

# SİCİL

Eylül '08 • Yıl 3 • Sayı 11

**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. Vahap ÜNLÜ  
Av. Selçuk KOCABIYIK  
Av. Uygur BOSTANCI  
Av. Atakan CEYLAN**Baskı**Hanlar Matbaacılık San.  
ve Tic. Ltd. Şti.Yeşilce Mah. Aytekin Sok.  
No. 16 Kağıthane İstanbul**Yayın Türü**Yerel süreli yayın. MESS'in  
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

**Baskı Tarihi**

25 Eylül 2008

**M E S S****Türkiye Metal Sanayicileri  
Sendikası**Abidei Hürriyet Cad.  
Mecidiyeköy Yolu No. 268,  
MESS, 34381 Şişli İstanbul

Tel: 212 232 01 04

Faks: 212 241 76 19

e-posta: mess@mess.org.tr

www.mess.org.tr

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

<i>Taşımacılık Sektörünün Çalışma Yaşamına İlişkin Bazı Temel Sorunları</i> .....	5
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
<i>4857 Sayılı İş Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler</i> .....	11
Prof. Dr. Nüvit GEREK	
<i>Kıdem Tazminatına Hak Kazanma ve Hesap Yönlerinden Hizmet Süresi</i> .....	17
Şahin ÇİL	
<i>Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihle Yargısal Denetim</i> .....	34
Bektaş KAR	
<i>İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları</i> .....	43
Av. Mehmet UÇUM	

**KARAR İNCELEMELERİ**

<i>İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve Şirketler Grubu Kavramı "Bordro İşveren" Tabiri Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri</i> .....	59
Prof. Dr. Nizamettin AKTAY	
<i>Şüpheli Fesih</i> .....	65
Doç. Dr. Kübra DOĞAN YENİSEY	

**TOPLU İŞ HUKUKU**

<i>2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme</i> .....	73
Prof. Dr. Metin KUTAL	
<i>Sendika Genel Kurulundaki Seçimlerin Yapılma Şekli Üzerine Görüşler</i> .....	97
Doç. Dr. Serkan ODAMAN	
<i>"Saflık" İlkesi ve Şirket Ortağının İşçi Sendikası Yöneticiliği</i> .....	100
Av. Mustafa AVCI	

**KARAR İNCELEMELERİ**

<i>Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisinden Yararlanma</i> .....	104
Doç. Dr. Levent AKIN	
<i>Grev ve Lokavt Dışı Kalacak İşçilerin Belirlenmesinde Ek Tespit Talebi</i> .....	108
Av. Hakkı KIZILOĞLU	

**SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

*Genel Sağlık Sigortasında Geline Son Durum* ..... 112  
Dr. Hediye ERGİN

*Yeni İstibdam Paketi ve Sosyal Sigortalarda Uygulanan Teşvikler* ..... 131  
Yakup SÜNGÜ

*İstibdamın Teşvikine İlişkin Sosyal Güvenlik Kurumu Genelgesi* ..... 142  
Av. Ender KIZILRAY

**KARAR İNCELEMESİ**

*Özelleştirmeye Tabi Kuruluşlarda Kapsam Dışı Personel Olarak Çalışan İşçiden  
İşsizlik Sigortasının Kesilmesi (Hukuk Genel Kurulu Kararı İşığında)* ..... 145  
Şerafettin GÜLER

**ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

*İş Yasası'ndaki İdari Para Cezalarında Son Durum* ..... 154  
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

**MALİ HUKUK**

*Vergi Hukukunda İş Kazaları Nedeniyle Ödenen Tazminatlar ve  
İstibdam Edenlerin Sorumluluğu* ..... 161  
Prof. Dr. Veysi SEVİÇ

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

*İşyeri İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonu - Meslek Kooperatifinin Üyesi  
Olarak İşletme* ..... 167  
Von Sanja Zec-Gerhard Lomb

**M E S S**

## Sistemle ilgili bir problemi çözmek için sistemin temellerini anlamamız gerekir.

Gary Hamel

Endüstri ilişkilerinde bir yandan hareketli diğer bir yandan da belirsizliklerle dolu günler yaşıyoruz. İşverenler tarafından uzun süredir beklenen İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, kamuoyunda bilinen adıyla İstihdam Paketi, yayımlanmasına yayımlandı ancak getirilen düzenlemelerin uygulanabilirliği hususunda pek de iç açıcı şeyler söylemek mümkün değil. Öte yandan kimi hükümlerin yarattığı belirsizlikler zihinlerde soru işaretleri oluşturdu.

Paketteki genç ve kadın işçi istihdamını artıracak tedbirler ile zorunlu istihdamı sadece “özür-lü” ile sınırlayan düzenlemelere yönelik Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkarılan Genelgeler, Paket ile getirilen hükümlerin uygulanmasını zorlaştırır nitelikte. Genelgeler sanki istihdamı teşvik etmek yerine engelleme niyetinde. Halbuki ihtiyaç duyulan, Kanun hükümlerinin uygulamasını kolaylaştıracak ve en önemlisi de istihdamı artıracak düzenlemeler getiren hükümlerdir.

Ayrıca İstihdam Paketi ile iş sağlığı ve güvenliğine yönelik getirilen bazı düzenlemeler hususunda da belirsizlikler vardır. Örneğin; İş Kanunu'nun “Ağır ve Tehlikeli İşler” başlığını taşıyan 85. maddesine “çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçiler”in ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacağı hususu eklenmiştir. “Çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almış olmak” ile ne kastedilmektedir? Bu eğitimleri işverenler mi yoksa resmi bir kurum mu verecektir? Söz konusu maddeye yönelik çıkarılmış olan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nde Paket ile getirilen düzenlemeye yönelik şimdiye kadar herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Her ne kadar söz konusu düzenlemenin yürürlük tarihi 1 Ocak 2009 olarak belirlenmişse de gerekli düzenlemelerin yapılması yolunda bir an önce harekete geçilmelidir.

Öte yandan, Alman hukukunun son yıllarda

en çok tartışılan kavramlarından biri olan “şüpheli fesbi”, Yargıtay tarafından son dönemde verilen bir karar ile Türk hukukuna da girmiştir. Alman hukukunda şüpheli fesbinin geçerliliği ağır şartlara tabi tutulmaktadır. Şüpheli, iş sözleşmesi açısından önemli olan bir cezayı gerektiren fiile veya sözleşmenin ağır ihlali anlamına gelebilecek bir davranışa ilişkin olmalıdır. İşveren tarafından şüpheli fesbinin gerçekleştirilebilmesi için her türlü şüpheli yeterli olmayacaktır. İşveren, şüpheli duyduğu olayın aydınlatılması için kendisinden beklenebilecek bütün çabayı göstermeli, olayla ilgili olarak işçiyi dinlemeli ve savunmasını almamalıdır.

Performans önce 4773 sayılı Kanun daha sonra da 4857 sayılı İş Kanunu ile iş hukukumuzda önem kazanan bir kavram olmuştur. Fesbin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü işverende olduğundan işyerlerinin insan kaynakları bölümleri bu süreçte en fazla etkilenen bölüm olmuştur. Yargıtay tarafından performans dayalı fesihlere yönelik verilen kararlarda birçok kriterin birlikte arandığı, örneğin aynı işi yapan işçiye kıyasla davacının bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği, gösterdi ise bunun arızı mi yoksa daimi mi olduğu ve bunun sonucunda üretim düşüklüğünün meydana gelip gelmediğinin araştırılması vb. görülmektedir. Bu yüzden işyerlerindeki performans değerlendirme ve ölçme sistemlerinin bilimsel bazı kriterler ve ilkel çerçevesinde olması gerekmektedir.

Sicil dergisi, güncel makale konuları ile Yargıtay'ın önemli kararlarının incelemelerine yer verdiği 11. sayı ile sizlerle buluşuyor. Amacımız, çalışma hayatının güncel konularını siz değerli Sicil okurlarına sunarak tartışma ortamı yaratmaktır.

Saygılarımla,

**Av. İsmet SİPAHİ**

# Varlık Yönetiminde Dünya Standardı



Yapı Kredi Fonları'nı başarıyla yöneten Yapı Kredi Portföy Yönetimi, uluslararası derecelendirme kuruluşu Fitch Ratings tarafından Varlık Yönetimi alanında bugüne kadar\* Türkiye'de alınan en yüksek not olan "M2 (tur)" ile değerlendirildi.

Dünya çapında saygın olan bu not, Yapı Kredi Portföy'e Yatırım Yönetimi, Araştırma, Risk Yönetimi, Teknolojik Altyapı, Sermaye Gücü ve Bağımsızlığı, Etkin Organizasyon, Tecrübeli ve Uzman İnsan Kaynakları kriterleri değerlendirilerek verildi.

Birikimlerini Yapı Kredi Portföy'de değerlendiren tüm yatırımcılara ve müşterilerimize teşekkür ederiz.

\* 18 Şubat 2008 itibarıyla.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Taşımacılık Sektörünün Çalışma Yaşamına İlişkin Bazı Temel Sorunları

## Giriş

Malların serbestçe taşınması, gerek ülke içi ve gerekse ülke dışı ticaretin temel esaslarından biridir. Bu bağlamda, ulusal ve uluslararası taşımacılık sektörü, mal ve hizmet üretiminin temel taşlarından birisini oluşturur. Söz konusu sektörde ise, taşımacılık çalışanlarının ve bunların işvereni olan taşımacıların, iş hukukunu ilgilendiren önemli bazı temel sorunlarla karşılaştıkları görülmektedir.

Aşağıda, taşımacılık sektörünü ilgilendiren temel çalışma yaşamı sorunlarından bazıları ortaya atılacak ve bunların, yürürlükteki mevzuat karşısındaki durumu irdelenmeye çalışılacaktır.

## 1. Çalışma Saatleri ve Hafta Tatili ile Genel Tatil Günlerinde Çalışma

Yurtiçi ve yurtdışı taşımacılık (nakliye) işlemlerinde, anlaşma ve protokoller gereği çalışma saatlerinin 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin üzerinde bulunmadığı, ulusal hafta tatili ve genel tatil günlerinin dışında bulunulan ülkenin tatil günlerine de uyulduğu, arıza çalışmalarda yasal artışlı ücretin ödendiği ve tüm bu süreçlerle ilgili olarak her ay düzenlenen ücret hesap pusulalarındaki hak

edişlerle durumun belgelendiği, taşımacılık sektörünün işverenleri tarafından ifade edilmektedir. Gerçekten, uygulamada taşıma işverenleri, fiilen tüm yasal yükümlülüklerine uymuş olabilirler. Ancak, söz konusu uygulamaların hukuki geçerliliği, bunların özellikle fesih sonrasında yargıya yapılan başvurularda, hukuken ispatlanmış bulunmalarına bağlı bulunmaktadır.

Hukuken ispat konusunda ise, ilkin, İş Kanunu'nun 37 nci maddesi; işverenin, işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusulayı, yani "ücret hesap pusulası"nı vermesini (f. 1) ve bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesini (f. 2) öngörmektedir. Söz konusu ücret hesap pusulaları, sadece işvereni bağlayıcı nitelikte olup; işçinin, bunlara itirazından söz edilemeyeceği için, kendisini bağlaması düşünülmez.

Diğer yandan, İş Kanunu'nun 75 inci maddesi; işverenin, çalıştırdığı her işçi için bir "özlük dosyası" düzenlemesini ve bu dosyada, işçinin kimlik

bilgilerinin yanısıra, İş Kanunu ve öteki yasalar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorunda bulunduğunu (f. 1) belirtmektedir. İşçinin özlük dosyasında bulunacak belge ve kayıtlar, ancak kendisinin imzasını taşıdığı takdirde, işçiyi bağlayıcı niteliğe sahiptir.

Karayolu taşımacılığında çalışanlarla ilgili olarak, bu bağlamda kabul edilmiş uluslararası standart, "Karayolu Taşımacılığında Çalışma Saatleri ve Dinlenme Süreleri Hakkında 153 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi"dir<sup>1</sup>. Bu bağlamda, Türkiye Cumhuriyeti'nin, 2003 yılından itibaren anılan sözleşmeye taraf bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır<sup>2</sup>.

Anılan sözleşmenin 10 uncu maddesi; her işverenin, her ülkenin yetkili makam ya da kuruluşunca kabul edilen şekle uygun olarak, istihdam ettiği her sürücünün çalışma ve dinlenme sürelerini gös-

Ücret hesap pusulaları ile işverenin tek taraflı olarak tuttuğu kayıt ve belgelerde işçinin imzasının bulunmayışına karşılık, ücret bordrolarında işçinin yapılan ödemeyi kabul ettiğine dair imzası bulunmaktadır. Bunların, işçi açısından bağlayıcı olmadığı söylenemez. Ancak, işçinin ücret bordrolarını saklı kayıt koymadan, yani ihtirazi kayıt ileri sürmeden imzalamış bulunması, ödenen gerçek ücretin söz konusu miktar olduğunu göstermemektedir. Nitekim, uygulamada bazen ödenen gerçek ücret, ücret bordrosuna yansıtılmamakta ve olduğundan düşük gösterilmektedir. Bu durumda, yargı kararları, gerçek ücretin tespit edilerek işçi haklarının buna göre hesap edilmesini öngörmektedir<sup>4</sup>.

Buna göre, ancak söz konusu kayıt ve belge, cetvel ve tablo düzenleme, ücret hesap pusulası verme ve bordro düzenleme yükümlülüklerine yasa ve yönetmelik hükümleri çerçevesinde harfiyen

## Ücret hesap pusulaları, sadece işvereni bağlayıcı nitelikte olup; işçinin, bunlara itirazından söz edilemeyeceği için, kendisini bağlaması düşünülmez.

terir bir kayıt tutmasını ve her ülkenin yetkili makam ya da kuruluşunca belirlenen usule göre bu kaydı denetim makamlarının incelemesine sunmasını öngörmektedir (bent 2).

Bu bağlamda, ulusal mevzuatta İş Kanunu'nun 76 ncı maddesinin ilk fıkrasına dayanılarak çıkarılmış olan "Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği"nin<sup>3</sup> 16 ncı maddesi; işverenleri düzenleyecekleri tablo ve cetvellerde çalışma dönemini, işin günlük başlayış ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesini ve günlük dinlenme zamanlarını ve hafta tatili günlerini göstermek ve bunları idare büroları ile taşıtlarda bulundurmakla yükümlü tutmuştur.

Ancak, anılan yönetmelik, söz konusu kayıtların bağlı bulunduğu şekli belirlemiş değildir. Buna göre de, işin özelliği gereği, taşıtlara takılan takograf cihazlarının belgeleriyle bu kayıtların varlığı ispatlanabilmelidir. Nitekim, uluslararası uygulamalar içinde yabancı ülke makamlarının, söz konusu takograf cihazı belgelerine itibar ettikleri görülmektedir.

uyulduğu ve bu durum kanıtlanabilir olduğu takdirde; özellikle işe iade davası sırasında yargıya yapılacak başvurulardaki iddiaların, taşıma işverenleri bakımından hukuken bir öneminden söz etme olanağı bulunmayacaktır.

## II. Fazla Çalışma ve Telif Çalışması

4857 sayılı İş Kanunu'yla kabul edilen düzenlemelerin ışığında, taşımacılık alanında da esnek çalışma düzenlemelerinin uygulanıp; telif çalışması yaptırmanın olanak dahilinde bulunup bulunmayacağı, ilgi konusudur. Buna verilecek yanıt, hem olumlu ve hem de olumsuzdur. Çünkü, mevzuatta esnek çalışma olanağı tanınmakla birlikte, bu olanağın ilgili yönetmelik tarafından yeterince esnek biçimde tanındığı söylenememektedir.

Gerçekten, Haftalık İGBÇSY.; ilkin, "işin yapılmasının gerektirdiği en az iki, en çok altı aylık bir denkleştirme süresi"ni "çalışma dönemi" olarak kabul etmekte (m. 3), daha sonra bir çalışma dönemi içindeki haftalık çalışma süresinin 45 saatten az ve-



ya çok olarak belirlenebileceğini ama kararlaştırılan çalışma dönemindeki çalışma süresinin bir iş haftasına düşen ortalamasının 45 saati geçemeyeceğini belirtmektedir (m. 5/III). Bunun, “fazla mesai dahil, azami toplam araç kullanma süresi günde dokuz, haftada 48 saati aşamaz” diyen 153 sayılı ILO-Sözleşmesi m. 6/bent 1 hükmüne günlük miktar itibarıyla uygun düştüğü görülmektedir.

Buna karşılık, Haftalık İGBÇSY.; günlük iş süresinin 11 saati, gece çalışma süresinin 7,5 saati, profesyonel ve ağır vasıta ehliyetiyle taşıt kullananların günlük çalışma süresinin de 9 saati geçememesini öngörmektedir (m. 6/bent a). Bu durumda, bazı haftalar taşıt sürücülere araç kullandıkları zaman ve günde 9 saate kadar ve araç kullanma dışındaki işlerle birlikte de 11 saate kadar, en az iki ve en çok altı aylık denkleştirme süresi içinde fazla çalışma ücreti ödenmeksizin çalıştırılabilecektir. Nitekim, Haftalık İGBÇSY. m. 11/I de; fazla çalışmayı bu anlamda, “bir çalışma dönemindeki çalışma sü-

çalışma süresinin yurtiçinde veya yurtdışında doldurulması, herhangi bir fark yaratmamaktadır. Burada önemli olan nokta, toplam iş süresinin aşılmış olup olmadığıdır.

Bunun gibi, Haftalık İGBÇSY., yurtdışında geçilecek tüm sürelerin çalışma süresinden sayılacağına ilişkin açık bir hükme de yer vermiş değildir. Aynı şekilde, yurtdışındaki taşıt kullanma dışında geçecek sürelerin çalışma süresinden sayılacağına ilişkin bir hükme, çalışma süresinden sayılan halleri belirten İş K. m. 64 hükmünde rastlanılmamaktadır.

Diğer yandan, Haftalık İGBÇSY.; taşıt aracının gemiyle gidişi sırasında taşıtta bulunmayıp gemi çıkışında araca gönderilen şoförlerle ilgili olarak ortaya çıkan durumları düzenlememektedir. Oysa, taraf olduğumuz 153 sayılı ILO-Sözleşmesi'nin 8 inci maddesi, sürücülerin günlük dinlenme süresinin 24 saatlik süre içinde aralıksız asgari 10 saat olduğunu belirttikten (bent 1) sonra; her ülkenin

## İşçinin özlük dosyasında bulunacak belge ve kayıtlar, ancak kendisinin imzasını taşıdığı takdirde, işçiyi bağlayıcı niteliğe sahiptir.

resinin dışında yapılan çalışma” olarak tanımlanmaktadır.

Ancak, Haftalık İGBÇSY., telafi çalışması yaptırılmasını içeren düzenlemelere yer vermemektedir. Bu durumda, 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki genel hükümlerden yararlanmak suretiyle, telafi çalışmasına başvurulması gerekecektir. Buna göre, normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebiyle kendisine izin verilmesi hallerine mahsus olmak üzere, işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilecek ve işverenin bu durumda, fazla çalışma ücreti ödemesi gerekmeyecektir. Bununla birlikte, telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresi olan 9 veya 11 saati aşmamak koşuluyla, günde üç saatten fazla olamayacak ve tatil günlerinde, telafi çalışması yaptırılmayacaktır (İş K. m. 64).

Haftalık İGBÇSY. m. 11, fazla çalışmayı en az iki ve en çok altı aylık denkleştirme dönemindeki toplam iş süresinin dışında yapılan çalışma olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, söz konusu toplam

yetkili makam veya kuruluşunun, feribottan yararlanılan araçlar söz konusu olduğu takdirde, günlük dinlenme sürelerinin uzunluğuna ve bu dinlenme sürelerinin kullanılması usulüne ilişkin istisna getirilmesine olanak tanımaktadır (bent 4).

Yine, aynı sözleşmenin 4 üncü maddesi; sürücüler bakımından “çalışma süreleri” deyiminin, bu kişilerin “aracın çalışır durumda olduğu sürede araç kullanarak ve diğer işleri yaparak ve araçla yolcuları veya yüküyle ilgili yardımcı işler yaparak geçirdikleri süre” anlamını taşıdığını belirtmekte (bent 1) ve “sürücülerin araçta veya işyerinde hazır durumda bekleyip iş yapmaksızın geçen ve fakat diledikleri gibi kullanma serbestliğine sahip olmadıkları süreler”in yetkili makam veya kuruluşlar tarafından çalışma süreleri olarak kabul edilebileceğini açıklamaktadır (bent 2).

Tüm bu hükümlerin incelenmesi sonucunda; Haftalık İGBÇSY.'nde boşluk bulunup hukuki düzenleme olmadığı, buna karşılık uluslararası standartlar bakımından, araç kullanma ve yardımcı işleri yürütme dışında geçecek sürelerin çalışma sü-

## Yıllık ücretli izin; kural olarak, işveren tarafından bölünemeyecek; istisnaen, tarafların anlaşmasıyla, bir bölümü 10 günden az olmamak üzere, en çok üçe bölünebilecektir.

resinden sayılmadığı ortaya çıkmaktadır. Buna göre, aynı araçla çalışan bir TIR şoförünün, sadece Türkiye içerisinde ve yurtdışındaki karayollarında geçecek sürelerinin, iş süresinden sayılması; aracın gemiyle veya trenle gönderilmesi sırasında araçta bulunmayıp gemi veya tren çıkışında araca gönderilecek bir TIR şoförünün boş geçen sürelerinin ise, çalışma süresinden sayılmaması gerekmektedir.

Hafta sonları ile genel tatil günlerinde araç girişlerine izin verilmediği zamanlarda şoförlerin nakliye araçlarını kullanamayıp araçları park yerinde bekletmeleri, hukuken İş K. m. 64 anlamında “zorunlu neden” oluşturacaktır. “Zorunlu nedenlerle işin durması” halinde ise, işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir (İş K. m. 64/I). Bu anlamda, özellikle turizm dönemlerinde, hafta sonlarında, genel tatil günlerinde gündüz araç girişlerine izin verilmediği zamanlar için araçların park yerinde bekletildikleri süreler, telafi çalışması çerçevesinde değerlendirilebilir.

Aracın park yerinde bekletildiği süre içinde; dinlenme süresini kullanacak olan sürücünden, aracın ve yükünün güvenliğini sağlayacak gerekli önlemleri almış bulunduğu takdirde, aracın içinde veya yakınında kalması istenemeyecektir.

### III. Yıllık Ücretli İzin

Taşımacılık sektöründeki uygulamada, işçinin talebi ve işverenin de onaylamasıyla, görev süresi içinde yurtdışında izin kullanılmaktadır. Yıllık ücretli izne ilişkin bu uygulamanın ise, yasaya uygun olup olmadığının açıklanması gerekmektedir.

Bu bağlamda, iznin yurtdışında geçirilmesinde yasal bir engelin bulunmamasına karşılık, yıllık ücretli iznin görev süresi içinde kullanılması yasaya uygun bir yanı bulunmamaktadır. Çünkü, görev süresi ile izin süresinin iç içe geçmesi söz

konusu olamaz. Bu bağlamda, İş K. m. 53/II, “yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez” biçimindeki bir emredici hükmü taşımaktadır.

Diğer yandan, yıllık ücretli izin, işveren tarafından sürekli bir şekilde verilmek zorundadır. Buna göre de, yıllık ücretli izin; kural olarak, işveren tarafından bölünemeyecek; istisnaen, tarafların anlaşmasıyla, bir bölümü 10 günden az olmamak üzere, en çok üçe bölünebilecektir (İş K. m. 56/I-III). Bu tür bölünmelerin, uluslararası taşıma (nakliye) işlerinde hizmet veren firmaları ne ölçüde tatmin edeceği ise, ayrı bir tartışma konusunu oluşturmaktadır.

### IV. Harcırah Uygulaması ve Kıdem Tazminatı Hesabı

Yurtiçi ve yurtdışı seyir halinde, 10.2.1954 tarih ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu<sup>5</sup> temel alınıp bu çerçevede yükümlülükler yerine getirilirken, yurtdışı seyirde ilk on gün için yüzde elli zamlı ödeme yükümlülüğüne de uyulmasının gerekip gerekmediği konusuna açıklık getirilmesi gerekmektedir.

Uygulamada bazı taşıma işverenleri, işçilere ödenecek iş gezisi giderlerini karşılamak üzere ödenecek harcırahlar hakkında, 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerini temel almak suretiyle ödeme yapmaktadır. Önemle ve hemen belirtmek gerekir ki; özel sektör işverenleri için, bu bir yasal zorunluluk değildir. Başka bir deyişle, 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerini uygulamak, özel kesim işverenlerinin ihtiyarındadır. Buna göre, özel sektör işvereni, 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerini isterse uygulamak durumundadır.

Gerçekten, bu konuda herhangi bir yasal zorunluluk, söz konusu değildir. Nitekim, 6245 sayılı Kanun'un uygulama alanı; genel bütçeye dahil daireler ile katma ve özel bütçeli idareler ve bunlara bağlı döner sermayeler, özel yasayla kurulmuş banka ve kuruluşlar ile bunların yüzde ellisinden çoğuna sahip buldukları teşebbüs ve müesseselerle sınırlıdır (m. 1). 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine göre hesaplanacak harcırah tutarlarının özel sektör işverenlerince ödenmek istenmesi ise, seçilen bu yolun kolaylık sağlaması ve yasa hükmü olduğu için kimsenin itiraz edemeyeceği ortamları yaratması nedeniyledir.

Ancak, yurtiçi veya yurtdışı gündeliklerinde



## Yargıtay uygulaması, harcırahların kıdem tazminatının hesabında esas alınacak ücrete dahil edilmemesi yönündedir.

6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerini örnek alan özel sektör işvereninden, söz konusu yasanın tüm hükümlerini temel alması beklenemez. Çünkü, 6245 sayılı Kanun hükümlerini temel almak; esasen özel sektör işverenin isteğine bırakılmış olup, herhangi bir yasal zorunluluktan veya yükümlülükten söz edilememektedir. Böyle olunca da, işverenler, yurtdışı seyir halinde ilk on gün için yüzde elli zamlı ödeme yapmakla yükümlü bulunmamaktadır.

Bu itibarla, 31.12.2003 tarih ve 27.1.2004 tarih ve 2003/6722 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı<sup>6</sup> ekinde yayımlanan “Yurtdışı Gündeliklerine Dair Karar”daki “yurtdışına gönderilenlere Türkiye’den her çıkışlarında seyahat ve ikamet süresinin ilk 10 günü için ödenecek gündelikler, ekli cetveldeki miktarların % 50 artırılması suretiyle hesaplanır” (m. 2) hükmünün özel kesim işyerlerindeki işçilere de uygulanmasının zorunlu olduğuna ilişkin uygulama görüşü, gerekli hukuki dayanaktan yoksundur. Çünkü, yurtdışı gündeliklerinin ilk on gün için yüzde elli artırılarak ödenmesi keyfiyeti, tamamen özel kesim işverenin ihtiyarındadır.

Diğer yandan, yurtiçinde ve yurtdışında görevlendirilen şoförlere yapılan harcırah ödemelerinin, kıdem tazminatına esas alınacak ücretin hesabında dikkate alınması gerektiği görüşü, uygulamaya hakim görünmektedir. Anılan uygulamaya dayanak olarak da, eski bir Yargıtay kararı<sup>7</sup> gösterilmektedir. Oysa, söz konusu Yargıtay kararı; bir TIR şoförüne garanti edilmiş asgari ücretinin yanı sıra her yurtdışı sefer için belirli bir miktar yabancı paranın ödenmesi olayında, belirtilen yabancı paranın ne harcırah ve ne de prim olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmekte olup, yurtiçinde veya yurtdışında görevlendirilen şoförlere harcırah şeklinde ödenen paralarla bir ilgisi bulunmamaktadır.

Aksine, Yargıtay uygulaması, harcırahların kıdem tazminatının hesabında esas alınacak ücrete dahil edilmemesi yönündedir. Nitekim, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi’nin bazı kararlarıyla,

harcırah ile otel ve ev giderlerinin ve de seyyar görev tazminatı türünden ödemelerin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaması esas kabul edilmiştir<sup>8</sup>. Bunun gibi, Sayıştay Genel Kurulu’nun eski bir kararında da, özetle:

“6245 sayılı Harcırah Kanununun 49 uncu maddesi hükmü uyarınca, bu madde kapsamına giren işçilere ödenmekte bulunan tazminatın, 1475 sayılı İş Kanununun 1927 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle değiştirilen 14 üncü maddesi hükmü gereğince, işçilere ödenen kıdem tazminatına esas olan ücretin hesabında nazarı itibara alınmaması icap edeceğine çoğunlukla karar verildi.”<sup>9</sup> denilerek, harcırahların kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaması esası benimsenmiştir<sup>10</sup>.

Gerçekten, “harcırah” sözcüğü, harcanan parayı ifade eden “harç” ile yol anlamında kullanılan “rah” sözcüklerinin birleştirilmesinden oluşan bir sözcüktür. “Yol harçlığı” anlamında kullanılan “harcırah”; “görev icabı buldukları bir yerden memuriyet mahallinin dışına gidenlere, yapacakları ek masraflara karşılık yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masraflarından birinin, birkaçının veya tamamının ilgisine nakden, ayın (yapılan giderlerin belgelendirilmesi), kısmen nakden veya kısmen ayın şeklinde ödenmesidir”<sup>11</sup>. Bu bağlamda, yurtiçinde veya yurtdışında görevlendirilen şoförlere karşı gerçekleştirilen harcırah uygulamaları da, bunların “yeme ve yatma” bakımından yapacakları ek masrafların nakden karşılanmasına dayanmakta; çalışma saatleri ve ücret dışında, arızî ve ayrı bir kalem olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, yurtiçi ve yurtdışı seyir durumunda taşıt sürücülerine yapılan söz konusu ödemeleri, ücretin bir parçası olarak görmek mümkün değildir. Nitekim, söz konusu ödemeler, çalışma saatlerinin uzunluğuna göre değişmemekte ve de sadece yurtiçinde veya yurtdışında nakliye işyerinin dışına çıktığında gerçekleştirilmekte ve ilgilinin işyeri dışına çıkması yüzünden oluşan ek masrafları (harcamaları) karşılamak üzere uygulanmaktadır.

Ayrıca, harcırah ödemelerinin, giydirilmiş (geniş anlamda) ücret içinde değerlendirilip kıdem tazminatının hesabına esas olacak ücrete dikkate alınması, hukuken doğru ve yerinde görünmemektedir. Çünkü, harcırah ödemeleri, arızî nitelikteki ödemelerdir. Arızî nitelikteki ödemeler ise, şimdiye kadarki yerleşik Yargıtay uygulamasına göre,

Mevcut düzenlemelerin, özellikle de Haftalık İGBÇSY. hükümlerinin, gerekli esnek uygulamalara yeterince açık olmadıkları görülmektedir. Bunun, taşımacılık sektörü üzerinde, olumsuz etkiler yarattığı açıktır.

kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmamaktadır<sup>12</sup>. Bu açıdan, harcırahların, giydirilmiş ücret içinde değerlendirilmemesi ve kıdem tazminatlarının hesabında dikkate alınmaması, hukuken yerinde olacaktır.

### Sonsöz

Taşıma sektöründe çalışanlar ile bunları istihdam eden taşıma işverenleri, yukarıda ayrıntılı olarak yakından gösterildiği üzere, çalışma yaşamına ilişkin bazı sorunlarını halen çözememiş görünmektedir. Bunda, önemli bazı düzenleme boşluklarının varlığı etkili olmakla birlikte, getirilmiş bazı hukuki çözümlerin taraflar arasındaki çıkarlar dengesini adilane bir biçimde kuramamış bulunması etken olmaktadır.

Oysa, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2003 yılında kabulüyle birlikte, Türk çalışma yaşamı esneklik dönemini hukuki alanda başlatmış durumdadır. Ancak, mevcut düzenlemelerin, özellikle de Haftalık İGBÇSY. hükümlerinin, gerekli esnek uygulamalara yeterince açık olmadıkları görülmektedir. Bunun, taşımacılık sektörü üzerinde, olumsuz etkiler yarattığı açıktır. Bu bakımdan, söz konusu yönetmeliğin uluslararası standart durumundaki 153 sayılı ILO-Sözleşmesi esaslarına uygunluk göstermesi, taşımacılık sektörünün önemli bazı çalışma sorunlarını çözüme kolaylık sağlayacaktır. Aksi takdirde, anılan güçlükler, AB içinde vize sorunlarıyla yeterince engellenmiş bulunan Türk taşımacılık (ulaşım) sektörü için, çalışma yaşamı açısından da engel anlamını taşımaktan öteye gidemeyecektir.

### DİPNOTLAR

1 Metin için bkz. Tankut Centel, Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, İstanbul 2004, sh. 541 vd.

- 2 Bu sözleşmenin onaylanması, 15.7.2003 tarihli ve 4933 sayılı Karayolu Taşımacılığında Çalışma Saatleri ve Dinlenme Sürelerine İlişkin 153 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun'la (RG. 22.7.2003, No. 25176) ve uygulanması da, 6.10.2003 tarihli ve 2003/6250 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla (RG. 2.11.2003, No. 25277) kabul edilmiştir.
- 3 Bkz. RG. 6.4.2004, No. 25425. Aşağıda yapılacak açıklamalarda, "Haftalık İGBÇSY." olarak kısaltılacaktır.
- 4 Bkz. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2007, sh. 138 ve aynı yer, dn. 7'deki yargı kararları.
- 5 RG. 18.2.1954, No. 8637.
- 6 RG. 27.1.2004, No. 25359.
- 7 YHGK., 7.10.1998-622/631.
- 8 Bkz. Yarg. 9. HD., 12.11.1980-8557/11576; Yarg. 9. HD., 2.5.1983-2370/4375.
- 9 Sayıştay GK., 8.12.1975-3800/3.
- 10 Tüm bu yargı kararları ile aynı öğreti görüşü için bkz. Osman Usta, İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları, Ankara 1998, sh. 537-538.
- 11 Ramazan Cenk, "Yurtiçi ve Yurtdışı Harcırahların İstisna Edilmesi, Gider ve Muhasebeleştirilmesi", Maliye Postası Dergisi, (15.1.2004), sh. 141.
- 12 Konuya ilişkin yargı kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Usta, age., sh. 485 vd.

Prof. Dr. Nüvit GEREK

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler

4857 sayılı İş Kanunu'nda önce 5763 sayılı Kanun'la daha sonra da 5754 sayılı Kanun'la bazı değişiklikler yapılmıştır. 5763 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin genellikle iş sağlığı ve güvenliği konusunda olduğu, bunun yanında işyerini bildirme ve işyeri işletme belgesi alınması gibi konularda işveren yükümlülükleri ile ilgili olduğu söylenebilir. 5754 sayılı Kanun'la öngörülen değişiklikler ise işverenlerin ücret ile ilgili yükümlülükleri konusundadır.

### 1- 5763 SAYILI KANUN'LA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

#### A- İşyerleri ile İlgili Değişiklikler

- 4857 sayılı İş Kanunu'nun "işyerini bildirme" başlıklı 3. maddesinin 2. fıkrası 5763 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir<sup>1</sup>. Bu değişiklik uyarınca alt işverenler kendi işyerlerinin tescili ile yükümlü olacaktırlar. Alt işverenler asıl işverenden aldıkları yazılı alt işverenlik sözleşmesini ve gerekli diğer belgeleri aynen 3. maddenin 1. fıkrasında asıl işverenler için öngörülen şekilde bir ay içinde bölge müdürlüklerine bildireceklerdir.

3. maddeye yine, 5763 sayılı Kanun'la eklenen

4. fıkrada ise asıl işveren-alt işveren arasında yapılacak sözleşmede bulunması gereken esasların çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği ifade edilmektedir.

2. fıkradaki değişiklik ve 4. fıkra birlikte değerlendirildiğinde, alt işverenlerin de asıl işverenler gibi işyerini bildirme konusunda aynı yükümlülüklerle karşı karşıya olacakları görülmektedir. Ayrıca çıkarılacak yönetmelikle de asıl işverenlerle alt işverenler arasındaki sözleşmede, gerçek bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunup bulunmadığını sağlam bir şekilde ortaya koyacak esasların yer alacağı anlaşılmaktadır.

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 6. fıkrasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesine çalışıldığı halde, asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde yaşanan sıkıntılar hala devam etmektedir. Bu nedenle 3. maddede yapılan değişiklik ve eklerin yararlı olmasının umulduğu söylenebilir.

- İşyerleri ile ilgili bir diğer değişiklik de 95. maddenin 1. fıkrasında yapılmıştır<sup>2</sup>. Bu değişikliğe göre, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından iş mevzuatına göre verilmesi gereken işletme belgesi yoksa, bu işyerlerine belediyeler ve diğer makamlar, yani kaymakamlıklar, il sağlık müdürlükleri ve il tarım müdürlükleri tarafından açılma

izni verilemeyecektir. Yani bu işyerleri faaliyete geçemeyeceklerdir.

Daha önce plan-proje üzerinden verilen kurma izni alma zorunluluğu kaldırılmıştır. Uygulamada yetki karmaşası ve belirsizlikler yüzünden yaşanan karışıklıklar, denetimlerde sorun yaratmaktaydı. Üstelik plan proje üzerinden verilen kurma izninden sonra faaliyete geçme aşamasında çeşitli nedenlerden ötürü gerçekleşen değişiklikler sorun yaratıyordu. Bir yetkili merciden izin alamayan bazı işyerleri, diğer merciden bu izni alabiliyordu. Denetimlerde, bir izin alınmışsa, doğru yerden alınıp alınmadığına fazla değinilmeden, prosedürün tamamlanmış olduğu kabul ediliyordu. Sonuç olarak yapılan değişikliğin yerinde olduğu, karışıklık ve sıkıntıları büyük ölçüde önleyeceği söylenebilir. Bu arada Çalışma ve Sosyal Bakanlığı tarafından verilecek işletme belgelerinin hazırlanması ve verilmesi bazen uzunca bir süreyi gerektirebilmekte-

şında 3. maddenin ikinci fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren, alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin Yeni Türk Lirası idari para verilecektir. Görüldüğü gibi bir taraftan daha caydırıcı olması için idari para cezaları artırılmış, diğer taraftan ağır ve tehlikeli işyerlerinin durumu ayrıca düşünülmüştür. Bunların yanında asıl işveren alt işveren ilişkilerinde, asıl işyeri işverenin muvazaalı bildirim yaptığı için tespiti halinde hem asıl işverene, hem de alt işverene ve bunların işveren vekillerine ayrı ayrı olmak üzere on bin Yeni Türk Lirası gibi çok yüksek para cezası öngörülmüştür. Elbette işveren yükümlülüklerinin tam olarak yerine getirilmesi ve özellikle muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkilerinin önlenmesi açısından idari para cezalarının gerçekten caydırıcı olması çok önemli ve gereklidir. Ancak tek başına idari cezaların önleyici olması olanaksızdır. Mutlaka etkin denetimler yapılmalıdır. Ayrıca geçmişte pek

## İşveren yükümlülüklerinin tam olarak yerine getirilmesi ve özellikle muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkilerinin önlenmesi açısından idari para cezalarının gerçekten caydırıcı olması çok önemli ve gereklidir. Ancak tek başına idari cezaların önleyici olması olanaksızdır.

dir. Bu nedenle işlemler tamamlanincaya kadar büyükşehir belediyelerinin geçici işletme izni verme uygulamaları devam etmektedir.

- İşyerleri ile ilgili işveren yükümlülüklerine aykırılık halinde idari ceza olarak ödenecek para cezalarında da önemli bir artış söz konusu olmuştur. Buna göre 98. maddedeki değişiklikten önce 3. maddedeki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda 50 milyon lira para cezası öngörülmekteydi. Bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi halinde izleyen her ay için aynı miktar cezanın uygulanması söz konusuydu. Yeni düzenlemede ise 3. maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki işyeri bildirme yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenlere veya işveren vekillerine, çalıştırılan her işçi için yüz Yeni Türk Lirası ceza öngörülmektedir. Ayrıca 85. madde uyarınca ağır ve tehlikeli işler kapsamındaki işyerlerinde çalıştırılan her işçi için bin Yeni Türk Lirası ceza ödenecektir<sup>3</sup>. Bunların di-

çok örneği yaşandığı gibi yüksek enflasyon dönemlerinde idari para cezalarının caydırıcı etkinliği azalmaktadır.

### B- İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Değişiklikler

- 4857 sayılı Kanun'un "Sağlık ve güvenlik tüzük ve yönetmelikleri" başlıklı 78. maddesinde değişiklik yapılmıştır<sup>4</sup>. 5763 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınması konusunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın yönetmelikler çıkaracağı öngörülmüştür. Artık tüzük çıkartılmayacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle, işyerlerinin kurulmaya başlamadan önce kurma izni alma ve kuruluş tamamlandıktan sonra işletme belgesi alma esasından vazgeçilmiştir.

İş sağlığı ve iş güvenliği konusunda hazırlanacak yönetmeliklerde işin ve işyerinin özelliklerinin ve tehlike derecelerinin dikkate alınacağı, belgelendirilmesi gereken işler ve ürünlerin neler olaca-

ğı ve bu belgelerin nasıl ve nereden alınacağına dair usul ve esasların açıklanacağı ifade edilmiştir. Ayrıca 78. maddenin yeni düzenlenen şeklinde, iş sağlığı ve güvenliği konularında yapılacak risk değerlendirmeleri, kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların nasıl yapılacağı, bunları yapacak kişi ve kuruluşlarda aranacak nitelikler, bu kişilere verilecek izinler ve bu izinlerin nasıl iptal edileceği gibi hususların da çıkarılacak yönetmeliklerde düzenleneceği ifade edilmiştir<sup>5</sup>. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bu yönetmelikleri çıkartırken Sağlık Bakanlığı'nın görüşünü alacaktır.

Risk değerlendirmesi ve benzeri teknik kontrol, ölçüm ve incelemelere daha fazla önem verileceği bunların madde metnine alınmasından anlaşılmakta ve bütün bunlar olumlu gelişmeler sağlanacağını düşündürmektedir.

- İş sağlığı ve güvenliği konusunda yapılan ikinci bir değişiklik de 4857 sayılı Kanun'un 81. maddesinde yapılmıştır. Eskiden 81. madde "İşyeri Hekimleri" başlığını, 82. madde ise "İş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanlar" başlığını taşımaktayken, yeni düzenlemede 81. madde "İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri" başlığı altında düzenlenmiş ve 82. madde yürürlükten kaldırılmıştır.

Yeni düzenlemede iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hizmetlerin, daha doğrusu işveren yükümlülüklerinin tıbbi ve teknik bölümlerinin bir bütünlük içinde ele alındığı ve daha gerçekçi bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir. Buna göre işverenlerin sorumlulukları üç grupta ve birbiriyle bağlantılı olarak düzenlenmiştir.

1) En az elli ve daha fazla sayıda işçiyi devamlı olarak çalıştıran işverenler "işyeri sağlık ve güvenlik birimi" oluşturmak zorundadırlar.

Eski düzenlemede 81. maddede "bir işyeri sağlık birimi" oluşturulması öngörülmekteydi. Mühendisler ve diğer teknik elemanlar için bir birim öngörülmemiştir. İşyeri hekimleri ile mühendis ve diğer teknik elemanların birlikte ve uyum içinde çalışmalarını konusunda bazı sıkıntılar yaşanabilmekteydi. Yeni düzenlemede işyeri sağlık ve güvenlik birimi bünyesinde işyeri hekimleri, mühendisler ve teknik elemanlar aynı birim kapsamında çalışacaklar ve en azından birbirlerinin düşünce, program ve faaliyetlerinden haberdar olacaklardır.

2) Elli veya daha fazla sayıdaki işçiyi devamlı olarak çalıştıran işverenler bir veya birden fazla iş-

yeri hekimi ile gerekiyorsa diğer sağlık personeli görevlendirmek zorundadırlar.

3) Elli veya daha fazla sayıdaki işçiyi devamlı olarak çalıştıran işverenler, sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı olan bir veya birden fazla mühendis veya teknik eleman görevlendirmek zorundadırlar.

Mühendis veya teknik eleman görevlendirme yükümlülüğü, yürürlükten kaldırılan 82. maddede de yer almaktaydı. Ancak yeni düzenlemede mühendis veya diğer teknik elemanların iş güvenliği uzmanı olması koşulu getirilmiştir. Böylece bu alanda görev yapacak kimselerin şeklen görevlendirilmelerinin değil, gerçekten iş sağlığı ve güvenliği sorunlarına çözüm üretebilecek niteliklere sahip kimseler olmalarının amaçlandığı ortaya konmuştur<sup>6</sup>.

Ayrıca, işverenlere, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülüklerini yerine getirirken, tercih hakkı da tanınmıştır. Buna göre işverenler işyeri hekimleri ile iş güvenliği uzmanı mühendis veya diğer teknik elemanları kendi işçileri olarak istihdam edebilecekleri gibi, kendi işyerleri dışında kurulu bulunan ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet almak suretiyle de yerine getirebileceklerdir. Ancak bu ikinci şekilde yani hizmet satın almak suretiyle sorunu çözmek yolunu tercih ederlerse, sorumlulukları ortadan kalkmayacaktır. Yani sorumluluklarını hizmet satın aldıkları birime devredemeyeceklerdir.

Bu düzenleme de uygulamada karşılaşılan sıkıntı ve şikayetleri büyük ölçüde çözebilecektir. İşverenler açısından iş sağlığı ve güvenliği maliyetleri azalabilecektir. Birden fazla işverenin birlikte ortaklaşa yararlanacağı sağlık ve güvenlik birimleri daha çok olayla karşılaşacakları için uzmanlaşacaklardır. Belki de yasal yükümlülükleri olmasa bile elli işçiden daha az işçi çalıştıran işverenler de yararını görecektir, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden yararlanmayı düşüneceklerdir.

- İş sağlığı ve güvenliği konusundaki üçüncü değişiklik "ağır ve tehlikeli işler" başlıklı 85. maddede yapılmıştır<sup>7</sup>. Bu değişiklikte on altı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar dışında, çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış durumdaki işçilerin de ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacağı kesin olarak hükme bağlanmıştır. İş kazalarının büyük bir kısmının yeterli eğitim almadan çalışma-



ya başlayan işçiler tarafından yapıldığı bilinmektedir. Doğal olarak ağır ve tehlikeli işlerde iş kazalarının sonuçları daha da ağır olmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili temel eğitim ve korunma yolları yanında, ağır ve tehlikeli işler ile ilgili mesleki eğitim verilmesi çok yararlı olacaktır. Mesleki eğitimlerin uzman kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmesi ve sonunda eğitimi başarıyla tamamlayanlara eğitim sertifikası verilmesi etkin bir çözüm olabilir. Bunun yerine getirilememesi durumunda, işe başlamadan önce işyerinde verilecek bir eğitimin mutlaka yapılması ve bu eğitimin hangi koşullarda ne kadar süre ile kimler tarafından yapıldığının, eğitimi verenler, işe başlatılacak işçi ve işveren veya vekili tarafından imzalanacak bir belge ile tespit edilmesi ortaya çıkabilecek pek çok kazayı önleyebilir.

- İş sağlığı ve güvenliği konusunda dördüncü değişiklik, 105. maddedeki idari para cezalarının arttırılması şeklinde olmuştur. 105. maddenin yeni düzenlenen şekilde idari para cezaları dört gruba ayrılmıştır<sup>8</sup>.

105. maddenin (a) fıkrası uyarınca, 78. maddede belirtilen iş sağlığı ve güvenliği ile yönetmelik hükümlerine aykırılık halinde, alınmayan her tedbir için, eskiden 50 milyon lira ödenmesi gerekirken, yeni düzenlemeye göre 200 Yeni Türk Lirası ödenecektir.

105. maddenin (b) fıkrası uyarınca, 86. maddede düzenlenen ağır ve tehlikeli işlerde çalışacaklar için gereken doktor raporu alınmamış veya 87. maddede düzenlenen şekilde 18 yaşından küçük işçiler için alınması gereken rapor alınmamışsa, raporu eksik olan her çalışan için eskiden 100 milyon lira ödemek zorunda olan işverenler veya vekilleri artık 200 Yeni Türk Lirası ödemek zorunda kalacaklardır.

105. maddenin (c) fıkrası uyarınca, 77. maddede iş sağlığı ve güvenliği konusunda genel esasları itibariyle işveren sorumluluklarını düzenleyen hususlara aykırı hareket eden, 78. maddede öngörülen "işletme belgesi" alınmadan işyeri açan, belgelendirilmesi gereken işler veya ürünler için belge almayan, 79. madde uyarınca faaliyeti durdurulduğu halde izinsiz devam eden, kapatılan işyerini izinsiz açan, 80. maddede öngörülen "iş sağlığı ve güvenliği kurulları" ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeyen, 88. maddede düzenlenen gebe ve

emzikli kadın işçilerle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeyen, 89. maddede düzenlenen çeşitli işlerde çalışanların sağlık raporları ile yönetmeliklere aykırı davranan işverenlere veya vekillerine, eskiden 500 milyon lira para cezası verilmekteyken, bundan sonra biner Yeni Türk Lirası idari para cezası verilecektir.

105. maddenin (d) fıkrası uyarınca, 85. madde hükümlerine aykırı olarak ağır ve tehlikeli işlerde onaltı yaşından küçükleri çalıştıran işveren veya işveren vekillerine 500 milyon lira ceza verilmekteyken, yeni düzenleme uyarınca bundan sonra her işçi için bin Yeni Türk Lirası ceza verilecektir. Ayrıca 85. maddeye 5763 sayılı Kanun'la yapılan ilave nedeniyle mesleki eğitim almamış işçi çalıştıran işverenlere veya bunların vekillerine de 500 Yeni Türk Lirası idari para cezası verilecektir.

## C- Diğer Değişiklikler

- 4857 sayılı Kanun'da 5763 sayılı Kanun'la yapılan önemli değişikliklerden birisi 30. maddede gerçekleştirilmiştir. Öncelikle "Özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğu" şeklindeki madde başlığı, "Özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu" şeklinde düzenlenmiş ve terör mağdurlarının çalıştırılmasına ilişkin düzenleme madde metninden çıkartılmıştır.

30. maddede dikkati çeken ikinci bir değişiklik, özel sektör işyerleri ile kamu işyerleri arasında bir ayırımı gidilmiş olmasıdır. Buna göre özel sektör işyerlerinde elli veya daha fazla işçi çalıştırılması durumunda, yüzde üç oranında özürlü işçi çalıştırılacaktır. Eski hükümlü çalıştırma konusunda özel sektör işyerleri için bir oran öngörülmemektedir. Kamu işyerlerinde ise elli veya daha fazla işçi çalıştırılması durumunda, yüzde dört oranında özürlü ve yüzde iki oranında eski hükümlü çalıştırılacaktır<sup>9</sup>.

Özel sektör işverenlerini özürlü işçi çalıştırmaya yönlendirmek amacıyla, cezai hükümlerin yerine, teşvik ve destek yoluna gidildiği memnuniyetle görülmektedir. Nitekim 30. madde kapsamında çalıştırılan 17.7.1964 tarihli 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi özürlü sigortalılar ile, 1.7.2005 tarihli ve 5378 sayılı Kanun'un 14. maddesinde belirtilen korumalı işyerlerinde çalıştırılan özürlü sigortalıların, aynı Kanun'un 72. ve 73. maddelerinde sayılan ve 78. maddesiyle belirlenen prime esas



kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı Hazine tarafından ödenecektir. İş bulabilmeleri gerçekten çok zor olan bu özel durumdaki özürülülerin iş bulabilmelerini nispeten kolaylaştıracak son derece yerinde bir düzenleme madde metnine girmiştir<sup>10</sup>.

30. maddedeki ilave şeklindeki bir değişiklik ise son fıkrada yapılmıştır. Buna göre 30. maddeye aykırılık hallerinde 101. maddeye göre tahsil edilecek para cezalarının özürülülerin yararına kullanımında, kendi işlerini kurmaya yardım yanında, özürülülerin iş bulmasını sağlayacak destek teknolojilerinin ve bunlara ilişkin projelerin desteklenmesi de söz konusu olabilecektir.

Bütün bunlar özürülülerin istihdamı konusuna daha gerçekçi bakıldığını ve teşvik unsurlarının daha ön plana çıktığını gösteren sevindirici gelişmelerdir.

- 4857 sayılı Kanun'un 88. maddesinde yapılan bir değişiklikle, gebe veya emzikli kadın işçiler için emzirme odası veya kreş kurulması veya dışarıdan bu konularda hizmet satın alınması konularının yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır. İşverenler kendileri bu birimleri kuramıyorsa dışarıdan hizmet satın alabileceklerdir. Bu alternatifli yaklaşımın birçok işyerini ve kadın işçileri epeyce rahatlatacağı söylenebilir.

- 4857 sayılı Kanun'un 108. maddesinde yapılan değişiklikle, eskiden idari nitelikteki para cezalarının tamamı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlükleri tarafından verilmekteyken, yeni düzenlemeye göre 101. ve 106. maddelerin kapsamındaki idari para cezalarının Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verilmesi öngörülmektedir. Hatırlanacağı gibi 101. madde özürülü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğüne aykırı davranmanın, 106. madde ise 90. madde ile bağlantılı olarak iş ve işçi bulma hükümlerine aykırılığın müeyyidelerini düzenlemektedir. Her ikisi de öncelikle Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüklerinin ilgi ve takip alanında olan konulardır. Bu nedenle takip kolaylığı, etkinlik ve çabukluk sağlanması açısından yararlı bir değişiklik olduğu söylenebilir.

- 4857 sayılı Kanun'un 111. maddesi değiştirilerek genişletilmiş, sanayiden, ticaretten ve tarım orman işlerinden sayılacak işlerin genel esasları maddede belirtilmiştir. Ayrıca bu esasların daha in-

ce ayrıntılarını ortaya koyacak yönetmeliğin de altı ay içinde yayınlanacağı hükme bağlanmıştır. Bütün bunlar Kanunun uygulanmasında yaşanan tereddütleri giderecek olumlu gelişmelerdir.

- 5763 sayılı Kanun'la yapılan önemli değişikliklerden birisi de "işverenin ödeme aczine düşmesi" başlıklı 33. maddenin yürürlükten kaldırılması olmuştur. Yürürlükteki haliyle madde metni,

"İşverenin konkordato ilân etmesi, işveren için aciz vesikası alınması veya iflas nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan son üç aylık ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu oluşturulur.

Ücret Garanti Fonu, işverenlerce işsizlik sigortası primi olarak yapılan ödemelerin yıllık toplamının yüzde biridir. Ücret Garanti Fonunun oluşumu ve uygulanması ile ilgili usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." şeklindeydi.

İşçilerin ücret alacaklarının güvencesi açısından yararlı bir düzenleme gibi görünse de, Ücret Garanti Fonu oluşturulması ve belli koşullarda işçilerin son üç aylık ücret alacaklarının buradan karşılanması istismara açık bir konuydu. Nedeni ve amacı ne olursa olsun İşsizlik Sigortası kaynaklarının kendi asıl fonksiyonu dışında kullanılmaması esastır. Ayrıca, konkordato ilanı, aciz vesikası alınması veya iflas gibi hallerde bile hileli uygulamalar olduğu ve gerçek durumun gizlendiği bilinmektedir. Bu nedenle işsizlik sigortası kaynaklarının sadece kendi fonksiyonları için kullanılmasının sağlanması yerinde olmuştur.

## II- 5754 SAYILI KANUN'LA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

### A- Ücret ve Ücretin Ödenmesi ile İlgili Değişiklikler

- 5754 sayılı Kanun'la 32. maddede yapılan değişikliklerin ilki, maddenin ikinci fıkrasına ücret kelimesinden sonra "prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak" ibaresinin eklenmesi olmuştur<sup>11</sup>. Bu ilave ile bazı tereddütler giderilmiş, ücretin geniş anlamda ele alınması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Asıl ücret dışında fiili çalışma karşılı-

ğı olsun olmasın işçinin hak kazandığı her ödeme kalemi dikkate alınacaktır.

- 32. maddede yapılan ikinci değişiklik, ücret ödemelerinin nerede yapılacağı konusunda bazı işyerleri ve bunların işverenleri açısından bir ayırımı gidilecek olmasıdır. Buna göre bazı işyerlerinin işverenleri ücretleri isterlerse işyerinde ödeyebilecekler, isterlerse banka hesabına yatırabileceklerdir. Ancak bazı işyerlerinin işverenlerinin böyle bir tercih hakları olmayacak, işçi ücretlerini özel olarak açılan banka hesaplarına yatırmak suretiyle ödemek zorunda olacaklardır. Hangi işyerlerinin işverenlerinin ücretleri banka hesaplarına yatırmak zorunda oldukları tespit edilirken, işverenin tabi olduğu vergi mükellefiyeti türü, işyerinin ve işletmenin büyüklüğü, çalışan işçi sayısı, işyerinin bulunduğu il ve buna benzer nitelikteki hususlar dikkate alınacaktır. Bu konudaki karar yetkisi ve banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakin brüt ya da kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktar üzerinden olup olmadığını tespit yetkisi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine'den sorumlu Devlet Bakanlığı tarafından müştereken kullanılacaktır. Ücret ödemelerini banka hesapları vasıtasıyla ödemek zorunda bırakılan işverenler veya üçüncü kişiler banka hesapları dışında ödeme yapamayacaklardır. Yeni düzenlemedeki ifadeden anlaşılın, işçinin hak kazandığı geniş anlamda ücret ödemelerini yapmak zorunda olan ister işverenin kendisi, ister işveren vekili, isterse bunlar dışında kalan üçüncü kişiler olsun, bunların hepsi ödemeleri banka hesapları vasıtasıyla yapmak zorunda olacaklardır. Banka hesapları vasıtasıyla yapılacak ücret ödemelerine ilişkin esaslar ilgili Bakanlıkların müştereken çıkaracağı bir yönetmelikle düzenlenecektir<sup>12</sup>.

Yeni düzenlemenin başlangıçta biraz zorluk yaratsa da çeşitli yararlar sağlayacağı söylenebilir. İşçiler açısından bankomat kartları vasıtasıyla ücret gelirlerine kolayca ulaşma olanağı yaratılacaktır. Hizmet tespit davalarında kapanmış işyerlerinin kayıtlarına çoğu kez ulaşılammaktadır. Oysa banka kayıtları her zaman güvenle ulaşılabilir sağlanacaktır. Böylece takip ve tespit kolaylığı sağlanacaktır. Kayıt dışı uygulamaların bir ölçüde önüne geçilebilecektir. Eksik veya yanlış ücret ödemelerinin kontrolü kolaylaşacaktır. En önemli-

si de sosyal sigorta primlerindeki kaçakların önemli bir bölümü önlenilebilecektir.

- 5754 sayılı Kanun'la 32. maddede yapılan değişiklikler dışında bir diğer değişiklik "Ücret ile ilgili hükümlere aykırılık" başlıklı 102. maddede yapılmıştır. 102. maddenin birinci fıkrasının değiştirilen (a) bendinde, ücret ödemelerini süresi içinde kasten ödemeyen veya eksik ödeyen, yasal asgari ücreti ödemeyen veya noksan ödeyen işveren veya işveren vekiline verilecek idari para cezasına ek olarak, ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakı, zorunlu olduğu halde banka hesabına ödenmeyen işverenlere, işveren vekillerine ve eğer ücreti ödemekle yükümlü üçüncü kişiler varsa, bu üçüncü kişilere, yüz Yeni Türk Lirası idari para cezası verilecektir<sup>13</sup>.

Sonuç olarak, 4857 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerin olumlu kabul edilebileceği söylenebilir. Ancak kıdem tazminatı fonu ile ilgili bir düzenlemenin hala yapılamamış olması önemli bir eksikliklerdir.

## DİPNOTLAR

- 1 5763 sayılı Kanun, Md.1., R.G., 26.5.2008 T., No: 26887.
- 2 Bkz.: 5763 sayılı Kanun, Md.7., R.G., 26.5.2008 T., No: 26887.
- 3 Bkz.: 5763 sayılı Kanun, Md.8, R.G., 26.5.2008 T., No: 26887.
- 4 Bkz.: 5763 sayılı Kanun, Md.3, R.G., 26.5.2008 T., No: 26887.
- 5 Bkz.: 5763 sayılı Kanun, Md.3, R.G. 26.5.2008 T., No:26887.
- 6 Bkz.: 5763 sayılı Kanun, Md.4, R.G. 26.5.2008 T., No: 26887.
- 7 Bkz.: 85. maddenin 1. fıkrasındaki "ile çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçiler" ibaresi 1.1.2009 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 26.5.2008 R.G. tarihli 5763 sayılı Kanun ile eklenmiştir.
- 8 Bkz.: 5763 sayılı Kanun, Md.9, R.G. 26.5.2008 T., No: 26887.
- 9 Bkz.: 4857 sayılı Kanun.
- 10 Bkz.: 5763 sayılı Kanun, Md.2, R.G. 26.5.2008 T., No: 26887.
- 11 Bkz.: 5754 sayılı Kanun, Md.85/1, R.G. 8.5.2008 T., No: 26870.
- 12 Bkz.: 5754 sayılı Kanun'la 32. maddeye eklenen 3. fıkra, R.G. 8.5.2008 T., No: 26870.
- 13 Eski düzenlemede yalnızca işveren ve işveren vekillerine her işçi ve her ay için yüz milyon lira ceza öngörülmekteydi.

## Şahin ÇİL

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

# Kıdem Tazminatına Hak Kazanma ve Hesap Yönlerinden Hizmet Süresi

## 1- Giriş

Bir işyerinde ya da işverenin buyruğunda veya belirli bir meslekte uzun süre çalışmış bir işçinin işini kaybetmesi halinde onun işyerine katkıda bulunmuş olması, işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye toplu bir para verilmektedir ki, buna “kıdem tazminatı” denilmektedir<sup>1</sup>.

Kıdem tazminatının niteliği üzerine tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kıdem tazminatının teknik anlamda bir tazminat veya ikramiye ya da işsizlik sigortası olduğu görüşleri ileri sürülmüştür<sup>2</sup>.

Kıdem tazminatı kendine özgü bir karaktere sahiptir. Genel ve teknik anlamdaki tazminata ilişkin kurallar bu tazminata uygulanmaz. Zira, ne işverenin kusuru ne de işçinin kusursuzluğu koşuluna dayanmayan bir tazminat türü olan kıdem tazminatı ayrıca, işçinin herhangi bir zarara uğraması şartına da bağlı değildir. Kıdem tazminatının gerçekleşme koşulu ve miktarı doğrudan yasayla belirlenmiştir<sup>3</sup>.

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ortaya çıkan bir işçilik hakkı olmakla beraber, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda değil, kanunen belirlenen sınırlı ve sayılı sona erme

hallerinde ve belli bir kıdeme sahip olan işçiler için söz konusu olmaktadır<sup>4</sup>. Ayrıca “objektif sorumluluk” olarak adlandırılan kusursuz sorumluluk hali olarak da değerlendirilemez. Zira, kusursuz sorumlulukta kusur aranmaz ise de, hukuka aykırılık unsurunun bulunması gerekir. Oysa kıdem tazminatı, hukuka aykırılığın bulunmasını da şart kılmayan “İş Hukukuna Özgü” bir tazminattır<sup>5</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu’nun geçici 6. maddesinde, yasal düzenleme ile kıdem tazminatı fonu kuruluncaya kadar 1475 sayılı Yasa ile tanınan hakların saklı olduğu açıklanmıştır. Anılan Kanun çıkarılınca sosyal taraflar anlaşmamış ve kıdem tazminatı bakımından 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı Yasa’nın 14. maddesini yürürlükte bırakarak bir çözüm bulunmuştur<sup>6</sup>.

