter olarak çalışan bir kişinin denetimli serbestlik görevlisi olarak tanımlanmış olması onun uzman denetim görevlisi olduğu anlamına gelmez.

#### **dd) Denetim görevlisinin görevleri**

Mahkemece hükümlüye rehberlik etmek üzere görevlendirilen uzmanın görevleri şunlardır:

- Hükümlüye, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini sağlayacak öğütlerde bulunmak,
- Hükümlünün eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunmak,
- Hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime vermektir (TCK m.51/5).

Denetimli serbestlik uygulamasının başarısı, denetim görevlisinin hükümlüyü yönlendirme konusunda etkili olmasına bağlıdır. Denetim görevlisinin faaliyeti "öğüt verme" düzeyinde kalmamalı, hükümlüyü kötü alışkanlıklardan kurtarmayı ve yeniden sosyalleşmesini sağlamayı fiilen gerçekleştirecek yönde olmalıdır.

### **3. Hükümlünün şartla saliverilmesinde**

#### **a) Kavram**

Şartla salıverme, hapis cezasının bir kısmını çekmiş olan hükümlüye, cezasının geri kalan kısmını özgür olarak geçirme olanağını tanıyan bir kurum-

dur. Burada devlet, şartlı olarak cezanın bir bölümünün infaz kurumunda infazından vazgeçmekte ve yine şartlı olarak, cezaevi dışında geçirilen süreyi de hesaba katarak, cezayı infaz edilmiş saymaktadır<sup>15</sup>. 5275 sayılı yeni Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa'ya göre, süreli hapis cezasının üçte ikisini, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz, müebbet hapis cezasının ise yirmidört yılını infaz kurumunda çeken hükümlüler, iyi halli olmak koşuluyla şartla salıverilir (CGİK m.107/2)<sup>16</sup>.

İnfaz kurumu dışında geçirilen ve denetim süresi olarak adlandırılan süre iyi halli ve yükümlülükler uygun olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır (CGİK m.107/14). Belirtelim ki, denetim süresi içinde ceza zamanaşımı durur, ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere hükümlü hak ve yetkinin yasaklanması tedbirinin süresi de işlemeye başlamaz (TCK m.53/5)<sup>17</sup>.

#### **b) Denetim süresi ve gözetim**

Türk hukukunda, eski sistemde koşullu salıverilenin herhangi bir gözetime tâbi tutulması sözkonusu değildi. Ancak, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Yasa'da sistem değiştirilmiş, koşullu salıverilen hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması veya yükümlülükler öngörülebilmesi kabul edilmiştir<sup>18</sup>.

#### **aa) Denetim süresinin düzenlenmesi**

Eski sistemde, suç işlemeden geçirilmesi gereken sürenin cezanın geriye kalan kısmı olmasına karşılık; yeni sistemde mahkeme koşullu salıverilen hükümlü hakkında denetim süresi belirleyecektir. Denetim süresi, infaz kurumunda geçirilen sürenin (koşulla salıverme süresinin) yarısı kadardır. Ancak süreli hapislerde, denetim süresi hakederek tahliye tarihini (hükümde gösterilen ceza süresini) geçemez (CGİK m.107/11). Belirtelim ki, bu süre teknik olarak denetim süresi olmayıp deneme süresidir. Çünkü, bu süre içinde denetim yani hükümlüye rehberlik edecek ve yükümlülüklerin yerine getirilmesini denetleyecek uzman bir görevlinin görevlendirilmesi zorunlu değildir (CGİK m.107/10)<sup>19</sup>.

Yeni Yasa'ya göre, mahkemenin önünde şu seçenekler bulunmaktadır: Mahkeme, koşullu salıverilen hükümlü hakkında deneme (Yasa'nın ifadeyle denetim) süresi içinde, ya sadece hükümlüye uzman bir gözetmen tayin ederek denetimli serbestliğe veya sadece yükümlülükler karar verir ya

da denetimli serbestlikle birlikte belirli yükümlülükler öngörebilir veya ne denetimli serbestlik ne de kural olarak bir yükümlülük öngörür (CGİK m.107)<sup>20</sup>.

O halde, mahkemenin, hükümlü hakkında herhangi bir yükümlülük veya denetim öngörmemesi veya öngördüğü yükümlülükleri ya da denetimli serbestlik tedbiri uygulanması kararını kaldırması mümkündür. Bunun için, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliği ve topluma uyumdaki başarısı göz önünde bulundurulur (CGİK m.107/10).

#### **bb) Yükümlülükler öngörülmesi**

Mahkeme, yükümlülük olarak, hükümlünün, denetim süresinde, infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalışmasını öngörebilir (CGİK m.107/7).

Hükümlü onsekiz yaşından küçük ise denetim süresinde eğitime, gerektiğinde barınması da mümkün olan bir kurumda devam etmekle yükümlü tutulur (CGİK m.107/7). Yasa'da, hakime bu konuda takdir yetkisi tanınmamıştır (CGİK m.107/8). Ancak belirtelim ki, hükümlü çocuğun eğitim kurumuna devam yükümlülüğünü yerine getiremeyeceği belli ise hakim denetimli serbestlik tedbirine karar vererek ona rehberlik edecek uzman görevlendirmesi daha yerinde olacaktır.

Yükümlülükler Yasa'da belirtilenlerle sınırlı sayılmamalı ve hakim hükümlüyü birden fazla yükümlülüğe tâbi kılabilmelidir. Nitekim Yasa'da, "yükümlülük"ten değil, "yükümlülükler"den söz edilerek, bu uygulamaya olanak tanınmıştır (CGİK m.107/13-b,14).

Denetim süresinin daha etkin geçirilebilmesi için mahkeme, denetim süresi içinde ilgili ek yükümlülüklerle de bağlı tutabilir.

#### **cc) Denetim görevlisi atanması**

Mahkeme, denetim süresinde hükümlüyü bir yükümlülüğe bağlı tutmayıp ona rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu halde, uzman kişi sadece hükümlüye rehberlik edecek, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini sağlayacak öğütlerde bulunacak, sorunlarının çözümünde yardımcı olacaktır.

Denetimli serbestlik görevlisi, denetimli ser-

bestlik ve yardım merkezlerinde çalışan şube müdürü, şef, sosyal çalışmacı, psikolog, sosyolog, öğretmen, infaz ve koruma memuru, kadrolu veya geçici görevli memurlar ile gönüllü çalışanları olabilir (Yönetmelik m.4). Ancak, yukarıda da değinildiği gibi, bu kişilerin danışmanlık yapabilecek uzmanlığa sahip olmaları gerekir.

Mahkeme hem yükümlülük yükleyip, hem de hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi gözetmen olarak görevlendirebilmelidir.

Denetimli serbestlik görevini yerine getirmek üzere "denetimli serbestlik ve yardım merkezleri" kurulur (CGİK m.104/3). Denetimli serbestlik ve yardım merkezleri ile koruma kurullarının kuruluşu, çalışma yöntem ve esasları, Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'nda düzenlenmiştir<sup>21</sup>.

#### **dd) Denetim görevlisinin görevleri**

Mahkemece hükümlüye rehberlik etmek üzere görevlendirilen uzmanın görevleri şunlardır:

- Hükümlüye, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini sağlayacak öğütlerde bulunmak,
- Hükümlünün eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişa-relerde bulunmak,
- Hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime vermektir (CGİK m.107/9).

## **4. Mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanmasında**

### **a) Kavram**

Mükerrir, bir kez suç işleyip kesin olarak mahkûmiyete uğradıktan sonra tekrar suç işleyen kişi demektir. Türk hukukunda suçta tekerrür halinde 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu döneminde cezanın artırılması sisteminin geçerli olmasına karşılık, yeni Türk Ceza Kanunu'nda infazda özel rejim ve infazdan sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması kabul edilmiştir. Ayrıca tekerrür halinde, sonraki suç için seçimlik ceza öngörülmüşse, Yasa'ya göre hapis cezasının temel ceza olarak alınması gerekecek (TCK m.58) ve koşullu salıverme şartları ağırlaşacaktır (CGİK m.108/2, 3).

**b) Denetim süresi ve gözetim**

Tekerrür halinde, hükümlü hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır<sup>22</sup>. Bunun mahkûmiyet kararında belirtilmesi gerekir (TCK m.58/7). Hakim, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler. Denetim süresi, hakim tarafından en fazla beş yıla kadar uzatılabilir (CGİK m.108/6).

Tekerrür nedeniyle belirlenen denetim süresinde, koşullu salıvermenin denetim süresine ilişkin hükümleri uygulanır (CGİK m.108/5). Buna göre, hakim denetim süresinde uygulanacak rejim konusunda iki seçeneğe sahiptir (CGİK m.107):

- Hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirme veya
- Hükümlüye rehberlik edecek uzman kişi görevlendirmeme.

**5. Koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesinde****a) Kavram**

Çocuk Koruma Kanunu'na göre, özel korunma ihtiyacı olan çocuklar ile suça sürüklenen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirler uygulanır. Çocuk Koruma Yasası'nda düzenlenen "koruyucu ve destekleyici tedbirler", suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından "çocuklara özgü güvenlik tedbirleri" olarak anlaşılır (ÇKK m.11). Suça sürüklenen çocuk aynı zamanda akıl hastası ise yine çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır (ÇKK m.12).

Çocuk Koruma Yasası'na göre, koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik, danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir (ÇKK m.5/1). Bunlar, danışmanlık tedbiri, eğitim tedbiri, bakım tedbiri, sağlık tedbiri ve barınma tedbiri olarak tanımlanmaktadır (ÇKK m.5/1a-e).

Çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı talep üzerine çocuk hakimi tarafından alınır, değiştirilir ve kaldırılır. Hakim, tedbir kararı vermeden önce çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırabilir. Tedbirin türü kararda gösterilir. Tedbir, bir veya daha fazla olabilir. Hakim tedbir ön-

gördüğünde, çocuğun denetim altına alınmasına da karar verebilir (ÇKK m.7)<sup>23</sup>.

Çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesi, çocuğun annesi, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet Savcısı tarafından istenebilir (ÇKK m.7/1).

**b) Deneme süresi ve gözetim**

Hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir uygulanacak çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir (ÇKK m.7/4,36).

Çocuk onsekiz yaşına geldiğinde tedbir kendiliğinden sona erer. Ancak hakim eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verilebilir. Devam kararı, çocuğun onayına bağlıdır (ÇKK m.7/6). Denetimli serbestlik uygulaması, aşağıda hükmün açıklanmasının geri bırakılması başlığı altında anlatılmaktadır.

**6. Kamu davası açılmasının ertelenmesinde****a) Kavram**

Çocuk Koruma Yasası'na göre, suçun soyut cezasının üst sınırı üç aydan fazla ve iki yıla (onbeş yaşından küçükler için üç yıla) kadar hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiriyorsa, savcı delilleri topladıktan sonra kamu davasını beş yıl süreyle erteleyebilir. Erteleme, çocuk hakiminin onayına tâbidir (ÇKK m.19).

Kamu davası açılmasının ertelenmesi için aranan koşullar, çocuğun daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği izlenimini uyandırması, kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması ve suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir. Çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması halinde bu son koşul aranmayabilir.

Erteleme süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olmadığı takdirde, çocuk hakkında kovuşturmayla yer olmadığına karar



verilir. Erteleme süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyet halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir.

Yeni bir kurum olan kamu davasının ertelenmesi koşulları arasında çocuğun görüşünün alınmasına yer verilmemiştir. Bu durum, çocuğun adil yargılanma ve aklanma hakkının elinden alınması sonucunu doğurur. Çocuğun yargılanmasından vazgeçilmesi konusunda kendisinin iradesinin aranması gerekir. Uygulamada çocuğun onayının alınması yerinde olacaktır.

### b) Deneme süresi ve gözetim

Hakkında kamu davası açılmasının ertelenmesine karar verilen çocuk beş yıl deneme süresine bağlı tutulur. Bu sürede çocuk hakkında denetimli serbestlik uygulanması mümkündür (ÇKK m.36/1)<sup>24</sup>. Denetimli serbestlik uygulaması, aşağıda “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması” başlığı altında anlatılmaktadır.

## 7. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında

### a) Kavram

Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda belirlenen ceza en çok üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ise mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir (ÇKK m.23). Bunun için aranan koşullar, çocuğun daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaat getirilmiş olması, çocuk hakkında, kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları itibarıyla bir cezaya hükmedilmesine gerek görülmemesi, çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olması halinde, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir<sup>25</sup>.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir (ÇKK m.23/8)<sup>26</sup>.

Çocuk, denetimli serbestlik süresi içinde hapis

cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemez ve yükümlülüklerle uygun davranır ise denetimli serbestlik süresini iyi halli geçirmiş sayılarak davanın düşmesine karar verilir (ÇKK m.23/5).

Türk hukukunda yeni bir kurum olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, suç işleyen çocuğa, gerektiğinde ceza yerine tedbir uygulanması anlamına geldiği için çağdaş gelişmelere uygundur. Bu konuda esas alınan ceza, yargılama sonunda belirlenen somut ceza olduğundan, sulh ve asliye ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları yargılayacak olan çocuk mahkemeleri, hemen her davada bu seçeneği uygulayabileceklerdir.

### b) Deneme süresi ve gözetim

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında deneme süresi beş yıldır. Süre geri bırakma kararının kesinleşmesinden itibaren başlar. Bu süre aynı zamanda denetimli serbestlik tedbiri uygulanacak olan denetim süresidir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur (ÇKK m.23/3).

Çocuk Koruma Yasası, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında denetimli serbestlik uygulanması konusunda çelişkili hükümler içermektedir. Gerçekten, ÇKK m.23/3’de, “hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde, çocuk, beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulur. Bu süre içinde çocuğun bir eğitim kurumuna devam etmesine, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir.” denilerek denetimli serbestlik tedbirine karar vermenin zorunlu olduğunun, ancak yükümlülükler konusunda takdir hakkı bulunduğu belirtilmesine karşılık; ÇKK m.36’da, “hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir” denilmiştir. Bu durumda, uygulamanın nasıl gelişeceği konusu merak uyandırmaktadır. Bu kuruma suç işlediği anlaşılan çocuklar hakkında baş vurulacağına göre, çocuğun menfaati, onun yükümlülüklerle tâbi tutulmasını gerektirecektir.

Denetimli serbestlik tedbiri, hal ve gidişatın gözetim altında bulundurulmasını anlatır. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulandığı hallerde, denetimli serbestlik süresince ek yükümlülükler de öngörülebilir. Ancak, ek yükümlülüklerin denetimli

serbestlik tedbirine karar veren makam tarafından ayrıca kararlaştırılması gerekir. Hangi kurumlarda ek yükümlülüklerle karar verileceği ilgili kuruma ilişkin hükümlerde yer verilmiştir<sup>27</sup>.

**aa) Denetim altına alma nedeni ve denetim görevlisi atanması**

Hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilen, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı onanan veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir (ÇKK m.36).

Denetim altına alınan çocukla ilgili olarak “denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü” tarafından bir denetim görevlisi görevlendirilir<sup>28</sup>. Ancak, korunma ihtiyacı olan çocuklar veya suç tarihinde oniki yaşını bitirmemiş suça sürüklenen çocuklar ile çocuğun aileye teslimi yönünde karar verilmesi halinde, bu çocuklar hakkında denetim görevi gözetim esaslarına göre sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumu tarafından yerine getirilir. Görevlendirme sırasında çocuğun kişisel özellikleri ve gereksinimleri dikkate alınır ve çocuğa kolay ulaşabilecek olanlar tercih edilir (ÇKK m.37).

**bb) Denetim görevlisinin görevleri**

Denetim görevlisinin görevleri şunlardır (ÇKK m.38/1):

- Kararla ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesi için çocuğun eğitim, aile, kurum, iş ve sosyal çevreye uyumunu sağlamak üzere onu destekleme, yardımcı olma, gerektiğinde önerilerde bulunma,
  - Çocuğa eğitim, iş, destek alabileceği kurumlar, hakları ve haklarını kullanma konularında rehberlik etme,
  - İhtiyaç duyacağı hizmetlerden yararlanmasında çocuğa yardımcı olma,
  - Kaldığı yerleri ve ilişki kurduğu kişileri ziyaret ederek çocuğun içinde yaşadığı şartları, ailesi ve çevresiyle ilişkilerini, eğitim ve iş durumunu, boş zamanlarını değerlendirme faaliyetlerini yerinde inceleme,
  - Alınan kararın uygulanmasını, bu uygulamanın sonuçlarını ve çocuk üzerindeki etkilerini izleme, tabii tutulduğu yükümlülüklerin yerine getirilmesini denetleme,
  - Çocuğun gelişimi hakkında, üçer aylık sürelerle Cumhuriyet savcısına veya mahkemeye rapor verme.
- Denetim görevlisi, görevini yerine getirirken

gerektiğinde çocuğun ana ve babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse ve öğretmenleriyle işbirliği yapar (ÇKK m.38/2).

Çocuğun ana ve babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse çocuğun devam ettiği okul, işyeri veya çocukla ilgili bilgiye sahip kurumların yetkilileri, denetim görevlisine yardımcı olmak, görevi gereğince istediği bilgileri vermek zordur (ÇKK m.38/3).

Çocuğun yakınları denetim görevlisinin yetkilerine müdahale edemez (ÇKK m.38/4).

**cc) Denetim planı ve raporu**

Çocuğa uygulanacak denetimin yöntemi, denetim görevlisince, sosyal incelemeyi yapan uzman veya mahkeme nezdindeki sosyal çalışma görevlisi ile birlikte, görevlendirmeyi izleyen on gün içinde hazırlanacak bir planla belirlenir (ÇKK m.39/1). Denetim planı hazırlanırken dikkate alınacak hususlar şunlardır (ÇKK m.39/2):

- Çocuk hakkında alınan tedbirin amacı, niteliği ve süresi,
- Çocuğun ihtiyaçları,
- Çocuğun içinde bulunduğu tehlike hâlinin ciddiyeti,
- Çocuğun ana ve babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse tarafından çocuğa verilen desteğin derecesi,
- Suça sürüklenmesi sebebiyle tedbir alınmış ise suç teşkil eden fiilin mahiyeti,
- Çocuğun görüşü.

Denetim planı, mahkeme veya çocuk hakimince onaylandıktan sonra derhal uygulanır. Denetim görevlisi, kararın uygulama biçimi, çocuk üzerindeki etkileri ile çocuğun ana ve babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimselerin veya kurumların çocuğa karşı sorumluluklarını gerektiği gibi yerine getirip getirmediği, kararın değiştirilmesini gerektirir bir durum olup olmadığı ve istenen diğer hususlarda her ay, ayrıca talep halinde mahkeme veya çocuk hakimine rapor verir (ÇKK m.39/3).

**dd) Denetimin sona ermesi**

Denetim, kararda öngörülen sürenin dolmasıyla sona erer. Tedbirden beklenen yararın elde edilmesi halinde ise denetim sürenin dolmasından önce de kaldırılabilir (ÇKK m.40/1).

Denetim, çocuğun başka bir suçtan dolayı tutuklanması veya cezasının yerine getirilmesine başlanmasıyla da sona erer (ÇKK m.40/2).

### ee) Denetim raporları hakkında bilgi edinme

Denetim planı ve raporunun birer örneğini çocuğun avukatı (müdafii) veya yasal temsilcisi Cumhuriyet savcısından, mahkemeden veya çocuk hakiminden alabilir. Çocuğa raporun içeriği hakkında bilgi verilir (ÇKK m.41/1). Ancak, çocuk ve avukatı (müdafii) hariç olmak üzere birinci fıkrada gösterilen kişilerin denetim planı ve raporu hakkında bilgi sahibi olmasının çocuğun yararına aykırı olduğuna kanaat getirilirse, bunların incelenmesi kısmen veya tamamen yasaklanabilir (ÇKK m.41/2).

## V. İşverenin Eski Hükümlüleri ve Denetimli Serbestlik Altında Bulunanları Çalıştırması

### 1. Eski hükümlü çalıştırma

İşverenler elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde eski hükümlü çalıştırmakla yükümlüdür. Bunun oranı Bakanlar Kurulunca belirlenir ve her yılın Ocak ayı başından itibaren yürürlüğe girer. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır (İş K.m.30/1)<sup>29</sup>.

Çalıştırmakla yükümlü olunan işçiler Türkiye İş Kurumu aracılığıyla sağlanır (İş K. m.30/5).

Eski hükümlü çalıştırılmasında yasalardaki kamu güvenliğiyle ilgili hizmetlere ilişkin özel hükümler saklıdır (İş K:m.30/9).

Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranların üstünde eski hükümlü çalıştıran işverenlere sosyal sigortalar primi ödenmesinde kolaylık sağlanır. Bu işverenler kontenjan fazlası işçiler için 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre ödemeleri gereken işveren sigorta primi hisselerinin yüzde ellisini öderler, geriye kalanı Hazine'nin üzerindedir (İşK.m.30/10).

Belli sayıda işçi çalıştıran işverenler, eski hükümlü çalıştırmakla yükümlü olduklarından, söz konusu yükümlülüğe uyulmaması suç teşkil eder. İş Kanunu m.30'daki hükümlere aykırı olarak eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için para cezası verilir. Kamu kuruluşları

## Haklarında denetimli serbestlik uygulananların çalıştırılması, denetim kapsamında öngörülebilecek yükümlülüklerden biridir.

da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz (İş K.m.101)<sup>30</sup>.

### 2. Denetimli serbestlik altında bulunanları çalıştırma

Haklarında denetimli serbestlik uygulananların çalıştırılması, denetim kapsamında öngörülebilecek yükümlülüklerden biridir. Gerçekten, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu m.51/4-b'ye göre, cezası ertelenen hükümlü bir meslek veya sanat sahibi ise bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilir.

Bunun gibi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.107/7'ye göre de, şartla salıverilen hükümlü, denetim süresinde, infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalıştırılabilir.

Denetimli serbestlik kapsamında gerçekleştirilecek çalıştırılma, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu m.15/a-1'e göre şube müdürlüklerinin görevleri arasındadır. Şube müdürlükleri, denetim süresinde hükümlünün kamu kuruluşunda veya bir başkasının gözetiminde ücretle çalıştırılması konusunda görevlidir. 5275 sayılı İnfaz Kanunu m.90 ve 91'de gösterildiği gibi, şube müdürlükleri salıverilen kişilerin iş bulmalarına veya meslek ve sanatlarıyla ilgili bir iş kurmalarına ve diğer sorunlarının çözümüne yardımcı olmak üzere, koruma kurulları, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan vakıf ve dernekler ile uygun görülen gönüllü gerçek ve tüzel kişilerle işbirliği yapacaklardır (DSK m.15/1-d).

Bu hüküm, şartla salıverilen ve bir meslek veya sanat sahibi olan hükümlülerin denetimli serbestlik kapsamında ücretli çalıştırılmaları konusunda ger-

## Denetimli Serbestlik ile ilgili Kanun şartla salıverilen ve bir meslek veya sanat sahibi olan hükümlülerin denetimli serbestlik kapsamında ücretli çalıştırılmaları konusunda gerçek ve tüzel kişilere herhangi bir yükümlülük getirmemektedir.

çek ve tüzel kişilere herhangi bir yükümlülük getirmemektedir. Çünkü, Yasa'da bu kuruluşların "gönüllü" olması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, gönüllü olan kuruluşların da şube müdürlüklerince "uygun görülmesi" gerekmektedir.

Ancak, hemen belirtelim ki uygun bir patronaj rejimiyle birlikte uygulanmadığı takdirde en çağdaş infaz rejiminden dahi beklenen sonuçlar elde edilemez<sup>31</sup>. Suçluların ıslahı konusunda ilerleme sağlanması, toplumun her kesiminin bu konuda çaba göstermesiyle, örneğin eski hükümlülere uygun iş verilmesiyle gerçekleştirilebilir.