Esasen kıdem tazminatı için bir fon kurulması düşüncesi ilk kez 1962 yılında Üçüncü Çalışma Meclisi’nde gündeme getirilmiş ve işverenlerin ödeyecekleri primler karşılığında kıdem tazminatının Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanması istenmiştir<sup>7</sup>. 1975 yılında 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesinde 17. fıkra olarak işverenin sorumluluğu altında ve sadece yaşlılık, emeklilik, malullük, ölüm ve toptan ödeme hallerine mahsus olmak üzere kıdem tazminatıyla ilgili bir fon tesis

edilmesi hükmü konmuş, fakat o tarihten sonra bu konuda hiçbir gelişme yaşanmamıştır<sup>8</sup>. 4857 sayılı İş Kanunu'nun sisteminde, iş güvencesi ve işsizlik sigortası ile işverenin işçiye karşı yasal yükümlülükleri artmış durumdadır. OECD 2006 yılı raporuna göre Türkiye, üye ülkeler arasında işverenin kıdem tazminatı yükü en yüksek ülke konumundadır. Aynı raporda işsizlik sigortasının yaygınlaştırılması ve miktarının artırılması yoluyla işverenin kıdem tazminatı yükünün azaltılması tavsiyesi yer almaktadır<sup>9</sup>. Bu bakımdan Kıdem Tazminatı Fonu ile ilgili bir yasal düzenlemeye gidilmesi halinde fon öncesi ve sonrası hizmetlerin ne şekilde birleştirileceği hususlarının da yasada ifadesini bulması gerekir.

Bu çalışmanın amacı, halen en önemli işçilik hakkı olma özelliğini sürdüren kıdem tazminatı bakımından hizmet süresinin mercek altına alınması ve hak kazanma ile hesap yönlerinden konuya dair öğretici görüşleri ile Yargıtay uygulamalarının tartışmaya açılmasıdır.

## 2- Kıdem Tazminatının Unsurlarından Olan Hizmet Süresi

### a) En Az Bir Yıllık Çalışma

Kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yönünden hizmet süresi, en temel unsurlardan biridir. İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için aynı işverene ait işyeri ve işyerlerinde en az bir yıl süreyle çalışmış olması gerekir. Bu koşul, 1475 sayılı Kanununun 14. maddesinin ilk fıkrasından çıkarılabilmektedir. Anılan hükme göre "İşçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır". Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi bir işçi yönünden kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin en az bir yıl çalışmış olması şarttır.

İşçinin işyerinde fiilen çalışmaya başladığı tarih en az bir yıllık sürenin başlangıcıdır. Tarafların iş ilişkisi kurulması yönünde varmış oldukları ön muhtabakat bu süreyi başlatmaz. Yine iş sözleşmesinin imza tarihi yerine, fiilen iş ilişkisinin kurulduğu tarih, kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yö-

nünden dikkate alınması gereken süreyi başlatacaktır. İşçinin çıraklık ilişkisinde geçen süreler de kıdem tazminatına esas alınacak süre yönünden değerlendirilmeyecektir. Buna karşın deneme süresi, kıdem süresine eklenir.

Kıdem tazminatına hak kazanma noktasında en az bir yıllık çalışma koşulunun, toplu ya da bireysel iş sözleşmeleri ile azaltılıp azaltılamayacağı tartışılması gereken bir konudur. 4857 sayılı İş Kanunu sisteminde işçinin hak kazanmamasına rağmen kıdem tazminatı ödenmesi bir yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre en az bir yıllık çalışma koşulunun nispi emredici olduğu ve işçi lehine azaltılabileceği düşünülmelidir. Bu durumda tarafların 6 ay hatta daha az kıdemi haiz işçiye kıdem tazminatı ödemeyi öngörmeleri imkan dahilindedir.

Burada temel sorun, yasal anlamda hak kazanmadığı halde, tarafların işçi lehine öngördükleri kurallara göre işçiye ödenen kıdem tazminatının teknik anlamda kıdem tazminatı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Kıdem tazminatı, gerek 1475 sayılı Yasa ve gerek diğer yasalarda özel olarak korunan bir tazminat türüdür. Fesihten itibaren bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanacağı Yasada yer almıştır. Yine Gelir Vergisi Kanunu'nda kıdem tazminatı gelir vergisinden muaf tutulmuştur. İşçinin yasal anlamda hak kazanmamasına rağmen kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemenin bahsi geçen yasal korumalar kapsamında olup olmadığı tartışmayı gerektirebilir. Gerçekten özellikle tarafların, gelir vergisi yükümlülüğünden ya da sigorta primi ödemesinden kaçınmak için başkaca işçilik alacaklarını kıdem tazminatı adı altında ödeme noktasında muvazaalı bir ilişki içine girmeleri olasıdır. Sorunun vergi ve sigorta hukuku açısından da değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Kıdem tazminatı hesabında tarafların kararlaştırmaları halinde, bir yıldan arta kalan sürelerin 6 aya veya tam yıla iblağı da bize göre mümkündür. Gerçekten taraflar kıdem tazminatının her yıl için 30 gün yerine 50 gün üzerinden ödenmesini kararlaştırabildiklerine göre, bir yıldan arta kalan sürelerin de ilave bir tam yıl gibi değerlendirileceğini öngörebileceklerdir. Ancak, Yargıtay konuyla ilgili bir kararında, bir yıldan sonra çalışılan süre 6 ayı aşmışsa bunun tam yıla iblağı edileceğine dair toplu iş sözleşmesi hükmünü geçersiz saymıştır<sup>10</sup>.

Bir yıllık sürenin kural olarak tamamının işçilikte geçmiş olması gerekir. Ancak, 1475 sayılı Yasanın 14/6. maddesi hükmü, bizi, memur veya sözleşmeli personel olarak çalışılan sürenin de, kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerektiği düşüncesine yaklaştırmaktadır. Gerçekten anılan hükümde, Emekli Sandığı ve Soysal Sigortalar Kanunu'na tabi olunan hizmetlerin birleştirilmesinden söz edilmektedir. Ancak burada açıkça memuriyette geçen süre için kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği öngörülmüş değildir. Bu noktada aynı yasanın 14/4. maddesi hükmünde, "...işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz" şeklindeki kuraldan hareket edildiğinde, memuriyette geçen süreler için kıdem tazminatı hesaplanamayacağı bir görüş olarak ileri sürülebilir<sup>11</sup>. Bize göre de, 1475 sayılı Yasanın 14/6. maddesi memuriyet veya sözleşmeli

hakkı sıfırlanan gazetecinin yeni işyerinde yeniden beş yıl çalışması gerektiği önceki Yargıtay kararlarında kabul edilmekteydi<sup>14</sup>. Ancak anılan Özel Daire 2003 yılında verdiği bir kararında, kıdemi sıfırlanan gazeteci açısından yeni bir beş yılın geçmesinin gerekmediğini, bir defa beş yıllık kıdeme ulaşan gazetecinin yeni işyerinde çalıştığı süreye göre kıdem tazminatına hak kazanabileceğini kabul etmiştir<sup>15</sup>. Anılan Kanunun m. 6/7. fıkrasında yazılı olan "Ancak, yıllık hizmetin 6 aydan az kısmı nazara alınmaz" hükmünün nasıl uygulanacağı tartışma konusudur. Düşüncemize göre, bir kez 5 yıllık meslek kıdemini haiz olan gazeteci için yeniden girilen işyerinde en az altı ay çalışmış olmak, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için şarttır<sup>16</sup>. Basın İş Kanunu uygulaması bakımından bir önemli karar da 2007 yılında verilmiştir<sup>17</sup>. Anılan yasada gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanması bakımından en az bir yıllık çalışma koşulu olmadığı halde Yargıtay, 5953 sayılı Yasanın 6. mad-

## Kıdem tazminatına hak kazanabilmek için İş Kanunu'na tabi bir iş sözleşmesiyle çalışılmış olması gerekir.

personel olarak çalışılan süre için hizmet birleştirmesini öngörmemiş olmakla hizmet birleştirmesi için tüm sürenin işçilikte geçmiş olması şarttır. Ancak bilindiği üzere, işçi İş Kanunu'na tabi olduğu halde çeşitli mevzuattan kaynaklandığı üzere sosyal güvenlik anlamında Emekli Sandığı ile irtibatlı olunması olanaklıdır. Bu nedenle yasa koyucunun sözünü ettiği birleştirme ve işçilikte geçen, ancak Emekli Sandığı ile irtibatlı olunan dönem için geçerlidir.

Hemen belirtelim ki, Yargıtay'ın bazı kararlarında memuriyette geçen süre için de kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir<sup>12</sup>. Öğretide de bu görüş ağırlıklı olarak benimsenmiştir<sup>13</sup>.

Deniz İş Kanunu'na tabi çalışanlar için de kıdem tazminatına hak kazanabilmek için en az bir yıllık çalışma koşulu aranmaktadır (m.20/1). Basın İş Kanunu'nda ise gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için en az 5 yıl çalışmış olması gerekir (m.6/1). Ayrıca, anılan Kanunda bir defa kıdem tazminatı alan gazetecinin kıdeminin yeni işe girişinden itibaren hesaplanacağı da kurala bağlanmıştır (m.6/8). Bunun sonucu olarak kıdem

desinin 7. fıkrası hükmüne dayanarak 5 yıllık meslek kıdeminden başka yeni işyerinde en az bir yıllık çalışma şartını aramıştır. Düşüncemize göre gazeteciler yönünden 5 yıllık meslek kıdeminden başka en az bir yıl çalışma şartı bulunmamaktadır. Sözü edilen 7. fıkra hesap yöntemiyle ilgili olup, hak kazanma noktasında sonuca bir etkisi yoktur.

Burada asıl sorun, işyerinde Basın İş Kanunu'na ya da Deniz İş Kanunu'na göre bir süre çalışan işçinin sonradan 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalışmaya başlaması halinde kıdem tazminatının nasıl belirleneceği noktasında ortaya çıkmaktadır. Gerçekten Basın İş Kanunu'na göre ilk defa basın mesleğinde işe başlayan için kıdem tazminatına hak kazanabilmek bakımından gazetecinin en az 5 yıl çalışmış olması gerekir. 4 yıl 11 ay çalışan bir gazetecinin işverenle olan bu ilişkisi sonlandırılarak 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi çalışmaya başlaması halinde dahi, kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için en az bir yıl çalışmış olması gerekir. Yine, kıdem tazminatı hesabında diğer iş kanunlarına tabi olarak çalışılan süreler dikkate alınmaz.

Kıdem tazminatına hak kazanabilmek için İş



Kanunu'na tabi bir iş sözleşmesiyle çalışılmış olması gerekir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan istisnalar kapsamında kalan çalışmalar ile Borçlar Kanunu'na tabi diğer çalışmalarda kıdem tazminatına hak kazanılması söz konusu olmaz.

Kıdem tazminatı İş Kanunu dışında Basın İş Kanunu (m.6) ile Deniz İş Kanunu'nda da (m.20) düzenlenmiştir. O halde gazeteciler ve gemi adamları yönünden de ilgili kanunlarda yazılı koşulların gerçekleşmesi halinde kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşçinin çalışmalarının bir kısmının İş Kanunu kapsamının dışında kalması ise çözümü daha güç sorunlar arasındadır. Gerçekten işçi, aynı işverene bağlı olarak çalıştığı halde bu hizmetlerinin bir kısmını 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olmakla birlikte, diğer bir kısmının anılan Yasanın 4. maddesinde sayılan istisnalar kapsamında yer alması olanaklıdır. Konuyu birkaç örnekle ele almak gerekirse; 1475 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde kalorifersiz konut kapıcıları İş Kanunu'nun istisnaları arasında sayılmışken, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle bu ayırım kalkmış ve konut kapıcılarının tamamı İş Kanunu'na tabi hale gelmiştir. Şu hale göre, daha önce yasa kapsamında olmayan bir kısım konut kapıcıları, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.6.2003 tarihinden itibaren İş Kanunu'na tabi olarak görev yapmışlardır. Bu halde 10.6.2003 tarihinden önceki döneme ait çalışmaları için 4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörülen hakları kazanmaları söz konusu olmaz. Başka bir anlatımla, işçinin kıdem süresi 10.6.2003 tarihinden başlar ve bu tarih öncesi hizmetler için ancak Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine dair kurallarına göre talepte bulunulabilir.

Konuyla ilgili diğer bir örnek, 507 sayılı Yasa uygulaması yönünden karşımıza çıkabilir. İşçinin 507 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde anılan Yasanın 2. maddesine göre, "çalışan işçi sayısı" ve "geçimini münhasıran bu işten sağlama" gibi kriterler esas alındığında, 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamına giren bir çalışmanın, 507 sayılı Yasanın yürürlükten kaldırılması ile İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalması olanaklıdır. Gerçekten, 21.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5362 sayılı yasanın 76. maddesinde, "17.7.1964 tarihli ve 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu tümüyle yürürlük-

ten kaldırılmıştır. Diğer kanunlarda, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununa yapılmış olan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır" şeklinde kurala yer verilmiştir. Maddenin 2. cümlesi ile diğer yasaların 507 sayılı Yasaya yaptıkları atıfların 5362 sayılı Yasaya yapılmış sayılacağı da açıklanmıştır. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde 507 sayılı Yasaya yapılan atıf, 5362 sayılı Yasaya yapılmış sayılmalıdır. Ancak anılan Kanunun 2. maddesi, yasanın kapsamını açıklamakla, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4/1 bendinin uygulanması noktasında bir sorun ortaya çıkmaktadır. 507 sayılı Yasa yürürlükten kaldırılırken 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4/1 bendinde yapılan atfın, 5362 sayılı yasanın hangi maddesi ile ilgili olduğunun belirlenmemiş oluşu düşüncemize göre bir eksikliklerdir. Bununla birlikte 5362 sayılı Yasada esnaf ve sanatkarın tanımının yapıldığı 3. maddeye bir atıf yapıldığı varsayılabilir. Bu defa İş Kanunu'nun kapsamı ile ilgili bu sorunun, 5362 sayılı Yasanın 3. maddesi uyarınca çözümlenmesi gerekir.

5362 sayılı Yasanın 3. maddesinin (a) bendinde "Bu Kanunun uygulanmasında; a) Esnaf ve Sanatkar: İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler" olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere 507 sayılı Yasada yazılı olan "geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin" sözcükleri yeni yasa da yerini almamıştır.

Buradan iki şekilde sonuca varılabilir. İlk olarak, bu yeni düzenleme ile otomobilcilik ve şoförlük işinde çalışanların, esnaf faaliyeti kapsamında çıkarıldığı ve İş Kanunu kapsamında değerlendirilebileceği düşünülebilir. Gerçekten özellikle büyük şehirlerde dolmuş ve ticari taksi işletmeciliğinin esnaf faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği ve bu kişilerin tacir olarak değerlendirilmesi gerektiği bir vakıadır.

Öte yandan, 5362 sayılı Yasadaki düzenleme ile esnaf ve tacir ayırımında başka kriterlere yer veril-



diğine göre, otomobilcilik ve şoförlük yapanların da ekonomik sermayesi, kazancının tacir sanayici niteliğini aşmaması ve vergilendirme gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmeye gidilmesi de olanaklıdır. Bu düşünce şekline göre, 507 sayılı Yasa döneminde esnaf sayılan taksici, dolmuşçu gibi kişilerin de diğer kriterler çerçevesinde esnaf sayılmama ihtimali ortaya çıkmaktadır. Bu ikinci görüşün daha isabetli olduğunu ve ekonomik faaliyetini daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirliliği taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir.

5362 sayılı Yasanın 3. maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkâr faaliyeti kapsamında kalan işyerinde 4857 sayılı Yasanın 4/1 bendi uyarınca, üç kişinin çalışması halinde bu işyeri İş Kanunu'nun kapsamının dışında kalmaktadır. Maddede, üç işçi yerine "üç kişi"den söz edilmiştir. Düşüncemize göre bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan

Bu nedenle ortada birleştirilmesi gereken iki ayrı hizmetten de söz edilemeyecektir. Ancak, yasal bir uygulama sebebiyle sona eren bir iş ilişkisine bağlı olarak kıdem tazminatı talep edilip edilemeyeceği tartışılabilir. Gerçekten İş Kanunu'nun kapsamında 30 yıl süren bir çalışmanın ardından 5362 sayılı Yasa hükümlerine göre iş ilişkisinin sona ermesinde kıdem hakkının olup olmadığı önem kazanmaktadır. Konuya dair bir yargı kararına rastlanmadığı belirtilmelidir. Ancak düşüncemize göre tarafların bu konuda bir iradesinin olmaması ve kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinde bu tür bir hak kazanma biçiminin yer almamasına rağmen, yasa gereği bu tür bir sona ermede işçiye kıdem tazminatı ödenmelidir. Zira işçinin yasa gereği İş Kanunu uygulaması dışına çıkması işveren yararına değildir. Verilen örnekte işçi 5362 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinin ardından İş Kanunu'na tabi hiçbir haktan yararlanamayacaktır. Bu yönüyle 5362 sayılı Yasanın eksik bıraktığı

## İşe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilmiş olsa dahi, işçi, süresi içinde işe başlamak için başvuramıyorsa, yine kıdem süresi ilk fesih tarihine göre belirlenecektir.

meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri İş Kanunu'na tabi olacaktır.

Düşüncemize göre 5362 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonraki ilişkilerde İş Kanunu'nun kapsamını belirlerken, "geçimini münhasıran bu işten sağlama" ölçütü devre dışı kalmıştır. Bu yönde bir araştırma yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

İşte bu noktada işçinin 507 sayılı Yasa döneminde İş Kanunu'na tabi olan çalışmalarının 5362 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesiyle kanunun kapsamı dışına çıkması olanaklıdır. Yukarıda belirtildiği üzere "geçimini sınırlı olarak" bu işten elde etmeme yönünde olumsuz kritere bağlı olarak İş Kanunu'na tabi bir çalışma mevcut olduğu halde, 5362 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile bu koşul aranmadığından hizmetlerin iş kanunu kapsamı dışında kalması mümkündür. Bu ihtimalde İş Kanunu kapsamında olan iş ilişkisi 5362 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesi ile sona ermiş durumdadır.

bu konunun hakim tarafından işçi lehine bir şekilde doldurulmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

5362 sayılı Yasa uygulaması bakımından diğer bir ihtimal ise, 507 sayılı Yasa döneminde anılan Yasanın 2. maddesi ve İş Kanunu'nun 4/1 maddesi hükümleri uyarınca İş Kanunu kapsamı dışında olan bir işçinin 5362 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesiyle İş Kanunu kapsamına girmesi şeklinde karşımıza çıkabilir. Gerçekten, daha önce geçimini münhasıran otomobilcilikle karşılayan ve 3 ve daha az kişinin çalıştığı bir işyerinde İş Kanunu'nun uygulanmayacağı açıktır. 5362 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesiyle esnaf sayılmaya dair kriterler değişmekle bir kısım çalışanlar yönünden çalışmalarının İş Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda ise, taraflar arasında 5362 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 21.6.2005 tarihinden itibaren 4857 sayılı İş Kanunu'na göre iş ilişkisi kurulmuş olur. İleride kıdem tazminatına hak kazandıran bir fesih olması durumunda ise, 21.6.2005 ta-

rihinden önceki çalışmalarının birleştirilip birleştirilemeyeceği sorunu ortaya çıkar. Düşüncemize göre İş Kanunu kapsamında olmayan dönem için kıdem tazminatı hesabını öngören bir çözüm tarzı isabetli olmaz. İşçilikte geçmeyen bu süre bakımından Borçlar Kanunu'nun hizmet akdi hükümlerine göre değerlendirmeye gidilmelidir.

İş sözleşmesinin belirli süreli-belirsiz süreli, kısmi süreli-tam süreli olması, mevsimlik çalışma, çağrı üzerine çalışma halleri kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yönlerinden farklılık doğurmaz. Ancak, işçinin bir süre tam süreli iş akdiyle çalışmasının ardından kısmi süreli iş ilişkisine geçilmesi ya da bunun aksi bir durumda, her iki sürenin birleştirilip birleştirilemeyeceği tartışılması gereken bir konudur. Gerçekten, tam süreli ilişkide işçi ücretleri çok daha yüksek olduğu halde, fesih gerçekleşmeksizin kısmi süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışmaya geçildiği ve çalışma koşulları taraflarca buna göre yeniden düzenlendiğinde, işçi ücretleri indirilmiş olabilecektir. Bu durumda kıdem tazminatı için tüm süreye göre ve son ücret üzerinden hesaplama yapılmasının adil olmayacağı bir görüş olarak ileri sürülebilirse de, fesih olmadığı sürece kıdem tazminatına hak kazanılmayacağından, birbiri ardına tam süreli ve kısmi süreli iş ilişkisinde son ücret üzerinden kıdem tazminatının ödenmesi gerektiği belirtilmelidir. Ancak kısmi süreli ve tam süreli ilişkilerden birinden diğerine geçiş aşamasında kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde bir feshin gerçekleşmesi halinde, kıdem tazminatı hesabının her iki dönem için ayrı ayrı yapılması yerinde olur. Aynı şekilde işçinin aynı işverenin bir ya da birkaç işyerinde fasilalı çalışması halinde, aralıklı çalışmalardan biri tam süreli diğeri kısmi süreli ise de her iki dönemin birleştirilmemesi gerekir. Örneğin işyerinde 20 yıl süreyle işyeri hekimi olarak çalışan bir işçinin emeklilik suretiyle işyerinden ayrılmasının ardından, bir süre sonra aynı yerde bu defa tam gün esasına göre ve yüksek ücretle hekim olarak çalışması ve ardından gerçekleşen bir fesihte toplam süreye göre kıdem tazminatı hesabı adil olmayacaktır. Ya da bunun aksine, işyerinde yabancı para cinsinden çok yüksek ücretle ve yurtdışında çalışmış, tazminata hak kazanacak şekilde ayrılmış olmakla birlikte ödeme yapılmamış bir işçinin yeniden aynı işverene ait Türkiye'deki işyerinde düşük maaşla kısmi

süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya başlaması halinde hizmet sürelerinin birleştirilmesi işçinin büyük ölçüde aleyhine olacaktır. Şu hale göre aralıklı çalışılan dönemlerin kısmi ve tam süreli iş sözleşmeleri şeklinde geçmiş olması halinde, kıdem tazminatı ayrı ayrı hesaplanarak ödenmelidir. Bununla birlikte bu konuda hak sahibi olan işçinin aleyhine olacak şekilde hizmet birleştirmesinden söz ederek kıdem tazminatı talebi, işçiyi bağlayacaktır. Başka bir anlatımla taleple bağlılık kuralı gereğince kıdem tazminatı hesabında hizmetler birleştirilmeli ve son düşük ücret üzerinden kıdem tazminatı belirlenmelidir.

İşçinin kıdem hakkı bakımından aranan en az bir yıllık süre, feshin bildirildiği anda sona erer. Kural olarak fesih bildirim muhataba ulaştığı anda sonuçlarını doğur. Bununla birlikte işçinin işyerinden nedensiz yere ayrılmasının ardından işverenin devamsızlık sebebiyle yapmış olduğu fesih, bildirim anında sonuç doğursa da, işçinin çalışmadığı günlerin kıdem süresine eklenmesinin doğru olmayacağı düşüncesindeyiz.

İşçinin işe iade davası açması halinde fesih tarihinin tespiti önem kazanır. İşe iade davasının reddi halinde daha önce gerçekleşen fesih sonuçlarını doğurur ve kıdeme hak kazanma açısından bu fesih tarihi değerlendirmeye alınmalıdır. İşe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilmiş olsa dahi, işçi, süresi içinde işe başlamak için başvurmamışsa, yine kıdem süresi ilk fesih tarihine göre belirlenecektir.

Feshin geçersizliğine dair kararın kesinleşmesi ve işçinin süresi içinde işe başlamak için başvurması halinde, işverence işçi işe başlatıldığı takdirde işverence daha önce gerçekleştirilen ve geçersiz sayılan fesih ortadan kalkar. İşverence, işçinin işe başlatılmayacağına açıklandığı veya sessiz kalınması halinde bir aylık işe başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır<sup>18</sup>. Buna göre kıdem tazminatına esas alınacak kıdem süresinin tespiti bakımından işçinin işe başlatıldığı tarihin dikkate alınacağı söylenebilecek midir? Düşüncemize göre buna olumlu cevap vermek mümkün değildir. Yasa koyucu boşa geçen süre yönünden en çok 4 aya kadar olan ücret ve diğer hakların ödenmesi kabul etmiş olmakla 4 ayı aşan süre bakımından bir çeşit askı halini öngörmüş olmaktadır. Askıda geçen sürenin ise, kıdem süresi-

ne eklenemeyeceği ise tartışmasız durumdadır. Şu hale göre, işe iade kararı sonrasında işverenin işçiyi işe başlatmadığı tarihte fesih gerçekleşse de, kıdeme esas süre, kararın kesinleşmesine kadar geçen en çok 4 aylık sürenin bitimine kadar hesaplanır<sup>19</sup>. Konuyu bir örnekle ele almak gerekirse, işyerinde 6 aylık kıdemi haiz bir işçinin iş sözleşmesinin feshi üzerine aynı gün açmış olduğu işe iade davasının 5 aylık bir yargılamanın ardından kesinleştiğini varsayalım. İşçinin 10 işgünlük süre içinde işe başlamak için başvurduğu ve işverenin de bir aylık işe başlatma süresinde hiçbir açıklamada bulunmadığı bir ihtimalde, fesih tarihinde işçinin kıdemi 1 yılı aşmaktadır. Buna rağmen en çok 4 aya kadar süre kıdem süresine eklenebileceğinden işçinin kıdemi 10 ay olarak belirlenecektir. Buna göre örnekte geçen işçinin kıdem hakkı doğmamış olacaktır. Yargıtay da, kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar boşta geçen süre ile işe başlatmama suretiyle fesih tarihi arasında geçen sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağına karar vermiştir<sup>20</sup>. Şu hale göre kıdem tazminatına hak kazanmak için de en az bir yıllık çalışma şartı bakımından da boşta geçen sürenin 4 aydan fazlasının dikkate alınması doğru olmaz.

Bu noktada bir başka tartışmayı ele almak faydalı olur. Kıdem tazminatına hak kazanma yönünden en az bir yıllık çalışma ölçütü bakımından takvim esasının belirlenmesi gerektiği ileri sürülebilir<sup>21</sup>. Buna göre, yukarıdaki örnekte işe giriş tarihi ile fesih tarihi arasında bir yıldan fazla süre geçmiş olmakla kıdem tazminatı talep hakkının doğduğu, ancak kıdem tazminatının hesaplamasına geçildiğinde en çok 4 aya kadar boşta geçen sürenin dikkate alınabileceği sonucuna varılması gerekir. Kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinde, "... işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince..." tazminat ödeneceğinin öngörülmüş olması, 4 aya kadar boşta geçen sürenin bitiminde dahi, iş sözleşmesinin işe alınmamak suretiyle feshedildiği tarihe kadar geçen süre için tazminat hesabı yapılması gerektiğini düşündürebilecektir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında işçilerin aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde "çalıştırıldıkları" sürelerden söz edilmekle, bize göre çalışılan ya da çalışılmış gibi değerlendirilmesi gereken sürelerin dışında

kalan bir zaman diliminin kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap noktasında dikkate alınamayacağı anlamına gelir. Yine, kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinde hak kazanmak için ve hesap için farklı sürelerle yer verilmemiştir. Tersine, sadece hesap yöntemi bakımından bir süreden söz edilmiş ve bu süre hak kazanma bakımından da en az süreyi oluşturmuştur. Buna göre kıdeme hak kazanmak için ayrı bir süre ve kıdem tazminatı hesabı için başka bir süreden söz edilemeyeceği düşüncesindeyiz.

İhbar önelinin belirtilen süreye eklenmesi mümkün olmadığı gibi, feshin bildirildiği tarihte işçinin istirahat raporu almış olması kıdem süresini etkilememelidir.

Ancak işçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olur. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır<sup>22</sup>. Buna göre işçinin çalıştığı sırada ihbar süresini 6 hafta aşan bir istirahat süresinin varlığı kıdem tazminatına hak kazanma noktasında en az bir yıllık çalışma koşulunu da etkileyebilecektir. Başka bir anlatımla ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat süresi dışlandıktan sonra, kalan süre kıdem tazminatına hak kazanma yönünden dikkate alınmalıdır<sup>23</sup>. Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacak olan istirahat süresi her defasında ihbar öneli ve 6 haftayı aşmamış ise kıdem süresinden indirilmesi gereken bir durum bulunmamaktadır. Yargıtay'a göre farklı tarihlerdeki istirahat süreleri toplanarak ihbar öneli ve 6 haftayı aşan tutarların indirilmesi doğru değildir<sup>24</sup>.

İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz. Yargıtay'ın bir kararında kıdeme hak kazanabilmek için bir tam yıl geçmesinin şart olduğu belirtilmiş ve bu süre içinde kalan uzun süreli ücretsiz izinlerin dikkate alınamayacağı açıklanmıştır<sup>25</sup>.

2822 sayılı Yasanın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenmez.

Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz.

Çıraklıkta geçen süreler için kıdem tazminatı hesaplanması doğru olmaz. Ancak, Yargıtay bir kararında, çıraklık dönemi için de sigorta primi ödenmiş olması halinde bu sürenin kıdem tazminatı hesabına dahil edilmesi gerektiğini kabul etmiştir<sup>26</sup>. Yargıtay'ın 2008 tarihli bir kararında ise çıraklıkta geçen sürelerin işçilik alacakları hesabında dikkate alınamayacağı hükme bağlanmıştır<sup>27</sup>.

İşçinin fiilen çalıştığı ya da çalışılmış sayılan hizmet süresi, kıdem hakkı yönünden belirleyici olacaktır. Bu kuralın istisnası sayılabilecek bir durum, kısmi süreli iş sözleşmesi yönünden söz konusu olur. Gerçekten işçinin kısmi süreli iş sözleşmesi kapsamında fiilen çalıştığı süreler değil, işe başlama ve fesih tarihleri arasında geçen süre takvim esasına göre belirlenerek kıdem tazminatı hesabı, Yargıtay tarafından kabul edilmektedir<sup>28</sup>. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 13. maddesinde de kısmi süreli çalışanlar ile çağrı üzerine çalışanların yıllık izne hak kazanma bakımından tam süreli çalışan

lerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi<sup>30</sup>. Ancak daha sonraki bazı kararlarında Yargıtay'ın ilgili dairesi, organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceğini kabul etmiştir<sup>31</sup>. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır<sup>32</sup>. Hukukta tüzel kişilik perdesinin aralanmasının tartışıldığı günümüzde Yargıtay'ın "organik bağ" noktasından yola çıkarak oluşturduğu kararların iş hukukunun amacına daha uygun olduğu düşüncesindeyim. Öyle ki, bazen işverenler arasındaki ilişkinin üçlü ilişkilerden hiçbiri ile açıklanması mümkün olamamaktadır. Zaman zaman, işçi işverenin kim olduğunu dahi bilememekte, sorun, yargılama sırasında dahi tam olarak

## Asıl işveren işçisinin iş sözleşmesinin feshinin ardından alt işverene tabi olarak çalışması halinde hizmet sürelerinin birleştirilmesi doğru olmaz.

işçiler gibi değerlendirileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre kısmi süreli iş ilişkisi kapsamında ya da çağrı usulü çalışan bir işçi bakımından işe ilk girdiği tarih ile fesih tarihi arasında geçen sürenin bir yıllık süreyi aşmış olması süre şartı bakımından kıdem tazminatına hak kazanmak için yeterlidir. Yoksa işçinin fiilen çalıştığı gün veya saatlerin toplanması suretiyle bir yılı aşmış olmasının belirlenmesi gerekmez.

İşçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olmalıdır. Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz<sup>29</sup>. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ"dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yön-

çözülenememektedir. Bu gibi hallerde birlikte sorumluluk esasının benimsenmesi, aralarında bağlantı bulunan işverenlerde geçen sürelerin kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap noktasında birlikte değerlendirilmesi yerinde olur.

Geçici iş ilişkisi kapsamında geçen süreler ile hizmet akdi devrinde devreden işveren nezdinde çalışılan sürenin kıdeme esas süreye eklenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Yine işyeri devrinde devreden işverene tabi olarak çalışılan sürenin kıdem hesabında dikkate alınması gerektiği açıktır. Geçici iş ilişkisinin süresine dair yasal sınırlamaların aşılmasına rağmen işçinin ödünç alan işverene ait işyerinde aynı üçlü mutabakatla çalışmaya devam etmesi halinde geçici iş ilişkisi sona ermiş olsa da, ilişkiye hizmet akdi devri olarak değer vermek gerekir. Bu durumda kıdeme hak kazanma ve hesap yönünden hizmet akdini devreden ile devralan işveren yanında geçen tüm süre gözetilir. Taraf iradelerinin daha sonra işçinin yine eski ödünç veren (hizmet akdini devreden) işverene ait işyerinde çalışma şeklinde belirmesi halinde, ilişki, Yasanın 7.



maddesindeki koşullar dahilinde geçici iş ilişkisi ya da hizmet akdi devri olarak karşımıza çıkabilir. Belirtildiği şekilde üçlü ilişkinin süregeldiği bir ihtimalde tüm süreye göre kıdem tazminatı hesabının yapılacağı açıktır. Ancak hizmet akdi devrinden devreden işverenin sorumluluğu yasalarda belirlenmemiş olsa da, 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi hükmü geniş şekilde yorumlanmalı ve devreden işverenin sorumluluğu devir tarihindeki ücret ve kendi çalıştırdığı dönem ya da dönemlerle sınırlı tutulmalıdır.

İşçinin alt işverende geçen hizmet süresinin -işyeri devri ayrık olmak üzere- asıl işverene ait işyerinde geçmiş olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Gerçekten alt işverenin asıl işverenden aldığı iş kapsamında mal ve hizmet üretimi yaptığı yer, ayrı bir işyeridir. İşçinin bu kapsamda bir süre alt işverene tabi olarak çalışmasının ardından iş sözleşmesinin sona ermesi ve bir süre sonra asıl işverenin gerçek işçisi olarak görev yapması halinde, hizmet süreleri aynı işveren nezdinde geçmiş sayılmayacağından, kıdem tazminatına esas alınacak en az sürenin tespitinde dikkate alınamayacaktır<sup>33</sup>. Asıl işveren işçisinin iş sözleşmesinin feshinin ardından alt işverene tabi olarak çalışması halinde hizmet sürelerinin birleştirilmesi de doğru olmaz.

Bununla birlikte asıl işverenin usulüne uygun olarak alt işverene verdiği iş kapsamında işçisini alt işverene devretmesi bir işyeri devri olarak ele alınacağından, bu durumda her iki işverende geçen hizmet süreleri birleştirilmelidir. Yine alt işverenin işyerini terk etmesi ve alt işverene bırakılan işin asıl işveren tarafından görülmeye devam edilmesi halinde bir işyeri devri gerçekleşmiş sayılmalıdır. Bu kapsamda çalışmasını sürdüren işçinin her iki işverende geçen süreleri, kıdeme hak kazanma ve hesap noktasında birlikte değerlendirilecektir.

Usulüne uygun olarak tesis edilmiş ve münhasıran çalıştırma koşulu da gerçekleşmiş bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde, işçinin bir asıl işverene ait işyerinden alınarak başka bir asıl işverene ait işyerine götürülmesi ve bu durumun iş ilişkisi ile işçilik alacaklarına etkileri, üzerinde durulmaya değer bir konudur. Örneğin A asıl işvereninden alınan iş kapsamında 6 ay çalıştırdıktan sonra, iş sözleşmesi feshedilmeden başka bir yerde bulunan B asıl işverenine bağlı olarak 6 ay daha çalışan alt

işveren işçisinin iş sözleşmesinin feshinde 1 yıl dolmuş olmasına rağmen kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yönteminin ne olacağı tartışma konusu olabilecektir. Esasen, bir işçinin aynı taşeronu bağlı olmak kaydıyla değişik asıl işverenler nezdinde birbiri ardına çalışmış olması halinde, birden fazla asıl işveren alt işveren ilişkisinin olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda en son feshe bağlı olarak kıdem tazminatı hesabında alt işveren yanında, ayrı ayrı asıl işverenlerin de kendi çalıştırdıkları süre ve son ücretle sınırlı sorumluluğu kabul edilmelidir. 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesinin bu konuda geniş bir uygulama alanına sahip olduğu düşüncesindeyiz. Konuyla ilgili yukarıdaki örneğe dönülecek olunursa, birbirinden bağımsız A ve B asıl işverenleri alt işverenle birbiri ardına alt işverenlik ilişkisine girdiklerinde, alt işverenle işçi açısından tek bir iş ilişkisi olsa da, asıl işverenler bakımından iki ayrı asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmaktadır. Kıdem tazminatının alt işveren açısından tüm süreye göre hesaplanması gerektiği açıktır. En az bir yıllık çalışma şartı da alt işverende geçen tüm süreye göre belirlenir. Son asıl işverenin de kendi çalıştırdığı süre ile sınırlı sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Ancak önceki alt işverenin kıdem tazminatından sorumlu tutulmaması, işçiyi yasal korumanın dışına çıkarmış olur. Zira 20 yıl süreyle asıl işvereninden alınan bir iş kapsamında çalışan bir alt işveren işçisinin iş sözleşmesi feshedilmeksizin başka yerde bulunan bir asıl işverene ait bir işyerinde alınan iş kapsamında 1 ay süreyle çalıştırılması ve daha sonra iş sözleşmesinin feshi örneğinde 20 yıl çalışmanın geçtiği asıl işveren kıdem tazminatından sorumlu tutulmadığında, işçinin bu hakkını iktisadi anlamda güçsüz olan alt işverenden tahsili mümkün olmayabilir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararında<sup>34</sup> işçinin önceki asıl işverene ait işyerinden ayrılmasının bir fesih niteliğinde olmadığı belirtilerek feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatları ile izin alacaklarından önceki asıl işverenin sorumlu olamayacağı kabul edilmiştir.

İşçinin bir işverene ait işyerinde çalışırken işin bir bölümünün alt işverene bırakılması sebebiyle hakları kısıtlanmaksızın alt işverene devri de bir tür işyeri devridir. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca devreden işverenin kendi döneminden sorumlu olacağı açıktır. İşyeri-

nin bir bölümünün alt işverene devrinin ardından çalışmaya devam eden işçilerin iş sözleşmeleri alt işverene devredilmiş olmakla bu tarihten sonraki işçilik alacaklarından alt işveren ile asıl işverenin birlikte sorumluluğu gerekir. Bu durumda devir ile alt işverenlik olgusu her iki işverenin de birlikte sorumluluğunu gerektirmektedir. Ne var ki, devreden asıl işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren 2 yıl süreyle sınırlıdır. İşin bir bölümünün alt işverene devri sebebiyle işçinin devreden işveren ve ardından asıl işveren alt işveren nezdinde geçen hizmetlerinin kıdem tazminatı bakımından birleştirileceği açıktır.

Alt işveren işçisinin, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılmasının ardından asıl işverene ait işyerinde ara vermeksizin çalışmaya devam etmesi ve ilerde kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda, önceki alt işveren kendi çalıştırdığı süre ve son üç-

bir bildirimde bulunmaksızın işyerinden ayrılması ve yeni alt işverenin ise işçileri işe başlatmaması ihtimalinde, yine iş sözleşmelerinin süresi sona eren alt işveren tarafından feshedilmiş sayılması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira, süresi sona eren alt işverenin işçilerini beraberinde başka bir işyerine götürmesi ya da iş sözleşmelerini feshetmesi olağan yoldur. Bunun aksine işçilerin ortada bırakılması ve yeni alt işverenin de işçileri işe başlatmamış oluşu, her iki alt işveren arasında işyeri devri konusunda örtülü anlaşma olmadığına bizi yakınlıktır. Bu olasılıkta da işyerinden ayrılan alt işveren tarafından kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü doğar ve asıl işveren de ödenmeyen bu tazminattan müştereken müteselsilen sorumludur.

Kıdem tazminatı işçinin işyerindeki kıdemine bağlı olarak hesaplandığından, alt işverenler arasında işyeri devrinin mi olduğu, yoksa işçinin yeni

## Kıdem tazminatını tüm süreye göre ödemek zorunda kalan alt işverenin önceki alt işverenlere rücu hakkı vardır.

retle sınırlı olarak asıl işverenle müştereken müteselsilen sorumlu olmalı, asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona erdiği dönem sonrasında geçen hizmetler bakımından ise işveren (önceki asıl işveren) tek başına sorumlu tutulmalıdır. Açıklanan durumda kıdem tazminatının işçinin tüm hizmet süresine göre hesaplanacağı kuşkusuzdur.

Asıl işverenin sorumluluğu, işin alt işverene verildiği tarihten başlar. Başka bir anlatımla asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasından önce işçinin alt işverenin diğer işyerlerinde çalıştığı süreler bakımından asıl işverenin sorumluluğu olmaz. Yüksek mahkeme de asıl işverenin alt işveren işçisine karşı, her iki işveren arasında bağlantı bulunmayan önceki süreye ilişkin olarak sorumlu tutulmayacağını karar altına almıştır<sup>35</sup>. Şu hale göre işçinin asıl işveren alt işveren ilişkisi öncesinde alt işverene ait işyeri ya da işyerlerinde önceye ait çalışmaları alt işveren bakımından kıdem tazminatı hesabı noktasında dikkate alınmakla birlikte, asıl işveren için sorumluluk sadece kendi dönemi ile sınırlı olacaktır.

Alt işverenin ihale bitiminde işçilere herhangi

alt işveren yanındaki çalışmasının bağımsız bir iş ilişkisine mi dayandığının tespiti önemlidir. Gerçekten alt işverenler arasında açık ya da örtülü işyeri devri bulunduğu işçilerin kıdemleri tüm alt işverenler nezdinde geçen çalışmalar üzerinden ve son ücrete göre hesaplanacaktır. Başka bir anlatımla işyerini devralan her bir alt işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. ve 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddeleri uyarınca önceki işverenler yanında geçen süreleri yükümlenmiş olmaktadır. O halde, kıdem tazminatına hak kazandıran feshin gerçekleştiği tarihteki alt işveren kendinden önceki alt işverenler dönemi de dahil olmak üzere tüm süreye göre hesaplanacak olan kıdem tazminatından asıl işverenle birlikte sorumludur. Devreden her bir alt işverenin işçiye karşı sorumluluğu ise 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi uyarınca devir tarihindeki ücret ve kendi çalıştırdığı süreyle sınırlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde devreden işveren için 2 yıllık bir süre öngörülmüşse de, kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinde bu yönde bir sınırlamaya yer verilmediğinden salt kıdem tazminatı açısından



devreden alt işverenin sorumluluğunun belli bir süre ile sınırlanmadığı görüşündeyiz. Böyle olunca işçinin kıdem tazminatı istekli olarak açabileceği davada son alt işveren ve asıl işveren yanında önceki alt işverenlerin de hasım gösterilmesi olanaklıdır.

Kıdem tazminatını tüm süreye göre ödemek zorunda kalan alt işverenin önceki alt işverenlere rücu hakkı vardır. Aynı şekilde yasadan doğan sorumluluğu sebebiyle ödeme yapan asıl işverenin, son alt işveren ve öncekilere rücu edebileceği açıktır.

Alt işverenler arasında açık biçimde işyeri devri gerçekleştiği halde, devir anında devreden işverenin kendi dönemini tasfiye için kıdem tazminatı ödemesinin hukuki sonuçları üzerinde durmak gerekir. Kıdem tazminatı feshe bağlı bir hak olunca feshin gerçekleşmediği bir dönemde yapılan ödeme, ancak kıdem tazminatı avansı olarak işlem görür. Ancak işçinin iş sözleşmesinin feshi üzerine alt işverence yapılan ödeme ile önceki dönem tasfiye edilmiş sayılır. Yapılan ödemenin eksik olması sonuca etkili değildir. İşçinin fesih tarihine göre ve zamanaşımı defiiyle sınırlı olarak bu farkını her zaman talep etmesi mümkündür. İşçinin sonraki alt işveren yanında çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğinde olup, kıdem tazminatı hesabında sadece bu yeni dönem gözetilecektir. Bu ihtimalde hizmetlerin kıdem tazminatının hesabı noktasında birleştirilmesinden söz edilemeyecektir.

Alt işverenler sürekli değiştiği halde işçilerin aynı şekilde işyerine çalışmaya devam etmeleri, uygulamada asıl işveren ile alt işverenler arasında ilişkinin muvazaaya dayandığı iddialarına konu olmuş, Yargıtay tarafından bu olgu ve başkaca kriterler birlikte değerlendirilerek, işçilerin asıl işverenin gerçek işçisi oldukları sonucuna varılmıştır<sup>36</sup>. Ancak muvazaa noktasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde ayrıntılı düzenlemelere gidilmiş olup, bugün için alt işverenlerin değişmesine rağmen işçilerin aralıksız çalışmaya devam etmelerinin doğrudan muvazaayı göstermeyeceği düşünce-sindeyiz. Gerçekten, alt işverenlerin ihale süresi bitiminde işyerinden ayrılmaları ve işçilerin yeni alt işveren yanında çalışmalarının, alt işverenler arasında işyeri devri niteliğinde olduğu yukarıda açıklanmıştı. Ancak, süresi sona eren alt işveren ya da işçi tarafından iş sözleşmesinin feshinin ardından

işçinin yeni alt işveren yanında çalışması yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu halde kıdem tazminatı bakımından her bir alt işverende geçen hizmetlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi yerinde olur. Zira süresi sona eren alt işveren tarafından işçilerin iş sözleşmeleri feshedildiğinde işyeri devrinden söz edilemeyecektir. İşçilerin bir süre sonra yeni alt işveren yanında işe girmiş olmaları da bu sonucu değiştirmez. Aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde çalışmadan da söz edilemeyeceğinden, kıdem tazminatı bakımından her bir alt işverende ayrı birer hizmet akdine tabi sürelerin birleştirilmesine olanak yoktur.

Yine, değişen alt işverenler tarafından işin bitiminde sözleşmenin feshine bağlı olarak kıdem tazminatı ödenmesi ve işçinin daha sonra asıl işveren işçisi olarak çalışmaya başlaması halinde de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında bir işyeri devri ya da 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi anlamında bir hizmet birleştirmesinden söz edilemeyeceğinden alt işverende geçen süre ile asıl işveren nezdindeki çalışmaların birleştirilmesi doğru olmaz. Ancak Yargıtay 2008 yılında vermiş olduğu bir kararında, alt işverenler nezdinde geçen ve daha sonra asıl işverene bağlı olarak gerçekleşen hizmetlerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilmesi ve alt işverenlerce ödenen kıdem tazminatı adı altındaki ödemeleri avans niteliğinde sayılması gerektiğini kabul etmiştir<sup>37</sup>.

Hizmet akdi devrinde, devirden önceki süre de, kıdeme hak kazanma için gereken en az bir yıllık süre hesabında dikkate alınır. Aynı şekilde kıdem tazminatı hesabı devralana ve devreden işveren yanında geçen toplam hizmet süresine göre belirlenir. Yargıtay kararı da bu yöndedir<sup>38</sup>. Bununla birlikte bir Yargıtay kararında hizmet akdini devreden işverenin devirden sonraki çalışmalar sebebiyle kıdem tazminatından sorumlu olmadığı kabul edilmiştir<sup>39</sup>.

Aynı işverene ait değişik işyerlerinde aynı anda farklı iş sözleşmeleri ile kısmi süreli çalışma biçiminde bir ilişki, üzerinde durmaya değer bir konudur. Aynı işverenin ayrı yerlerde kurulu iki farklı işyerinde aynı işçinin ayrı ayrı kısmi süreli iş sözleşmeleri ile ve aynı anda işyeri hekimi olarak çalıştırıldığı bir örnek üzerinde durulabilir. Gerçekten taraflar, farklı işyerinde çalışan işçi sayısına göre haftanın iki günü A işyerinde haftanın üç gü-

nü de B işyerinde görev yapmak üzere işyeri hekimliği sözleşmesi imzalamış olabilirler. Her iki sözleşmenin kısmi süreli olarak ve farklı tarihlerde başlaması ve sona ermesi hallerinde hizmetlerin birleşip birleştirilmeyeceği kıdem tazminatı bakımından bir tereddüdü gerektirebilir. Aynı işverenin A işyerinde 1.1.2006 tarihinde, B işyerinde ise 1.1.2007 tarihinde çalışmaya başlayan ve daha sonra her iki işyerinde devam eden kısmi çalışmaların 1.6.2007 tarihinde işveren feshi ile sonlandığı bir örnekte, en az bir yıllık çalışma şartı A işyeri bakımından doğmuş, ancak B işyeri yönünden oluşmamıştır. Buna rağmen süreler birleştirildiğinde, süre yönünden kıdem tazminatına hak kazanma noktasında bir sorun yaşanmayacaktır. Aynı işverene ait hizmetlerin birleştirilmesi gerektiği kabul edildiği takdirde bu konu kıdem tazminatı tavanını da etkileyecek ve işçinin her iki kısmi süreli iş sözleşmesinde öngörülen hakları toplamına göre tavan belirlenecektir. Daha da zor olanı, aynı işverenin farklı işyerlerinde devam eden kısmi süreli iş sözleşmelerinin farklı tarihlerde sona ermesi halinde kendisini gösterir. İşçinin A işyerinde çalışmak üzere yaptığı sözleşmenin işçi sayısının ellinin altına inmesi sebebiyle sona erdirildiği ve aynı işverenin B işyerinde çalışmasının devam ettiği bir ihtimalde işçinin sona eren sözleşme sebebiyle kıdem tazminatı talep edip edemeyeceği sorunu da, yukarıda sözü edilen çözümlerle doğrudan ilgilidir. İşçinin aynı işverenle olan kısmi süreli iş ilişkisi en azından bir işyeri bakımından devam ettiğine göre kıdem tazminatı talep hakkının doğmadığı söylenebilecek midir? Düşüncemize göre örnekte işçinin aynı işverene ait olan A ve B işyerlerinde kısmi süreli iş ilişkisi kapsamında geçen hizmetleri birbirinden bağımsızdır. Bu hizmetlerin, kıdeme hak kazanma bakımından en az bir yıllık çalışma süresi, kıdem hesabı, özellikle tavan uygulaması ve fesih biçimleri yönlerinden birleştirilmeyeceği düşüncesindeyiz<sup>40</sup>.

### b) Aralıklı Çalışmada Süre Şartı

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasılalı

çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirilmesi için gerekli bir koşuldur. Örneğin bir süre çalıştıktan sonra istifa etmek suretiyle ayrılan işçinin sonraki çalışmalarına istifa öncesi hizmetleri eklenemez.

İşçinin aynı işverene tabi olarak fasılalı çalışmalarının birleştirilmesi için her bir çalışma süresinin bir yılı aşmış olması gerekli değildir. Örneğin işyerinde 6 ay, 5 ay ve 1 ay çalışmış olan işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Yargıtay da, emeklilik sebebiyle iş sözleşmesi sona eren işçinin kamu kurumlarında geçen hizmetlerinin 1 yıldan az olup olmadığına bakılmaksızın birleştirilebileceğini kabul etmiştir<sup>41</sup>.

İşçinin aynı işverene tabi olarak fasılalı çalışması bazen ikiden fazla sayıda da olabilir. Bu durumda sadece fesih şekline göre kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sonlanan çalışmaların değerlendirilmesi gerekir. İşçinin fasılalı olarak ilk iki dönem çalışmasının kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sonlandığı, ancak üçüncü dönem sonra istifa ettiği, son olarak dördüncü dönem kıdem tazminatı talep hakkının doğduğu bir örnekte, ilk iki dönem ile son dönem çalışmaları birlikte değerlendirilerek kıdem tazminatı hesaplanacaktır. İşçinin üçüncü dönem sonunda istifa etmiş olması, önceki iki dönem sebebiyle kıdem tazminatı talep hakkını ortadan kaldırmaz.

Yargıtay, işçinin fasılalı çalışmalarının toplanarak son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesabının yapılması gerektiğini kabul etmiş ve her bir çalışma dönemine göre kıdem tazminatı hesabının hatalı olduğuna dair karar vermiştir<sup>42</sup>. Hemen belirtelim ki, kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edilen dönemlerin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Yargıtay bir kararında bu hususu vurgulamıştır<sup>43</sup>. Bize göre kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edilen dönem, işçinin sonraki çalışmalarında kıdeme hak kazanma için aranan en az bir yıllık çalışma koşulu yönünden de değerlendirilmeyecektir. Başka bir anlatımla, kıdem tazminatı ödenerek bir dönemin tasfiyesinin ardından işçinin aynı işverene ait işyerinde çalışmaya başlaması durumunda yeniden kıdem hakkını kazanabilmesi için en az bir yıl çalışmış olması gerekir.

Fasılalı çalışmaların birleştirilmesi ile ilgili olarak bir başka sorun da, işçinin önceki dönem ça-

İşmaları sebebiyle zamanaşımı definin ileri sürülmesi ihtimalidir. Gerçekten işçi, ilk dönem fesihler sebebiyle kıdem tazminatı talep edebilecekken zamanaşımı süresi olan 10 yıl süreyle bu yola gitmemiş ve belirtilen sürenin ardından yeniden aynı işveren tabi olarak çalışmaya başlamışsa, ileri sürülen zamanaşımı defi birleştirmeye engel oluşturur. Yargıtay'ın bir kararında, 10 yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği ve zamanaşımı definin ileri sürüldüğü durumda önceki dönem hizmetinin birleştirilmeyeceği kabul edilmiştir<sup>44</sup>. Düşüncemize göre burada işçinin aynı işverene ait işyerinde ikinci dönem çalışması 10 yıllık zamanaşımı süresi dolmadan gerçekleşmişse, zamanaşımı define rağmen hizmet birleştirilmesi asıldır. Zira 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi buna imkân sağlamıştır. İşçi zamanaşımı süresi dolmadan yeniden çalışmaya başladığına göre anılan hükümden yararlanması gerekir. Ancak, ara verme 10 yılı aşarsa ve usulüne uygun bir zamanaşımı defi ileri sürülürse, kıdem tazminatı yönünden hizmet birleştirilmesine gidilemez.

İşyerinde fasıllı çalışan ve her defasında kıdem tazminatına hak kazanan işçinin birleştirme yerine dönemler itibariyle ayrı ayrı kıdem tazminatı istemesinin mümkün olup olmadığı hususu da tartışmaya değer bir konudur. 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesinde yer alan düzenleme, işçilerin haklarını korumaya yönelik bir hükümdür. Buna rağmen işçinin her bir dönem için hak kazandığı kıdem tazminatını ayrı ayrı istemesi mümkün görülmelidir. Bunun işçi yönünden bir avantajı, kıdem tazminatı faizlerinin her bir fesih tarihinden itibaren işlenmesidir. Yine işçinin önceki dönem çalışmalarında fesih tarihlerindeki ücretlerin daha yüksek olması ihtimalinde ayrı ayrı kıdem tazminatı talebi işçi lehine bir durumdur. Yargıtay da bir kararında, işçinin emekliliğe kadar olan hizmetleri için ayrı bir kıdem tazminatı ve sonrası için ayrıca talepte bulunmasının mümkün olduğu sonucuna varmıştır<sup>45</sup>. Ancak birden fazla dava açarak her bir dönem için kıdem tazminatı talep edilmesinin salt daha fazla avukatlık ücretine hak kazanma amacını taşıdığı anlaşılırsa, vekâlet ilişkinin kötüye kullanılması gibi bir durum ortaya çıkabilir. Bu ihtimalde de hakkın kötüye kullanımına dair davalar sebebiyle vekâlet ücretinin reddi şeklinde bir sonuca gidilebilir.

Aynı işverene ait işyerinde aralıklarla çalışan işçinin bazı dönem çalışmalarının fesih şekli itibariyle kıdem tazminatına hak kazanmaksızın gerçekleşmesi olasıdır. Örneğin işyerinde üç dönem halinde çalışan bir işçinin ilk olarak muvazzaf askerlik sebebiyle ayrılması, ikinci dönem çalışmasının istifa ile sonlanması ve son dönem çalışmasının emeklilik suretiyle gerçekleşmesi halinde kıdem tazminatı hesabında birinci ve üçüncü dönem çalışmalarının birleştirilmesi gerekecektir.

İşçinin bir kamu kurumundan istifa ederek ayrılması ve diğer kamu kurumunda göreve başlaması durumunda kıdem tazminatı hesabı yönünden hizmetlerin birleştirilip birleştirilmeyeceği, üzerinde durulması gereken bir konudur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, farklı kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi için 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin 4. fıkrasına göre son kamu kurumundan yaşlılık, malullük ve toptan ödemeye hak kazanma yoluyla ayrılmış olması gerekir. Bundan başka, önceki kamu kurum ve kuruluşlarında işçilikte geçen süre, fesih şekli itibariyle kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sonlanmalıdır. İstifa halinde kıdem tazminatı hakkı doğmadığından, istifa ile sonlanan iş akdi için hizmet birleştirilmesinden söz edilemeyecektir. Yargıtay bir kamu kuruluşundan istifa ederek başka bir kamu kuruluşunda aynı gün işe başlayan işçi bakımından dahi hizmetlerin birleştirilemeyeceğini kabul etmiştir<sup>46</sup>.

Fasıllı çalışma kavramı ile bağlantılı konulardan biri de, kamu kurum ve kuruluşlarından emeklilik sebebiyle ayrılan işçinin borçlanmış olduğu askerlik süresinin kıdem süresine eklenmesi halidir. Esasen askerlik borçlanmasına esas olan hizmetler sebebiyle kıdem tazminatı ödenmesini öngören bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak askerlik hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu tartışmasızdır. İşçinin sigorta primi ödemek suretiyle bu süreyi sosyal sigortalar kurumunda geçen hizmet süresine eklemesi olanaklıdır. Aynı işçinin kamu kurum ve kuruluşlarında görev yaparken yaşlılık aylığı tahsisi sebebiyle işyerinde ayrılması halinde kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi gerektiği açıktır<sup>47</sup>. O halde borçlanılan askerlik süresi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Borçlanılan askerlik süresi diğer koşullarının oluşması durumunda en az bir yıllık

kıdem koşulunda da değerlendirilmelidir. Örneğin işçinin borçlanmış olduğu 12 aylık askerlik süresi sebebiyle bir gün çalışmış olduğu kamu kurum ve kuruluşu işyerinden emeklilik sebebiyle ayrılması halinde kıdem tazminatı talep hakkının doğduğu düşüncesindeyiz. Zira kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap için iki ayrı süreye itibar edilmesi mümkün değildir.

Yargıtay uygulaması, kamu kurum ve kuruluşlarından emeklilik sebebiyle ayrılan işçi yönünden borçlanılan askerlik süresi için kıdem tazminatı hesaplanacağı noktasında istikrar kazanmıştır<sup>48</sup>.

Bu noktada işçinin ölümü ile iş ilişkisinin sona ermesinde farklı kamu kurumlarında geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabında birleştirilip birleştirilemeyeceği önem kazanmaktadır. İşçinin ölümü ile Sosyal Sigortalar Kurumu'na başvuru imkânı ortadan kalkmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kanunî mirasçılara ödenmesi gereken kıdem tazminatı hesabında işçinin farklı kamu kurumunda geçirdiği sürelerin toplanacağına dair karar vermiştir<sup>49</sup>.

Emeklilik suretiyle gerçekleşen feshin kıdem tazminatı açısından ayrı bir önemi vardır. İşçinin yaşlılık aylığı tahsisi için başvurmasının ardından işyerinden ayrılması durumunda iş ilişkisi emeklilik suretiyle sona ermiş olmaktadır. İşçinin yaşlılık aylığı tahsis yazısını işverene bildirmesi ile kıdem hakkı da doğar. Ancak işçinin kıdem tazminatının ödenmiş olması halinde "aynı dönem için birden fazla kıdem tazminatı ödenemez" kuralı uyarınca işçinin bir süre sonra aynı işyerindeki çalışmaları kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap noktasında birleştirmeye tabi tutulmayacaktır<sup>50</sup>. Daha doğru bir ifadeyle işçinin emeklilik sonrası çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğinde olup, en az bir yıl çalışmayan işçi kıdeme hak kazanamaz. Yargıtay da çok sayıda kararında, emeklilik öncesi dönemin tasfiye edilmiş olması halinde, sonraki hizmetlerin ayrıca değerlendirileceğini kabul etmiştir<sup>51</sup>.

Bu noktada emeklilik suretiyle feshin ardından işçiye kıdem tazminatı ödenmemiş olması ihtimaline göre de bir çözüme varılması gerekecektir. İşçinin emeklilik sonrası ikinci dönem çalışmaları bakımından da kıdem tazminatına hak kazandığı bir ihtimalde, her iki hizmetin kıdem tazminatı hesabı yönünden birleştirilmesi gerektiği 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesinin amir hükmüdür. Buradan çı-

kan sonuç, kıdeme hak kazanma noktasında da emeklilik öncesi ve sonrası hizmetlerin birleştirileceği şeklinde olmalıdır. Düşüncemize göre kıdem tazminatının emeklilik sebebiyle kısmen ödenmesi ihtimalinde, emeklilik sonrası ikinci dönem çalışmaları ayrıca değerlendirilmelidir. Zira işçiye kıdem tazminatı olarak bir miktar ödenmiş olmakla, bakiye hakkını icra takibi veya dava yoluyla talep etmesi ve emeklilik sebebiyle gerçekleşen feshe göre faize hak kazanması olanaklıdır. Her iki hizmet döneminin birleştirilmesi gerektiği kabul edildiğinde işçiye tüm süre ve son ücrete göre kıdem tazminatı ödenmesi gibi bir sonuç ortaya çıkar ki, emeklilik sebebiyle daha önce kısmen ödenen kıdem tazminatı bir sorun oluşturur. Ödenen kıdem tazminatının yok sayılması olanaklı olmadığı gibi, yasal faiziyle birlikte mahsubu da doğru olmaz. Zira emeklilik sebebiyle ödenen kıdem tazminatı, işçiye ileride daha az kıdem tazminatı ödeme gibi bir amaca dayalı olarak verilmiş değildir.

İşçinin emekli olmasından sonra yeniden çalışmaya başlaması bu ikinci dönemin kıdem tazminatına hak kazanmayacak şekilde son bulması şeklindeki bir ihtimalin de çözümlenmesi yapılmalıdır. Bu durumda işçinin emeklilik sebebiyle ve çalışmalarının en az bir yılı aşmış olması halinde kıdem tazminatına hak kazandığı açıktır. Ancak, fesih nedenine göre emeklilik sonrasında geçen çalışması için kıdem tazminatı hakkı doğmamışsa, bu ihtimalde 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesinin birleştirmeye ilişkin koşulları oluşmuş sayılmaz. Zira anılan hüküm, kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sonlanan birden fazla çalışma halinde birleştirmeye imkân tanımaktadır. İşçinin son dönem için gerçekleşen fesih nedenine göre kıdem tazminatı talep etmesi mümkün olmadığından her iki dönemin birleştirilmesi söz konusu olmayacaktır. Buna karşın, daha önce gerçekleşen emeklilik sebebiyle feshe bağlı olarak kıdem tazminatı hakkı doğacaktır.

Kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasanın 14. maddesine 4447 sayılı Yasa ile eklenen 5. bentte, yaşlılık aylığı almaya dair kriterleri yaş haric iktisap etmiş olan işçinin kıdem tazminatı olarak işyerinden ayrılması düzenlenmiştir. İşçinin anılan hükme uygun olarak ayrılması halinde askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına esas olan süreye eklenip eklenemeyeceği çözüm bekleyen sorunlar arasındadır. Gerçekten yasada askerlik

borçlanmasının kıdem süresine eklenmesi gerektiği yönünde bir kural yer almadığı halde, kamu hizmetlerinin birleştirilmesini öngören 1475 sayılı Yasanın 14/4. maddesinde işçinin yaşlılık malullük aylığı ile toptan ödemeye hak kazanmasından söz edilmiştir. Yargıtay, kamu kurumundan emeklilik suretiyle ayrılan işçinin bir başka kamu hizmeti olan askerlik süresini borçlanmış olmasına bağlı olarak hizmet birleştirmesini kabul etmektedir. Buna göre 14. maddenin 5. bendi uyarınca ayrılan işçi yaşlılık aylığına hak kazanmadığı halde kıdem tazminatı alabilmektedir. Bu durumda bize göre anılan 5. bent uygulamasında askerlik borçlanması sebebiyle kıdem tazminatı ödenmesi gerekmez. Başka bir anlatımla borçlanılan askerlik süresi için kıdem tazminatı hesabı yapılmamalıdır. Aynı işçinin bahsi geçen 5. bent uyarınca ayrılmasının ardından bir süre sonra anayasal temeli olan çalışma hakkını kullanarak başka bir işe girmesi olasıdır. Bu durumda işçinin yaşlılık aylığına hak kazandığı için yeniden iş sözleşmesini feshettiği bir ihtimalde borçlanılan askerlik süresi kıdeme eklenecektir. Aksi halde askerlik borçlanması süresinin ilki, 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin 5. bendi ve ardından 14/4. maddelerine göre emeklilik suretiyle fesihlerde iki kez dikkate alınması gibi bir durum ortaya çıkabilecektir. Gerçekten işçinin sözü edilen 5. bent hükmüne göre fesih bildirimde bulunduğu işveren ile daha sonra çalışmalarının geçtiği ve emeklilik suretiyle işyerinden ayrıldığı işverenin birbirlerinden haberdar olmamaları ve askerlik borçlanması sebebiyle kıdem tazminatı ödenip ödenmediğini belirleyememeleri ihtimal dahilindedir. Bu durumda askerlik borçlanması sebebiyle hizmet birleştirmesinin, kamu kurumundan yaşlılık veya malullük aylığı ile toptan ödeme almaya hak kazanan işçilerle sınırlı olduğu söylenmelidir. Yargıtay'ın bir kararında, 1475 sayılı Yasanın 5. bendine dayanan fesih halinde, askerlik borçlanmasının fesih bildiriminden sonra yapılmış olması sebebiyle borçlanılan askerlik süresinin prim ödeme gün sayısında dikkate alınamayacağı sorununa varılmıştır<sup>32</sup>. O halde Yargıtay'ın işçinin askerlik borçlanmasını çalışırken yapmış olması durumunda borçlanılan sürenin, prim ödeme gün sayısı yönünden hizmet süresine ekleneceği sonucuna vardığı söylenebilir. Bize göre de, borçlanılan askerlik süresi bahsi geçen 5. bentte sözü edilen prim ödeme

gün sayıları bakımından hatta sigortalılık başlangıcı itibariyle işçinin hizmetlerine eklenecektir. Ancak bu, sosyal güvenlik haklarını belirlemek, başka bir anlatımla bahsi geçen 5. bent hükümlerinden yararlanma noktasında prim ödeme gün sayısı ile sigortalılık başlangıcı bakımından sonuç doğurur. Yoksa, kıdem tazminatı hesabına bir etkisi bulunmamaktadır.

Konuyla doğrudan ilgili olmasa da, 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin 5. bendi ile ilgili olarak bir başka soruna değinmek gerekir. İşçinin anılan bent hükmü uyarınca kıdem tazminatına hak kazanmak suretiyle fesih hakkını birden fazla işverene karşı kullanması olasıdır. Örneğin A işverenine ait işyerinden yasanın aradığı anlamda yaş hariç diğer emeklilik koşullarını haiz olduğu için fesheden işçinin, daha sonra çalışmaya başladığı B işverenine karşı da aynı yasal hakkı kullanması teorik olarak mümkündür. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun işçinin yaş hariç diğer emeklilik koşullarını haiz olduğunu belirten bir yazı vermesi yükümü olsa da, işçiye kıdem tazminatı ödenip ödenmediği yönünde bir kayıt tutma mecburiyeti yoktur. Bu durumda işçinin her bir işverene karşı bahsi geçen 5. bent hükmü uyarınca fesih yoluna gitmesi, yasal bir hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılabilir. Konunun yasal düzenleme ile çözümü gerekir.

### 3- Sonuç

Kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap bakımından hizmetlerin birleştirilmesi iş hukuku uygulamasının önemli sorunları arasındadır. Bu çalışma ile olabildiğince örnekler üzerinden gidilerek, derinlemesine bir bakış sağlanmaya çalışılmıştır. Konunun öğretilde de tartışılacağı ve bazı noktalarda yasal düzenleme ihtiyacının doğabileceği düşüncesindeyiz. Son dönemlerde özellikle medyada yer alan haberlere göre, daha çok işveren kesimi tarafından Kıdem Tazminatı Fonu'nun hayata geçirilmesi gerekliliğinden sıkça söz edilmektedir. Kıdem tazminatının, 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'da farklı şekilde düzenlenmiş olması çalışanlar bakımından eşitsizlik yaratmaktadır. Kıdem Tazminatı Fonu Tasarısı Taslağının 2. maddesine göre her üç kanuna tabi çalışanlar bakımından da tek bir fon tesisi ile ortak çözüme gidilmesi bize göre de ye-



rinde olacaktır. Adı geçen taslağın 5. maddesine göre çalışanlar için fon hükümleri, fon yasasının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olacaktır. Fon hükümlerinin geçmişe yürütülemeyeceği belirtilmiş olsa da, fon yasasının yürürlüğe girmesinden önceki çalışmalar bakımından kazanılmış hakları koruyan bir düzenleme ihtiyacı açıktır. Öyle ki, çıkarılması muhtemel fon yasasının yürürlüğünden önceki aralıklı çalışmalar ile sonraki hizmetlerin birleştirilmesinin esaslarının belirlenmemesi, önemli uygulama sorunlarına neden olabilecektir. Mevcut Kıdem Tazminatı Fonu Tasarısı Taslağı ise bu yönde çözüm üretmekten uzaktır. Bu itibarla kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yöntemi açısından hizmet süresi, güncelliğini, uzun süre daha koruyacak görünümde-  
dir.

## DİPNOTLAR

- 1 Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, İzmir 1998, s. 400.
- 2 Kıdem tazminatının niteliği konusundaki görüşler için bkz. Saymen, F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 591.; Esener, Turhan: İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978, s. 244.; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, Bası 3. İstanbul 1987, s. 230.; Tunçomağ/Centel; İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, B.3. s. 218.; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri B. 17. İstanbul 2004, s. 258.; Narmanlıoğlu, Ünal: Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, Ankara 1973, s. 324 vd.; Reisoğlu, Safa; 1927 sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara 1976, s. 20 vd.; Akyığıt, Ercan: Kıdem Tazminatı, İstanbul 1999, s. 31 vd.; Günay, C. İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005 s. 2352 vd.
- 3 Günay, C. İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005 s. 2355.
- 4 Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, İzmir 1998, s. 400.
- 5 Narmanlıoğlu, Ünal: Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, Ankara 1973, s. 338.
- 6 Ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, Tankut: Kıdem Tazminatının Geleceği Üzerine Gözlemler, İNTES, Mart-Nisan 2006.
- 7 Tunçomağ, Kenan: Kıdem Tazminatı, Kıdem Tazminatı Fonu ve İşsizlik Sigortasıyla İlgili Sorunlar, Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul 1979, s. 920.
- 8 Ünsal, Engin: Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu Tasarısı Taslağı Konusunda Bazı Düşünceler, TÜHİS, Kasım 2007- Şubat 2008, Cilt 21, S. 2-3.
- 9 Bkz. OECD 2006 Türkiye Raporu.
- 10 Yargıtay 9.HD., 1.5.2006 gün 2005/32553 E., 2006/11897 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3419, 2939 nolu karar.
- 11 Bkz. Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 252 vd.
- 12 Yargıtay 9.HD., 13.1.2005 gün 2004/13000 E., 2005/994 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3492, 3035 nolu karar ve 27.3.2006 gün 2005/29328 E., 2006/7379 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3419, 2946 nolu karar.
- 13 Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, s. 429.; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 641.; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. bası İstanbul 2006, s. 581.
- 14 Yargıtay 9.HD., 22.10.2002 gün, 2002/7576 E., 2002/20030 K. ve Yargıtay HGK. 16.5.2001 gün, 2001/9-417 E., 2001/419 K. Bkz. Göktaş/Çil; Basın İş Kanunu, Ankara 2003 s. 88, 108.
- 15 Yargıtay 9.HD., 4.2.2003 gün ve 2002/10457 E., 2003/1376 K. Karar için bkz. Göktaş/Çil; Basın İş Kanunu, Ankara 2003, s. 105.
- 16 Ayrıntılı bilgi için bkz. Göktaş/Çil; Basın İş Kanunu, Ankara 2003 s. 52.
- 17 İlk derece mahkemesi meslek kıdemi 5 yılı aşmış bir gazetecinin yeniden çalışmaya başladığı işyerinde de en az bir yıl çalıştıktan sonra kıdem tazminatına hak kazanabileceğini kabul etmiş, Yargıtay 9. HD., 6.11.2007 gün ve 2007/24108 E., 2007/32633 K. sayılı kararı ile hüküm bu yönden onanmıştır.
- 18 Yargıtay 9. HD., 28.4.2005 gün, 2005/886 E., 2005/14880 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3472, 3012 nolu karar.
- 19 Yargıtay 9.HD., 3.10.2005 gün, 2005/16932 E., 2005/31926 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3448, 2984 nolu karar.
- 20 Yargıtay 9. HD., 28.4.2005 gün, 2005/886 E., 2005/14880 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3472, 3012 nolu karar.
- 21 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 626 vd.
- 22 Yargıtay 9.HD., 21.3.2008 gün, 2007/13411 E., 2008/5579 K. (ÖZEL ARŞİV)
- 23 Yargıtay 9.HD., 1.12.2005 gün, 2005/10539 E., 2005/37777 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3431, 2961 nolu karar.
- 24 Yargıtay 9.HD., 2.11.2004 gün, 2004/8774 E., 2004/24770 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3500, 3043 nolu karar.
- 25 Yargıtay 9.HD., 20.9.2004 gün, 2004/5260 E., 2004/18897 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3502, 3047 nolu karar.
- 26 Yargıtay 9.HD., 28.9.1989 gün, 1989/7021 E., 1989/7392 K.
- 27 Yargıtay 9.HD., 15.4.2008 gün, 2007/16543 E., 2008/8973 K. (ÖZEL ARŞİV)
- 28 Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. bası, Ankara 2007, s. 669 vd. 13. madde ile ilgili açıklamalar ve Yargıtay kararları.
- 29 Yargıtay HGK., 17.1.2007 gün, 2007/9-9 E., 2007/16 K. (ÖZEL ARŞİV) "Davalı üç şirket sermaye şirkettir. Ayrı hükmi şahsiyetleri ve işyerleri mevcuttur. Davalı şirketlerin aynı holding bünyesinde faaliyet göstermeleri kıdem tazminatına esas hizmet birleştirilmesi için yeterli değildir".
- 30 Yargıtay 9.HD., 26.3.1999 gün, 1999/18733 E., 1999/6672 K. Kararda, belediye işçisinin daha sonra belediyenin kurduğu şirkette çalışması ve belediye başkanının şirketin müdürü olmasına dikkat çekilmiş, farklı tüzel kişiliği haiz işverenler arasında organik bağ bulunması sebebiyle hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle kıdem tazminatının hesaplanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Karar için bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, sayfa 3650, karar no 3260.
- 31 Yargıtay 9.HD., 28.11.2005 gün, 2005/34667 E., 2005/37461 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, sayfa 1042, 903 nolu karar.
- 32 Yargıtay 9. HD., 22.10.2007 gün, 2007/5762 E., 2007/30979 K., Yargıtay 9. HD., 15.10.2007 gün, 2007/5216 E., 2007/30497 K. (ÖZEL ARŞİV)



- 33 Aynı yönde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.3.2007 gün, 2007/661 E., 2007/8598 K. "Dosya içinde bulunan Sosyal Sigortalar Kurumu belgelerine göre davacı işçi, davalı belediyede işe başlamış ve aralıklı olarak çalışmıştır. 2000 yılında bir süre davalı belediyeden temizlik işini alan alt işveren işçisi olarak görev yapmıştır. 2000 yılı sonu itibarıyla alt işverenle olan iş sözleşmesi sona ermiş ve davacı işçi bir süre sonra yine davalı belediye işçisi olarak çalışmasına başlamıştır. 2000 yılına ait asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı hususu ileri sürülmediği gibi dosya içerisinde de bu yönde bir delil bulunmamaktadır. Böyle olunca dava dışı alt işverene tabi olarak çalışılan sürelerin davalı belediyede geçmiş gibi hizmet süresinde dikkate alınması ve hesaplamaların buna göre yapılması hatalı olmuştur. Dava konusu olayda bu durum, kıdem tazminatı, izin ücreti ve ilave tediye hesaplamaları yönünden sonuca etkili görülmele, bahsi geçen işçilik hakları yönünden yeniden bir hesaplama yapılarak sonuca gidilmesi gerekir".
- 34 Yargıtay 9. HD., 11.5.2004 gün ve 2004/1127 E., 2004/11276 K. karar için Bkz. Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006 s.101, 102.
- 35 Şafak, Can: 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (alt işveren) Meselesi, www. Kristalis.org.tr/aa\_dokuman/taseron\_alt\_isveren.pdf; Yargıtay 9. HD., 22.2.2001 gün, 2000/19790 E., 2001/3150 K.
- 36 Yargıtay 9.HD., 6.11.2001 gün, 2001/14228 E., 2001/17344 K. Karar için bkz. Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 119, 120.
- 37 Yargıtay 9.HD., 5.5.2008 gün, 2007/17561 E., 2008/11242 K. (ÖZEL ARŞİV)
- 38 Yargıtay 9.HD., 10.11.2005 gün, 2005/361 E., 2005/35713 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3437, 2968 nolu karar.
- 39 Yargıtay 9.HD., 29.9.2005 gün, 2005/309 E., 2005/31664 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3449, 2985 nolu karar.
- 40 Konunun ilk kez tartışmaya açıldığı söylenmelidir. Kıdem tazminatı tavanı bakımından her iki sözleşmede öngörülen ücretin toplamı ve tavan kontrolü ile sonuca gidilmesi gerektiği görüşümüzü bu çalışma ile değiştirmiş bulunmaktayız. Bkz, Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007 s. 3143.
- 41 Yargıtay 9.HD., 13.1.2005 gün, 2004/13000 E., 2005/999 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3492, 3034 nolu karar.
- 42 Yargıtay 9.HD., 1.12.2005 gün, 2005/9264 E., 2005/37799 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3431, 2960 nolu karar.
- 43 Yargıtay 9.HD., 18.10.2005 gün, 2005/4767 E., 2005/33804 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3443, 2978 nolu karar.
- 44 Yargıtay 9.HD., 23.11.2005 gün, 2005/7271 E., 2005/37035 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3434, 2965 nolu karar.
- 45 Yargıtay 9.HD., 14.3.2006 gün, 2006/39060 E., 2006/6562 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3422, 2949 nolu karar.
- 46 Yargıtay HGK, 28.11.2007 gün, 2007/9-814 E., 2007/ 896 K. (ÖZEL ARŞİV)
- 47 1475 sayılı yasa madde 14/4.; 22.11.2005 gün, 2005/34260 E., 20057 36879 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3436, 2966 nolu karar.
- 48 Yargıtay 9.HD., 11.4.2006 gün, 2005/23005 E., 2006/9573 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3416, 2941 nolu karar.
- 49 Yargıtay 9.HD., 10.3.2000 gün, 1999/19876 E., 2000/2415 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3648, 3159 nolu karar.
- 50 1475 sayılı yasa 14/8.
- 51 Yargıtay 9. HD., 5.5.2005 gün, 2004/26607 E., 2005/15628 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 3469, 3008 nolu karar.
- 52 Yargıtay 9.HD., 25.12.2007 gün, 2007/22324 E., 2007/39155 K. özel arşiv, "... davacı işçi 1963 doğumlu olup, işyerinden ayrıldığı tarihte 60 yaşını ikmal etmiş değildir. Esasen işyerinden ayrıldığı 1.5.2006 tarihi itibarıyla 7000 gün prim ödemesi de bulunmamaktadır. Bununla birlikte davacının daha önce ikmal ettiği muvazzaf askerlik görevi sebebiyle bu süreyi her zaman borçlanabileceği, 506 sayılı yasanın 60/F maddesi hükmü gereği olsa da, bu işlemin davacı işçinin işyerinden ayrılmasından önce gerçekleştirilmesi gerekir. 1475 sayılı yasanın 14/5 bent hükmü açısından işçinin işyerinden ayrıldığı tarihteki fiili durum önemlidir. Gerçekten işçinin bu tarihte 7000 işgünü prim ödemesi mevcut olmadığından davacı işçi açısından 506 sayılı yasanın 60. maddesinin (A) bendinin (a) alt bendine yazılı olan her iki koşul da gerçekleşmemiştir".

## KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: Kıdem Tazminatı, İstanbul 1999.
- Centel, Tankut: Kıdem Tazminatının Geleceği Üzerine Gözlemler, İNTES, Mart-Nisan 2006.
- Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri B. 17., İstanbul 2004.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984.
- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. bası, Ankara 2007.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, Bası 3. İstanbul 1987.
- Esener, Turhan: İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978.
- Göktaş/Çil: Basın İş Kanunu, Ankara 2003.
- Günay, C. İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, İzmir 1998.
- Narmanlıoğlu, Ünal: Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, Ankara 1973.
- OECD 2006 Yılı Türkiye Raporu.
- Reisoğlu, Safa; 1927 sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara 1976.
- Saymen, F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. bası İstanbul 2006.
- Şafak, Can: 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (alt işveren) Meselesi, www. Kristalis.org.tr/aa\_dokuman/taseron\_alt\_isveren.pdf
- Tunçomağ, Kenan: Kıdem Tazminatı, Kıdem Tazminatı Fonu ve İşsizlik Sigortasıyla İlgili Sorunlar, Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul 1979.
- Tunçomağ/ Centel; İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, B.3.
- Ünsal, Engin: Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu Tasarısı Taslağı Konusunda Bazı Düşünceler, TÜHİS, Kasım 2007-Şubat 2008, Cilt 21.

**Bektaş KAR**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

# Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihde Yargısal Denetim

## 1. GİRİŞ:

Önce 4773 sayılı Yasa ile daha sonra da yürürlüğe giren 4857 sayılı yeni İş Kanunu ile iş hukukuna, iş sözleşmesinin feshi için gerekçe olan "haklı neden" kavramının yanında, "geçerli neden" kavramı getirilmiştir. Yasa, işverenin fesih hakkını, haklı nedenlerin olmadığı durumlarda, "geçerli bir neden oluşuncaya kadar" sınırlamaktadır.

Yasada, geçerli nedenin tanımı yapılmamıştır. Sadece geçerli nedenin hangi durumlardan kaynaklanabileceği belirtilmiştir. Buna göre geçerli nedenler işçiden ve işyerinden kaynaklanan nedenler olarak ikiye ayrılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/1 maddesinde, "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshe- den işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır."

Konumuz performans düşüklüğü ve yetersizliği nedeni ile fesih olup, bu fesih nedeni işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenler içinde yer almaktadır. İşçinin davranışlarından doğan geçerli neden kavramını; haklı neden sayılacak düzeyde ağır ve ciddi kusur içermeyen

bununla birlikte iş ilişkisinin devamını önleyecek derecede olumsuzluk yaratan kusurlu eylemlerden oluşan ve iş sözleşmesinin feshini sosyal açıdan geçerli kılan haller olarak tanımlayabiliriz. Bununla birlikte işçinin yetersizliğinden doğan geçerli neden için kusur koşulunun zorunlu olmadığını, işçi kusursuz olsa dahi "iş yapma borcunu yerine getirme yetenek ve kapasitesindeki yetersizliğin" geçerli bir fesih nedeni sayılabileceğini vurgulamak gerekir. İşçinin iş sürecinde gözlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçülen verimliliğine dayalı olarak yetersiz kaldığının belirlenmesi halinde, işçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedenlerden söz edilecektir. Ancak performans gözlemi ile verimlilik ölçümünün nasıl yapılacağı, hangi ölçütlere göre değerlendirileceği büyük önem taşımaktadır. Bu konularda özellikle işletmelerdeki insan kaynakları ve personel yönetimlerine büyük görevler düşmektedir. Çünkü şimdiye kadar "işletme içi kavramlar olan performans ve verimlilik kavramları artık işletme dışında savunulması gereken, yargılama sürecinde tartışılması gereken kavramlara dönüşmüştür.

Kanun koyucu, İş Kanunu'nun 18. maddesinde, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepleri ayrıntılı olarak kaleme almamıştır. Bu hususta yasa-

nın gerekçesi bize yol göstermektedir. Gerekçede, hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih nedenleri kabul edileceği örnek kabilinden gösterilmiştir. Bunlar ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir<sup>1</sup>. Kanunun gerekçelerinde ifade olunan yetersizlikten kaynaklanan sebepler dışında, işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması halinde de geçerli nedenle fesih uygulanabilir.

Performans düşüklüğü veya yetersizliği nedeni ile iş sözleşmesi feshedilen işçi, feshin geçersizliği ile ilgili davayı 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca iş mahkemesinde, iş mahkemesi bulunmayan yerlerde iş mahkemesi sıfatı ile asliye hukuk mahkemesinde açmalıdır. Aynı Yasanın 5. maddesi uyarınca davalının ikametgâhında veya işin yapıldığı yer iş mahkemesinde davanın açılması gerekir. Davanın, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/1 maddesi uyarınca fesih bildirimünün tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde açılması gerekir. İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi kısaca, feshin geçersizliğini isteyebilmesi için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması<sup>2</sup>, işveren vekili konumunda olmaması, işyerinde fasıllı da olsa en az 6 aylık kıdeminin bulunması ve işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalışması gerekir. Bu koşulların varlığı halinde performans düşüklüğü veya yetersizliğine dayalı işverenin fesih işleminin geçersizliği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinin 1. fıkrası uyarınca denetime tabi tutulmalıdır. Bu kapsamda fesih bildiriminde fesih sebebinin açık ve kesin olarak bildirilip bildirilmediği, işçinin fesihden önce savunmasının<sup>3</sup> alınıp alınmadığı araştırılmalı<sup>4</sup>, yazılı fesih bildirim yapılmış, fesih sebebi açık ve kesin olarak bildiril-

miş ve fesihden önce işçinin savunması alınmış ise performans düşüklüğü veya yetersizliği olup olmadığı incelemesine geçilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren, genel usul ve maddi savunma sebepleri dışında, savunma olarak fesih bildiriminde geçerli ya da haklı bir sebep gösterdiğini ve bunun kanun çerçevesinde geçerli sebep olarak kabul edildiğini ileri sürerek savunma yapabilir. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükü işverendedir. İşveren performans düşüklüğü veya yetersizliği ile ilgili delilleri somut olarak ve denetime elverişli olarak ortaya koymalı ve iş sözleşmesi feshedilecek işçinin performansının düştüğünü veya yetersiz kaldığını kanıtlamalıdır<sup>5</sup>. İspat yükü açısından, işyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır<sup>6</sup>.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur: Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür.

## II. KAVRAMLAR:

**a) Yeterlilik veya yeterli olma kavramı**, bir işi ya da görevi etkili bir şekilde yerine getirebilmek için sahip olunması gereken özellikleri ifade eder. Yeterlilik, bir görevi icra etmek ve görevin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmek için ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerileri ifade eden bir kavramdır. Bu kavram, belirli bir görevi ya da rolü kabul edilebilir bir düzeyde yerine getirmek için sahip olunması gereken bilgi ve beceriyi, kısaca donanımı vurgular. Yeterlilikler, meslekî performans göstergeleri olarak önemsenmekte ve bir iş ya da meslek alanını tam olarak tanımlamak için karşılanması gereken minimum standartlar olarak düşünülmektedir. Yeterlilik temelli pek çok yönetsel eylem, işgörenlerin performansını ar-

tırmayı amaçlar. Yeterlilikler iş görenlerin işe ilişkin özellikleri hakkında daha doğru bilgiler elde etmenin, daha doğru değerlendirmeler yapmanın, geri bildirimde bulunmanın, geliştirmenin ve ödüllendirmenin etkili bir aracı olarak düşünülmelidir<sup>7</sup>.

**b) Performans**, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. Bu ölçme kurum için yapılırsa kurumsal performans, çalışanlara yönelik yapılırsa personel performans değerlendirilmesi amacı taşır ve işletmelerin personel politikasının etkinliğini ölçmede yarar sağlar<sup>8</sup>. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu, verimlilik ise birim zamanda harcanan emeğin sonucudur. Buna göre performansı yüksek olan işçinin verimlilik düzeyinin de yüksek olması beklenir. Ancak performans düzeyi esas olarak işçiye bağlı olduğu halde verimlilik düzeyi tek başına işçinin belirlediği bir sonuç değildir. Diğer deyişle verimlilikte işverenin iş organizasyonu da işçi kadar etkilidir. İşçinin performansı yüksek olsa da eğer bu performansa uygun verimlilik sağlayacak çalışma koşulları, makine donanımı, teknoloji kullanımı, işçinin doğru işte çalıştırılması gibi faktörler olumsuz ise verimlilik düşük olacaktır. Bu nedenle performans ve verimliliğin tek başına işçiye dayalı ölçülmesi her zaman adil sonuçlar vermez.

**c) Performans Değerlendirme**, çalışanlarının bireysel başarılarını ve belirli bir zaman süresindeki davranışlarını değerlendiren ve ölçen bir süreçtir. Tanımlanan hedefin yine daha önceden tanımlanan standart kriterlere göre ölçülmesi ve ölçüm sonuçlarının belirli bir doğrultuda işlenmesidir. Kısacası bir ölçme ve değerlendirme sürecidir. Burada önemli olan neyi, niçin, nasıl ve ne zaman ölçeceğinizdir.

Performans değerlendirmenin amacı; işletmede veya işyerinde çalışanların iyiden kötüye doğru sıralanması değil; işyeri ve işletmenin hedeflerinin, çalışanlar tarafından öncelikle anlaşılma ve benimsenme derecesinin ortaya çıkarılması, amaçların herkes tarafından asgari seviyede yerine getirilmesinin temin edilmesi ve dinamik çalışma ortamının sürekli hale getirilmesidir. Bu işleri gerçekleştirir-

ken performansı geliştirmek ve beklenenleri veremeyen çalışanların gelişmeye ihtiyaç duydukları alanları ortaya çıkarmak temel hedefler arasında yer alır.

Çalışanlara verilecek eğitimin, performans değerlendirilmesinin başlangıcı yanında, performans değerlendirme sonucunda da önemli bir rolü vardır. Performans değerlendirme organizasyondaki eğitim ihtiyaçlarının tespitinde bir yoldur, eğitim ihtiyaçlarının önemli bir kısmı hakkında bilgi de verecektir. Alınan sonuçlar doğrultusunda, çalışanın eksiklikleri saptanacak, bu eksikliklerin kapatılması için eğitim verilecektir. Değerlendirme bireylerin gelişimini cesaretlendiren eğitim sürecinin düzenli bir parçası olmalıdır. Eğitim ve değerlendirmenin başarılı olabilmesi için, çalışanların performanslarını geliştirmeyi öğrenmeyi istemeleri, yöneticilerin ise çalışanlara performans seviyelerini arttırmada yardım etmeleri ve öğretmeleri gerekmektedir.

**d) Performans Yönetimi**; performans değerlendirmeyi de kapsayan daha uzun soluklu bir süreçtir. Sadece performansı ölçmek, performans yönetimi için yeterli değildir. Performans yönetimi ile gerçekleştirilen; gerek kurumsal hedeflerin gerçekleştirilmesi gerekse de çalışanların bu konudaki katkılarının net olarak belirlenerek hem bireysel hem de şirket performanslarının artırılarak planlı bir gelişim sürecinin sürekliliğinin sağlanmasıdır<sup>9</sup>. Kurumsal ve bireysel performans arasında koordinasyon sağlayan ve her iki açıdan da hedefe ulaşılmasını koordine eden bir uygulamadır. Çalışanın verimliliğini zaman/üretkenlik faktörleri ile ölçen ve değerlendiren bir disiplindir. İyi bir performans yönetimi; yönetici ile çalışanlar arasındaki iletişimin artmasına, çalışanların güçlü ve zayıf yönlerinin ortaya çıkarılmasına ve bunların düzeltilmesine, çalışanlarının daha yakından tanınmasına, onlara yetki ve sorumluluk devredilmesine olanak sağlar<sup>10</sup>.

**e) Performans Değerlendirme Sistemi**; performans değerlendirme sistemleri bireysel performans ölçmeye yönelik olarak kurgulanırlar. Amaç, kurumsal performans içinde bireysel performans ölçmektir. Bu nedenle, bireysel performansın ölçümü ile ilgili olarak belirlenecek kriterler, bireyin kişisel performansı ile ilgili olduğu kadar şirkete olan katkısını da içermelidir. Performans değerlen-



dirme sistemlerinin başarısı; yönetim ve çalışanların kabullenme ve katkısı ile doğru orantılıdır. Tüm çalışanlar ile birlikte şirket yönetimi tarafından da benimsenerek uygulanmakta olan sistemlerin daha başarılı oldukları unutulmamalıdır<sup>11</sup>. Performansa dayalı üretim yapan veya hizmet veren işletmeler, mutlaka önceden Performans Değerlendirme Sistemi oluşturmalarıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

**f) İş Analizi, İş ve Görev Tanımı;** performansa dayalı mal ve hizmet üretimi yapılan işletmelerde veya işyerlerinde, sistemin oluşturulması için, mutlaka iş analizi, iş ve görev tanımlarının yapılması gerekir.

*İş analizi*, yapılacak işin en önemli yönlerini ortaya çıkarma, o işi tanımlama ve çözümleme sürecidir. İş analizi faaliyetleri işletmelerdeki, işlerin içerdiği görev, sorumluluk ve çalışma koşullarını belirlemeye yönelik bir etkinliktir. Bu süreçte ayrıca işleri yapacak olan kişilerde bulunması gereken bilgi, beceri ve yetenekler de belirlenmeye çalışılır. İş analizi sürecinde mal veya hizmet üretimi ile ilgili işlere ilişkin veriler çeşitli yöntemlerle sağlanır. Bu veriler genel olarak işlerin içerdiği görevlerin nasıl yapıldığını, kullanılan araç, gereç, malzeme ve teçhizatı, çalışma koşullarının özelliklerini ve yapılması gereken işlerin diğer yardımcı işlerle olan ilişkilerini kapsar. İşletme veya işyerindeki mal ve hizmetle ilgili işlere eleman seçmek ve istihdam etmek, onları gerektiği gibi eğitmek, ücretlerini belirlemek, performanslarını değerlendirmek için yöneticinin, her işin gereklerini ve bu işlerin iyi yapılıp yapılmadığı konusunda karar verirken kullanılacak ölçütleri bilmesi gerekir. Mal veya hizmet üretimine yönelik işin yerine getirilmesinin neleri gerektirdiği bilinmezse, elemanın kapasite ve ilgilerinin o işe uygun olup olmadığı yeterince anlaşılmaz.

*İş tanımı*, iş analizi tamamlandıktan sonra toplanan verilerin sistematik hale getirilmesi sonucu, her işin kapsamına giren eylem ve işlemler, sorumluluk ve ödevler ile çalışma koşullarının özet bir şekilde belgelenmesidir. İş tanımında, çalışanın sorumlulukları açık-seçik ve anlaşılır bir biçimde ifade edilmelidir. Sorumlulukların iyi ifade edilmesi hem performansı geliştirir, hem de iş tatminini artırır.

*Görev tanımı*, çalışanın sorumluluğundaki işlerin neler olduğunu, bu işleri nasıl ve hangi koşullar altında gerçekleştirdiğini ve yapılış amacını ifade eden yazılı ifade olarak değerlendirilebilir. Görev tanımı kapsamında çalışanın unvanı, gerçekleştireceği görevleri, görevinin ayırt edici özellikleri, çevresel koşullar ve yetki ve sorumlulukları açıkça belirtilmelidir. İşletme veya işyerini işçi seçilmesinde, yerleştirilmesinde ve performansının değerlendirilmesinde, görev tanımı önemlidir. Yapılacak iş analizleri doğrultusunda, çalışanın görev tanımı açık, anlaşılabilir ve yazılı bir şekilde hazırlanmalı ve çalışana işe başladığı gün, iş sözleşmesi ile birlikte imza karşılığı verilmelidir.

### III. PERFORMANS

#### STANDARTLARI (KRİTERLERİ):

Performans Değerlendirme Sistemi oluşturulurken, performans standartları, başka bir anlatımla performans ölçümü için belirlenecek kriterlerin bazı özelliklere sahip olması gerekir. Çalışanların performansının değerlendirilmesi ve ölçülmesi işlerinin mutlaka bilimsel bazı kriterler ve ilkeler çerçevesinde yapılması gerekir.

#### 1. En temel önemli kriterler:

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi birçok kararında bu kriterlerden önemli olanlarına vurgu yapmıştır<sup>12</sup>. Performansa dayalı fesihlerde, geçerli nedenin gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden Yargıtay kararları kapsamında en önemli kriterler şunlardır.

##### a. Yazılı ve tebliğ edilmiş olma (Tam Bilgilendirme)

Çalışanın tabi tutulacağı performans kriterleri, çalışandan istenen hedef ve standartlar önceden belirlenmeli, yazılı hale getirilmeli ve çalışana işe başladığında tebliğ edilmelidir. Performans kriterleri, açık ve herkes tarafından kolay ve net bir şekilde anlaşılmalı ve çalışanlar tarafından önceden bilinmelidir. Hedeflere ve standartlara uygun bir performansın vereceği sonuçlar kesin bir dille belirtilmelidir. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır.



**b. Objektif ve ölçülebilir olma**

Öncelikle kriterler objektif ve ölçülebilir olmalıdır. Çalışan hakkında subjektif değerlendirmelere mümkün olduğu ölçüde yer verilmemesinde yarar vardır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performansın tüm çalışanlar için objektif olarak tespit edilmesi; adil, eşit ve eş zamanlı değerlendirilmesi gerekir. Performans değerlendirme kriterleri tespit edilirken çalışma sonuçlarının ölçülmesine özen gösterilmelidir. Ölçmeye elverişli olmayan hedef ve standartlar öngörülen sonuçların elde edilip edilmediğini saptamaya olanak vermediği için yararsız olacaktırlar. Performans değerlendirmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Performans değerlendirme ve ölçme formlarında eğer bir puanlama yer alıyorsa bu puanların dağılımında da yine objektiflik esas alınmalıdır.

**c. Yetki ve görev tanımı ile uyumlu olma**

Kriterler yapılan işle ilgili olmalıdır. Performans standartları işyerine özgü olmalıdır. Hedef ve standartlar, çalışanların kendi görev tanımları içinde ve yetkileri dahilinde ulaşabilecekleri şekilde saptanmalıdır. Performansta başarıları elde edebilmek için çalışanın, hangi yetkinliklere sahip olması gerektiği belirlenmelidir. Çalışanlara, ulaşmak için yapılması gerekenleri kontrol etme yetkisinde ve görev tanımı içinde olmadıkları hedef ve standartlar vermenin hiçbir yararı yoktur. Çalışanın görev tanımı içinde kalmayan ve kendisinden kaynaklanmayan, özellikle dış etkenlere bağlı kriterler dikkate alınmamalıdır. Bu konuda Yargıtay özellikle tıbbi tanıtım temsilcilerinin, dış etkenlere bağlı satış değerlerinden sorumlu tutulamayacaklarına birçok kararında yer vermiştir<sup>13</sup>. Zira ilaç tanıtımı yapan temsilcisinin performansını belirleyen satış değerleri, doktorun yazması, hastane ve eczanenin talep etmesine bağlı tutulmaktadır. Burada satış değerlerini, temsilci dışındaki etkenler belirlemektedir<sup>14</sup>.

**d. Zamanı belli olma**

Bir hedefe ve standarda ne zaman ulaşılabileceğinin belirtilmesi gerekir. Tarihi belli olmayan hedef ve standartlar (zaten ulaşılmış sonuçların sürdürülmesiyle ilgili olmaları durumu dışında) genellikle istenen performansın elde edilmesini sağlamazlar. Verilen zamanın sonunda değerlendirme, tüm çalışanlar için eş zamanlı olarak yapılmalıdır. Süre beklenmeden veya sadece bazı kişiler için yapılan değerlendirmeler sonucu, gerçekleştirilecek bir fesih işlemi geçerli kabul edilemeyecektir<sup>15</sup>. Genel anlamda 3 aylık, 6 aylık ve 1 yıllık dönemlerde uygulanan performans değerlendirme süreçleri bulunmaktadır. Değerlendirme dönemleri belirlenirken, işletmenin veya işyerinin doğal ritmi (bütçeleme dönemleri, mali yılı vb.) ve yapılan işin niteliği dikkate alınır. Yapılan işe bağlı olarak, o işi yapan kişinin performansını değerlendirmek için ihtiyaç duyulan süre farklılaşabilir. Örneğin günlük üretim yapılan işletmede veya işyerinde çalışanların günlük performansı üretime bağlı olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla insan kaynakları departmanları, bu faktörleri dikkate alarak değerlendirme dönemlerini belirlemelidir.

**e. Ulaşılabilir olma**

Hedef ve standartlar çalışanlar için ulaşılabilir olmalıdır. Kişiden beklenen kriter, performans göstergelerini yakalamaya yönelik, somut, gerçekçi, ölçülebilir, ulaşılabilir hedefler olarak belirlenmiş olmalıdır. Aksi halde teşvik edici olmazlar. Performans standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Gerçekçi olmayan, çok yüksek hedefler saptanması, yıllar geçtikçe performansın daha da iyileşmesine rağmen hedeflere bir türlü varılamamasına, bunun sonucunda da, elemanların çok iyi çalıştıkları halde düşük değerlendirilmesine yol açar. İnsan bünyesini zorlayacak yüksek standartlar ölçümlemeye esas olamaz. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.

**2. Diğer kriterler:**

Performans standartları belirlenirken, dikkate alınması gereken kriterlerdir. Performans düşüklüğü nedeni ile fesih işleminin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı yönünden yukarıda sayılan kriterler kadar dikkate alınmazlar.

### a. Özgünlük ve esnek olma

Performans yönetimine veri sağlayacak bir performans değerlendirme sisteminin, kurumun iç dinamiklerine özgü olması gerekir. Kullanılacak sistemin bir başka yer ve zamanda farklı bir şirket yapısında başarılı olması, bu başarının her koşulda ve her şirket yapısında var olması için yeterli değildir. Bu doğrultuda kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun şekilde objektif ve somut olarak belirlenmeli ve oluşturulacak sistemin özgün yapısı, değişen koşullara paralel olarak geliştirilmelidir. Hedef ve standartlar katı olmamalıdır. Bunların saptandıkları zamanın koşullarından etkilenmeleri kaçınılmazdır. Bu koşulların değişmesi halinde hedef ve standartlar da değiştirilmelidir.

### b. Meydan okuyucu olma

Hedefler ve standartlar, çalışanların gelişimlerini teşvik etmek için, onların yeteneklerine meydan okumalıdır. Hangi hedef ve standartların üretken bir meydan okuma özelliği göstereceğine yöneticilerle çalışanlar birlikte karar vermelidirler. Performans değerlendirme kriterleri tespit edilirken amacın başarıyı tanımak ve ödüllendirmek olduğu unutulmamalıdır.

### c. Dikey ve yatay olarak bağdaşır olma

Hedef ve standartların, organizasyonun çeşitli düzeyleri arasında dikey olarak birbirine bağlı olmasına dikkat gösterilmelidir. Aynı zamanda, değişik bölümlerde çalıştıkları halde işbirliği yapacak elemanların koordinasyon içinde çalışabilmeleri açısından da ele alınmalıdır.

## IV. PERFORMANSI ETKİLEYEN NEDENLER:

Çalışanların performansı kendisinden kaynaklanan nedenlerden olabileceği gibi, işletme ve işyeri ile ilgili veya dışarıdan kaynaklanan nedenlerden dolayı etkilenmiş olabilir. Çalışanların performansını etkileyen bazı temel nedenler şunlardır<sup>16</sup>;

a) Çalışandan kaynaklanmayan (işletme ve işyeri ile ilgili veya dışarıdan kaynaklanan) nedenler;

- Kadrolama hatası (işe uygun olmayan elemanların organizasyonda istihdam edilmesi),
- Yetersiz eğitim,

- Yetersiz takdir ve ödüllendirme,
- Açık olmayan görev tanımları,
- Yetersiz katılımcı yönetim,
- Gelişme ve ilerleme olanaklarının yetersizliği,
- Çalışanlara her şeyden önce “insan” olarak değer vermeme,

- Yetersiz iş emniyeti,
- Yetersiz donanım, araç, gereç vs.
- Aşırı iş yükü.

b) Çalışandan kaynaklanan nedenler; her şeyden önce görev tanımı içinde yer alan ve verilen işi yapmama veya eksik yapma yanında,

- Aşırı stres,
- İşin gerektirdiği bilgi ve beceriye sahip olma-
- ma,
- Şahsi ve ailevi sorunlar (evlilik, çocuk, hastalık vs.),
- Maddi sorunlar,
- Duygusal ve ruhsal sorunlar,
- Sağlık sorunları.

İşçinin performansını etkileyen sağlık sorunu, rahatsızlığı veya iş kazası sonrası aldığı sürekli istirahat raporu şeklinde olabileceği gibi, geçici de olabilmektedir. Sağlık sorunu nedeni ile koşulları olduğu takdirde işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I. maddesi uyarınca bildirimiz fesih hakkı da vardır. Bunun yanında sık sık rapor alma<sup>17</sup>, 4857 sayılı İş Kanunu gerekçesinde işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler içinde sayılmıştır. Bunun dışında işçinin sağlık sorunu, daha önce yaptığı görevi ve dolayısı ile bu görevde performansını olumsuz etkilese de işletme içinde başka bir görevde değerlendirilmesine engel oluşturmayacaksa, işverenin bu görevde değerlendirmeden, performans yetersizliği nedeni ile fesih yoluna gitmesi, feshi geçersiz kılacaktır.

İşçinin performansını kendisinden kaynaklanmayan nedenler etkilemekte ise, işveren bu performansı olumsuz etkileyen nedenleri ortadan kaldırmalıdır. Bu nedenler ortadan kaldırılmadan iş sözleşmesinin feshedilmesi, geçerli bir neden oluşturmayacaktır.

Performans düşüklüğü ve yetersizliği nedeni ile iş sözleşmesinin feshinin geçerli neden oluşturması için, performansı olumsuz etkileyen nedenin; işçinin kendisinden, görev tanımından kaynaklanması ve uyarıya rağmen işçinin bu durumu düzeltmemesi gerekir.

Performans sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir.

İşletmede veya işyerinde çalışanların performanslarının değerlendirilmesini yapmak, bu doğrultuda öncelikle doğrudan işten çıkarma yoluna gitmek tek başına anlam ifade etmez. Asıl amaç, öncelikle çalışanların performanslarını değerlendirerek düşük performans söz konusu ise bunun nedenlerini ve sonuçlarını analiz etmek, düzeltmesi için çalışana olanak vererek performans düşüklüğünü gidermek olmalıdır. Bu önlemler alınmadan, doğrudan ilk önlem olarak işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi doğru değildir. Feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.

## V. SONUÇ

Performans düşüklüğü veya yetersizliği ile ilgili fesihlerde, usul hukukuna ilişkin yetki ve görev ile davanın süresinde açılıp açılmadığı sorunları çözüldükten sonra, feshin geçersizliği ile ilgili dava, öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve 19. maddesi kapsamında denetime tabi tutulması gerekir. Bu aşamalardan sonra ispat yükünün işverende olduğu dikkate alınarak performans düşüklüğü veya yetersizliği ile ilgili sunulan deliller değerlendirilmeli, bir bakıma işin esasına girilmelidir. İşin esasında ise, işverenin performans değerlendirme sistemi oluşturup oluşturmadığı, performansın değerlendirilmesinde ölçüt aldığı kriterleri nasıl belirlediği ve uyguladığı araştırılmalıdır<sup>18</sup>. Performans değerlendirme kriterlerinin, önceden işçiye yazılı olarak tebliğ edilip edilmediği, objektif ve ölçülebilir olup olmadığı, işçinin yetkinliği ve görev tanımı içinde kalıp kalmadığı, belirli bir zaman içinde değerlendirme yapılıp yapılmadığı, gerçekçi, makul ve ulaşılabilir olup olmadıkları incelenmelidir. Bunlardan birinin eksikliği feshin geçersizliğine karar verilmesini gerektirecektir. Bu kriterlere sahip performans değerlendirme sistemi sonucunda, işçinin performansı düşük veya yetersiz ise, bu düşük veya yetersizliğin sürekli olup olmadığı, işçiye önceden uyarı yapıp yapılmadığı, düzeltilmesi için olanak verilip verilmediği üzerinde durulmalıdır.

## DİPNOTLAR

- 1 KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, İŞ GÜVENCESİ HUKUKU, LEGAL, İSTANBUL, 2007, s.331.
- 2 Y. 9. HD. 12.05.2008, 2007/35913E., 2008/12011K. Kişisel Arşiv. "Dosya içeriğine göre, davacı ile davalı banka arasında 09.12.2004 tarihinde bankacılığın icrası ile ilgili her türlü görevde çalıştırılmak üzere bir yıllık iş sözleşmesi imzalandığı, feshedilmediği takdirde aynı süre ile yenileceğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Davalı banka bankacılık faaliyeti yapmakta olup, yaptığı iş süreklilik taşımaktadır. Davacı ile süreli bir iş için sözleşme yapılmadığı gibi, belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması nedeni ile iş ilişkisi kurulmuş değildir. Kısaca davacı ile belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını gerektiren objektif ve yenilenmesini gerektiren esaslı bir neden bulunmamaktadır. Kaldı ki, davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmiştir. İhbar tazminatının ödenmesi iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunun kabulüdür. Mahkemece yazılı gerekçe ile istemin reddi hatalıdır. Diğer taraftan, davalı işverenin performans değerlendirme sistemi oluşturmadığı, bu konuda davacıya önceden bildirimde bulunmadığı, bu nedenle davalı işverenin davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedeni kanıtlayamadığı sabittir. Davalı işverenin iş sözleşmesini feshetmesi geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü gerekir.
- 3 Y. 9. HD. 05.05.2007, 2006/31753E., 2007/2244K. Kişisel Arşiv. "4857 sayılı İş Kanunu'nun 19.maddesine göre işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Ayrıca, işverenin aynı kanunun 25. maddesi şartlarına uygun fesih hakkı saklı olmak şartı ile hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Dosya içeriğine göre, davalı işverence davacının performansının düşük olduğu ileri sürülerek iş sözleşmesi feshedildiği belirtilmesine rağmen, fesihten önce davacıdan savunması istenmemiştir. Bu durumda, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.
- 4 Y. 9. HD. 24.09.2007, 2007/13937E., 2007/27939K. Kişisel Arşiv. "4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2.maddesinde hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre, davranıştan veya yetersizlikten dolayı iş sözleşmesi feshedilmeden önce işçiden savunması istenmeli ve savunmasını vermesi için uygun bir süre verilmelidir. Somut olayda davacının iş sözleşmesi "performans düşüklüğü ve işini eksik ve yetersiz olarak yerine getirmesi" gerekçesi ile feshedilmiştir. 14.8.2006 tarihli Disiplin Kurulu Kararında iş sözleşmesinin belirtilen nedenlerden dolayı feshedilmesine karar verildiği belirtildikten sonra davacıdan savunmasını vermesi istenmiştir. Başka bir anlatımla, fesihten sonra davacıdan savunma istenmiştir. Davacıdan yukarıda belirtilen hükme uygun olarak fesihten önce savunması alınmadan iş sözleşmesinin feshedilmesi karşısında, feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü ile davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.
- 5 Y. 9.HD. 30.04.2007, 2007/1317E., 2007/13530K. Kişisel Arşiv. "Dosya içeriğine göre, davacı işçinin işletme bazındaki davalı işyerinde merkez satış yönetmeni olarak çalıştığı, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili konumunda olmadığı sabittir. Bu yöndeki değerlendirme dosya içeriğine uygundur. Ancak mahkemece iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene

dayandığı konusunda ispat yükü davalı işverende olmasına rağmen, davacının davasını kanıtlamadığı gerekçesi yerinde değildir. Zira davalı işveren davacının davranışlarından kaynaklanan bir neden olan performans düşüklüğüne dayanmasına rağmen, somut olarak bu konuda delil sunamamış, tek tanık beyanı ile sonuca gidilmiştir. Tanık anlatımı yeterli değildir. Diğer taraftan davacının iş sözleşmesi davranışlarından kaynaklanan nedenle feshedilmiştir. Yukarıda belirtilen hükümler gereği, bu durumda davacı işçinin savunmasının alınması gerekir. Davalı işveren davacıdan savunma istendiğine ve davacının savunma vermektan imtina ettiğine dair bir delil de sunamamıştır. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.”

- 6 Y. 9. HD. 24.09.2007, 2007/13994E., 2007/27720K. Kişisel Arşiv. “Performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır. Somut uyumsuzlukta davalı işverenin belirtilen nitelikleri taşıyan bir performans değerlendirme sistemi oluşturmadığı, dolayısı ile yaptığı değerlendirmenin objektif olmadığı, belirtilen nedenlerin soyut kaldığı anlaşılmaktadır.
- 7 ŞAHİN, Ali Ekber. Bilim ve Aklın Aydınlığında Eğitim Dergisi, Aralık 2004, Sayı:58.
- 8 FİLİZ, Atilla. <http://www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/>
- 9 ÖZKAN, Selçuk, <http://www.stratejika.com/makale.asp?makale>
- 10 AKTAN, Coşkun Can. <http://www.canaktan.org/yonetim/performans-yonetim/dusuk.htm>
- 11 ÖZKAN Selçuk, <http://www.stratejika.com/makale.asp?makale>
- 12 Y. 9. HD. 28.04.2008, 2007/33486 E., 2008/10632 K. Kişisel Arşiv. “İşçinin performansı ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanarak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir. Performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği,

davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

- 13 Y. 9. HD. 23.01.2007, 2006/28041E., 2007/361K. Kişisel Arşiv. Dosya içeriğine göre davacının davalı işyerinde, tıbbi ilaç mümessili olarak çalıştığı ve sorumluluğundaki bölgede işverenin satışa sunduğu ilaçların satışından çok, doktor ve hastane ziyaretleri ile ilaç tanıtımını yaptığı anlaşılmaktadır. Buna göre, davacının asıl görevi ilaç tanıtımıdır. Tanıtım sonrası ilaçların satılması, hasta sayısı, hastaların Sosyal Güvenlik Kurumuna bağlı olup olmaması, hastanın bağlı olduğu sosyal güvenlik kurumu, doktorun tercihi, eczacı ve hastanelerin talebi gibi tanıtım dışındaki dış etkenlere bağlıdır. Salt satış oranına bağlı olarak belirlenen ve dış etkenleri dikkate almayan verimlilik değerlendirmesinin objektif bir değerlendirme olması mümkün değildir. Davacı işçi, ilaçların fiyatı, rakip firmaların takip ettikleri fiyat politikaları, rakip ilaç firmalarının zaman zaman uyguladıkları promosyon uygulamaları, mevsimine göre değişiklik arz eden hasta sayısı, nüfus hareketleri, çalışılan bölgenin durumu gibi dış etkenlerin performansını etkilediğini ileri sürmüştür. Davacının doktor, hastane ve eczane ziyaretlerini tam olarak yerine getirmedeği iddia ve ispat edilmemiştir. Ziyaret yükümlülüğünü eksiksiz yerine getiren davacının performans düşüklüğüne gerekçe gösterdiği ve performans değerlendirme sisteminde dikkate alınmayan dış etkenlerin performansın düşmesinde ciddi rol oynayabilecek nitelikte olduğu, ancak bu konuda hiçbir açıklama ve delil sunmayan davalının ispat yükünün gereğini yerine getirmedeği anlaşılmaktadır. Böyle olunca, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir. Yazılı şekilde davanın reddi hatalıdır.
- 14 Y. 9. HD. 30.06.2008, 2007/42768E., 2008/18079 K. Kişisel Arşiv. “Dosya içeriğine göre somut uyumsuzlukta davacı işçinin davalıya ait işyerinde tıbbi tanıtım sorumlusu olarak yaklaşık olarak 16 aydır çalıştığı, iş sözleşmesinin İMS verilerine göre tanıtımını yaptığı ilaçların satışında bölge ve Türkiye genelinde ortalamanın altında kaldığı, performansının yeterli olmadığı, yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerle feshedildiğinin savunulduğu, ancak tıbbi tanıtım sorumlusu olan davacının satış değerlerini esas alan değerlendirmeden sorumlu olamayacağı, bu değerlendirmenin davacı dışındaki etkenler nedeni ile objektif olmadığı, davacının tıbbi tanıtım görevini yerine getiremediğinin kanıtlanmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından, mahkemece feshin haksız nedene dayandığı yönündeki gerekçesi eksik ve hatalı ise de, sonuç itibarı ile feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir.
- 15 Y. 9. HD. 21.04.2008, 2007/30802 E., 2008/9237 K. Kişisel Arşiv. “Dosya içeriğine göre somut uyumsuzlukta davacı işçinin davalıya ait işyerinde tıbbi tanıtım sorumlusu olarak 8 yıldır çalıştığı, iş sözleşmesinin 2006 yılı ilk altı aylık performansının düşük olması nedeni ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Ancak performans değerlendirmelerinin yıllık deneme süresine göre yapıldığı, 2004 ve 2005 yılında davacının başarılı bulunduğu, 2006 yılı tamamlanmadan bir değerlendirme yapılarak iş ilişkisi sonlandırılmıştır. Davacı savunmasında dış etkenlerden söz etmekte ve sonuçları ikinci altı aylık sürede alacağını belirtmektedir. Davacının performansının yıl içinde değerlendirilmesi, yıllık



değerlendirme sistemine göre doğru değildir. Yıl sonunda belirlenen hedeflerin altına düşülmesi ve bunun süreklilik kazanması halinde geçerli bir fesih söz edilebilecektir.

- 16 AKTAN, Coşkun Can. <http://www.canaktan.org/yonetim/performans-yonetim/dusuk.htm>
- 17 Y. 9. HD. 05.03.2007. 2006/34941E., 2007/5748K. Kişisel Arşiv “İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı işveren vekili, davacının rahatsızlığı nedeni ile sık sık rapor aldığını, iş sözleşmesinin yapmakta olduğu görevde verim alınamaması, istenilen performansı göstermeme nedeni ile feshedildiğini, feshin davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayandığını savunmuştur. Mahkemece, davalı işverenin davacının performans düşüklüğü nedenini kanıtlayamadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli sebepler İş Kanunu'nun 25.maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilirler. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir. Kanunun gerekçesinde sık sık rapor alınması bu nedenler arasında yer almıştır. Aynı kanunun 25/I. b maddesinde işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesinin bildirimsiz fesih hakkı, belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini 6 hafta aşmasından sonra doğacağı belirtilmiştir. 18. maddenin 3. fıkrasının f bendinde, hastalık ve kaza halinde bu bekleme süresi içinde geçici devamsızlık nedeni ile feshedilemeyeceği belirtilmiştir. Dosya içeriğine göre, davalı işyerinde röntgen teknisyeni olarak çalışan davacının, bel fitiği rahatsızlığı nedeni ile Ocak 2006 tarihinde ameliyat olduğu, 3 ay rapor aldığı, rapor bitimine rağmen rahatsızlığının devam ettiği ve bir kez daha operasyon geçirmek zorunda olduğu ve istirahat halinin devam ettiği, davalı işverenin davacının bu konuda 20.06.2006 tarihinde savunmasını aldığı ve davacının savunmasında bu durumu kabul ettiği, ancak dosya içerisinde davacının rahatsızlığı ile ilgili raporların bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının rahatsızlığı ile ilgili istirahat raporları getirtilmeli, yukarıda belirtilen ihbar öneline ilaveten 6 haftalık bekleme süresinin dolup dolmadığı anılan maddeler kapsamında araştırılmalı, aralıksız istirahat süresi, belirtilen bekleme süresi kadar devam ediyor ise, iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I. b maddesi kapsamında feshedildiği kabul edilmeli, aksi halde ise sık sık aralıklı rapor alıp almadığı üzerinde durularak iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.
- 18 Y.9. HD. 24.09.2007. 2007/13994E., 2007/27772K. Kişisel Arşiv. “Dosya içeriğine göre, davalı işyerinde son olarak eğitim uzmanı olarak görev yapan davacıya 17.02.2006 tarihli yazı “01.01-31.12.2005 tarihleri arasındaki bir yıllık çalışma süresi için yapılan performans değerlendirilmesinde, görevini tam ve

başarılı bir şekilde yerine getirmediği, görevin gerekli kıldığı yetkinlikleri göstermediği ve yeterli çaba içinde bulunmadığı için performansının başarılı değil değerlendirilmesi yapıldığı ve 2006 yılı için iyileştirmesi gerektiğinin” belirtildiği, davacıya 24.02.2006 tarihinde tebliğ edildiği, davacının bu tebliğ üzerine 27.02.2006 tarihli cevap ihtarı ile “Değerlendirmenin objektif olmadığı, keyfi, art niyetli değerlendirmeler olduğu, sürekli istifaya zorlandığını, ilerleme ve terfi şansı verilmeyeceğinin söylendiğini, tüm donanımların elinden alındığını, şirket içinde çalışacak bölüm bulmasının istendiğini, istifa etmediği için en son eğitim uzmanlığı kadrosuna getirildiğini, tüm görevlerini eksiksiz yaptığını, kabul etmediğini, objektif bir değerlendirme yapılmasını beklediğini” beyan ettiği, daha sonra davacının iş sözleşmesinin kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek, performans değerlendirmesindeki nedenler yanında, ihtarnamede işveren ve yöneticilerini suçladığı, çalışmaya arzulu olmadığını açıkça gösteren ifadeler kullandığı, sergilediği hal ve hareketlerin kabul edilemeyeceği gerekçesi ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacının performansının değerlendirilmesine yönelik yazıya verdiği cevap ihtarının savunma olarak değerlendirilmesi hatalıdır. İşverence savunma istenmemiş, değerlendirme ve uyarı tebliği yapılmıştır. Ayrıca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca feshin geçerli bir nedene dayandığının ispat yükümlülüğü işverene aittir. Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirilmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır. Somut uyumsuzlukta davalı işverenin belirtilen nitelikleri taşıyan bir performans değerlendirme sistemi oluşturmadığı, dolayısı ile yaptığı değerlendirmenin objektif olmadığı, belirtilen nedenlerin soyut kaldığı anlaşılmaktadır. Somut uyumsuzlukta, davacının performansının başarılı değil değerlendirilmesinin objektiflikten uzak olması yanında, davacı işçinin buna yönelik itirazının “işveren ve yöneticilerini suçladığı, çalışmaya arzulu olmadığını açıkça gösteren ifadeler kullandığı, sergilediği hal ve hareketlerin kabul edilemeyeceği” şeklinde değerlendirilmesi olanağı da yoktur. Sonuç itibari ile geçerli fesih nedenini ispat külfeti olan davalı işveren, geçerli fesih nedenini kanıtlamış değildir. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur.



## Av. Mehmet UÇUM

Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Yayın Yönetmeni

# İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları

## GİRİŞ

İşe iadeye ilişkin yasal düzenleme kısa bir süre sonra altıncı yılını tamamlamış olacak<sup>1</sup>. Ancak bu altı yıla yaklaşan uygulama sonucunda sistemin ürettiği birçok sorun ortaya çıktı. Yargıtay uygulama sürecinde işe iade kurumunun neredeyse bütün boyutlarına ilişkin ayrıntılı kararlar verdi ve etkili bir içtihat birikimi oluşmaya başladı. Bununla birlikte Türk işe iade sisteminin uygulama sorunlarının iş hukukunun en karmaşık alanlarından birini oluşturmaya aday olduğu söylenebilir.

Biz bu yazıda bu karmaşık iş hukuku alanının bir boyutuna ilişkin uygulama sorunlarını ele alacağız. Ele alacağımız konu işe iade sonucuna bağlı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde doğan haklar bakımından uygulama sorunlarıdır.

İşe iade kararından sonra ortaya çıkan olasılıklara göre konuyu ele alıp uygulama sorunlarını değerlendirmeye çalışacağız. Buna göre;

- işe iade kararı alan işçinin işe başvurmaması,
- işçinin işe başvurması ve işverenin işçiyi işe başlatması,
- işçinin işe başvurması, ancak işverenin işe başlatmaması ve
- işverenin başvuru yapmış işçiyi işe çağırmasına rağmen işçinin işe başlamaması halleri ayrı ayrı ele alınacaktır.

## 1- İşçinin İşe Başvurmaması Halindeki Hukuki Durum

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre; "İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur."

Bu düzenleme gereğince işçinin belirlenen süre içerisinde başvurmamasının en önemli sonucu işverenin mahkeme kararı ile geçersizliği saptanan fesih işleminin hukuken geçerli bir işlem haline gelmesidir<sup>2</sup>.

### a- Feshin Geçerli Sayılması

İşe iade kararına rağmen işçinin başvurmaması halinde işverenin fesih işleminin geçerli hale gelmesi haklı nedenle yapılan fesihler bakımından nitelik değişikliği yaratır. Çünkü işverenin haklı nedenle fesih yaptığı olasılıklarda verilen karar işe iade olunca yapılan feshin haksız ve geçersiz olduğu ortaya çıkar. Bu durumda işçi işe iade kararına rağmen on işgünü içinde işe başvurmazsa haksızlığı ve geçersizliği ortaya çıkan fesih işlemi geçerli

fesih olarak sayılır ve işveren geçerli bir fesih yapmış gibi bunun hukuki sonuçlarından sorumlu olur. Başka bir anlatımla işçinin işe başvurmaması haksız ve geçersiz fesih tarihi itibarıyla işçinin iş ilişkisinin geçerli nedenle sona erdirildiğinin kabul edilmesi sonucunu doğurur. Çünkü Yasada “feshin geçerli sayılması” ifadesi kullanılmış olmakla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu’nun sistematigi içinde geçerli fesihlerin esasen “geçerli nedene dayalı fesihler” olduğu 18. maddeden bellidir. Aslında işçinin işe başvuru yapmaması, işverenin yasaya aykırı bulunmuş olan fesih işlemine ve elbette işlem dayanağı olarak gösterdiği nedene geçerlilik kazandırmakta ve böylece başta yapılan fesih sanki geçerli nedene dayalı yapılmış bir fesih olarak var sayılmaktadır<sup>3</sup>.

Bununla birlikte işverenin yaptığı fesih geçerli nedene dayanan bir fesih ise işe iade kararıyla bu fesih işlemi geçersiz olarak tespit edilmiş de olsa işçinin işe başvurmamasıyla yine geçerli fesih niteliğini korur.

Ancak aradan geçen zaman ne olursa olsun ve bu süre içinde ücret ve diğer haklarda ne tür ilerlemeler olursa olsun işçinin hukuki durumu, haksız ve geçersiz olan ama işçinin işe iade kararına rağmen başvuru yapmamasıyla geçerlilik kazanan fesih tarihi esas alınarak belirlenir. Çünkü işçinin işe başvurmamasının mahkeme kararıyla feshin hiç yapılmamış sayılması nedeniyle bir fesih olarak kabul edilmesi açık yasa hükmü karşısında mümkün değildir<sup>4</sup>.

Sonuç olarak gerek haklı nedenle, gerek geçerli nedenle yapılan fesihlerde yargı kararı ile yapılan fesih işlemi geçersiz kabul edilirse bunun işe iadeye yönelik hukuki bir sonuç doğurabilmesi, işçinin kesinleşmiş kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvurmasına bağlıdır. Aksi halde işçinin işe iade kararı almasının hukuken tek sonucu yapılan fesih işleminin geçerli fesih olarak sayılmasıdır<sup>5</sup>. Eğer işveren haklı nedene dayalı olarak fesih yapmışsa bu dahi geçerli fesih niteliğini kazanacağından işveren bunun hukuki sonuçlarından sorumlu olacaktır. Zaten işveren geçerli nedene dayalı fesih yapmışsa o zaman hukuken değişen bir sonuç olmayacaktır. Bu nedenle işe iade kararından sonra, “süresi içinde işçinin işe başvurusu” kararının uygulanma sürecine girmesi bakımından temel koşuldur. Ancak aşağıda açıklanaca-

ğı üzere tek başına bu başvuru Yargıtay’ın görüşünün aksine<sup>6</sup> işçi lehine bazı sonuçların doğması için yeterli değildir. İşçi çağrıya rağmen işe başlamaması halinde bu başvurudan vazgeçmiş başka bir anlatımla başvurmamış sayılır.

## **b- Ödenmemişse ve Süre Koşulu Varsa Kıdem ve Her Durumda İhbar Tazminatına Hak Kazanılması**

İşçinin işe iade kararına rağmen başvurmaması halinde ilk fesih geçerli nedenle yapılan fesih niteliğine dönüşeceğinden işçi feshin niteliğine bağlı haklarını elde edecektir. Bu haklar en az bir yıllık hizmet süresini doldurmuş olması kaydıyla kıdem tazminatı ile süre koşuluna bağlı olmaksızın ihbar tazminatıdır<sup>7</sup>. Yargıtay da bu görüştedir<sup>8</sup>.

Elbette işveren yaptığı ilk feshi geçerli nedene dayalı yapmış ise kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü ile ihbar süresi verme veya süreye ilişkin ücreti peşin ödeme yükümlülüğünü yerine getirmiş olabilir. Bu durumda işe başvuru yapmayan işçinin işe iade kararı ile elde edebileceği herhangi bir hak doğmamış olacaktır.

Ancak işveren haklı nedene dayalı fesih yapmış ise konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekir:

Birincisi yapılan fesih ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık halleri (İşK. m.25/II) dışında yer alan haklı nedenlere dayanıyor ise işveren o hallerde dahi kıdem tazminatı ödeme yükümlüsü olduğundan işçi yine kıdem tazminatına ilişkin ilave bir talep hakkına sahip olamayacaktır. Ama bu halde işçi, yapılan fesih geçerli nedene dayalı fesih niteliğine dönüşeceğinden ve geçerli nedene dayalı fesihlerde ancak süreli yapılabileceğinden kıdemine göre belirlenecek ihbar süresinin ücreti tutarında ihbar tazminatı talep hakkına sahip olacaktır.

İkincisi yapılan fesih uygulamadaki adıyla tazminatsız, yani ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan nedenlere dayalı fesih ise bu durumda işe iade kararını aldıktan sonra işe başvurmazsa bile yasa gereği haklı nedenle yapılmış fesih geçerli nedene dönüşeceğinden süre koşulu varsa kıdem tazminatını ve her durumda ihbar tazminatını isteme hakkına sahip olacaktır.

İşçiye bu kapsamda yapılacak tüm ödemelerde mahkemece geçersizliği tespit edilen ancak işçinin

işe başvuru yapmaması nedeniyle geçerli hale dönüşen fesih tarihindeki en son ücreti ve o tarihteki kıdem tazminatı tavanı esas alınarak hesaplamalar yapılacaktır.

### c- İşverenin Ek Ödemeden Kaynaklanan Haklarını Talep Edip Edemeyeceği

İşveren fesih sırasında işçiye ek bir ödeme yapmışsa bu ödemenin istirdada konu edilip edilemeyeceği bazı olasılıklara göre değerlendirilmelidir. Bu ek ödeme işçiye dava açmaması karşılığı verilmiş ise işverenin işe iade davası açılması halinde bu nedene dayalı olarak ek ödemeyi geri istemesi mümkün değildir. Çünkü işe iade davası açmama karşılığı yapılan bir anlaşma yasanın mutlak emredici hükmüne aykırı olduğu için geçersizdir (İşK. m.21/son ve BK. m.155). Bu olasılıkta işverenin işçiye bir yıl içinde başvurarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istirdat talebinde bulunması mümkündür (BK m. 61 vd).

Eğer yapılan ek ödeme işe iadenin mali sonuçlarının gerçekleşmesi halinde mahsuba konu yapılmışsa, işçinin işe başvurmaması ile işverenin ödemesi gereken ilave bir yükümlülük doğmadığından işverenin ek ödemeyi geri istemesi veya işçiye yapacağı bir ödemeden mahsup ettirmesi olanaklı değildir. Çünkü bozucu şarta bağlı bir anlaşmayla işçiye verilmiş bir para söz konusu olduğundan, bozucu şart gerçekleşmediğinden, yani işe iade kararının sonunda işverenin katlanacağı mali bir yük ortaya çıkmadığı için, işverenin istirdat hakkı devreye girmez (BK. m. 152).

Ancak taraflar yapılan ek ödemenin iadesini bozucu şarta bağlamak yerine geciktirici şarta bağlamışlar ise işverenin istirdat hakkı, yapılan sözleşmenin geçerli olması koşuluyla devreye girebilir (BK. m. 149). Bu yaklaşıma göre işverenin işçiye yaptığı ek ödemenin sadece işe iade kararı verilmesi halinde geri ödeneceği ve bu geri ödemenin işçinin işe iade başvurusundan veya işe iadenin mali sonuçlarının gerçekleşmesinden bağımsız olarak gerçekleşeceği şeklinde açık bir düzenleme olması gerekir. Bununla birlikte böyle bir düzenlemenin dolaylı olarak işçinin işe iade davasını açmasını engelleme amacına dönük olduğunu gösteren olguların varlığı halinde bu sözleşme geçersiz

olacağından işverenin istirdat hakkı ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşebilir (BK m. 61 vd).

## 2- İşçinin İşe Başlatılması Halinde Doğan Hakları

### a- İş Sözleşmesinin İhya Edilmesi

İşçinin işe başlatılması, geçersiz feshe konu olmuş ve bu yolla sona erdirilmiş iş sözleşmesinin ihya edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Her ne kadar işe iade kararı ile belli şartlara bağlı olarak fesih hiç yapılmamış gibi iş sözleşmesinin devreye girdiği şeklinde görüşler var ise de<sup>9</sup> mevcut sistemde iş ilişkisinin yeniden kurulması taraf davranışlarına bağlı olduğundan iş sözleşmesi de ancak ihya yoluyla yeniden yürürlüğe girmektedir. Aksi görüşün kabulü halinde yani, işe iade kararıyla iş sözleşmesinin hiç fesih yapılmamış gibi devreye girdiğinin benimsenmesi durumunda, taraf davranışlarının devrede olan bir iş sözleşmesine etki yaptığı sonucuna varmak kaçınılmaz olur. O zaman işçinin işe başvurmamasını iş sözleşmesine aykırılık olarak kabul etmek gerekir. Bu durumda işçinin işe başvurmaması halinde işverenin yaptığı feshin geçerli sayılmasına ilişkin kanun hükmüyle tutarsız olan bir sonuç doğar. Bu nedenlerle işe iade kararının sonucunda taraf davranışları olumlu ya da olumsuz tamamlanıncaya kadar iş sözleşmesi devreye girmeyecektir. İş sözleşmesi ancak taraf davranışlarının tamamlanması durumunda ihya yoluyla ve geçmiş etkili olarak devreye girmiş olacaktır.

**İşveren işe iadeden sonra koşulları oluşunca, işçiye dört aylık ücret ve diğer hakları ödemekten başka dört aylık sigorta bildirimini de yapmak zorunda olduğundan işçiye ödenmesi gereken geçici iş göremezlik ödeneğini kendi hesabına talep etme hakkına sahip olmalıdır.**

İhya işlemi iki ihtimalde gerçekleşir. Birincisi işçinin işe başvurması ve işverenin de işçiyi işe başlatması halidir. İkincisi aşağıda değinileceği üzere işçinin işe başlatılmaması halinde iş sözleşmesinin işe başlatılmama tarihinde sona erdiğinin kabul edilmesi halidir. İşçinin işe başvurusu iş sözleşmesinin ihya sürecinde ilk adım olmakla birlikte işverenin işçiyi işe başlatması veya başlatmayacağını açıklaması da gerekli son adımdır. İki ihya işlemi arasındaki temel fark, işverenin işe başlatmamasının bir fesih sayılması ve bu tarihin fesih tarihi olması farazi iş sözleşmesine dayanmaktadır. Buna mukabil işçinin işe başlatılması halinde ihya işlemi gerçek bir sözleşmeyi yürürlüğe sokmaktadır.

### **b- Dört Aylık Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesi**

İşe başlatmanın ilk sonucu çalıştırılmayan dört aylık süreye ilişkin ücret ve diğer hakların ödenmesidir. Bu noktada ele alınması gereken ilk sorun geçersiz fesih tarihi ile işe başlatma tarihi arasında dört aydan daha fazla süre olan durumlarda ödemesi yapılacak dört aylık sürenin hangi dönem olarak belirleneceğidir. Konunun önemi, ödemesi yapılacak ücret ve diğer hakların hangi dönem esas alınarak belirleneceği hususunda ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de işe iade davaları artık bir yıldan fazla sürmekte ve bu süre içinde işyerlerinde ücret zamları olduğu gibi, TİS olan işyerlerinde yeni haklar ve zamlar devreye girmektedir. Bu durumda çalıştırılmayan dört aylık süreye ilişkin olarak işe başlatma tarihindeki ücret ve diğer hakların mı esas alınacağı yoksa geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süredeki ücret ve haklara göre mi ödeme yapılacağı sorunu doğmaktadır. Yasal düzenlemeye bakıldığında dört aylık sürenin işe iade davasının dört ayda bitme varsayımına dayalı olarak düzenlendiği görülmektedir<sup>10</sup>. Oysa uygulamada istisnai haller hariç bu süreye uyulmadığı bilinmektedir. Ancak yasal düzenlemeden işverenin çalıştırmadığı dört aylık sürenin geçersiz fesih tarihinden başlayarak hesaplanacak dört aylık süre olduğu sonucu çıkmaktadır. Çünkü yasa koyucu geçersiz feshi izleyen dört aylık süreyi amaçlamıştır<sup>11</sup>. İşçinin çalıştırılmadığı dört aylık sürenin geçersiz feshi izleyen dört aylık süre olarak kabul edilmesi ayrıca mantıksal tutarlılık açısından da zo-

**İşe iade kararıyla işe dönen işçi bakımından işveren ücretsiz izin süresine ilişkin olarak işçiyile anlaşma yaparsa elbette çalıştırılmayan dört aylık ücret ve diğer haklardan ücretsiz izin süresi kadar eksik ödeme yapması mümkün olabilir.**

runludur. Bu sonuca göre eğer geçersiz fesih olmasaydı işçi geçersiz fesih tarihini izleyen çalışacağı dört aylık dönemde hangi ücreti ve hakları alacaktı ise işe iade kararının sonucuna göre de ilk dört aylık sürede alması gereken ücret ve diğer hakları almalıdır. Nitekim bu sonucu destekleyen uygulama dört aylık süreye ilişkin sigorta bildiriminde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de işe başlatılan veya başlatılmayan işçi bakımından sigortaya bildirilen dört aylık süre geçersiz fesih tarihini izleyen süredir. Prime esas kazançlarda bu dört aylık süredeki ücret ve haklara göre belirlenmektedir<sup>12</sup>. Buna göre prime esas kazançlarda ilk dört ayı esas alıp işçiyeye yapılacak ödemelerde bu dört aydan sonra gerçekleşmiş zamları ve hakları dikkate almak, hem vergi hem de sigorta primlerinin matrahında farklı miktarlar ortaya çıkaracağı için, uygulanması mümkün değildir. Sonuç itibarıyla hem yasal düzenlemenin amacı, hem de sigorta uygulamaları birlikte değerlendirildiğinde işçiyeye ödenecek çalıştırılmayan dört aylık sürenin ücret ve diğer haklarında ödemeye esas alınacak miktarlar ve uygulanacak haklar geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süredeki ücret ve diğer haklar olmak gerekir<sup>13</sup>.

### **c- Hastalık ve Diğer Çalışma Engellerinin Dört Aylık Haklara ve İş İlişkisine Etkisi**

Dava süresince işçinin hastalığı veya iş sözleşmesini askıya almayı gerektirecek çalışma engelleri çıkması halinde bu durumun dört aylık haklara ve bu dönem için varsayılan iş ilişkisine etkisinin ne olacağı tartışılması gereken bir sorundur.



### i- İşçinin Hastalığı

İşçinin geçersiz fesih tarihinden itibaren dört aylık süre için çalıştırılmadığı, ancak işe iade ve başvuru halinde ücret ve diğer hakları hak ettiği dönemde geçici iş göremezlik haline düşmesinin yaratacağı sorunlar ele alınması gereken bir varsayımdır. Burada iki adet olası sorun vardır:

Birincisi geçici iş göremezlik halinde işçinin geçici iş göremezlik ödeneği alma olasılığı ve işverenin ücret ödeme borcu bakımından nasıl bir çözüm bulunması gereğidir. Bu olasılıkta işçi her ne kadar altı ay süresince sigorta sağlık yardımlarından yararlınsa da yasa gereği geçici iş göremezlik ödeneği almasının mümkün olmadığı hal söz konusudur. İşveren işe iadeden sonra koşulları olunca işçiye dört aylık ücret ve diğer hakları ödemekten başka dört aylık sigorta bildirimini de yapmak zorunda olduğundan işçiye ödenmesi gereken geçici iş göremezlik ödeneğini kendi hesabına talep etme hakkına sahip olmalıdır. Eğer işçi aylık ücretle çalışıyorsa işverenin bu talep hakkı tartışmasız kabul edilmelidir (İş K. m. 48/2). İşçi saat ücretiyle çalışıyorsa o zaman da tama iblağa ilişkin bir hukuki dayanak (toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi hükmü ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma şartı) yoksa işveren geçici iş göremezlik süresi kadar işçiye dört aylık ücret ve diğer haklara ilişkin eksik ödeme yapma hakkına sahip olur ve işçi de eksik ödeme süresine ilişkin sigortadan geçici iş göremezlik ödeneğini talep etme hakkını kullanır. Buna göre işveren sigorta bildirimini yaparken işçinin raporla belgelenen hasta olduğu süreler kadar eksik bildirim yapar. İşçide bu bildirimden sonra raporlarıyla Kuruma başvurarak ödeneğini alabilir. Eğer işverenin işçinin ücretini tama iblağ yükümlülüğü varsa uygulama aynen aylık ücretli çalışanlarda olduğu gibi yapılır.

### ii- Ücretsiz İzin Uygulaması

İşçinin işe iade edileceği işyerinde geçersiz fesih tarihinden sonraki dört aylık süre içinde ücretsiz izin uygulaması yapılmışsa işe iade kararı ile işyerine dönen işçi bakımından bu durumun yaratacağı bir hukuki sonuç olamaz. Çünkü ücretsiz izin uygulaması işverenle işçinin anlaşarak gerçekleştirildikleri bir iş sözleşmesini askıya alma halidir. İşveren işyerinde çalışan tüm işçilerle de anlaşarak belli bir süre için ücretsiz izin uygulaması yapabilir.

Yargıtay'da açık ya da örtülü bir anlaşmanın varlığı halinde ücretsiz izne geçerlilik tanımaktadır<sup>14</sup>. İşe iade kararıyla işyerine dönen işçi bakımından geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık sürede tüm işyerinde bir ücretsiz izin uygulaması yapılmış olsa bile bu durum işverene çalıştırılmayan süreye ait dört aylık ücret ve diğer haklardan ücretsiz izin süresini mahsup etme hak ve yetkisini vermez. Ancak işe iade kararıyla işe dönen işçi bakımından işveren ücretsiz izin süresine ilişkin olarak işçiyle anlaşma yaparsa elbette çalıştırılmayan dört aylık ücret ve diğer haklardan ücretsiz izin süresi kadar eksik ödeme yapması mümkün olabilir. Elbette böyle bir anlaşmanın geçerli olması için işçinin özgür iradesiyle bu anlaşmayı kabul ettiğinin açık olması gerekir.

Eğer ücretsiz izin uygulaması işyerinde yetkili sendika ile işveren arasında varılan anlaşma sonucu gerçekleşmişse yine de sonuç değişmez. Çünkü işçi sendikası işverenle yaptığı ücretsiz izin anlaşmasına üyelerinin bireysel rızasını alamaz ise rıza vermeyen üye işçiler bakımından ücretsiz izin anlaşması bağlayıcı olmaz. Buna karşılık işe iade kararıyla işe dönen işçi sendika üyesi ise ve sendikanın işverenle yaptığı ücretsiz izin anlaşmasına açık rıza verirse dört aylık ücret ve haklardan ücretsiz izin süresi kadar mahsup yapılması mümkün olacaktır.

Belirtmek gerekir ki; gerek işverenle işçinin ücretsiz izne ilişkin anlaşması, gerekse sendikanın işverenle yaptığı ücretsiz izin anlaşmasına işçinin vermesi gereken rıza, İş K. m. 22 hükümleri çerçevesinde yazılı olmak zorundadır. Buradaki yazılılık ispat koşulu değil, geçerlilik koşuludur.

### iii- Kısa Çalışma Uygulaması

İş Kanunu kapsamında iken 5763 sayılı Kanunla İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamına alınan<sup>15</sup> kısa çalışma uygulaması halinde, işçilere ücretleri büyük ölçüde ya da tamamen ödenmemekte, ancak bu süre içinde işsizlik ödeneğinden yararlanma koşullarını gerçekleştirmiş olan işçiler en fazla üç ay işsizlik ödeneği alabilmektedir. İşe iade kararı ile işyerine dönen işçi bakımından, eğer uygulama geçersiz fesih tarihini izleyen dört ayın içinde ise ve içinde olduğu süre kadar, işyerindeki kısa çalışma uygulaması bağlayıcı etki yapar. Çünkü kısa çalışma uygulaması işçilerin rızasına bağlı ol-



mayıp yasadaki koşulların gerçekleşmesi halinde işverenin isteği ile devreye sokulan bir önlemdir. Bu nedenle işveren, işe iade kararı ile işyerine dönen işçiye dört aylık ücret ve diğer haklar bakımından geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süreye denk gelen kısa çalışma süresi kadar eksik ödeme yapmak hakkına sahip olur. Elbette işçinin işsizlik ödeneğine ilişkin koşullar varsa kısa çalışma süresi kadar işsizlik ödeneğini İŞKUR'dan alma hakkı saklıdır.

#### iv- Grev ve Lokavt Uygulaması

İşe iade kararıyla işyerine dönen işçinin geçersiz fesih tarihine eklenen dört aylık sürede grev ve lokavt uygulaması olmuşsa haklarının ne olacağını da tartışmak gerekir. Bilindiği gibi greve katılma hakkı sendika üyesi olsun ya da olmasın münhasıran işçiye aittir<sup>16</sup>. Greve katılmayan ve sonradan vazgeçen işçilerin işyerinde çalıştırılması engellenmez. Buna karşılık greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta işveren serbesttir (TİSGLK m.38). Ayrıca işverenin grev kararına karşı lokavt kararı alması halinde işyerinde çalışması zorunlu işçi kadrosu haricindeki tüm işçiler lokavta uğramış sayılır (TİSGLK m.39). Yani işveren zorunlu çalışacaklar hariç lokavt kararı aldığı anda, bunun kapsamını işçilerin bir kısmı ile sınırlayamaz. Nihayet grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıya alınır (TİSGLK m.42). Bu hükümler çerçevesinde somut sorun değerlendirildiğinde birden çok olasılıkla soruna bakmak gerektiği ortaya çıkmaktadır:

- Birincisi işyerinde grev kararı alınıp uygulanmış ancak buna karşılık işveren lokavt kararı almamışsa, grev uygulamasının geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süreye denk gelen kısmı bakımından işe iade kararıyla işyerine dönen işçinin hukuki durumunu tespit etmek gerekmektedir. Greve katılmak veya katılmaktan vazgeçmek, münhasıran işçiye ait bir hak olduğundan bu olasılıkta işçinin greve katılamayacağı şeklindeki beyanı yeterli kabul edilmeli ve işçinin dört aylık ücret ve diğer hakları eksiksiz ödenmelidir.

- İkinci olasılık grev uygulamasına karşılık işverenin lokavt uygulaması halidir. Bu durumda işyerinde zorunlu olarak çalışması gereken işçi kadrosu hariç tüm işçiler bakımından iş sözleşmeleri lokavt süresince askıya alındığından işe iade

kararıyla işyerine dönen işçi bakımından da aynı hukuki sonuç geçerli olur. Elbette lokavt süresinin geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süreye denk gelen kısmı bakımından bu sonuç geçerlidir. Bu durumda işveren lokavt süresinin denk gelen kısmı kadar dört aylık ücret ve diğer haklardan mahsup yaparak işçiye ödeme hakkına sahip olur.

- Üçüncü olasılık işe iade kararıyla işyerine dönen işçinin çalıştırılması zorunlu işçi kadrosu arasında bulunma durumudur. Gerçekten de TİSGLK m. 39 uyarınca grev ve lokavt süresince üretim ve satışa yönelik olmamak kaydıyla işin devamlılığı, güvenliği gibi zorunluluklar bakımından işyerinde yürütülmesi gereken işlerde işçi çalıştırılması gerekmektedir. Eğer işe iade kararıyla işyerine dönen işçi böyle bir işte çalışıyor ise grev ve/veya lokavt süresince yasa gereği bu işte çalışmak zorundadır. Bu düzenlemeler sebebiyle işçi işyerinde olsaydı geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süre içinde gerçekleşen grev ve/veya lokavt süresince çalışmak zorunda kalacağından, işveren işçinin dört aylık ücret ve diğer haklarından grev veya lokavt nedeniyle herhangi bir kesinti yapamaz.

#### d- Mevsimlik İşlerde Askı Döneminin Dört Aylık Ücret ve Diğer Haklara Etkisi

Mevsimlik iş sözleşmeleri Yargıtay uygulamasına göre belirsiz süreli iş sözleşmesinin bir türüdür. Askı dönemlerinde de işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcu hariç iş ilişkisi devam eder<sup>17</sup>. Bu nedenle diğer koşulları varsa elbette mevsimlik iş sözleşmesi sona erdirilen bir işçi de işe iade davası açabilir. Ancak önemle belirtelim ki, askıya alma işlemi bir işveren feshi olmadığından salt askıya alma işlemine karşı işe iade davası açılması mümkün değildir<sup>18,19</sup>.

Mevsimlik iş sözleşmesinin sona erdirildiği tarih işverenin işçiye dört aylık ücret ve diğer hakları tamamen veya kısmen ödemek veya hiç ödememek bakımından belirleyici olacaktır. Mevcut uygulamaya göre eğer yapılan geçersiz fesih işlemi iş sözleşmesinin askıya alınması gereken zamanda gerçekleşmişse işçinin dört aylık ücret ve diğer haklarının askı süresine gelen kısmı işveren tarafından

ödenmeyecektir. Hatta askı süresi dört aydan fazla devam ederse işverenin çalıştırılmayan süreye ilişkin herhangi bir ödeme borcu olmayacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesi işçinin işe çağırılması gereken tarihte feshedilmiş olursa geçersiz fesih tarihini izleyen dönem iş sözleşmesinin iş görme ve ücret ödeme borçları bakımından aktif olduğu dönem olacaktır için, işverenin dört aylık ücret ve diğer haklara ilişkin ödeme borcunun doğacağı açıktır. Elbette geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık sürenin kısmen askı dönemine kısmen de aktif döneme gelmesi de mümkündür. Bu durumda işverenin dört aylık ücret ve diğer haklara ilişkin yapacağı ödemenin iş sözleşmesinin aktif olduğu süreyle sınırlı olduğu açıktır. Ancak bu yorum tarzı mevsimlik çalışan işçiler bakımından adil olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle sorunu mevsimlik çalışan işçiler lehine çözecek bir yaklaşıma gerek vardır.

Çünkü mevsimlik çalışanlar bakımından sorunun karmaşık boyutları bulunmaktadır. Değinildiği üzere işverenin ödemekle yükümlü olduğu çalıştırılmayan dört aylık süreye ilişkin ücret ve diğer haklarda dört aylık süre, geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süre olarak kabul edilmektedir (Bkz. 2/b bölümü). Mevcut uygulama bakımından mevsimlik iş sözleşmesiyle çalıştırılan bir işçi bakımından çalıştırılmayan dört aylık sürenin askı dönemine denk gelmesi halinde işverenin ödeme borcunun doğmayacağını belirtmiştik. Ancak işe iade davalarının artık uzun bir süreye yayıldığı bilinen bir olgudur. Böyle bir durumda mevsimlik iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi iş sözleşmesi askıya alınması gereken tarihte geçersiz feshi muhatap olsa bile sözleşme yeniden aktif oluncaya kadar işe iade davasının bitmeyeceği büyük olasılıktır. Bu durumda eğer geçersiz fesih olmasaydı işçi işe çağırılacak ve çalıştığı süreyle ilgili olarak da ücret ve diğer haklara hak kazanacaktı. Mevcut uygulama dikkate alındığında geçersiz fesih tarihine eklenen dört aylık süre iş sözleşmesi askıda olduğu döneme denk geldiği için işveren ücret ve diğer hakları ödemeyecektir. Öte yandan dava devam ederken iş sözleşmelerinin aktif hale geldiği dönem de geçersiz fesih tarihine eklenen dört aylık sürenin dışında kaldığı için işverenin yine ödeme borcu doğmayacaktır. Bu durumda mevsimlik çalışanlar aleyhine bir

sonuç çıkması kaçınılmazdır. Bir örnekle sorunu somutlamaya çalışalım: Diyelim ki bir işyerinde iş sözleşmelerinin askıya alındığı tarih kasım ayı sonudur. Yeniden çalışmaya başlanılan tarih ise mayıs ayı başıdır. Mevsimlik çalışan işçinin iş sözleşmesi askıya alınmak yerine kasım ayı sonunda feshedilmiştir. İşçi işe iade davasını kazanmış ve izleyen yılın ekim ayı sonunda yeniden işe başlamıştır. Bu örnekten görüleceği üzere işçi geçersiz fesih olmasaydı, zaten kasım ayı sonundan mayıs ayı başına kadar sözleşmenin askı hali nedeniyle işyerinde çalışmayacaktı. Dolayısıyla geçersiz fesih tarihine eklenen süre bakımından işverenin ücret ve diğer hakları ödeme borcu da doğmayacaktır. Oysa işçinin bu geçersiz fesihle çalıştırılmadığı süre mayıs ayının başından ekim ayının sonuna kadar olan süredir. Ancak bu süre geçersiz fesih tarihine eklenen dört aylık dönemin dışında kalan süredir. Mevcut durumu ve SSK'nın uygulamasını dikkate aldığımızda örnekteki işçiye dört aylık ücret ve diğer hakların ödenmesi mümkün olmadığı gibi davanın uzaması nedeniyle çalışmaktan yoksun kaldığı aktif dönem bakımından da gelir kaybına uğrayacaktır. Bu sonuç adil olmadığı gibi yasanın sözüne de aykırıdır. Gerçekten de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine göre işçinin çalıştırılmadığı dört aylık süreden bahsedilmektedir. İşçinin bu çalıştırılmama olgusu işverenin geçersiz fesih iradesinin, başka deyişle işverenin iş hukuku kurallarına aykırı işleminin bir sonucudur. Oysa mevsimlik iş sözleşmesinde iş sözleşmesinin askıya alınması sözleşmenin türünden kaynaklanan bir sonuçtur. İşçinin hukuka aykırı bir işlemle çalıştırılmaması olgusu söz konusu değildir. Bu nedenle mevsimlik iş sözleşmesine dayalı çalışan işçiler bakımından dört aylık ücret ve diğer hakların ödenmesi için sözleşmenin askı süresi dikkate alınmadan uygulama yapılmalıdır. Buna göre somut örneğe dönersek işçiye mayıs ayı başından ağustos ayı sonuna kadar olan ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerekecektir. Gerçekten de işçinin geçersiz fesih nedeniyle çalıştırılmadığı dönem yeniden iş sözleşmesinin aktif olduğu mayıs ayının başında başlamaktadır. Bu yorum tarzı yasada yer alan "işçinin çalıştırılmadığı süre" anlatımına daha uygun olduğu gibi işçi lehine yorum ilkesinin de bir gereğidir.

### e- İşe Başlama Tarihine Kadar İşyerinde Gerçekleşmiş Haklardan İşçinin Yararlandırılması

İşe iade kararı ile işyerine dönen işçinin işe başlama tarihine kadar işyerinde gerçekleşen ücret ve diğer haklardan yararlanacağına kuşku yoktur. Ancak bu yararlanmanın kapsamını ve uygulanma şeklini belirlemek gerekir. Yararlanmanın kapsamında işçinin çalıştırılmadığı dört aylık ücret ve diğer hakların hesaplanması ile işçinin işe başlatılacağı ücretin belirlenmesi bulunmaktadır. Dört aylık ücret ve diğer haklar bakımından işyerinde gerçekleşen ücret zamları ve diğer haklar için geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süredeki değişikliklerin dikkate alınması gerekmektedir<sup>20</sup>. Çünkü işçinin çalıştırılmadığı dört aylık süre geçersiz fesih tarihine eklenen dört aylık süredir. İşçi çalışsaydı bu süre içerisinde alacağı ücret ve diğer haklarında elbette bu süre içerisinde gerçekleşen değişikliklerden yararlanacaktı<sup>21</sup>. Başka deyişle dava ne kadar sürerse sürsün işçiye ödenmesi gereken dört aylık ücret ve diğer haklar bakımından geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık sürenin dışındaki dönemde gerçekleşen ücret zamları ve haklar dikkate alınmayacaktır. Buna karşılık işçinin işe başladığında ücret ve diğer hakları işe başlama tarihindeki koşullara göre belirlenecektir. Bu durumda sadece geçersiz feshi izleyen dört aylık sürede değil, işe başlama tarihine kadar gerçekleşmiş tüm ücret zamları ve haklar işçinin yeniden işe başlama ücretinin tespitinde hesaba katılacaktır.

### f- İşverenin Mahsup İşlemi

İşveren işe iade kararı ile işçiyi işe başlatınca geçersiz fesih tarihinde işçiye fesihle ilgili yaptığı ödemeler bakımından yasadan kaynaklanan bir mahsup hakkına sahiptir. Ayrıca işverenin geçersiz fesih tarihinde bir ilave ödeme yapmış olması halinde bir mahsup hakkının olup olmasının tartışılması da diğer bir konudur. Nihayet işveren mahsup işlemi yapmasına rağmen işçinin kendisine ödemesi gereken bir fazlalık kalır ise, bunun işçiden istirdadı da tartışılması gereken diğer bir sorundur.

#### i- Yasadan Kaynaklanan Mahsup Hakkı ve İkale Kapsamında Yapılan Ödemelerin Durumu

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrası uya-

Geçersiz fesih tarihinde işçiye ikale kapsamında yapılan ödeme, işverenin feshine dayalı bir ödeme haline gelmektedir.

**Bu durumda işçiye yapılmış olan ödeme, kıdem tazminatı ve ihbar süresine ait peşin ücret sayılmış olacağından bu ödemeler yasal mahsup hakkına konu olacaktır.**

rınca işçi işe başlatılırsa, işçiye ödenmesi gereken dört aylık ücret ve diğer haklardan peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ihbar ve kıdem tazminatı mahsup edilir<sup>22</sup>. İşveren bu mahsup işlemi yaparken dört aylık süreye ait ücret bordrolarını tanzim edecek, sigorta prim ve vergilerini tahakkuk ettirecek, ilgili yerlere bildirim ve ödemeleri yapacaktır. Bu şekilde işçiye ödenmesi gereken net ücret belirlendikten sonra geçersiz fesih tarihinde işçiye yapılan ödemeler bordrolarda gösterilmek suretiyle mahsup işlemi gerçekleşecektir. İşverenin bu mahsup işlemi yapması işçinin rızasına bağlı değildir. Yasanın açık hükümünden kaynaklanan bir mahsup yetkisi olduğu için işveren dört aylık süreye ilişkin ücret ve diğer hakların tamamını mahsup işlemi çerçevesinde alıkoyma hakkına sahiptir. Diğer deyişle İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrası uyarınca yapılan bu mahsup işleminde 35. maddede yer alan ücretin saklı kısmına ilişkin güvence hükümleri uygulanmaz. Ancak işverenin bu mahsup yetkisi sadece geçersiz fesih sırasında işçiye peşin ödenmiş olan bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatına münhasır bir haktır. Bu ödemeler dışında işverenin işçiden olabilecek başka bir alacağı bu madde kapsamında mahsup işlemine konu edilemez.

Yasadan kaynaklanan mahsup yetkisinin ikale uygulamasıyla kıdem ve ihbar tazminatları ölçü alınarak işçiye yapılan ödeme bakımından kullanılıp kullanılmayacağı açıklığa kavuşturulması gereken bir sorundur. Çünkü ikale yoluyla iş sözleşmesinin

sona erdirilmesi kıdem tazminatını ve ihbar süresi vermeyi gerektiren bir sona erdirme değildir<sup>23</sup>. Bu nedenle ikale kapsamında işçiye yapılan ödemelere kıdem ve ihbar tazminatı dense bile teknik olarak bunların kıdem ve ihbar tazminatı olmadığı açıktır. Yasaya göre mahsuba konu yapılacak ödemeler ise peşin ödenmiş bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatıdır. Dolayısıyla ilk bakışta ikale kapsamında kıdem ve ihbar tazminatı adı altında veya bunlar ölçü alınarak yapılan ödemelerin dört aylık ücret ve diğer haklardan yasal mahsup yetkisine dayanılarak mahsup edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir. Oysa durum böyle değildir. Taraflar her ne kadar bir ikale yapmış iseler de bu ikalenin hukuken geçerli olmadığı işe iade kararı ile anlaşılmıştır. Yani işe iade kararı, işveren tarafından bir fesih yapıldığı ve bu feshin geçersiz olduğu tespit edilerek verilmiş olmaktadır. Bu durumda geçersiz fesih tarihinde işçiye ikale kapsamında değil, işverenin feshine dayalı bir ödeme yapılmış olmaktadır. Bu durumda işçiye yapılmış olan ödeme kıdem tazminatı ve ihbar süresine ait peşin ücret sayılmış olacağından bu ödemeler yasal mahsup hakkına konu olacaktır.

## ii- Ek Ödemeden Kaynaklanan Mahsup Sorunu

Uygulamada iş sözleşmesi fesihleri sırasında işçilere ek ödemelerin yapıldığı da görülmektedir. Veya iş sözleşmelerinin karşılıklı anlaşmalarla feshedildiği ve bu sözleşmeler karşılığında işçilere kıdem ve ihbar tazminatı ölçü alınarak yapılan ödemelerin dışında da çeşitli ödemelerin yapıldığına rastlanmaktadır. Bu tip durumlarda işçinin işe iade davasını kazanıp yeniden işe başlaması halinde yapılan ödemelerin mahsuba konu olup olmayacağı tartışılması gereken bir uygulama sorunudur.

İşverenin bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatına ek olarak yaptığı bir ödemenin olması durumunda bunun işe başlatmama tazminatının miktarı bakımından dikkate alınması gerektiğine ilişkin bir Yargıtay kararı vardır<sup>24</sup>. Ancak bu yaklaşımı bir ilke durumuna yükseltmek mümkün değildir. Yargıtay, anılan kararının konusu olan somut olay bakımından bu sonuca varmış gözükmektedir. Ancak bu yaklaşım genelleştirilecek bir uygulama olamaz ise de somut olayın özelliklerine gö-

re kullanılabilceğini de belirtmek gerekir.

Bunun dışında işveren ek ödemeye ilişkin işçiyle bir yazılı anlaşma yapmış ise taraflar arasındaki konuya ilişkin sözleşmenin hükümlerine göre hareket etmek gerekir. Esasında işçiye ek ödeme yapılacak durumda bunu bir yazılı anlaşmaya bağlamak ve anılan anlaşma içerisinde olası bir işe iade kararı halinde yapılan ek ödemenin akıbetinin ne olacağını belirlemek en doğrusudur. Böyle bir anlaşmada işveren ve işçi ek ödemenin olası işe iade halinde işe iadenin işçi lehine gerçekleşen ve işverenin ödemesi gereken ücret ve diğer haklardan mahsup edileceğini kararlaştırabilirler. Eğer taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa işverenin işçiye yaptığı ek ödemenin gerçek sebebine göre bir sonuca varmak gerekir. İşveren ek ödemeyi işçiye işe iade davası açmaması karşılığında vermişse bu sebep hukuka uygun olmadığı için yapılan ödeme sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olur. İşveren ek ödemeyi işçiye, işe iade davası sonucu işçinin işe dönmesi halinde geri almak koşuluyla vermişse diğer deyişle bozucu şarta bağlı bir anlaşma varsa işveren bu ödemeyi genel hükümlere göre talep etme hakkına sahip olur. Ancak her iki durumda da işverenin ek ödemeye ilişkin bir mahsup yapamayacağı kesindir.

## iii- Mahsup Fazlası Ödemenin İşçiden İstirdadı Sorunu

İşveren gerek yasadan kaynaklanan, gerekse işçiyle arasındaki sözleşmede yer alan mahsup hükümlerine göre bir mahsup işlemi yaptığında yine de işçiden alması gereken bir miktar kalırsa bunun işçiden istirdadı yollarının düşünülmesi gerekir. Önemle belirtelim ki işverenin dört aylık ücret ve diğer haklarda peşin ödenen bildirim süresi ücretini ve kıdem tazminatını yasa hükümleri gereğince, ek ödemeyi ise işçiyle arasında olan yazılı sözleşme hükümleri gereğince mahsup ettikten sonra kendiliğinden kalan kısma ilişkin olarak işçinin çalışmaya başladıktan sonraki ücretlerinden herhangi bir kesinti yapamaz. Bunun için yani mahsup fazlası kısma ilişkin İş K. m.35'te yer alan dörtte birlik sınıra uymak kaydıyla her ay ücretten kesinti yapılmasında işçinin yazılı muvafakati gerekir. İşçi yazılı muvafakat vermez ise işveren kesinleşmiş bir yargı kararı veya icra takibi olmadan ücretten kesinti yapamayacaktır<sup>25</sup>. İşçinin yazılı muvafa-



kati iş sözleşmesiyle alınabileceği gibi fesih sırasında taraflar arasında yapılmış olan yazılı anlaşmaya da konabilir. Hatta işçi işe başladıktan sonra da yazılı muvafakatının alınması mümkündür. İşçinin muvafakatının yazılı olmasının aranmasının sebebi İş Kanunu'nun 35. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin uygulanması çerçevesinde temlik işleminin yazılı şekle tabi olmasıdır.

### g- Dört Aylık Sürenin Kıdemden Sayılması

İşçinin çalıştırılmadığı dört aylık süre kıdemden sayılır. Dava dört aydan fazla devam etse de örneğin işçinin yeniden işe başlamasına kadar geçen süre iki yıl olsa da sadece dört aylık süre işçinin kıdeminden sayılacaktır. Bunun böyle olmasının nedeni konuya ilişkin İş Kanunu'nun 21. madde hükmünün mutlak emredici olması ve aksinin kararlaştırılmamasıdır. Dört aylık sürenin kıdemden sayılmasının anlamı kıdeme bağlı hakların bu dört aylık süre eklenecek şekilde hesaplanmasıdır. Örneğin işe başlayan işçinin iş sözleşmesi daha sonra kıdem tazminatı ödenecek şekilde sona erdirilirse, kıdem tazminatının hesabında bu dört aylık süre dikkate alınacaktır. Aynı sonuç ihbar sürelerinin tespiti bakımından da geçerlidir. Yıllık izni hak kazanmaya ilişkin bir yıllık sürenin hesabında veya yıllık izin kademelerinde ya da iş ilişkisinin sona ermesinde kullanılmayan yıllık izin sürelerinin hesabında bu dört aylık süre dikkate alınmak zorundadır. Diğer bir örnek olarak işyerinde kıdeme dayalı olarak yapılacak ödemelerde bu dört aylık sürenin dikkate alınması verilebilir. Özetlemek gerekirse dört aylık sürenin kıdemden sayılması hem iş ilişkisinin devamı sırasındaki kıdeme dayalı hakların uygulanması bakımından hem de iş sözleşmesinin sona ermesi halinde feshe bağlı hakların ödenmesi bakımından bu dört aylık sürenin dikkate alınması demektir<sup>26</sup>.

### h- Dört Aylık Sürenin Sigorta Bildirimini Yapılması

İşe iade sonucu işe başlayan işçinin çalıştırılmadığı dört aylık sürenin sigortaya bildirim zorunludur. Bu bildirim sigorta primlerinin de ödenmesini gerektirmektedir. Konuya ilişkin 27.04.2006 tarihli 16-370 Ek. No.lu SSK. Başkanlığı Genelgesi'ne gö-

re kesinleşmiş işe iade kararının işçiye tebliği tarihinden itibaren onuncu işgününün içinde bulunduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar ek bildirge ile aylık prim ve hizmet belgelerinin verilmesi ve muhteviyatı prim tutarlarının da aynı süre içinde ödenmesi halinde idari para cezası ve gecikme cezası uygulanmayacaktır<sup>27</sup>. Anılan Genelge işçinin işe başlatılmaması veya işçinin istemesine rağmen işe başlatılmaması hallerinde bildirim yapılmasını ve primlerin ödenmesini düzenlemiştir. Bize göre de bu yaklaşım Kanuna uygundur. İşe iade davası dört aydan fazla sürmüştü sigortaya bildirilecek dört aylık süre geçersiz feshi takip eden dört aylık süre olup bu süreyi aşan kısma ilişkin herhangi bir bildirim yapma ihtiyacı yoktur.

## 3- İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Doğan Hakları

### a- İşe Başlatılmamanın Fesih Sayılması

İşçinin işe başlatılmamasının ilk hukuki sonucu; taraflar arasında işe iade kararının verilmesi, işçinin iş başvuru yapması ve işverenin bu başvuruyu kabul etmemesiyle ihya edildiği varsayılan iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğinin kabul edilmesidir<sup>28</sup>. İşçinin işe başlatılmamasının iş sözleşmesinin önce varsayımsal olarak ihya edildiği sonra feshedildiği şeklinde yorumlanmasının temel dayanağı İş Kanunu 21. madde 4. fıkrasında yer alan "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir." hükmüdür. Hükmünden de anlaşılacağı gibi işe başlatılmamak süreli fesihle paralel olarak öngörülmüş ancak ortada gerçek bir iş sözleşmesi olmadığı, sadece sözleşme varsayımına dayanıldığı için ihbar süresi vermek maddeten mümkün olmadığından ihbar süresine ait ücretin peşin ödenmesi yani peşin ödemeli fesih yolu seçilmiştir.

Bununla birlikte işverenin işe başlatmaması her ne kadar fesih sayılsa da yasadaki kaynaklanan seçimlik yetki olduğu için bu fesih işleminin bir sebebe dayanması gibi bir gereklilik elbette söz konusu değildir. Yine bu nedenle bu fesih işlemine karşı yeniden bir yargı denetimi yoluna gidilemez. Bu özellik nedeniyle işverenin işe başlatılmamasıyla gerçekleşen feshin yasadaki kaynaklanan bir fesih olduğu ve geçerli feshin sonuçlarına bağlı olduğu



söylenbilir.

### b- Dört Aylık Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesi ve Bu Sürenin Kıdemden Sayılması

İşveren işçiyi işe başlatmadığında da işçiyi çalıştırmadığı dört aylık süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını ödemek zorundadır. Bu bakımdan işçinin işe başlatılması ile isteğine rağmen işe başlatılmaması arasında temelde bir fark yoktur. Her iki durumda da dört aylık ücret ve diğer haklar giydirilmiş brüt ücrettir. Her iki durumda da işçinin ücret ve diğer haklarına ilişkin bordro düzenlenmesi, vergi ve primlerin tahakkuk ettirilmesi, ilgili kurumlara bildirim ve ödemelerin yapılması, işçiye yapılacak ödemelerin netleştirilmesi gerekmektedir. Yine her iki durumda da işe iade davası daha fazla sürmüş olsa da bildirim yapılacak süre geçersiz feshi takip eden dört aylık süredir. Ve nihayet her iki durumda da dört aylık süre işçinin kıdemi eklenir<sup>29</sup>. İki durum arasındaki tek fark işçi işe başlatıldığında eğer geçersiz fesih tarihinde kendisine ihbar ve kıdeme ilişkin bir ödeme yapılmışsa bu ödemelerin dört aylık ücret ve diğer haklardan mahsup edilmesi imkânıdır. İşe başlatılmayan işçinin dört aylık ücreti ve diğer hakları bakımından bu şekilde bir mahsup işleminin yapılması söz konusu değildir.

### c- İşe Başlatmama Tarihine Kadar İşyerinde Gerçekleşmiş Haklardan İşçinin Yararlandırılması

İşe başlatmama tarihine kadar işyerinde gerçekleşen haklardan kural olarak işçi yararlanır. Ancak işçinin her talep hakkı bakımından bu yararlanmanın kapsamını ve tarih sınırını belirlemek gerekir.

Dört aylık ücreti ve diğer hakları etkileyecek işçi lehine değişiklikler ancak geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık sürede gerçekleşmiş olanlardır. Başka bir anlatımla işçinin işe başlatılmama tarihindeki emsallerine göre belirlenecek ücreti, eğer işe başlatılmama tarihi geçersiz feshi izleyen dört aylık süreden sonraki bir tarih ise dört aylık ücret ve diğer hakların ödenmesinde dikkate alınmayacaktır.

İşe başlatmama tazminatı bakımından hesaba esas alınacak ücret ise işçinin işe başlatılmadığı ta-

rihteki temel ücret olacaktır. Bunun anlamı işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar işyerinde gerçekleşmiş ücret zamlarından işçinin yararlanacak olmasıdır<sup>30</sup>. Ancak bu ücret giydirilmiş ücret olmadığı için sosyal haklar yönünden ortaya çıkan artışlar dikkate alınmayacak sadece temel ücrete yönelik zamlar gözetilecektir.

Kıdem ve ihbar tazminatları bakımından hesaba esas alınacak ücret de işe başlatmama tarihindeki giydirilmiş ücrettir. İşçiye geçersiz fesih sırasında kıdem ve ihbara ilişkin ödeme yapılmış olsa bile fark kıdem ve ihbar tazminatı çıkması söz konusudur. Bu farkların hesabında işverenin işçiyi işe başlatmadığı tarihteki giydirilmiş ücreti esas alınır. Ayrıca kıdem tazminatı bakımından yine o tarihteki kıdem tazminatı tavanına göre hesap yapılır.

Kullanılmayan yıllık izin ücretlerinin hesabında da işe başlatmama tarihindeki temel ücretin dikkate alınması gerekecektir. İşe başlatılmama halinde yıllık izne ilişkin iki şekilde ödeme çıkabilir. Birincisi geçersiz fesih tarihindeki ücret esas alınarak işçiye ödenmiş olan yıllık izin ücretleri işe başlatmama tarihindeki ücret daha yüksek ise eksik kalır ve aradaki farkın ödenmesi gerekir. İkincisi dört aylık sürenin kıdeme eklenmesi ile işçi yeni bir yıllık izin hakkı kazanmış olabilir ve bunun son ücret üzerinden ödenmesi gerekir. Her iki durumun birlikte gerçekleşmesi elbette ki mümkündür.

### d- İşe Başlatmama Tazminatının Ödenmesi

İşveren işe iade kararı sonucunda işe başlamak isteyen işçiyi yasadan kaynaklanan seçimlik borç yetkisini kullanıp işe başlatmaz ise mahkemece tayin edilmiş olan işe başlatmama tazminatını ödemekle yükümlü olur. İşe başlatmama tazminatının muaccel olduğu tarih işverenin işe başlatmama iradesinin açığa çıktığı tarih veya işverenin işe başlatmama süresi olan bir aylık süreyi izleyen gündür. İşe başlatmama tazminatı prime esas kazançlardan olmadığından sigorta primine tabi değildir. Ayrıca bu ücretten hesaplanacak ödemenin gelir vergisine tabi olmayacağına ilişkin Danıştay kararları bulunmaktadır<sup>31</sup>. Ancak öğretide aksine görüşler ileri sürülmekte ve işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>32</sup>. Anılan görüşe göre işe başlatmama tazminatı Gelir Vergisi Kanunu'ndaki muafiyet kalemleri arasında

sayılmadığından gelir vergisine tabidir. Bu tartışma bir yana, işe başlatmama tazminatından her halükârda damga vergisi kesilir. Değınildiğı üzere işe başlatmama tazminatı, işe başlatmama tarihindeki temel brüt ücret esas alınarak hesaplanır.

#### e- Dört Aylık Sürenin Kıdemden Sayılması Nedeniyle Bakiye Süre Bir Yılı Geçerse Kullanılmayan Yıllık İzin Ücretinin Ödenmesi

İşçinin geçersiz fesih tarihine kadarki hizmet süresinin tam yıllardan artan kısmı veya bu süre tam yıl olmamışsa toplam hizmet süresi sekiz ay veya daha fazla ama bir yıldan az ise dört aylık sürenin eklenmesi ile bir yılı aşan bir hizmet süresi doğar. Bu durumda işçi yeni bir yıllık izin hakkına sahip olur<sup>33</sup>. İşçi işe başlatılmadığı için doğan izin hakkını kullanma hakkı olmayacağından bu izin süresinin ücretine hak kazanır. Öte yandan bu dört aylık kıdem işçinin, yıllık izin kademelerine de etki edebilir. Örneğın işe iade davası açan işçi beş yıl, dokuz aylık hizmete sahipse dört aylık sürenin eklenmesiyle toplam hizmet süresi altı yıl, bir ay olur. Bu durumda işçinin altıncı yıl izin süresi on dört gün değil, yirmi gün olarak hesaplanır ve işçiye ücretin yirmi gün üzerinden ödenmesi gerekir. İşçiye yıllık izne ilişkin olarak yapılacak ödemelerde işe başlatmama tarihine göre belirlenecek en son ücreti dikkate alınır.

#### f- Ödenmemişse Dört Aylık Sürede Eklenerek Kıdem ve İhbar Tazminatlarının Ödenmesi

Geçersiz fesih sırasında işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmemişse, işe başlatılmayan işçiye ödenmesi gereken kalemler arasında kıdem ve ihbar tazminatı da vardır. İşçinin kıdem süresi hesaplanırken ve ihbar süresi belirlenirken dört aylık çalıştırılmadığı sürenin hesaba katılması gerekmektedir. Örneğın geçersiz fesih tarihinde iki yıl, dokuz aylık hizmeti olan bir işçi bakımından işe başlatılmama halinde üç yıl, bir ay kıdem süresi ve sekiz hafta ihbar süresi belirlemek gerekir. Kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin ödemelerde işe başlatmama tarihine göre saptanacak giydirilmiş ücretler dikkate alınır. Yine belirtmek gerekirse kıdem tazminatı tavanının belirlenmesinde elbette ki işe başlatma

ma tarihindeki tavanı dikkate almak gerekir<sup>34</sup>.

#### g- Ödenmişse Dört Aylık Kıdem ve Gerçekleşmiş Haklardan Kaynaklanan Fark Kıdem ve İhbar Tazminatının Ödenmesi

Geçersiz fesih tarihinde işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş olsa bile kıdem ve ihbar tazminatı fark ödemeleri söz konusu olabilmektedir<sup>35</sup>. Kıdem tazminatı farkı üç halde gerçekleşebilir: Bunlardan birincisi dört aylık sürenin kıdeme eklenmesidir ki, her halükârda kıdem tazminatı farkı doğuran bir durumdur. Başka bir deyişle hesaba esas alınan ücret ve kıdem tazminatı tavanında bir değişiklik olmasa da işe iade sonucunda işe başlatılmayan işçiye her durumda dört aylık süreden kaynaklanan kıdem tazminatı farkı ödenmek zorundadır.

Kıdem tazminatı farkı doğuran ikinci olgu, hesaba esas alınan ücrette meydana gelen artışlardır. İşe başlatmama tarihindeki giydirilmiş ücret kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmak zorunda olduğu için tavana kadar gerçekleşen ücret zamları sebebiyle kıdem tazminatı farkı doğması söz konusu olabilmektedir. Kıdem tazminatı farkı doğuran üçüncü olgu ise kıdem tazminatı tavanındaki artıştır. Eğer geçersiz fesih tarihinde hesaba esas alınan tavan işe başlatmama tarihinde değişmişse, işe başlatmama tarihindeki tavana göre yeniden hesap yapılması sorunludur. Elbette bu ihtimal giydirilmiş ücreti tavanı aşan işçiler için geçerlidir.

#### h- İşverenin Ek Ödemeden Kaynaklanan Haklarını Mahsup Edip Edemeyeceğı

İşe başlatılmayan işçiye, işveren geçersiz fesih sırasında ek bir ödeme yapmışsa, işçiye yapacağı ödemelerden bunu mahsup edip edemeyeceğı veya takas olarak ileri sürüp süremeyeceğı sorunlarının üzerinde durulmalıdır.

İş Kanunu madde 21'de yer alan mahsup hükmü işe başlatılan işçiler bakımından geçerli olduğundan ele aldığımız sorunun çözümüne yönelik bir sonuç doğurmaz. Dolayısıyla sorunu genel hükümlere göre ele alıp değerlendirmek gerekir. İşverenin yaptığı ek ödemenin hukuki niteliğini belirlemek birinci sorundur. İşveren bu ek ödemeyi

geçersiz fesih sırasında işçiyle yaptığı bir sözleşmeye dayandırmış ve ek ödemenin akıbetini taraflar sözleşmede belirlemişler ise yapılan ödeme akdi nitelikte olup, sözleşme hükümlerine göre bir sonuca varılır. Eğer taraflar arasında yapılan ödemeye ilişkin sözleşmesel bir temel yok ise veya sözleşmesel bir temel olsa bile ödemenin sebebi hukuka aykırı ise bu durumda yapılan ödeme sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Örneğin işverenin yaptığı ek ödeme işçinin işe iade davası açmama taahhüdüne karşılık ise, bu taahhüt hukuka aykırı olduğundan yapılan ödeme de sebepsiz zenginleşme yaratan bir ödemedir. Sonuç olarak işverenin yaptığı ek ödeme ya hukuka uygun sözleşmesel temeli olan bir ödeme niteliğinde olur (bu durumda ek ödemenin akıbeti sözleşme hükümlerine göre belirlenir) veya hukuka geçerli bir sebebe dayanmaz. Bu durumda ek ödemenin akıbetini sebepsiz zenginleşme hükümleri tayin eder.

İşverenin yaptığı ek ödemenin hukuki niteliği ne olursa olsun, işveren Borçlar Kanunu 118. maddede uyarınca işe başlatmadığı işçiye yapacağı ödemeler çerçevesinde takas hakkını kullanabilir. Ancak işveren bu takas hakkını BK. madde 123/2. bent hükmü gereği dört aylık ücret ve diğer haklara karşı ileri süremez. Fakat işçinin diğer hakları bakımından işverenin takas hakkını kullanmasına bir engel yoktur. Ancak buradaki sorun da, işverenin bu hakkını ileri sürebilmesi için ek ödemeye ilişkin alacağının muaccel olması ve alacağın zamanlaşımına uğramaması gerekir.

İşverenin ek ödemeye ilişkin alacağı ancak en erken işe iade kararının kesinleşmesi ile muaccel olduğundan zamanlaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Ek ödemenin hukuka uygun bir sözleşmesel temeli varsa sözleşme zamanlaşımı, eğer ek ödemeye ilişkin hukuka uygun bir sebep yoksa sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanlaşımı kuralları uygulanır. Ek ödemenin dayanağı olan sözleşmesel temel, bozucu şarta bağlı ödünç sözleşmesi olarak nitelenebileceğinden uygulanabilecek zamanlaşımı süresi, BK 309. madde uyarınca, altı aydır. Ek ödeme sebepsiz zenginleşme çerçevesinde talep edilecek ise zamanlaşımı süresi BK 66. madde uyarınca bir yıldır.

#### 4- Çağrılmasına Rağmen İşçinin İşe Başlamaması

İşe iade kararı üzerine işçinin on işgünü içerisinde işverene başvurmaması halinde işverence yapılmış feshin geçerli fesih haline geleceği ve işverenin sadece bu feshin hukuki sonuçlarından sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir (İşK. m. 21/5 f). Buna karşın başvuru yapan işçiyi, işverenin işe çağırması halinde, işçi işe başlamazsa sonucun ne olacağına ilişkin bir kurala yasa da yer verilmemiştir. Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararında çoğunluk oyuyla; kanun boşluğu olarak nitelediği sorunu, İşK. m. 21/5 f düzenlenmesini kıyasen uygulayarak çözmüştür. Aynı karardaki karşı oy yazısında ise irade beyanı kurallarına göre hareket edilerek sözleşmenin devrede olduğunun kabulüyle sözleşme hukukuna göre sorunun çözülmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>36</sup>. Bize göre kararda yapılan kanun boşluğu tespiti yerindedir. MK. m.1'e göre "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır." Eğer bir çekişmede özel ve genel kanunlarda sözü ve özü itibarıyla uygulanabilecek bir hüküm yoksa kanun boşluğundan söz etmek gerekir. İncelemeye konu kararda ele alınan çekişme bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nda yasal hüküm olmadığı gibi, karşı oydaki yaklaşımın aksine genel hükümler içerisinde de uygulanacak bir kural bulunmamaktadır. Çünkü kanımızca, karşı oyda gösterildiğinin tersine BK. 1 ilâ 9. maddelerin yorum yoluyla olsa dahi karar konusu çekişmeye uygulanması mümkün gözükmemektedir<sup>37</sup>.

#### a- İşçinin Başvurusunun Yapılmamış Sayılması

Belirtildiği gibi işçi, işe iade kararının kendine sağladığı hakları kullanabilir hale gelmesi için süresi içinde işe başvuru yapmak zorundadır. Çoğunlukla benimsendiği üzere işçinin bu başvurusunun işveren tarafından kabul edilmesi halinde taraflar arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş olmamakta, mevcut sözleşme devreye girmiş sayılmaktadır<sup>38</sup>. İşçinin işe başvurusunun işveren tarafından kabul edilmemesi halinde ise Yargıtay'ın içtihat haline gelmiş görüşüne göre işçinin işe başlatılmadığı tarihte taraflar arasındaki mevcut sözleşmenin feshedildiği kabul edilmektedir<sup>39</sup>. Ancak burada

feshe konu bir sözleşmenin mevcudiyetini sağlayan olgular; işe iade kararının verilmesi, işçinin işe başvuru yapması ve işverenin bu başvuruyu kabul etmemesidir. Diğer deyişle feshedildiği kabul edilen iş sözleşmesi anılan olgular sebebiyle ihya edildiği varsayılan sözleşmedir.

Demek ki işverenin başvuruyu kabul etmemesi hali hariç, işçinin başvurusu üzerine iş sözleşmesinin ihyası ancak işçinin çağrıya uyup işe başlaması veya işe başlayacağını açıklamasıyla söz konusu olabilir. Ancak bu aşamadan sonra iş sözleşmesi bütün hükümleriyle geçmişe etkili olarak yeniden devreye girer ve tarafların sözleşmeden kaynaklanan haklarını kullanması ve borçlarını yerine getirmesi söz konusu olabilir.

Bu nedenlerle işe iade kararı geçersiz fesihle sona ermiş iş sözleşmesini kendiliğinden ihya eden bir etkiye sahip değildir. İşe iade kararı öncelikle işçinin işe başvurusu koşuluna bağlı olarak, işverene yüklenmiş iki borçtan birini seçme yetkisi veren bir karardır. İşveren bu borçlardan birini seçerek karar gereğini yerine getirme yetkisine sahiptir. İşçi ya işe başvurmayarak veya işveren işe başlatma borcunu seçip işçiye çağrı yaptığında işe başlamayarak işvereni işe iade kararından doğan bütün borçlardan kurtarabilir.

Sonuç olarak işe iade kararı üzerine işe başvuran işçi işverenin başvuruyu kabul edip çağırması halinde işe başlamadığında hukuki durumu hiç başvuru yapmamış işçinin hukuki durumuyla aynı olur.

## **b- Ödenmemişse ve Süre Koşulu Varsa Kıdem ve Her Durumda İhbar Tazminatına Hak Kazanılması**

İşçinin çağrıldığı halde işe başlamaması, hiç başvurmayan işçiyle aynı hukuki statüde olması anlamına geldiğinden işe iade kararının tek hukuki sonucu da geçersizliğine karar verilmiş olan feshin İş K. m.21/5 uyarınca geçerli hale gelmesidir. Buna göre işçiye fesih sırasında kıdem ve ihbar tazminatı ödenmişse artık işverenin herhangi bir borcu kalmaz. Öncelikle işverenin çağrısıyla işe başlatmama tazminatı ortadan kalkmış olur. İşçinin çağrıya uymamasıyla da dört aylık sürenin kıdemden sayılması, ücret ve haklarının ödenmesi, sigor-

ta bildirimlerinin yapılması gibi yükümlülüklerin tamamı ortadan kalkar.

Eğer geçersiz fesih sırasında işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmemişse anılan fesih geçerli hale geldiğinden işçinin feshe bağlı haklarının ödenmesi gerekir. Buna göre işçinin kıdem süresinin gerektirdiği bildirim süresi ücreti kadar ihbar tazminatı her durumda ödenecektir. İşçinin en az altı ay kıdem olması gerekeceğinden en az dört haftalık ihbar tazminatı bu durumdaki her işçi tarafından hak edilmiş olur. Hizmet süresine göre ihbar tazminatı sekiz haftaya kadar çıkabileceği gibi artırılmış ihbar süreleri varsa daha fazla da olabilir. Bunun yanı sıra en az bir yıllık hizmet süresi olan işçi bakımından kıdem tazminatı da ödenecektir. Tüm bu ödemeler bakımından hizmet süresi hesaplanırken geçersiz fesih tarihi dikkate alınacak ve hesaba esas ücret de yine geçersiz fesih tarihindeki giydirilmiş ücret olacaktır.