Hapis cezasının asıl amacı, hükümlüyü ıslâh ederek topluma iade etmektir. Bu nedenle, hükümlünün tekrar suç işlememesi için gerekli araçlarla cezanın infazının tamamlanması, amaca ulaşma bakımından bir zorunluluktur. İnfaz rejiminin başarısı bakımından eski hükümlünün topluma dönüşünde yaşamını ve topluma uyumunu kolaylaştıracak araçlara gereksinme vardır. Bu nedenle, hapis cezası rejiminin sosyal yardım faaliyetiyle tamamlanması şarttır. İşte, cezaevinden çıkan hükümlünün, toplum yaşamında daha ilk günlerden itibaren karşılaşacağı güçlükleri ortadan kaldırmak için, ona yardım etme amacıyla yapılan faaliyete "patronaj" denilmektedir<sup>32</sup>. Patronaj bir zorunluluktur ve ayrıca hükümlü salıverilmeden, sonrası için faaliyete geçilmelidir. Patronaj devlet müdahalesini gerekli kılmakla birlikte; bu konuda toplumun tüm kurumlarına da sorumluluk düştüğü kuşkusuzdur.

Eski hükümlülerin çalışmaları, infazın başarılı olmasını destekleyen etkenlerin başında gelir. Bu nedenle, yasalarda eski hükümlülere iş bulunması konusunda çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Örneğin, 5275 sayılı yeni İnfaz Yasası'nda, "hükümlü salıverildiğinde iş bulması veya kendi işini kurması yönünde özendirilir. Bu konuda gönüllü kişi ve

kuruluşlar ile resmi kurumlarla işbirliği yapılır. Bu husustaki ayrıntılar tüzükte gösterilir" denilmektedir (CGİK m.91). 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Yasası'nda ise koruma kurullarının görevleri arasında ceza infaz kurumlarından salıverilen hükümlülerin meslek veya sanat edinmelerine, iş bulmalarına, sanat sahibi olanlarla tarım işletmeciliği yapmak isteyenlere araç ve kredi sağlanmasına, isteyenlerin işyeri açmalarına yardım etme gösterilmiştir (DSK m.17)<sup>33</sup>.

### 3. Eski hükümlü - denetimli serbestlik altında bulunan kavramları

İş Kanunu m.30 hükmüne göre, işverenlerin eli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde eski hükümlü çalıştırma yükümlülükleri bulunmakta ve bu yükümlülüğe uyulmaması, yukarıda belirtildiği üzere, İş Kanunu m.101 uyarınca suç teşkil etmektedir.

Denetimli serbestlik altında bulunanların çalıştırılması ise Türk Ceza Kanunu m.51/4-b'de cezası ertelenenler, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.107/7'de şartla salıverilenler için öngörülmüştür.

Denetimli serbestlik altında bulunanların çalıştırılması, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu m.15/a-1'e göre şube müdürlüklerinin görevleri arasındadır. Şube müdürlükleri, denetim süresinde hükümlünün kamu kuruluşunda veya bir başkasının gözetiminde ücretle çalıştırılması konusunda görevlidir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.90 ve 91'de gösterildiği gibi, şube müdürlükleri, salıverilen kişilerin iş bulmalarına veya meslek ve sanatlarıyla ilgili bir iş kurmalarına yardımcı olmak üzere, diğer kuruluşlar yanında, uygun görülen gönüllü gerçek ve tüzel kişilerle işbirliği yapacaklardır (DSK m.15/1-d).

Bu hüküm, İş Kanunu m.30'da öngörülenin aksine, şartla salıverilen ve bir meslek veya sanat sahibi olan hükümlülerin denetimli serbestlik kapsamında ücretli çalıştırılmaları konusunda gerçek ve tüzel kişilere herhangi bir yükümlülük getirmemektedir. Çünkü, Yasa'da bu kuruluşların "gönüllü" olması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, gönüllü olan kuruluşların da şube müdürlüklerince "uygun görülmesi" gerekmektedir.



Bu düzenlemelerden edinilen izlenim, yasakoyucunun “eski hükümlü” ile “denetimli serbestlik altında bulunan” kavramlarını farklı mütalaa ettiği, eski hükümlü çalıştırma konusunda, bazı koşullarla, işverene yükümlülük getirdiği halde, denetimli serbestlik altında bulunanların çalıştırılması konusunda yükümlülük getirmediği, “gönüllülüğü” esas aldığı olmaktadır. Bu kavramların farklı olduğu, çalıştırılacak eski hükümlülerin Türkiye İş Kurumu aracılığıyla sağlanmasının öngörülmesine karşılık (İş K.m.30/5); denetimli serbestlik altında bulunanların çalıştırılmasının, şube müdürlüklerinin görevleri arasında olması da göstermektedir (5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Kuruma Kurulları Kanunu m.15/a-1).

Bu açıdan, “Özürü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik”te yer alan “eski hükümlü” tanımı, artık geçerliliğini yitirmiş olmaktadır<sup>34</sup>. Yönetmelik m.3’e göre, eski hükümlü, altı aydan daha uzun süreli hürriyeti bağlayıcı bir suçtan veya ceza süresine bakılmaksızın devlet memuru olmaya engel bir suçtan hüküm giymiş ve cezalarını infaz kurumlarında tamamlamış veya cezası tecil edilmiş yahut şartlı salıverme yoluyla tahliye edilmiş olanlar ile özel kanunlarında belirtilen şartlardan dolayı istihdam edilmeleri olanağı bulunmayanlar veya ömür boyu kamu hizmetinden yasaklı bulunanları ifade eder<sup>35</sup>.

**Yasakoyucu “eski hükümlü” ile “denetimli serbestlik altında bulunan” kavramlarını farklı mütalaa ettiği, eski hükümlü çalıştırma konusunda bazı koşullarla işverene yükümlülük getirdiği halde, denetimli serbestlik altında bulunanların çalıştırılması konusunda yükümlülük getirmemekte, “gönüllülüğü” esas almaktadır.**

Bu tanımda cezası ertelenmiş veya şartla salıverme yoluyla tahliye edilmiş olanlar, “eski hükümlü” sayılarak İş K.m.30 kapsamına dahil edilmektedir. Oysa, yeni yasalardaki düzenlemelere göre cezası ertelenen veya şartla salıverilen kişiler, denetimli serbestlik altına alınarak çalıştırılabilmekte ve bu konuda, işverenlere herhangi bir yükümlülük getirilmeyip, gönüllülük esas alınmaktadır<sup>36</sup>. Bu durumda, “eski hükümlü” ile “denetimli serbestlik altında bulunan” kavramlarının yeniden tanımlanması gerekmektedir.

Kanımcı, eski hükümlü, cezasının infazı tamamlanmış olan kişidir. Cezanın ertelenmesi ile şartla salıverme hallerinde ise ancak deneme süresi başka suç işlenmeksizin veya öngörülen yükümlülükler ihlal edilmeksizin geçirildiğinde cezanın infazı tamamlanmış sayılacaktır.

## VI. Denetimli Serbestlik Uygulamasında Görev Alanların Yükümlülükleri

Denetimli serbestlik ve yardım ile koruma hizmetlerinde görev alanların faaliyetlerini yürütürken göz önünde bulundurmaları gereken ilkeler şunlardır (DSK m.4):

### 1. İnsan onuruna saygı ve dürüstlük

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yasası'nın uygulanmasında görev alanlar, insan haklarına saygı, dürüstlük ve kararlılık çerçevesinde hareket eder, görevlerini yerine getirirken aşağılayıcı, onur kırıcı veya küçük düşürücü davranışlarda bulunamaz.

### 2. Gizlilik

Denetimli serbestlik uygulanmasında görev alanlar, suçtan zarar gören, şüpheli veya sanık, hükümlü ya da bunların ailesi hakkında öğrenmiş oldukları bilgilerin gizliliğini korumakla yükümlüdür. Bu bilgiler Yasa'nın zorunlu kıldığı haller dışında hiçbir kurum ve kişiye verilemez.

### 3. Tarafsızlık

Denetimli serbestlik uygulanmasında görev alanlar, görevleriyle ilgili belgeleri inceleyebilir. Ancak, bu belgelerden elde ettikleri bilgilerle ilgili olarak soruşturmanın gizliliği ilkesine uymak, tarafsızlığına gölge düşürecek davranış ve ilişkiler-

den kaçınmak ve davanın taraflarına eşit uzaklıkta olmak zorundadır.

## VII. Denetimli Serbestlik Organları

Denetimli serbestlik kapsamındaki görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı, Adalet Komisyonu bulunan yerlerde Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi Şube Müdürlüğü ile Koruma Kurulu kurulur (DSK m.6/1).

Denetimli serbestlik ve yardım ile koruma hizmetlerine ilişkin danışma organı olarak Adalet Bakanlığı'nda Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Danışma Kurulu oluşturulur (DSK m.6/2).

Denetimli serbestlik ve yardım ile koruma hizmetleri, Adalet Bakanlığı merkez teşkilâtında daire başkanlığı, taşra teşkilâtında şube müdürlükleri ve koruma kurulları tarafından yürütülür (DSK m.7).

Şube müdürlükleri ile koruma kurullarının idari nitelikteki eylem ve işlemlerine karşı infaz hakimliğine şikâyetle bulunulabilir (DSK m.18/1).

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu kapsamında verilmiş olan hakim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yolu açıktır. Diğer kanunlarda belirtilen kanun yolları saklıdır (DSK m.18/2).

### 1. Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı

Daire Başkanlığı, bir Daire Başkanı, yeteri kadar tetkik hakimi, uzman personel ve en az üç şubeden oluşur (DSK m.8). Daire Başkanlığı'nın görevleri şunlardır (DSK m.9):

- Şube müdürlükleri ile koruma kurullarının genel amaç ve politikalar çerçevesinde düzenli ve verimli çalışmalarını sağlama,

- Denetimli serbestlik, yardım ve koruma hizmetlerini geliştirme, hükümlülerin yeniden suç işlemesinin önlenmesi ve topluma kazandırılmasını sağlayıcı etkenleri güçlendirmek amacıyla yönelik çalışmalar yapma,

- Şube müdürlükleri ve koruma kurullarınca hazırlanan yıllık iş programları ve projeleri ile çalışma raporlarını Genel Müdürlüğe sunma, Genel Müdürlükçe yayınlanacak yıllık faaliyet raporunu hazırlama,

## “Eski hükümlü” ile “denetimli serbestlik altında bulunan” kavramlarının yeniden tanımlanması gerekmektedir.

- Şube müdürlükleri bulunmayan ilçelerde büroların kurulmasını veya kaldırılmasını Genel Müdürlüğe önerme,

- Şube müdürlükleri ve koruma kurullarının yönetim, denetim ve gözetim görevlerini yürütme,

- Şube müdürlükleri ve koruma kurullarının çalışmalarını ile ilgili her türlü karar ve işlemi yürütme ve görevleri ile ilgili bakanlık, diğer kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan vakıf ve dernekler ile uygun görülen gönüllü gerçek ve tüzel kişilerle işbirliği yapma,

- Görev alanına giren kanun ve düzenleyici işlemlerdeki ihtiyaçlara ilişkin inceleme ve araştırma yaparak Genel Müdürlüğe öneride bulunma, bu konuda gerekli tasarıları hazırlama,

- Toplum için tehlike hali taşıyanlara özel dikkat gösterilmesini sağlama ve bunlara özgü iyileştirme tedbirlerini geliştirme,

- Görev alanına giren konularda çocuk ve gençlere özel dikkat gösterilmesini, özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya bu etkiyi doğuran her türlü madde kullanma ve aile içi şiddet söz konusu olduğunda, koruyucu ve tedavi edici yöntemlerin özenle uygulanmasını sağlama,

- Danışma Kurulunun yazı işleri hizmetlerini yürütme,

- Kanunlarla verilen diğer görevleri yapma.

### 2. Şube müdürlüğü

#### a) Genel olarak

Adalet Komisyonu bulunan yerlerdeki Cumhuriyet Başsavcılığına bağlı olarak Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi Şube Müdürlüğü kurulur. İş durumu ve coğrafi konum göz önüne alınarak Genel Müdürlüğün önerisi ve Bakanlık onayı ile şube müdürlüğü bulunmayan ilçelerde de denetimli serbestlik ve yardım hizmetlerini yürütmek üzere şube müdürlüğüne bağlı büro kurulabilir (DSK m.10-1)<sup>37</sup>.

Şube müdürlükleri ve koruma kurullarının yet-

ki alanı adalet komisyonunun, büroların yetki alanı buldukları ilçenin yargı çevreleri ile sınırlıdır (DSK m.10/2).

Şube müdürlüklerinde bir şube müdürü, bürolarda bir şef, yeterli sayıda psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog, öğretmen, benzeri alanlarda eğitim alan personel ile bu alanda özel hizmet içi eğitim almış diğer unvanlardaki personel ve yönetim hizmetlerini yürütecek görevliler bulunur (DSK m.10/3)<sup>38</sup>.

Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile şube müdürlüklerinin görevlerine ilişkin olarak iletilen istemler, kolluk görevlilerince yerine getirilir (DSK m.25/1).

Kamu kurum ve kuruluşları, denetimli serbestlik ve yardım ile koruma hizmetinin görülmesine katkıda bulunurlar ve denetimli serbestlik görevlilerine yardımcı olurlar (DSK m.25/2).

Psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog, eğitim uzmanı, öğretmen ve benzeri personeli çalıştıran kurum ve kuruluşlar ihtiyaç halinde şube müdürlüğünün bu nitelikte personel istemine yardımcı olmak durumundadır (DSK m.25/3)<sup>39</sup>.

Aile ve çocuk mahkemelerinde görevli benzeri personel, şube müdürlüğünün önerisi ve Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine denetimli serbestlik ve yardım ile koruma hizmetlerine yardımda bulunur (DSK m.25/4).

### **b) Şube müdürlüğünün görevleri**

Şube müdürlüğünün görevleri şunlardır (DSK m.11):

- Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu ve diğer kanunlarla verilen görevleri, soruşturma ve kovuşturma evreleri ile hükümden ve salıverilmeden sonra bir denetim plânı çerçevesinde yerine getirme,

- Çocuk mahkemeleri ile aile mahkemelerine denetimli serbestlik, yardım ve koruma hizmetleri alanında gözetim esaslarına göre yardımda bulunma,

- Kanunla verilen diğer görevleri yapma.

### **aa) Soruşturma evresindeki görevler**

Şube müdürlüğünün soruşturma evresindeki görevleri şunlardır (DSK m.12)<sup>40</sup>:

- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.109'a göre adli kontrol altına alınan şüphelilerle ilgili olarak, kararda belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin çalışmaları yürütme<sup>41</sup>,

- Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli görüldü-

ğünde, şüpheli hakkında sosyal araştırma raporu düzenleyip sunma,

- Suçtan zarar gören kişilerin karşılaştıkları psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde danışmanlık yapmak ve bu kişilere yardımcı olma,

- İstek halinde şüpheliye psiko-sosyal danışmanlık yapma.

### **bb) Kovuşturma evresindeki görevler**

Şube müdürlüğünün kovuşturma evresindeki görevleri şunlardır (DSK m.13)<sup>42</sup>:

- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.109 uyarınca adli kontrol altında bulunan sanıklarla ilgili olarak, kararda belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin çalışmaları yürütme,

- Karar öncesinde mahkeme veya hakimin isteği üzerine; sanığın geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal ve ekonomik durumu, ruhsal ve psikolojik durumu, topluma ve mağdura karşı taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunma,

- Suçtan zarar gören kişilerin karşılaştıkları psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde danışmanlık yapma ve bu kişilere yardımcı olma,

- İstek halinde sanığa psiko-sosyal danışmanlık yapma.

### **cc) Kovuşturma evresinden sonraki görevler**

Şube müdürlüğünün kovuşturma evresinden sonraki görevleri şunlardır (DSK m.14):

- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.50/1 uyarınca bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanması, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanması öngörülenlerin bu yükümlülükleri uymalarını, gerektiğinde kolluk ve diğer ilgili makamlarla işbirliği yaparak sağlama,

- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.105'de belirtilen kamuya yararlı bir işte çalışma ile ilgili işlemleri, gerektiğinde kolluk ve diğer ilgili makamlarla işbirliği yaparak yürütme,

- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.51/4 uyarınca hapis cezası ertelenenlerden bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün bu amaçla bir eğitim programına devam etmesi, bir meslek veya sa-

nat sahibi hükümlünün bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalışması kararı verilenler ile bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi kararı verilen çocuk hükümlülerin denetim sürelerini, kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak geçirmelerini, güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesini, gerektiğinde kolluk ve diğer ilgili makamlarla işbirliği içinde sağlama,

- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.53/5, 6 uyarınca haklarında belli bir hak veya yetkinin kullanılmasının yasaklanması, meslek veya sanatın icrasının yasaklanması ya da sürücü belgesinin geri alınması kararı verilenlerin denetim sürelerini, kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak geçirmelerini, güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesini, gerektiğinde kolluk ve diğer ilgili makamlarla işbirliği içinde sağlama,

- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.51/5 ile m.191/3 uyarınca rehberlikle ilgili görevleri yerine getirme,

- Yukarıdaki tedbirlerin uygulanması süresince hükümlüleri izleme, denetleme ve yönlendirme, hükümlülerin psiko-sosyal sorunlarını çözmek ve bunlara yardımda bulunma, izleme ve denetleme sonucunu ve yükümlülüğe uymayanları ya da suç işleyenleri mahkeme, hakim veya Cumhuriyet Başsavcılığına bildirme,

- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.96 uyarınca salıverilmesine bir ay kalmış olan hükümlülere, verilen iş arama izni süresince yardımcı olma,

- Hükümlülerin topluma kazandırılmasında ve salıverilmeye hazırlanmasında ceza infaz kurumlarının psiko-sosyal servisleriyle işbirliği yapma, gerektiğinde hükümlü ile görüşerek salıverilme öncesi değerlendirme raporunun hazırlanmasına katılma,

- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.110/2, 3'de düzenlenen hapis cezasının konutta infaz edilmesi sırasında hükümlünün psiko-sosyal sorunlarının çözümüne yardımda bulunma, bu konuda rapor düzenleme, hükümlünün infazın gereklerine uymadığının belirlenmesi durumunda Cumhuriyet Başsavcılığına bildirme,

- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanıp da haklarında

güvenlik tedbirine hükmolunanlara bu tedbirlerin uygulanmasını sağlama.

#### **dd) Salıverme sonrası görevler**

Şube müdürlüğünün salıverme sonrası görevleri şunlardır (DSK m.15):

- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.107/7-9, 12, 14'de düzenlenen yükümlülüklerin denetimi kapsamında kendisine verilen görevleri gerektiğinde kolluk ve ilgili makamlarla işbirliği yaparak yerine getirme<sup>43</sup>,

- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.108/4, 6 uyarınca düzenlenen denetim süresinin iyi halle geçirilmesi yükümlülüğünün denetimi kapsamında kendisine verilen görevleri, gerektiğinde kolluk makamlarıyla işbirliği yaparak yerine getirme,

- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.107/10'da belirtilen denetimli serbestlik tedbirinin veya belirlenen yükümlülüklerin kaldırılması konusunda düzenleyeceği bir raporla görüş bildirme,

- Koruma kurulları, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumuna niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan vakıf ve dernekler ile uygun görülen gönüllü gerçek ve tüzel kişilerle işbirliği yaparak 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.90 ve 91'de düzenlenen, salıverilen kişilerin iş bulmalarına veya meslek ve sanatlarıyla ilgili bir iş kurmalarına, çevre ve aileleriyle olabilecek psiko-sosyal sorunların çözümüne yardımcı olma,

- Hükümlülerin yeniden suç işlemesinin önlenmesi ve topluma kazandırılmasını sağlayıcı etkenleri güçlendirme amacına yönelik çalışmalar yapma.

### **3. Koruma kurulları**

#### **a) Genel olarak**

Koruma kurulları; adalet komisyonunun bulunduğu yerlerde Cumhuriyet Başsavcısının veya görevlendireceği Cumhuriyet Başsavcı vekili ya da Cumhuriyet Savcısının başkanlığında oluşturulur (DSK m.16/1). Bu kurullarda şu kişiler yer alır: Baro temsilcisi, belediye başkanı veya görevlendireceği yardımcısı, Cumhuriyet Başsavcısı tarafından belirlenecek bir ceza infaz kurumu müdürü, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürü, milli eğitim müdürü, sosyal hizmetler müdürü, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı temsilcisi, teş-



kilâtı bulunan yerlerde Türkiye İş Kurumu müdürü, Ziraat ve Halk Bankası müdürleri, varsa ticaret ve sanayi odaları, ziraat odaları, borsalar, esnaf ve sanatkârlar birliği yöneticileri. Öte yandan, o yerde varsa, kamuya ait fabrikalar ile istekleri halinde o yerde şubesi bulunan kamuya yararlı dernek veya vakıflar ve özel bankaların yönetici seviyesindeki temsilcilerinden Cumhuriyet Başsavcısı tarafından uygun görülenler de bu kurullara katılırlar<sup>44</sup>.

Hemen belirtelim ki, koruma kurulları için öngörülen bu oluşum biçimi, kurulun çalışmasını zorlaştıracak niteliktedir.

#### b) Koruma kurullarının görevleri

Koruma kurullarının görevleri şunlardır (DSK m.17):

- Şube müdürlüklerinden iletilen suçtan zarar gören kişilerin karşılaştıkları sosyal ve ekonomik sorunların çözümüne yardımcı olma,
- Ceza infaz kurumlarından salıverilen hükümlülerin meslek veya sanat edinmelerinde, iş bulmalarında, sanat sahibi olanlar ile tarım işletmeciliği yapmak isteyenlere araç ve kredi sağlanmasında, işyeri açmak isteyenlere yardım edilmesinde ve karşılaştıkları diğer güçlüklerin çözümünde yardımcı olma,
- Çocuk ve genç hükümlülerin öğrenimlerine devam etmelerini sağlama, diğer hükümlülere bu konuda yardımcı olma,
- Kanunla verilen diğer görevleri yapma.

### 4. Danışma Kurulu

#### a) Genel olarak

Denetimli serbestlik, yardım ve koruma hizmetlerine ilişkin olarak danışma organı niteliğinde görev yapmak üzere Adalet Bakanlığında, Bakanlık Müsteşarının başkanlığında Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Danışma Kurulu kurulur (19/1).

Danışma Kurulu şu üyelerden oluşur (DSK m.19/2): Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü, Bakanlık Kanunlar Genel Müdürü, Bakanlık Personel Genel Müdürü, Türkiye Barolar Birliğinin görevlendireceği bir temsilci, Yükseköğretim Kurulunca görevlendirilecek bir öğretim üyesi<sup>45</sup>, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürü, Kadının Statüsü Genel Müdürü, Aile ve Sosyal Araştırmalar

Genel Müdürü, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürü, Milli Eğitim Bakanlığı Çıraklık ve Yaygın Eğitim Genel Müdürü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında üst düzey bir temsilci, Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nün asayişten sorumlu genel müdür yardımcısı veya daire başkanı, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinden bir temsilci, Türkiye Esnaf ve Sanatkârlar Konfederasyonundan bir temsilci, Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanı.

Hemen belirtelim ki, Yasa'da Kurul için öngörülen bu oluşum biçimi Kurul'un çalışmasını zorlaştıracak niteliktedir.

Danışma Kurulu her takvim yılında en az bir defa toplanır. Başkan, gerekli gördüğü hallerde Danışma Kurulu'nu toplantıya çağırabilir (DSK m.19/3).

Danışma Kurulu'nun başkan vekili Bakanlık müsteşar yardımcısıdır. Bakanlık Müsteşarının bulunmadığı zamanlarda Danışma Kurulu'na, Bakanlık müsteşar yardımcısı başkanlık eder (DSK m.19/4)<sup>46</sup>.

#### b) Danışma Kurulunun görevleri

Danışma Kurulunun görevleri şunlardır (DSK m.20):

- Denetimli serbestlik, yardım ve koruma hizmetlerine ilişkin temel ilkeleri belirleme, öneri niteliğinde kararlar alma ve bu kararları ilgili kurum ve kuruluşlara iletme,
- Genel Müdürlük tarafından sunulan, şube müdürlükleri ve koruma kurullarının yıllık faaliyetlerini değerlendirme ve önerilerde bulunma,
- Şube müdürlükleri ve koruma kurullarının görevleri ile ilgili olarak hazırlanan kanun, tüzük ve yönetmelik taslaklarını inceleme ve önerilerde bulunma,
- Kanunla verilen diğer görevleri yapma.

### 5. Gönüllü çalışanlar

Denetimli serbestlik, yardım ve koruma hizmetlerinde, Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'nda belirtilen ilkeler gözetilerek gönüllü kişilerden de yararlanılabilir. Bu durumda gönüllü çalışanlara görev, yetki ve sorumluluk yönünden kamu görevlilerine ilişkin hükümler uygulanır (DSK m.22/1).

Gönüllü çalışabilmek için, Türk vatandaşı olmak, başvuru tarihinde yirmi bir yaşını bitirmiş olmak ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.48/5'de sayılan suçlardan hükümlü bulunmamak gerekir (Yönetmelik m.75/11)<sup>47</sup>.

Gönüllülerin; çalışma programı şube müdürlüğü veya büroca belirlenerek, ilgiliye bildirilir (Yönetmelik m.75/4)<sup>48</sup>.

Gönüllülerin hizmet verecekleri alana yönelik programların hazırlanması, takibi ve değerlendirilmesi şube müdürünün görevlendirdiği uzmanın rehberliğinde olur. Gönüllüler çalışmak istedikleri alanı seçme konusunda bilgi, beceri ve ilgi alanları göz önüne alınarak yönlendirilir (Yönetmelik m.75/5)<sup>49</sup>.

Gönüllü çalışanlardan; psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog, psikolojik danışmanlık ve rehberlik öğretmenliği unvanına sahip olanlara, sorumluluğu ve sosyal araştırma raporu düzenlemeyi yazılı olarak kabul etmeleri halinde rapor hazırlama görevi verilebilir (Yönetmelik m.75/6)<sup>50</sup>.

Şube müdürünün veya büro şefinin belirlediği kurallara ve çalışma programına uymayan gönüllülere yazılı uyarı yapılır. Uyarıya rağmen kurallara ve çalışma programına uygun davranmayan gönüllülerin görevine şube müdürü veya büro şefince son verilir (Yönetmelik m.75/9).

Gönüllülerin çalışmalarından en iyi şekilde yararlanabilmek için onları hizmete teşvik edecek ortam, şube müdürlüğü veya büroca sağlanır (Yönetmelik m.75/10).

Görevleri nedeniyle gönüllü çalışanlara karşı işlenen suçlar hakkında kamu görevlilerine karşı işlenen suçlara, gönüllü çalışanların görevleri nedeniyle işledikleri suçlar hakkında kamu görevlilerinin işledikleri suçlara ilişkin hükümler uygulanır. Bunların görevleri nedeniyle işlemiş oldukları suçlar hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Gönüllü çalışanların görevleri nedeniyle işlemiş oldukları suçlarla ilgili olarak soruşturma izni adalet komisyonu başkanı tarafından verilir (DSK m.22/2).

## VIII. Sonuç

Türk hukukunda, cezanın ertelenmesi, şartla salıverme, mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanması ile (Çocuk Koruma Yasası'na göre) çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesi,

kamu davası açılmasının veya hükmün verilmesinin ertelenmesi hallerinde denetimli serbestlik kurumuna başvurulabilecektir. Denetimin kapsamı, Türk Ceza Yasası, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa ile Çocuk Koruma Yasası hükümleri arasında düzenlenmiştir. Denetimli serbestlik ve yardım merkezleri ile koruma kurullarının örgütlenme ve çalışma yöntemleri ise 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yasası'nda gösterilmiştir. Denetimli serbestlik kurumunun hayata geçirilmesi, uygun alt yapının oluşturulmasına bağlıdır. Kurumdan beklenen yarar, yükümlülüklerin belirlenmesinde bireyselleştirmenin iyi yapılmasıyla ve mutlaka uzman denetim görevlisi görevlendirilmesiyle sağlanabilir.

Türk Ceza Kanunu'nda cezanın ertelenmesi konusunda öngörülen denetim ile İnfaz Kanunu'nda şartla salıvermede öngörülen denetim birbirine paralel düzenlemeler içermektedir. Suçta tekrür halinde uygulanacak denetim için şartla salıvermeye yollama yapılmıştır. Çocuk Koruma Kanunu'nda öngörülen denetim konusunda ise daha ayrıntılı hükümler bulunmaktadır. Tekrarlardan kaçınmak için bunların tümünü kapsayacak biçimde Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'nda düzenlemeler yapılabilir.

Denetim kapsamında öngörülebilecek yükümlülüklerden biri, hakkında denetimli serbestlik uygulanan şüpheli veya hükümlünün çalıştırılması olmaktadır. Gerçekten, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'na göre, cezası ertelenen hükümlü bir meslek veya sanat sahibi ise bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilir (TCK m.51/4-b).

5275 sayılı yeni Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a göre, şartla salıverilen hükümlü, denetim süresinde, infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalıştırılabilir (CGİK m.107/7).

Denetimli serbestlik kapsamında gerçekleştirilecek çalıştırılma 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'na göre şube müdürlüklerinin görevleri arasındadır (DSK m.15/a-1).

Şube müdürlükleri, denetimli serbestlik kararı

verilmemiş olsa dahi, salıverilen kişilerin iş bulmalarına veya meslek ve sanatlarıyla ilgili bir iş kurmalarına, çevre ve aileleriyle olabilecek psiko-sosyal sorunların çözümüne yardımcı olmak üzere, koruma kurulları, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan vakıf ve dernekler yanında, uygun görülen gönüllü gerçek ve tüzel kişilerle de işbirliği yapacaklardır (DSK m.15/1-d).

Bu hüküm, İş Kanunu m.30'da öngörülen aksine, şartla salıverilen ve bir meslek veya sanat sahibi olan hükümlülerin denetimli serbestlik kapsamında ücretli çalıştırılmaları konusunda gerçek ve tüzel kişilere herhangi bir yükümlülük getirmektedir. Çünkü, Yasa'da bu kuruluşların "gönüllü" olması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, gönüllü olan kuruluşların da şube müdürlüklerince "uygun görülmesi" gerekmektedir.

Ancak, sözkonusu düzenleme bir kavram çelişkisini de beraberinde getirmiştir. Şöyle ki, cezası ertelenen ve şartla salıverilen hükümlüler, yukarıda değinildiği üzere, ilgili Yönetmelik'te işverenin çalıştırma yükümlülüğüne dahil olan "eski hükümlü" kapsamında sayılmaktadır. Aynı hükümlüler, haklarında denetimli serbestlik uygulanmasına ve bu kapsamda çalıştırılmalarına karar verildiğinde ise işverenin gönüllü olarak çalıştırabileceği kişiler olmaktadır. O halde, haklarında denetimli serbestlik kararı verilmiş bulunan şartla salıverilen hükümlüleri çalıştıran bir işveren, bunları gönüllü olarak çalıştırdığı ileri sürülerek, eski hükümlü çalışma yükümlülüğünü yerine getirmediği iddiasına muhatap olabilecektir. Sorumluluğun tayininde, muhtemelen işçinin istihdamında aracı olan kurum göz önüne alınarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır. Çünkü, aracı kurum, eski hükümlülerin çalıştırılmasında Türkiye İş Kurumu, denetimli serbestlik altındaki hükümlülerin çalıştırılmasında ise Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi Şube Müdürlüğü olmaktadır.

Bu çelişkili durum, yasa koyucunun yeni yasaları hazırlarken eski mevzuatla paralelliği sağlamaya özen göstermemesi kadar; "denetimli serbestlik" kurumunun karşılaştırmalı hukuktaki anlamından uzaklaştırılarak benimsenmesinden de kaynaklanmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta, klasik denetimli serbestlik, haklarındaki dava veya verilecek hüküm ertelenen kişilere uygulanan, hükümlüleri

kapsamayan bir kurumdur. Türk hukukunda ise, hükümlüler de, bu kuruma dahil edilmiş; aslında, cezanın ertelenmesi ile şartla salıvermede "deneme süresi" olan süreye "denetim süresi" denilerek, bir kavram kargaşasına düşülmüştür. Yapılması gereken, mevzuatın yeni getirilen denetimli serbestlik kurumu açısından tümüyle gözden geçirilerek bu konudaki çelişkilerin giderilmesinin sağlanmasıdır.

Kuşkusuz, suçluların ıslahı konusunda ilerleme sağlanması, toplumun her kesiminin bu konuda çaba göstermesiyle, bu bağlamda eski hükümlüler kadar şartla salıverilen veya cezası ertelenen hükümlülere de uygun iş verilmesiyle gerçekleştirilebilir. Hapis cezası rejiminin sosyal yardım faaliyetiyle tamamlanması şarttır. Cezaevinden çıkan hükümlünün toplum yaşamında daha ilk günlerden itibaren karşılaşıacağı güçlükleri ortadan kaldırmak için ona yardım etme amacıyla yapılan "patronaj" faaliyeti bir zorunluluktur. Patronaj devlet müdahalesini gerekli kılmakla birlikte; bu konuda toplumun tüm kurumlarına da sorumluluk düşmektedir.

## DİPNOTLAR

- 1 "Denetimli Serbestlik" olarak adlandırılmış olmamakla birlikte, 2253 sayılı eski Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da öngörülen "şartlı erteleme" bu kurumun özelliklerini içermekteydi (m.38). Bu hükme göre, cezasının ertelenmesine karar verilen çocuk bir yıldan üç yıla kadar bir deneme devresine tabi tutulmakta ve mahkeme deneme devresi zarfında küçük hakkında bazı yükümlülükler öngörebilmekteydi. Hakkında tedbir uygulanmış veya hükmedilmiş cezası ertelenmiş olan çocuğun üç yıla kadar gözetim altında bulundurulmasına karar verilebilirdi (m.29). Gözetimi yapmak üzere Adalet Bakanlığınca her çocuk mahkemesine yeteri kadar sosyal hizmet uzmanı veya yardımcısı, pedegog, psikolog, psikiyatir atanırdı (m.30). Gözetim delegelerinin gözetimlerine verilen çocuklarla ilgili çeşitli yükümlülükleri bulunmaktaydı (m.31).
- 2 Karş. S.Dönmezer/S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III, İstanbul 1997, k.no.1647.
- 3 Ayrıntılı tarihçe için bak. A.Önder, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler (Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda), İstanbul 1963, 21 vd.
- 4 Norveç, Danimarka, Hollanda, Finlandiya ve Belçika'da küçük suçlulara uygulanan yöntemdir. Bak. Dönmezer/Erman III, k.no.1647 dn.4a.
- 5 Bu sistem, Norveç, Macaristan ve Amerika Birleşik Devletlerinin bir çok eyaletinde uygulanmaktadır. Bak.Dönmezer/Erman III, k.no.1647 dn.5.
- 6 Dönmezer/Erman III, k.no.1645.
- 7 Avrupa Konseyine dahil ülkelerde denetimli serbestlik genellikle İngiliz modeline göre işlemekte ve daha çok verilen hükmün denetim altında ertelenmesi şeklinde yürütülmektedir. Bak.

- Dönmezer/Erman III, k.no.1648.
- 8 Adalet Bakanlığı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği, RG. 20.12.2005, No.26029.
- 9 Dönmezer/Erman III, k.no.1647.
- 10 Dönmezer/Erman III, k.no.1647.
- 11 Bak.N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005, 674.
- 12 Deneme süresi, kesinleşmiş olmak koşuluyla, hükmün verildiği tarihten itibaren başlar. Bak YCGK, 27.5.1997-4-98/126, A.R. Çınar, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara 2005, 72.
- 13 Bu sistemler için bak. Önder, 244 vd. Özellikle 252; C.Erbaş, "Tarihi Gelişim İçinde Gözetimle Erteleme (Denetimli Serbestlik-Sursis avec mise à l'épreuve) ve Fransa'daki Uygulaması ile Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu ve Öntasarı Metinleri, YD XXII, 1-4, 12 vd., 246 vd, 452 vd.
- 14 Bu süreye denetim süresi denilmesi doğru değildir. Çünkü, hakim bu sürenin denetime tabi tutulmadan geçirilmesine de karar verebilir. Ayrıca bu süre, hükümlünün kasıtlı bir suç işlemekten geçirmesi gereken bir süredir. Bu nedenle, sözkonusu süreye denetim süresini ve kasıtlı suç işlemekten geçirilmesi gereken süreyi kapsayacak şekilde "deneme süresi" denilmesi daha doğrudur.
- 15 Centel/Zafer/Çakmut, 688.
- 16 Yasakoyucu, birden fazla suç işlenmiş olması halinde koşullu salıverilme sürelerini farklı belirlemiştir. Hükümlü, a) birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile birlikte müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde otuzaltı, b) birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde otuz, c) bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile birlikte süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla otuzaltı, d) bir müebbet hapis cezası ile birlikte süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla otuz, e) birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla yirmisekiz yılını iyi halli geçirdiği takdirde, koşullu salıvermeden yararlanabilecektir (CGİK m.107/3).
- 17 TCK m.53/1'de sayılan memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilme, siyasi hakları, velayet hakkını kullanma, vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunma, vakıf, dernek, sendika, şirket vs. yöneticisi veya denetçisi olma, kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı icra etme hak ve yetkilerinden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar (TCK m.53/5).
- 18 Centel/Zafer/Çakmut, 699 vd.
- 19 CGİK m.107/10'da, denetim süresinin denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan geçirilmesine karar verilebileceği belirtilmiştir. O halde bu süreyi denetim süresi olarak adlandırmak hatalı olacaktır. Yasa'da "deneme süresi" yerine "denetim süresi" kavramını kullanması doğru olmamıştır.
- 20 Yasa'ya göre, onsekiz yaşından küçükler, deneme süresince eğitimlerine, gerektiğinde barınma olanağı da bulunan bir kurumda devam ederler (CGİK m.107/8).
- 21 3.7.2005 gün ve 5402 sayılı Yasa, RG. 20.7.2005, No.25881.
- 22 Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl, beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz (TCK m.582).
- 23 Tedbir kararı (velayet, vesayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususları dışındaki hallerde) duruşma yapılmaksızın verilir. Ancak, hakim zaruret gördüğü hallerde duruşma yapılabilir (ÇKK m.13/1).Tedbir kararının verilmesinden önce, algılama gücü yeterli olan çocuğun görüşü alınır, ilgililer dinlenebilir, çocuk hakkında sosyal inceleme raporu düzenlenmesi istenebilir (ÇKK m.13/2).
- 24 Çocuk Koruma Kanunu'nun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla gözetilecek ilkeler şunlardır (ÇKK m.4); a) Çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması, b) Çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi, c) Çocuk ve ailesinin herhangi bir nedenle ayrımcılığa tâbi tutulmaması, d) Çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması, e) Çocuğun, ailesinin, ilgililerin, kamu kurumlarının ve sivil toplum kuruluşlarının işbirliği içinde çalışmalarını, f) İnsan haklarına dayalı, adil, etkili ve süratli bir usul izlenmesi, g) Soruşturma ve kovuşturma sürecinde çocuğun durumuna uygun özel ihtimam gösterilmesi, h) Kararların alınmasında ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimin ve öğrenimin, kişiliğin ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin desteklenmesi, i) Çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması, j) Tedbir kararı verilirken kurumda bakım ve kurumda tutmanın son çare olarak görülmesi, kararların verilmesinde ve uygulanmasında toplumsal sorumluluğun paylaşılmasının sağlanması, k) Çocukların bakılıp gözetildiği, tedbir kararlarının uygulandığı kurumlarda yetişkinlerden ayrı tutulmaları, l) Çocuklar hakkında yürütülen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlenmemesine yönelik önlemler alınması.
- 25 Kamunun uğradığı zararın miktarının belirlenmemesi halinde ise mahkemece takdir edilecek bir miktar paranın bir defada Maliye veznesine yatırılması gerekir. Belirtelim ki, bu son koşulun gerçekleşmemesi halinde, mağdurun veya kamunun zararlarının aylık taksitler halinde ödenerek tamamen giderilmesi veya kamunun uğradığı zararın miktarının belirlenmemesi halinde ise mahkemece takdir edilecek miktarda paranın aylık taksitler halinde Maliye veznesine yatırılması denetimli serbestlik süresince uygulanacak bir yükümlülük olarak belirlenebilir (ÇKK m.23/4-a-b).
- 26 Bak. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu m.6, RG. 1.5.2005. No.25832.
- 27 Çocuk Koruma Yasası'nın hükümleri kural olarak Resmi Gazete'de yayımı tarihi olan 15.7.2005'te (ÇKK m.49); Türk Ceza Yasası ise 1.6.2005'te yürürlüğe girmiştir. Denetimli serbestliğe ilişkin Türk Ceza Yasası'nın hükümleri ile Çocuk Koruma Yasası'nın hükümleri çeliştiğinde Çocuk Koruma Yasasının hükümleri, bu Yasa'nın özel bir yasa (çocuklar hakkında) olması nedeniyle, öncelikli olarak uygulanır.
- 28 Karşılaştırmalı hukuktaki uygulamada cezanın hükmedilmesinin koşullu olarak geri bırakılması halinde suçlu hakkında onun kişiliğini hedef tutan bir denetleme, yöneltme ve yönetim



- sisteminin uygulandığı, denetimli serbestlik kurumunun en önemli özelliğinin hakiminin bunun koşullarını her suçlunun özelliğine göre belirleyebilmesi olduğu konusunda bak. T.Demirbaş, İnfaz Hukuku, Ankara 2003, 445-446.
- 29 Bu kapsamda çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde belirsiz süreli iş sözleşmesine ve belirli süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür. Oranların hesaplanmasında yarıya kadar kesirler dikkate alınmaz, yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürülür (İş K.m.30/2, 3).
- 30 İş K. m.101 uyarınca tahsil edilecek para cezaları, Türkiye İş Kurumu bütçesinin Maliye Bakanlığı'na açılacak özel tertibine gelir kaydedilir. Bu hesapta toplanan paralar, (özürlü ve) eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurma ve bu gibi projelerde kullanılmak üzere Türkiye İş Kurumuna aktarılır (İş K.m.30/11).
- 31 S.Dönmezer/S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, İstanbul 1997, k.no.1484.
- 32 Dönmezer/Erman II, k.no.1437.
- 33 647 sayılı eski Cezaların İnfazı Hakkında Kanun ek m.4'de, infaz kurumlarından tahliye edilen meslek ve sanat sahiplerine T.Halk Bankası'nca meslek edinme kredisi verilebileceği gösterilmektedir.
- 34 RG. 24.3.2004, No.25412.
- 35 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'na göre kamu hizmetinden yasaklılık sadece süreli olabilir, ömür boyu yasaklılık kaldırılmıştır (TCK m.53).
- 36 Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği m.4'te, denetimli serbestliğin, mahkemece belirtilen koşullar ve süre içinde, denetim planı doğrultusunda suça sürüklenen çocuk, şüpheli, sanık veya hükümlünün, toplumla bütünleşmesi açısından ihtiyaç duyduğu her türlü hizmet, program ve kaynakların sağlandığı toplum temelli bir uygulamayı ifade edeceği gösterilmiştir. "Denetimli serbestlik altında bulunan" kavramı tanımlanmamıştır.
- 37 Şube müdürlüklerinde görev yapan müdür, şef, psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog, öğretmen ve benzeri personelin her türlü özlük işlemleri Genel Müdürlükçe, diğer personelin ise adalet komisyonlarıncaya yürütülür (DSK m.21).
- 38 Şube müdürlüğüne, denetimli serbestlik, yardım ve koruma hizmetleri için infaz ve koruma memuru atanması veya görevlendirilmesinde, ilgililerin bu hizmetlere yönelik en az iki ay süreli hizmet içi eğitimi başarı ile tamamlamış olmaları koşulu aranır. Şube müdürlüğünden ceza infaz kurumlarına veya adliyelere, ceza infaz kurumlarından veya adliyelerden şube müdürlüğüne atama veya görevlendirmeye ilişkin adalet komisyonu kararları, ilgisine göre Genel Müdürlük veya Personel Genel Müdürlüğüne gönderilerek alınacak Bakanlık onayı ile tamamlanır (DSK m.10/4). Şube müdürlüklerinde görevli personele, Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezlerinde hizmet öncesi, aday memurluk, hizmet içi ve görevde yükselme eğitiminin yanı sıra görevleri ile ilgili eğitim uygulanır. Gerekliğinde gönüllü çalışanlara da eğitim verilebilir (DSK m.24/1). Şube müdürlüklerinin denetimleri, adalet müfettişleri tarafından yapılır (DSK m.23).
- 39 Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan vakıf ve dernekler, gönüllü gerçek ve tüzel kişiler denetimli serbestlik ve yardım ile koruma hizmetlerine katkıda bulunmaya teşvik edilir (DSK m.25/5).
- 40 Soruşturma evresi, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evredir (CMK m.2). Bu evre hakkında bak.N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2005, 73 vd.
- 41 Adli kontrol, yeni Ceza Muhakemesi Kanununun'da tutuklamanın işlevini görece alternatif tedbirlere verilen addır. Yurt dışına çıkmama ve güvence verme yükümlülükleri dışında adli kontrol, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç dolayısıyla yürütülen bir soruşturma veya kovuşturmada uygulanabilir (CMK m.109).
- 42 Kovuşturma evresi, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar devam eden evredir (CMK m.2). Evrelerin başlangıcına ilişkin eleştiriler için bak.Centel/Zafer, 368 vd, 488 vd.
- 43 Bunlar, denetim süresinde hükümlünün kamu kuruluşunda veya bir başkasının gözetiminde ücretle çalıştırılması, çocuk hükümlülerin, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna yerleştirilmesi, uzman bir kişinin görevlendirilmesi ve hükümlünün davranışlarının izlenerek hakime rapor verilmesi, denetim süresinde hükümlünün yükümlülüklere uyması veya hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlememesi, denetim süresini iyi hâlde geçirmesi şeklinde gösterilen yükümlülüklerdir (CGİK m.107).
- 44 Koruma kurullarının yazı işleri hizmetleri, şube müdürlüğünce yürütülür (DSK m.16/2). Koruma kurullarının işlemleri, adalet müfettişleri tarafından denetlenir (DSK m.23/2).
- 45 Üniversitelerin hukuk fakültelerinin ceza ve ceza usul hukuku ana bilim dalından bir, sosyal hizmetler yüksekokulu veya bölümünden bir, fakültelerin sosyoloji ve psikoloji bölümlerinden birer profesör veya doçent unvanına sahip, öncelikle bu Kanunun içerdiği konularda çalışmaları bulunan öğretim üyesi.
- 46 Danışma Kurulunun yazı işleri hizmetleri Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğünce yürütülür (DSK m.19/5).
- 47 Çalışmak isteyen gönüllü kişiler şube müdürlüğü veya büroya dilekçe ile başvurur. Ayrıca şube müdürlüğü veya büroca bu konuda resen araştırma yapılabilir. Gönüllülerden; yerleşim yeri belgesi, Cumhuriyet Başsavcılığında alınacak iyi hâl belgesi, Sağlık Bakanlığına bağlı tam teşekküllü hastanelerden alınan sağlık raporu ve gönüllü başvuru formunu doldurmaları istenir. Başvurular, ilgili Cumhuriyet Savcısı tarafından değerlendirilerek Cumhuriyet Başsavcısının onayına sunulur. Başvurusu kabul edilen kişilere şube müdürlüğü veya büro tarafından "kimlik kartı" verilir (Yönetmelik m.75/3).
- 48 Adalet Bakanlığı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği, RG. 20.12.2005, No.26029.
- 49 Şube müdürlüğü veya büro gönüllü çalışmaya başlayanları her ayın sonunda Daire Başkanlığına bildirir (Yönetmelik m.75/7).
- 50 Gönüllüler, çalıştıkları şube müdürlüğü veya büronun genel işleyişi ile çalışma usul ve esaslarına doğrudan veya dolaylı müdahalede bulunamaz (Yönetmelik m.75/8).

**Prof. Dr. Ahmet KIRMAN**

T. İş Bankası A.Ş. ve Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı  
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Kurumlar Vergisine İlişkin Yeni Düzenlemeler

Türkiye'nin gelişmiş ülkelerin hukuk düzenlemelerinden yararlandığı önemli alanlardan birisinin de eskiden beri vergi konusu olduğu bilinmektedir. Vergi düzenlemelerinin oluşturulmasında, o dönemin Avrupası'ndaki gelişmiş ekonomilerin örnek alındığı ve ülke düzenlemelerinden hareketle başta kurumlar vergisi olmak üzere düzenlemelerin temelinin oluşturduğu bilinmektedir. Vergi hukuku, günün gelişen ve değişen koşullarının, giderek küreselleşen ilişkiler bağlamında özellikle yeni ticari işlem ve enstrümanların olduğu günümüzde elde edilen kazançları, serveti, servetin el değiştirmesini ve harcamaları kavrama çabasını içeren bir gelişim sürecindedir. Bu süreç içerisinde adil, mükelleflerin vergiye konu kaynaklarının gelişimini engellemeyen bir vergi sistemi ile özellikle şirketleşen bir ticari işleyişte kurumların vergilendirilmesi büyük önem taşımaktadır.