## **c- Başvuruyla Dört Aylık Ücret ve Diğer Haklara Hak Kazanılmasına İlişkin Yargıtay İçtihadı ve Değerlendirilmesi**

Yargıtay, işverenin işe çağrısının samimi ve gerçek olması konusunda bir tereddüt olmadığı halde işçinin işe başlamamasına rağmen sadece yasal süre içinde işe başvuru yapmasının dört aylık ücret ve diğer hakları kazanmasına yeteceği, konusunda kararlar vermeye başlamıştır<sup>40,41</sup>.

“İşçinin sadece yasal süresi içinde başvurmasının çalıştırılmayan dört aylık süre ve diğer haklara hak kazandıracağı yaklaşımı bireysel ve toplu iş hukuk sisteminde birçok karmaşaya neden olabilecek niteliktedir.

Eğer bu görüş kabul edilirse dört aylık sürenin kıdem süresinden de sayılması sonucuna da ulaşmak gerekecektir. Bu durumda işçinin kıdem süresine bağlı kıdem tazminatı, kullanılmayan yıllık izin süresi ve ücreti, ihbar süresi ve ücreti ya da ihbar tazminatı bakımından dört aylık sürenin hesaba katılması kaçınılmaz olacaktır. Böylece çağrıldığı halde işe başlamayan işçi sadece yasal süresi içinde başvurmakla hem dört aylık ücret ve diğer haklara sahip olacak hem de iş sözleşmesinin süresini dört ay daha uzatmış sayılacaktır. İşçinin sadece başvuru iradesinin bu hukuki sonuç-



ları doğurduğunu ileri sürmek son derece hatalıdır.

Elbette bu görüşün doğal sonucu olarak işveren dört aylık bu sürenin sigorta bildirimini yapıp primlerini de ödemek zorunda kalacaktır. Oysa işverenin prim ödeme borcu iş ilişkisinin varlığına ve ücret ödeme borcuna bağlıdır. Ortada bir iş ilişkisi olmadan işvereni hem ücret ödeme hem de prim ödeme borcu altına sokan bu yaklaşımın zorunlu sosyal sigorta ilkesiyle ve uygulama esaslarıyla bağdaştığını söylemek olanaklı değildir.

Aynı şekilde bu görüşe göre işçinin iş sözleşmesinin hukuken sona erdiği tarih geçersiz fesih tarihine eklenen dört aylık sürenin sonunu izleyen gün olarak kabul edilecektir. Buradaki mantıksal tutarsızlık ise son derece belirgindir. İşçi sadece yasal başvuru yaptığı için, işverene ait fesih hak ve yetkisini işveren kullanmadan, işçinin başvurusu eylemine bağlı kendiliğinden gerçekleşen bir sonuç olarak feshi işverenin yaptığı varsayılacaktır. Çünkü ulaşılan bu sonuçta işçiye kıdem ve ihbar tazminatlarının da ödenmesi gerekmektedir veya geçersiz fesih tarihinde ödenmişse bu süreye ait doğacak farklar ödenmelidir. Yani işverenin iradesi işçinin işe başlaması olduğu halde işçi işe başlamayınca bu yine işverenin feshi olarak sayılacak ve fesih tarihi de ücreti ödenen dört aylık sürenin sonu olacaktır.

Bu yaklaşımla fesih tarihi ileri alınacağı için kıdem, ihbar, yıllık izin hesabına esas alınacak ücret dört aylık sürenin sonundaki ücret olacaktır. Bu süre içinde örneğin işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan yeni haklar doğmuşsa işçi bundan da yararlanacaktır. Veya toplu iş sözleşmesi olmayan ya da toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında olan işçiler bakımından işveren ücret zammı yapmışsa bu zamların da hesaba esas alınan ücretler bakımından dikkate alınması zorunluluğu olacaktır. Nihayet bu dört aylık süre içinde kıdem tazminatı tavanı artacaksa işçi bundan da yararlanacaktır.

Elbette işçi bu dört aylık süre içinde işverenin işçisi sayılacak ve örneğin çoğunluk tespit sürecinde hesaba katılacaktır veya işverenin kimi yasal yükümlülüklerini belirleyen işçi sayısı tespitinde dikkate alınacaktır.

Görüldüğü üzere Yargıtay içtihadında ulaşılan sonucun iş güvencesine ilişkin pozitif kuralların

yanı sıra iş hukukunun diğer pozitif kurallarına da açıkça aykırılıklar taşıdığı belirgindir<sup>42</sup>.”

Oysa “Dört aylık ücret ve diğer hakları elde etmenin temeli iş ilişkisinin ihya edilmiş olması başka bir deyişle işverenin yaptığı geçersiz fesihle geçici bir süre ortadan kalmış olan iş ilişkisinin hukuken yeniden kurulmuş olmasıdır. Hukuken ihya edilmiş olan iş ilişkisinin geçersiz fesih tarihini izleyen dört ayı işçinin ücret ve diğer hakları çalışmadığı halde yasa gereği elde ettiği dönemdir. Dört aylık süreden sonra işçinin işe başlatıldığı ya da başlatılmadığı tarihe kadar geçen bir dönem varsa bu dönem de iş ilişkisi sürmekle birlikte işçinin devamının kesildiği dönem olarak kabul edilecek bir niteliktedir. Bu yaklaşım çerçevesinde işçi başvurusunu yapmış olmakla birlikte çağrıldığı halde işe başlamazsa iş ilişkisinin ihya olması mümkün olmayacağı ve iş ilişkisi ilk fesih tarihi itibarıyla sona ermiş kabul edileceği için dört aylık ücret ve diğer hakları iş ilişkisi temelinde dayalı olarak elde etmesi söz konusu olamayacaktır<sup>43</sup>.”

#### d- İşverenin Ek Ödemeden Kaynaklanan Haklarını Talep Edip Edemeyeceği

Çağrıya rağmen işe başlamamak hiç işe başvurmamakla aynı hukuki sonuçları doğurduğundan, işverenin geçersiz fesih sırasında işçiye yaptığı ek ödemelerin hukuki akıbeti konusunda da hiç işe başvurmamış işçiye yapılan ek ödemelerle ilgili ulaştığımız ve yukarıda ilgili bölümde yer verdiğimiz sonuçların geçerli olduğu görüşündeyiz. Buna göre işverenin ek ödemesi işçinin işe iade davası açmaması taahhüdü karşılığı verilmişse bu taahhüt hukuken geçersiz olduğundan işveren ancak sebpsiz zenginleşme hükümlerine göre istirdat talep edebilir. İşverenin ek ödemesi, işe iadenin mali sonuçlarına yönelik verilmişse, işçinin işe başlamaması işe iadeye ilişkin hiçbir mali sonucun doğmamasını sağladığından, işverenin istirdat talep hakkı olamayacaktır. Çünkü bozucu şarta bağlı yapılmış ödeme şart gerçekleşmediği sürece geri istenemez.

#### DİPNOTLAR

1 4773 sayılı Kanun'la 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen iş güvencesi hükümleri 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe girmişti.



- 2 Süzek, S., İş Hukuku, Beta, 2006, s. 481- 482 ve aynı yerde 156 no.lu dipnotta geçen karar ve yazarlar.
- 3 Öğretide yasada kullanılan "feshin geçerli sayılması" ifadesi eleştirilmekte ve yargı kararıyla geçersizliği tespit edilmiş olan feshin işçinin başvurumama davranışıyla geçerli hale geldiği sonucuna varılması bir tutarsızlık olarak kabul edilmektedir. Bkz. Akı-Altıntaş-Bahçivancılar, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul: Legal Yayınları, s. 152 ve aynı yerde 43 no.lu dipnotta atf yapılan yazarlar.
- 4 Akyiğit, E., 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara: Seçkin Yayınları, 2006, 2. baskı, s. 80; Süzek, 487.
- 5 Günay, C.İ., İş Kanunu Şerhi 1.Cilt, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, 2. baskı, s. 905. Yazara göre işçinin süresinde başvurumamasından çıkan bir sonuç da işverenin işçiyi işe başlatmak zorunda kalmamasıdır.
- 6 Konuya ilişkin bir Yargıtay kararının metni ve incelemesi için bkz. Uçum, M. "İşe İade Sonunda Dört Aylık Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesinde İşçinin İşe Başvurusunun Yeterli Olup Olmadığı", Legal YKİ, 2008, Sayı 7, s. 36-44. (Karar İnceleme, YKİ 7); Aynı yöndeki diğer bir karar; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2008/4328 E., 2008/6932 K., 31.03.2008 T.; Legal İSGHD, 2008, sayı 18, s.623-624.
- 7 Süzek, s. 482; Mollamahmutoglu, H., İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 2004, s. 579.
- 8 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2005/32433 Karar Numarası: 2006/10560 Karar Tarihi: 18.04.2006, Legalbank-İnternet Hukuk Programı, www.legal.com.tr.
- 9 Akyiğit, s.804.
- 10 Süzek, 487.
- 11 Kılıçoğlu, M., İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul: Ayhan Yayıncılık, 2005, s. 240. Yazar, işe başlatılanlar için kıdemden sayılan sürenin isabetli olarak geçersiz fesih tarihini izleyen ilk dört aylık süre olduğu görüşündedir. Aynı görüşün işe başlatılmayan işçilerin kıdem bakımından da isabetli olduğu kuşkusuzdur.
- 12 27.04.2006 tarihli 16-370 Ek. No.lu SSK. Başkanlığı Genelgesi.
- 13 Aksi görüş, Akyiğit, s. 805-806.
- 14 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2006/24775, Karar Numarası: 2006/26831, Karar Tarihi: 10.10.2006, Legalbank-İnternet Hukuk Programı, www.legal.com.tr.
- 15 Resmi Gazete, Sayı 26887, Tarih 26 Mayıs 2008, Pazartesi.
- 16 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2006/1570 Karar Numarası: 2006/4778 Karar Tarihi: 27.02.2006. Karara ilişkin inceleme için bkz. Uçum, M. Hasan Günüş, Gerçek İşverenin Tespiti ve Greve Katılmama Hakkı, Legal İSGHD, 2006, sayı 11. s. 929-943.
- 17 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2006/21611, Karar Numarası: 2006/22886, Karar Tarihi: 15.09.2006, Legalbank.
- 18 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2007/8472, Karar Numarası: 2007/18732, Karar Tarihi: 12.06.2007; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2006/25610, Karar Numarası: 2006/32373, Karar Tarihi: 11.12.2006, Legalbank.
- 19 Farklı olasılıklara göre yapılan tartışma için bkz. Akı-Altıntaş-Bahçivancılar, s. 160.
- 20 Aynı görüş, Akı-Altıntaş-Bahçivancılar, s. 160; Çankaya O., Cevdet İlhan Günay, Seracettin Göktaş, İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, 2005, s. 267.
- 21 Aynı görüş. Günay, s. 913-914.
- 22 Süzek, s.482-483; Çil, Ş., 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 1.Cilt, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 414.
- 23 İş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirilmesine yönelik ayrıntılı bir değerlendirme içeren karar incelemesi için bkz. Ekonomi, M. İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, Legal YKİ 1, 2006, s. 29-47.
- 24 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2006/16045, Karar Numarası: 2006/20332, Tarihi: 10.07.2006, Legalbank.
- 25 Aynı görüş. Çankaya, Günay, Göktaş, s. 271.
- 26 Konuya ilişkin öğretilerdeki farklı görüşler, eleştiriler ve Yargıtay uygulaması için bkz. Akyiğit, s. 806; Güven, E., Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2007, s. 156-157; Kılıçoğlu, s. 230; Süzek, s. 487; Çil, s. 413-414.
- 27 Süzek, s. 188; Günay, s. 915.
- 28 Süzek, s. 484; Çankaya, Günay, Göktaş, s.262; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2005/16932, Karar Numarası: 2005/31926, Karar Tarihi: 03.10.2005, Legalbank.
- 29 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2005/2277, Karar Numarası: 2005/32778, Karar Tarihi: 10.10.2005, Legalbank.
- 30 Çankaya, Günay, Göktaş, s. 265.
- 31 Daniştay 3. Dairesi, Esas No. 2006/3799, Karar No. 2007/414; Esas No: 2006/3800, Karar No: 2007/415; Esas No: 2006/3801, Karar No: 2007/416, Tarihleri:15.02.2007, Legalbank.
- 32 Ekmekçi, Ö., Mehmet Uçum, İş Güvencesi Tazminatı gelir Vergisine Tabi midir?, Legal İSGHD, 2006 sayı 9, s. 41-48.
- 33 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2005/16914, Karar Numarası: 2005/31915, Karar Tarihi: 03.10.2005; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2005/16917, Karar Numarası: 2005/31918, Karar Tarihi: 03.10.2005, Legalbank.
- 34 Aynı kararlar.
- 35 Aynı kararlar.
- 36 Yargıtay kararı metni ve incelemesi için bkz. Uçum, M. "İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları", Legal YKİ, 2007, Sayı 2, s. 177-192 (Karar İnceleme, YKİ 2).
- 37 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Uçum, Karar İnceleme, YKİ 2, s.177-192.
- 38 Süzek, s.482 ve aynı yerde 157 no.lu dipnotta geçen yazarlar; Çelik N., İş Hukuku Dersleri, Beta, 18. Bası, 2005, s. 220; Mollamahmutoglu, s. 576; Çankaya, Günay, Göktaş, s. 260.
- 39 Çankaya, Günay, Göktaş, s. 262 ve ayrıca s. 720 ve 721'de yer alan kararlar.
- 40 Uçum, Karar İnceleme, YKİ 7, s. 36-44.
- 41 Yargıtay 9 HD. 2008/4328 E., 2008/6932 K., 31.03.2008 T.; Legal İSGHD, 2008, sayı 18, s.623-624.
- 42 Uçum, Karar İnceleme, YKİ 7, s. 40-42.
- 43 Uçum, Karar İnceleme, YKİ 7, s. 40.

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve Şirketler Grubu Kavramı “Bordro İşvereni” Tabiri Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/29950

**Karar No** : 2008/7008

**Tarihi** : 31.03.2008

### ÖZET

Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Başka bir anlatımla salt aralarında organik bir bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir.

### DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

### KARAR

Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan 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, işyerinde fesih tarihi itibarıyla 30'dan az işçi çalışması nedeni ile davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının çalıştığı şirketin .....Şirketler Grubu içerisinde yer aldığı, gruba ait diğer şirketlerin davalı şirketle faaliyet alanlarının ve işkollarının aynı olduğu, bu nedenle grupta bulunan aynı işkolundaki şirketlerde çalışan toplam işçi sayısına göre iş güvencesinden yararlanma koşullarının gerçekleşmiş olduğu, feshin geçerli nedene dayandığının kanıtlanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildirimini yaptığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/2 maddesine göre, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır, işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.

Yine aynı Kanununun 18/4 maddesi uyarınca, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Keza 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2 maddesi uyarınca bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dâhil olduğu iş kolundan sayılır.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildirimini yaptığı tarihte 30

işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik ya da normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır (Mues, W. M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungrecht, Teil 2, Rz.75, s:293). Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir.

Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç (geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dâhil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işveren işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında "bordro işvereni" olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret

olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu, elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işçilerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeleri kapsamı işine aldığından (İş. K. Md.4/b), bu işyeri ya da işletmede çalışanlar da iş güvencesinden yararlanır. Buna karşılık, 50'den az (elli dahil) işçi çalıştıran tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalacağından, bu yerlerde 30'dan fazla işçi çalıştırılrsa dahi (örneğin, 40 işçi) bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. 50 işçinin tespitinde sadece tarım işçileri değil; diğer işçiler de dikkate alınmalıdır.

Somut olayda davalı şirkete ait aynı işkolundaki toplam işçi sayısının fesih tarihi itibarıyla 28 olduğu anlaşılmaktadır. Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Başka bir anlatımla salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir.

Davacı işçinin Gruba ait şirketlerce birlikte çalıştırıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Bu

durumda iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek bakımından işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalışma koşulu gerçekleşmiş olmadığından davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

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

## HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1-Mahkemenin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2-Davanın reddine,

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4-Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı ... YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5-Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre ... YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6-Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,

kesin olarak oybirliği ile karar verildi 31.03.2008.

## KARARIN İNCELENMESİ:

Karar üç noktadan incelenecektir. İlk olarak otuz işçi sayısının belirlenmesinde Yüksek Mahkemenin ölçüleri esas alınarak değerlendirme yapılacaktır. İkinci olarak bordro işvereni tabiri incelenecektir. Üçüncü olarak ise alt işveren ilişkisinde muvazaa tabiri değerlendirilecektir. Muvazaa tabirinin değerlendirilmeye tabi tutulmasının sebebi ise; Yargıtay kararının tenkiti anlamına değil, doktrinde bir tartışma yaratmaya matuf beyan niyetimiz dolayısıyla olacaktır.

**I-** İncelemeye konu olan davada ilk derece mahkemesi E...Şirketler Grubu içerisinde yer alan bir işyerinde çalışan işçinin geçerli sebep olmaksızın işten çıkarıldığını, gruba bağlı işyerlerinde çalışan işçi sayısının 30'dan fazla olduğunu, her ne kadar kararda belirtilmese de, anlaşıldığı kadarıyla işçinin altı aydan fazla kıdeme sahip olduğu vb. gibi İş Kanunu'nun iş güvencesi için aradığı temel şart-

ların mevcut olduğu kanaatiyle davanın kabulüne karar vermiştir.

Ancak Yüksek Mahkeme verdiği kararla ilk derece mahkemesinin kararındaki şirketler grubu içerisinde çalışanlarıyla toplam 30 işçi sayısının mevcut olmakla birlikte, Kanunun gerçekte farklı tüzel kişiliklere ait toplam otuz işçi sayısını değil, aynı tüzel kişilik içerisinde 30 kişiyi amaçladığı ve iş güvencesinin ancak bu şartlarla kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bu sebeple 30 işçi sayısının işçinin çalıştığı işyeri (tüzel kişilik) için gerçekleşmediğini, dolayısıyla işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanmaya hak kazanmadığını belirtmektedir.

İş Kanunu m. 18/1 iş güvencesinden faydalanabilecek işçilerin otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde çalışmış bulunmalarını şart olarak getirmektedir. Bunun sebebi de genel olarak otuz ve daha az sayıda işçi çalıştıran işletmelerin ekonomik güçlerinin düşük olduğu ve kanunlarla getirilen yükümlülüklerin ağırlığı karşısında korunmala-

## Yüksek Mahkeme farklı tüzel kişiliklere ait işyerlerinin aynı gruba dâhil olsalar da iş güvencesi itibariyle birlikte değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.

rı düşüncesidir. İstihdam güvencesi getiren 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde ilke olarak Sözleşmeyle getirilen imkânların bütün ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunanlara uygulanacağı belirtilmişse de aynı sözleşme "işletme büyüklüğü" ve "özel istihdam şartları" dikkate alınarak bazı işletmelerin istisna tutulabileceği imkânını getirmektedir. Bu alandan hareketle –sayı yüksek olmakla birlikte- Türkiye de ILO Sözleşmesinin verdiği imkân çerçevesinde iş güvencesi uygulanabilecek işyerleri ve işletmeleri otuz ve daha fazla işçilerin çalıştığı yerler olarak belirlemiştir<sup>1</sup>.

İncelediğimiz kararda işçinin çalıştığı işyerinde toplam 28 işçinin çalıştığı Yüksek Mahkemeye ifade edilmektedir. Yüksek Mahkemeye göre; "Somut olayda davalı şirkete ait aynı işkolundaki işçi sayısının fesih tarihi itibariyle 28 olduğu anlaşılmaktadır. Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Başka bir anlatımla salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle Gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir. Davacı işçinin Gruba ait şirketlerce birlikte çalıştırıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Bu durumda iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek bakımından işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalışma koşulu gerçekleşmiş olmadığından davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır".

Yüksek Mahkeme farklı tüzel kişiliklere ait işyerlerinin aynı gruba dâhil olsalar da iş güvencesi itibariyle birlikte değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Halbuki Yüksek Mahkeme 27.06.2006 tarihli bir kararında şu şekilde karar vermiştir; ".özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklinde çalışma söz konusu ise, 30 işçi kıstasında grup şirketlerindeki işçilerin toplam sa-

yısının dikkate alınması gerekir"<sup>2</sup>. Bu karara göre grup kavramı ile "birlikte istihdamın" gerçekleştiğini kabul eden Yargıtay toplam işçi sayısının birlikte çalışanların esas alınarak belirlenmesi gerektiğini de ifade ettiği görülmektedir. Doğru olan da budur. Ancak Yüksek Mahkeme incelediğimiz kararda "farklı tüzel kişiler" tabirini kullanarak bu farklılığı meydana getirirken gerekçe oluşturmuştur.

Yüksek Mahkeme kararında "Somut olayda davalı şirkete ait aynı işkolundaki işçi sayısının fesih tarihi itibariyle 28 olduğu anlaşılmaktadır" ifadesini kullanılmaktadır. Bu ifadeye göre ilke olarak şirketin işkolunda -28 işçinin çalıştığı tüzel kişilik dışında- başka hiçbir işçisinin bulunmaması anlaşılmalıdır ki bunun doğru olmadığı da aşikârdır. Aynı kararda geçen "Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir" ifadesi ise işkolu seviyesinde şirketin çalıştırdığı işçilerin sayısının daha yüksek olduğunu belirtmektedir. Dolayısı ile tüm işkolu itibariyle şirketin aynı Grubun farklı işyerlerinde toplam otuzdan çok işçi çalıştırdığı anlaşılmaktadır.

Tüzel kişilikleri farklı da olsa neticede aynı işkolunda aynı grubun oluşturduğu, sahiplikleri aynı kaynağa dayanan işyerleri ya da işletmeler ayrı tüzel kişilikler olarak bulunabilirler. Aynı Grup ile kastedilenden anlaşılması gereken ise, aynı işverenin mülkiyetindeki işyerleri ve işletmelerdir. Grup kavramı farklı işverenlerin işyerleri ya da işletmelerinin bir araya gelmesi şeklinde oluşmamaktadır. Mülkiyetin aynı merkezden yönlendirildiği, sahipliğin aynı merkeze bağlanabileceği işyerleri ve işletmeler -hatta farklı tüzel kişilikler- söz konusu olduğunda Grup olgusu ortaya çıkar. Aksi takdirde farklı işverenlerin aynı işkolunda işbirliği yaptığı işverenlerle Grup oluşturması söz konusu olur ki, bu da mümkün değildir. Zaten Kanun da böyle bir şeyi amaçlamamaktadır. Kanun açıkça; "İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir" (m.18/IV) ifadesini kullanarak aynı işkolunda işyerleri sahipliğinin aynı olmasını amaçlamıştır. Gruba dâhil işyerleri kavramında da Kanunun bu amacını görmek mümkün iken ve bir kararında buna uygun görüş beyan etmiş iken, incelediğimiz kararda tersini getiren Yüksek Mahkeme kararı kanaatimizce Kanunun amacına da pek uygun düşmeyen bir karardır.



Ayrıca Yüksek Mahkeme kararında “Başka bir anlatımla salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle Gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir” ifadesiyle de Gruba dâhil işletmeler için ayrı bir ölçü olarak organik bağ kavramını getirmektedir. Bu kavramın da ne anlama geldiği açık değildir. Organik bağ maddi ilişki midir, idari ilişki midir, sosyal ilişki midir net olarak anlaşılammakta ancak karara esas teşkil eden bir gerekçe olabilmektedir.

**II-** Yüksek Mahkeme kararında “bordro işvereni” tabirini kullanmaktadır. Cümledeki bordro işveren tabiri dışında “Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında “bordro işvereni” olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır.” cümlesindeki hukuki mantık, yani sayı olarak alt işveren işçilerinin de -İş Kanunu m. 2/7 deki ifadeyle muvazaa var ise- otuz sayısının hesabına dâhil edilmesi doğrudur. Fakat 4857 sayılı İş Kanunu yapıldığından beri hukuk düzenimizce tanınan “geçici iş ilişkisi” kavramında “yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlar”dan -Yüksek Mahkemenin ifadesi- kasıtlı, bordro işvereni tabirine ulaşarak, alt işverenliği Yüksek Mahkeme nezdinde bir iş aracılığı -bir geçici iş ilişkisi kurulmaya yarayan hukuki kurum- olarak düşünmek kanaatimizce İş Kanunu’na yüklenen anlamından uzaklaştırır. Çünkü İş Kanunu geçici iş ilişkisini, işçinin de rızasının alınarak holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi şeklinde nitelemektedir (İş Kanunu m. 7/D). Böylelikle Yüksek Mahkeme kararında belirtildiği gibi “bordro işvereni olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler” tabiriyle geçici iş ilişkisinin anlamından uzaklaştırıldığı inancı -zehabı- ortaya çıkabilir. Ayrıca bu hususta Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği de dikkatli davranmakta ve emeğin sömürülmesine, bazı şirketlerce emtialar gibi pazarlanmasına karşı tedbirler getirmektedir. Hatta geçici iş ilişkisinin hassasiyetinden ötürü

Yönetmelik geçici iş ilişkilerinde özel istihdam bürolarının “mesleki olarak geçici iş ilişkisi düzenleme faaliyetinde bulunamayacaklarını” belirtmektedir (Yönetmelik m. 5/2)<sup>3</sup>.

**III-** Yüksek Mahkeme kararının bir yerinde “...fakat iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dâhil edilmesi gerekir” tabirini kullanmaktadır. İfade hukuken doğrudur. Ancak cümlenin başlarında Kanuni tabir olarak ve doğru biri biçimde “alt işveren” deyiminin kullanılması, daha sonra İş Kanunu ifadesi olmayan “taşeron” deyiminin kullanılması kritik edilebilir. Fakat üzerinde durmak istediğimiz konu esasında ayrıdır. Burada işverenin iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak alt işveren işçisi şeklinde gösterilmesi üzerinde durarak, aslında burada muvazaanın mı yoksa kanuna karşı hilenin mi söz konusu olduğu izah edilmeye çalışılacaktır. Bu konuda doktrinde değerli kavram çalışmalarının az da olsa yapıldığı bilinmektedir. Son olarak yapılan bir çalışma konuyu etraflı bir incelemeye tabi tutarak hukuki işlemin muvazaaya mı yoksa kanuna karşı hileye mi girdiğini tartışmaktadır<sup>4</sup>. Konu aslında çok önemlidir, lakin hukukumuzda kavram incelemesi fazla yapılmadığı için bazı kavramlara yönelik tartışmalar henüz tamamlanamamıştır. Bazı hukukçular ise alt işverenin kötü niyetli uygulamalarında muvazaanın mevcudiyetini kabul etmekte, kanuna karşı hile kavramı üzerinde durmamaktadırlar<sup>5</sup>.

Öncelikle muvazaa ve kanuna karşı hile kavramları üzerinde durarak İş.K.Md.2/VII de belirtilen deyim in yerinde olup olmadığı tartışılmalıdır.

Muvazaa ile ilgili olarak Yargıtay 2004 ve 2005 yıllarında verdiği kararlarında muvazaayı şöyle tanımlamaktadır; “...muvazaa kısaca irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluktur. Muvazaada taraflar üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak için anlaşarak bazen aslında bir sözleşme yapma iradesi taşımadıkları halde görünürde bir sözleşme yapmaktadırlar (mutlak muvazaa) veya gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları sözleşmeyi iradelerine uymayan görünüşteki bir sözleşme ile gizlemektedirler (nispi muvazaa)”<sup>6</sup>.

Doktriner bir tarife göre de, muvazaa; tarafların

üçüncü kişileri aldatmak amacıyla aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratma hususunda anlaşmalarıdır<sup>7</sup>.

Kanuna karşı hile ise Topçuoğlu tarafından şu şekilde tanımlanmıştır; "...kanunların mana ve maksatlarına mugayir olmakla beraber lafızlarına mutabakatı yüzünden metinlerin normal tatbikleri ile takip edilemeyen ve ancak gai tefsirleri sayesinde yaptırma bağlanabilen fiil ve muamelelerdir"<sup>8</sup>. Ya da bir başka tanıma göre "...emredici bir kanun hükmünün yasakladığı ekonomik veya hukuki amaca kişilerin hukuk düzeninin izin verdiği başka bir amaçla ulaşmaları"dır<sup>9</sup>.

Her iki kavramın tanımı yapıldıktan sonra İş Kanunu m.2/7'de belirtilen muvazaa tabirinin yerinde olup olmadığı, inceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararındaki muvazaa tabirinin de ne derece uyumlu olduğu incelenecektir.

Aydınli'nın belirttiği gibi muvazaa hukuken geçerli işlemlerle yapılabilen bir geçersizlik türüdür. O halde alt işveren ilişkisinin, öncelikle muvazaa sayılabilmesi için bu ilişkinin İş Kanununa göre unsurlarında bir eksiklik olmaması veya başka bir geçersizlik halini üzerinde taşıması lazımdır.

Mutlak ve nitelikli muvazaada ortak üç unsur vardır. Bunlar; görünürdeki muvazaalı işlem, muvazaa anlaşması ve üçüncü kişilerin aldatılmasıdır. Nitelikli muvazaada unsur olarak bir de gizli işlem bulunmaktadır. Doktrin ve yargı kararlarında muvazaalı sayılan alt işveren ilişkilerinde muvazaayı belirleyen yukarıda saydığımız unsurlar ya kısmen ya da tamamıyla mevcut değildir. Normal muvazaalı işlemde olması gereken birtakım şartların (kötüniyetli) asıl işveren-alt işveren ilişkisinde bulunmadığı görülmektedir. Öncelikle asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin istisna ya da başka bir sözleşme olduğunu düşünürsek, bu ikisinin daha önceden ayrıca muvazaa anlaşması yapmaları gerekmektedir. Halbuki asıl işveren-alt işveren ilişkisinde böyle bir muvazaa anlaşması yoktur. Bu muvazaa anlaşması amacının olmaması da muvazaanın varlığını ortadan kaldırır. Netice olarak hem incelemeye konu olan Yargıtay kararındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaa değildir, hem de İş Kanunu m.2/7'de bahsi geçen muvazaa deyimine oturmamaktadır.

Nitelikli muvazaada da görünürdeki muvazaalı işlem ile gizli işlemin taraflarının ve konularının aynı olması gerekir. Hâlbuki Aydınli'nın da belirttiği gibi alt işveren ilişkisinde muvazaalı sayılan iş-

lemin tarafları asıl işveren ve alt işveren iken, gizlendiği ifade edilen işlemin tarafları ise asıl işveren ile alt işverenin işçileridir<sup>10</sup>.

Asıl işveren ve alt işveren ilişkisinde suiistimale yönelik uygulamaları muvazaa olarak niteleyemeyeceğimize göre sorun nasıl çözülecektir? Yukarıda bahsedildiği şekilde asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde suiistimal var ise bunun hukuki kalıbı muvazaa değil kanuna karşı hile olarak adlandırılabilir. Kanuna karşı hilenin de ne olduğu yukarıda izah edilmişti.

Yeniden incelendiğinde kanuna karşı hilede şu şartların olması gerekmektedir. Birincisi; emredici bir hukuk kuralı ile doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik veya hukuki bir sonucun yasaklanması. İkincisi; yasaklanan ekonomik ya da hukuki amaç doğrudan veya dolaylı ulaşmaya yarayan geçerli bir hukuki işlemin yapılması. Üçüncü olarak da; Kanuna karşı hile yapanların hile kasıtlarının önemli olmamasıdır<sup>11</sup>.

Kanuna karşı hile ile İş Kanunu m.2/7'de muvazaa olarak bahse konu olan hususun örtüştüğü, muvazaanın ise bu kötü niyetli uygulamayı karşılamaya yetmediği görülmektedir. Dolayısı ile maddedeki "muvazaa" ifadesi yerine "kanuna karşı hile" ifadesi hukuken daha yerinde bir tabir olacaktır.

Netice olarak; Yargıtay'ın yukarıda incelediğimiz görüşüne belirttiğimiz gerekçelerle katılmaktayız.

## DİPNOTLAR

- 1 Mollamahmutoglu, Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2004, s.553, Süzek, Sarper, İş Hukuku, 1. Bası, Ankara, 2005, s.437, Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20.Bası, s.212 vd.
- 2 Y.9.H.D. E.1163, K.4714, Aktay, Nizamettin- Arıcı, Kadir-Seneyen, Kaplan, Emine Tuncay, Ankara 2007, s.182, dn.29.
- 3 Özel İstidam Büroları Yönetmeliği, 1 Ağustos 2008 Tarihli Resmi Gazete, sayı 26954.
- 4 Bkz. Aydınli, İbrahim, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara, 2008.
- 5 Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 2005, s.57, Mollamahmutoglu, s.141 vd., Süzek, s.144, Çelik, s.51 vd.
- 6 Yarg.1.H.D. 29.09.2004,E.2004/5930, K.2004/10052, aynı daire, 11.04.2005, E.2005/3715, K.2005/4338 bkz. Aydınli, s.29, dn.26.
- 7 Tarifle ilgili olarak bkz. Aydınli, s.28, dn.20.
- 8 Topçuoğlu Hamide, Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950, s.249 Aydınli'dan naklen, s.104.
- 9 Aydınli, s.309.
- 10 Aydınli, s.304.
- 11 Aydınli, s.309-314.

**Doç. Dr. Kübra DOĞAN YENİSEY**

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

**Şüphe Feshi****T.C. YARGITAY  
9. HUKUK DAİRESİ****Esas No** : 2007/16878  
**Karar No** : 2007/30923  
**Tarihi** : 22.10.2007**ÖZET**

Davalı işveren, davacının geçmişten gelen sabıkası ve özellikle yasadışı örgütle bağlantısı nedeni ile güvenlik önlemi olarak iş sözleşmesini feshetmiştir. Bu fesih Alman hukukunda ve Alman Federal Mahkemelerinde şüphe feshi olarak adlandırılmaktadır. Böyle bir fesihte, işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmaktadır, işverenden katlanması beklenemeyecek bir şüphe-dolayı, işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalktığından, güven ilişkisinin sarsılmasına yol açan şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebeptir. Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi, işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü olarak gündeme gelecektir. Davacının geç-

mişte yasadışı örgüt üyesi olması, davacının görev yaptığı bölgede terör olaylarının artması ve demiryolu ulaşımının da hedefte bulunması, davalı işveren açısından iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsıldığı, elverişli objektif olay ve vakıalara dayanan güçlü bir şüphenin bulunduğu anlamına gelmektedir. Davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedenle yapıldığı kabul edilmelidir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

**DAVA**

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davalı işyerinde aralıklı 1976 yılından beri çalışan davacı işçi iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini belirterek, işe iadesine ve boşa geçen süre ücret alacağına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacı hakkında arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması sonucu, geçmişte terör örgütüne yardım ve yataklıktan

ceza aldığı saptandığını, kamu hizmetlerinden yasaklı bulunduğunu, iş sözleşmesinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları nedeni ile haklı nedenlerle feshedildiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının geçmişte sabikasının olmasının doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak kabul edilemeyeceği, davacının aynı işyerinde çalışması sırasında müsnet suçtan yargılandığı, bugüne kadar belirtilen nedenle iş sözleşmesinin feshedilmediği, uzun süre sonra feshinin de iyi niyet ve hakkaniyete uygun olmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, istek 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21. maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümleri kapsamında değerlendirilmesi ve hükmün aynı yasanın 21. maddesi uyarınca feshin geçersizliğine ve bunun sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacaklarının belirlenmesi şeklinde kurulması gerekirken, kararın infazında tereddüt yaratacak şekilde ve anılan maddedeki usule aykırı olarak karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde "Otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğu" belirtilmiştir.

Dosya içeriğine göre davacı hakkında 1985 yılında PKK örgütüne yardımcı olmak ve yataklık yapmak suçlarından hakkında soruşturma yapıldığı, ancak takipsizlik kararı verildiği, ancak daha sonra yasadışı PKK örgütü üyesi olmak suçundan 08.03.1994 tarihinde tutuklandığı, hakkında kamu davası açıldığı, Diyarbakır 1 no.lu Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 31.05.1995 gün ve 300-261 sayılı ilamı ile 3 yıl 9 ay AHC ile cezalandırıldığı,

3 yıl süre ile kamu hizmetinden yasaklanmasına karar verildiği, davalı işverenin özellikle Güneydoğu Anadolu Bölgesinde terör olaylarının artması ve hedefler arasında demiryolu ulaşımının bulunması üzerine, çalışan personeli hakkında arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması

yaptığı, bu soruşturma sonucu davacının geçmişten gelen yasadışı örgüt üyesi olması ve işyerinde çalışmasının sakıncalı görülmesi üzerine iş sözleşmesini feshettiği anlaşılmaktadır.

Davalı işveren, davacının geçmişten gelen sabıkası ve özellikle yasadışı örgütle bağlantısı nedeni ile güvenlik önlemi olarak iş sözleşmesini feshetmiştir. Bu fesih Alman hukukunda ve Alman Federal Mahkemelerinde şüphe feshi olarak adlandırılmaktadır. Böyle bir fesihte, işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmaktadır. İşverenden katlanması beklenemeyecek bir şüpheden dolayı, işçini iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kaldığından, güven ilişkisinin sarsılmasına yol açan şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebeptir. Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi, işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü olarak gündeme gelecektir. Davacının geçmişte yasadışı örgüt üyesi olması, davacının görev yaptığı bölgede terör olaylarının artması ve demiryolu ulaşımının da hedefte bulunması, davalı işveren açısından iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsıldığı, elverişli objektif olay ve vakıalara dayanan güçlü bir şüphenin bulunduğu anlamına gelmektedir. Davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedenle yapıldığı kabul edilmelidir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

## HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
2. Davanın REDDİNE,
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 20.00 yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 450.-YTL. Ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 22.10.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

## 1. Giriş

Karara konu davada, davalı işyerinde aralıklı olarak 1976 yılından beri çalışan davacı işçi, iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini iddia ederek feshin geçersizliğini ve işe iadesini talep etmiştir. Davalı işveren, yapılan arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması sonucu işçinin geçmişte terör örgütüne yardım ve yakalıktan ceza aldığı saptandığı, kamu hizmetlerinden yasaklı bulunduğu anlaşıldığı, iş sözleşmesinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar nedeniyle haklı nedenle sona erdirildiği savunmasında bulunmuş, ilk derece mahkemesince işçinin geçmişte sabıkasının bulunmasının doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak kabul edilemeyeceği, bugüne kadar belirtilen nedenlerle sözleşmesinin feshedilmediği, uzun süre sonra sözleşmesinin feshinin de iyiniyet ve hakkaniyete uygun olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, davacının geçmişte yasadışı örgüt üyesi olması, davacının görev yaptığı bölgede terör olaylarının artması ve demiryolu ulaşımının da hedefte bulunması nedenleriyle davalı işveren açısından iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsıldığını, elverişli objektif olay ve vakıalara dayanan güçlü bir şüphenin bulunduğu anlamına geldiğini belirterek, Alman hukukundaki şüphe feshi kurumunu incelen-dikten sonra söz konusu olayda da işverenin feshinin geçerli nedene dayandığı kabul etmiştir.

İnceleme konumuzu oluşturan kararı ile Yüksek Mahkeme hukukumuzda yeni bir kavram kazandırmış ve konunun incelenmesini gerekli kılmıştır. Bu çalışmada öncelikle Alman hukukunda yer aldığı belirtilen şüphe feshi incelendikten sonra, Yüksek Mahkeme'nin kararı ele alınıp değerlendirilecektir.

## II. Şüphe Feshi

İnceleme konusu kararında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, şüphe feshini şu şekilde açıklamıştır: “*Davalı işveren davacının geçmişten gelen sabıkası ve özellikle yasadışı örgütle bağlantısı nedeni ile güvenlik önlemi olarak iş sözleşmesini feshetmiştir.*

*Bu fesih Alman hukukunda ve Alman Federal Mahkemelerinde şüphe feshi olarak adlandırılmaktadır. Böyle bir fesihle, işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmaktadır, işverenden katlanması beklenemeyecek bir şüpheden dolayı, işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalktığından, güven ilişkisinin sarsılmasına yol açan şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebeptir. Ciddi, önemli ve somut olayların bahli kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi, işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü olarak gündeme gelecektir.”*

Alman Federal İş Mahkemesi'nin şüphe feshine ilişkin kararlarına baktığımızda şüphe feshi, işverenin, işçinin suç niteliği taşıyan veya benzer nitelikte sözleşmeye ağır aykırılık teşkil eden bir davranışından şüphelendiği ve bu şüphe nedeniyle taraflar arasında iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin ortadan kalktığı veya ağır biçimde zarar gördüğü, bu nedenle işverenin işçinin iş sözleşmesini feshettiği bir fesih türüdür<sup>1</sup>. Maddi hukuk açısından bakıldığında feshin nedeni, işçinin ispatlanamayan davranışlarına ilişkin şüphenin taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldırmasıdır.

**Alman hukukunda şüphe feshi, işverenin işçinin sözleşmeye aykırı davranışını ispatlayamadığı hallerde özgü olup, bu tip fesihler daha çok işçinin sözleşmeye ağır aykırılık teşkil eden davranışları işlediğinden şüphelenilmesi halinde kullanılmaktadır.**



Alman hukukunda şüphe feshinin karşılığında maddi olgulara dayanan fesih (Tatkündigung) yatmaktadır. Maddi olgulara dayanan fesih işveren, feshi kendi açısından ispatlanmış bir suçun işlenmesine dayandırmaktadır. İki fesih tipi arasındaki farklılık feshin, işlenmiş bir suçta veya borca aykırılığa mı, yoksa suçun veya davranışın işlendiğine ilişkin şüpheye mi dayandığı noktasında toplamaktadır<sup>2</sup>. Ancak şüphe feshi için, sadece bir fiilin işlendiğine dair şüphenin bulunması yeterli olmayıp, bu şüphenin objektif somut olgularla desteklenmesi gerekir<sup>3</sup>.

Alman hukukunda şüphe feshi, işverenin işçinin sözleşmeye aykırı davranışını ispatlayamadığı hallerde özgü olup, bu tip fesihler daha çok, işçinin hırsızlık, zimmet gibi suçları veya işçinin yan iş yaşama ihlali, hasta olmadığı halde rapor kullanması, çalışma zamanlarını gerçeğe aykırı düzenlemesi gibi sözleşmeye ağır aykırılık teşkil eden davranışları işlediğinden şüphelenilmesi halinde kullanılmaktadır<sup>4</sup>. Şüphe feshi, işverene hazırlık soruşturmasının sona ermesini beklemeye gerek duymaksızın, suçun işlendiği yolundaki şüphesine dayanarak sözleşmeyi feshetme imkânı vermektedir<sup>5</sup>. Savcı işçinin suçu işlediğini ispatlamanın mümkün olmamasından dolayı takipsizlik kararı vermiş olsa dahi, işveren sözleşmenin feshi anındaki ağır şüpheye dayanabilir. Önemli olan suçun işlendiğinin ispatlanmış olması değil, işveren açısından bu fiilin işlendiğine duyulan şüphenin feshi meşru kılıp kılmadığıdır<sup>6</sup>. Şüphe feshinin ayırt edici yanı feshin işçinin cezalandırılabilir nitelikteki bir fiiline ilişkin şüpheye dayanmasıdır. Bu şüphe iş ilişkisinin devamı için gerekli güven ilişkisinin çökmesine yol açmıştır. İşveren işçinin kusurlu davranışını ispatlamışsa veya bu davranış ispatlanabilir nitelik taşıyorsa bu halde şüphe feshine başvuramaz<sup>7</sup>.

Şüphe feshi özellikle işçinin işlediğinden şüphelenilen suçlar açısından kullanılıp, suçsuzluk karinesine aykırılık teşkil ettiğinden Alman yargısı tarafından son derece katı biçimde uygulanan geçerlilik şartlarına tabi kılınmıştır. Alman hukukunda işverenin şüphe feshinden yararlanabilmesi suçun işçi tarafından işlendiğine veya borca aykırı davranışın yapıldığına ilişkin güçlü bir şüphenin bulunması, işçinin konuya ilişkin mutlaka savunmasının ayrıca işyeri kurulunun da görüşünün alınması gerekir<sup>8</sup>.

## 1. Güçlü şüphe

İşverenin şüphelendiği davranış sözleşmenin feshini haklı kılan bir neden oluşturmaldır. Her türlü şüphe değil, ancak iş sözleşmesi ile ilgili, işverenin yaşamına, sağlığına, malvarlığına veya zilyetliğinde bulunan mallarına yönelik bir suçun veya sözleşmeye ağır aykırılık teşkil eden bir davranışın işlendiğine ilişkin güçlü bir şüphe, şüphe feshine temel teşkil edebilir<sup>9</sup>. Şüphe, fesih anında mevcut objektif olgulara dayanmalı, belirli oranda somutlaşmalıdır. İşverenin subjektif değerlendirmeleri, soyut şüphesi sözleşmenin feshi için yeterli değildir<sup>10</sup>.

Şüphenin dayandığı olgular objektif olarak makul, adil her işveren tarafından şüphe olarak değerlendirilmeli, söz konusu suçun veya davranışın işçi tarafından işlendiği olasılığı yüksek olmalıdır<sup>11</sup>. Ayrıca şüphe konusunu oluşturan işçinin cezalandırılabilir nitelikteki davranışları hangi biçimde olursa olsun iş ilişkisiyle ilişkili olmalıdır<sup>12</sup>.

## 2. İşçinin savunmasının alınması

Suçsuzluk karinesi açısından işçinin korunabilmesi için somut olayın aydınlığa kavuşması ve şüphenin bertaraf edilebilmesi için işverenin kendisinden beklenebilir her türlü çabayı göstermesi gerekir<sup>13</sup>. Bu açıdan Alman Federal Mahkemesi ister olağan ister olağanüstü fesih olsun, işçinin savunmasının alınmasını şüphe feshinin geçerlilik şartı olarak nitelendirmiştir<sup>14</sup>. Çünkü şüphe feshinin temelinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin çökmesi yatıp, işveren somut olayın açığa kavuşması için gerekli tüm gayreti göstermediği takdirde işverene böyle bir fesih hakkının tanınması ölçülülük ilkesi açısından kabul edilmez bulunmuştur<sup>15</sup>. İşçi dinlenmeksizin yapılan bir şüphe feshi Alman hukukunda geçersizdir.

İşçinin savunmasının alınmasına ilişkin bir şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak savunması alınırken işçiye şüphenin dayandığı bütün sebepler hakkında ayrıntılı bilgi verilmeli, işçi bütün şüphe sebepleri hakkında kendi görüşlerini açıklayabilmelidir<sup>16</sup>. İşçinin savunmasının mutlaka yüz yüze alınmasına gerek yoktur. İşveren, hak düşümü süresini geçirmemek için işçi hastaysa veya tatilde ise yazılı bir biçimde veya telefonla da işçinin savunmasını alabilir<sup>17</sup>. Savunmanın süreci ve içeriği detaylı biçimde protokole bağlanmalıdır<sup>18</sup>.

## Feshin bildirimsiz veya bildirimli yapılmasına ilişkin karar, şüphenin derecesine bakılarak verilmez.

İşçinin savunması alındıktan sonra olağanüstü fesih için gerekli hak düşümü süresi işlemeye başlayacaktır. Alman hukukunda yalnızca işçinin savunması alınması değil, aynı zamanda işyeri kurulunun da görüşü alınmalıdır. İşyeri kurulu konuyla ilgili tüm şartları ve olayları dinlemeli ve değerlendirmelidir<sup>19</sup>.

### III. Bir Fesih Türü Olarak Şüpheli Feshi

Sürekli ve kişisel niteliği ağır basan bir borç ilişkisi olan iş ilişkisi sözleşme taraflarının karşılıklı güven temeline dayanır. Taraflardan birisi için bu güvenin çökmesi sözleşmenin feshi için haklı neden oluşturur<sup>20</sup>. Alman doktrininde ortaya çıkışı itibarıyla şüpheli feshi § 626 BGB kapsamında bildirimsiz fesih olarak değerlendirilmiştir. Konuya ilişkin 12.5.1955 tarihli ilk kararında Federal Mahkeme bir suçun işlendiğine dair güçlü şüphenin haklı neden teşkil edeceğini kabul etmiştir<sup>21</sup>. Somut olayın koşulları çerçevesinde şüpheli o kadar ağır olmalıdır ki, işverenden iş ilişkisinin devamı beklenebilir hale gelmelidir. Alman Federal İş Mahkemesinin şüpheli feshine ilişkin içtihadının önemli bir bölümü haklı neden oluşturan olaylardan ibarettir<sup>22</sup>.

Ancak haklı nedenin bulunduğu her halde işverenin bildirim sürelerine uyararak da sözleşmeyi feshedebileceği esastan hareketle şüpheli feshinin haklı nedenle, derhal veya bildirimli fesih biçiminde gerçekleşebileceği kabul edilmiştir<sup>23</sup>. Şüpheli feshinin bildirimli fesih kategorisine sokulması, iş güvenmesine tabi iş ilişkilerinde hangi tip geçerli nedenler arasında değerlendirileceği sorununu ortaya çıkırmıştır. Şüphelinin işçinin davranışlarından kaynaklanan bir fesih mi, yoksa kişiliğine bağlı bir fesih türü olarak mı nitelendirileceği hususunda Alman hukukunda tartışmalar devam etmektedir<sup>24</sup>. İşçinin kişiliğinden kaynaklanan bir fesih olduğu görüşündekiler için şüpheli işçinin kişiliğine ilişkin olup, işverenden sözleşmeye devamı beklenemeyecek ölçüde ağır olmalıdır. İşçinin davranışların-

dan kaynaklanan fesih olarak nitelendirenler ise şüphelinin feshine temel teşkil eden davranıştan kaynaklandığını belirtmektedir. Her iki görüşü de uzlaştırarak, şüpheli feshinin bazı durumlarda işçinin davranışlarından bazı durumlarda da işçinin kişiliğinden kaynaklanan bir fesih olabileceğini ileri süren yazarlar da mevcuttur.

Şüpheli, bir geçerli neden olarak ister işçinin yerliliğine, ister davranışlarına ilişkin bir neden olarak nitelendirilsin, haklı nedene sahip işverenin sözleşmeyi neden bildirimli feshedeceği sorusunun yanıtı açık değildir<sup>25</sup>. Alman hukukunda şüphelinin bildirimli feshine konu olması, özellikle haklı nedenle fesih için gerekli hak düşümü süresinin kaçırılması veya taraflar arasındaki güven ilişkisinin çökmesine rağmen taraflardan en azından ihbar sürelerinin sonuna kadar iş ilişkisini sürdürmelerinin beklenebildiği hallerde söz konusu olmaktadır<sup>26</sup>.

Özenle belirtilmelidir ki, şüphelinin geçerli neden kabul edilerek sözleşmenin bildirimli feshiyle sona erdirilmesi için gerekli olan koşullar, haklı nedenle fesih için gerekenlerden daha hafif değildir. Haklı nedenle şüpheli feshi için gerekli tüm koşullar, bildirimli şüpheli feshi için de gerekli asgari koşulları oluşturur. Şüpheli feshi için şüphelinin güçlü ve fesih için yeterli ölçüde objektif olgulara dayanması gerekir. Feshin bildirimsiz veya bildirimli yapılmasına ilişkin karar, şüphelinin derecesine bakılarak verilmez. Şüphelinin derecesi daha yüksekse haklı nedenle, daha düşükse bildirimli fesih yapılabileceği söylenemez. Aksi takdirde daha düşük bir şüphelinin varlığına rağmen suçsuzluk karinesinin ihlal edilmesi tehlikesi ortaya çıkar<sup>27</sup>. Alman hukukunda şüpheli sözleşmeye devamı katlanılmaz hale getirdiğinde haklı nedenle bildirimsiz fesih yapılabilecekken, sözleşmeye devam bildirim süreleri dolduktan sonra beklenilmez hale gelmişse sözleşme

**Şüpheli feshinin özünde işçi tarafından işlendiği ispatlanamayan, ancak işçinin işlediğine ilişkin somut olgular bulunan bir suç veya ağır borca aykırı davranış bulunmalıdır.**

geçerli nedenle bildirim sürelerine uyularak sona erdirilecektir<sup>28</sup>.

#### IV. Karara Konu Olay Açısından Şüpheli Feshi

Yukarıda gösterilmeye çalışıldığı gibi şüpheli feshinin özünde işçi tarafından işlendiği ispatlanamayan, ancak işçinin işlediğine ilişkin somut olgular bulunan bir suç veya ağır borca aykırı davranış bulunmalıdır. Karara konu olay açısından konu ele alındığında işverenin bölgede terör olaylarının artması ve hedefler arasında demiryolu ulaşımının bulunması üzerine çalışan personeli hakkında arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması yaptığı, bunun üzerine geçmişten gelen sabıkası ve özellikle yasadışı örgütle bağlantısı nedeniyle “güvenlik önlemi olarak” iş sözleşmesini sona erdirdiği anlaşılmaktadır. Dosya içeriği bilinmemekle birlikte, karardan işverenin tamamen işçinin geçmiş sabıka kaydına dayanarak karar verdiği, somut hiçbir olguya dayanmadığı izlenimi edinilmektedir.

Alman hukukunda şüpheli feshi aslen suç veya borca ağır aykırılık teşkil eden davranışın işçi tarafından işlendiğine dair ağır şüpheli halinde kullanılmaktadır. Örneğin kasa açık verdiği bir halde, işveren kasada görevli işçinin zimmetine para geçirdiğini kesin biçimde ispatlayamıyor, ancak bir takım somut olgular mevcutsa şüpheli feshine başvurulabilir. Kural olarak feshi konu olan işçinin geçmişteki davranışından kaynaklanan bir şüphedir. Geleceğe ilişkin bir şüphelinin şüpheli feshine konu olup olamayacağı tartışmalıdır. İşçinin ileride işleyeceği şüphelenilen bir suçtan veya sözleşmeye aykırı davranıştan ötürü sözleşmesinin feshedilebilmesi için, suçun veya ağır aykırılık teşkil eden davranışın işleneceğine dair ayrıntılı planların ortaya konup, ispatlanması gerekir<sup>29</sup>. Bunun ötesinde güvenlik gerekleriyle, örneğin işverenin işletme sırlarının ifşasına veya bir sabotaj ihtimaline karşı kendini koruyacak tedbirleri almak amacıyla yapacağı bir feshin şüpheli feshi olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak fesih ister geçmiş bir olaya ilişkin olsun, ister geleceğe ilişkin güvenlik tedbirleri olarak düşünülsün, her iki durumda da söz konusu şüphelinin dayandığı objektif, somut olgular bulunmalıdır<sup>30</sup>. Her durumda şüpheli belirli bir ağırlığın üzerinde olmalıdır ki fesih için yeterli neden oluştur-

**Dava konusu olay, klasik şüpheli feshi olarak nitelendirilen bir biçimde değil, işverenin geleceğe ilişkin güvenlik önlemi olarak işçiyi işten çıkarttığı bir hale ilişkindir.**

bilsin<sup>31</sup>. Geleceğe dönük güvenlik gereklerinden kaynaklanan bir fesih için şüpheli feshine göre çok daha ağır ve açık biçimde endişelenilen olayın gerçekleşeceğine dair somut delillerin ortaya konmuş olması gerekir<sup>32</sup>.

Aslında Yüksek Mahkeme de şüpheli feshinin; ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphelinin güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığında gündeme geleceğini belirtmiş, ancak somut olayda işçinin hangi işi gördüğü ve işinin ne anlamda güven potansiyeline sahip olmayı gerektirdiğini kararında açıklamamıştır. Kararda, soyut biçimde davacının görev yaptığı bölgede terör olaylarının artması ve demiryolu ulaşımının da hedefte bulunması güvenin sarsılması için yeterli görülmüştür. Oysa Alman hukukunda şüphelinin objektif birtakım olgulara dayanması gerekliliği feshin geçerliliğinin bir şartıdır. Üstelik dava konusu olay, klasik şüpheli feshi olarak nitelendirilen bir biçimde değil, işverenin geleceğe ilişkin güvenlik önlemi olarak işçiyi işten çıkarttığı bir hale ilişkindir. Böyle bir fesih için işverenin işçinin işletmeye zarar vereceğine ilişkin planları bulunduğunun veya en azından bu yönde yorumlanacak birtakım söz, davranış ve eylemler içine girdiğinin ispatlanması gerekir. Aksi takdirde, işverenin her durumda geçmiş sabıkasına bakarak güven ilişkisinin çöktüğü gerekçesiyle işçiyi işten çıkartabileceği sonucuna varılacaktır. Böyle bir sonuç işlenen suçun cezası çekilmesine rağmen, kişinin ömür boyunca potansiyel suçlu olarak nitelendirilmesine yol açacaktır. Bu sonucu ceza hukuku esasları ile de eski hükümlü istihdam zorunluluğu ile de bağdaştırılabilmek kolay değildir. Üstelik davacı işçinin aynı işyerinde çalışması sırasında müsned suçtan yargılanması, buna rağmen fesih tarihine kadar sözleşmesinin feshedilmemesi olguları bir arada değer-

lendirildiğinde, işçinin yaptığı iş bilinmemekle beraber geçmişteki mahkumiyetin ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı bir şüphe olarak nitelendirilemeyeceği kanısındayız.

Yüksek Mahkeme şüphe feshini açıklarken, işverenin işçisine karşı duyduğu şüphenin aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açtığı, işverenden katlanması beklenemeyecek bir şüpheden dolayı işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalktığından bahsederek, şüphe feshini daha ziyade işçinin kişiliğinden kaynaklanan bir geçerli fesih nedeni olarak nitelendirmiştir. Yukarıda incelediğimiz gibi Alman hukukunda şüphe feshi haklı nedenle fesih bünyesinde ortaya çıkmıştır. Haklı nedenlerin hukukumuzda olduğu gibi yasayla belirtilmediği Alman hukukunda şüphenin geçerli neden olarak kabulü, haklı nedenin var olduğu her halde işverenin geçerli nedenle de sözleşmeyi sona erdirebileceğine ilişkin temel esastan kaynaklanmıştır. Karara konu olayda işveren iş sözleşmesini işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları nedeniyle sona erdirmiştir. Kanımızca da işçinin işverenin bilgisi içindeki geçmişteki mahkumiyetinin, doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan bir davranış olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Yüksek Mahkeme de şüphenin haklı neden oluşturmayacağını kabul etmiş, ancak şüpheli geçerli neden olarak nitelendirmekte tereddüt etmemiştir. Kararın yazılış biçiminden dava konusu olayda şüphenin bildirim süreleri boyunca sözleşmenin devamına engel görülmediği biçimindeki bir değerlendirmeden ziyade, şüphe feshinin her durumda bildirimli feshin konusunu oluşturması gerektiği izlenimi edinilmektedir. Burada Yargıtay'ın Türk hukukunda bildirimli ve bildirimsiz fesihlerin doğurduğu sonuçlar açısından ortaya çıkan farklılığı da dikkate alarak, Alman hukukunda özünde bildirimsiz feshine konu olan şüphe feshinin Türk hukukunda bildirimli feshine konu olması gerektiği düşüncesinden mi hareket ettiği anlaşılmaktadır. Ancak açıklamalarında Yüksek Mahkeme, işverenden katlanması beklenemeyecek şüpheden bahsetmiştir. Dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisine devam katlanılmaz hale gelmişse, bildirim süreleri beklenmeksizin iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilebilir. Öte yandan karara konu olaydaki biçimde işverenin güvenlik önlemi olarak işçiyi işten çıkartması halinde Alman huku-

kunda da bazı yazarlar işverenin sözleşmeyi ancak bildirimli fesihle sona erdirilebileceğini belirtmektedir<sup>33</sup>.

Şüphe feshi özünde menfaatler arası dengenin hassasiyetle gözetilmesi gereken bir kurumdur. Bir yanda işçinin suçsuzluk karinesi diğer yanda işverenin güveninin sarsılmasından kaynaklanan menfaatlerinin korunması söz konusudur. Alman hukukunda ister bildirimsiz, ister bildirimli feshine konu olsun, şüphe feshinin geçerlilik şartlarından en önemlilerinden birisi de işçinin savunmasının alınmasıdır. İşçinin savunması alınmaksızın sözleşmesinin feshedilmesi halinde, işverenin konuyu aydınlatmak için beklenen her türlü çabayı gösterdiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Savunmanın alınması bildirimli veya bildirimsiz fesih usulünden değil, şüphenin ancak işverence olayı aydınlatmak için gerekli bütün çalışmaların yapılması halinde bir fesih nedeni olabilmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıntılı bilinmemekle beraber, karara konu olayda işverenin fesihten önce işçinin savunmasını aldığına ilişkin hiçbir bilgi bulunmamaktadır. Aslında işverenin şüphelenerek savunma isteyeceği işçinin bir davranışı da söz konusu değildir. İşveren kararda belirtildiği haliyle "güvenlik önlemi" olarak işçinin sözleşmesini feshetmiştir. Alman hukukuna gönderme yaparak bu kurumu hukukumuzda kazandıran Yargıtay'ın bu temel geçerlilik şartı açısından konuyu değerlendirmemesi kanımızca önemli bir eksiklik oluşturmuştur.

## V. Sonuç

Alman hukukunun son yıllarda çok tartışılan konularından birini oluşturan şüphe feshi, özünde işverene olası tehlikelere karşı kendini ve işletmesini koruyabilmesi amacıyla tanınan bir fesih biçimidir. Ancak yapısı itibarıyla işçinin menfaatlerini ciddi biçimde tehlikeye sokmaktadır. Bir yanda işverenin objektif olaylara dayalı güçlü şüphesi, diğer yandan şüphe feshi alışık olunmayan bir biçimde işçinin özel alanına müdahale biçimini alarak, onur kırıcı bir karakter kazanmaktadır. Suçsuzluk karinesi ihlal edilerek, ispatlanmamış bir şüphe işçinin işini kaybetmesine yol açmaktadır. Hukukumuzda şüphe feshi adı altında bir kuruma gerek olup olmadığı sorusunun yanıtının araştırılması bu incelemenin sınırlarını aşar. Ancak Yüksek

Mahkeme'nin kararında şüphe feshinin, Alman hukukundakinden çok daha geniş, Alman hukukunda mevcut geçerlilik şartları aranmaksızın uygulandığı görülmektedir. Şüphe feshiyle tehlikeye atılan işçi menfaatleri dikkate alındığında Yüksek Mahkeme'nin kararına katılmadığımızı belirtmek isteriz.