Vergi düzenlemelerinin tek başına uygulanan vergi oranından ibaret olmadığı, verginin bütünü anlamında tek başına vergi oranının düşüklüğünün gerek otorite, gerek mükellefler bakımından amaçta uygun sonuçlar vermediği bilinen önemli bir gerçektir. Dolayısıyla her ülkenin kendi yapısına uygun, ancak evrensel vergilendirme ilkelerine uygunluk gösteren, ekonomik rekabet içerisindeki oyuncuları gerek ulusal, gerek uluslararası alanda izleyen ve gerektiğinde destekleyen düzenlemeleri hayata geçirmesi gereklilik göstermektedir.

Kurum gelirlerinin, bunu elde eden kurumların kendilerine özgü yapılarının bulunduğu ve kendilerini kuran ya da oluşturan insan faktöründen ayrı olarak değerlendirilmeleri gerektiği yolunda genel kabul gören bir esaslardan hareketle vergilendirilmesi söz konusudur. Bu kurumlardan elde edilen kâr paylarının gerçek kişiler bünyesinde vergilendirilmesine karşın, bunlardan bağımsız vergilendirilmesi temeline dayanan 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu da, 1.1.1950 tarihinden bu yana yeni Kanunun yürürlüğüne kadar yürürlükte kalmıştır. Değişik dönemlerde çok sayıda değişikliğe uğrayan Kanun, gelir üzerinden alınan iki vergiden birisi ve büyüklük anlamında da ikincisidir. Günün gelişen koşullarını izleyemediği, yeniden düzenlenmesi gerektiği, yapılan değişikliklerin yapısal bozukluk oluşturduğu, oranlarının yüksek olduğu ve benzeri nedenlerle eleştirilmiştir.

Yapılan çalışmalar sonrasında 21.6.2006 tarih ve 26205 sayılı RG ile yayımlanan yeni 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, bir bölüm maddeleri açısından öngörülen tarihler bir kenara bırakılacak olursa ağırlıklı olarak 1.1.2006 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Getirilen düzenlemelerin bütünlük anlamında ele alınması ve daha sonra önem taşıyan noktalara değinilmesi yoluna gidilecektir.

Düzenlemenin yapılmasının nedenleri değişik açılardan sınıflandırılabilen ve bu husus gerek-

çeden de anlaşılabilir. Bu anlamda yeni Kanun ile yurt dışı vergi uygulamalarında yer alan bazı düzenlemelere yer verilmesi, ihtilafli konulara açıklık getirilmesi öncelikli amaç olarak gösterilmiştir. Yine bu bağlamda, kurum kazancına yönelik hükümlerin tek bir metin içerisinde toplanması, Gelir Vergisi Kanunu'na yapılan atıfların azaltılması, geçici maddeler ile uygulanmayan hükümlerin Kanundan çıkarılması, Kanunun dilinin sadeleştirilmesi, ifade birliğinin sağlanması, metnin daha sistematik hale getirilmesi ve numaralandırma açısından yeni bir sistem getirilmesinin temel hedefler arasında olduğu belirtilmiştir.

Amaçlar açısından yapılan belirlemeler ile bağlantılı olmaksızın yapılan yeni düzenlemenin, gelir vergisine ilişkin düzenlemelerin yapılmasından önce hayata geçirilmesi kanımızca hatalı olmuştur. Kurumlar vergisine tabi mükellefler bakımından geçerli olan temel birçok kavramı içeren ve buna ilişkin esasları getiren gelir vergisi düzenlemelerinin ele alınmasından sonra buna bağlı düzenlemelerin gerçekleştirilmesi önemli bir gereklilik iken bunun dikkate alınmaması oluşum açısından anlamlı olmamıştır. Kurumlar vergisine ilişkin düzenlemelerin yapılmasından hemen sonra, Gelir Vergisi Kanununda temel değişiklik ihtiyacından bahisle çalışmalara başlanması bu belirlemeyi haklı kılan önemli bir gelişme olarak algılanmalıdır.

Amaçlardan hareket edilmesi halinde bu belirlemelerden bir bölümünün hayata geçirildiği, kanunun eskisine kıyasen daha net ve anlaşılabilir olduğu dikkati çekmektedir. Bunun yanı sıra çok sayıda geçici maddelerden arındırılması ile özellikle kurumlar vergisi konusunda bu kanun dışındaki mevzuatta yapılacak düzenlemelerin değişiklik getirilmesi bakımından yeterli olmayacağı hususu bütünlüğü sağlanması bakımından önem taşımaktadır. Buna karşılık daha önce eleştiri konusu edilen bir takım hususlarda aynı eleştirilere dayanak oluşturabilecek eksikliklerin bulunduğu görülebilmektedir. Dil açısından sadeleşen düzenleme, sistematik açıdan eski düzenlemeye göre daha iyi bir durumdadır. Yeni kavramlara da yer veren vergilendirme esasları, vergilendirme tercihleri açısından yapılabilecek belirlemeler dışında büyük oranda yenilenmiş bir görüntü sergilemektedir. Bununla birlikte, sistematik açıdan bir bölüm hataların yenilendiği ve bunun alt bölümler anlamında da sürdüğü -örneğin, numara-

landırmanın (Md.55e 5 (1) a.1 gibi karışıklığa yol açabilecek biçimde düzenleme konusu edildiği, mükellefleri tanımlayan 2. maddesinin 6 numaralı bendinde bağımsız bir mükellefi tanımlarcasına, iki ayrı bentte düzenlenen mükelleflere ilişkin açıklama yapılması, tam ve dar mükellefin tanımlanmasında Madde 3.(2) de "kurum" buna karşılık 3.(3) de "yabancı kurum" kavramlarına yer verilmesi- görülmektedir. Bazı durumlarda özellikli olarak ortaya çıktığı düşünülen özel konularda düzenleme getirilmesi, tanımlamalarda yetersizlikler ile tekrarların olması, aynı kavramların başka ifadelerle açıklama konusu edilmesi gibi zafiyetlerle de karşılaşmaktadır.

Bu noktada özellikle verginin kanuniliği ilkesi anlamında gereklilik gösteren bir anlayışın da metin içerisinde zaman zaman yansımalarına rastlanması önemli bir husus olarak dikkate alınması gereken bir noktadır. Örneğin, muafiyet ve istisnalara ilişkin 4. ve 5. maddelerde, maddenin uygulanmasına ilişkin usullerin idare tarafından saptanacağı belirtilmesi, buna karşılık "esas ve usul" ifadesinin kullanılmaması, kanunilik ilkesi anlamında idarenin genişletici veya daraltıcı bir tarzda yaşanan örnekler nedeniyle, olumlu bir gelişme olarak ele alınabilecek niteliktedir.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun getirdiği temel değişiklik ve yenilikleri kısaca aşağıdaki gibi sıralamak mümkün bulunmaktadır.

Daha önce kanun metninde yer almakla birlikte gelişen ve değişen koşullar dikkate alınarak yeniden düzenlenen önemli konuların;

- Kurumlar vergisinin ve geçici verginin oranı,
- Beyan dönemi,
- Örtülü sermaye,
- Örtülü kazanç dağıtımı, (transfer fiyatlaması)
- Yurtdışı iştirak kazançları istisnası,
- İştirak hissesi ve gayrimenkul satışlarında istisna,
- Tasfiye,
- Bölünme,
- Hisse değişimi,
- Yurtdışında ödenen vergilerin mahsubu şeklinde sıralanması mümkün olup, daha önceki kanunda yer almayan ve mevzuata yeni giren düzenlemelerin ise;
- Kontrol edilen yabancı şirket,
- Vergi cennetleri ile mücadele, (vergi kaçırma ve vergiden kaçınmanın azaltılması)

● Masraf dağıtımı

biçiminde sayılması söz konusu olmaktadır. Gerek yenilenen, gerek yeni getirilen kurallardan önem gösterenlerin Kanunun yaptığı numaralandırma izlenerek aşağıdaki biçimde kısaca özetlenmesi mümkündür.

Tam mükellef kurumlardan sağlanan iştirak kazançlarının elde eden kurum bünyesinde vergilendirilmemesi esası muhafaza edilirken, yurt dışında iştirak edilen kurumlardan sağlanan kazançların vergilendirilmesinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Kanunun 5.1.b maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, istisnanın uygulanabilmesi için yurt dışı iştirakteki minimum pay oranı %25'den %10'a düşürülmekte, iştirak hissesini elde tutma süresi iki yıldan bir yıla indirilmekte, yurt dışı iştirakin ilgili ülkede tabi olması gereken asgari vergi oranı ise %20'den %15'e düşürülmektedir. Bunun yanı sıra yurt dışı iştirakin kazançlarının en az %75'inin ticari, zirai veya serbest meslek kazancı niteliğindeki kazançlardan oluşması şartı kaldırılmaktadır.

Yurtdışı iştirakin esas faaliyet konusunun, finansal kiralama veya sigorta hizmetinin sunulması ya da menkul kıymet yatırımı olması durumunda mevcut düzenlemede istisnadan yararlanılamazken, Kanunda istisnadan belli şartların gerçekleşmesi halinde yararlanılması mümkün kılınmakta, bunun için de yurt dışında en az Türkiye'de uygulanan kurumlar vergisi oranında vergiye tabi olma şartı getirilmektedir.

Bu düzenleme küreselleşen ekonomik işleyiş içerisinde Türk şirketlerinin uluslararası alanda yatırım yapmalarına, büyümelerine ve gerektiğinde yarattıkları değerleri en iyi fiyatlarla değerlendirmelerine kolaylık sağlayıcı ve teşvik edici bir özellik taşımaktadır.

Mevcut uygulamada geçici düzenleme olma özelliğini taşıyan, ancak uzun süreli uygulama nedeniyle sonradan istisnalar arasında asıl madde haline gelen iştirak hisseleri ve gayrimenkullerin satışından kaynaklanan kazançların sermayeye eklenmesinin vergi dışı bırakılması uygulaması, kazancın %75'i ile sınırlı olarak sürdürülmektedir. Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5-1-c maddesinde tam mükellefiyete tabi anonim şirketlerin yurt dışı iştirak hisselerinin elden çıkarılması halinde sağlanan kazançların hangi şartlar ile istisna uy-

gulacağı da düzenleme altına alınmaktadır. Bu şirket, kazancın elde edildiği tarih itibarıyla, devamlı olarak en az bir yıl süreyle nakit ve benzeri varlıklar dışında kalan aktif toplamının % 75'i veya daha fazlası kanuni veya iş merkezi Türkiye'de bulunmayan anonim veya limited şirket niteliğindeki şirketlerin sermayesine en az % 10 oranında iştirakten oluşan, tam mükellef anonim şirketleri ifade etmektedir. Belirtilen şartları taşımayan kurumların bu istisnadan yararlanması mümkün değildir sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, 3. maddenin 1-(c) bendinde tam mükellefiyete tabi olan ve özellikleri belirlenen kurumlardan bahsedilirken, aynı maddenin (e) bendinde ise kurumlar ifadesi kullanılarak bunların aktiflerinde bulunan gerek yurt içi, gerek yurtdışı iştirak hisselerinin satışı açısından yeterli açıklığa sahip olmayan farklılık oluşturulmuştur.

Yeni düzenlemede de kalıcı madde olarak düzenlenen, taşınmaz ve iştirak hissesi satış kazançları istisnasında önemli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan satış sonucunda elde edilen kazancın tamamının istisna kapsamında ele alınmasından vazgeçilmiştir. Kazancın % 75'inin istisnaya konu olması benimsenmiş, ayrıca istisnadan yararlanmak için kârı sermayeye ilave etme şartı kaldırılmış, kârın en az beş yıl süreyle özel bir fon hesabında tutulması şartı getirilerek, bünyede kulanma amacının gerçekleşmesine yönelik bir düzenleme olması sağlanmıştır. Bu bağlamda iki yıllık süre içerisinde satış bedelinin tahsili gereği de hüküm altına alınmıştır. Hiç şüphesiz sermayeye ekleme bu kazanç açısından iki yıllık süre içerisinde her zaman mümkün bulunmakta ve istisnanın kalkmasına yol açmamaktadır. Önemli olan 5 yıllık süre içerisinde kazancın özel fondan çekilmemesi ve belirtildiği gibi sermayeye ilave dışında başka bir hesaba aktarılmamasıdır. Aksi halde zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler için vergi ziyayı oluşturmuş sayılacaktır.

Rüçhan hakkı satışında daha önce şarta bağlı olmaksızın uygulanan istisna kaldırılmıştır. Rüçhan hakkı satışından doğan kazancın rüçhan hakkının iki yıl elde tutulması ve istisnaya ilişkin kârın 5 yıl süre ile özel bir fon hesabında tutulması şartıyla %75'i için istisna getirilmiş ve iştirak hisselerinin satışı ile aynı temele dayalı bir anlayış benimsenmiştir.



Kanunun 7. maddesi ile, kontrol edilen yabancı kurum kazancı kavramı getirilmektedir. Madde gerekçesinde, uluslararası vergi uygulamalarındaki gelişmelere paralel olarak ticari ve sınaî mahiyette olmayan yatırımlarını yurt dışında düşük vergi oranlı ülkelere yönlendiren mükellefler ile Türkiye'de yatırım yapan mükellefler arasındaki vergi eşitsizliğinin giderilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

Maddede, belli şartlar altında yurt dışı iştiraklere yatırım yapan mükelleflerin yurt dışı iştirak kârları, fiilen dağıtılmasa bile vergi uygulamaları açısından dağıtılmış kabul edilerek, bu iştiraklerin kazançlarının Türkiye'de kurumlar vergisine tabi tutulması öngörülmektedir. Kazanç, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi matrahına dâhil edilecek, varsa yurt dışında ödenen vergiler Türkiye'de ödenecek vergiden indirilebilecektir. Kontrol oranı olarak, ilgili hesap dönemi içinde sahip olunan en yüksek oran dikkate alınmaktadır. Kontrol edilen yabancı kurumların, bu maddeye göre daha önce Türkiye'de vergilenen kazançlarını sonradan dağıtmaları halinde bu kazançlar Türkiye'de vergiye tabi tutulmamaktadır. Dağıtılan kazancın daha önce Türkiye'de vergilenmemiş kısmı vergiye tabi olmaktadır. Bu düzenlemenin, ülke ekonomisinin korunması ve özellikle parasal varlıkların ülke içerisinde değerlendirilmelerinin teşvik edilmesi temeline dayandırıldığı ve düşük vergilendirme anlayışını benimseyen ekonomilere olan akışın önünün kesilmek istendiği anlaşılmaktadır. Bu hususların saptanmasındaki güçlüklerden öte, yatırımın kârlılığı temeline dayalı yaklaşımların yön değiştirmesi için yeterli olmayacaktır. Ayrıca, % 50 şartının aşılabilmesinin de kolay yolları olduğu gözlenmekte ve dolaylı ilişkilerin saptanması açısından uluslararası bilgi edinimleri ile bunun aşılmasında zorluklar bulunmaktadır. Bunun yanı sıra kontrol oranının belirlenmesi açısından belli dönemdeki en yüksek orandan hareket edilmesi de adil bir yaklaşım olma özelliğini taşımamakta, bunun yanı sıra daha sonra Türkiye'deki kurum kazancına iştirakteki hisse oranının hesap dönemi sonundaki durumunun dikkate alınması gibi tartışmalı bir belirleme yapılmaktadır.

Kurum kazancının belirlenmesinde, indirilecek gelirler açısından düzenleme getiren 8. maddenin

içeriğinde, özellikle sigorta şirketleri bakımından uygulamaya uygun ve günün şartlarını kavrayan düzenlemelere yer verilmiş olduğu görülmektedir. Güncel prim hesaplarından hareketle saptanan teknik karşılıklar anlamında vergisel uygulama ile sigortacılık uygulamasının paralel hale getirilmesi, özellikle 8/1-e-4 maddesi uyarınca Hazine Müsteşarlığı Sigorta Genel Müdürlüğü tarafından yapılacak saptama uyarınca mümkün olabilecektir.

Bu bağlamda 11. maddede "Kabul edilmeyen indirimler" başlığı altında getirilen düzenlemeler içerisinde, öncekinden farklı olarak bankaların ayırdığı karşılıkların genel nitelikte olanlarının gider yazılamayacağı hüküm altına alınmaktadır. Daha önceki düzenlemede "*Her ne şekilde ve ne isimle olursa olsun ayrılan ibtiyat akçeleri (Türk Ticaret Kanunu'na, kurumların özel kanunlarına veya esas mukavele ve nizamnamelerine göre safi kazançlardan ayırdıkları bilumum ibtiyatlar ile Bankalar Kanunu'na müsteniden bankaların ayırdıkları karşılıklar dahil)*" ifadesiyle yer alan düzenleme "*Her ne şekilde ve ne isimle olursa olsun ayrılan ibtiyat akçeleri (Türk Ticaret Kanunu'na, kurumların özel kanunlarına veya esas mukavele ve nizamnamelerine göre safi kazançlardan ayırdıkları bilumum ibtiyatlar ile Bankacılık Kanununa müsteniden bankaların ayırdıkları genel karşılıklar dahil)*" şekline dönüşmüştür. Bunun yanı sıra 35. maddede, indirimlerin başkaca kanunlarla düzenlenemeyeceği ve bu Kanuna hüküm konulmak suretiyle düzenleme yapılması gerektiği de hüküm altına alınmıştır. Bir bölüm örnek ülke uygulamalarında, bankalar tarafından ayrılan tüm karşılıkların ya da büyük bölümünün vergi matrahının dışında tutulabildiği bilinmektedir. Bunun temel amacı; finans sisteminin oyuncularının yapılarının güçlendirilmesi ve sistemik risklerin önüne geçilmesidir. Ülkemiz ekonomisi anlamında, bu yaklaşımın benimsenmemesi, daha önce Bankacılık Kanunu'nda yer alan ve karşılıkların indirim konusu edilmesine imkân veren hükmün, yargı organlarınca kanunların önceliği gerekçesinden hareketle uygulama kararına karşı çözüm üretme amacı nedeniyle, kanımızca hatalı ve eksiktir. Diğer taraftan, 35. madde hükmü dikkate alındığında, Bankacılık Kanunu uyarınca genel karşılıklar dışında ayrılan özel karşılıkların indirim konusu edilip edilmeyeceği hususu, 11. maddede sade-

ce genel karşılıklardan bahsedilmesine bağlı olarak karşımıza çıkabilecektir.

Finans sektörünün bu şekilde oluşacak maliyetleri; genel vergi oranının düşürülmesinin getirileri hesaplandıktan sonra hizmet alanlara aktarması kaçınılmaz olacaktır.

Zarar mahsup esaslarının daha net bir biçimde ve ayrı bir maddede düzenleme konusu edilmesi (Madde 9) kanımızca isabetli olmuştur.

Kanununun 12. maddesinde "örtülü sermaye" müessesesi, uluslararası gelişmeler ve genel kabul görmüş ilkeler dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Yapılan düzenleme ile 'örtülü sermaye' uygulamasındaki bazı belirsizlikler ve ihtilaflara neden olan hükümler açıklığa kavuşturulmaya çalışılmış ve eski düzenlemedeki "istikrazları teşebbüste

sal kiralama şirketleri, finansman ve faktoring şirketleri ile ipotek finansman kuruluşlarının bu faaliyetleriyle ilgili olarak ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan bankalardan yaptıkları borçlanmaların örtülü sermaye sayılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu günün gereklerine uygun bir anlayışı ifade etmektedir. Vergi düzenlemelerinin temelinde, günün ekonomik işleyişini, o işleyiş için öngörülen kurallar kapsamında işlem yapılmakta olması kaydıyla engellemeyecek biçimde şekillendirilmesi, kötü niyetli uygulamaların ise temelinde denetimler yolu ile engellenerek yükümlülüklerini yerine getiren mükelleflerin önünün tıkanmaması esas olmalıdır.

Diğer taraftan, örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarlar, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunları-

## Vergi düzenlemelerinin temelinde, günün ekonomik işleyişini, o işleyiş için öngörülen kurallar kapsamında işlem yapılmakta olması kaydıyla engellemeyecek biçimde şekillendirilmesi, kötü niyetli uygulamaların ise temelinde denetimler yolu ile engellenerek yükümlülüklerini yerine getiren mükelleflerin önünün tıkanmaması esas olmalıdır.

devamlı kullanma" ifadesi belirsizliklere ve ihtilafa yol açtığından "devamlılık unsuruna" yeni düzenlemede yer verilmemiştir.

Örtülü sermaye uygulamasında borç/öz kaynak oranı, ilişkili kişi ve özsermaye tanımlarına açıklık getirilerek, objektif ölçütler konulmuş ve örtülü sermaye kapsamına girmeyen borçlanmalar sayılmıştır. Yeni Kanunda yer verilen düzenlemede borçlanmanın örtülü sermaye sayılması için; ana ortak/ilişkili kişiden alınması ve belirlenen borç/özsermaye oranını aşması yeter ve gerekli koşul olarak sayılmıştır.

Örtülü sermayenin varlığı anlamında ilişkili şirketlerden alınan borcun özsermayeye oranı üç kat olarak belirlenmektedir. Sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi kurumları hariç, ilişkili banka veya benzeri kuruluşlardan alınan borçların yarısı örtülü sermaye kıyaslamasında dikkate alınacaktır. Diğer bir deyişle sadece bu kuruluşlardan alınan borçlar, öz sermayenin 6 katına kadar örtülü sermaye oluşturmayacaktır.

Ayrıca söz konusu yeni metinde, bankalar, finan-

nın uygulanmasında, gerek borç alan, gerekse borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacaktır.

Maddenin uygulamasında değişik açılardan özellikle bağlantılı durumlar başta olmak üzere uygulama sorunlarının çıkması söz konusu olacaktır. Bu anlamda ilk akla gelen konulardan birisi de, üç kat oranının yasa koyucunun öngördüğü sınıra kadar kullanım imkânı yaratan bir düzenleme olarak algılanması ve bütün şirketlerin ortaklara aktarım anlamında öz sermayelerinin üç katına kadar borçlanma ve bu borca faiz işletme yoluna gitmeleri yolunun açılabilir olmasıdır. Diğer taraftan yürürlük açısından 1.1.2006 sonrasına taşınan önceki borçlanmalar da kapsama alınmıştır. Bu durumda henüz kapatılmamış olan ve 3 kat sınırını aşan borçlanmalar ile Kanununun Resmi Gazete'de yayımlandığı 21.6.2006 tarihinden önce başlayan 1.1.2006 sonrası borçlanmalar da madde kapsamına girmiş bulunmaktadır. Düzenlemenin bu hali ile

daha önceki esaslara uygun olarak yapılan borçlanmaların örtülü sermaye olarak kabul edilmesi sonucunu doğurabileceği, bunun vergilendirme ilkeleri ile uyuşmadığı, dolayısıyla anayasal aykırılık başta olmak üzere birçok konuda uyuşmazlığa yol açması ihtimali kuvvetlidir. Getirilen düzenlemenin bir başka sonucu da, örtülü kazanç konu faiz ödemesi üzerinden cezalı kurumlar vergisi alınmasının yanı sıra dağıtılmamış kâr payı olarak kabul edilerek stopaja konu edilmesi, bu tutarın dağıtıldığı hallerde de elde eden bünyesinde beyana konu edilmesi olacaktır.

Yeni düzenleme ile 'örtülü kazanç' müessesesi günün kabul gören esasları paralelinde 'Transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı' başlığı altında düzenlenmiş bulunmaktadır. Düzenleme, eski yaklaşım temelinde ancak daha açık ve vergiden kaçırma temeline dayalı kâr transferlerini önleme amacını içermektedir.

Örtülü kazanç müessesesine yeni düzenleme ile getirilen yenilik, temelinde emsallere uygun fiyat tespitinde uygulanacak yöntemler konusundadır.

Yeni düzenlemede emsallere uygun fiyat ya da bedelin tespitinde mükelleflerin uygulayabileceği üç ayrı yöntem öngörmekte, anılan yöntemler, OECD'nin "Uluslararası Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi"nde "geleneksel işlem yöntemleri" olarak öncelikle önerilen temel yöntemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle yabancı sermayenin teşvik edilmesinin amaçlandığı bu dönemde, ülke ekonomisi bakımından yararlı, kalıcı ve katkıda bulunma anlamında yabancı sermaye gelişi ve gelişimi açısından bu düzenlemenin çok önem taşıdığını belirtmekte yarar görmekteyiz. Daha önceki düzenlemede yer alan yetersizlikler ve uygulama eksiklikleri nedeniyle emsal fiyat belirleme bakımından ortaya çıkan sorunlar ve özellikle yabancı sermayeli şirketlerin gayri maddi hak bedelleri başta olmak üzere ana şirkete yaptıkları transferlerin denetlenememesi ve Türkiye'de vergilendirilecek gerçek kazancın kavranamaması sorunu yaşanmıştır. Bu düzenleme yoluyla aşılması imkânı, idarenin ve yargının belirleyiciliği ile ortaya çıkabilecektir. Maddenin yürürlüğünün 1.1.2007 tarihinden başlayacak olması da, bu dönemde gereken hazırlıkların yapılabilmesine imkân yaratacaktır.

Bu düzenlemeye göre kurumlar, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri;

- Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi,
  - Maliyet artı yöntemi,
  - Yeniden satış fiyatı yöntemi ve
  - Mükellef tarafından belirlenecek en uygun fiyat yöntemi (emsallere uygun fiyata sayılan üç yöntemden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa mükellef tarafından işlemlerin mahiyetine uygun olarak belirlenecek yöntem)
- kullanarak tespit edebilecektir.

Diğer taraftan ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespitine ilişkin yöntemler, mükellefin talebi üzerine Maliye Bakanlığı ile anlaşarak belirlenebilecek, bu yöntem, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar dahilinde kesinlik taşıyacaktır.

Eski düzenlemede yıllık kurumlar vergisi beyannamesi hesap döneminin kapandığı ayı izleyen dördüncü ayın 15. günü akşamına kadar verilmesi gerekirken (15 Nisan) yeni düzenlemede hesap döneminin kapandığı ayı izleyen dördüncü ayın birinci gününden 25. gününe kadar (25 Nisan) verilebilecektir.

Tasfiye ile ilgili maddede tasfiyeden vazgeçilmesi halinde yapılacak işlemler de düzenlenmek suretiyle eski düzenlemenin geliştirildiği görülmekte, tasfiye beyannamesinin verilme süresi 15 günden 30 güne çıkarılmaktadır. Düzenlenen maddede ile her bir tasfiye dönemi bağımsız birer vergilendirme dönemi olarak dikkate alınmakta; tasfiyenin başlangıç ve bitiş tarihlerine açıklık kazandırılmakta; ancak tasfiyenin zararlı kapanması durumunda, önceki tasfiye dönemlerine doğru düzeltme yapıp anılan dönemlerde fazla ödenen vergi mükellefe iade edilmektedir. (md.17)

Devir, bölünme ve hisse değişimi (md.19) konusunda mevcut düzenlemenin geliştirildiği gözlenmekte ve ağırlıklı olarak kötüye kullanımın önlenmesi amacının olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir. Yeni düzenleme il üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunluluğu getirilmektedir. Devre konu iktisadi kıymetlere ilişkin aktif ve pasif kalemlerin de ilgili oldukları kıymetlerle aynı şekilde işleme tabi olmaları gereği vurgulanmaktadır.

Devir işlemlerinde olduğu gibi bölünmenin de

vergisiz olarak yapılmasına olanak sağlanarak, işletmelerin daha etkin ve verimli çalışmalarını sağlayabilecek bölünme işlemlerini gerçekleştirmeleri mümkün hale getirilmektedir. İştirak hisselerinin kısmî bölünme kapsamında değerlendirilebilmesi için, Kanununun 5. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendindeki iştirak hisselerinin satışından doğan kazanç istisnası ile paralel düzenleme yapılmış ve 5. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan hükmün bu iştirak hisseleri açısından da uygulanması sağlanmıştır. Düzenleme ile aktifte yer alan bu kıymetlerin en az iki tam yıl süreyle elde tutulması şart koşulmuştur.

Diğer taraftan bölünme işlemlerinde aktifi ve pasifi düzenleyici hesapların ilgili olduğu aktif veya pasif hesapla birlikte devredileceği hususuna da açıklık kazandırılmaktadır. Bir diğer değişiklik ise Kanununun 9. maddesinde düzenlenen devir ve tam bölünme işlemlerindeki zarar mahsubudur. Buna göre, devir işlemlerinde mahsup edilecek zarar miktarı devralınan kurumların devir tarihi itibarıyla özsermaye tutarını geçemeyecektir. Ayrıca tam bölünme işlemlerinde de mahsup edilecek zarar miktarı bölünen kurumdaki öz sermayenin devralınan kısmını geçemeyecek ve devralınan kıymetle orantılı olacak; devir ve tam bölünme hallerinde zarar mahsubu için;

- Son 5 yıla ilişkin kurumlar vergisi beyannamelerinin kanunî süresinde verilmiş olması,
- Devralınan kurumun faaliyetine devir veya bölünmenin meydana geldiği hesap döneminden itibaren en az 5 yıl süreyle devam edilmesi şartları ayrıca aranacaktır. Devir, bölünme ve hisse değişimi hallerinde yapılacak vergilendirme açısından beyan süresi 30 güne çıkarılmış, beyan süresinin başlangıcı devir veya bölünmenin Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edildiği tarih olarak saptanarak belirsizlik ortadan kaldırılmıştır (Madde 20). Mevcut düzenlemeden farklı olarak kısmi bölünmede devralan şirketin bölünen kurumun borçları için müteselsil sorumluluğu devraldığı kıymetlerin emsal bedeli ile sınırlandırılmaktadır.

Dar mükellefler bakımından gider paylaşımının, vergi yükümlülüğünü ortadan kaldıran biçimde önlenmesi amacını içeren yerinde bir düzenleme 22. maddede yer almıştır. Getirilen düzenleme ile dar mükellefiyete tabi kurumların Türkiye'deki şubelerinin kazancı belirlenirken ana merkezdeki ve-

ya yurt dışındaki diğer grup şirketleri veya şubelerinde yapılan genel yönetim giderlerinden Türkiye'deki şubeye pay verilmesi dolayısıyla bu giderlerin kazançtan indirilmesi belli şartlara uyulması halinde mümkün hale gelmektedir. Buna göre;

- Yapılan giderler Türkiye'de kazancın elde edilmesi ve idamesi ile ilgili olmalı,
- Emsallere uygunluk ilkesi uyarınca belirlenecek dağıtım anahtarları kullanılarak Türkiye'deki şubelerin payının hesaplanması gerekmektedir.

Düşük vergi oranı uygulayan ve vergi cenneti olarak isimlendirilen yerlerde kurulan şirketler aracılığı ile vergi matrahının aşındırılması ve yasal uygunluk sınırları içerisinde vergiden kaçınma tanımlamasına uygun ancak temelinde kullanım biçimine göre vergi kaçırma yöntemine dönüşen uygulamaların caydırılmasını amaçlayan 30/7. madde önemli değişikliklerden birisi olma özelliğini taşımaktadır. Diğer taraftan düşük oran uygulamak suretiyle, vergi alanında zararlı vergi rekabeti olarak isimlendirilen uygulamaların önlenmesi anlamına da gelmektedir.

Düzenleme engelleme yöntemi olarak zararlı vergi rekabeti uygulayan ülkelerde yerleşik kurumlara yapılan her türlü ödemeler üzerinden, Türkiye'deki kurum kazançlarının taşıdığı vergi yüküne yaklaşık oranda bir vergi kesintisi yapılmasını benimsemektedir.

Söz konusu düzenleme uyarınca; Bakanlar Kurulu tarafından vergi ve diğer uygulamalar açısından zararlı vergi rekabetine yol açtığı kabul edilen ülkelerde yerleşik olan veya faaliyette bulunan kurumlara (tam mükellef kurumların bu yerlerde bulunan şubeleri dahil) yapılan her türlü ödeme üzerinden;

- Bu ödemenin verginin konusuna girip girmediğine veya,
- Ödeme yapılan kurumun mükellef olup olmadığına bakılmaksızın %30 oranında vergi kesintisi yapılması öngörülmektedir.

Ancak emseline uygun fiyatlarla satın alınan mal ve iştirak hisseleri için yapılan ödemelere ek olarak emseline uygun fiyatlarla deniz ve hava ulaştırma araçlarının kiralanması için yapılan ödemeler ile yapılan işin tamamlanabilmesi bakımından zorunluluk arz eden ödemeler üzerinden yapılacak kesinti oranını belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Düzenleme, temelinde kurumla-



## Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu'nda kurumlar vergisi ve geçici vergi oranı %20'ye düşürülmüş, Bakanlar Kurulu'na bu oranı %5'e indirme yetkisi de tanınmıştır.

rın kendi paralarını yurt dışına çıkarmak ve yabancı kaynak olarak getirerek sağlayacakları faizleri vergisiz biçimde ve beyan dışı bırakarak vergi dışına çekmelerinin önüne geçilmesini önleme amacını taşımaktadır. Bununla birlikte yine vergi cennetlerinin kullanılması suretiyle değişik biçimlendirmelerle işlem yapılması gündeme gelebilecek, vergi idaresinin bu konuda etkin olabilmesi yetkin insan gücünü yetiştirmesinin yanı sıra elektronik ortamda takip imkânlarına sahip veri ve kontrol tabanını oluşturmasına bağlı olacaktır.

Diğer taraftan maddede yurt dışındaki finans kuruluşlarından temin edilen borçlanmalara ilişkin ana para, faiz ve kâr payı ödemeleri ile sigorta ve reasürans ödemeleri üzerinden vergi kesintisi yapılmayacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme özellikle ABD piyasalarından yapılan özel nitelikli borçlanmalarda, mevzuat ara uyumunun sağlanmasını teminen borçlanan bankalar ve kuruluşlar (örneğin kredi kartı alacaklarının menkul kıymetleştirilmesi uygulamalarında durum böyledir.) tarafından bu tür ülkelerde şirket kurulması hallerinde ortaya çıkabilecek sorunların önlenmesi bakımından faydalı olacaktır.

Dar mükelleflere yapılan ödemeler üzerinden stopaj yapılması esaslarında değişiklik yapılmış bulunmaktadır (Madde 30). Eski düzenlemede kanuni oran %25, serbest meslek kazançları, kira, lisans ve diğer maddi hak bedelleri %22, menkul sermaye iratları %15 oranında vergiye tabi iken, yeni düzenlemede kanuni oran %15'e düşürülmüştür. Yabancı kurumlara ücret ödemesi ile ilgili hüküm ve buna bağlı stopaj kaldırılmış ve bu ödemelerin uluslararası uygulamalara paralel olarak hizmet ödemeleri içinde değerlendirilmesi esası benimsenmiştir. Konuya ilişkin ek düzenlemelerin bir an önce çıkarılmaması kanuni oranların uygulanması gereğini ortaya çıkaracağından, bu hususun gelir

idaresince öncelikli konular arasına alınmasında yarar vardır.

Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu'nda kurumlar vergisi ve geçici vergi oranı 32. madde ile getirilen düzenleme uyarınca %20'ye düşürülmüş, Bakanlar Kuruluna bu oranı %5 indirme yetkisi de tanınmıştır. 10 puanlık azalmanın mükellefler açısından önemli bir indirim olduğu hususu özellikle içerisinde bulunan ekonomik koşullar dikkate alındığında gözden kaçırılmamalıdır. Bununla birlikte, yatırım indiriminin sınırlanması, başka kanunlardaki istisna ve muafiyetlerin kaldırılması, sermayeye ekleme esasına dayalı bir bölüm kazançların kısmen istisnadan yararlandırılması (%75) gibi sınırlayıcı düzenlemelerin mükelleflerin konumlarına, diğer bir ifadeyle bilânçolarının yapısına göre vergi indiriminin etkisini farklı boyutlarda algılamaları mümkündür.

Kanunun 33. maddesinde tam mükellef kurumların temettüye kaynak oluşturan kazançları üzerinden yurt dışında ödedikleri gelir veya kurumlar vergisinin mahsubuna ve düzenleme gereği mahsup edilemeyen tutarın üç yıl süre ile ileriye doğru taşınması mümkün olup, mahsup işlemi geçici vergi dönemlerinde de yapılabilmesine imkân tanınmaktadır.

Önemli ve gözden kaçırılmaması gereken bir husus ise Kanunun başkaca kanunlarda yer alan muafiyet, istisna ve indirimlerin geçerli olmayacağını ve bu geçersizliğin 1.1.2007 tarihinden itibaren dikkate alınması gerektiğini hüküm altına alan 35 ve 37/3. maddeleridir. Muafiyet, istisna ve indirimlerin ancak Kurumlar Vergisi, Gelir Vergisi ile Vergi Usul Kanunu'nda yer alacak hükümlere bağlı olarak geçerlilik gösterecek olması vergi düzenleme tekniği açısından son derece olumlu bir gelişmedir. Ancak, değişik kanunlardaki istisnaların 1.1.2007 tarihinden itibaren uygulanamayacak olmasının şu anda bilinmeyen ya da görülemeyen olumsuzluklarının olup olmayacağını ise zamanla anlamak mümkün olabilecektir.

Yeni Kurumlar Vergisi Kanununun getirdiği düzenlemeler açısından başkaca belirlemelerde bulunmak hiç şüphesiz gerek uygulayıcıların gerek yargı organlarının yaklaşımları ile gelişecek ve olacaktır.

## Av. Yolanda SANZ MARTIN

İspanya Metal İşverenleri Konfederasyonu (CONFEMETAL) Uluslararası İlişkiler Müdürü

# İspanya'da İş İlişkisinin Sona Erdirilmesi

Yüksek işsizlik oranları nedeniyle, İspanya iş-gücü piyasası ülkedeki yapısal reformların temel unsurlarından birisi olagelmıştır. Düşük nitelikli çalışanların belirsiz süreli iş sözleşmelerini sona erdirmeye maliyetini ve işverenlerin sosyal yükümlülüklerini “özel bir sözleşme türüyle”<sup>1</sup> azaltan 1997 tarihli “çalışma reformu”, ülkede reformu takip eden yıllarda ve son dönemde istihdam oranında ciddi boyutta bir büyüme sağlanmasına yardımcı olmuştur.

Buna rağmen İspanya'daki durum yine de çok iyimser olarak görülemez. Bugün İspanya iş piyasalarında halen her üç çalışandan biri geçici süreli (belirli süreli iş sözleşmesine sahip olarak) sözleşmeyle çalışmaktadır. Bu, İspanya'daki geçici istihdam oranının AB ortalamasının iki katından daha fazla olduğu ve her ne kadar İspanya ekonomisinin doğası gereği geçici sektörlerin (turizm ve inşaat gibi) varlığı ile kısmen makul görülebilirse de; 1997 tarihli “çalışma reformu” ile hayat bulan “özel belirsiz süreli” sözleşmelerin işverenler nazarında halen çok kısıtlayıcı bulunduğu anlamına gelmektedir.

İspanya'daki kıdem tazminatı miktarları aslında tüm AB ülkeleri içinde en yüksek olanlardan biri konumundadır. Bu nedenle işverenler olası bir olumsuz ekonomik gelişme karşısında tedbir almalarına engel olacak durumların önüne geçebilmek amacıyla, geçici istihdam piyasasına yönelme

eğilimindedirler. Geçici istihdam piyasasının yaratıldığı ve geçici çalışan işçilerin sürekli olarak çalışan işçilere dönüşmesine engel olan bu yüksek rotasyon, işletmeler tarafından işgücünün eğitimine daha az kaynak ayrılmasıyla sonuçlanmaktadır. Bu durum; gerek kamu idaresi gerekse özel işletme kaynaklarının AR-GE'ye yetersiz miktarlarda aktarılmasıyla birleştiğinde İspanyol ekonomisinin AB içindeki en düşük verimlilik oranına sahip ekonomi olması sonucunu doğurmaktadır.

OECD'nin değişik tavsiye kararlarında da belirtildiği gibi; İspanya'daki kıdem tazminatı miktarlarının, her işçi için geçerli olacak biçimde, yüksek istihdam oranına sahip ülkeler düzeyine indirilmesi gereklidir. Bundan başka, bu tavsiye kararlarında belirtildiği gibi, “geçerli fesih” ile “geçersiz fesih” arasındaki ayrımın; mahkemeleri bugün olduğu gibi pek çok feshi geçersiz olarak değerlendirmelerine engel olacak biçimde, açık kriterlere dayandırılmasının uzun vadede feshine bağlı tazminatları da azaltacağı düşünülmektedir. Bu durum, “İşçi Şartı”<sup>2</sup>nda sözleşmenin sona erdirilmesi için öngörülmüş sebeplere ve mahkeme kararlarında Kanun'un nasıl uygulandığına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

Konunun daha iyi değerlendirilebilmesi için ilk olarak İspanya'da feshine ilişkin hukuki düzenlemelerin genel esasları, hukuki açıdan geçerli nedenler, usûl ve sonuçlara değinmek gerekecektir.

## İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, İşçi Şartı<sup>2</sup> İle Düzenlenmiş Sebepler

İş sözleşmesinin sona erdirilmesi işçi ile işveren arasındaki ilişkinin sona erdirilmesi anlamındadır ve bu sona erdirmenin nedenleri kanunda sayıldığı biçimiyle aşağıdaki başlıklar halinde sıralanabilir:

1- İlgili tarafların (işçi-işveren) karşılıklı mutabakatı ile.

2- Sözleşme ile belirlenmiş geçerli ve taahhüt edilen niteliklerin taşınmaması nedeniyle işverene hukuki ihlal sorumluluğu yüklenememesine yol açan sebepler:

Mahkeme kararları bu sebeplerin sözleşmelerde açıkça belirtilmiş olması koşulunu aramaktadırlar. Bu gibi hallere örnek olarak iş için gerekli olduğu an ve zamanda sürücü belgesinin bulunmaması, gönüllü bir izin sırasında buna ilişkin muvafakatin alınmamış olması, iş için gerekli olan mesleki unvana veya idari lisansa sahip olmamak gibi durumlar sayılabilir.

3- Belirlenmiş sürenin sona ermesi, iş sözleşmesinin konusu iş veya hizmetin sona ermesi:

Geçici nitelikteki iş sözleşmeleri doğası gereği öngörülen sürenin sona ermesi ile veya iş sözleşmesinin konusunu teşkil eden iş veya hizmetin tamamlanması ile sona ererler.

Aşağıdaki hallerde ise sona erdirme hukuka aykırı sayılacaktır:

- İş sözleşmesinin konusu olan iş veya hizmet somut, müstakil ve sabit biçimde tanımlanmamış ise.

- İş veya hizmet için gerçek bir zaman sınırlaması mevcut değil ise.

- İşçinin işletmenin mutad ve sürekli işlerinde görev almış olması halinde.

- İşçinin değişik iş veya hizmetlerde eş zamanlı olarak görev almış olması halinde.

4- İşçinin istifası.

5- İşçinin ölümü, sürekli ve tam maluliyeti ve işçinin yüksek derece sakatlığı.

6- İşçinin emekli olması.

7- Diğer akit tarafın (işveren) ölümü, emekliliği veya hükmi şahsiyetini yitirmesi.

İşverenin ölümü, emekliliği ve maluliyeti, işletmenin faaliyeti durmuş ise iş sözleşmelerinin geçersiz hale gelmesi sonucunu doğuracaktır. Deği-

şiklik ve birleşmeler tüzel kişiliğin hükümsüzlüğüne delalet etmez, hak ve yükümlülüklerde halefiyet sonucunu doğururlar.

Tüzel kişiliğin sona ermesi halinde, toplu çıkarma prosedürünün uygulanabilmesi için yetkili merciden izin alınması gerekecektir.

8- Force majeure - zorlayıcı sebepler

İşin yapılmasına tamamen engel olan, öngörülemeyen, kaçınılamayan ve tamamen işverenin iradesinden bağımsız olarak meydana gelen harici ve olağandışı olaylardır (yangın, sel, vb...).

9- Örgütsel, teknik, ekonomik ve üretime ilişkin sebeplere bağlı toplu veya kitlesel işten çıkarmalar.

Burada anlatılmak istenen; uygulanmasıyla işletmelerin geleceğe ilişkin sorunların üstesinden gelinmesi ve kaynakların daha uygun yapılandırılması yoluyla işletmelerin yaşamsal kabiliyetlerinin ve çalışanların istihdamının korunmasına yönelik olarak veya işletmenin gelecekte iktisadi varlığını sürdürmesi imkânının kalmadığı durumlarda uygulanacak toplu işten çıkarmalardır.

Bunlardan; 5 kişi üzerinde çalışanın bulunduğu işletmelerde, faaliyetin sona erdirilmesi nedeniyle, 90 günlük bir dönem içinde hüküm doğuracak ve tüm işgücüne yönelik olarak yapılacak işten çıkarmalar "toplular" olarak addedilir.

Buna karşılık tüm işgücünü etkilemese bile en az aşağıda belirtilen sayılardaki işten çıkarmalar da toplu çıkarma olarak değerlendirilir:

- 100 kişiden az çalışan bulunan işletmelerde 10 işçinin,

- 100 kişiden fazla 300 kişiden az çalışan bulunan işletmelerde toplamın %10'u kadar işçinin,

- 300 veya daha fazla çalışan bulunan işletmelerde 30 işçinin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi hallerinde.

Toplu çıkarma uygulama arzusunda olan işverenler "çalışma mevzuatı"nda öngörülen usûl dairesinde yetkili merciden izin almak zorundadır. Anılan usûl bir izin talebi ile başlar ve işçi temsilcileri ile bir görüşme sürecini öngörür.

İşçi temsilcileri ile yapılan görüşmeler anlaşma ile sonuçlanırsa uygulanacak çalışma koşullarını düzenleyen başlı başına bu anlaşma metni olacaktır. Anılan bu anlaşma metni ayrıca onay için yetkili merciye ibraz edilmek zorundadır.

Eğer işçi temsilcileri ile yapılan görüşmelerde bir mutabakata varılamazsa, işverenin ibraz ettiği teklif üzerinden kararı verecek olan yetkili mercidir.

10- Haklı bir sebebe dayanıyorsa, işçinin talebi ile.

İşçi; işverenin iş sözleşmesi ile taahhüt ettiği yükümlülüklerle aykırı hareket etmesi halinde aşağıdaki gibi hallerde iş sözleşmesinin feshi ile ilgili olarak yargı yoluna başvurabilir:

- Çalışma koşullarının işçinin mesleki eğitimine ve haysiyetine zarar verecek tarzda ve esaslı biçimde değiştirilmesi,

- Çalışanın ücretinin ödenmemesi veya geç ödenmesi,

- İşverenin herhangi bir ağır ihmali (örneğin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına riayet edilmemesi)

- İşverenin; coğrafi nakil ve iş koşullarında esaslı değişiklik nedeniyle eski işine iade yönündeki mahkeme kararına rağmen işçiyi eski işine iade etmemesi.

Bu gibi hallerde mahkeme; iş sözleşmesinin hükümsüzlüğüne ve işçiye yapılacak haksız fesih hallerinde ödenecek tutarda tazminatın işverence ödenmesine karar verir.

11- İşçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihler:

Bu tip fesihler işçinin sorumlu tutulacağı ciddi ve hatalı davranışlarına karşılık ortaya koyduğu tek taraflı tasarruflardır. Buna ilişkin sebepler kanunda aşağıdakiler olarak öngörülmüştür:

- İşçinin işe yoğunlaşmakta ve işine zamanında gelmekte tekrarlanmış hataları,

- Disiplinsizlik ve itaatsizlik,

- İşverene, diğer çalışanlar ve bunların akrabalarına-yakınlarına sözlü hakaret veya fiziksel saldırı,

- İş sözleşmesi gereği olan iyi niyetin ihlali ve işle ilgili görevlerin ifasına bağlı güvenin kötüye kullanılması (görevi suistimal),

- Çalışma veriminde (zımnen oluşmuş veya önceden üzerinde mutabakata varılmış) sürekli ve kasti bir düşüş,

- Çalışma performansında düşüşe neden olması kaydıyla alkol ve uyuşturucu bağımlılığı,

- İşveren veya diğer çalışanlara ırk, din veya inanç, düşünce, yaş veya cinsel eğilimleri nedeniyle tacizde bulunmak.