## DİPNOTLAR

- 1 Dörner, K. (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I.), Kündigungsrecht, München 2007, No. 345; Legerlotz, C. (W. M. Mues/E. Eisenbeis/J. Laber), Handbuch zum Kündigungsrecht, Köln 2005, No. 312; Liebscher, B. (Hrsg. G. Thüsing H. Laux/M. Lembke), Kündigungsschutzgesetz, Freiburg 2007, No. 293; Stalhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 9. Auf., München 2005, No. 755; M. Kılıçoğlu/K. Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 1332.
- 2 Hoefs, C., Die Verdachskündigung, Berlin 2001, s. 54-55; Legerlotz, No. 312.
- 3 Legerlotz, No. 312; Kılıçoğlu/Şenocak, s. 1333.
- 4 Zimmer/Hempel (Dornbusch, G./Wolff, A.), Kommentar zum Kündigungsgchutzgesetz und zu den wesentlichen Nebengesetzen, 2. Auf., Luchterhand, 2007, No. 303; Dörner, No. 345.
- 5 Zimmer/Hempel, No. 303; Kılıçoğlu/Şenocak, s. 1334.
- 6 Zimmer/Hempel, No. 306.
- 7 Dörner, No. 346.
- 8 Bkz. Hoefs, s. 141 vd.; Legerlotz, No. 315 vd.; Zimmer/Hempel, No. 305 vd.; Kılıçoğlu/Şenocak, s. 1334 vd.
- 9 Legerlotz, No. 316; Zimmer/Hempel, No. 306; Stalhacke/Preis/Vossen, No. 763; Kılıçoğlu/Şenocak, s. 1334.
- 10 Hoefs, s. 168 vd.; Legerlotz, No. 318, 341; Dörner, No. 351; Liebscher, No. 295; Kılıçoğlu/Şenocak, s. 1334.
- 11 Legerlotz, No. 317; Dörner, No. 357; Kılıçoğlu/Şenocak, s. 1334.
- 12 Dörner, No. 345a .
- 13 Legerlotz, No. 319; Liebscher, No. 296; Stalhacke/Preis/Vossen, No. 761.
- 14 Hoefs, s. 184 vd.; Legerlotz, No. 319, 350; Zimmer/Hempel, No. 307 vd.; Dörner, No. 348 vd.; Dornbusch/Wolff, No. 314; Stalhacke/Preis/Vossen, No. 762; Kılıçoğlu/Şenocak, s. 1336.
- 15 Dörner, No. 348.
- 16 Stalhacke/Preis/Vossen, No. 762; Zimmer/Hempel, No. 310.
- 17 Zimmer/Hempel, No. 310.
- 18 Hoefs, s. 192-193; Zimmer/Hempel, No. 312.
- 19 Hoefs, s. 209 vd.; Zimmer/Hempel, No. 315 vd.; Dörner, No. 366.
- 20 Dörner, No. 345; Stalhacke/Preis/Vossen, No. 755, 760.
- 21 Hoefs, s. 36.
- 22 Bkz. Hoefs, s. 36 vd.
- 23 Legerlotz, No. 314; Dörner, No. 345, 368; Hoefs, s. 258 vd.
- 24 Bu görüşlerdeki yazarlar için bkz. Legerlotz, s. 83, dn. 2-3; tartışmalar için bkz. Hoefs, s. 259 vd.
- 25 Dörner, No. 369.

- 26 Legerlotz, No. 314; Hoefs, s. 238.
- 27 Hoefs, s. 262.
- 28 Hoefs, s. 262.
- 29 Hoefs, s. 161.
- 30 Hoefs, s. 164-165.
- 31 Hoefs, s. 164 vd.
- 32 Hoefs, s. 165.
- 33 Dörner, No. 345; Zwanziger/Däubler, No. 150.



Prof. Dr. Metin KUTAL

Kadir Has Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme\*

## GİRİŞ:

12 Eylül 1980 müdahalesi döneminde sendikal mevzuatın değiştirilmesi için 1981 yılından itibaren çalışmalar başlatılmış, yeni Anayasa'nın (1982) kabulünden sonra hazırlıklar hızlandırılmış ve 5.5.1983 tarihinde 2821 ve 2822 sayılı Yasalar Milli Güvenlik Konseyi'nde kabul edilmiştir. Her ne kadar o tarihlerde yasama erkini kısmen paylaşan Danışma Meclisi faaliyet halinde ise de söz konusu iki yasa Milli Güvenlik Konseyi'nin özel gündeminde yer aldığı için bu Meclis'te müzakere edilmemiş ve doğrudan doğruya Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilmiştir.

Tıpkı 1982 Anayasası gibi 2821 ve 2822 sayılı Yasaların da 1980 öncesi yaşananlara bir tepki özelliği taşıdığı kuşkusuzdur. Esasen 1982 Anayasası'nın ayrıntılı düzenlemelerinin bir amacı da yasa koyucunun ileriki yıllarda da bazı konularda

değişiklik yapmasını önlemektir. Bu nedenle Milli Güvenlik Konseyi'nde kabul edilen ve Türk endüstri ilişkileri sisteminde ciddi kısıtlamalar getiren yeni düzenlemelerin bir kısmının kaynağının doğrudan doğruya 1982 T.C. Anayasası olduğu söylenebilir.

Kasım 1983'te Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde Başkanlık Divanının teşkili ile parlamenter rejime, ciddi kısıtlamalarla, dönüldü. 1963 tarihli 274 ve 275 sayılı Yasaların yerini alan 2821 ve 2822 sayılı Yasalar fiilen ve hukuken uygulanmaya başladı. Ancak, sanılanın aksine, bu yasaların sağlıklı bir sendikacılık ve toplu pazarlık düzenine olanak vermediği, kısa sürede anlaşıldı.

Nitekim ILO'nun yıllık konferanslarında Türkiye Cumhuriyeti'nin sık sık gündeme alınarak ağır eleştirilere maruz bırakılması, hatta zaman zaman özel paragrafa alınması bu yasaların özgür bir sen-

dikacılık bakımından çok yetersiz kaldığını açıkça gösterdi.

Türk yasa koyucusunun bu tepkilere duyarsız kalmadığı ise bir gerçektir. Nitekim 1983'ten 2005 yılına kadar 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda 11 kez değişiklik yapan yasalar çıkarılmıştır. Yeni düzenlemeler sırasında ILO normları da dikkate alınmaya çalışılmış; Ayrıca sendika özgürlüğünün temel sözleşmesi olan ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesi (1948) çok gecikmeli de olsa, 1993 yılında T.C. tarafından onaylanmıştır. Bu durum ülkemizde işçi ve işverenlerin yanında kamu görevlilerine de sendika hakkı verilmesini zorunlu kılmıştır. Zira bu sözleşmede sadece işçilere değil, tüm çalışanlara örgütlenme hakkı tanınmıştır. Uzun bir bekleyişten sonra 2001 yılında 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu kabul edilmiş, ancak gerek 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda yapılan değişiklikler, gerekse 4688 sayılı Yasa hükümleri uluslararası normlar açısından hiçbir zaman tatminkar olamamıştır.

Öte yandan Türkiye Cumhuriyeti'nin Avrupa Birliği'ne üyelik başvuru sürecinde geçiş döneminin başlaması sendikal hak ve özgürlüklerde de yeni açılımları zorunlu kılmıştır. ILO normlarının gereklerine dahi yanıt vermeyen sendikal bir mevzuatla AB müktesebatına uyum sağlanmasının mümkün olamayacağı açıktır. Yapılması gereken başta 1982 Anayasası'nın ilgili hükümleri olmak üzere 2821, 2822 ve 4688 sayılı Yasalardaki değişiklikleri bir an önce gerçekleştirmektir.

Anayasada, 2001 ve 2005 yıllarında değişiklik yapılması, 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda çeşitli değişiklikleri öngören ve üç kişilik bir bilim kurulu tarafından hazırlanan yasa tasarıları, ILO çevrelerinde olumlu, ancak yetersiz bulduktan sonra Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nda ve Ekonomik ve Sosyal Konsey'de bu konuda görüşmeler, hazırlıklar yapılmış ve üçlü yapılanma çerçevesinde bazı ortak görüşler saptanmıştır.

Geçtiğimiz aylarda bu hususta iktidar partisine mensup yedi milletvekili tarafından hazırlanan kanun teklifi TBMM, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nda görüşülmüştür. 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda önemli değişiklikleri öngören bu kanun teklifinin bir değerlendirmesini yapmak bu incelemenin asıl amacını teşkil etmektedir.

## 1- KANUN TEKLİFİNİN BİÇİM YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 1- Teklifin başlığı içeriği yeterince yansıtmamaktadır

Kanun teklifi 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda değişiklik yapmayı amaçlamıştır. Teklif metninde ise bu Yasalar yanında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 9. maddesine bir fıkra eklenmiş; ayrıca aynı Yasa'nın 102. maddesinde değişiklik yapılmış ve aynı maddeye (j) fıkrası eklenmiştir. Bu durumda teklifin başlığında da 5510 sayılı Yasa'ya yollama yapılması gerekmektedir.

### 2- Sendikaların yönetim kurullarının oluşum biçimine ilişkin 15. maddenin yasa metninde muhafaza edilmesi

ILO Uzmanlar Kurulu sendikaların organlarının yasa ile, oluşum biçimlerine kadar, düzenlenmesini 87 sayılı Sözleşme'ye aykırı bulmakta ve bu gibi ayrıntıların sendika tüzüklerine bırakılmasını önermektedir.

Nitekim kanun teklifinde de (m.7) bu organların oluşum biçimi sendika tüzüklerine terk edilmiştir. Bu maksatla yasanın 7. maddesinin 16. bendinden sonra gelmek üzere 17. bent eklenmiştir. Ayrıca isabetli olarak "disiplin kurullarını düzenleyen 18. madde ile denetleme kurullarını veya denetçileri" düzenleyen 19. madde yürürlükten kaldırılmıştır. Buna karşılık yönetim kurullarının oluşumunu düzenleyen 15. madde yürürlükten kaldırılmamıştır (m.63-1). Bu maddenin özellikle korunduğu ileri sürülebilir. Zira bazı sendikaların yönetim kurulu üye sayısını artırmak suretiyle genel kurullardaki çoğunluğu elde etme gibi bir amaç izleyebileceği düşünülebilir. Bu takdirde 7 maddeye eklenen 17. bentte "yönetim kurulları" ibaresine yer vermemek gerekir.

Öte yandan konfederasyonların yönetim kurullarının en çok yirmi dokuz üyeden oluşacağına ilişkin hükmün de gözden geçirilmesi icap eder. Zira yeni teklifte işkolu sayısı 19'a indirildiğine göre buradaki en çok üye sayısı da 20 olarak belirlenmek gerekir.

### 3- Üyeliğin kazanılması ile ilgili yollama yapılan madde hatalıdır

Teklifin 15. maddesinde üyeliğin sona ermesi ile ilgili 25. maddenin iki fıkrası değiştirildikten sonra üyeliğin kazanılmasına ve üyeliğin sona ermesine ilişkin bir yönetmeliğin çıkarılacağı öngörülmektedir. (Ek fıkra) Ancak üyeliğin kazanılması ile 17. maddenin hiçbir ilgisi yoktur. Bilindiği gibi 17. madde yönetim kurulunun toplantıları ile ilgilidir. Üyeliğin kazanılmasına ilişkin madde ise 22. maddedir. Dolayısı ile atıf yapılması gereken madde 22. madde olması gerekir.

### 4- İşyeri sendika temsilcilerinin görev alanı ile ilgili cezai yaptırım

Teklif Tasarısında işyeri sendika temsilcilerinin tayini ve nitelikleri (m.34) ile bu temsilcilerin görev alanı ile ilgili düzenlemeler (m.35) aynı madde içinde toplanmakta ve böylece 35. madde yürürlükten kaldırılmaktadır (m.65). Ancak "ceza hükümleri" başlıklı 59. maddenin 3. bendinde 35. maddenin ikinci fıkra hükmüne yollama yapılmakta ve idari para cezası öngörülmektedir. Halbuki 35. maddede II. fıkra olmadığı gibi, bu madde tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Kanımızca ortada maddi hata vardır ve yollama yapılması gereken maddenin 34/II olması gerekmektedir.

### 5- Sendika üyesi olamayacaklara ilişkin 21. madde tümüyle yasadan çıkarılabilir

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun ilk şeklinde çok sayıda işçi ve işverenlere sendikalara üye olma yasağı konulmuştu (m.21). Bu yasakların 87 sayılı Sözleşme ile bağdaşması mümkün değildir. Zira adı geçen sözleşmede üye devletlere bu hususta tanınan yetki sadece silahlı kuvvetler ve polisle sınırlı bulunmaktadır. Halbuki 21. madde kapsamında öğrencilere bile sendikaya üye olma yasağı getirilmişti.

21. maddede 1988 (Yasa No:3449) ve 1995 (Yasa No: 4101) tarihlerinde yapılan değişikliklerle bu husustaki birçok yasak kaldırıldı, sadece maddenin birinci bendindeki "askeri şahıslar" kaldı. Askeri işyerlerinde işçi olarak çalışanlar bu yasağın kapsamı dışında tutulduğundan geriye mesleği as-

kerlik olanlar kalmaktadır. Bu gruba giren askeri şahıslar ise Türk mevzuatında kamu görevlisi statüsündedirler. Bu nedenle 21. maddeyi tümüyle yasadan çıkarmak mümkündür ve ILO karşısında bu değişiklik ülkemiz için bir avantaj niteliğindedir.

### 6- Sendika kurucularında aranacak nitelikler (m.5) bakımından eski Türk Ceza Kanunu'na yapılan yollamalar aynen muhafaza edilmiştir

Sendika kurucularında aranacak nitelikler açısından 5. maddeden sadece "Türk vatandaşı" ibaresi çıkarılmıştır. Bu değişikliğin AB normları açısından isabetli olduğu kuşkusuzdur. Ancak kurucularında daha başka çok sayıda nitelik aranmakta ve bunlar madde metninde tek tek sayılmakta, yürürlükten kaldırılan eski Türk Ceza Kanunu'nun birçok maddesine yollamalar yapılmaktadır.

5. maddenin içeriğinde bazı değişiklikler yapma gereği bir yana, ceza yasasına yapılan yollamalar en azından yeni yasa dikkate alınarak yapılmalıdır.

### 7- Kanun teklifinde terminoloji birliği sağlanamamıştır

Yasanın eski hükümleri ile yeni düzenlemeler arasında terminoloji birliğine yeterli özen gösterilmemiştir. Örneğin 2821 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde işçi tanımı 4857'ye göre yapıldıktan sonra "bu kanun bakımından" işçi sayılanlar 274 sayılı Yasadaki esaslara göre düzenlenmiş ve "adi şirket mukavelesi" ibaresi aynen muhafaza edilmiş iken, aynı maddenin V. fıkrasında "adi ortaklık" deyimini kullanılmıştır.

B biçim açısından sakıncalı bulduğumuz diğer değişiklik ya da yanlışlıklar, ilgili maddelerin yorumlanması sırasında, açıklanmaya çalışılmıştır.

## II- 2821 SAYILI SENDİKALAR KANUNU'NDA KANUN TEKLİFİNİN ÖNGÖRDÜĞÜ DEĞİŞİKLİKLER

Öncelikle belirtmeliyiz ki, yapılması düşünülen değişiklikler mevcut kanunun birçok madde-

## İşveren vekili kavramında işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili olma durumu mevcut yasada tüm işveren vekilleri için zorunlu olan bir öge iken, Teklif bunu sadece tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarında zorunlu saymıştır.

sini ilgilendirmekte ve oldukça önemli bir içeriğe sahip bulunmaktadır. Bunlardan başlıcaları şunlardır:

### 1- “Tanımlar” başlıklı 2. maddede yapılan değişiklikler

2821 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde yapılan en önemli iki değişiklikten biri işveren vekilleri tanımında yapılmıştır. Diğeri ise işyeri kavramının 4857 sayılı İş Kanunu paralelinde düzenlenmesidir.

#### a- İşveren vekilinin tanımı:

Teklif göre “İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselerle tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili olanlara işveren vekili” denir.

Kanımızca bu tanım mevcut işveren vekili kavramında ciddi değişiklikler yapmaktadır. Zira işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili olma durumu mevcut yasada tüm işveren vekilleri için zorunlu olan bir öge iken, Teklif bunu sadece tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarında zorunlu saymıştır. En azından Teklif metni böyle bir yoruma açık bulunmaktadır.

Hatırlanacağı gibi 274 sayılı Yasa döneminden beri İş Yasası'ndaki işveren vekili tanımı ile Sendikalar Yasası'ndaki tanım arasında işveren vekili kavramının farklı olması gerektiği kabul edilmiştir. Zira burada işverenlerle birlikte örgütlenmesi uygun görülen üst kademe (tepe) yöneticiler söz konusudur. Aksi halde iş yasalarındaki işveren vekili kavramı ustabaşlarına kadar inebildiğine göre bunların işveren sendikaları içinde örgütlenmesi gibi bir durumla karşılaşmamız mümkündür. Bu

nedenle uzun yıllar işyerini asıl işveren adına bütünü ile yönetenlerin bile Sendikalar Kanunu anlamında işveren vekili sayılamayacakları, sadece işletmenin bütününe yönetim erkine sahip olanların işveren vekili sıfatıyla işveren sendikalarına üye olabilecekleri kabul edilmiş ve yasal düzenlemeler bu doğrultuda yapılmıştır.

Sırası gelmişken belirtelim ki, tepe yöneticiler dışında işyeri ve işletmelerdeki işveren vekillerini, dilerlerse işçi sendikaları içinde örgütlenmeye yönlendiren Türk mevzuatının yeterli olduğu söylenebilir. Bu yüzden toplu sözleşme uygulamalarında “kapsam dışı personel” ciddi bir sorun haline gelmiştir. Bunun için batılı ülkelerde olduğu gibi bu kategoriye giren yöneticilerin ayrı sendikalar (cadres) içinde örgütlenmelerine olanak vermek gerekmektedir. Sendikaları düzenleyen mevzuatta şimdiye kadar bu alanda hiçbir adım atılmamıştır. Öyle anlaşılıyor ki yeni Kanun Teklifi de bu çözümden uzak kaldığı gibi, işveren vekili kavramında yeni tereddütlere neden olabilecek bir düzenleme getirmektedir. Kanımızca mevcut yasal düzenleme aynen muhafaza edilmelidir.

#### b- Teklifin işyeri tanımı:

4857 sayılı İş Kanunu'ndaki işyeri tanımı aynen benimsenerek Kanun Teklifine geçirilmiştir. İlk bakışta iki ayrı yasada da işyeri kavramının aynı esaslara göre tanımlanması tutarlı ve yararlı bir çözüm olarak görülebilir.

Ancak işveren vekili tanımında olduğu gibi, burada da 2821 sayılı Yasa'nın amacının toplu iş hukuku açısından teknik bir üretim birimi olan işyerini belirlemek olduğu unutulmamalıdır. Gerçekten toplu sözleşme yetkisi bu tanıma göre belirlenecek, grev uygulamaları, oylamaları vs. hep bu tanım çerçevesinde cereyan edecektir. Soruna bu açıdan yaklaşıldığında “aynı yönetim altında örgütlenen” tüm yerleri tek bir işyeri çerçevesinde değerlendirmek, ileride çok ciddi sorunlara neden olabilecektir. Örneğin şirket yönetim merkezinin üretim yapılan yerlerden başka yerlerde kurulu olduğu işletmelerde yetkili sendikanın belirlenmesinde beyaz ve mavi yakalı tüm personel dikkate alınacaktır. Uygulamada beyaz yakalı büro işçilerinin örgütlenme eğilimlerinin daha düşük olması sendikanın çoğunluğu temsil etmesi koşulu açısından ciddi sorunlar doğurabilecektir. Sendikaların yetki sürecinde karşılaşabilecekleri bu sorun Türki-

ye'nin ILO normları açısından da sıkıntılar yaşayabileceğini göstermektedir. Zira 98 sayılı sözleşmenin 4. maddesi uyarınca üye devletler toplu pazarlık uygulamasını kolaylaştırmak ve yaygınlaştırmakla yükümlüdürler. Aşağıda bu konuya dönme fırsatını yeniden bulacağız. Grev oylamalarında da aynı durumla karşılaşılması kaçınılmazdır. Görülüyor ki bireysel iş hukuku açısından isabetli olan bir tanım, toplu iş hukukunda aynı derecede başarılı olamayabilir. Bu nedenle işyeri tanımının, toplu iş hukukunun özellikleri dikkate alınarak yapılmasında yarar vardır.

## 2- “İşkolunun belirlenmesi” başlıklı 4. maddede yapılan değişiklikler

Kanun Teklifinde 4857 sayılı İş Kanunu (m.3) uyarınca işyerini kuran bir işverenin Bölge Müdür-lüğü'ne bir ay içinde yapmak zorunda olduğu bildirime dayalı olarak adı geçen müdürlükçe işkolu tespitinin yapılacağı; buna karşı işçi sendikalarının başvurusu üzerine bu tespitin Bakanlıkça yapılacağı ve sonucun Resmi Gazete'de ilan edileceği; daha sonra da ilgililerin başvurusu üzerine yargı (iş mahkemesi ve Yargıtay) tarafından kesin karara bağlanacağı öngörülmüştür.

Aynı maddeye eklenen bir fıkra ile de işkolu değişikliğinin bağitlanmış toplu sözleşmelerini ya da yetki prosedürünü etkilemeyeceği, yetki işlemlerinde bekletici bir neden sayılamayacağı açıklanmıştır.

Toplu pazarlık sürecini geciktirme amacıyla, genellikle kötü niyetli, itirazları engellemeyi öngören yeni fıkranın isabetli olduğu kuşkusuzdur.

Ancak, ilk fıkrada yer alan ve bölge müdürlüklerince işyerinin gireceği işkolunun belirlenmesi prosedürü konusunda bazı sorunlar doğacağına işaret etmeliyiz.

Bilindiği gibi ILO Uzmanlar Kurulu ve Sendika Özgürlüğü Komitesi bazı sendikaların şikayeti üzerine işyerinin gireceği işkolunun belirlenmesinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın devreye girmesini kuşku ile karşılamaktadır<sup>1</sup>. Konferansta eleştirileri yanıtlayan hükümet temsilcisinin Bakanlığın tespitine karşı yargı yolunun açık bulunduğu cevabı not edilmekle beraber yeterli görülmemektedir. Bu nedenle idari makamların devre dışı bırakılması önerilmektedir.

Kanun teklifinde ise işyerinin gireceği işkolunun belirlenme sürecine Bakanlık dışında bir de bölge müdürlüğü dahil edilmektedir. Süreci uzat-

ması açısından bu çözümün daha yoğun eleştiriye uğraması kaçınılmaz gibi görünmektedir.

## 3- Sendika kurucularında aranacak nitelikler (m.5)

Kanun teklifi 5. maddede sadece “Türk vatan-daşı” olma koşulunu kaldırmakla yetinmiştir. AB müktesebatına uyum açısından bu değişiklik isabetlidir. Ancak yukarıda da işaret edildiği gibi aynı maddede, belirtilen suçlardan hüküm giymemiş olma koşulları hep eski Türk Ceza Kanunu'na göre düzenlenmiştir. Maddenin yeniden gözden geçirilmesinde yarar vardır.

## 4- Sendikanın kuruluşunda uyulacak usul (m.6)

Sendika ve konfederasyonların tüzel kişilik kazanmaları ile ilgili esaslar muhafaza edilmiştir (m.6/IV). Tüzel kişiliğin kazanılmasından sonra tüzüğün yasaya aykırılığı veya kuruluş koşullarının gerçekleşmediği anlaşılırsa valilik sendikadan eksikliklerin bir ay içinde giderilmesini istemesi, aksi halde sendikanın faaliyetinin durdurulması için iş mahkemesine başvurusu yasa teklifinde öngörülmüştür.

Yargı süreci ile ilgili 54. madde hükmü de 6. madde kapsamına alınmıştır. Altıncı maddenin içinde tüzüğün kanuna aykırı ya da bilgilerin eksik olması ile ilgili hükümlere yer verilmesi kanımızca isabetli olmuştur. Böylece 54. ve 55. maddelerin yasadan çıkarılması mümkün olmuştur.

Ancak maddenin başlığı ile içeriği arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. Zira sendika kurulduktan, hatta bir süre faaliyette bulunduktan sonra tüzüğünü yasaya aykırı hükümlerle değiştirirse yine 6. madde uygulanacaktır. Bu nedenle madde başlığının “Kuruluşta uyulacak usul ve tüzüğün kanuna uygunluğu” biçimine dönüştürülmesinde yarar vardır.

## 5- Sendikaların organlarına ilişkin hükümlerde yapılan değişiklikler (m. 11, 13, 14, 15)

Tüzel kişiliğe sahip sendikaların işleyişi, doğal olarak, organları aracılığı ile gerçekleşmektedir. Öte yandan sendikaların, kuruluşları gibi, işleyişleri de demokratik esaslara aykırı olamaz (Anayasa m.51/son). Sendika içi demokrasiyi gerçekleştirebilmek için yasa koyucu, özellikle 1980 sonrası dö-



nemde, sendika organlarının kuruluş ve işleyişleri konusunda çok ayrıntılı düzenlemeler yapmıştır (2821, m.9-19). Çeşitli kademelerdeki sendikaların genel kurullarının üyelerden ya da delegelerden nasıl oluşacağı, genel kurullarda yapılacak seçimlerde uyulacak esaslar, diğer zorunlu organların üye sayılarından toplantı zamanlarına kadar Sendikalar Kanunu'nda düzenlemeler bulunmaktadır. ILO ise bu ayrıntılı düzenlemeleri sendikaların faaliyetlerini serbestçe yapma özgürlüğüne aykırı bulmakta ve bu ayrıntıların bir yönetmelikle düzenlenmesini veya bu gibi ayrıntıların sendikaların tüzüklerine bırakılmasını istemektedir<sup>2</sup>.

Kanun Teklifi bu eleştirilere yanıt vermek amacıyla ile 2821 sayılı Yasa'nın birinci kısmının ikinci bölümünde önemli bazı değişiklikler yapmıştır. Bunlardan bir kısmı sendikanın işleyişini kolaylaştırmak ve uygulamada karşılaşılan sorunları çözmek amacıyla taşımaktadır. Teklif tasarısı önceki yıllarda çok tartışma konusu olan ve bir süre Anayasa hükmü olduğu için değiştirilemeyen sendika yöneticilerinde aranan on yıllık bilfiil işçilik kıdemini kaldırmaktadır (m.14/XIV).

Ancak 5. maddedeki koşullardan biri olan sendikanın faaliyet alanına girdiği işkolunda fiilen çalışır olmaya yeni bir düzenleme getirilmektedir. Buna göre, "fiilen çalışma veya çalışmama koşulu sendikal kuruluşların kararlarına" bağlanacak ve bu husus sendikaların tüzüklerinde düzenlenecektir.

Sendika yöneticiliği yapabilecek kişilerin zor bulunduğu geri kalmış ülkelerde böyle bir hükme ihtiyaç duyulması doğaldır. Ancak Türk sendikacılığı bu sıkıntıyı hiçbir zaman yaşamamıştır. Sendika tüzüğüne konulan bir hükümle işçi sıfatına da-

**Teklifle getirilen hükmün sendikaya serbestçe üyelik ilkesine uyum sağlaması açısından yararlı olacağı beklenmektedir. Ancak başarısızlık halinde 1980 öncesi kaos dönemine dönme tehlikesini de beraberinde getireceği unutulmamalıdır.**

hi sahip olmayan bir kişi sendika yönetici olabilecek midir?

Yöneticilik yapacağı işkolunda hiç çalışmamış, başka işkollarında çalıştığından dolayı belirli bir sendikaya üye olamayan bir işçi tüzük hükmü uyarınca sendika yöneticiliğine seçilebilecek midir? Görülüyor ki bu yeni hüküm uygulamada bir çok sorunu gündeme getirebilecektir.

Sendikanın genel kurul dışında kalan diğer organlarının tek bir madde içinde toplanması (m.15) ve bunların faaliyet alanları ile yetki ve üye sayılarının sendika ve konfederasyonların tüzüklerine bırakılması kanımızca isabetli olmuş, ILO normlarına da uygun düşmüştür.

## 6- Sendika üyeliğinin kazanılması ve üyeliğin sona ermesi ile ilgili hükümlerde yapılan değişiklikler (m.22, 25)

İşçinin sendikaya üye olması ya da üyeliğin sona ermesi Türk hukukunda 1963 sonrası dönemde özel bir önem kazanmıştır. Batılı uzmanların anlamakta güçlük çektikleri bu durumun nedeni sendikaların toplu pazarlıkta yetkili olabilmeleri için üye sayılarının dikkate alınmasıdır. Nitekim 1963-80 döneminde kişisel başvuru esasının kabul edilmesi ciddi sorunlara yol açmış, sahte üyelik belgeleri ile yetki alan birçok sendika Türk endüstri ilişkilerinde istenmeyen olayların cereyan etmesine neden olmuştur.

Bu durum karşısında bir yandan yetkili sendikanın belirlenmesinde yeni arayışlar başlamış, öte yandan da üyeliğe giriş ve çıkışın noter kanalı ile düzene sokulması önerilmiştir. Böylece işçilerin gerçek temsilcisi olan sendikaların belirleneceği, sahteciliklerin son bulacağı ve sayıları bine yaklaşan sendikaların yol açtığı enflasyonun da ortadan kalkacağı düşünülmüştür.

Önce sendikadan çekilme noter işlemine bağlanmış (Yasa No:1317; R.G.12.08.1970), ancak asıl sahtecilikler üyelik başvuruları sırasında yapıldığından bu değişiklik sorununun çözümünde yeterli olamamıştır.

1982 Anayasası'nda işçi ve işverenlerin aynı işkolunda ancak bir sendikaya üye olabilecekleri kabul edilmiş (m.51/IV), 1983 yılında çıkarılan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda ise üyeliğe kabulde

de üyelikten çekilmede de noter işlemleri zorunlu tutulmuştur.

Toplu sözleşme yetkisi için işkolu barajı yanında sendika üyeliğinin noter koşuluna bağlanması sendika üyeliğinde ve sendika sayısında ciddi bir azalmayı beraberinde getirmiştir. Ancak yetki sorunu sağlıklı esaslara kavuşturulmadığı gibi, işyerlerinde çalıştırılan işçiler ve bunlardan sendikalara üye olanlarla ilgili istatistikler hiçbir zaman gerçek durumu yansıtamamıştır. Üstelik gerek doktrinde, gerek ILO Uzmanlar Komitesi raporlarında noter kanalı ile sendika üyeliği, serbestçe örgütlenme hakkına uymadığı ifade edilmiştir. ILO'nun bu konudaki eleştirilerine karşılık özgür toplu sözleşme hakkı bakımından bu formalitenin zorunlu olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun Teklifinde 2821 sayılı Yasa'nın 22. ve 25. maddelerinde değişiklik yapılarak yeniden 1963 yasası dönemine dönülmektedir. Tek fark, üyelik başvurusunda bulunan işçinin 3 nüsha olarak doldurup imzaladığı üye kayıt fişinin bir nüshasının 15 gün içinde posta ile Bakanlığa gönderilmesi, "ayrıca internet üzerinden elektronik olarak" aynı Bakanlığa iletilmesidir.

Kanun Teklifinin 13. maddesinde 22. madde ile ilgili olarak IV. fıkrada üye kayıt fişinin 15 gün içinde Bakanlığa gönderilmesi açıklandıktan sonra son fıkranın son cümlesinde aynı konuda bir hüküm sevk etmenin anlamı bulunmamaktadır.

Kanun Teklifinde üyelikten çekilme de benzer hükümlerle yeniden düzenlenmiştir. Çekilme bildiri üye tarafından doldurulup imzalandıktan sonra en geç 3 işgünü içinde ilgili işverene, sendikaya ve Bakanlığa posta ile ve ayrıca internet üzerinden elektronik olarak gönderilmesi zorunlu tutulmuştur.

Sendikadan çıkarılmaya karşı üye yanında bölge çalışma müdürlüğünün de iş mahkemesine itiraz edebilmesi kaldırılmış, sadece ihraç edilen üyenin dava açabileceği kabul edilmiştir.

25. maddenin sonuna eklenen bir fıkra ile üyeliğin kazanılması ve kaybedilmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemek üzere Bakanlıkça bir yönetmelik çıkarılacağı öngörülmüştür.

Kanımızca bu yönetmelik olağanüstü bir önem taşımaktadır. Gerçi sistem bireysel ve yazılı bir başvuruya dayandığından öngörülen yönetmeliğin hareket alanı oldukça sınırlı kalacaktır. Ancak in-

ternet üzerinden elektronik posta ile yapılacak iletişimde sistemi kontrol altına alma çareleri düşünülmeli ve bu konuda yeni teknolojinin olanaklarından yararlanılmalıdır.

Yeni çözümün işçileri ve sendikaları noter külfet ve masrafından kurtarması, sendikaya serbestçe üyelik ilkesine uyum sağlaması açısından yararlı olacağı beklenmektedir. Başarılı olursa 50 yıla yaklaşan bir süreden beri kronikleşen bu sorun, uluslararası normlar ve uygulamalar ışığında çözüme kavuşmuş olacaktır. Ancak başarısızlık halinde 1980 öncesi kaos dönemine dönme tehlikesini de beraberinde getireceği unutulmamalıdır. Tek ümidimiz yukarıda sözünü ettiğimiz yönetmeliğin çözüme yardımcı olmasıdır.

## 7- İşçi sendikası yöneticiliğinin ve temsilciliğinin güvencesinde (m. 29 ve 30) yapılan değişiklikler

Profesyonel sendika yöneticilerinin sendikadaki görevlerinin sona ermesi halinde eski işyerlerine dönebilmelerine olanak vermek, böylece işçileri sendika yönetiminde görev almaya teşvik etmek Türk yasa koyucu tarafından 1963'ten beri benimsenmiş bir ilkedir.

Ancak uygulamada bu yöneticilerin işyerlerine dönmeleri sırasında sorunlar yaşanmaktadır. 2821 sayılı Yasa'daki gibi (m.29) "diğer isteklilere nazaran öncelik vererek", yeniden işe alma nasıl yorumlanacaktır? İşe alınmazsa hukuki yaptırım nedir? Yeni iş sözleşmesinin koşulları nasıl belirlenecektir? Bu olanaktan hangi yöneticiler yararlanabilecektir? Bu soruların cevapları hem yasa koyucu, hem de yargı organlarını meşgul etmiştir.

Kanun Teklifi olabildiğince profesyonel yöneticilerin işçilik haklarını koruyan yeni düzenlemeler getirmiştir. Eski işyerlerine dönmek isteyenlerin taleplerinin işverenlerce kabul edilerek işe başlatılmaları teklifte zorunlu tutulmuş, üç ay içinde başvuruda bulunma koşulu kaldırılmış, yönetici seçilmelerinden dolayı işten ayrılanlara istekleri halinde kıdem tazminatları ile diğer alacaklarının ödeneceği benimsenmiş, sendikanın kararı ile profesyonel yöneticiler amatör yönetici haline getirilirlerse onların da eski işlerine dönebilme yolu açılmıştır.

Önemli bir değişiklik de mevcut yasada yer

alan ve yönetim görevi sırasında bu görevle ilgili fiillerden dolayı suç işlemiş ve hüküm giymiş olanların bu haktan yararlanamayacaklarına ilişkin fıkranın 29. maddeden çıkarılmış olmasıdır.

İşyeri sendika temsilcilerine sağlanan güvencede de (m.30) yeni teklif önemli değişiklikler öngörmektedir. Hatırlanacağı gibi 4857 sayılı Yasa ile Türk mevzuatına ilk kez iş güvencesi getirilince sendika temsilcileri de aynı güvence kapsamına alınmışlar, sadece “temsilcilik faaliyetlerinden dolayı” işten çıkarılanlara yargı kararı ile işe iade edilmeleri halinde işe başlatmama (m.21/I) tazminatı (4 ila 8 aylık ücret tutarı) en az bir yıllık ücret tutarında bir tazminat olarak öngörülmüştür.

İşyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesini genel hükümler (m.18-21) çerçevesinde ele almak kanımızca temsilcilerin hak kaybına neden olmuştur. Öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörülen “geçerli nedenlerin” haklı nedenlere göre nispeten hafif nedenler olması bu güvenceyi ciddi biçimde tehlikeye sokmuştur.

Bilim Kurulu tarafından hazırlanan Taslakta olduğu gibi yeni Teklifte de bu sakınca giderilmiş ve temsilcilerin iş sözleşmelerinin haklı bir neden olmadıkça feshedilemeyeceği ilkesi kabul edilmiştir. Temsilcinin iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması da yeni Teklifte isabetli olarak dikkate alınmamıştır. Ayrıca temsilcinin “işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer bütün haklarının işveren tarafından ödenmesi” sistemine dönülmüştür.

Maddeye eklenen bir fıkra ile de temsilcilere sağlanan bu güvenceden amatör sendika ve sendika şube yöneticilerinin de yararlanması sağlanmıştır. İşverenle iş ilişkisi devam eden amatör yöneticilerin de en az işyeri sendika temsilcileri kadar bu güvenceye ihtiyaçları olduğu düşünülürse yapılan bu yeni düzenlemenin isabetli olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Hatırlanacağı gibi Bilim Kurulu Taslağında da aynı düzenleme yapılmıştı.

Sendika yönetici ve temsilcilerine daha özel ve ileri güvencelerin sağlanması güçlü ve özgür bir sendikacılık hareketi için mutlaka gereklidir. Teklifin uygulama sorunlarını çözme amacı taşıdığı açıkça görülmektedir.

Sendika işyeri temsilcilerinin görevlerini düzenleyen 35. madde, 34. maddenin ikinci fıkrası olarak

aynen korunmuş ve doğal olarak 35. madde yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak bu arada 34. maddenin ikinci fıkrası kendiliğinden yerini eski 35. maddeye bırakmıştır. Halbuki madde 34/II işyeri sendika temsilcilerinde ve sendika kurucularında aranan nitelikleri aramakta idi. 5. maddedeki bu niteliklerin aranmaması kanımızca bir eksikliklerdir.

## 8- Sendikalara tanınan ve yasaklanan faaliyetlerde (m.32, 33, 37, 39) yapılan değişiklikler

2821 sayılı Yasa sendikaların çalışma hayatına ilişkin faaliyetleri (m. 32) ile sendika ve konfederasyonların sosyal faaliyetlerini (m.37) ayrı ayrı düzenlemiştir. Böylece sendikalara, konfederasyonlara nazaran daha geniş bir faaliyet alanı bırakılmıştır.

Sözü geçen iki madde çerçevesinde sendika ve konfederasyonlara tanınan faaliyetler ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu ayrıntıların bir kısmı uygulamada sorun yarattığı, sendikaların faaliyet alanında kısıtlamalara neden olduğu ileri sürülmüştür.

Yeni teklif 32. madde çerçevesinde oldukça basit bir düzenleme yapmış, 37. maddeyi yürürlükten kaldırmış ve sendikaların faaliyetlerini tüzük ve çalışma programlarına terk etmiştir. Bu çözümün ILO normlarına daha uygun olduğu kuşkusuzdur.

Yeni düzenlemeler karşısında 32. maddenin başlığı ile birlikte değiştirilmesinin yararlı olacağı kanısındayız. Ayrıca yürürlükten kaldırılan 37. maddenin son fıkrasının da 32. madde içinde yer almasının gerektiğini düşünüyoruz.

Teklif Tasarısının getirdiği en önemli yenilikten biri kanımızca 36. maddeyi tümüyle yürürlükten kaldırılmasıdır. Hatırlanacağı gibi bu madde sendika ve konfederasyonların kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladıkları hak ve menfaatlerin üyesi olmayanlara uygulamasını sendikaların yazılı iznine bağlı olmasını öngörmektedir. Bu kuralın tek istisnası 2822 sayılı Yasa hükümleridir. Özellikle taraf sendika üyesi olmayan işçilerin dayanışma aidatı yoluyla toplu sözleşmeden yararlanmalarında (2822, m.9) sendikanın iznine gerek olmadığı yasanın açık hükmüdür. Ancak uygulamada işyerinin toplu sözleşme dışında iş sözleşmesi çerçevesinde sendika üyesi olmayanlara bazı menfaatler sağlayıp sağlayamayacağı tartışmalara neden oluyordu. Kuşkusuz bu uygulamalar sendika üyeliğini cezalandırma amacını taşıyorsa 2821 sayılı Yasa'nın 31.

maddesinin III. bendine göre bir ayırım yapıldığı sonucuna varılacaktır. Ancak işveren tarafından yapılan her düzenlemenin kötü niyet taşıdığı söylenemez. İşletmeciliğin gereği olarak bunların yapılmış olması da olasıdır.

Teklif Tasarısının 65. maddesi uyarınca 36. madde yürürlükten kaldırıldığına göre uygulamada yıllardan beri devam eden tartışmalar son bulacak, sorun sendika özgürlüğü çerçevesinde yargı kararları ile açıklığa kavuşturulacaktır.

Sendikalara yasaklanan faaliyetlere gelince;

“Temel Yasaklar” başlığını taşıyan 37. madde aynen muhafaza edilmektedir. Böylece anayasal düzene, demokratik esaslara aykırı faaliyetler (m.37/I) yanında dar anlamda siyasal faaliyetlerle uğraşma, siyasal partilerin ad, amblem, rumuz ve işaretlerini kullanma yasaklanmaktadır (m.37/II). Sendika yöneticilerinin yerel veya genel seçimlerde adaylıkları sırasında görevleri askıya alınmakta, seçilmeleri halinde sendikadaki görevleri sona ermektedir (m.37/III). Bu son yasakla ilgili düzenleme Anayasanın 82. maddesinde yer aldığından aksine bir değişikliği gerçekleştirmek bugün için mümkün değildir.

Sendikaların ticaretle uğraşması ve gelirlerini üyeleri veya mensupları arasında dağıtması konularındaki yasaklar 39. madde içinden alınıp 37. maddeye eklenmiş ve böylece 39. madde yasadan çıkarılmıştır.

Özetle denilebilir ki sendikaların yasak faaliyetlerinde hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Bu durum karşısında 37. maddenin başlığının “Temel Yasaklar” olarak kalmasının bir anlamı kalmamıştır.

## 9- Sendikaların gelir ve giderleri ile ilgili maddelerde yapılan değişiklikler (m.40, 42, 43, 44)

Sendikaların gelir kaynaklarının sınırlanması bu örgütlerin özerklikleri ile ilgilidir. Kaldı ki 12 Eylül döneminde bazı sendikaların gelir ve giderlerini amaçları dışında edindikleri veya harcadıkları ileri sürülmüş ve bu konularda yasalara çok sayıda sınırlayıcı hükümler konulmuştur.

Elimizde bulunan yasa teklifi ise bu alanda önemli yenilikler öngörmektedir: Sendikaların gelir kaynaklarında bir değişiklik yapılmaz iken (m.40/I); bu örgütlere yurt içinden ve dışından

yardım ve bağışta bulunma yeni esaslara bağlanmaktadır (m.40/ III). Ayrıca sendikalara yardım ve bağış yapamayacak kurum, kişi ve kuruluşlarda da ciddi değişiklikler yapılmıştır (m. 40 /II).

Bağış ve maddi yardımların bankalar aracılığı ile yapılması, isabetli olarak, hükme bağlanmıştır (m. 40/I). Buna mukabil sendikalara yardım ve bağış yapamayacak tüm kamu kurumları yasak kapsamından çıkarılmış; sadece siyasal partilerin sendikalara yardım ve bağış yapması yasağı devam ettirilmiştir.

Daha önemlisi sendikalar kendilerinin ya da Türkiye Cumhuriyeti'nin üyesi bulunduğu kuruluşlardan, hatta yurt dışındaki diğer kişi, kurum ve kuruluşlardan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na önceden bildirimde bulunmak şartı ile aynı ve nakdi yardım ve bağış alabilmelerine izin verilmiştir (m. 40 /III). Dış kaynaklı bu gibi yardımların alınması halen yürürlükte olan yasaya göre çok daha sıkı hükümlere bağlıdır, Sendikaların ve Türkiye Cumhuriyeti'nin üyesi bulunduğu uluslararası kuruluşlardan başka kaynaklardan yardım ve bağış alınması Bakanlar Kurulu'nun iznine bağlanmış bulunmaktadır.

En etkili baskı gruplarından biri olan sendikaların amaçları ve faaliyet alanları ile hiçbir ilgisi olmayan kişi, kurum ve kuruluşlardan, Bakanlığa haber vermek suretiyle serbestçe yardım ve bağış alabilmesi kanaatimize göre sakıncalı olabilir. Gerçi ceza hükümleri başlıklı 59. maddeye göre; m. 40/III'e aykırı hareket eden sendika ve konfederasyon sorumlu yetkilileri hakkında hapis ve nakdi para cezası öngörülmüştür. Ancak yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan alınacak bu yardım ve bağışlarda Bakanlığın izin yetkisinin bulunmadığı hatırlanacak olursa bu cezai yaptırımın fazla bir anlam taşımadığı anlaşılacaktır. Zira bu gibi yardımları alan sendikanın Bakanlığa önceden bildirimde bulunmuş olması halinde bu suçun oluşmayacağı kuşkusuzdur. Kanımızca sendikaların yurt dışından alacakları yardım ve bağışlarda bazı kontrol mekanizmalarının devreye sokulmasında zorunluluk vardır. Sendikaların derneklerden farklı tüzel kişiler oldukları unutulmamalıdır.

Sendika yöneticiliğine seçilen işçilerin üç ay içinde vermek zorunda oldukları mal bildirimini (m.42) ve gelirlerin bankaya yatırılması (m.43) ile ilgili hükümlerde uygulamayı kolaylaştırıcı düzen-



lemeler yapılırken, “Giderler” başlıklı 44. madde yeniden düzenlenmektedir.

Sendikaların giderleri ile ilgili olarak yapılan değişiklikler ise sosyal amaçlı harcamaların nakit gelirlerinin %5'inden %10'una çıkarılması ve sendikaların gelirlerini tüzük hükümleri yanında “çalışma programları” çerçevesinde genel kurulca kabul edilmiş bütçe esaslarına göre kullanabileceklerine ilişkindir.

### 10-Sendikaların denetimi (m.47)

2821 sayılı Yasa'nın ilk biçimi ile sendikalara, iç denetim yanında, çok kapsamlı bir devlet denetimi getirilmişti. Bu düzenlemenin kaynağı kuşkusuz 1982 Anayasası'nın 52. maddesi idi. Devletin sendikalar üzerindeki idari ve mali denetim yetkisi doğal olarak Sendikalar Kanunu'nda ve daha sonra çıkarılan bir tüzükte ayrıntıları ile düzenlenmişti.

Ancak devletin sendikalar üzerindeki özellikle idari denetimi ILO'nun yoğun eleştirilerine uğramıştır. Sendikalar Kanunu'ndaki bu yasağın kaldırılabilmesi için öncelikle Anayasa'nın 52. maddesinde değişiklik yapmak gerekmiş ve nitekim 23.07.1995 tarihli Yasa ile 52. madde tümüyle Anayasa'dan çıkarılmıştır. Daha sonra Sendikalar Kanununda da (m.47) değişiklik yapılmış ve devlet denetimine son verilmiştir (26.06.1997, Yasa No: 4277).

Sendikaların, sendika denetim organları dışında denetlenebilmesi doktrinde ve uluslararası mevzuat ve yorumlarda üzerinde çok durulan bir konudur. ILO Sendika Özgürlükleri Komitesi'nin içtihatlarına göre devletle ilgisi bulunmayan bağımsız uzmanların sendikaları mali açıdan denetlemesi mümkündür. Nitekim Bilim Kurulu tarafından hazırlanan Taslakta (m.16) sendika ve konfederasyonların gelir ve giderlerinin yıllık dönemler halinde yeminli mali müşavirlere denettirileceği hükme bağlanmıştır.

Yeni yasa Teklifinde ise yeminli mali müşavirlerce yapılacak dış denetim ihtiyari hale getirilmiştir. “Denetim esasları işçi ve işveren konfederasyonlarının yazılı görüşleri alınarak hazırlanacak bir tüzükte” gösterilecektir. Tüzüğün çıkarılması Danıştay'ın vizesine bağlı olduğu düşünülürse bu uygulamanın yasa yürürlüğe girdikten sonra hemen başlayamayacağı tahmin edilebilir.

Kuşkusuz dış denetim yanında sendikanın denetim organlarının iç denetimi de devam edecektir.

Öte yandan yasa Teklifi sendikaların her hesap ve bütçe dönemine ait bilanço ve hesapları ile çalışma ve denetleme raporlarını Bakanlığa ve üyesi oldukları konfederasyona göndermelerini öngören 51. maddeyi tümüyle yürürlükten kaldırmıştır (Taslak m.65). Konfederasyona gönderme yükümlülüğüne ilişkin hüküm denetim maddesinin sonuna eklenmiştir (m.47/son). Şu halde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bu hesap ve raporları gönderme yükümlülüğü kaldırılmış olmaktadır. Sendikaların yazılı belgelere dayalı olarak hükümetçe denetlenmesi ILO Uzmanlar Komitesinin eleştirilerini çekiyordu. Kaldı ki bu denetim uzun süreden beri yasalarda yer almasına karşın uygulanması bildiğimiz kadarı ile, hiç olmamıştır. Bu nedenle yasadan çıkarılması kanımızca isabetli olmuştur. Ancak yeminli mali müşavirlerin ne zaman ve hangi durumlarda devreye gireceği yasa tasarısında açık esaslara bağlanmamış, konu çıkarılacak tüzüğe bırakılmıştır. Yukarıda da işaret edildiği gibi tüzük çıkarmak genellikle zaman aldığından ve tüzüğün içeriğinde denetim esaslarının nasıl düzenleneceği bilinmediğinden sendikaların dış denetimindeki boşluğun bir süre daha devam edeceği kanısındayız.

### 11-Sendikaların faaliyetinin durdurulmasına ilişkin değişiklikler (m.56)

Sendikaların yurt dışındaki diğer kişi, kurum ve kuruluşlardan Bakanlığa önceden bildirmeden ayni ve nakdi yardım almaları halinde yeni teklife göre cezai yaptırım (m.59/7) dışında sendikanın faaliyetinin durdurulması yönüne gidilemeyecek, sadece alınan yardım hazineye intikal ettirilecektir. Halbuki halen yürürlükteki yasada (m.56/I) sendikanın faaliyeti yargı kararı ile üç aydan altı aya kadar durdurulabilmektedir.

Ayrıca 5. maddede sayılan suçlardan biriyle mahkum olan birine sendika organlarında görev verilmesi halinde valiliğin, Bakanlığın bu hususu tespiti üzerine bu kişinin görevine son verilmesi istenecektir. Görevine son verilmemesi halinde yine yargı kararı ile sendikanın faaliyeti altı aydan bir yıla kadar durdurulmakta ve yöneticinin görevine son verilmektedir.



Teklif Tasarısında ise göreve son verme işlemi idari makamlarca yapılmaktadır.

Böylece her iki halde de sendikanın faaliyetinin durdurulması yönüne gidilemeyecektir. Maddede gerek biçim yönünden, gerek içerik açısından hatalar olduğu kanaatindeyiz. Öncelikle 56. maddenin başlığında yer alan “faaliyetin durdurulması” ibaresi değişmediğine göre maddenin içeriğine uymamaktadır. İkincisi teklif metninde sendikanın “tekrar faaliyete geçebilmesinden” söz edilmiş, halbuki bu ihtimal yeni teklifte yasadan çıkarılmış bulunuyor.

Ayrıca valilik ve Bakanlığın idari merciler olarak sendikalara bildirimde bulunmaları ve yöneticinin görevine son vermeleri sendikanın iç işlerine idarenin karışması anlamına gelmektedir ve ILO normlarına aykırıdır. Herhalde bir yargı organını devreye sokmak gerekmektedir. 56. maddenin gözden geçirilmesinde kanımızca yarar vardır.

## 12- Sendikaların kapatılmasına ilişkin hükümlerde yapılan değişiklikler (m.58)

Halen yürürlükte olan Sendikalar Kanunu'nun 58. maddesinde T.C. Anayasası'nın birçok maddesinde açıklanan temel ilkelere tek tek değinilmiş ve bunlara aykırı faaliyet gösteren sendikaların Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine iş davalarına bakmakla görevli mahkeme kararı ile kapatılacağı hükme bağlanmıştır.

Kanun teklifi bu ayrıntılar yerine sadece “Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara” aykırı eylemlerden söz etmiştir.

Kanımızca “Cumhuriyetin nitelikleri” ve “demokratik esaslar” ilkeleri çok önemli olmakla beraber bir sendikanın yasa dışı faaliyeti nedeniyle kapatılması için yeterli değildir. Örneğin Anayasanın tıpkı birinci ve ikinci maddeleri gibi değiştirilmesi hatta değiştirilmesinin teklif edilmesinin yasak olduğu “devletin bütünlüğü”, “resmi dili” gibi ilkelere aykırı faaliyetler kapatma nedeni sayılmayacak mı? Kanımızca sendika gibi çok etkili bir sivil toplum örgütüne, özellikle ülkemizde ülkenin bütünlüğünü, milletin bölünmezliği ilkelerine aykırı faaliyette bulunma yetkisini vermek kimsenin aklından geçmemektedir. Bunun gibi resmi dilin Türkçe olmasının tartışmaya açılması mümkün mü-

dür? Birkaç yıl önce bir kamu görevlileri sendikası aleyhine açılan davada yüksek yargı organlarının verdiği kararlar mevcut 58. maddeye dayanılarak verildiği unutulmamalıdır.

Özetle diyebiliriz ki anayasal düzene aykırı faaliyetleri nedeniyle yargı kararı ile sendikaların kapatılabilmesinde sadece Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerini belirten 2. maddeye ve demokratik esaslara yollama yapılması yeterli değildir. Ulus ve ülke bütünlüğünü tehlikeye sokabilecek eylemleri de yasak kapsamına almakta kesin zorunluluk vardır.

Öte yandan yasa Teklifinde (m. 29) “Kapatma” başlıklı 58. maddede yapılan değişikliklerde biçimsel bir hataya da işaret etmekle yetinelim: Maddenin I. fıkrasında “kurum olarak aykırı faaliyette bulunan” ibaresine yer verdikten sonra, ikinci fıkrayı takiben metne eklenen fıkraya kanımızca ihtiyaç yoktur.

## 13- Ceza hükümlerine ilişkin hükümlerde yapılan değişiklikler (m.59)

Sendikalar Kanunu'nda üyeliğin kazanılması (m.22) gibi önemli değişiklikler, haklı olarak yeni ve ağır cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bunun gibi sendikaların yasaya aykırı kaynaklardan yardım ve bağış almaları da yeni cezai yaptırımlara tabi tutulmuştur.

Ceza hükümlerinde yapılan değişikliklerde maddi hataların bulunduğu yukarıda değinmiştik. Örneğin yollama yapılan 35. maddenin yürürlükten kaldırıldığını hatırlatmıştık. Bir başka maddi hata da “38. maddenin son fıkrası” ibaresinde yapılmıştır. Bu yollamanın 28. maddenin II. fıkrası olması gerektiğini düşünüyoruz.

## 14- İşkolları başlıklı 60.maddede yapılan değişiklikler

Sendikaların işkolu esasına göre kurulacağını (m.3) kabul eden Türk hukukunda, doğal olarak, işkolu kavramı özel bir önem taşımaktadır<sup>3</sup>. Öte yandan çağdaş dünyada benzer iktisadi faaliyetleri bir araya getirmek suretiyle işkollarını azaltma eğilimi devam etmektedir. Halbuki 2821 sayılı Yasa'da bunların sayısı 28'i bulmaktadır. Yeni bir düzenlemeye duyulan ihtiyaç Bilim Kurulu taslağında da yer almış (m.18) ve işkolu sayısı 18'e indirilmiştir.

Benzer bir düzenlemeye yasa Teklifinde de rastlanmaktadır (m.31). Bu düzenlemede gıda işkolu tarım işkolu içine alınmış, buna mukabil gemi yapımı ile metal; basın-yayın ile gazetecilik birbirinden ayrılmıştır.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) işkollarının yeniden düzenlenmesine prensip olarak itiraz etmemekte, ancak bunun uluslararası meslek standartlarına uygun olmasını ve özellikle hükümetin bazı sendikalar lehine ya da aleyhine sonuç doğurabilecek yetkilere sahip olmamasını istemektedir. Objektif ve güçlü sendikacılık amacı ile yapılan değişiklikler Türk doktrininde de öteden beri tasvip edilmiştir.

Bu ilkelerin ışığı altında yapılan değişikliği (m.60) değerlendirdiğimizde gıda ile tarım, ormancılık, avcılık ve balıkçılık arasında, ilk bakıştaki benzerlik dışında, bir yakınlık olmadığı anlaşılmaktadır. Toprakta bu ürünlerin elde edilmesi ile bunların sanayi teknikleri ile yeni ürünlere dönüştürülmesinin nitelikleri bakımından çok farklı olduğunu düşünüyoruz. Kaldı ki tarım kesimindeki çok değişik çalışma koşulları ile gıda sanayinin hiç bir ilgisi yoktur.

Bunun gibi gazetecilikle iletişimin, gemi yapımı ile metalin birbirinden ayrılmasına da gerek yoktur. Nitekim uluslararası tasniflerde de bu ayırım yapılmamaktadır.

Kanun Teklifinde işkolu istatistiklerinin senede iki kez yerine bir kez yayımlanması ilkesi benimsenmiş ve 2822 sayılı Yasa'da öngörülen değişiklikler paralelinde konfederasyonların üye sayıları da Bakanlıkça Ocak ayında yayımlanacağı hükme bağlanmıştır.

### 15- İşçi konfederasyonlarına üyelik aidatının tahsili bakımından kolaylık sağlanmıştır (m.61)

Üyelik aidatının işçinin ücretinden kesilerek sendikaya gönderilmesi üzerinde çok tartışılan konulardan biridir. Sendikaları sağlam bir gelir kaynağına kavuşturması yanında birçok sakıncayı beraberinde getiren bu uygulama genellikle Avrupa ülkelerinde yasalarla güvence altına alınmamış ya da Fransız hukukunda olduğu gibi yasaklanmıştır.

Türk yasa koyucusu tarafından 1963 yılında

check-off sistemi benimsenmiş ve bir an önce sendikaların güçlendirilmesine çalışılmıştır (274 sayılı Sendikalar Kanunu, m.23). 1317 sayılı Yasa ile (1970) bu sistem federasyon ve konfederasyonları da kapsayacak biçimde genişletilmiştir.

Bu düzenleme o yıllarda doktrinde ciddi eleştirilere uğramıştır. Sendikaların üst kuruluşları, yapıları gereği, az sayıdaki üyelerinden aidat toplama sıkıntısı çekmelerini ve bu sorunu çözebilmek için check-off tan yararlanmak istemelerini sağlıklı bir sendikacılık açısından doğal karşılamak mümkün olmadığı ifade edilmiştir<sup>4</sup>.

Nitekim 2821 sayılı Yasa'da da üst kuruluşlar check-off kapsamı dışında bırakılmış ve şimdiye kadar bu yasada yapılan değişiklikler sırasında bu yönde bir düzenleme yapılmamıştır.

İnceleme konumuz olan yasa Teklifinde de konfederasyonlar 1970 değişikliğinde olduğu gibi check-off kapsamına alınmamış, sadece 61. maddeye eklenen bir fıkra ile "Konfederasyon üyesi sendikaların, üyeleri adına işverenlerden tahsil ettikleri üyelik aidatlarından üst kuruluşuna tüzüğü uyarınca ödemeyi taahhüt ettikleri üyelik aidatlarını en geç onbeş gün içinde konfederasyon hesabına yatırırlar" hükmü getirilmiştir. Ancak Teklifte bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen sendikaların ne gibi hukuki ve cezai yaptırımlara tabi tutulacaklarına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

## III-KANUN TEKLİFİNİN 2822 SAYILI TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ, GREV VE LOKAVT KANUNU'NDA ÖNGÖRDÜĞÜ DEĞİŞİKLİKLER

Kanun Teklifinin 36. maddesinden itibaren 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda değişiklik yapan hükümlere yer verilmiştir. Bunlardan başlıcaları şunlardır:

### 1- Toplu iş sözleşmesinin kapsamı ve düzeyine ilişkin yapılan değişiklikler (m.3)

Teklifte 3. maddede yapılan değişiklikler Bilim Kurulu Taslağına aynen uymaktadır. Özetle grup sözleşmesinin tanımı maddeye eklenmekte, işlet-

me sözleşmesine açıklık getirilmekte, işletme veya grup niteliğinin olup olmadığı konusunda çıkan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme belirlemekte ve son olarak işverenlerin işletme niteliğini kazanan veya kaybeden işyerlerine ilişkin bilgileri belirli bir süre içinde Bakanlığa bildirme yükümlülüğü getirilmektedir.

## 2- İşletme sözleşmesi kapsamındaki bir işyerinin devredilmesi ile ilgili yeni düzenleme (m.8)

2822 sayılı Yasa'nın "Tarafların durumunda değişiklik" başlıklı 8. maddenin ilk fıkrasında toplu sözleşmenin sona ermesini gerektirmeyen haller arasında "işverenin değişmesi" ibaresinden sonra "işkolunun değişmesi" eklenmiştir. Şu halde işyerinin dahil olduğu işkolu 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca itiraz üzerine değişmiş ise o işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi bu değişiklikten etkilenmeyecektir. Uygulanması az da olsa kanımızca isabetli bir düzenlemedir.

Öte yandan 8. maddeye eklenen yeni bir fıkra önemli bir sorunu çözme amacı taşımaktadır; işletmeye dahil bir işyerinin tamamen veya kısmen başka bir işverene devredildiğinde işçilerin bu işlemede uygulanmakta olan toplu sözleşmeden kaynaklanan hakları ne olacaktır? Burada da kanun Teklifi esas itibarıyla Bilim Kurulu'nun hazırladığı Taslaktaki esasları benimsemiş, ayrıca işçi yararına bazı yeni düzenlemeler yapmıştır.

8. maddeye eklenen II. fıkraya göre böyle bir durumda devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi olsa dahi, devralınan işyerinde uygulanan toplu sözleşmeden doğan hak ve borçlar yeni işverenle işçi arasında iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecektir. Şu halde devredilen işyerinin işçisinin çalışma koşullarında yeni işveren bir değişikliği hemen yapamayacaktır. Ancak bu durum devirden itibaren bir yıl için geçerlidir. Bu süre geçtikten sonra 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde taraflar yeni düzenlemeler yapabileceklerdir. Bilindiği gibi sözü geçen İş Yasası hükmü bu konuda işverene bazı yetkiler tanıırken, işçiye de iş güvencesinden yararlanma hakkını vermiştir.

Şayet devralan işveren bu işyerini kapsayan yeni bir toplu sözleşme yapmışsa bir yıllık süreye bakılmaksızın yeni toplu sözleşme hükümleri bu işçilere de uygulanacaktır.

Buraya kadar Bilim Kurulu'nun hazırladığı Taslakla aynı hükümleri benimseyen Teklif Tasarısında yeni bir hüküm dikkati çekmektedir. O da devir alınan işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin (bu işçilere) daha yüksek hak ve menfaatler sağlaması halinde bir yıllık süre, uygulanmayacaktır. Kuşkusuz işçileri korumak amacı ile getirilen bu hüküm uygulamada tereddüt yaratacak gibi görünmektedir. Kanımızca bir işyerini devralan işverenin bir yıllık süre içinde yeni bir toplu sözleşme yapması halinde devirden önceki toplu sözleşme hükümleri işçilere daha yüksek hak ve menfaatler sağlıyorsa bunların uygulaması devam edecektir. Farklı yorumlara yol açmaması için yeni eklenen ibarenin başına "veya" yerine "ve" sözcüğünün konulması gerekecektir. Herhalde yeni işverenin devraldığı işyerindeki çalışma koşullarını bir yıllık sürenin sonunda İş Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde düzenleme yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir.