12- Kanunen geçerli sayılan objektif nedenler.

İş sözleşmesi aşağıda belirtilenler gibi hukuken

geçerli sayılan belirli objektif nedenlerle işveren tarafından feshedilebilir:

- İşçinin beceriksizliği. Bu durumun iş sözleşmesinin feshinde geçerli kabul edilebilmesi için sözleşmenin yapılması esnasında bilinmiyor olması veya sözleşmenin yapılmasından sonra beklenmedik şekilde ortaya çıkması gereklidir. Böyle bir durum deneme süresi bitmeden önce mevcut ise deneme süresinin bitimiyle artık feshe dayanak yapılamaz.

- İşçinin çalışma ortamındaki teknik değişimlere uyum sağlamadaki eksikliği. Teknik değişimler işçinin sahip olduğu mesleki bilgisi karşısında makul görülebilir olmalıdır. Bundan başka işçiye bu değişimlere uyum sağlamak için en azından iki aylık bir uyum süresi verilmesi zorunludur.

- İşletmenin içinde bulunduğu olumsuz koşulların aşılması ve işletmenin-işin yürütümünün iyileştirilmesi amacıyla ekonomik, teknik, yönetsel ve üretim gereklilikleri ile ilgili objektif nedenlerle mevcut çalışma postalarında-işçi sayısında azaltmaya gitme ihtiyacı. Bu gibi fesihler işletmede mevcut çalışan toplam işçi sayısına göre belirli bir sayı ve oranda çalışana etki ettiği takdirde, toplu fesihlere ilişkin kurallara tabi olacaklardır (bkz. yukarıda toplu işten çıkarmalarla ilgili bölüm).

- İşe devamsızlık. Haklı (geçerli bir mazerete dayalı) ve aralıklarla olsa da işçinin devamsızlığının birbirini takip eden 2 aylık süre zarfında bu süreye ilişkin çalışma günlerinin % 20'sine, birbirini takip etmeyen 4 aylık süre zarfında anılan devamsızlığın bu süreye ilişkin toplam çalışma günlerinin % 25'ine ve yine yukarıda anılan sürelerle bağlantılı olarak 12 aylık zaman zarfında devamsızlığı bu süreye ilişkin toplam çalışma günlerinin % 5'ine ulaşması fesih nedenidir. Şu kadar ki; kanuni grev, işçi sendikası faaliyetlerine katılım, iş kazası, analık, hamilelik risklerine yönelik dinlenme süresi, hamilelik nedeniyle ortaya çıkan hastalık, doğum ve buna ilişkin tıbbi bakım, 20 günden fazla istirahat gerektiren iş kazası ve meslek hastalığı dışındaki tıbbi izinlerden kaynaklanan devamsızlıklar fesih nedeni yapılamazlar.

- Belirli hizmetleri yürüten ve özel bütçe planları ile birer yıllık dönemlerle kendilerine fona ayrılan ve anılan bütçe planları doğrultusunda ilgili fonların tahsisi ile yeterli kaynak alamayan kamu kurumları ve kâr amacı gütmeyen kurum-kuruluşlarla aktedilen belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi.



Yukarıda anılan tüm hallerde işçi; 12 aylık ücreti tutarını aşmamak kaydıyla çalışılan her bir yıl karşılığı 20 günlük ücreti tutarında tazminata hak kazanır.

## İş Sözleşmesinin Feshine İtiraz: Usûl, Sonuçları ve Etkileri

İş sözleşmesi, işverenin tek taraflı iradesi ile feshedilen ve anılan fesih kararına rıza göstermeyen işçi, aşağıdaki usûl dairesinde bu karara karşı hukuksal yollara başvurabilir:

Bu hukuksal yollara başvurma süresi, fesih tarihinden itibaren 20 işgünüdür.

Feshe karşı izlenecek hukuksal başvuru yollarının ilki “uzlaşma-mutabakat teklifi” dir. Bu hukuksal yol, feshe karşı mahkemeye başvurmadan önce uyulması gereken bir ön koşuldur. Uzlaşma teklifi için başvurular “Uzlaştırma Tahkim ve Uzlaşma Dairesi” (Unit of Intercession, Arbitration and Reconciliation) ne veya ilgili-yetkili bölgenin eşdeğer diğer birimlerine yapılır.

Böyle bir başvuru itiraz sürecini keser.

Yetkili merci taraflardan bir anlaşmaya varılmamı ister ve bu durumda iki olasılık karşımıza çıkar. Bunlar:

- Bir anlaşmaya varılması: Bu durumda taraflar feshin koşullarını ortak iradeleriyle düzenlerler. (Çalışma süresinin yeniden belirlenmesi, tazminat miktarlarının belirlenmesi ve uyuşmazlık sürecindeki ücretin belirlenmesi gibi).

- Bir anlaşmaya varılamaması: Bu durumda işçi, yukarıda anılan 20 işgünlük süreyi de geçirmemiş olmak koşuluyla iş mahkemesinde dava açar.

Anlaşmaya varılamaması ve iş mahkemesine yapılan başvurudan sonra, yargılama sürecine geçilmeden önce taraflara son bir uzlaşma çağrısı yapılır. Bu durumda da anlaşmaya varılamaması halinde yargılama süreci başlar.

Tarafları dinledikten sonra ve sunulan delilleri dikkate alarak mahkeme aşağıdaki üç muhtemel sonuca ulaşabilir:

- *Mahkeme feshin geçerliliğine veya kanuna uygun olduğuna karar verebilir.* Bu gibi durumlarda fesih işverenin kararı doğrultusunda ve karar tarihinden itibaren etkili olacak biçimde geçerli olur ve şu sonuçları doğurur: İşçinin davranışları nedeniyle yapılan fesihlerde işçi tazminata hak kazanamaz.

Feshin objektif nedenlere dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde işçi, 12 aylık ücreti tutarını geçmemek koşuluyla beher kıdem yılı için 20 günlük ücreti tutarında tazminata hak kazanır.

- *Mahkeme feshin geçersiz olduğuna karar verebilir.* Mahkeme fesih için öne sürülen nedenlerin sağlam biçimde gerekçelendirilemediğine veya kanuni gerekliliklerin usûlüne uygun biçimde yerine getirilmediğine kanaat getirirse feshin geçersizliğine karar verir. Böyle bir durumda işveren; işçiyi işe iade almak (yasal süreç boyunca mahrum kaldığı ücretlerini de ödemek kaydıyla) veya sözleşmenin bu şekilde feshi nedeniyle 42 aylık ücreti tutarını aşmamak kaydıyla işçinin beher kıdem yılı için 45 günlük ücreti tutarında tazminat ödemek arasında bir tercih yapmalıdır. İşçi temsilcilerinin iş sözleşmelerinin feshinde ise iade veya tazminat konusundaki seçim hakkı işçi temsilcilerindedir. Eğer feshedilen sözleşme yukarıda konunun başlangıcında değindiğimiz “özel belirsiz süreli” iş sözleşmesi ise ödenmesi gereken kıdem tazminatı, 24 aylık ücreti tutarını aşmamak kaydıyla işçinin beher kıdem yılı için 33 günlük ücreti tutarında uygulanacaktır.

- *Mahkeme feshin haksız olduğuna karar verebilir.* Mahkeme feshin, İspanyol Anayasası'na, Kanun'a ve çalışanın temel hak ve özgürlüklerine aykırı nedenlere dayandığına kanaat getirirse bu durumda feshin haksız olduğuna karar verir. Bundan başka fesih aşağıdaki hakların kullanılmasından dolayı gerçekleştirilmiş ise yine haksız sayılacaktır:

● Çalışanın iş sözleşmesinin gebelik, gebelik riskleri, evlat edinme, çocuk bakımı gibi nedenlerle askıda olması,

● Kadın işçilerin gebeliğin başlangıcından itibaren sözleşme ile kararlaştırılan analık izininin sonuna kadar olan izin hakkının ve gebelik izni, gebelik riskleri, evlat edinme ve çocuk bakımı ile ilgili izin haklarının kullanılması,

● Çalışanın süt izni ve çocuk bakımı ile ilgili ücretli izin hakkını kullanması,

● Kadın işçilerin; çalışma sürelerinin azaltılması, yeniden düzenlenmesi, çalışma yerlerinin coğrafi olarak değiştirilmesi, çalışma merkezinin farklılaştırılması ve iş ilişkisinin askıya alınması gibi uygulamalarla cinsel ayrımcılığa maruz kalmaları hallerinde.

## Üzerinde Durulması Gereken Önemli Noktalar

Yukarıda ana hatlarını vermeye çalıştığımız hukuksal düzenlemeler ve farklı uluslararası kuruluşların da ortaya koyduğu üzere İspanya halen ciddi bir çalışma reformuna ihtiyaç duymaya devam etmektedir (OECD'nin "Perspectives de l'emploi de l'OECD 2004" adlı raporunda bu husus açıkça ortaya konmaktadır). İspanya istihdamın korunması anlamında en katı mevzuata sahip ülkelerden biridir. Anılan OECD raporu üç nokta üzerinde reforma gidilmesi gerekliliğine açık biçimde işaret etmektedir. Bunlar toplu çıkarmalara uygulanacak yaptırımlar, belirsiz süreli çalışmanın feshe karşı korunması, geçici süreli iş sözleşmelerinin yeniden düzenlenmesi olarak sıralanmaktadır.

Yukarıda da değindiğimiz üzere İspanya'da "geçersiz fesihler" in maliyeti oldukça yüksektir. Mahkemelerin; fesihlerin büyük çoğunluğunu "geçersiz" olarak değerlendirmek eğiliminde olması da fesih maliyetlerini azami sınırlara yükselten önemli bir unsurdur.

Bazı hallerde bir yoruma ulaşmak daha kolay olabilir, fakat piyasa ekonomisinde esnekliğin temel unsurlarından olmaları nedeniyle ekonomik, teknik, örgütsel ve üretimsel nedenlerle gerçekleştirilen fesihlerin hukuki yorumu en sorunlu meselelerden birini teşkil etmektedir. İşverenler, işletmelerinin rekabet edebilirliğini temin edebilmek maksadıyla işgücü anlamında gereğinden daha fazla maliyete katlanmak zorunda kalmadan sözleşme yapabilme (ve sona erdirebilme) yetisine sahip olmalıdır.

Temel sorunlardan birisi de, projelerle ilgili teknik üretim gerekliliklerinin neler olduğu gibi, aslında işverenin değerlendirebileceği-belirleyebileceği, konularda fesih nedenlerinin varlığını değerlendirme konusunda mahkemelerin önünde somut kriterlerin bulunmamasıdır. Bu nedenle bu gibi durumlarda mahkemeler tercihlerini her zaman iktisaden zayıf olan işçi yönünde kullanmaktadırlar. Hal böyle olunca işveren tarafından sıklıkla; fesih maliyetlerinin azaltılması, diğer taraftan işletmelerin rekabet gücünü korumak amacıyla esnekliğinin arttırılabilmesi için bu anlamdaki ispat yükünün tersine çevrilmesini öngören yeni doktrinlerin de göz önünde bulundurulması yönünde talepler du-

yulmaktadır. Şu an işveren üzerinde bulunan ispat yükünün tersine çevrilmesi düzenlemesi, geliştirecek yeni yöntemlerle esneklik ve iş güvencesi arasındaki denge de gözetilerek gerçekleştirilebilir. Örneğin işten çıkarılan işçilerin, belirli bir süre içinde yeniden işçi alınması söz konusu olacak ve kendileri için uygun bir iş bulunması halinde öncelikli olarak işe alınmaları bu konuda bir yöntem olarak uygulanabilir.

Son olarak, yakın zamanda; sosyal taraflar (CEOE, CEPYME, CC.OO., UGT) ve hükümet arasında imzalanan "Büyüme ve İstihdamın İyileştirilmesi Anlaşması" üzerinde durmak isteriz.

Uzun ve zor bir müzakere sürecinden sonra ortaya çıkan Anlaşma; beklentileri tam karşılama da; daha istikrarlı bir istihdam piyasasının oluşturulması ve geçici çalışma-istihdamın azaltılması amacını taşımaktadır. Bu gelişmelere ve desteklediğimiz 2007 Çalışma Reformu ve yakın zamanda tamamlanan (Mayıs 2006) reforma rağmen İspanya halen; tazminat miktarlarının yüksekliği ve idari merciler ve yargı mercilerinin kararlarındaki belirsizlikler nedeniyle iş sözleşmelerinin feshi konusunda diğer gelişmiş ülkeler karşısında büyük bir dezavantaja sahiptir ve AB standartlarının çok uzağındadır. Yeni sonuçlanan reform da; işletmelerin değişen ekonomi karşısındaki esneklik ve uyum gücünün iyileştirilmesi; toplu pazarlık enstrümanlarının oluşturulması ihtiyacını karşılayamamıştır.

Sonuç olarak anılan Anlaşma, mevcut şartlar içinde ve farklı taraflar arasında tesis edilmesi mümkün en iyi adım olmakla beraber, kısa sürede işgücü piyasasına yönelik daha kapsamlı reformların gerçekleştirilmesine büyük ihtiyaç vardır.

### DİPNOTLAR

- 1 Bu özel sözleşme türü; işsizlerle sözleşme yapılmasını ve mevcut geçici (belirli süreli) iş sözleşmelerinin; işverenler açısından daha avantajlı şartlarla (çalışanların işten çıkarılması halinde daha düşük miktarlarda kıdem tazminatı ödenmesi ve işverenler açısından daha düşük sosyal yükümlülükler gibi) belirsiz süreli sözleşmelere dönüştürülmesini teşvik eden özel bir tür belirsiz süreli iş sözleşmesidir. Bu özel tür iş sözleşmeleri belirtilmiş-tayin edilmiş ve düşük nitelikli olarak değerlendirilen işçi grupları ile sınırlandırılmış bulunmaktadır.
- 2 1/1995 sayılı ve 24 Mart 1995 tarihli Kraliyet Kararı.

Yrd. Doç. Dr. Engin ÜNSAL

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Avrupa Müktesebatı Çerçevesinde Avrupa Şirketi ve Türk Mevzuatının Değerlendirilmesi

## Avrupa Şirketi Kavramının Doğuşu

Sanayileşme sürecini yaşamış tüm ülkelerde endüstriyel ilişkiler düzeninin ideolojik çatışmalardan başlayıp, İsveç'lilerin Saltjöbaden ruhu dedikleri, sistemin taraflarının birbirini anlama isteği olarak ifade edilen sosyal diyalog ile sonlanması gözlenebilir tarihsel bir gerçektir. Bilişim çağında dünya ülkeleri bilginin sonsuzluğunda yeni buluşlar peşinde koşarken, üretim araçlarının sahipleri ile çalışanlar kavranın değil, barışın kalıcı ve taraflar için son derece önemli olduğunun ayırdına varmışlardır. Çalışma yaşamında endüstriyel barışı çalışanlar ve çalıştıranlar için kurumlaştırmak çabaları ise, sanayileşme devrimine göre, bir hayli geç başlamış ve ancak Avrupa Birliği'nin kurulması ile ivme kazanmıştır. Avrupa Birliği ülkelerindeki işyerlerinde ve işletmelerde çalışma barışını sağlayacak ve taraflar arasında sosyal diyalogu başlatacak bir Avrupa Şirketi (Societas Europea) kurulması düşüncesini Konsey ilk kez 1970 yılında gündeme getirmiş, fakat bu düşüncenin yaşama geçirilebilmesi 2004 yılında gerçekleştirilebilmiştir.

Sosyal diyalog sorununu kurumlaştırmak için

kuruluşunun başlangıç yıllarından itibaren AB'ye üye ülkeler, özellikle hukuk sistemlerindeki farklılık sorununa bir çözüm aramak zorunda kalmıştır. İlk aşamada 1970'li yıllarda belirli konularda çalışanların işyeri yönetimine katılmaları konusunda Yönergeler (Direktifler) çıkarılmıştır. İkinci aşamada çokuluslu şirketlerde çalışanların yönetime katılmaları konusu ele alınmıştır. Son olarak da üye ülkelerde işyeri ve işletme düzeyinde çalışanların yönetime katılmaları konusunda düzenlemeler yapılmıştır<sup>1</sup>.

Bu bağlamda AB tarafından dört Yönerge ve iki Tüzük çıkarılmış bulunmaktadır:

**1-** 22 Eylül 1994 tarih ve 94/45/EC sayılı Avrupa İş Konseyinin Kurulması ve Çalışanlara Bilgi Verilmesi ve Danışılmasına İlişkin Konsey Yönergesi,

**2-** 8 Ekim 2001 tarih ve 2001/86/EC sayılı Avrupa Şirketlerinde Çalışanların Yönetime Katılımına İlişkin Konsey Yönergesi,

**3-** 11 Mart 2002 tarih ve 2002/14/EC sayılı İşletmelerde Çalışanların Bilgilendirilmesi ve Danışma Sürecinin İşletilmesine İlişkin Konsey Yönergesi,

**4-** 22 Temmuz 2003 tarih ve 2003/72/EC sayılı Avrupa Kooperatif Şirketi Kanununu Çalışanların Katılımına İlişkin olarak Tamamlayan Konsey Yönergesi,

## Başlangıçta işçiyi koruyan bir hukuk dalı olarak algılan İş Hukuku artık bu niteliğini yitirmiş ve işçi ile birlikte işletmenin ve işyerinin de korunması gündeme gelmiştir.

5- 22 Temmuz 2003 tarih ve 1435/2003 sayılı Avrupa Kooperatif Şirketi Kanununa İlişkin Konsey Tüzüğü,

6- 8 Ekim 2001 tarih ve 2157/2001 sayılı Avrupa Şirketi Kanununa İlişkin Konsey Tüzüğü.

Sosyal diyalog konusunu düzenleyen ve AB müktesabı ile örtüşen düzenlemeler Türk mevzuatında mevcut değildir. Sosyal diyalogu sağlamak amacı ile çıkarılmış bulunan genelge ve yasalar da AB Yönerge ve Tüzükleri hükümlerini karşılayabilecek düzenlemeler değildir.

AB müktesabı çerçevesinde Avrupa Şirketi kavramı ile ilgili gelişmeleri ve bu şirketin kuruluş ve uygulama biçimini incelemeyen önce Türk mevzuatında sosyal diyalog konusunda yaşanan gelişmeleri kısaca anımsamak ve mevzuatımızın AB ile bu konuda neden bir örtüşme yaşamadığına ve son olarak da mevzuatımızda bu konuda ne gibi değişiklikler yapılabileceği konularına değinmemiz gerekmektedir.

### Türk Mevzuatında Sosyal Diyalog

10.6.2003 tarihinde Resmi Gazete'nin 25134 nolu sayısında yayımlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı yeni İş Yasası'nın 114. maddesinde Üçlü Danışma Kurulu adı altında yeni bir kurul oluşturulması öngörülerek ILO'nun 144 sayılı Sözleşmesi'ne uyum sağlanmaya çalışılmıştır. ILO'nun Uluslararası Çalışma Normları Uygulamasının Geliştirilmesinde Üçlü Danışma Hakkında 144 Sayılı Sözleşme Türkiye tarafından 26.11.1992 tarihinde 3851 sayılı Yasa ile onanarak yürürlüğe girmiştir. 4857 sayılı Yasa'nın 114. maddesi ile 144 sayılı Sözleşme'nin içeriği yaşama geçirilmek istenmiştir. 144 sayılı Sözleşme ve onunla koşut 152 sayılı Tavsiye Kararı, üye ülkelerin uluslararası çalışma normlarının uygulanmasına ilişkin olarak ulusal düzeyde üçlü bir danışma mekanizması oluşturmalarını öngörmek-

tedir. İş Yasası'nın 114. maddesi ise Üçlü Danışma Kurulu'na uluslararası çalışma normlarının uygulanmasının ötesinde, "çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesi" ve "çalışma hayatı ile ilgili mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi" ifadeleri ile 144 sayılı Sözleşme'ye kıyasen göreceli olarak daha geniş amaçlar yüklemiş olarak görünmektedir<sup>2</sup>.

Üçlü Danışma Kurulu'nun amaç ve uygulama ilkelerini daha iyi belirleyebilmek için 114. maddenin ve bununla ilgili olarak çıkarılmış Yönetmeliğin mercek altına alınması gerekir. 4857 sayılı İş Yasası'nın 114. maddesi:

"Çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesinde, çalışma hayatı ile ilgili mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi amacıyla; Hükümet ile işveren, kamu görevlileri ve işçi sendikaları konfederasyonları arasında etkin danışmayı sağlamak üzere, üçlü temsile dayalı istişari mahiyette bir danışma kurulu oluşturulur.

Kurulun çalışma usul ve esasları çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir." hükmünü getirmiştir. Maddede öngörülen Yönetmelik, Resmi Gazete'nin 25423 nolu sayısında 4 Nisan 2004 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin Amaç ve Kapsam başlığını taşıyan 1. maddesi yasa hükmünü tekrarlayarak 4. maddesinde kurulun kimlerden oluşacağını ve 5. maddesinde de kurulun görevlerini 9 bent altında sıralamış, (c) bendi çalışma hayatı ile ilgili mevzuat çalışmalarını ve uygulamalarını izlemeyi, yeni mevzuat ve yasa değişiklikleri ile ilgili hususlarda görüş oluşturmamayı, (d) bendi ise Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ÜÇÖ) konferans ve faaliyetlerine katılımında, taraflar arasında etkin bir danışma, bilgilendirme ve iletişimin gerçekleşmesini sağlamayı öne çıkan iki görev olarak kurula vermiştir.

11.04.2001 tarihinde kabul edilen 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun ile 4857 sayılı İş Yasası'nın 114. maddesi ve bununla ilgili olarak çıkarılan Yönetmelik'le örtüşen hükümler vardır. 4641 sayılı Yasa da İş Yasası gibi toplumsal uzlaşma ve işbirliği sağlanmasını amaçlamaktadır. Öyleyse bu konuda çıkarılmış bulunan iki ayrı yasa birbiri ile çelişen değil, birbirini tamamlayan iki yasa olarak tanımlayabiliriz. Aralarındaki tek önemli fark kuruluşlarındadır. Üçlü Danışma Kuru-



lu sosyal taraflardan işçi, işveren ve devleti kapsar. Ken Ekonomik ve Sosyal Konsey, belki amacını da aşar biçimde, çok geniş bir katılım yelpazesini öngörmüştür.

Endüstriyel ilişkiler düzenimize son yıllarda girmiş bu iki kurumun değerlendirmesini yapabilmek için çalışma yaşamının yaşadığı değişimleri irdelemek gerekir.

İş Hukuku temel çıkış noktasından önemli sapsmalar göstermektedir. Başlangıçta işçiyi koruyan bir hukuk dalı olarak algılanan İş Hukuku artık bu niteliğini yitirmiş ve işçi ile birlikte işletmenin ve işyerinin de korunması gündeme gelmiştir. Küreselleşme uluslararası yarışmayı girişimciler için zorunlu kılmış ve bu zorunluluk işçinin yanı sıra girişimcinin de korunmasını gündeme getirmiştir. Bu yaklaşım giderek sosyal tarafların ortak çıkarlarının varlığını öne çıkarmıştır. Küreselleşen dünyada işyerlerinin, işletmelerin varlığını sürdürmesi artık sadece işverenler için değil işçiler için de son de-

ğundan, bunu bütün İş Hukuku'na ve sosyal politikaya ilişkin hak ve menfaatler olarak kabul etmek yerinde olur<sup>5</sup>. Sosyal politikaya ilişkin çıkarların gündeme geldiği ilk yer ise kuşkusuz işçinin işini gördüğü işyeridir.

Küreselleşme kavramı işletmelerin ve işyerlerinin amansız bir yarışta ayakta kalabilmesi için yeni üretim ve yönetim tekniklerinin yeni bir anlayış içinde algılanmasını zorunlu kılmıştır. İşletmeler bu yeni anlayış ve tekniklerin ışığında nasıl yenden yapılanıyorsa işçi sendikaları da bu yeni anlayışa uyum sağlayan bir evrimi yaşamak zorundadır. Bu evrim, işçi sendikalarının da bu yeni düzene ayak uydurmalarını zorunlu kılmaktadır. Yeni dünya düzeni, işçi-işveren arasında işbirliğini gerçekleştirmeyi, çatışma yerine uyumlu endüstriyel ilişkiler kurmayı, işçi sendikaları üyelerinin işlerini güvence altına alabilmek için işletmelerin değişen piyasa koşullarına uyum sağlamasına yardımcı olmasını öngörmektedir. Bu düzende sendika sözcü-

## Sosyal taraflar artık ideolojik düşman değil, ekonomik ve sosyal ortak olarak algılanmalıdır.

rece önemli bir konu niteliğini kazanmıştır. İşyerinin varlığını koruması ve sürdürmesi işverenler kadar işçiler için de yaşamsal bir önem kazanmıştır. Değişen dünyanın yeni ekonomik koşulları sendikaların da kabuk değiştirmesini zorunlu kılmıştır. İdeolojik sendikacılık yerini, çalışanların işlerini korumaya yönelik, gerektiğinde işverenlerin de sorunlarının çözümüne omuz veren uzlaşmacı sendikacılığa dönüşerek bir evrim yaşama sürecine girmiştir<sup>3</sup>. Sosyal devletin en belirgin niteliklerinden biri menfaat birliklerinin kamu yönetimine katılmaları ve kamusal işlevlerini yerine getirmeleridir. Menfaat birliklerinin en önemlilerinden olan işçi kuruluşları, toplum hayatında sayısal ve sosyal açıdan önemli bir yeri olan işçilerin çıkarlarını korumak ve geliştirmek için işyerlerinde toplu sözleşmeler yaparak çalışma barışının ve toplum düzeninin bozulmasını önlemek, öte yandan çalışma örgütündeki kurullara demokratik ilkelere uygun bir biçimde işçileri temsilen katılarak ekonomik, sosyal, siyasal düzende denge ve uyumu sağlamak zorundadırlar<sup>4</sup>. Sendikalar, üyelerinin sosyal hak ve menfaatlerinin korunması amacı ile kuruldu-

ğünün içeriği ciddi bir değişim yaşamakta ve çatışma yerine uzlaşma ya da uyum sağlama işçi sendikacılığının yeni felsefesini oluşturmaktadır. Bu oluşumun işçi sendikacılığının tarihinde bir kilometre taşı olacağını sanıyoruz.

Bu yeni anlayış ve endüstriyel ilişkilerde yaşanan bu evrim, sosyal tarafların işlevleri konusunda zorunlu değişikliklere tanıklık edecektir. Bu nedenle önümüzdeki yıllarda işçi ve işveren sendikaların faaliyetleri toplu iş sözleşmesi düzeninin dışına çıkacak ve işçilerin, onları temsilen sendikaların işyerlerinde ve işletmelerde işyeri yönetiminde karar sürecine katılmaları gündeme gelecektir. Bu doğaldır çünkü küreselleşen dünyada yeni bir endüstriyel ilişkiler anlayışının oluşması kaçınılmaz olacaktır.

İşsizliğin tüm dünyada çok ciddi bir sorun olduğu günümüzde işyerlerinin varlıklarını sürdürebilmesi, kârlılık hedefine varabilmesi sadece işverenin değil, aynı zamanda işçinin de sorunu olmuştur. Bunun için işveren üretim için işçiye ne kadar muhtaçsa işçi de yaşamını sürdürebilmek için o işyerine o kadar muhtaçtır. Bu nedenle iş-

yeri artık her iki sosyal tarafın geleceğinin ve kaderinin kesiştiği bir yer olmuştur. Bu nedenle o işyerinin verimli çalıştırılmasında işveren kadar işçinin de çıkarı vardır. Bu nedenle işverenlerin işyerlerinde çalışanların bilgi ve birikiminden yararlanması, onların önerilerini alması ve onların işyerinin yönetimi konusundaki düşüncelerinden yararlanması önem kazanmıştır. İşyerinde barışın sağlanması ve işletmenin güvenli olabilmesi için sosyal tarafların birbirine bakış açısı mutlaka değişmelidir. Sosyal taraflar artık ideolojik düşman değil ekonomik ve sosyal ortak olarak algılanmalıdır. Çalışanların kendileri ile ilgili düzenlemeler yapılırken düşüncelerinin alınmasının işverenin tek yanlı işlem yapmasından daha âdil olduğu kabul edilmelidir. Japon işletmelerinin verim, kalite gibi konularda Amerikan işletmelerinden daha başarılı olmasının en önemli nedeni Japon işletmelerinde kararların işyeri tabanından başlayarak her kade-

tır ama bu konudaki temel amacı, işçinin işyeri ile özdeşleşmesini sağlayacak temel yaklaşımı kucaklamaktan uzak kalmıştır.

Türkiye bu konuda iyi niyetle bazı adımlar atmıştır. Bu amaçla önce 17 Mart 1995 tarih ve 1995/5 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile Ekonomik ve Sosyal Konsey Kurulmuş ve Konsey 2001 yılında çıkarılan 4641 sayılı Yasa'yla yasal bir statüye kavuşmuştur. Yasa'nın 1. maddesinde amaç, ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında toplumsal uzlaşma ve işbirliğini sağlamak olarak belirlenmiştir. Konsey sosyal taraflar arasında uyumsuz çıkarlar arasında uzlaşma sağlayarak çalışma barışına süreklilik sağlayacaktır<sup>6</sup>.

Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) Anayasası'nın 23. maddesi taraflara bilgi verilmesi yükümlülüğünü öngördüğünden bu amacı gerçekleştirmek için UÇÖ'nün 144 sayılı Sözleşme ve 152 sayılı Tavsiye kararının kabul edildiğine ve hükümetimizin bu Söz-

## Avrupa Birliği yapısı içinde bir Avrupa Şirketi kurma düşüncesi Konsey tarafından 1970 yılında ele alınmış ve 25 Ağustos 1989 tarihinde iki ayrı öneri ile konu yeniden canlandırılmıştır.

mede işçilerle birlikte alınması, yani üretimin tabandan tavana doğru gerçekleştirilmesi, buna karşın Amerikan işletmelerinde kararların tepede alınıp tabana verilmesi ve işçinin karar alma sürecine hiç katılmamasıdır. Bu önemli fark işyerlerinde işçilerin yönetime katılmasının ne kadar önemli olabileceğini somut biçimde ortaya koyabilmektedir.

İşçilerin çalıştıkları işyerleri ile ilgili bilgi edinme haklarının olduğu kabul edilmelidir. İşletmenin satışları, yatırım programı, pazar araştırmaları, mâli durumu konusunda işçiler bilgilendirilmelidir. Bu bilgi akışı işletmelerdeki çekişmeleri azaltacak, ücret, grev gibi konularda karar verirken daha sağlıklı davranmalarını etkileyecektir. Bu yoldan çalışanlar işyerleri ile özdeşleşebilecek, işyerini özümseyecek, bu da işyerinde karşılıklı güvenin yerleşmesi, kalitenin iyileşmesi ve verimin artmasına etkili olacaktır.

İş Hukuku'nun artık sadece işçinin hukuku, sadece işçiyi koruyan bir hukuk dalı olmaktan çıkmasında bu gelişme ve düşüncelerin etkisi açıktır. 4857 sayılı yeni İş Yasası bu anlayışla ele alınmış-

leşme'yi 1992 tarihinde 3851 sayılı Yasa'yla onayladığına daha önce değinmiştik. Bunu yaşama geçirmek için 4857 sayılı Yasa'ya konan 114. madde ve 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konsey Yasası, çalışma yaşamında işçi ile işveren arasında var olması zorunlu diyalogu gerçekleştirecek nitelikte iki düzenleme olarak gözükmemektedir.

Bunun nedeni açıktır. Ekonomik ve Sosyal Konsey, Yasa gereği 37 üyeden oluşmaktadır. Böylesine geniş bir kompozisyona dayanan Konsey ne istenilen sıklıkla toplanabilir, ne de seri kararlar alabilir. Yasa sosyal taraf kavramını iyice abartarak endüstriyel ilişkiler ortamı ile ilgisi olmayan kurumları Yasa'nın 2. maddesi kapsamı içine almıştır. İş Yasası'nın 114. maddesinde düzenlenen Üçlü Danışma Kurulu, kurulda işçi sendikaları konfederasyonlarının temsilini öngörmüş ve sosyal ve siyasal görüşleri birbirleri ile uyuşmayan üç işçi konfederasyonunun uyumlu çalışacağını varsaymıştır. Oysa uygulamada aralarında çok açık ve keskin bir yarış yaşayan bu konfederasyonların Konsey çatısı altında uyumlu çalışacağını varsaymak fazla iyimserlik olur gibi gözükmektedir. Yeni endüstriyel ilişkiler düzeninde

## Avrupa Şirketi'nin kurulması AB'nin iç pazar yapısının oluşturulması ve tamamlanması, Birlik içinde ekonomik ve sosyal durumun geliştirilmesi, ticaretin önündeki engellerin kaldırılması ve tüm bunların AB'nin öngörülen boyutlarına uygun konuma getirilmesi düşüncesine dayandırılıyordu.

varolması kaçınılmaz olan işçi-işveren diyalogunun ve karşılıklı güvenin çatıda yapılacak çalışmalar ve alınması zor kararlarla sağlanabileceğini düşünmek fazla iyimser ve gerçekçi olmayan bir yaklaşımdır.

Bu konuda Avrupa Birliği'nin yaptığı çalışmalar ve gerçekleştirdiği uygulamalar sosyal diyalogun ülkemizde tesisi için esas alınabilirdi ve gelecekte mutlaka alınmalıdır.

### Avrupa Şirketinin Kurulumu ve Uygulaması

Avrupa Birliği yapısı içinde bir Avrupa Şirketi (Societas Europea -SE-) kurma düşüncesi Konsey tarafından 1970 yılında ele alınmış ve 25 Ağustos 1989 tarihinde iki ayrı öneri ile konu yeniden canlandırılmıştır<sup>7</sup>. Bu öneriler, bir Avrupa Şirketi ve bu şirkette çalışan işçilerin yönetime katılması ile ilgili iki Yönerge çıkarılmasını öngörüyordu. Avrupa Şirketi kurulmasındaki amaç yerel (ulusal) gereksinimlere ve kurallara göre kurulmuş olan şirketlerin ticari girişimlerini AB eksenine oturtmak ve böylece ticaretin önündeki ulusal engelleri kaldırmak ve Birlik içinde tek tip Avrupa Şirketi türü yaratarak, şirketin tüm Birlik içinde faaliyetini sağlamak düşüncesine yöneldi. Ayrıca işçilerin bu şirketlerde yönetime katılmaları sağlanarak işyerlerinin demokratikleştirilmesi amaçlanıyordu<sup>8</sup>. Bu yaklaşım değişik üye ülkelerdeki şirketlerin birleşmesine ya da bir holding çatısı altında bir araya gelmesine de olanak tanıyordu. Böylece değişik üye ülkelerin yasalarına bağlı olarak faaliyet gösteren şirket ve benzer ekonomik girişimlerin bir ortak tâbi şirket (ek, bağlı, yavru şirket-subsi-

diary) kurmaları yasal bir zemine oturtulmuş olacaktır. Bu yoldan AB içinde ve Birlik çapında ticaretin yürütümünde değişik üye ülkelerin yasaları arasındaki uyumsuzluklar da (conflict of laws) önlenmiş olacaktır.

Avrupa Şirketi'nin kurulması AB'nin iç pazar yapısının oluşturulması ve tamamlanması, Birlik içinde ekonomik ve sosyal durumun geliştirilmesi, ticaretin önündeki engellerin kaldırılması ve tüm bunların AB'nin öngörülen boyutlarına uygun konuma getirilmesi düşüncesine dayandırılıyordu.

Bu amacı gerçekleştirmek için üretimi sadece yerel gereksinimlerle sınırlı olmayan şirketlerin ticari girişimlerini AB eksenine oturtmak amacı ile yenden bir hukuksal yapılanma kaçınılmaz olmuştur.<sup>9</sup>

Ticareti düzenleyen ve yönlendiren ulusal yasalar, AB üyesi ülkelerin şirketlerinden oluşturulacak gruplara uygulanamayacaktı. Bu amaçla Avrupa'da yeni ekonomik oluşumun ticareti düzenleyen yeni yasal oluşum ile örtüşmesinin sağlanması ve Avrupa Şirketi düzenlemeleri ile ilgili Yönerge ve Tüzüklerin çıkarılması bu nedenle zorunluuydu.

Bir Avrupa Şirketini yönlendirebilecek ve bu şirkete uygulanacak yasal kuralların temel amacı, değişik üye ülkelerdeki şirketlerin birleşmesine ya da bir holding çatısı altında bir araya gelmesine olanak yaratmaktır. Böylece değişik üye ülkelerin yasalarına bağlı olarak faaliyet gösteren şirket ve benzeri ekonomik girişimlerin bir ortak tâbi şirket (ek, bağlı şirket, yavru şirket- subsidiary) kurmaları yasal bir zemine oturtulmuş olacaktır. Bu yoldan AB içinde ve Birlik çapında ticaretin yürütümünde değişik üye ülkelerin yasaları arasındaki olası uyumsuzluklar (conflict of laws) önlenmiş olacaktır.

Konsey bu amaçları gerçekleştirmek üzere önce 22 Eylül 1994 tarihinde 94/45/EC sayılı Çalışanların Bilgilendirilmesi ve Çalışanlara Danışılması amacıyla Avrupa Çalışma Konseyleri (EWC) Kurulması hakkında AB Yönergesi'ni kabul etmiştir. Daha sonra Avrupa Şirketi (SE) çatısını kuran 2157/2001 nolu Tüzüğü ve bu Tüzüğü çalışanların katılımına ilişkin olarak tamamlayan 2001/86/EC nolu Yönerge'yi kabul etmiştir.

### Avrupa Şirketi Kuruluşuna İlişkin 2157/2001 Sayılı Konsey Tüzüğü

Tüzük, AB müktesabatına göre kurulan ve yeni bir tür şirket olan Avrupa Şirketinin kuruluş usul

ve esaslarını belirlemektedir. Tüzüğe göre, Avrupa Şirketinin kuruluşu dört farklı biçimde gerçekleştirilebilecektir:

1- En azından iki farklı üye ülkeye mensup iki veya daha fazla anonim şirketin birleşmesi (merger),

2- En azından iki farklı üye ülkeye mensup şirketlerin katılımı ile limited veya anonim şirketlerden oluşan bir Avrupa Şirketi Holding topluluğunun kurulması (Societas Europaea-SE),

3- En az iki farklı üye ülkeye mensup şirketlerin Avrupa Şirketi niteliğinde bir Yavru Şirket (subsidiary) kurmaları,

4- Diğer bir üye ülkede en azından iki yıldan beri faaliyet gösteren ulusal yasalara göre kurulmuş halka açık sınırlı sorumlu şirketin (public limited company) yapısının değiştirilerek Avrupa Şirketi'ne dönüştürülmesi.

8 Ekim 2001 tarih ve 2157/2001 sayılı Konsey Tüzüğü Avrupa Şirketi'nin kuruluşu ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapmıştır. Tüzüğün kuruluş biçimlerini belirlediği 2. Bölümünde 17-31. maddelerinde Birleşme (merger) yolu ile Avrupa Şirketi'nin kuruluşunu, 32-34. maddelerinde holdingleşerek kuruluşunu, 35-36. maddelerinde yavru şirket (subsidiary) kuruluşunu ve 37. maddesinde var olan halka açık sınırlı sorumlu şirketin Avrupa Şirketine dönüşümünü düzenlemiştir.

Bu yollardan kurulabilecek Avrupa Şirketi halka açık sınırlı sorumlu bir şirket olacaktır. Şirketin sermayesi paylara bölünecek ve paydaşların şirket borçlarından sorumluluğu payları oranında olacaktır. Avrupa Şirketi, yaptığı iş ne olursa olsun, ticari bir şirket olarak kabul edilecektir. Yönerge'nin 1. maddesine göre tüzel kişiliği olacak ve 4. maddesine göre de sermayesi en az 120.000 EURO olacaktır.

Avrupa Şirketi ile ilgili Konsey Tüzüğü AB Anlaşması'nın 95A maddesine göre çıkarılmıştır.

### Avrupa Şirketinin Yapısı

Avrupa Şirketi ikili bir yapıdan oluşacaktır: a- paydaşlardan oluşan bir genel kurul, b- ya denetim ve yönetim organlarından oluşan (iki kademeli sistem-two tier system) veya sadece bir Yönetim Kurulundan oluşan (tek kademeli sistem-one tier system) yapılanmadır.

İki kademeli sistemin Yönetim Kurulu, Avrupa Şirketi'nin yönetiminden sorumlu olacaktır. Yöne-

tim Kurulunun üye ya da üyeleri Denetim Kurulu tarafından atanacak veya görevden alınacaktır.

Denetim Kurulu yönetimden sorumlu organı denetleyecek fakat şirketin yönetimi ile ilgilenmeyecektir. Denetim Kurulunun üyelerini paydaşlar kurulu seçecektir.

Yönetimden sorumlu olan kurul her üç ayda bir Denetim Kuruluna Avrupa Şirketinin gelişmesi ve geleceğe yönelik öngörülerini konusunda rapor verecektir.

Denetim Kurulu kendi üyeleri arasından bir başkan seçecektir. Eğer üyelerin yarısını çalışanlar seçiyorsa başkanın paydaşlarca seçilen üyelerden birinin olması zorunludur.

Tek kademeli sistemde Avrupa Şirketi Yönetim Kurulu tarafından idare edilecektir. Yönetim Kurulu, işçilerin katılımı Yönerge esaslarına göre yapıyorsa, en az üç üyeden oluşmak zorundadır<sup>10</sup>.

### Avrupa Şirketinde Çalışanların Yönetime Katılması

Avrupa Şirketlerinde çalışanların yönetime katılımının nasıl olacağını 8 Ekim 2001 tarih ve 2001/86/EC sayılı Konsey Yönergesi ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Yönerge'nin 2. maddesinin (h) bendi "çalışanların katılımı" deyiminden neyin anlaşılması gerektiği konusuna açıklık getirmektedir. Buna göre katılım, çalışanların bilgilendirilmesi, çalışanlara danışılması ya da çalışanların temsilcilerinin işletme bünyesinde alınan kararları etkileyebilecekleri herhangi bir düzenek anlamına gelmektedir. Öyle ise yönetime katılma kavramını Avrupa Şirketi çalışanlarının bilgilendirilmesi, çalışanlara danışılması ve çalışanların yönetime katılmaları, kararların alınmasına ortak olmaları biçiminde anlamak gerekecektir. Yönergenin 2. maddesi bu konuyu ayrıntılı olarak irdelemiştir. Yönerge, çalışanların bilgilendirilmesi ve çalışanlara danışılmasının yanı sıra yönetime katılım düzeneğinin de işletilmesini öngörmektedir<sup>11</sup>.

94/45/EC ve 2001/86/EC sayılı Yönergeler, boyutu bir üye devletin sınırlarını aşmış, Avrupa çapında büyümüş olan ve bu yüzden tek bir devletin hukuk sistemi ile denetlenemeyen çokuluslu şirketlerdeki bilgilendirme, danışma ve yönetime katılma konularını düzenlemiştir.

11 Mart 2002 tarih ve 2002/14/EC sayılı Yönerge ise üye devletlerde faaliyet gösteren ve belirli bir bü-



yüklüğe sahip tüm şirketlerin, yönetim ile çalışanlar arasında, sürekli bir diyalog, bilgi akışı ve iletişimi sağlamak üzere bilgilendirme ve danışma düzeneği oluşturmalarını zorunlu kılmıştır. Bu Yönerge, AB'de faaliyet gösteren işletmelerde çalışanların bilgilendirilmesi ve onlara da danışılmasını ve bu sürece katılımlarını yaşama geçirecek asgari standartları belirleyen bir çerçeve oluşturmayı amaçlamıştır. Bu demektir ki üye devletler, Yönerge ile belirlenen hakların üzerinde yeni ve daha geniş haklar tanıyan düzenlemeleri her zaman yapabileceklerdir.

Üye devletler Yönerge'nin amacına ulaşmak ve çalışanları bilgilendirmek, onlara danışılmasını sağlamakla yükümlüdürler ancak bunun nasıl yapılacağını her üye devletin kendisi belirleyecektir.

Bu Yönerge, üye devletlerin tercihleri doğrultusunda, en az 50 çalışan istihdam eden işletmelerde veya en az 20 çalışan istihdam eden işyerlerinde uygulanacaktır. Bu Yönerge kamu-özel işletme ve işyerlerini kapsamakta, devlet memurlarını ise kapsam dışı bırakmaktadır.

## Türk Mevzuatında Uyum Sorunu ve Yönetimin Sosyalleşmesi

17 Aralık 2004 tarihinde yapılan AB Zirvesinde ülkemiz ile AB arasında tam üyelik müzakerelerinin 3 Ekim 2005 tarihinde başlatılması kararlaştırılmıştı. 29 Haziran 2005 tarihinde Avrupa Komisyonu tarafından açıklanan "Türkiye İçin Müzakere Çerçevesi" 35 ana başlıktan oluşmakta ve 19. Bölümü, Sosyal Politika ve İstihdam başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında endüstriyel ilişkiler düzeninin sosyal tarafları, özellikle çalışanlar ve işverenler arasında sosyal diyalog çok önemli bir yer tutmaktadır. Bu konuda AB tarafından kabul edilmiş dört Yönerge ve iki Tüzükten hiç biri mevzuatımıza yansıtılmış değildir. 11.4.2001 tarih ve 4641 sayılı Yasa ile kabul edilmiş olan Ekonomik ve Sosyal Konsey ile 4857 sayılı İş Yasası'nın 114. maddesinde kabul edilmiş olan Üçlü Danışma Kurulu anlam, amaç ve yöntem olarak AB Yönerge ve Tüzükleri ile kesinlikle örtüşmemektedir. TİSK AB Mevzuatını İnceleme Komisyonu Raporu, Türk Mevzuatı Açısından Değerlendirme bölümünde AB'de faaliyet gösteren şirketlerin Türkiye'de bir yavru şirket bulundurması veya AB'de faaliyet gösteren bir Türk şirketinin belli koşullarda Türkiye'deki bölümüne AB Yönergelerini uygulaması-

## Sosyal diyalog endüstriyel ilişkiler düzeninin üçüncü bin yılda ulaştığı doruk noktadır.

nın olanaklı olduğunu söylemektedir. Bu yaklaşım doğrudur ama ülkemiz için genel bir çözüm değildir.

Sosyal diyalog endüstriyel ilişkiler düzeninin üçüncü bin yılda ulaştığı doruk noktadır. Türkiye bu konuya yabancı kalamaz ve bu konuda yapay değil köktenci çözümler üretmek zorundadır. Bir başka deyişle Türkiye AB'ye uyum sürecinde AB'nin sosyal diyalog konusunda çıkardığı bağlayıcı kararları yasal zorunluluk biçimine dönüştürmek zorundadır. Ölçü olarak AB'nin işletmelerde 50 ve işyerlerinde 20 çalışan ilkesi esas alınabilir ve buralarda işverenlerin çalışanlarla bilgilendirme, danışma ve yönetime katılma konularında bir düzenek kurmaları sağlanabilir. Bu konuda bir adım daha ileri gidilerek, belli bir sayının üzerinde işçi çalıştıran anonim şirketlerde yönetim kurulu, paydaşlar tarafından, çalışanların göstereceği bir adayın seçilmesi zorunlu konuma getirilebilir. Bunun için Türk Ticaret Yasası'nda gerekli değişiklik yapılarak büyük ölçekli anonim şirket ve holdinglerde çalışanların üst düzey kararların alınmasının yolu açılarak bu kuruluşlarda yönetim anlayışının sosyalleşmesi sağlanabilir.

AB'de Avrupa Şirketi 2004 yılında yaşama geçirilmiş ve süratle tüm Birlik üyesi ülkelerde kurulmaya, işçiler bu şirketlerde yönetime katılmaya ve Yönerge doğrultusunda işyerlerinde işçiler bilgilendirilmeye ve işçilere danışılmaya başlanmıştır. Türkiye bu uygulamayı, işçilerin bilgilendirilmesi ve işçilere danışılması konusuna öncelik tanıyarak, yaşama geçirmelidir. Avrupa Şirketi kurulması ile ilgili Yönerge, bu şirketin yönetim organında çalışanların temsilini de öngörmektedir. Devrim niteliğinde ki bu uygulamanın Ticaret Yasası'na taşınmasında, çalışma barışının sağlanması açısından, sayısız yararlar vardır. 4641 ve 4857 sayılı Yasaların öngördüğü ve makro düzeyde sosyal diyalogu amaçladığı ve gerçekte işlemeyen ve bir yarar sağlayacağına inanmadığımız bu köhne yaklaşım yerine daha dinamik ve daha gerçekçi işyeri tabanında sosyal diyalog kavramı yaşama geçirilmelidir.