## 3- Toplu sözleşmeden taraf sendikanın üyesi olmayanların yararlanmasına ilişkin değişiklikler (m.9)

2822 sayılı Yasa'nın 9. maddesinde yapılan iki değişiklik dikkati çekmektedir. Birincisi taraf sendikanın üyesi olmayan işçinin yararlanma isteğini "ancak toplu sözleşmenin imzalanmasından sonra" yapılabileceğine ilişkindir. 9. madde metninde yeterli açıklık bulunmamasına karşın Yüksek Mahkeme öteden beri toplu sözleşmenin imzalanmasından sonra bu talebin yapılabileceğini kabul etmekte ve doktrinde de bu çözüm genellikle tasvip görmektedir. Şimdi bu çözüm yasa hükmü haline dönüştürülmektedir. Nitekim aynı hüküm Bilim Kurulu Taslağında da yer almış bulunuyordu.

İkinci değişiklik yararlanma karşılığında taraf sendikaya işçinin ödemek zorunda olduğu "dayanışma aidatı"nın miktarı ile ilgilidir. Halen yürürlükte olan hükme göre "dayanışma aidatı miktarı, üyelik aidatının üçte ikisidir". Teklif Tasarısında ise bu miktar "üyelik aidatı" sınırına yükseltilmektedir.

Yapılan değişiklik ilk bakışta çok haklı gibi görünmektedir. Zira taraf sendika üyesi olmayan işçilerin üyelik aidatından daha düşük bir katkı payı ile toplu sözleşmeden yararlanma hakkını elde etmesi haksız bir uygulama gibi görünmektedir. Gerçekte ise bu kısıtlama sendika özgürlüğü ile bağlantılıdır. Dayanışma aidatının yüksek tutulması sendikaya üye olma ya da olmama özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Böylece kişinin kendi özgür iradesi ile sendikayı seçme hakkı kısıtlanmış olmaktadır. Bundan dolayıdır ki, Avrupa ülkelerinde imzalanan toplu sözleşmelerden işyeri ya da işkolundaki tüm işçiler, herhangi bir bedel ödemeksizin yararlanırlar. Bunun tek istisnası İsviçre'dir. Türk hukukundaki dayanışma aidatı da oradan alınmıştır.

Ayrıca üyelik aidatı sendikanın üyeye sağladığı tüm hakları kapsar iken, dayanışma aidatı sadece toplu sözleşmeden yararlanma hakkını vermektedir.

Yasa Teklifi bu düşünceleri yeterince dikkate almamış, sadece dayanışma aidatını üyelik aidatı ile sınırlı tutmuş ve bu aidatın miktarını sendika tüzüğüne bırakmıştır. Şayet bu öneri kabul edilecek olursa uygulamada dayanışma aidatının üyelik aidatı düzeyine çıkarılacağı kesindir.

#### 4- Toplu sözleşmelerin teşmiline ilişkin yapılan değişiklikler (m.11)

Batı ülkelerinde sosyal politikanın en önemli araçlarından biri olan teşmil, Türk hukukunda ne yazık ki bir türlü amacına ulaşamamış, başarı ile uygulanamamıştır.

Teşmil, bilindiği gibi, bağitlanan bir toplu iş sözleşmesinin, o işkolunda toplu sözleşme bulunmayan işyerlerini de kapsamak üzere yaygınlaştırılmasıdır. Bu yetki Türk hukukunda Bakanlar Kurulu'na tanınmıştır.

Uygulamanın başlayamaması ya da başarılı olmamasının nedenleri arasında yasa hükmünün (m.11) yetersiz olması da gösterilmiş ve zaman zaman yasalarda değişiklikler yapılmıştır. Örneğin 275 sayılı Yasa (1963) döneminde belirli bir işkolunda çalışan toplam işçilerin çoğunluğunu kapsayan bir toplu sözleşmenin teşmil edilebileceği hükmü bulunmaktaydı. Bu niteliğe sahip bir toplu sözleşme bulunmadığından teşmil uzun yıllar hiç işletilememiştir. 12 Eylül 1980 geçiş döneminin özel yasasına (No:2364) teşmille ilgili olarak konulan

hükümler ilk uygulamaların yapılmasına fırsat vermiş, 2822 sayılı Yasa döneminde de önemli bazı işkollarında teşmil işlemleri yapılmıştır. Ancak bu uygulamalardan işverenler çok şikayetçi olurken, işçi sendikaları da memnun kalmamışlardır.

2822 sayılı Yasa'da 1988 yılında yapılan değişiklikten sonra da beklenen sonuçlar elde edilememiştir.

İnceleme konumuz olan yasa önerisinde de teşmil ile ilgili 11. maddenin I. fıkrası yeniden düzenlenmiş ve maddenin sonuna bir fıkra eklenmiştir. Kanun teklifine göre "teşmil kararname" açıklanacak ve teşmil kararı kararnamenin Resmi Gazete'de yayımlanmasını müteakip yürürlüğe girecektir. Bakanlar Kurulu'nun görüş için başvurduğu Yüksek Hakem Kurulu görüşünü 15 işgünü içinde bildirecektir. Halen yürürlükte olan maddede bu süre en çok 30 gündür (m.11/II).

Yasa önerisinin biçim hatalarından birine 11. maddede rastlanmaktadır. Yüksek Hakem Kurulu'nun görüş bildirmesi ile ilgili hüküm m.11/I'e alındığına göre Yasanın 11. maddesinin II. fıkrasının yürürlükten kaldırılması gerekmektedir. 65. maddede bu husus dikkate alınmamıştır.

11. maddeye eklenen fıkra ile de teşmil uygulaması yapılan işyeri veya işletmede yeni bir toplu sözleşmenin yapılması halinde teşmil uygulaması kendiliğinden sona erecektir. Aynı düzenlemeye Bilim Kurulu Taslağında da yer verilmiştir.

#### 5- Yetkili sendika kavramında yapılan değişiklikler (m.12)

Bir işçi sendikasının toplu pazarlıkta yetkili olabilmek için ne gibi özelliklere sahip olması gerektiği Türk toplu pazarlık sisteminde en fazla tartışılan konuların başında gelmiştir. Türk sendikalarının faaliyetlerini toplu pazarlık alanında yoğunlaştırmaları yetkili sendika kavramının önemini artırmış, yetki alan sendika gelişme olanağına kavuşurken, yetkiyi alamayan sendikaların üye kaybederek çoğu kez silinip gittikleri görülmüştür. Bu nedenle aynı işkollarında kurulu sendikalar arasında kıyasıya bir rekabet yaşanmış, özellikle 1980 öncesi dönemde üye sayılarını yüksek gösterebilmek için birçok sendikanın sahte üyelik fişlerine başvurdukları gözlenmiştir. Bunu önleyebilmek için yeni yasal düzenlemeler yanında birden çok sendikaya üyeliği yasaklayan Anayasal düzenlemelere kadar gidilmiştir. 1980 öncesi dönemde sayıları bi-



ne yaklaşan sendika sayısındaki enflasyonu önleyebilmek için 2822 sayılı Yasa'ya yetkili sendikada aranacak nitelikler arasına işyeri ya da işletmede çalışan işçilerin çoğunluğunu temsil koşulu yanında, işkolunda da en az %10 temsil gücüne sahip olma koşulu konulmuştur. İşkolu barajı olarak nitelendirilen bu koşulun uygulanması ile işçi sendikalarının sayısı yüz civarına inmiştir. Ancak işkollarında, işyerlerinde ve işletmelerde kaç işçi çalıştığı bunların da ne kadarının hangi sendikaya üye olduğu bir türlü sağlıklı istatistikle belirlenememiştir. Sendikaya üyelik ve üyelikten çekilmenin noter kanalı ile yapılmasının zorunlu tutulması da uygulamada karşılaşılan sorunları tümü ile çözmeye yetmemiştir.

İç hukukta bu sıkıntılar yaşanırken ILO, yetkili sendikanın belirlenmesinde hem çoğunluk, hem %10 işkolu barajının birlikte aranmasını 98 sayılı Sözleşme'ye aykırı olduğu iddiası ile hep eleştirilmiş ve çifte barajın kaldırılmasını istemiştir. Gerçekten her yıl Uluslararası Çalışma Konferansı'na sunulan Uzmanlar Komitesi raporlarında bu hususa değinilmektedir. Sözleşmeleri denetleyen Komisyon'da da Türkiye sık sık bu yüzden gündeme alınmış, sorgulanmış, hatta bazen özel paragrafa konulmuştur. Kuşkusuz bu durum sadece çifte baraj nedeniyle olmamış, Türk hukukundaki başka aykırılıklar da bu konuda etkili olmuştur.

ILO'nun çifte baraja itirazının nedeni T.C. tarafından 1951 yılında onaylanan 98 sayılı Sözleşmenin 4. maddesidir. Bu maddeye göre bu sözleşmeyi onaylayan üye devletler serbest toplu pazarlık hakkını geliştirmek, teşvik etmek ve bunu gerçekleştirmekle yükümlüdürler. Halbuki bir sendikanın yetki belgesi alabilmesi için işyeri (işletme) düzeyinde çoğunluğu temsil etmesi yanında ayrıca işkolunda da %10 barajını aşma zorunluluğu birçok sendikanın toplu pazarlık yapmasını engellemektedir.

ILO'nun itirazlarını önleyebilmek için son yıllarda çözüm bulma çabaları artırılmış, örneğin Bilim Kurulu Taslağı'nda işkolu barajının %5'e çekilmesi önerilmiştir. ILO bu öneriyi memnuniyetle not etmekle beraber yeterli bulmamıştır. %10 işkolu barajının tümüyle kaldırılmasının ise işverenlerin denetimi altında çok sayıda sendikanın kurulacağı, böylece 1980 öncesi döneme dönüleceği endişesini yaratmıştır.

ILO'nun eleştirilerine son yıllarda AB ve uyum süreci nedeniyle AB organları da katılmış ve sendikaların toplu pazarlığa başlayabilmek için yetki prosedürünün basitleştirilmesi istenmiştir.

Konu Ekonomik ve Sosyal Konsey'de de görüşülmüş ve işkolu barajının kaldırılması, buna karşılık sendika enflasyonunu önleyici yeni bir formül bulunması üzerinde mutabakat sağlanmıştır.

İnceleme konumuz olan Kanun Teklifinde yeni bir çözüm biçimi yer almaktadır. Buna göre bir sendikanın yetki alabilmesi için işyeri veya işletme düzeyinde işçilerin çoğunluğunu temsil etme koşulu aranmaya devam edecektir. Bu koşul yanında bu sendikanın Ekonomik ve Sosyal Konsey'de temsil edilen işçi konfederasyonlarından herhangi birine üye olması, kurulu bulunduğu işkolunda ülke çapında faaliyet göstermesi, birden çok işyeri veya işletmede örgütlenmiş bulunması gerekmektedir. İşçi sendikası bu niteliklere sahip değilse yetkili olabilmek için en az 80.000 üyeye sahip bir işçi konfederasyonuna üye olması yeterli sayılacaktır.

Teklifin öngördüğü yeni düzenleme "yetki" başlıklı 12. maddenin I. fıkrasında yer almaktadır. Yüzde on işkolu barajını kaldırmasının ILO'nun eleştirilerini önleme amacı taşıdığı görülmektedir. Ancak yukarıda sözünü ettiğimiz 98 sayılı sözleşme (m.4) bakımından sorunun çözüldüğünü söylemek güçtür. Zira yetkili sendikayı belirleyen yeni hükümde de çok sayıda özellik dikkati çekmektedir. Birinci olasılık bu sendikanın üç özelliği birden taşımasıdır. Yani Ekonomik ve Sosyal Konsey'de temsil edilen işçi konfederasyonlarından birine üye olmak, kurulu bulunduğu işkolunda ülke çapında faaliyet göstermek ve birden çok işyeri veya işletmede örgütlenmiş bulunmak. Bu özelliklerin bir veya birkaçına sendika sahip değilse ikinci olasılık karşımıza çıkmaktadır; en az 80.000 üyeye sahip bir işçi konfederasyonuna üye olmak.

Doğal olarak bu iki olasılıktaki koşullar yanında toplu sözleşme kapsamına girecek işyeri, işyerleri veya işletmede çalışan işçilerin yarıdan bir fazlasını temsil etme koşulu da aranacaktır.

Üstelik çoğunluk dışındaki koşullar serbestçe örgütlenme özgürlüğü açısından sorun yaratabilecek niteliktedir. Sendikanın Ekonomik ve Sosyal Konsey üyesi olan bir konfederasyona üye olma



koşulu, özellikle “kurulu bulunduğu işkolunda ülke çapında faaliyet gösterme” kavramı çok farklı yorumlara açık görünmektedir. Sendikanın kuruluşunda ülke çapında faaliyet gösterme amacının burada yetmeyeceği açıktır. Durum böyle iken sendikanın fiilen ülke çapında faaliyet gösterip göstermediği hangi esaslara göre belirlenecektir?

Bunun gibi yetki almak isteyen bir sendikanın en az 80.000 üyeye sahip bir konfederasyona üye olma zorunluluğunu 87 sayılı Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri ile bağdaştırmak mümkün olabilecek midir? Bir konfederasyonun 80.000 üyeye sahip olmasının sağlıklı istatistikle tespitinde sorunlar yaşanmayacak mıdır? Türkiye için 80.000 üye gerçekçi midir?

Bütün bu sorular Kanun Teklifi yasalaşmadan yeniden gözden geçirilmeli ve 98 sayılı Sözleşme'nin 4. maddesi dikkate alınarak yeni bir düzenleme yapılmalıdır. Aksi halde ILO'nun eleştirileri daha da yoğunlaşarak devam edecektir.

Kanun Teklifinin 40. maddesindeki biçimsel bir hataya da bu vesile ile değinmekte yarar vardır. Yasanın 12. maddesinin I. fıkrasında işyeri ve işletmelerde işçilerin çoğunluğunu temsil koşulu açıklandıktan sonra yeni bir fıkra ile aynı esasların tekrarına gerek yoktur. Teklif metninden bu fıkra çıkarılmalıdır.

Noter kanalıyla üyelik sıfatının kazanılması ve kaybedilmesi uygulamasına son verildiğinden “işçi sendika ve konfederasyonlarının üye sayılarının tespitinde” Bakanlığa gönderilen (elektronik posta ve posta ile) üyelikle ilgili bilgi ve belgeler ile sosyal güvenlik kurumuna yapılan bildirimler esas alınacaktır.

Bakanlıkça senede bir kez, Ocak ayında, bu istatistikler yayımlanacak ve bunlar yeni istatistikler yayımlanıncaya kadar geçerli olacaktır. Yetki belgesini almak üzere başvuruda bulunan veya yetki belgesini alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilemeyecektir. Bu düzenlemeler bilindiği gibi şimdiki Yasanın 12. maddesinde de mevcuttur.

III. fıkraya eklenen bir hükme göre toplu sözleşme süresinin bitmesinden önceki altmış gün içinde, yeni sözleşme için yetki işlemlerine başlanabilecek, ancak Anayasanın 53. maddesi uyarınca “yapılacak toplu iş sözleşmesi, önceki sözleşme sona ermedikçe, yürürlüğe giremeyecektir.” Yürürlükteki Yasanın 7. maddenin son fıkrasında yer

alan bu hüküm böylece 12. madde içine alınmakta ve 120 günlük süre 60 güne indirilmektedir. Kanımızca bu son düzenlemeler isabetlidir.

## 6- Yetkili sendikanın belirlenmesi, toplu pazarlık süresi ve uyuşmazlığın tespitine ilişkin değişiklikler (m.13, 18 ve 21)

12. maddede yapılan değişiklikler nedeniyle Bakanlığın yetkili sendikayı belirleme esasları (m.13) da yeniden düzenlenmiştir. Bakanlık, toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen sendikanın 12. maddedeki niteliklere sahip olması halinde başvuruyu temsil gücüne sahip konfederasyonlara üye olan işkolu sendikaları ile taraf işveren sendikasına ve sendika üyesi olmayan işverene bildirecektir. Uygulamada olumlu tespit yazısı denilen bu bildiriye mevcut yasa göre 6 işgünü içinde yapması gerekmektedir. Yasa Teklifinde bu süre kaldırılmıştır. Başvuruyu yapan sendika “çoğunluğu haiz olmadığına tespiti halinde bu bilgiler sadece başvuran sendikaya” bildirilecektir (Olumsuz tespit yazısı). Eski 13. maddeden alınan bu son hüküm 12. maddedeki yeni düzenlemeler karşısında, doğal olarak, yetersiz kalmaktadır. Zira Bakanlık başvuruda bulunan sendikanın sadece çoğunluğa sahip olup olmadığına değil, yetki için aranan diğer nitelikleri de haiz olup olmadığına bakacaktır. Bu açıdan 13. maddenin son cümlesinin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

13. maddenin son fıkrasında “yetkili sendikanın tespiti ile ilgili usul ve esasları” düzenlemek üzere çıkarılacak yönetmelikte bu gibi ayrıntıların gösterileceğini tahmin etmekteyiz.

2822 sayılı Yasa'nın “yetki itirazı” (m.15), “yetki belgesi” (m.16), “toplu görüşmeye çağrı” (m.17) maddelerinde herhangi bir değişiklik öngörülmemiştir.

“Görevli Makam” başlıklı 18. maddede ufak bir yenilik getirilmiş ve “birden fazla bölge müdürlüğünün” yetki alanına giren sözleşmeler, grup toplu iş sözleşmesi olarak açıklığa kavuşturulmuştur.

Toplu iş uyuşmazlığının tespiti ile ilgili 21. madde de yeniden düzenlenmiş, iki fıkradan oluşan madde tek fıkraya indirilmiş; en önemli değişiklik toplu pazarlık süresi 60 günden 30 güne indirilmiştir. Grup toplu iş sözleşmelerinin daha fazla süre gerektireceği dikkate alınarak pazarlık süresi, bu-

rada 45 gün olarak belirlenmiştir. Bu süreler içinde anlaşma sağlanamazsa taraflardan biri durumu görevli makama 6 işgünü içinde bildirecek, böylece toplu iş uyuşmazlığı tespit edilmiş olacaktır.

## 7- Barışçı çözüm yollarından arabuluculuk konusunda önerilen yeni bir model (m. 22)

Toplu iş uyuşmazlıklarında taraflar mücadele silahlarına (grev ve lokavt) başvurmadan önce barışçı bir süreçten geçmeleri birçok ülkenin yasasında yer alan bir uygulamadır. Ancak bu süreç mücadele silahlarının yerini almamalı, başka bir ifade ile tarafları bağlayıcı bir güce sahip olmamalıdır.

Türk yasa koyucu da, grev hakkını tanıdığı ve yasa ile düzenlediği 1963'ten beri barışçı bir çözümlü devreye sokmakta yarar görmüştür. 1963-80 döneminde "uzlaştırma" sistemine yer vermiş, ancak uygulamanın yeterince etkili olamaması ve karşılaşılan diğer sorunlar nedeniyle 1983'te resmi arabuluculuk modeline geçilmiştir.

Uyuşmazlık halindeki tarafların güvenini kazanmış bir barışçı çözüm sistemine maalesef 2822 sayılı Yasa döneminde de ulaşılamamıştır. Kuşkusuz bu sistem tümü ile işe yaramaz bir kurum konumuna düşmemiştir. Ancak birçok uyuşmazlıkta geçilmesi zorunlu bir aşama olarak işçi sendikalarınca değerlendirilmiş, gereksiz harcamalara neden olan, grev haklarının kullanılmasını geciktirmekten başka bir işe yaramayan bir kurum olarak görülmüştür. Sistemi iyileştirebilmek için yasa koyucunun çabaları da yeterince etkili olamamıştır. Örneğin 2822 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde 1986 ve 1989 değişiklikleri arabuluculuk kurumunun sorunlarını çözmeğe yetmemiştir.

Öte yandan doktrinde uyuşmazlığın bu aşamasında barışçı bir çözümün devreye girmesinin yararı hep ifade edilmiş, arabuluculuktan tamamen vazgeçilmesi uygun bulunmamıştır.

İnceleme konumuz olan Yasa Teklifinde de arabuluculuk tarafların anlaşmasına bağlı olarak devreye girebilen bir barışçı çözüm olarak muhafaza edilmiştir. Buna mukabil toplu pazarlık süresinde tarafların anlaşmaya varamaması halinde devreye giren "zorunlu arabuluculuk" sistemden çıkarılmıştır.

Yasa Teklifine göre, kural olarak 30 güne indirilen toplu pazarlık sürecinde, taraflar anlaşmak

koşulu ile ilk on beş gün içinde görüşmelere katılmak üzere resmi listeden ya da liste dışından bir kişiyi arabulucu olarak belirleyebileceklerdir. Böylece arabuluculuk hem zorunlu olmaktan çıkarılmış, hem de bu görevi yapacak olanların resmi listeden seçilmesi zorunluluğu kaldırılmıştır. Taraflar anlaşmak suretiyle arabulucuyu, pazarlık aşamasında devreye sokmuşlarsa, bu görev 15 gün sürecektir. Şayet toplu iş uyuşmazlığı bir grup sözleşmesinin pazarlığından çıkmışsa arabulucunun görev süresi tarafların anlaşması ile en çok altı iş günü uzatılabilecektir.

Grev aşamasına daha çabuk geçebilmek açısından yeni düzenlemenin pratik bir yarar taşıdığı kuşkusuzdur. Ancak toplu iş mücadelesine karar vermeden önce barışçı bir çözüme başvurma zorunluluğu ortadan kaldırılmış olmaktadır. Türk endüstri ilişkileri sistemini bu olanaktan yoksun bırakmak, kanaatimizce isabetli değildir. Kuşkusuz mevcut sistemin işleyişini kolaylaştırmak, örneğin taraflara resmi liste dışından da kendi arabulucuları belirleme yetkisini vermek uygun olur diye düşünüyoruz<sup>5</sup>.

Kanun Teklifinde "resmi arabuluculuk teşkilatı" başlıklı 59. maddenin bazı fıkralarında değişiklikler yapılmış. II. ve V. fıkralarda öngörülen "tüzüğün", "yönetmelik" biçiminde düzenlenmesi uygun bulunmuş ve VII. fıkrada da taraflarca serbestçe belirlenen arabulucu ücretinin "ilgiliye ödenmek üzere resmi arabuluculuk hesabına" yatırılacağı açıklanmıştır. Bu değişikliklerin uygulamayı kolaylaştırmak amacı taşıdığını düşünüyoruz ve isabetli buluyoruz.

## 8- Yasal grev kararı ve grev yasakları konularında yapılan değişiklikler (m. 27, 29, 30, 32)

Arbuluculuk sisteminde yapılan değişiklikler nedeniyle sendikanın yasal bir grev kararı vermesi ile ilgili 27. maddenin ilk fıkrasında da yasa teklifi değişiklik yapmıştır.

Buna göre 21. madde uyarınca taraflardan birinin toplu iş uyuşmazlığını tespit amacıyla durumu görevli makama bildirmesi ya da tarafların anlaşmak suretiyle bir arabulucuyu devreye sokmaları ile arabulucu raporunun görevli makamca taraflara tebliğinden itibaren ilk altı işgünü içinde işçi sen-

dikası grev kararı alamayacaktır. Literatürde soğutma süresi adı verilen bu süre geçtikten sonra sendika yetkili organı ikinci 6 işgünü içinde grev kararını alabilecektir (m.27/II).

Kanun Teklifi 27. maddenin sadece ilk fıkrasında yeni bir düzenleme yapmış, sözü geçen maddenin diğer hükümlerine dokunmamıştır.

Yasal bir greve sendikanın bir an önce karar verebilmesini ve bu eyleme başlayabilmesini ILO Uzmanlar Komitesi yıllardan beri önermektedir. Bu açıdan 27/I'de yapılan değişiklik isabetlidir. Ancak ILO'nun eleştirileri, grev bakımından sadece bundan ibaret değildir. Örneğin ikinci altı işgünü içinde grev kararı alma zorunluluğu, aksi halde "yetki belgesinin" hükmünün kalmaması, alınmış grev kararının belirli bir süre içinde kullanılma zorunluluğu (m.37) gibi grev hakkının kullanılmasını zorlaştıran hükümler olarak aynen devam etmektedir.

Grevin yasak olduğu işler (m.29), bu yasağın bulunduğu yerler (m.30) ve yasaklar nedeni ile Yüksek Hakem Kuruluna başvurma (m.32) hükümlerinde Kanun Teklifi bazı değişiklikler ve yenilikler getirmiştir. Bilindiği gibi grev hakkına konulan yasaklar ILO tarafından 87 sayılı Sözleşme çerçevesinde değerlendirilmekte ve 2822 sayılı Yasa'daki yasakların büyük bir kısmının Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin veya Uzmanlar Komitesi'nin içtihatlarına aykırı olduğu hatırlatılmaktadır. Konunun ayrıntılarına girmeksizin diyebiliriz ki "temel hizmetler" kavramını ILO içtihatları sınırlamakta ve halkın tamamının veya bir kısmının bu hizmetlerin kesintiye uğramasından dolayı kişilerin sağlığının, güvenliğinin veya hayatının tehlikeye girmesi halinde grev hakkına kısıtlamalar getirilebileceğini kabul etmektedir.

2822 sayılı Yasa'nın 29, 30 ve 31. maddelerin ilk biçimindeki yasakların bu ölçüte uymadığı açıktır. Bu nedenle özellikle 29. maddede yapılan değişikliklerle bu yasaklar azaltılmıştır. Ancak sözü edilen maddede örneğin bankalarda ve 30. maddedeki eğitim ve öğretim kurumlarında çalışanların grev hakkı bulunmamaktadır.

Kanun Teklifi bu yasakların bir kısmını kaldırmaktadır. Örneğin "su, elektrik, doğal gaz ve petrol sondajı, üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı" işlerinde grev yasağı devam ederken, "üretimi nafta veya tabii gazdan başlayan petrokimya işlerindeki" grev yasağı kaldırılmaktadır. Bunun gibi kamu kuruluş-

larınca yürütülen şehir içi deniz, kara ve demiryolu ve diğer raylı toplu yolcu ulaştırma hizmetleri ile bankacılık işkolundaki grev yasakları kaldırılmaktadır. 30. maddedeki "eğitim ve öğretim kurumları" da bu yasak kapsamından çıkarılmakta, buna karşılık aşı ve serum üreten işyerlerine "kan ürünleri" de eklenmektedir.

Bu değişikliklerin Türk mevzuatını ILO normlarına yaklaştırma bakımından önemli bir adım olduğu kuşkusuzdur. Ancak 29. maddenin sonuna "bankacılık sektörü" ile ilgili olarak eklenen yeni fıkrayı anlamak mümkün değildir. Bu hükme göre "Bankacılık sektöründe sözleşmeleri gereği taahhüt edilen hizmetlerin grev ve lokavt uygulaması sırasında verilmesine devam" edilecektir.

Bırakınız Avrupa ülkelerini hiçbir çağdaş ülkede bulunmayan bankacılık sektöründeki grev yasağının 2822 sayılı Yasa'dan çıkarılıp çıkarılmadığı bu fıkra nedeni ile anlaşılammaktadır. Pek açık olmamakla beraber banka çalışanları iş sözleşmeleri çerçevesinde yapmayı taahhüt ettikleri hizmetleri grev uygulaması sırasında da vermeğe devam edeceklerdir. Böyle bir grev türü, bildiğimiz kadarıyla, dünyada mevcut değildir. Kamu bankacılığının halen kısmen devam ettiği, çok sayıda sermaye gruplarına ait bankaların faaliyet gösterdiği ülkemizde, grev eğiliminin esasen düşük olduğu bankacılık sektöründe grev yasağının tümüyle kaldırılması zamanı çoktan gelmiştir. Göstermelik bir yasa değişikliğinin sorunun çözümüne bir yarar sağlamayacağı dikkate alınmalı ve buna göre yasa metni yeniden düzenlenmelidir.

Öte yandan grev yasağı olan işler ve işyerlerinde toplu iş uyuşmazlığının Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözüme bağlanarak toplu iş sözleşmesinin oluşmasını düzenleyen 32. maddede de Kanun Teklifi yeni bir düzenleme getirmektedir. Uygulamada özellikle işletme toplu sözleşmelerinde ortaya çıkan bu sorun doktrinde ve yüksek yargı kararlarında uzun süreden beri tartışmalara neden olmaktadır: Bir işletmeye ait işyerlerinden bazılarında grev yasağı bulunurken bazılarında böyle bir yasak bulunamayabilmektedir. İşletme toplu sözleşmesi aynı işverene ait aynı işkolundaki işyerlerini kapsayan tek bir sözleşme (m. 3/II) olmak zorunda olduğuna göre bu sözleşme tüm işyerleri için Yüksek Hakem Kurulu'nun verdiği karara göre mi oluşacak, yoksa grev yasağı bulun-

mayan işyerlerinde tarafların anlaşması sonucu mu oluşacaktır? Anayasal bir hak olan grev hakkının işletmeye ait bir kısım işyerinde uygulanmasının engellenmesi düşünülemez. Nitekim Bilim Kurulu Taslağında da bu durumda Yüksek Hakem Kuruluna başvurulamayacağı öngörülmüş idi.

Kanun Teklifinde de grev hakkı ön plana çıkarılmış, ancak madde metni kanaatimizce iyi düzenlenmemiştir. Zira uyumsuzluğun tespiti (m.21) veya arabuluculuğun başarısız kalmasından (m.23) itibaren 6 işgünü içinde Yüksek Hakem Kurulu'na başvurulabileceği öngörülmektedir. Şayet "aynı süre içerisinde işletme içinde yer alıp grev ve lokavt yasağına tabi olmayan işyerleri için grev kararı alınmışsa başvuru hükümsüzdür". Halbuki 27. maddenin ilk fıkrasına göre ilk 6 işgünlük sürede grev kararı alma yasağı vardır. Dolayısıyla sendikanın grev yasağı olmayan işyerleri için grev kararını "bu süre içinde" alması hukuken mümkün değildir. Madde yeniden kaleme alınmalı ve "aynı süre içinde" ibaresi yerine "27. maddenin II. fıkrası uyarınca sendikanın işletme içinde yer alıp grev ve lokavt yasağına tabi olmayan işyerleri için grev kararı alınmışsa başvuru hükümsüzdür." ibaresinin konulması gereklidir. Bu süre içinde sendikanın grev kararı almaması durumunda uyumsuzluk bütünü ile Yüksek Hakem Kurulu'nda çözüme bağlanacak, grev kararı alınmışsa grev sonucu imzalanacak toplu sözleşme işletme sözleşmesi olarak tüm işyerlerinde uygulanacaktır.

Herhalde maddenin yeniden düzenlenmesinde yarar vardır. Aksi halde mevcut sorunun çözümü bir yana, daha karmaşık bir durum ortaya çıkacaktır.

## 9- Grevin ertelenmesi ve başlamasına ilişkin değişiklikler (m.33, 37)

Bazı koşullarla Bakanlar Kuruluna tanınan yasal bir grev veya lokavtı 60 gün süre ile erteleme yetkisi ILO'nun Türk mevzuatına yönelttiği başlıca eleştirilerden birinin konusudur. Özellikle 1982 Anayasası'nın (m.54/V) erteleme sonuna uyumsuzluğun Yüksek Hakem Kurulu'na çözüleceğine ilişkin hükmü eleştirilerin asıl nedenini teşkil etmekte, sonuçta grevin yasaklanması ile ertelenmesi arasında bir fark kalmadığı ileri sürülmektedir. Üstelik bu uygulamanın oldukça sık yapılma-

sı uluslararası çevrelerde tedirginlik yaratmaktadır.

Sorunun çözümü için Anayasa'da değişiklik yapılması en sağlıklı yoldur. Ancak bu süreç kolay işletilememektedir. Bu yüzden mevcut Anayasa hükmü çerçevesinde bir çözüm bulma çalışmaları yapılmıştır. Bilim Kurulu Taslağında hükümetin Danıştay'dan görüş almak suretiyle erteleme kararını vermesi uygun bulunmuştur.

Kanun Teklifinde ise hükümetin, Yüksek Hakem Kurulu'nun istişari mütalaasını aldıktan sonra grev erteleme kararını vermesi kabul edilmiştir.

1963 yılından beri Türk iş hukukunda yer alan ve genel sağlık ve ulusal güvenlik nedenleri ile hükümete tanınan bu yetki Amerika Birleşik Devleti'nde Başkan'a tanınmıştır. Ancak Başkan bu yetkisini Yüksek Mahkeme'den aldığı bir karara dayandırmak zorundadır. (Taft-Hartley Kanunu-1946). Bizim hukukumuzda Bakanlar Kurulu'nun erteleme kararına karşı yargı yolu (Danıştay) açılmıştır. Ancak önemli olan bir başka husus, erteleme sonrası dönemde bu grevin yeniden başlayabilip, başlayamayacağıdır. Anayasamız bu sorunu çözmüş, ancak bu çözüm uluslararası çalışma normlarına uymamıştır. Bu konuda Hükümetin öncelikle bir yargı kararına dayanması kanımızca daha isabetli olur. Yüksek Hakem Kurulu ise bir yargı organı değildir ve yapısı nedeniyle işçi sendikaları tarafından çok eleştirilmektedir. Kanun teklifinde ise bu Kurulun yapısında ciddi bir değişikliğe gidilmemiştir.

Sendika tarafından yasaya uygun olarak alınan grev kararının (m.27) uygulamaya konulması, yani grevin başlaması da bilindiği gibi 2822 sayılı Yasa'da ayrıntıları ile düzenlenmiştir (m.37). Grevin işletmeler üzerindeki etkisini azaltmak, sürpriz grevlere olanak vermemek için 37. maddede grev kararının karşı tarafa tebliğinden itibaren altmış gün içinde ve noter kanalı ile 6 işgünü önce bildirilecek tarihte grevin uygulamaya konulacağı öngörülmüştür (m.37/D).

Kanun Teklifinde bu altmış günlük sürenin hangi tarihte başlayacağına ilişkin bir hüküm getirilmekle yetinilmiştir. 37. maddenin III. fıkrasında esasen "grev oylaması yapılan hallerde 60 günlük sürenin oylamanın kesinleşmesinden itibaren başlayacağı" hükmü bulunmaktadır. Teklifte maddeye eklenen bir ibare ile "oylama yapılmayan hallerde oylama talebinin yapılabileceği altı günlük



(m.35/I) sürenin dolmasından itibaren işlemeye başlayacağı” sağlanmıştır.

Grevin mutlaka 60 gün içinde başlama zorunluluğu (aksi halde yetki belgesinin hükmü kalmaz) ILO tarafından Türk mevzuatına yöneltilen eleştiriler arasındadır. Bu bakımdan 37. maddenin III. fıkrasına eklenen ibare asıl sorunu çözmekle beraber, uygulamada grev kararı almış olan sendikaya yardımcı olacak niteliktedir.

### 10-Yasal grev veya lokavta katılmayacak işçiler (m.39)

“Niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını, işyeri güvenliğini sağlayacak sayıda bir işçi kadrosunun grev ve lokavt sırasında çalışmaya, işveren de bunları çalıştırmaya mecburdur” (m.39/II). Bu maddenin amacı işyerinin (işletme) varlığını güvence altına almaktır. Ancak bu amaç “hiçbir surette üretim veya satışa yönelik” olamayacaktır.

Kanun Teklifinde grev sırasında çalışmak zorunlu olan işçilerle ilgili 39. maddenin III. fıkrasına yeni bir cümle eklenmektedir. Bu fıkra bu greve katılmayacak işçi kadrosunun nasıl belirleneceğini göstermektedir. Mevcut yasa hükmüne göre 39. maddenin II. fıkrası uyarınca bu işçi kadrosu her ne sebeple olursa olsun, tespit edilmemiş ise taraflar bu tespitin Bölge Müdürlüğü’nce yapılmasını isteyebileceklerdir. Hatta bunun hiçbir talep olmasa bile Bölge Müdürlüğü’nce resen yapılmasına da III. fıkra izin vermiştir. Buna karşı yargı yolu da açık tutulmuştur.

Yeni Teklife göre; “Toplu görüşmeler sırasında veya Bölge Müdürlüğü’nce resen yapılan tespitten sonra, bir defaya mahsus olmak üzere taraflar ilave tespit isteyebilirler. İstemin haklı nedene dayandığının tespiti halinde bu talep görevli makamca yerine getirilir. Olabilecek başka talepler yargı organlarınca verilecek karara bağlıdır”.

Kanımızca Bölge Müdürlüğü’ne yeni bir tespit yetkisi verilmesi yerine, gerektiğinde tarafların yargıya başvurabileceklerine dair kısa bir hükmün getirilmesi daha isabetlidir. Zira III. fıkraya eklenen hükme göre Bölge Müdürlüğü’nce tanınan ilave tespiti karşı yargı yolunun açık olup olmadığı anlaşılabilir. Son cümlede “olabilecek başka talepler” den söz edilmesi bu kuşkuya neden olmaktadır.

### 11-Grev gözcüleri, mülki amirlerin yetkileri ve grev ve lokavtın sona erdirilmesi (m.48, 50 ,79)

1980 öncesi dönemde grev gözcülerinin yasada belirlenen görev sınırlarını aşmaları, grev yapılan işyerleri etrafında grevin amacını aşan döviz, pankart vs.’yi asmaları 1980 yasa koyucusunun tepkisine neden olmuştur. 2822 sayılı Yasa’nın 48. maddesine yasaklayıcı ayrıntılı hükümler konulmuştur. Bu durum uygulamada sorun yarattığı gibi, ILO’nun eleştirilerine hedef olmuştur. 48. maddenin IV. fıkrasında 1988 yılında yapılan değişikliğe karşı madde metninde “İşyeri ve çevresinde grevciler veya grev gözcüleri için işçiler veya işçi sendikaları tarafından kulübe, baraka ve çadır gibi barınma vasıtaları kurulamaz” hükmü kalmıştır. Ancak bu yasaklama uygulanacak hapis ve para cezası 79. maddede yapılan değişiklikle idari para cezasına çevrilmiştir.

Yeni Teklif bunları kaldırmakta ve IV. fıkranın son cümlesini korumaktadır. Buna göre “grev gözcülerinin zorunlu ihtiyaçlarının nasıl karşılanacağı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle” belirlenecektir.

Kanımızca bu düzenleme isabetlidir.

Grev ve lokavt halinde mülki amirin yetkilerini düzenleyen 50. maddede de Kanun Teklifi bir değişiklik yapmaktadır. Bu maddenin II. fıkrasında öngörülen “tüzük” yerine bir “yönetmeliğin” çıkarılması uygun bulunmuş ve bu yönetmeliğin İçişleri Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından ortaklaşa hazırlanacağı ifade edilmiştir. Yürürlüğe konulması daha kolay olan ve alınacak idari önlemleri belirtecek bu yönetmelik, yasal bir grev veya lokavtın uygulanmasına engel olan bir nitelik taşımayacaktır (m.50/III).

Yasal bir grev ve lokavtı sona erdirmeye ile ilgili 51. maddede de pratik amaç taşıyan bir değişiklik yapılmıştır. Tarafların toplu iş mücadelesini sona erdirmeye hususunda aldıkları kararlar en geç ertesi işgünü sonuna kadar yazı ile karşı tarafa ve Bölge Müdürlüğü’ne bildirilecek ve “uygun vasıtalarla ilan edilecektir”. Mevcut yasada yer alan gazete ile ilan işlemi kaldırılmaktadır. Sendikaları gereksiz bir formaliteden kurtaran yeni düzenlemeyi uygun bulmaktayız.



## 12-Yüksek Hakem Kurulu ile ilgili değişiklikler (m.52, 53, 56)

2822 sayılı Yasa'da, esas itibariyle zorunlu tahkim organı olarak öngörülen Yüksek Hakem Kurulu'na başvuru yolları (m.52), bu Kurulun kuruluş biçimi (m.57), uyuşmazlık halindeki taraflar adına bu kurula katılacak üyelere aranacak niteliklerle ilgili (m.56) maddelerde yeni teklif bazı değişiklikler yapmıştır.

Kanımızca bunlardan en önemlisi bu Kurula başvuruyu düzenleyen ve 52. maddeye eklenen fıkradır.

Bilindiği gibi grev ve lokavtın yasak olduğu işlerde ve yerlerde (m.32), hükümetçe grevin ertelendiği hallerde erteleme süresinin sonunda (m.34/III) nihayet grev oylamasının taraf sendika aleyhine çıkması (m.36/III) halinde başvuru üzerine Yüksek Hakem Kurulu devreye girebilmektedir.

Kanun Teklifi bunlara ek olarak yeni bir düzenleme getirmiştir (m.52/II). Buna göre toplu pazarlık sırasında ortaya çıkan herhangi bir uyuşmazlıkta 21. maddeye göre düzenlenen yazının ya da tarafların anlaşması ile arabulucu devreye girmişse arabulucu raporunun taraflara tebliğinden itibaren 6 işgünü içinde taraflardan biri Yüksek Hakem Kurulu'na başvurabilecektir. Böylece zorunlu tahkim mekanizmasının ilgi alanı olağanüstü biçimde genişletilmektedir.

Eklenecek fıkranın son cümlesinde ise "bu işyerleri için alınmış bir grev kararı varsa başvuru geçersiz" olacaktır. Özellikle bu son hükmün uygulamada duraksamalara yol açması kaçınılmaz gibi görünmektedir. Zira ek fıkrada öngörülen altı işgünlük sürede sendikanın grev kararı alması hukuken mümkün değildir (m.27/I). Şu halde işveren tarafının Yüksek Hakem Kuruluna ek fıkra uyarınca altı işgünü içinde yaptığı başvuruyu sendikanın önleyebilmesi için aynı süre içinde grev kararı alması mümkün değildir. Sendikanın daha sonra alacağı bir grev kararının da bu başvuruyu önleyeceği biçimdeki bir yorum madde metninden anlaşılmamaktadır. Amaç herhalde sendikayı grev kararı almaya zorlamak olamaz. Esasen 27. maddenin II. fıkrasına göre sendika ilk altı işgünü geçtikten sonra ikinci altı işgünü içinde grev kararı alma zorunda kalacak, aksi halde yetki belgesinin hükmü kalmayacaktır. Uyuşmazlığın her safhasında tarafların

anlaşarak Yüksek Hakem Kurulu'na başvurmaları ise her zaman mümkündür (m.58/son). Mevcut yasa hükmü bu kadar açık iken grev yasağı bulunmayan işyerleri için de zorunlu tahkim yolunu açmanın hiçbir pratik faydası olmadığı gibi, anayasal bir hak olan grev konusunda da ciddi tartışmalara yol açabileceği kanısındayız. İşveren tarafının 6 işgünü içinde yaptığı başvuruyu sendikanın geçersiz hale getirip getiremeyeceği dahi yeni tartışmalara neden olacaktır.

Kanun Teklifinde Yüksek Hakem Kurulu'nun kuruluş biçimine ilişkin 53. maddede de iki değişiklik bulunmaktadır. Birincisi, Bilim Kurulu Taslağında da yer alan 53. maddenin 2. bendindeki "ekonomi öğretim üyesi" yerine "çalışma ekonomisi öğretim üyesi" ibaresinin konulmasıdır. Kuşkusuz isabetlidir. İkincisi ise 4. bentteki en fazla temsil gücüne sahip konfederasyona tanınan iki üyeden birinin görüşmeye taraf diğer konfederasyona verilmesidir.

En fazla temsil gücüne sahip sendika kavramı ILO literatüründe yerleşmiş bir kavramdır. İşçi konfederasyonları Türk hukukunda hiçbir zaman toplu pazarlıkta taraf olamayacağına göre temel kurala bir istisna getirilmesine niçin ihtiyaç duyulduğu anlaşılmamaktadır.

Kanun Teklifinde bu konu ile ilgili son değişiklik 56. maddenin 4. bendinde yapılmıştır. İşçi ve işverenler adına Yüksek Hakem Kurulu'na katılacak üyelere aranacak niteliklerden biri de bazı suçlardan hüküm giymemiş olmak ve siyasal parti organlarında görevli olmamaktır. Bu kişilerin hükümlü buldukları suçlar yeni Türk Ceza Kanununa uydurulmuş, "ağır hapis veya altı aydan fazla hapis" cezaları yerine "kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis" cezasından mahkumiyet gibi değişiklikler yapılmıştır.

Yüksek Hakem Kurulu'nda işçi veya işverenleri temsil etme gibi çok önemli bir görevi yerine getiren kişilerde bazı özel nitelikler aranması doğaldır. Kanun teklifinde yapılan değişiklikler bu amaca kanımızca aykırı düşmemektedir.

## 13-Kanun Teklifinde yer alan geçici maddeler

Kanun Teklifine üç geçici madde eklenmiştir. Bunlardan ilkinin anlamak gerçekten güçtür. Yolla-

ma yapılan 5 ve 6. maddeler hangi yasaya aittir? 2822 sayılı olması gerekir ancak bu maddelerde esaslı bir değişiklik yapılmamıştır.

2822 sayılı Yasa'nın yetki ile ilgili 12 ve 13. maddelerinin bir yıl süre ile uygulamaya devam etmesi, anlaşılabilir bir düzenlemedir. Bu süre kanunun yürürlüğe girmesine bağlanmıştır. Kanun ise 66. maddede Resmi Gazete'de yayın tarihi olarak belirlenmiştir.

Geçiş hükümlerinin uygulama açısından özel bir öneme sahip olduğu bilinen bir husustur. Karışıklığa yer vermemek için Geçici 1. maddenin gözden geçirilmesi gerektiği kanısındayız.

Geçici 2. maddede çıkarılması öngörülen yönetmeliklerin Kanununun yayım tarihinden itibaren dört ay içinde çıkarılacağını öngörmektedir; geçici 3. madde ise 2822 sayılı Kanun'a göre çıkarılmış olan tüzüklerin, kanun hükümlerine aykırı olmayan hükümlerinin yeni yönetmelikler çıkarılıncaya kadar yürürlükte kalacağını düzenlemektedir.

## SONUÇ:

Yedi milletvekili tarafından hazırlanan ve 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda çeşitli değişiklikler öngören Kanun Teklifinin incelenmesinden özetle aşağıdaki sonuçlar çıkmaktadır:

- Teklif sözü edilen iki yasada oldukça kapsamlı değişiklik ya da yenilikleri öngörmektedir. Geçtiğimiz yıllarda üç kişilik Bilim Kurulu tarafından hazırlanan taslaklarla karşılaştırıldığında Teklifin daha kapsamlı olduğu anlaşılmaktadır.

- Kanun Teklifinin biçim ve içerik açısından yeniden gözden geçirilmeğe muhtaç olduğu görülmektedir. Bunlardan biçimsel yetersizliklere incelememizin ilk kısmında ve madde aralarında değinme fırsatını bulduk. Sağlıklı bir uygulama açısından biçim yönüne bir kez daha eğilmenin yararlı olduğu kuşkusuzdur.

- Kanun Teklifinin içeriğine gelince: Teklifin iki önemli amacı olduğu söylenebilir. Birincisi yıllardan beri ILO'nun çeşitli organlarında Türk mevzuatına yöneltilen eleştirilerin gereklerini yerine getirmek, ikincisi ise uygulamada karşılaşılan sorunları olabildiğince çözüme kavuşturmak.

Nitekim bu iki amaca ulaşabilmek için sendikal hak ve özgürlüklerle ilgili yasal müdahalelerin ve 2821 ve 2822 sayılı Yasaların ayrıntılı hükümlerinin

bir kısmı kaldırılmış ya da sendika tüzüklerine terk edilmiştir. Örneğin sendikaların kuruluş ve işleyişinde 2821 sayılı Yasa'nın bazı hükümleri tüzük ve yönetmeliklere bırakılırken 87 ve 98 sayılı ILO Sözleşmelerine uyum sağlayabilmek için üyeliğin kazanılmasında ve kaybedilmesinde noter şartı kaldırılmış, yetkili sendikanın belirlenmesinde işkolu barajına son verilmiş, toplu pazarlık aşamasında yasal süreler kısaltılmış, arabuluculuk sistemlerinin isteğine bırakılmış, grev yasaklarından bir kısmına son verilmiştir.

Kuşkusuz bu değişiklikler yasalarsa ILO organlarında bu durum memnuniyet yaratacak, ilgi ile not edilecektir.

Ancak Teklifin bütünü incelendiğinde öngörülen değişikliklerin ILO normları açısından yeterli olmadığı, bu nedenle bunlar gerçekleşse bile ILO organlarındaki eleştirilerin devam edeceği anlaşılmaktadır. Bunlardan bazıları şöyledir: Sendika kurucularında aranan niteliklerden sadece T.C. vatan-daşı olma şartı kaldırılmış, diğer koşullara doku-nulmamıştır (2821, m.5), sendika üyesi olamayacaklar maddesine hiç gerek kalmadığı halde muhafa edilmiştir (m.21). İşyerinin hangi işkoluna gi-receğine ilişkin tespit sürecine Bakanlık yanında Bölge Müdürlüğü de eklenmiştir (m.4). Üyelik ai-datının üst sınırı ile ilgili 3. madde hükmü muhafa edilmiştir. Sendika üyesinin işsiz kalma süre-sinin bir yılı aşması halinde üyeliğinin sona ereceğine ilişkin yeni düzenleme (m.24), işçi sendikası üyeliğinin güvencesi olan ve uygulamada yetersiz kalan 31. maddede hiçbir değişiklik yapılmamıştır. İşveren vekili ve işyeri tanımlarının örgütlenme ve özgür toplu pazarlık hakkı açısından yetersiz kal-ması (m.2), sendika yöneticilerinin seçimlerde ser-

**ILO'nun eleştirileri son yıllarda daha çok 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu alanında yoğunlaşmaktadır. Adı geçen bu Yasada da benzer bir iyileştirme çalışmalarına başlamadan ILO-Türkiye ilişkilerinde ciddi bir düzelmeye beklenmemelidir.**

bestçe aday olabilmelerine seçilmeleri halinde her iki görevi birlikte yürütebilmelerine (m.37) olanak verilmemiştir. Bunlar ILO'nun başlıca eleştirileri olarak devam edecektir. Kuşkusuz bu son eleştirinin Anayasa ile ilgili bir sorun olduğu, aksine bir yasal düzenlemenin Anayasaya aykırı olacağı ileri sürülebilir. Ancak ILO sorunun bu yönü ile fazla ilgilenmemekte, gereğinin yapılmasını istemektedir.

Benzer gözlemleri 2822 sayılı Yasa ile ilgili olarak yapılan değişiklikler açısından da söyleyebiliriz. Örneğin ILO'nun en fazla eleştirdiği çifte barajın kaldırılması isteğinin yerine getirildiği söylenemez. Zira işkolu barajı kaldırılmıştır ama, bunun yerine "Türkiye çapında örgütlenme, belirli bir üye sayısına sahip konfederasyona üye olma, Ekonomik ve Sosyal Konsey'e üye konfederasyona üyelik" gibi çok daha tartışmalı ölçütler çoğunluğu temsil koşuluna eklenmiş bulunmaktadır. Bunların 98 sayılı Sözleşme'nin 4. maddesi ile uyumlu olduğunu söylemek kanımızca gerçekçi bir tutum olmaz.

Bunun gibi grevin yasak olduğu işler ve yerlerde yapılan bazı düzeltmelere rağmen mevcut yasakların önemli bir kısmını ILO içtihatları ile bağdaştırmak zordur. Özellikle bankacılık işkollarında grev yasağını kaldırır gibi görünüp grevde çalışma zorunluluğunu getirmek kanımızca tam bir çelişkidir.

Öte yandan önceleme konumuzun dışında kalmakla beraber belirtelim ki, ILO'nun eleştirileri son yıllarda daha çok 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu alanında yoğunlaşmaktadır. Adı geçen bu yasada da benzer bir iyileştirme çalışmalarına başlamadan ILO-Türkiye ilişkilerinde ciddi bir düzelmeye beklenmemelidir.

Teklif Tasarısının getirdiği bir kısım hüküm ise kanımızca uygulama açısından yeni sorunlar doğurabilecek niteliktedir. Bunlar üzerinde de daha uzman bir grupla tartışmakta yarar vardır.

Örneğin İş Kanunu'ndaki işyeri tanımının aynen benimsenmesi (m.2), sendikaların yargı kararı ile kapatılmalarında devletin ülkesi ve ulusu ile bütünlüğü ilkesinin dikkate alınmaması (m.58), toplu sözleşmeden taraf sendika üyesi olmayanların yararlanabilmeleri için ödemek zorunda oldukları dayanışma aidatının üyelik aidatı sınırına yüksetilmesi (2822/m.9), grev kararından önce tarafların barışçı bir çözümden geçme zorunluluğunun

kaldırılması (2822,/m.22), zorunlu tahkim alanının genişlemesine olanak veren yeni düzenlemeler (2822/m.52) bunlardan sadece bazılarıdır.

Amaç çağdaş, T.C.'nin onayladığı, başta insan haklarına ilişkin sözleşmeler olmak üzere, tüm ILO sözleşmeleri ile uyumlu, özgür ve dengeli bir endüstri ilişkilerine sahip olmak olduğuna göre hazırlanan yasa önerisinin yeniden ve ciddi biçimde yeniden gözden geçirilmeye ihtiyacı olduğu kanısındayız.

## DİPNOTLAR

- ★ Kanun teklifini bana ulaştıran ve bu incelemenin yapılmasına fırsat veren T. Sağlık-İş Sendikası Genel Başkanı Sayın Mustafa Başoğlu'na teşekkür ederim.
- 1 BIT, Application des normes internationales du travail (2007/I), p.181,182; 2008/I, p.193.
- 2 BIT, ibid, p. 182.
- 3 M.Kutal, "Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı (Önemi, Uygulaması ve Sorunları)", MESS, Sicil Dergisi, Eylül 2006, sayı 3, sh. 118-125.
- 4 C.Talas, "Türkiye'nin Uluslararası Anlaşmalar Karşısında Yüklenmiş Olduğu Görevler ve 274 Sayılı Kanun Tadilatının Getirmekte Olduğu Aykırılıklar" (Tebliğ), İst. 1971, sh.39; M.Kutal, "Sendika Üyelik Ödentisinin İşçinin Ücretinden Kesilmesi", Sosyal Siyaset Konferansları, cilt 28, sh. 46-47, İst.1977; N.Çelilk, İş Hukuku II, Kolektif İş Hukuku, Sendikalar, İst. 1979.
- 5 BIT, Liberté syndicale et négociation collective, Genève, 1994, sh.63-81.

# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Murat Demirciođlu tarafından hazırlanan **“Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası”** adlı eser ile İş Kanunu'nun daha iyi anlaşılabilmesi ve yargı kararlarıyla yön bulan uygulamalar hakkında tüm uygulayıcıların bilgilendirilmesi amaçlanmıştır.

Küreselleşen dünyada üretim tekniklerinde yaşanan değişim, ekonomik ve ticari hayatta da paralel bir değişime sebep olmakta; çalışma hayatı da bu değişimden üzerine düşen payı almaktadır. Bu bağlamda 32 yıllık geçmişi olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun değişen koşullara cevap verememesi yeni düzenlemeyi zorunlu kılmış; ilgili İş Kanunu'nun 14. maddesi dışındaki tüm maddelerini yürürlükten kaldıran 4857 sayılı İş Kanunu, 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlükle birlikte Yasaya özellik veren, Yasanın doğuş dinamiğini etkileyen önemli kurumlardan biri olan iş güvencesi ve esneklik konusunda gerek bilimsel gerekse yargısal öğretilerde görüşler somutlaşmaktadır. Bu kitapla Yasanın yürürlüğe girmesinden sonraki süreçte bilimsel ve yargısal öğretilerdeki görüşlerin bir araya getirilmesi amaçlanmıştır.



Bu çerçevede eserde sırasıyla, İş Yasasının Kapsamı, İş Hukukunun Uygulanacağı Kişiler ve Yerler, İş Sözleşmesi, İş Yasasında Ücret, İş Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Cezalar başlıkları altında 100 soru ve cevabı ele alınmaktadır.

Dr. Hediye Ergin tarafından hazırlanan **“Türkiye'nin İmzaladığı İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri”** isimli eser, Temmuz 2008'de yayımlanmıştır.

Yabancı ülkelere gönderilen Türk işçileri ile Türkiye'de çalışan yabancı işçilerin sosyal güvenlik sorunlarını çözüme kavuşturmak amacıyla imzalanan İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri'nin son durumunu gösteren sağlıklı bir derleme bugüne kadar çıkarılamamıştır. Çıkarılmış olanların bir kısmı eski, bir kısmı da eksiktir. Eser, bu konudaki boşluğu doldurmak amacıyla uzun ve titiz bir çalışmanın sonucunda sosyal güvenlik alanındaki 21 Anlaşma, 1 Mutabakat, 21 İdari Anlaşma ve 9 Protokolü, son değişikliklerini de işleyerek bir araya getirmiştir.



Kitap ile, yurtdışında çalışan Türk vatandaşlarının iş hukuku ve özellikle sosyal güvenlik konularına ilişkin haklarına kavuşmalarında kolaylık sağlanması ve uluslararası sosyal güvenlik uygulamasında varolan boşluğun doldurulması amaçlanmıştır.



Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## Sendika Genel Kurulundaki Seçimlerin Yapılma Şekli Üzerine Görüşler

Seçimler, gerek dernek için olsun, gerek siyasi parti için olsun, gerek sendika için olsun, gerek üniversite için olsun gerekse de yurt çapında milletvekilliği veya yerel olarak belediye başkanlığı için yapılsın, her zaman son derece önemli olmuştur ve olmaya devam edecektir. Birçok sorunun çözümünde, sistemin tıkanıdığı anlarda adeta can simidi görevi yapan seçimlerin, usulüne uygun olarak, hukuka riayet edilerek yapılması toplum yaşamında önemli bir güvence teşkil etmektedir. Zaten seçimler, “demokrasi” kavramının da varlığını sürdürmesi için olmazsa olmaz olarak değerlendirilmektedir. Elbette bu derece büyük önem taşıyan bir müessese birçok problemi ve tartışma alanını da beraberinde getirmektedir. Konumuz açısından ele aldığımızda sendikalar için de seçim dönemleri her zaman telaşlı ve heyecanlı süreçler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu heyecan bazen olumsuz gelişmeleri ve sürtüşmeleri de beraberinde getirmektedir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun amacı da söz konusu müesseseyi ayrıntılarıyla düzenleyerek olası çekişmeleri bertaraf edebilmektir. Zaten 2821 sayılı Kanunun “Seçimlerde Uyulacak Esaslar” başlıklı 14. maddesinin çok uzun ve etraflıca düzenlenmiş olması da bir tesadüften ibaret değildir. Ko-

nu öylesine önemlidir ki 14. maddenin hemen başında genel kurulların toplanması ve yürütülmesini gözetmek üzere valinin görevlendireceği hükümet komiserinin genel kurulun başlayacağı gün ve saatte genel kurulun yapılacağı mahalde bulundurulmasının zorunlu olduğu, genel kurullarda zorunlu organlara delege veya üye seçimlerinin de yargı gözetimi altında serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esasına göre yapılacağı ifade edilmekte ve daha sonra bu prosedür ayrıntılarıyla açıklanmaktadır. Buna göre; seçim yapılacak genel kurul toplantılarından en az on beş gün önce genel kurula katılacak üye veya delegeleri belirleyen listeler ile toplantının gündemi, yeri, günü, saati ve çoğunluk olmadığı takdirde yapılacak ikinci toplantıya ilişkin hususları belirten bir yazı ile birlikte, iki nüsha olarak o yer seçim kurulu başkanı olan hakime ve mahalli mülki amire tevdi edilir. O yerde birden fazla seçim kurulu varsa, görevli seçim kurulunu il seçim kurulu tespit eder.

Hakim gerektiğinde ilgili kayıt ve belgeleri de getirip incelemek suretiyle varsa noksanları tamamlattıktan sonra seçime katılacak üye veya delegeleri belirleyen liste ile yukarıdaki belirtilen diğer hususları onaylar. Onaylanan liste ile toplantıya ilişkin diğer hususlar genel kurulun toplantı ta-

rihinden yedi gün önce sendika şubesi, sendika veya konfederasyon binasında asılmak suretiyle ilan edilir. İlan süresi üç gündür. İlan süresi içinde listeye yapılacak itirazlar hakim tarafından incelenir ve en geç iki gün içinde kesin olarak karara bağlanır. Bu suretle kesinleşen listeler ile toplantıya ilişkin diğer hususlar hakim tarafından onaylanarak ilgili sendika şubesi, sendika veya konfederasyona gönderilir.

Hakim, bir başkan ve iki üyeden oluşan seçim sandık kurulu oluşturur. Sandık kurulu başkanı en az on yıllık hizmeti bulunan Devlet memurları, diğer üyeleri ise aday olmayan üye veya delegeler arasından seçilir. Ayrıca, aynı şekilde bir yedek başkan ve iki yedek üye de belirlenir. Seçim sandık kurulu, seçimlerin Kanunun ve sendika veya konfederasyon tüzüğünün öngördüğü esaslara göre yürütülmesi, yönetimi ve oyların tasnifi ile görevli olup, bu görevleri seçim ve tasnif işlemleri bitinceye kadar aralıksız olarak devam eder.

kağıt parçalarına isimler yazıldığına tanık olunabilmektedir. Seçimin güvenilirliği açısından Sendikalar Kanunu md.14/9 ile getirilen düzenleme önemlidir ve kanımızca tatmin edici ve açıktır.

Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse; bilindiği üzere yönetim kurulu genel kurul tarafından seçilen üyelerden oluşmaktadır ve bu organın oluşması, görevleri ve yönetim kurulu toplantıları aynı Kanunun 15-17. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Buna göre; sendika ve sendika şubeleri yönetim kurulları en az üç en çok dokuz üyeden, konfederasyonların yönetim kurulları ise en az beş en çok yirmi dokuz üyeden oluşur. Sendikanın tüzüğünde bu sayı aralığı içinde kalmak şartıyla üye sayısı da belirtilmiş olmalıdır. Zira görüldüğü üzere Kanunda alt ve üst sınır belirtilmiş, ancak tam sayıyı tespit etme hususu tüzük hükümlerine bırakılmıştır<sup>1</sup>. Eklemek gerekir ki; genel kurul dışındaki zorunlu organlara seçilen asıl üye sayısı kadar yedek üye seçilir. Bu anlamda 2821 sayılı Sendika-

## Seçilecek organı oluşturan üye sayısından fazla adayın işaretlendiği oypusulaları ile diğer kâğıtlara yazılan oylar geçersiz sayılır.

Genel kurullarca yapılacak seçimlerde aday olanların listeleri, birlikte veya organlara göre ayrı ayrı olmak üzere başkanlık divanınca yeteri kadar düzenlenerek ilgili seçim kurulu başkanına mühürlenmek üzere verilir. Listede adı yazılı bulunmayanlar oy kullanamazlar. Oylar, oy verenin nüfus hüviyet cüzdanı ve resimli üyelik veya delegelik kimlik kartı ile ispat edilmesinden ve listedeki isminin karşısındaki yerin imzalanmasından sonra kullanılır. İşte tam da bu noktada, çalışmamızda üzerinde durmak istediğimiz husus söz konusu olmaktadır. Zira 14. maddenin 9. fıkrası uyarınca; oylar, oy verme sırasında sandık kurulu başkanı tarafından verilen, adayları gösterir, seçim kurulu başkanınca mühürlenmiş listedeki isimlerin işaretlenmesi suretiyle kullanılır. Seçilecek organı oluşturan üye sayısından fazla adayın işaretlendiği oypusulaları ile diğer kâğıtlara yazılan oylar geçersiz sayılır. Ne var ki uygulamada bazen bilinçli olarak bazen tamamen bilgisizlik ya da dikkatsizlik neticesinde seçilecek organı oluşturan üye sayısından fazla adayın işaretlendiğine, bazen de başka bazı

lar Kanunu md.9/3 uyarınca; yönetim kurulu için de tüzükte tespit edilen asıl üye sayısı kadar yedek üye de belirlenecektir. Bu yedek üyelerin belirlenmesi de son derece önemlidir zira sendika ve konfederasyon yönetim kurullarının üye sayısı, ayrılmalar sebebiyle yedeklerin de getirilmesinden sonra üye tam sayısının yarısından aşağı düşerse, genel kurul toplantıya çağırılacak ve yeni işlemler başlayacaktır<sup>2</sup>.