Türkiye için öngörülebilecek model iki aşamalı

## Sağlıklı ekonomik yapı içinde çalışma barışı olmazsa olmaz bir ön koşuldur.

olabilir. Bunlardan ilkinde yukarıda değindiğimiz ölçülerde işçi çalıştıran işyerlerinde tüm işçilerin, 50'den fazla işçi çalıştıran işyerlerinde oransal olarak işçi temsilcilerinin katılımı ile yılda en az üç kez İşçiyi Bilgilendirme ve Danışma adı altında toplantılar yapılmasını öngörebilir. Bu toplantılarda işletmeyi yönetenlerin tümü hazır bulunarak işletmenin (işyerinin) gidişatı, kâr-zarar durumu, ekonomik göstergelerin o işletmeye etkisi, yatırımlar, pazarlama yöntemleri konularında işçileri bilgilendirir ve işçiler de varsa önerilerini özellikle verimin ve kalitenin artırılması için yapılması gerekenleri, işçi sağlığı ve işyeri güvenliği konusunda ki görüşlerini yöneticilere aktarabilirler. Bu yoldan kendi gelecekleri açısından yaşamsal önem taşıyan işyeri konusunda birinci elden bilgi alan işçiler işyeri ile kendilerini özdeşleştirebilir ve kendilerini işyerinin ayrılmaz bir bölümü olarak kabul etmeye başlayabilirler. Bu yaklaşım işçilerin işyerine ve işverene karşı var olabilecek olası olumsuz düşünceleri ortadan kaldıracığı gibi işyerine sadakatlerini daha da arttıracaktır. Hammadde kullanımı daha dikkatli yapılacak, iş kazaları azalacak, verim ve kalite kesinlikle artacaktır. Bu tür toplantılar işverenlerin ve yöneticiler için bir tür oryantasyon kursu olacaktır, işçileri tanıma, işçi davranışlarını daha iyi öğrenme olanağı yaratacak ve onlara işçilerin nabzını daha iyi tutma fırsatını verecektir. Böylece işyerindeki sosyal taraflar birbirlerini düşman değil, aynı geminin içindeki yolcular olarak algılayacak ve çekişme dönemi sona erip, uzlaşma ve birlikte yaşama döneminin algılanması süreci başlayacaktır.

Yönetim organ veya organlarında işçilerin temsil edilmesi yönetim sorumluluğunun işçilerle paylaşılması anlamına gelecektir. Çalışanların işyerinin ya da işletmenin geleceğini etkileyecek kararlarda paylarının olmasını haklı olarak isteyeceklerdir. Böylece ileride doğabilecek olumsuzluklardan sadece işverenleri değil kendilerini de sorumlu tutabilecek ve böylece işyerilerindeki suçlamaların önü alınmış olacaktır.

Türkiye, AB'ye uyum sürecinde çalışma yaşamına ilişkin çalışmalar yaparken bu konuları gündeme almamıştır. Medeni Yasa'da, Ceza Yasalarında

öngörülen ve gerçekleştirilen değişiklikler önemlidir ama yukarıda değindiğimiz konular çalışan nüfusunu oluşturan 24 milyon insanı ve özellikle sanayi ve hizmetlerde çalışanları çok yakından ilgilendiren konulardır. Türkiye kalkınmak için sağlıklı bir ekonomik yapıya şiddetle muhtaçtır. Sağlıklı ekonomik yapı içinde çalışma barışı olmazsa olmaz bir ön koşuldur.

İşçilerin yönetime katılımı, işçilerin bilgilendirilmesi ve işçilere danışılması konularına sosyal taraflar önemle eğilmelidir.

Avrupa Şirketi uygulamasından tek endişelenmesi gerekler işçi sendikaları yöneticileridir. Bu uygulamanın onlar için en olumsuz özelliği, işçilerin ve özellikle sendika üyesi işçilerin sendikalarına, var olması gereken ama varlığı kuşkulu, sadakatlerinin azalması ya da tamamen yok olmasıdır. İşyerleri ve işletmelerle böylesine bütünleşecek ve sadakatini işvereninden yana koyacak çalışanlar acaba sendikalaşma olgusunu gereksiz olarak görmeye başlayabilirler mi? Bu ciddi bir olasılıktır ama bu tamamen işçi sendikaları yöneticilerinin sorunudur. Böyle bir olasılık karşısında işçi sendikaları yöneticileri daha dinamik, daha üretken ve işçiyi sendikasına bağlayacak çarpıcı çalışmalar yapabilirler. Avrupa Şirketi modeli, eğer bir gün ülkemizde gerçekleşirse, bu dibe vurmuş işçi sendikalarının da kurtuluşuna olanak sağlayabilir.

### DİPNOTLAR

- 1 Weis Sewerynski Handbook On Employee Participation In Europe, Kluwer, 2005, p.5.
- 2 Toker Dereli, Yeni Bir Sosyal Diyalog Aracı Olarak Üçlü Danışma Kurulu: Genel Bir Değerlendirme, Mercek, Nisan 2004, s. 15.
- 3 Serkan Odaman, Üçlü Danışma Kurulu, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2005, s. 7.
- 4 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 17. Bası, Beta, s. 334.
- 5 Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Bası, İzmir, 2005, s. 318.
- 6 Özlem Işığışık, Sosyal Diyalogun Artan Önemi Çerçevesinde 4641 Sayılı Kanun ve Türkiye'de Sosyal Diyalog, Mercek, Temmuz 2002, s. 59.
- 7 Official Journal, 16 Ekim 1989, No c-263.
- 8 R. Blanpain-ed.- Involvement of Employees In the European Union, Kluwer Law International, 2002, s. 107.
- 9 Ibid.
- 10 Blanpain, s. 167.
- 11 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için TİSK'in "Sosyal Politika ve İstihdam" başlıklı AB Müktesebatı ve Türkiye konulu TİSK AB Mevzuatını İnceleme Komisyonu Raporu'na başvurulabilir.

## Av. Tulu GÜMÜŞTEKİN

CPS Genel Müdürü

# Avrupa Birliği'nin 2003/88/AT Sayılı Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Direktifini Tadil Eden Direktif Teklifi ve Son Gelişmeler

## I. Giriş

Ekonomik hedeflerin gerçekleştirilmesi yönünde şekillenen Avrupa bütünleşmesi içerisinde sosyal düzenlemeler hususunda Üye Ülkeler arasında farklılıklar bulunması ve bu konuda korumacı ulusal politikaların varlığı nedeniyle, Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Antlaşma içerisinde “Sosyal Politika ve İstihdam” konusunu içeren hükümler kapsamlı olarak yer almamış, Topluluk’un ilk kurulduğu yıllarda bu konuda sınırlı sayıda düzenleme yapılmıştır.

Avrupa Birliği’nde (AB) ekonomik ve parasal bütünleşmenin ivme kazanması ile birlikte, ekonomik politikaların vaz geçilemez bir unsuru olan Sosyal Politika ve İstihdam konusu Topluluk politikaları içerisinde giderek hak ettiği yeri kazanmış; özellikle 1990’larda yaşanan kriz ile birlikte işsizlikle mücadele Topluluk önceliklerinden biri haline getirilmiştir.

“Yüksek düzeyde istihdam ve sosyal koruma sağlamak suretiyle enflasyonist olmayan sürdürüle-

bilir ekonomik büyümeyi teşvik etmek”; AB Antlaşması Madde 2 uyarınca belirlenen Birlik hedefleri arasında yerini alırken, sosyal politika ve istihdam alanında çok sayıda mevzuat çıkarılmıştır.

AB Antlaşması’nın Üye Ülkelerce kabul edilmesinin sağlanması amacıyla, İngiltere tarafından kabul görmeyen sosyal politikaya ilişkin hükümler Antlaşma metninden çıkarılmış; bu hükümler, İngiltere’nin “çekilme hakkının” (opt out) kullanabileceği bir Protokol aracılığıyla (Protokol No. 14) bir Anlaşma’da bir araya getirilmiştir. Bu Anlaşma ile sosyal taraflar arasında anlaşmalar ve sosyal diyalog teşvik edilirken ve AB Konseyi’nde çalışma koşullarının da içinde bulunduğu konulara ilişkin kararların nitelikli çoğunluk ilkesi ile alınmasına olanak sağlanmıştır.

## II. Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Topluluk Mevzuatının Gelişimi

Topluluk içerisinde yapılan düzenlemeler açısın-

**Direktif Teklifi'nin temel amacı, işçilerin sağlığının ve güvenliğinin yüksek seviyede korunmasını sağlamak, Üye Ükelere çalışma sürelerinin düzenlenmesi konusunda daha fazla bir esneklik getirmek, iş ve aile yaşamı arasındaki dengenin sağlanabilmesine olanak tanıyan düzenlemeler yapmak ve özellikle KOBİ'ler için konuya ilişkin kısıtlamaları ortadan kaldırmaktır.**

dan bakıldığında, işçilerin yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesinin sağlanması 1989'da kabul edilen Sosyal Şart<sup>1</sup> ile birlikte ortak pazarın tamamlanması yolunda önemli amaçlardan biri olarak belirlenmiş; bu hususta "Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin" 93/104/AT sayılı Konsey Direktifi<sup>2</sup> benimsenerek çalışma sürelerinin düzenlenmesi için asgari güvenlik ve sağlık zorunlulukları belirlenmiştir.

Bu Direktif kapsamında, asgari günlük dinlenme süreleri, haftalık dinlenme, yıllık izin, ara dinlenme ve azami haftalık çalışma süreleri ile gece çalışması, vardiyalı çalışma gibi hususlarda düzenlemeler getirilmiştir.

Bu düzenlemelere göre, her işçi için günlük dinlenme süresi, 24 saatlik bir zaman dilimi içerisinde arka arkaya asgari 11 saat olarak belirlenmektedir. Ayrıca çalışma gününün altı saatten uzun olduğu durumlarda süresi ve verilme koşulları sanayinin iki tarafı arasında yapılacak toplu sözleşmeler ya da ulusal mevzuat tarafından belirlenecek ara dinlenme süresi verilmesi kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra, her 7 günlük dönemde, her işçiye kesintisiz 24 saat asgari dinlenme süresi ve 11 saatlik günlük dinlenme süresi verilmesinin Üye Devletler tarafından sağlanması istenmekte; her 7 günlük dönemde ortalama çalışma süresinin fazla mesai dahil 48 saati aşmaması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca, yıllık ücretli izin süresi en az 4 hafta olarak belirlenmiştir.

Söz konusu Direktif Madde 18 kapsamında, belirlenen koşulların gerçekleştirilmesi durumunda, Üye Ükelere azami 48 saat olarak belirlenen haftalık ortalama çalışma süresinin uygulamasında kapsam dışı kalma hakkı tanımış (opt-out); bu olasılıktan en çok yararlanan Üye Ülke ise, bu olasılığın Direktif içerisinde yer almasını sağlayan İngiltere olmuştur.

Söz konusu Direktif'in kapsam dışında bıraktığı gemi adamlarının çalışma saatleri konusunda düzenlemeler; Avrupa Birliği Armatörler Birliği (EC-SA) ve Nakliye Şirketleri Birlikleri Federasyonu (FTS) tarafından kabul edilen Anlaşma kapsamında, 1999/63/AT sayılı Konsey Direktifi<sup>3</sup> ile getirilmiştir. 93/104/AT sayılı Direktif kapsamı dışında bırakılan sektörler de 2000/34/AT sayılı Direktif<sup>4</sup> ile bu düzenlemelerin kapsamına alınmıştır.

### III. Yeni Direktif Teklifi ve Son Gelişmeler

Topluluk hukukunun açıklığının ve şeffaflığının sağlanması amacıyla, kabul edilmesinden bu yana çeşitli vesilelerle tadil edilen 93/104/AT sayılı Direktif ve 2000/34/AT sayılı Direktif 2003/88/AT sayılı Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Direktif<sup>5</sup> tarafından ilga edilmiş; yeni Direktif ile çalışma sürelerinin düzenlenmesi kapsamında kabul edilen bu mevzuat bir çatı altında bir araya getirilmiş, fakat içeriklerinde herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir.

Gerek 2003/88/AT sayılı Direktif kapsamında gözden geçirilmesi gereken hükümlerin yeniden düzenlenmesi gerekse Avrupa Topluluğu Adalet Divanının son içtihatının mevzuata geçirilmesinin sağlanması amacıyla, Avrupa Komisyonu 30 Aralık 2003 tarihinde bir Tebliğ yayınlamıştır. Bu kapsamda denkleştirme süresinin uzunluğu, ATAD kararlarının sonucu olarak "çalışma saatleri" tanımının yeniden yapılması, çekilme hakkı anlaşması için koşullar, iş ve aile yaşamı arasında dengenin kurulması olarak dört ana başlık altında ilgili taraflara sorular yöneltilmiştir. Yürütülen kamu istişaresi sonucunda Avrupa Komisyonu bu konuda yeni bir düzenleme yapma kararı almıştır.

Bu kapsamda, 2003/88/AT sayılı söz konusu Direktif, yeni bir Direktif Teklifi<sup>6</sup> ile tadil edilmekte ve dinlenme süresi ve çağrı üzerine çalışma süresi tanımları, haftalık ortalama çalışma süresinin



azami 48 saat olarak hesaplanması için kullanılan denkleştirme süreleri, ortalama 48 saatlik çalışma süresine ilişkin derogasyon gibi konularda yeniden düzenlemeler öngörülmektedir. Söz konusu, Direktif Teklifi'nin temel amacı, işçilerin sağlığının ve güvenliğinin yüksek seviyede korunmasını sağlamak, Üye Ülkelere çalışma sürelerinin düzenlenmesi konusunda daha fazla bir esneklik getirmek, iş ve aile yaşamı arasındaki dengenin sağlanabilmesine olanak tanıyan düzenlemeler yapmak ve özellikle KOBİ'ler için konuya ilişkin kısıtlamaları ortadan kaldırmaktır.

Söz konusu Direktif Teklifi'nin, 2003/88/AT sayılı Direktif Madde 18 uyarınca, Avrupa Bakanlar Konseyi tarafından 23 Kasım 2003 tarihine kadar yeniden gözden geçirilmesi kararlaştırılan iki hükküme ilişkin düzenlemeler getirmesi amaçlanmaktadır. Bu hükümlerden ilki azami haftalık çalışma

doktorların profesyonel hizmetlerini yerine getirmek amacıyla sağlık merkezinde buldukları zamanının, "çalışma saatleri" kapsamına, uygun görüldüğü durumlarda ise "fazla mesai süresi" kapsamına alınmasına karar verilmiştir.<sup>9</sup> Bununla birlikte, doktorların profesyonel hizmetlerini ifa etmek üzere sağlık merkezinde fiziksel olarak bulunmadıkları fakat kendileri ile temasa geçilebilecek durumda buldukları süre kapsam dışında bırakılmış, bu süre içerisinde sadece gerçek anlamda bu hizmetlerin sağlandığı sürenin çalışma saatleri içerisinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın Jaeger davasına aldığı karar uyarınca ise, nöbet süreleri dahilinde doktorların herhangi bir etkinlik yapmadan geçirdiği fakat hastanede bulunmak zorunda oldukları sürenin ulusal mevzuat tarafından sınıflandırılmasını Avrupa Birliği Armatörler Birliği (ECSA)

## Çağrı üzerine çalışma hususunda çeşitli düzenlemeler öngören Direktif Teklifi yeni bir hüküm getirerek, "çağrı üzerine çalışma süresinin aktif olmayan kısmını" aksi toplu sözleşme ile ya da ulusal mevzuat tarafından belirlenmedikçe "çalışma saatleri" süresi kapsamına almamaktadır.

süresi ile ilgili Madde 6'nın uygulanmasına ilişkin derogasyon, diğeri ise işçinin gönüllü kabul etmesi durumunda Madde 6'nın uygulanmama olasılığını içeren hükümlerdir.

Bunun yanı sıra, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın vermiş olduğu SIMAP<sup>7</sup> ve Jaeger<sup>8</sup> davaları ile ilgili kararların "çalışma süresi" tanımına ve dolayısıyla söz konusu Direktif'in hükümlerine getirdiği kökten değişikliklerin mevzuata yansıtılması gereği de oluşmuştur. Hali hazırdaki 2003/88/AT sayılı Direktif kapsamında sadece çalışma ve dinlenme süreleri belirlenmekte ve bunların arasındaki süreler kapsam dışı bırakılmaktadır. Direktif kapsamında yapılan "çalışma saatleri" işçinin işverenin altında görevini ifa etmek için çalıştığı süre olarak tanımlanmaktadır.

SIMAP davasında ise Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, "çalışma saatleri" kavramının ana özelliklerinin, temel bakımda doktorların nöbet süresini kapsadığı benimsenmiş; duruma göre nöbet süresi içerisinde yapılan faaliyetler çeşitlilik gösterse dahi

ve Nakliye Şirketleri Birlikleri Federasyonu (FTS) tarafından kabul edilen Anlaşma kapsamında 93/104/AT sayılı Direktif hükümlerine aykırı bulunmuştur.<sup>10</sup> Ayrıca, günlük 11 saatlik dinlenme süresinin acil bir durum nedeniyle kesintiye uğradığı durumlarda, telafi edici dinlenme süresinin makul bir zaman içerisinde değil, hemen verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu davaların neticesinde, doktorun göreve hazır olarak hastanede bulunduğu nöbet süresinin çalışma saatleri içinde kabul edilmesine karar verilmiştir.

Getirilen bu yeni Direktif Teklifi ile "çalışma zamanı" ve "dinlenme zamanı" tanımları korunmakta; "çağrı üzerine çalışma" ve "çağrı üzerine çalışmanın aktif olmayan kısmı" olmak üzere iki yeni tanım metne eklenmektedir. Çağrı üzerine çalışma süresi, çalışanın, işverenin isteği üzerine iş yerinde olmak ve görev sorumluluklarını yerine getirmek zorunda olduğu süre olarak; çağrı üzerine çalışmanın aktif olmayan kısmı ise, çalışanın iş-

yerinde göreve hazır olduğu ama işveren tarafından görev sorumluluklarını fiilen yerine getirmesi beklenmeyen süre olarak tanımlanmıştır.

Getirilen bu tanımlara paralel olarak, “çağrı üzerine çalışma” hususunda çeşitli düzenlemeler öngören Direktif Teklifi yeni bir hüküm getirerek, “çağrı üzerine çalışma süresinin aktif olmayan kısmını” aksi toplu sözleşme ile ya da ulusal mevzuat tarafından belirlenmedikçe “çalışma saatleri” süresi kapsamına almamaktadır. Aktif geçirilen çağrı üzerine çalışma süresi ise çalışma süresi tanımı kapsamına dahil edilmektedir.

Şirketler açısından dönemsel ve mevsimsel talep değişikliklerine uyum sağlayabilmek açısından, çalışma sürelerinin esnek bir şekilde düzenlenmesi büyük bir önem arz etmektedir. Söz konusu Direktif Teklifi bu yönde düzenlemeler getirmektedir.

2003/88/AT Madde 16(b) kapsamında bulunan denkleştirme süreleri konusunda, standart denkleştirme süresinin 4 ay olarak kalmasına karar verilmiştir. Bununla birlikte, sosyal paydaşlarla istişare ve bu konuda sosyal diyalogun artırılması koşuluyla, Üye Ülkeler bu süreyi bir yıla kadar uzatabilme hakkına sahip olacaklardır. Bu denkleştirme süresinin, hiç bir koşul altında iş sözleşmesinin süresini aşamayacağı ilkesi de özellikle belirtilmiştir.

Söz konusu Direktif Madde 17(1) ve (3) kapsamında düzenlenen derogasyonlara, Teklifte madde 16(b)'de yapılan değişikliklerle, ulusal hukuk kapsamında denkleştirme sürelerinin üye devletlerce 1 yıla kadar belirlenmesine imkân tanınmıştır.

Madde 17(2) kapsamında belirlenen derogasyonlar kapsamında Madde 3 ve 5 çerçevesinde belirlenen sırasıyla günlük (günlük kesintisiz 11 saat) ve haftalık (her 7 günlük dönem için 24 saat) olarak belirlenen dinlenme sürelerine ilişkin derogasyonlar alınabilecektir. Bu durumlarda işçinin verilmesi gereken süreye eş değer telafi edici bir dinlenme süresi alması gerekmektedir. Bu telafi süresinin makul bir zaman çerçevesinde günlük dinlenme süresi için 72 saati aşmayacak bir zamanda verilmesi zorunlu kılınmıştır.

Madde 22(1) ile ise Üye Ülkeler tarafından Madde 6'nın (azami haftalık çalışma süresi) uygulanmama olasılığını sağlayan koşullar belirlenmekte; bu durumun sosyal paydaşlar arasında toplu sözleşme veya buna uygun bir seviyede yapılan bir anlaşma sonucunda karar verilmesi zorunlu hale getirilmektedir. Bu tür bir anlaşmanın sağlanma olanağı bulunmayan koşullarda ise kişisel olarak işçinin rızası yeterli olarak kabul edilmektedir.

leşme veya buna uygun bir seviyede yapılan bir anlaşma sonucunda karar verilmesi zorunlu hale getirilmektedir. Bu tür bir anlaşmanın sağlanma olanağı bulunmayan koşullarda ise kişisel olarak işçinin rızası yeterli olarak kabul edilmektedir.

## IV. Üye Ülkelerin Teklife Yaklaşımları

Direktif tekli ile getirilen bu değişiklikler karşısında, yeni üye olan ülkelerin olduğu kadar İngiltere gibi eski Üye Ülkeler de endişelerini dile getirmektedirler. Bu Teklifin özellikle diğer Üye Ülkelere kıyasla, kişi başına düşen doktor sayısının daha az olduğu İngiltere'yi oldukça yakından etkileyeceği, pratisyen (junior) doktorların Direktif tekli kapsamına alınmasının da durumu daha da ağırlaştıracağı belirtilmektedir.<sup>11</sup>

### DİPNOTLAR

- 1 9 Aralık 1989 Strazburg Zirvesi'nde kabul edilen “İşçilerin Temel Sosyal Hakları Hakkında Topluluk Şartı”.
- 2 Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin 93/104/EC sayılı Direktif (13.12.1993 tarihli ve L 307 sayılı ATRG, sf.18).
- 3 Avrupa Topluluğu Gemi Sahipleri Derneği (ECSA) ve Avrupa Birliği Taşıt İşçileri Sendikaları Federasyonu (FST) tarafından imzalanan gemi adamlarının çalışma zamanlarının düzenlenmesi konulu Sözleşmeye ilişkin 21 Haziran 1999 tarihli 99/63/EC sayılı Konsey Direktifi (02.07.1999 tarihli ve L 167 sayılı ATRG, sf. 33-37).
- 4 Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin 93/104 sayılı Direktifi söz konusu Direktif kapsamına dahil edilmeyen sektör ve faaliyetleri içine alacak şekilde tadil eden Tadil Eden 2000/34/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi (01.08.2000 tarihli ve L 195 sayılı ATRG, sf.41).
- 5 Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin 2003/88/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi (18.11.2003 tarihli ve L 299 sayılı ATRG, sf. 9 - 19).
- 6 Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin 2003/88/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi Tadil Eden Direktif Teklifi (COM (2004) 607).
- 7 Dava C-303/98 Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia (İspanya) tarafından mahkemede Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) ve Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valencia arasındaki dava hakkında ön karar davası referansı
- 8 Dava C-151/02 Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein (Almanya) tarafından mahkemede Landeshauptstadt Kiel ve Norbert Jaeger arasındaki dava hakkında ön karar davası referansı.
- 9 Dava C-303/98 paragraf 48.
- 10 Dava C-151/02 paragraf 71.
- 11 Lordlar Kamarası, Avrupa Birliği Komitesi, 2003-4 sezonu 9. Raporu, Çalışma Süresi Direktifi: Avrupa Komisyonu'nun Gözden Geçirme Çalışmalarına Yanıt.