Yönetim kurulu üyeliği için aday olurken genel bir üyeliğin mi söz konusu olacağı yoksa kişilerin belli görevlere mi aday olacakları konusunda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak uygulamada takip edebildiğimiz kadarıyla yönetim kurulu üyesi adaylarının belirli görevlere aday olmaları genellikle görülen bir durumdur. Kanımızca bu son derece doğru bir tatbikat şeklidir, zira aksi durumda, seçilen ama tam olarak görevleri belirli olmayan yönetim kurulu üyeleri arasında tartışmaların çıkabilmesi ve yeni sorunların doğması ihtimal dahilindedir. Bu nedenle, bu görev paylaşımını oy pusulasında belirt-

mek ve bunu yönetim kurulunun iç işi haline getirmemek, daha sağlıklı bir yönetim kurulu yapısı için önemlidir kanısındayız.

Oy pusulalarında yönetim kurulu üyesi adayların görev yerlerinin belirlenmesine karşın, yedek üyelik adaylarının görev yerlerinin belirlenmediği görülmektedir. Bir başka deyişle, herhangi bir görevi görmekte olan asıl üyenin görevinden ayrılması halinde doğrudan bu görevin yedeği genellikle bulunmamaktadır. Bu durumda, görev yerleri belirli olmayan yedek üyelerden birinci sırada olan, asıl üye konumuna gelmektedir. Ancak bu yedek üyenin, görevinden ayrılan asıl üyenin yerini doldurup doldurmayacağı da net değildir. Zira, bu kişinin görevi yönetim kurulu tarafından bizzat belirlenecektir. Çünkü görevinden ayrılan kişinin ifa etmekte olduğu görev sendika için çok hassas olabilir ve bu göreve belki de çok deneyimsiz yedek üyenin gelmesi sakıncaları beraberinde getirebilir. Görüldüğü üzere, her ne kadar oy pusulasında seçim esnasında asıl üye adaylarının aday oldukları görevlerin açık bir şekilde belirlenmesi doğru olsa da, yedek üyelerin durumu düşünüldüğünde yönetim kurulunun bütün olarak ele alınmasının sağlıklı olacağı görülecektir.

Kişilerin yedekliğe mi aday oldukları yoksa organda görevli asıl ve yedek üyelerin toplamı kadar aday arasından en çok oy alan organdaki görevli üye sayısı kadar adayın asıl, geride kalanların da yedek mi olacakları hususunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Şahlanan, her iki yorumun da kanuna uygun olabileceğini belirtse de, Sendikalar Kanunu md.14/9'daki "organı oluşturan üye sayısından fazla adayın işaretlendiği oy pusulalarının geçersiz" sayılacağı hükmü dikkate alındığında ilk olasılığın Kanuna daha uygun olduğu görüşündedir<sup>3</sup>.

Bu anlamda, yine Sendikalar Kanunu'nun yukarıda zikrettiğimiz 14/9. maddesi ele alındığında, seçilecek organı oluşturan üye sayısından fazla adayın işaretlendiği oy pusulaları ile diğer kâğıtlara yazılan oylar geçersiz sayılacaktır. Bir başka deyişle, birden çok listenin bulunduğu bir seçimde, örneğin yönetim kurulu için 7 üye belirlenecekse, 8 ya da daha fazla ismin yanına işaret konması halinde oy pusulası tümüyle geçersiz sayılmalıdır<sup>4</sup>. Aynı şekilde, adayları gösterir seçim kurulu başkanınca mühürlenmiş liste dışında bir başka kağıda

isimler yazılması halinde, örneğimiz açısından bakıldığında 7 isim yazılmış olsa da, bu oylar da tümüyle geçersiz sayılmalıdır. Geçerli bir oy pusulasında 7'den fazla işaret bulunması halinde, sadece birden fazla işaret bulunan göreve ilişkin olarak geçersizliği ileri sürerek, diğer görevlere ilişkin seçimi geçerli kabul etmek kanımızca doğru değildir. Zaten Sendikalar Kanunu md.14/9'un açık ifadesi karşısında başka türlü bir yorum yapmanın da mümkün olamayacağı görüşündeyiz.

Son olarak; yine Sendikalar Kanunu'nun 14. maddesine göre; seçim süresinin sonunda seçim sonuçları tutanakla tespit edilip, seçim sandık kurulu başkan ve üyeleri tarafından imzalanır. Tutanakların bir örneği seçim yerinde asılmak suretiyle ilan edilir. Kullanılan oylar ve diğer belgeler tutanağın bir örneği ile birlikte üç ay süre ile saklanmak üzere seçim kurulu başkanlığına verilir. Seçimin devamı sırasında yapılan işlemler ile tutanakların düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde seçim sonuçlarına yapılacak itirazlar hakim tarafından aynı gün incelenir ve kesin olarak karara bağlanılır. İtiraz süresinin geçmesi ve itirazların karara bağlanmasından hemen sonra hakim, yukarıdaki hükümlere göre kesin sonuçları ilan eder ve ilgili sendika, sendika şubesi veya konfederasyona bildirir. Ancak, ilgililerin bu Kanunun 52 nci maddesine göre başvuru hakkı saklıdır.

## DİPNOTLAR

- 1 Sur, M.: İş Hukuku-Toplu İlişkiler, Ankara, 2006, s.98.
- 2 Demir, F.: Sendikalar Hukuku, İzmir, 2007, s.71 vd.
- 3 Şahlanan, F.: Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1995, s.90.
- 4 Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, M.: Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları, İstanbul, 2007, 156 vd.

## KAYNAKÇA

- Demir, F.: Sendikalar Hukuku, İzmir, 2007.
- Kılıçoğlu, M.: Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları, İstanbul, 2007.
- Sur, M.: İş Hukuku-Toplu İlişkiler, Ankara, 2006.
- Şahlanan, F.: Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1995.

## Av. Mustafa AVCI

Öz İplik-İş Sendikası Hukuk Müşaviri

# “Saflık” İlkesi ve Şirket Ortağının İşçi Sendikası Yöneticiliği

Son yıllarda özelleştirme uygulamalarının yaygınlaşmasına da paralel olarak şirket ortak ve yöneticilerinin işçi sendikası yöneticiliğiyle ilgili çeşitli sorunlar ve uyuşmazlıklar ortaya çıkmaya başlamış bulunmaktadır.

Kamuya ait işyeri ve işletmelerin özelleştirilmesi, satılması sonrasında az da olsa bazı işyeri ve işletmelerin yöre halkı ve işletmelerin çalışanlarına satıldığı, özellikle çalışanların talep ve istekleri doğrultusunda sendika yöneticilerinin de şirkette pay sahibi olduğu, kendi paylarına veya çoğunlukla çalışanların paylarına dayalı olarak şirket yönetimlerinde de yer aldıkları, bazen ise sendika yöneticisi olarak görev yapan şahısların anılan örneklerden bağımsız olarak bazı sermaye şirketlerinde kurucu ve yönetici olarak yer aldıkları görülmektedir.

Bu ve benzeri durumlar, sendika yöneticileri hakkında zaman zaman 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.38'e aykırı davranıştan dolayı sendika yöneticiliği sıfatının sona erdiğinin tespiti ve buna bağlı olarak çeşitli eda davalarına konu olabilmektedir.

Konuya ilişkin görüş ve tartışmalara geçmeden öncelikle işçi ve işveren ilişkilerindeki yasaklar başlıklı 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.38'in “İş-

çiler ve işçi sendika ve konfederasyonları bu Kanun veya diğer kanunlara göre kurulu işveren kuruluşlarına; işverenler ve işveren kuruluşları da işçi sendika ve konfederasyonlarına üye olamazlar; gerek doğrudan doğruya, gerek temsilcileri veya mensupları veya araya koyacakları diğer kişiler vasıtasıyla biri diğerinin kurulmasına, idare ve faaliyetine müdahalede bulunamazlar.

Bir işçi sendika veya konfederasyonunu bir işverenin veya bu Kanun veya diğer kanunlar gereğince kurulu bir işveren kuruluşunun kontrolüne tabi tutmak veya bunların nüfuzu altında işçi sendika veya konfederasyonu kurulmasını teşvik ve tahrik etmek yasaktır.

Bu Kanuna göre işçi veya işveren olmak Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanununa göre kurulan kuruluşlara aynı zamanda üye olmayı önlemez.” düzenlemesi üzerinde durmak gerekecektir.

Türk iş hukuku öğretisinde işçi ve işverenlerin ayrı kuruluşlarda örgütlenmesi zorunluluğunu ifade eden “saflık” ilkesinin yasal sistem içindeki görünümü olarak adlandırılan düzenlemeye göre işçiler ile işçi sendikası ve konfederasyonları bu kanun veya diğer kanunlara göre kurulmuş işveren kuruluşlarına, işverenler ve işveren kuruluşları ise işçi sendikası ve konfederasyonlarına üye olama-



yacak, doğrudan veya dolaylı olarak birbirlerinin kuruluşlarına ve yönetimlerine müdahale edemeyeceklerdir. Diğer bir anlatımla işçiler işçi sendikalarına, işçi sendikaları işçi konfederasyonlarına, işverenler işveren sendikalarına, işveren sendikaları işveren konfederasyonlarına üye olabileceklerdir. Aynı şekilde biri diğerinin kuruluşuna ve faaliyetlerine doğrudan veya dolaylı olarak müdahale edemeyecektir. Yasal düzenleme karşısında işçiler ve işçi sendikaları sadece Sendikalar Kanunu'na göre değil, diğer kanunlara göre kurulan işveren kuruluşlarına da üye olamayacaktır<sup>1</sup>.

Yasa koyucu, gerçekçi bir yaklaşımla, işçi sendikalarının faaliyet ve işleyişlerine müdahale niteliğindeki işveren davranışlarını ayrıca ve özel olarak yasaklamak gereğini de duymuştur (m.38/2).

Böyle bir düzenleme ve yasaklamanın işin doğası gereği olduğundan şüphe yoktur. Sendikalar üyelerinin ortak hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek üzere kurulduğuna, varlık nedenleri bu olduğuna göre ekonomik ve sosyal hak ve menfaatleri çoğu kez birbiriyle çelişen işçi ve işverenlerin aynı sendikalar veya konfederasyonlar içinde örgütlenmelerinin anlamsızlığını izaha gerek yoktur. Yasa koyucu 274 sayılı Sendikalar Kanunu döneminde de olduğu gibi (274/17. madde) böyle bir ilişkiyi açıkça yasaklamakla yetinmemiş, ayrıca cezai yaptırıma da bağlamak gereğini duymuştur (Sendikalar Kanunu m.59/5: "38 inci maddenin birinci ve ikinci fıkrasına aykırı davranışta bulunan işçiler ile işverenler veya işveren vekilleri veya bu konuda karar veren işçi veya işveren kuruluşunun yetkili organlarının başkan ve üyelerine; ... altı aya kadar hapis cezası hükmedilir"). Aynı amaca yönelik olmak üzere işçi ve işveren sendika ve konfederasyonlarının birbirlerinden yardım ve bağış alması da Sendikalar Kanunu m.40/4-5 düzenlemesiyle yasaklanmış (İşçi sendika ve konfederasyonları, işverenlerden, bu Kanun ve diğer kanunlara göre kurulu işveren kuruluşlarından, esnaf ve küçük sanatkarlar kuruluşlarından, derneklerden, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından ve vakıflardan yardım ve bağış alamazlar. İşveren sendika veya konfederasyonları da işçi sendika veya konfederasyonlarından, işçilerden, esnaf ve küçük sanatkarlar kuruluşlarından, derneklerden, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından ve vakıflardan yardım ve bağış alamazlar.) aksi

davranışlar için de cezai yaptırımlar öngörülmüştür.

İşçi sendikası yöneticisi olabilmek ve bu sıfatı taşıyabilmek için, evleviyetle işçi sendikası üyesi olmak, işçi sendikası üyeliği sıfatını korumak gerektiği tartışma dışıdır. Diğer bir ifade ile işçi sendikasının üyesi olmayan dışardan bir kişinin zorunlu organlara adaylığının ve seçiminin söz konusu olmayacağı o kadar tabii ve aşikar bir durumdur ki, kanun bu hususu ayrıca ve açıkça ifade etme gereğini duymamıştır. İşçi sendikası üyeliği sıfatını kaybeden yöneticinin, buna bağlı olarak yöneticilik sıfatını da kendiliğinden kaybedeceği açıktır. Bu bakımdan Sendikalar Kanunu'na göre işveren sayılmasını gerektiren bir hukuki statüye söz gelimi işletme ve kurumların yönetim kurullarında veya benzer kurumlarında yönetim kurulu üyesi olarak yer ve görev alan işçi sendikası yöneticisi, işçi sendikası üyeliğinin yanı sıra yöneticilik sıfatını da kaybeder; meğer ki yönetim kurulu üyeliği, m.24/2 kapsamında mevzuat gereği olsun...<sup>2</sup> Öğretide işçi sendikası üyesi iken işveren veya işveren vekili sıfatını kazanan bir kimsenin her nasılsa işçi sıfatını muhafaza etmeye devam etse dahi, işçi sendikası üyeliğini muhafaza edemeyeceği de ileri sürülmüştür<sup>3</sup>. İşçi ve işveren sendikalarının karşılıklı bağımsızlıklarının da bunu zorunlu kıldığı savunulmaktadır. İşçi ve işveren sendikaları birbirlerine zıt yönlerde çıkarların temsilcileridir. Dolayısıyla bu zıt çıkar temsilcilerinin ortak bir kuruluş içinde temsil edilmeleri mümkün değildir. Bu çıkarların bağımsız kuruluşlarca savunulması gerekir. Çünkü bu çıkarların toplu sözleşmelerle veya gerektiğinde iş mücadelelerine (grev-lokavt) başvurarak savunulması ancak kuruluşun karşı taraftan bağımsız olmasıyla mümkündür<sup>4</sup>. İşçilerin ve işverenlerin birlikte sendika kurmaları caiz değildir. Gerçekten de üyelerin yararları sendikanın rakip karşı taraf ve kuruluşlarının her türlü etkisinden korunabilmesini, rakibe karşı da bağımsız olmasını gerektirmektedir<sup>5</sup>.

Yasal düzenlemede anlamını bulan sınırlandırma ve yasaklamanın 98 sayılı Örgütlenme ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına İlişkin Sözleşmenin ikinci maddesiyle de uyumlu olduğu söylenebilecektir (1. İşçi ve işveren teşekkülleri, gerek doğrudan doğruya, gerek mümessilleri veya üyeleri vasıtasıyla birbirlerinin ku-

ruşları, işleyişleri ve idarelerine müdahalede bulunmalarına karşı gerekli surette himaye edileceklerdir. 2. Bilhassa işçi teşekküllerini bir işverenin veya bir işveren teşekkülünün kontrolüne tabi kılmaya, bir işverenin veya bir işveren teşekkülünün kendi nüfuzu altına alınmış işçi teşekkülleri ihdasını tahrik etmeye veya işçi teşekküllerinin mali yollarla veya başka bir şekilde desteklemeye matuf tedbirler, bu maddedeki manasıyla müdahale hareketlerinden sayılır.)

Hangi somut durumların kişiye işveren sıfatını kazandıracığı, işveren sayılmayı gerektireceği ve buna bağlı olarak yasaklama kapsamına gireceğinin, düzenlemenin amacına uygun olarak belirlenmesi gerekecektir.

Böyle bir yasaklamanın isabetinde şüphe yoksa da uygulamada sınırları, çerçevesi ve kapsamı üzerinde çeşitli tartışmaların varlığı da bir gerçekliktir. Yasaklamadaki amacı göz ardı ederek sadece lafzından hareket etmek, gelişen ve çeşitlenen ekonomik hayatta çeşitli sorunlara da neden olabilecektir.

Yasal düzenlemenin amacını göz ardı ederek gündelik hayattaki her işverenliği, hatta işveren sıfatıyla hukuki veya cezai sorumluluğu başkaca bir ayırımı tabi tutmaksızın yasak kapsamında değerlendirmek hakkaniyet ve bizzat yasanın amacıyla bağdaşmayan uygulamalara da yol açabilecektir.

Öncelikle ve önemine binaen işaret etmek gerekir ki, işverenlik sıfat ve tanımlamasını geniş anlamda iş kanunları çerçevesinde değerlendirmek gerekecektir. Mevzuatımızdaki işveren tanımlarına göz atıldığında; (1475 sayılı İş Kanunu m. 1/1 “bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kimseye İŞÇİ, işçi çalıştıran tüzel veya gerçek kişiye İŞVEREN.....denir.”4857 sayılı İş Kanunu m. 2/1 “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye İŞÇİ, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara İŞVEREN .....denir.” 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m. 2/4 “İŞVEREN; İŞÇİ sayılan kimseleri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarına denir.” 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m.4 “Bu Kanunun uygulanmasında 2. maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler İŞVEREN’dir.” 2822 sayılı TSGLK m. 62/2 “İşyerinde işveren vekili durumunda olan ve temsilci sıfatıyla toplu iş

sözleşmesinde veya toplu görüşmede taraf olarak hareket eden kimse, bu Kanunun uygulanması bakımından İŞVEREN sayılır.”) işverenlik sıfatının ancak işçi kabul edilen kimseleri çalıştırmaya bağlı olarak ortaya çıkabileceği aşikardır.

Yukarıda ortaya konulan yasal düzenlemeler ve iş hukuku öğretisi bakımından istisnasız benimlenen ortak nokta, bir gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kuruluşun işveren sıfatını kazanabilmesi/işveren sayılabilmesi için olmazsa olmaz ön şart, kendi ad ve hesabına işçi çalıştırmasıdır. Bu durum, gerçek kişiler olduğu kadar şirketler/diğer tüzel kişilikler, tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar bakımından da aynen ve istisnasız geçerlidir. Dolayısıyla İŞÇİ ÇALIŞTIRILMADIĞI sürece işveren sıfatının kazanılması veya buna bağlı olarak İŞVEREN SAYILMA hiçbir kayıt ve şart altında söz konusu olamayacaktır. Bu değerlendirmeler ışığında işçi çalıştırılmadığı sürece herhangi bir gerçek şahsın, tüzel kişiliğin, şirketin ve buna bağlı olarak şirket yöneticisinin işverenlik sıfatından söz etme olanağı bulunmamaktadır. Herhangi bir şirket veya kurum işçi çalıştırmadığı sürece işveren sıfatını kazanamayacak, dolayısıyla böyle bir şirket yöneticiliğinin işçi sendikası üyeliği ve yöneticiliğine hanel getireceği ileri sürülemeyecektir. İşverenlik sıfatı ancak iş sözleşmesine dayalı işçi çalıştırma durumunda söz konusu olabileceğinden bir gerçek kişi veya ortaklık işlerini iş sözleşmesine dayalı bir hukuki ilişki söz konusu olmaksızın örneğin vekalet ilişkisi içinde bir avukat veya muhasebeciyle yürütmesi durumunda salt anılan şahısların çalıştırılmış olması da işverenlik iddiasına konu olamayacaktır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 26.06.2008/24178-17592 sayılı onamasına konu yargı kararında da aynı sonuca varılmıştır (Limited şirket ortağının ticari faaliyette bulunması veya ekonomik yönden kazanç sağlaması söz konusu olabilir. Ancak özellikle işverenin yanında işçi çalıştırması ve işçiyi hizmet akdiyle çalıştırması şarttır. İşçi olmayan yerde işverenden bahsedilemez. Ankara 3. İş Mahkemesi 08.04.2008 tarih, 2007/850 E., 2008/110 K.)

Öncelikle; bizzat işçi sendikası tüzel kişiliğinin uygulamada görüldüğü şekliyle hizmetlerini yerine getirirken iş sözleşmesine dayalı olarak işçi/işçilere çalıştırdığı durumlarda, çalıştırılan işçiler bakımından sendika tüzel kişiliğinin işveren, yönetici-

lerinin işveren vekili/işveren sayılacakları konusunda şüphe yoksa da anılan durumun maddede ki yasaklama kapsamında değerlendirilmeyeceği, 2821/38 anlamında bir yasaklamaya konu olmayacağı tartışma dışıdır.

Diğer yandan işverenlik hak ve yetkilerine ulaşmayan her türlü şirket ortaklığının da -anılan şirket işçi çalıştırma bile- yasak kapsamında kabul edilmesi yerinde olmayacaktır. Örnek olarak borsada işlem gören bir şirkette hisse sahibi olmak, ortaklık payı belirli bir miktara ulaşmadıkça veya şirket yönetiminde/temsilde yer alınmadıkça, işverenlik sıfatını kazandırmamak ve yasak kapsamında değerlendirilmemek gerekir.

Yasaklamada korunan hukuki yarar dikkate alındığında işçi sendikası üyesi ve yöneticisinin bahçesinin bakımı, kendi ad ve hesabına bir konut, dükkan, tamirat ve tadilat işleri yaptırmak için işçi çalıştırması da, madde anlamında işverenlik sıfatının kazanılması, işçi sendikası üyeliği ve yöneticiliği sıfatının sona ermesi hukuki sonucunu doğurmaması gerekir. Aynı sonuca yasada işveren veya işveren vekili oldukları açıkça zikredilmiş olmalarına karşın kat malikleri veya apartman yöneticileri bakımından da varmak gerekli ve zorunludur. Resmi Gazete'nin 03/03/2004 tarih ve 25391 sayısında yayımlanan "Konut Kapıcıları Yönetmeliği" konutun maliki ve ortaklarını işveren, yöneticiyi işveren vekili olarak tanımlamış (m.3) konut yöneticisinin, İş Kanunu ve bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasında ve yargı uyuşmazlıklarında işverenin temsilcisi olduğunu (m.4) kapıcı ile iş sözleşmesi yapılacağını (m.6) belirtmiş ise de kat malikliği veya yöneticiliğine bağlı işverenliğin işçi sendikası üyelik ve yöneticiliğine engel oluşturmayacağı, anılan durumun yasaklama kapsamında düşünülmemeyeceği, anılan şahısların işçi sendikası ve yöneticiliğinde bulunmalarının saflık ilkesiyle çelişmeyeceği de kabul edilmek gerekir. Bu veya buna benzer örnekler yasal düzenlemedeki ibarelerden daha çok, korunmaya çalışılan hukuki yararın göz önünde tutulmasının gerekliliğini anlatmaya fazlasıyla yetecektir.

Sonuç olarak; gelişen, çeşitlenen ve her geçen gün çok daha karmaşık hale gelen hayatın değişik görünüşleri karşısında hangi durumların "saflık" ilkesinin ihlali anlamına geleceği ve Sendikalar Kanunu m. 38 kapsamına gireceği konusunda önce-

den ve her olaya uygulanabilir somut ölçütler koymanın zorlukları ortadadır. Uyuşmazlıkları yasal düzenlemenin amacını da göz ardı etmeksizin, her bir olayın kendine özgü koşulları içinde değerlendirmek gerekli ve zorunlu görülmektedir. Tespit edebildiğimiz iki ayrı yargı kararında da amaca uygun ve isabetli sonuçlara varıldığı görülmektedir (Yargıtay 9.HD. 07.06.2001/8559-9790 ve 9.HD. 09.06.2004/13365-14374). Konumuzla doğrudan ilgili olmamakla birlikte Danıştay'ın devlet memurlarının anonim ya da limited şirketlere kurucu veya sonradan ortak olmalarının ticaretle uğraşma kabul edilemeyeceği/memurluğa engel olmadığı ve 657/28'de yer alan ticaret yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşünde olduğuna da işaret edilmektedir (Danıştay 12. Dairesi, 28.04.2003 gün, 2002 /3538 E., 2003 /1197 K., Danıştay 1. Dairesi 19.06.1991/77-105).

## DİPNOTLAR

- 1 Şahlanan, Fevzi; Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, sh.260.
- 2 Mollamahmutoğlu; Hamdi; yayınlanmamış hukuki mütalaa.
- 3 Tuncay, Can; İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1975, sh.256.
- 4 Tuğ, Adnan; Sendikalar Hukuku, Ankara 1990, sh.4.
- 5 Narmanlıoğlu, Ünal; Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, sh.68.

Doç. Dr. Levent AKIN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisinden Yararlanma

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/1866  
**Karar No** : 2007/28586  
**Tarihi** : 01.10.2007

#### ÖZET

Kıdem tazminatına ilişkin Toplu İş Sözleşmesi hükmü sendikadan istifa eden davacı yönünden hizmet akdi olarak yürürlüğünü devam ettiremez.

#### DAVA

Davacı, kıdem ve kötüniyet tazminatı, ikramiye, fazla mesai, giysi yardımı, yakacak yardımı ile bayram yardımı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

#### KARAR

Davacının iş sözleşmesinin 08.12.2004 tarihinden

de feshedildiği, işyerinde süresi bitip yenisi yapılmadığı için hizmet akdi olarak yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesi'ndeki kıdem tazminatının 45 gün üzerinden ödenmesi yolundaki hükmün uygulanmasına karar verilmiştir.

Davacının taraf sendika üyeliğinden 30.01.1996 tarihinde çekilmesi nedeniyle kendisine Toplu İş Sözleşmesi'nin anılan hükmü uygulanamayacağı kabul edilerek davacıya işverenlikçe 30 gün üzerinden kıdem tazminatı ödendiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda bu husus gözönünde bulundurulmadan kıdem tazminatı hesaplandığı ve hüküm altına alındığı görülmektedir. Oysa kıdem tazminatına ilişkin Toplu İş Sözleşmesi hükmü sendikadan istifa eden davacı yönünden hizmet akdi olarak yürürlüğünü devam ettiremeyeceğinden davanın reddi gerekirken mahkemenin davanın kabulüne karar vermesi hatalıdır.

#### SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.10.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

Yüksek mahkemenin inceleme konusu yapılacak olan kararında yer verilen ifadeler şu şekildedir: “Davacının iş sözleşmesinin 8.12.2004 tarihinde feshedildiği, işyerinde süresi bitip yenisi yapılmadığı için hizmet akdi olarak yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesindeki kıdem tazminatının 45 gün üzerinden ödenmesi yolundaki hükmün uygulanmasına karar verilmiştir.

Davacının taraf sendika üyeliğinden 30.1.1996 tarihinde çekilmesi nedeniyle kendisine toplu iş sözleşmesinin anılan hükmü uygulanamayacağı kabul edilerek davacıya işverenlikçe 30 gün üzerinden kıdem tazminatı ödendiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda bu husus göz önünde bulundurulmadan kıdem tazminatı hesaplandığı ve hüküm altına alındığı görülmektedir. Oysa kıdem tazminatına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmü sendikadan istifa eden davacı yönünden hizmet akdi olarak yürürlüğünü devam ettirmeyeceğinden davanın reddi gerekirken mahkemenin davanın kabulüne karar vermesi hatalıdır...”.

Yargıtay içtihadına konu olay, sona eren toplu iş sözleşmesi hükmünün ard etkisine ilişkindir. Konu Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre “Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder. “Söz konusu hükmün dava konusu olaydaki uygulamasını değerlendirebilmek için bazı temel noktalara işaret edilmesi zaruri görünmektedir.

1- Bilindiği üzere toplu iş sözleşmeleri iki temel bölümden oluşur. Bunlardan ilki sözleşmenin normatif kısmı, ikincisi ise borçlar hukukuna ilişkin kısımdır (TSGLK.2). Toplu iş sözleşmesinin düzenleyici kısmı olarak da adlandırılan normatif bölümü, maddi anlamda yasa gibi genel ve objektif hukuk kurallarından oluşur. Normatif hükümler çalışma koşullarını, diğer bir ifade ile bir hizmet akdinin konusuna giren hususları ilgilendiren hükümlerdir. Bu yönü ile toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri hizmet akitleri üzerinde doğrudan doğruya ve emredici bir etki yapar<sup>1</sup>. Bahsi geçen normatif kısım, hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesine ilişkin hükümlerden oluşur

(TSGLK.2/1). İnceleme konusu yapılan karardaki uyumsuzluk da esasen, hizmet akdinin sona ermesine ilişkin bölümü ilgilendirmektedir.

2822 sayılı Yasanın açık hükmü, toplu iş sözleşmelerinde, hizmet akitlerinin ne şekilde sona erdirileceğinin taraflarca kararlaştırılabileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla örneğin toplu sözleşmenin bu bölümünde, fesih bildirim süreleri yasal sürenin üzerine çıkarılabilecek, işverenin fesih yetkisi kısıtlanabilecek, kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin yeni düzenlemeler getirilebilecektir<sup>2</sup>. Ancak hemen belirtelim ki işverenin fesih hakkını sınırlamaya yönelik bu hükümlerin, anılan fesih hakkını tümüyle bertaraf edebilmesi, gerek öğretide gerek Yargıtay uygulamasında mümkün görülmemektedir<sup>3</sup>. O halde toplu iş sözleşmeleri ile hizmet akitlerinin ne şekilde sona erdirileceği ve hangi sonuçların doğacağı, taraflarca kararlaştırılabilmektedir.

2- Kararın değerlendirilebilmesi açısından önemli bir diğer nokta, sona eren toplu iş sözleşmelerinin ard etkisidir. Yukarıda da dile getirildiği üzere 2822 sayılı Yasa bu konuyu açıklığa kavuşturmuş ve sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam edeceğini açıkça belirtmiştir (m.6/son).

Kaynaklar hiyerarşisi açısından bakıldığında iş akdinin üzerinde yer alan toplu sözleşmenin, iş akdini etkilemesi doğaldır. O nedenledir ki toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin iş akitleri üzerinde doğrudan ve emredici bir etkiye sahip bulunduğu kabul edilir<sup>4</sup>. Ancak burada söz konusu olan, sona eren toplu sözleşmenin etkisidir.

2822 sayılı Yasa, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içindeki etki düzeyini, yürürlüğünün sona ermesi ardından aşağıya çekmiş ve onun sadece hizmet akdi olarak etki doğurabilmesine izin vermiştir. Öğretide bu etki, toplu sözleşmenin ard etkisi olarak adlandırılmaktadır ve ortaya çıkması için işverenin işçilerle bir anlaşma yapmasına gerek duyulmamaktadır<sup>5</sup>. Konuyu düzenleyen hükmün dikkat çeken yönünü, sona eren toplu sözleşmenin ard etkisinin sadece normatif kısım ile sınırlı olması oluşturur. Hatta öğretide, normatif kısma dahil olduğu halde hizmet akdinin yapılmasına ilişkin bölümünün ard etkiye dahi sahip olmadığı haklı olarak belirtilmektedir<sup>6</sup>.

Ard etkinin, toplu sözleşmenin normatif kısmı ile



sınırlı olması, tarafların kendi iradeleri ile üçüncü kişilere mükellefiyet yükleyemeyecekleri anlayışına dayandırılmış ve bu sebeple sona eren toplu sözleşmenin borç doğurucu hükümlerinin iş akdine etkisi mümkün görülmemiştir<sup>7</sup>. Gerçekten toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesinin yerini alacak bir işlem olmayıp, işçi-işveren ilişkisini kuran iş ilişkisini dışarıdan idare eden bir kollektif norm sözleşmesidir. Toplu sözleşmeden yararlanabilmek için işçi ile işveren arasında mutlaka bir hizmet ilişkisinin kurulmuş olması şarttır<sup>8</sup>. Aksi halde anılan etkinin doğabilmesi mümkün değildir.

3- Sona eren toplu iş sözleşmelerinin ard etkisi esasen işyerindeki çalışma barışının bozulmasını engelleyen bir tedbir niteliğinde görülebilir. Zira bu düzenlemeyle, toplu sözleşmenin sona erdiği tarih ile yenisinin imzalanacağı tarihe kadar geçecek dönemde işçilerin hukuki durumları açıklığa kavuşturulmakta, olası problemlerin önüne geçilmektedir. Bir başka deyişle, yasa koyucu sosyal düşüncelerle yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar eskisinin getirmiş olduğu koşulların korunmasını sağlamaktadır. Kaldı ki, bir geçiş hükmü niteliğinde olan söz konusu düzenleme sadece işçinin değil, aynı dönemde yaşanacak kargaşadan işverenin de zarar görmesini engellemektedir<sup>9</sup>. Nitekim Yüksek Mahkemenin önüne gelen bir olayda, ortaya çıkabilecek bu tür bir sorun bahsi geçen 6. madde hükmü ile aşılmıştır. Dava konusu olayda, 1.1.1990-31.12.1991 yılları arasında yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 41. maddesinde gece çalışmaları ve fazla çalışma ücretleri düzenlenmiştir. Buna göre gece 20.00-06.00 arası çalışmalar gece çalışması süresi olup % 50 zamlı ödenmesi gerekmektedir. 1992 yılına kadar işçiye zamlı ödenen gece zammı daha sonra ödenmemeye başlamıştır. Davacının sürekli gece çalışmış olduğu tanık beyanlarıyla da doğrulanmıştır. Yargıtay bu durum karşısında isabetli olarak, toplu iş sözleşmesiyle düzenlenen ve sözleşmenin sona ermesi üzerine hizmet akdi hükmü haline gelen gece çalışma zammının işçinin çalışma şekli ve süresi değişmedikçe, gece dönemine giren çalışmaları için ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>10</sup>.

4- 2822 sayılı Yasanın işyerindeki çalışma barışını korumaya yönelik 6/son hükmü, toplu sözleşmeden yararlanan işçilere yöneliktir. Diğer bir deyişle, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin et-

kisi ancak, sona erdiği tarihte işyerinde çalışıp halen bu toplu iş sözleşmesinden yararlanmakta olanları kapsar<sup>11</sup>. Zira toplu sözleşmenin sona ermesi, bu işçilerin haklarında bir değişiklik yaratır. Sözü edilen işçiler, toplu sözleşme bittikten sonra, bireysel iş sözleşmelerine tabi hale gelir ve bu durum genelde onların haklarında bir gerileme anlamına taşır. 6. maddenin son fıkrası, bu aşamada ortaya çıkacak sorunları gidermeye yöneliktir. Aynı anlayışı Yüksek Mahkeme içtihatlarında da görebilmek mümkündür. Bu kararlardan birinde yer verilen değerlendirme şöyledir: "Davacı TİS sona ermeden... tarihinde TİS'ne taraf işçi sendikası-ndan istifa etmiş ve istifa gerçekleşmiştir. Başka bir anlatımla TİS'nin sona erdiği... tarihte davacı taraf işçi sendikasının üyesi olmadığı gibi, TİS'den de yararlanmamaktadır. Bu nedenle TİS'nin davacı yönünden hizmet akdi olarak devam ettiğinin kabul edilmesi mümkün değildir." Y9HD. 22.11.2006, 9890/30806<sup>12</sup>.

Buna karşın, toplu sözleşmeden yararlanamayan bir işçi zaten bireysel iş sözleşmesine tabi durumdadır ve çalıştığı işyerinde uygulanan toplu sözleşmenin sona ermesi onun hukuki durumunda bir değişiklik yaratmaz. Aynı şekilde, toplu sözleşme sona erdikten sonra işe girenler de 6/son hükümden yararlanamazlar.

Toplu sözleşmeden yararlanma koşulları 2822 sayılı Yasanın 9. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "toplular iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanırlar. Toplu iş sözleşmesinin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıyla işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanırlar. Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye bulunmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye bulunup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır." Düzenlemeden de anlaşılacağı gibi toplu sözleşmeden yararlanan işçi ya sendika üyesidir ya da dayanışma aidatı ödemektedir.

Sendika üyesi işçi iş sözleşmesi ile çalışıyor olsa da, toplu iş sözleşmesi kapsamına girdiği andan itibaren artık bu sözleşmeye tabi olur. Toplu iş

sözleşmesinin emredici etkisi karşısında, kendi lehine olanlar dışında işçinin bireysel iş sözleşmesinin bir anlamı kalmaz. TSGLK 6/son bu işçilere doğrudan etki eder. Toplu sözleşmenin sona ermesi ardından söz konusu işçiler, toplu sözleşmeden hizmet akdi gibi yararlanırlar.

Acaba aynı değerlendirme, sendika üyesi olmayan işçi için yapılabilir mi? Bu sorunun cevaplanabilmesi için, sendika üyesi olmayan işçinin durumu ikiye ayrılmalıdır. Sendika üyesi olmayan işçilerin ilk grubunu, dayanışma aidatı ödeyenler oluşturur. Bu işçiler, üye olmadıkları için sendikanın sosyal faaliyetlerinden yararlanamıyor olsalar da, toplu sözleşmeden sendika üyesi işçilerle aynı düzeyde yararlanabilirler<sup>13</sup>. Dolayısıyla TSGLK. 6/son hükmü, bu işçiler için de geçerli kabul edilmeli ve sona erdikten sonra onlar için de hizmet akdi hükmü olarak nitelendirilebilmelidir. Öğretide de belirtildiği üzere, toplu sözleşmenin ard etkisinden yararlanabilmek için bu sözleşmeden yararlanabiliyor olmak yeterlidir. Bu yararlanmanın ne şekilde gerçekleştiği, yani üyelikle mi yoksa dayanışma aidatı ödeyerek mi olduğu önemli değildir<sup>14</sup>.

Sendika üyesi olmayan işçilerin ikinci grubu ise, dayanışma aidatı da ödememektedir. Diğer bir deyişle bu işçilerin toplu sözleşmeden yararlanma talepleri dahi yoktur. O sebeple bu durumdaki işçiler açısından TSGLK. 6/son hükmünü uygulama imkânı doğmaz. Dolayısıyla örneğin kıdem tazminatının 45 gün üzerinden ödenmesi yolundaki toplu sözleşme hükmü bu işçilere ne toplu sözleşme sürecinde ne de sonrasında hiçbir şekilde uygulanmayacaktır.

Yüksek Mahkemenin kararına konu olaydaki işçi, sendikadan istifa etmiş durumdadır. Yani toplu sözleşmeden yararlanabilme imkânı dayanışma aidatı ödemesine bağlıdır. Ancak kararda bu yönde bir bilgiye rastlanmamıştır. Bu durum karşısında, sendikadan istifa eden işçinin (sendikanın muvafakati dışında) dayanışma aidatı ödemeksizin toplu sözleşmeden yararlanma imkânı kalmamaktadır. Bu sonuç yukarıda da belirtildiği üzere, onun toplu sözleşmenin ard etkisinden yararlanmasına da engel oluşturacaktır.

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında Yüksek Mahkemenin kararına konu olaydaki işçinin sendikadan 1996 yılında çekilmesi sonrasında dayanışma aidatı ödemesi halinde, 2004 yılını da kapsayan toplu iş sözleşmesinin ard etkisinden yararlanabilmesi gerektiği kanısındayız. Ancak söz

konusu işçi 1996 yılında sendikadan ayrıldıktan sonra dayanışma aidatı da ödememiş ise (ki bu durum karardan net olarak anlaşılmamaktadır), bu halde toplu iş sözleşmesinden yürürlük süresi içinde de yararlanamayacağı için aynı şekilde ard etkiden de faydalanamayacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 Can Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, 123.
- 2 Sarper Süzek, İş Hukuku, Ankara 2006, 538 vd. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2007, 192. Tuncay, 128.
- 3 Bkz. Tuncay, 128, 129. Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2006, 200. Ertan İren, Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri ve Hizmet Akitleri Üzerindeki Etkileri, Ankara 1998, 38.
- 4 Nuri Çelik, Türk ve Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sona Ermesi, İstanbul 1966, 54. Seza Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1967, 235. Turhan Esener, İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1964, 378.
- 5 Münir Ekonomi, İHU, 1985/I, TSGLK.6 (No.4). Devrim Ulucan, İHU 1986/I-II, TSGLK.6 (No.5). Kübra Doğan Yenisey, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 618.
- 6 Çelik, 537. Sur, 260. Adnan Tuğ, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1998, 132.
- 7 Çelik, 536. Reisoğlu, 233. Fevzi Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 115 vd. Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, Konya 2005, 231. Nizamettin Aktay, Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Ankara 1990, 52. Tuğ, 123. İren, 59.
- 8 Sur, 249. Tuğ, 123.
- 9 Çelik, 535. Sur, 258. İren, 75.
- 10 Yarg.9.HD., 2.7.1996, 1995-10122/1996-15102, Münir Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1996 yılı Emsal Kararları, Ankara 1998.
- 11 Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1978, 86. Esener, 512. Şahlanan, 119. Ünal Narmanhoğlu, İHU TSGLK V/1, m.6, No.2. Sur, 259.
- 12 Çalışma ve Toplum, 2007/2, 258-259.
- 13 Çelik, 549.
- 14 Sur, 259.

## Av. Hakkı KIZILOĞLU

TİSK Hukuk Müşaviri

## Grev ve Lokavt Dışı Kalacak İşçilerin Belirlenmesinde Ek Tespit Talebi

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2008/1246  
**Karar No** : 2008/1880  
**Tarihi** : 22.02.2008

#### ÖZET

Grev ve lokavt dışı kalacak işçilerin yönetime uygun olarak bir kez tespit edilmesinden sonra yapılacak her ek tespit işlemi, grevi etkisizleştireceği gibi yasaya da aykırı olup, işlemin iptaline karar verilmesi gerekir.

#### DAVA

Türkiye (...) Sendikası adına Avukat (...) ile (...) Bölge Çalışma Müdürlüğüne izafeten Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı adına Avukat (...) aralarındaki dava hakkında Ankara (...) İş Mahkemesinden verilen 8.11.2007 günlü ve (...) sayılı hüküm davacı avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi (...) tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

#### KARAR

Davacı sendika, aralarında toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin başlaması ile birlikte işverenin işletme kapsamındaki işyerlerinde grev ve lokavt dışı kalacak işçilerin sayısını belirleyip kendilerine ve ilgili bölge çalışma müdürlüğüne bildirdiğini, tespitin itiraz edilmeksizin kesinleştiğini, ancak toplu görüşmelerinin uyuşmazlık ile sonuçlanması ve işyerinde grev uygulamasının başlaması üzerine işverenin işyerinin bağlı bulunduğu Bölge Çalışma Müdürlüğüne başvurarak greve katılmayacak işçi sayısının artırılmasını talep ettiğini, Bölge Çalışma Müdürlüğünün de ek tespit yaparak grev lokavt dışı kalacak işçilerin sayısını artırdığını, bunun grevi etkisizleştirdiğini belirterek Bölge Çalışma Müdürlüğünün grev lokavt dışı kalacak işçilerin belirlenmesine ilişkin ek tespit işleminin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece daha önce kesinleşmiş bir tespit olsa dahi Bölge Çalışma Müdürlüğünün gerekli hallerde ek tespiti yapılabileceği gerekçesi ile sendikanın talebi reddedilmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lo-

kavt Kanununun 39/1. maddesinde öngörülen yönetime uygun olarak grev-lokavt dışı kalacak işçiler tespit edilmiş ve tespit kesinleşmiştir. Kesinleşen bu tespitten sonra işveren, işyerlerinin bağlı bulunduğu Bölge Çalışma Müdürlüğüne başvurarak grev-lokavt dışı kalacak işçi sayısının artırılması için ek tespit talebinde bulunmuştur. Bunun üzerine Bölge Çalışma Müdürlüğü tarafından ek tespit yapılmıştır. Grev-lokavt dışı kalacak işçi sayısı bir kez tespit edildikten sonra yapılacak her ek tespit işlemi, grev etkisizleştireceği gibi yasaya

da aykırıdır. Bu itibarla grev-lokavt dışı kalacak işçiler konusunda Bölge Çalışma Müdürlüğü tarafından yapılan ek tespit işleminin iptaline karar verilmesi gerekir iken yazılı şekilde sendika talebinin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 22.2.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

### 1. İş Hukukunda Grev ve Lokavta Katılamayacak İşçiler İçin Ek Tespit Talebi

Konuya ilişkin olarak 2822 sayılı Toplu İş sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun "kanuni grev ve lokavta katılamayacak işçi kadrosu" başlıklı 39. maddesinin birinci fıkrasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığı ve bozulabilecek demirbaş eşya ve diğer maddelerle, hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçinin grev ve lokavt esnasında çalışmaya ve işverenin de bunları çalıştırmaya mecbur olduğu hüküm altına alınmıştır.

Ek tespit talebi ile ilgili olarak maddenin 3. fıkrasında düzenleme yapılmıştır. Söz konusu fıkra grev ve lokavta katılamayacak işçilerin her ne sebeple olursa olsun kanuni süre içinde tespiti yapılmamış ise, işveren veya işçi sendikasının çalışacak işçi sayısının tespitini süre geçtikten sonra da Bölge Müdürlüğünden talep edebilecekleri düzenlenmiştir. Fıkranın devamında bu tespit en kısa zamanda yapılarak taraflara tebliğ edileceği ve gerekli hallerde Bölge Müdürlüğünün bu tespiti tarafların talebi olmaksızın resen yapabileceği; bu tepite karşı da tarafların iş mahkemesine itiraz haklarının bulunduğu hükme bağlanmıştır.

### 2. Yasal Düzenleme Yorumu Yer Bırakmayacak Şekilde Açıktır

2822 sayılı Kanun'un 39. maddesinin üçüncü

fıkrasındaki söz konusu açık hükme karşın ilgili Yargıtay Kararında "grev ve lokavt dışı kalacak işçi sayısı bir kez tespit edildikten sonra yapılacak her ek tespit işleminin yasaya aykırı olacağı" belirtilmektedir.

Yasanın açıkça düzenlendiği bir konuda Yargıtayımız bu hükmüyle Kanun hükmüne ters bir karar vermiş olmaktadır.

İlgili Kanun hükmü sarıh biçimde grev ve lokavt dışı kalacak işçilerin kanuni süre geçse bile ve her ne sebeple olursa olsun;

- Taraf işverene veya işçi sendikasına Bölge Çalışma Müdürlüğünden ilave işçi sayısının tespitini talep etme hakkı tanımış,
- Bölge çalışma müdürlüğüne resen ilave tespit yetkisi vermiş,
- Ayrıca verilecek karara karşı iş mahkemesinde tarafların itiraz hakkını düzenlemiştir.

Belirtilen düzenlemelerde ek tespit yetkisi hiçbir şüpheye mahal bırakmaksızın hüküm altına alınmıştır.

### 3. Kötüniyetli Taleplerin Değerlendirilmesi İş Yargıya Bırakılmıştır

Burada belirtilmesi gereken nokta tarafların ek tespit talebinde bulunurken kötü niyetli olup olmamaları hususudur. Eğer ek tespit talebinde bulunan taraf bu talebini grevi etkisizleştirme amacıyla yapmışsa, Bölge Müdürlüğünün ilgili talebi iyi şekilde inceleme ve analiz etme durumu ortaya

çıkılmaktadır. Esasen Yasa Koyucu bu incelemenin iyi şekilde yapılamayacağı ihtimalini de dikkate alarak taraflara tespit kararına karşı itiraz hakkı tanımıştır. Başka bir deyişle Bölge Müdürlüğünün vereceği ek tespit kararına karşı taraflardan her birinin iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemeye itiraz hakkı bulunmaktadır.

#### 4. Doktrinde Yer Alan Görüşler

Konuya ilişkin olarak Prof. Dr. Seza Reisoğlu'nun Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi kitabının 337. sayfasında;

“Grev ve lokavta katılmayacak işçiler her ne sebeple olursa olsun kanuni süre içinde işveren tarafından tespit edilmezse, işveren veya işçi sendikası, çalışacak işçi sayısının tespitini süre geçtikten sonra da Bölge Çalışma Müdürlüğünden talep edebilecektir.

İşveren, çalışma zorunda olan işçileri hiç tespit etmeyeceği gibi, eksik de tespit edebilir. İşçi sendikası buna itiraz etmezse bu tespit kesinleşir. İtiraz ederse o takdirde mahkemenin vereceği karar kesindir. Ancak ister işçi sendikası itiraz etmediği için, isterse itiraz ettiği için mahkeme kararıyla çalışmayacak işçilerin niteliği ve sayısı kesinleşsin, eğer kesinleşen bu sayı bu maddede öngörülen işçileri kapsamıyorsa, Bölge Çalışma Müdürlüğü başvuru üzerine çalışmayacak işçilerin niteliğini ve sayısını tespiti yetkili olacaktır. Bu konuda kesin mahkeme kararı, ancak hangi hususta itiraz edilmemişse, o hususta kesinlik ifade edecektir. Örneğin mahkeme hayvan ve bitkilerin korunması ile ilgili olarak kaç işçi çalışacağına dair bir karar vermemişse, daha sonra bu korumayı sağlamak için işçi sayısının tespiti mahkemeden istenebilecektir. Zira bu maddeye göre işçi çalıştırması, ne sadece işçi sendikasını ne de işvereni ilgilendirmekte, milli servetin korunması için zorunlu görülmektedir.”

açıklaması yapılmıştır.

Aynı şekilde Prof. Dr. Nizamettin Aktay, Prof. Dr. Kadir Arıcı ve Prof. Dr. E. Tuncay Kaplan tarafından kaleme alınan “İş Hukuku” isimli kitabın 518. sayfasında;

“Zamanında tespit edilmemiş grev lokavta katılmayacak işçilerin tespiti süre geçtikten sonra da bölge müdürlüğünden istenebilir. Tespiti hem işçi sendikası hem de işveren tarafı isteyebilir. Bölge

müdürlüğü tespiti yaparak taraflara tebliğ eder. Bu tespiti karşı da mahkemeye itiraz ve dava yolu yukarıdaki şekilde görülebilir.”

ifadesine yer verilmiştir.

Diğer taraftan Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay'a ait “Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku” isimli kitabın 834. sayfasında;

“Bölge Çalışma Müdürlüğünce gerekli olması durumunda yeniden grev ve lokavt dışı kalacak işçilerin tespiti mümkündür. Yargıtay bir kararında 2822 sayılı Kanununun 39. maddesi uyarınca işyerinde kanuni grev ve lokavta katılmayacak işçi sayısı tespit edilmiş ve kesinleşmiş olsa da, o tespitten sonra Bölge Çalışma Müdürlüğü evvelce bazı ünitelerin tespit dışı kalmış olduğundan bahisle, söz konusu üniteler için grev ve lokavt dışında tutulması gereken bir işçi listesi daha düzenleyebileceğini kabul etmektedir.

Bölge Çalışma Müdürlüğü grev ve lokavt dışı kalacak işçilerin listesinde gerekli değişiklikler yaparak ek liste düzenleyebilir. Yargıtay grev ve lokavta katılmayacak işçilerin tespitinden sonra eksiklik sebebiyle veya değişen şartlara göre ek tespit ancak Bölge Çalışma Müdürlüğünden istenebileceğini, Bölge Çalışma Müdürlüğüne başvurmadan mahkemeye müracaat edilemeyeceğine karar vermiştir.”

açıklamasında bulunulmuştur.

#### 5. Konuya İlişkin Önceki Tarihli Yargıtay Kararları

Yargıtay, 15.2.1991 gün, 1991/1459 E., 1991/2372 K. sayılı içtihadında 2822 sayılı Kanun'un 39. maddesine göre yapılan tespit değişen koşullara göre ek tespit yapılabileceği görüşündedir. Anılan karara göre:

“2822 sayılı T.İ.S.G.L.K.'nin 39 uncu maddesinde öngörülen prosedüre uygun olarak yapılan tespiti vaki itirazlar üzerine verilen mahkeme kararları kesin olup, prosedüre uygun olarak bir tespit yapılmadan vaki olan tespit üzerine verilen kararlar kesin olmadığından davalının temyiz dilekçesinin kesinlikten reddine ilişkin karar usul ve yasa-ya uygun bulunmadığı cihetle mahkemenin bu yöndeki kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar verilerek, yapılan inceleme ve müzakere sonunda gereği düşünüldü:



2822 sayılı Kanun'un 39 uncu maddesine göre önceki tespitten sonrada noksanlık nedeniyle veya değişen şartlara göre ek bir tespit istenebilir. Ancak bunun için önce Bölge Çalışma Müdürlüğünden istekte bulunulması gerekir. Gerekli hallerde Bölge Çalışma Müdürlüğü bu tespiti re'sen de yapabilir. Taraflar ancak Bölge Çalışma Müdürlüğünün bu tespitine karşı iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemeye itiraz edebilirler. Bölge Çalışma Müdürlüğüne başvurulmadan ve orada bir karar verilmeden taraflar tespit için doğrudan doğruya mahkemeye başvuramazlar. Olayda davacılar Bölge Çalışma Müdürlüğünden bir talepte bulunmadan tespit için doğrudan doğruya mahkemeye başvurmuşlar ve mahkemece de duruşma açılıp taraflar dinlenmeden evrak üzerine ek bir liste ile kanuni grev ve lokavt'a katılamayacak işçileri belirleyen tespite karar verilmiştir. Bu şekilde istek ve tespite karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Böyle olunca talebin reddine karar vermek gerekir<sup>1</sup>.”

Benzer bir görüşe ise Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 7.9.1989 gün, 1989/6870 E., 1989/6456 K. sayılı içtihatında yer verilmiştir:

“İşyerinde grev ve lokavt dışında kalacak işçilerin niteliği ve sayısı işveren tarafından yasal süresi içinde işyerlerinde ilan edilmiş ve bu listeye herhangi itiraz yapılmamıştır. Bundan sonra işveren Bölge Çalışma Müdürlüğüne başvurarak tespit istemiş Bl.Çl.Md.'de işverenin belirlediği listeye ilave yaparak grev ve lokavt dışında kalacak işçi sayısını belirleyen ilave bir liste hazırlayıp taraflara tebliğ etmiştir. Bu tespite de bir itiraz olmamıştır. Bunu takiben işveren yine Bl.Çl.Md.'de yeni bir işçi ilavesini talep etmiş, Bl.Çl.Md.'de listelere ek olarak yeni bir liste hazırlayıp taraflara bildirmiştir.

Davacı sendika bu durumun grev kırıncılığına yol açtığını iddia ederek son tespitin iptali için bu davayı açmıştır.

Mahkeme önceki tespitlerin kesinleştiğinden bahisle son tespit işleminin iptaline karar vermiştir.

Konu 2822 sayılı TİS'si Grev ve Lokavt Kanununun 39 uncu maddesinin uygulanması ile ilgilidir. Bu maddede işveren tarafından veya Bölge Çalışma Müdürlüğü tarafından yapılan tespitlerden sonra Bl.Çl.Md. nün yeniden tespit yapmayacağına dair herhangi bir hüküm yoktur. Aksine maddede gerekli hallerde Bl.Çl.Md. nün bu tespiti yapabile-

ceği belirtilmiştir. Bu itibarla grev ve lokavt dışında kalacak işçi sayısının belirlenmesinde mahkemece işin esasının incelenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. İşin esası incelenerek verilen kararlar da 39 uncu madde hükmünce kesindir. Mahkemece evvelce yapılan listeye ilave yapılması gerekip gerekmeyeceği yönünde bir belirleme yapmasından önceki listelerin kesinleştiğinden söz ederek karar vermiş olması isabetsizdir.”

## 6. Sonuç

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin inceleme konusu olan kararı, ilgili Yasa hükümleri ve daha önce aynı Daire tarafından verilen kararlar ile birlikte değerlendirildiğinde isabetli bulunmamıştır.

## DİPNOT

- 1 Dr. Mustafa Kılıçoğlu, Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları, s. 482-483.

Dr. Hediye ERGİN

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## Genel Sağlık Sigortasında Geline Son Durum

### 1. GENEL OLARAK

31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”nun<sup>1</sup> bazı maddeleri hakkında Anayasa Mahkemesi’nin<sup>2</sup> kısmen ya da tamamen iptal kararı vermesi üzerine bu yasanın yürürlüğe girişi üç kez ertelenmiştir.<sup>3</sup> 25 Mayıs 2007 tarihinde “Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği”<sup>4</sup> ve Maliye Bakanlığı’nca “Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği”<sup>5</sup> (Sıra No: 8) yayınlanmış ve her iki tebliğin de 15 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte sağlık yardımları bu tebliğler doğrultusunda yerine getirilmeye başlanmıştır.

5510 sayılı Kanun’da Anayasa Mahkemesi kararına uygun değişiklikleri yapmak amacıyla TBMM’de 17.4.2008 tarihinde 5754 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” kabul edilmiş ve bu Yasa 8.5.2008 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.<sup>6</sup>

5510 sayılı Kanununun 60. maddesine göre, Türkiye’de ikamet eden herkes genel sağlık sigortasının kapsamına alınmış olup, yasanın 108. maddesine göre genel sağlık sigortası bazı kişiler için 1 Temmuz 2008 tarihinde uygulanmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda, Sosyal Güvenlik Kurumu’nca 30.06.2008 tarihinde yayınlanan “5510 sayılı Kanun” konulu

2008/59 sayılı Genelge’de sayılan kişiler 1 Temmuz 2008 tarihi itibarıyla genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına alınmış ve bu tarih itibarıyla sağlık yardımları Sosyal Güvenlik Kurumu’nca karşılanmaya başlanmıştır. Daha sonra 28.8.2008 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından “Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği” (GSSİY) yayınlanmıştır.<sup>7</sup> Bu yönetmelik hükümleri, 5510 sayılı Kanun hükümleri gibi farklı tarihlerde yürürlüğe girecektir. Yönetmeliğin 71. maddesine göre,

“a) Kanununun 60. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (3) ilâ (8) ve (10) numaralı alt bentleri ile (f) bendinde sayılanlar ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için, bu Yönetmeliğin 31. maddesi hükümleri hariç 1/7/2008 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

b) Birinci fıkranın (a) bendinde sayılanlar ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bu Yönetmeliğin 31. maddesi hükümleri 2008 yılı Ekim ayı başında,

c) Kanununun 60. maddesi birinci fıkrasında sayılan diğer kişiler ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için 2008 yılı Ekim ayı başında”

yürürlüğe girecektir. Bu yazıda 5510 sayılı Kanun, Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği ve 2008/59 sayılı Genelge hükümleri ışığında Genel Sağlık Sigortasında gelinen son durum incelenecektir.

## II. GENEL SAĞLIK SİGORTASININ UYGULANACAĞI KİŞİLER

### 1. GSS'nin kapsamına dahil olanlar

#### a) Genel Sağlık Sigortalıları

5510 sayılı Kanun'un 3. m.'nin 9. bendine göre, genel sağlık sigortalısı, 5510 s.K.'nin 60. maddesinde sayılan kişileri ifade eder. Kimlerin genel sağlık sigortalısı sayılacağı 60. maddede tek tek sayılarak düzenlenmiştir. Genel sağlık sigortasının kapsamına girebilmenin ön koşulu kişilerin ikametgâhlarının Türkiye olmasıdır (m. 60/I). Genel sağlık sigortalısı olması zorunlu olup, genel sağlık sigortası hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir (GSSİY m. 5/1).

5510 s.K.'nin 60. maddesine göre genel sağlık sigortasının kapsamına yerleşim yeri Türkiye olmak koşuluyla aşağıdaki kişiler girmektedir<sup>8</sup>.

a) İş sözleşmesi (hizmet akdi) ile çalışanlar (m. 60/I-a,1 ),

b) Kamu idarelerinde kadrolu çalışanlar, sözleşmeli çalışanlar, açıktan vekil olarak atananlar, (m. 60/I-a,1),

c) Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar (m. 60/I-a,2 ),

d) İsteğe bağlı sigortalı olanlar (m. 60/I-b),

e) Düşük gelir sahipleri (m. 60/I-c,1), ("Harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar" genel sağlık sigortası kapsamındadır. m. 60/I-c,1),

f) Vatansızlar ve sığınmacılar (m. 60/I-c,2),

g) 65 yaş aylığı alanlar,<sup>9</sup> (m. 60/I-c,3),

h) Şeref aylığı bağlananlar,<sup>10</sup> (m. 60/I-c,4),

i) Vatani hizmet tertibinden aylık alanlar, (m. 60/I-c,5),<sup>11</sup>

i) Nakdi tazminat veya aylık alanlar (m.60/I-c,6),<sup>12</sup>

j) Ücretsiz olarak bakılan, korunan ve rehabilite edilenler<sup>13</sup> (m.60/I-c,7),

k) Harp malullüğü ve terör mağduru aylığı alanlar,<sup>14</sup> (m.60/I-c,8),

l) Geçici köy korucuları,<sup>15</sup> (m.60/I-c,9),

m) Dünya, Olimpiyat ve Avrupa şampiyonluğu kazanmış kişiler<sup>16</sup> (m.60/I-c,9),

n) Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, başka ülke mevzuatına göre sigortalı olmayanlar (m.60/I-d),

o) İşsizlik ödeneği ve kısa çalışma ödeneği almakta olanlar (m.60/I-e),

p) Sosyal Güvenlik Kanunlarına göre gelir ve aylık almakta olanlar (m.60/I-f),

r) İş kaybı tazminatı alanlar (geçici m. 13/I). (4046 sayılı Kanun'a<sup>17</sup> göre iş kaybı tazminatı alanlar 5510 s.K. geçici m. 13 gereğince m.4/I-a kapsamında genel sağlık sigortalısı kapsamında sayılır GSSİY m. 6/3),

s) Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayanlar.

Yönetmeliğin 6. maddesinde yukarıda sayılanlardan başka aşağıdaki kişiler de genel sağlık sigortalısı sayılmıştır. Bu hükme göre:

ş) Kamu idaresine ait işyerlerinde çalıştırılan sigortalılardan iş sözleşmesi askıda kalanlar, iş sözleşmesinin askıda kaldığı süre içinde,

t) Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri m.4/I-a kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır.

u) Evlenme ödeneği alan kız çocuklardan; eşleri tarafından bakmakla yükümlü olunmayanlar ile iki yıllık süre içinde eşlerinden boşanan kız çocukları, gelir/aylıklarının kesildiği tarihten itibaren iki yıllık sürenin sonuna kadar m.60/I-f kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır.<sup>18</sup>

#### b) Genel Sağlık Sigortalısının Bakmakla Yükümlü Olduğu Kişiler

5510 sayılı Kanun'un 60. m.'nin 2. fıkrasına genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler de sağlık hizmetleri ve diğer haklardan yararlandırılırlar. Bakmakla yükümlü olunan kişi 5510 sayılı Kanun'un 3. m.'nin 10. bendinde tanımlanmıştır. Bunlar, eş, çocuk ve ana-babadır. Kanunun bu kişiler için aradığı ön koşul, zorunlu ve isteğe bağlı sigortalı sayılmamak, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir ya da aylık bağlanmamış olmaktır. Bu ortak ön koşullar dışında ayrıca çocukların 18

yaşını, lise ve dengi öğrenim veya aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde mesleki eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmamaları aranmaktadır. Çocuklar açısından evli olmama şartı ilk defa 5510 sayılı Kanun ile getirilmiştir.<sup>19</sup> Yine 5510 sayılı Kanun'dan önceki düzenlemelerde evli olmayan kız çocukları için yaş sınırlaması bulunmazken, yeni düzenleme ile kız ve erkek çocuklar arasında ayırım yapılmamıştır. Bu yeni düzenleme ile evli olmayan kız çocukları da en geç 25 yaşından sonra bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamından çıkmaktadırlar. 5510 sayılı Kanun'a göre, yaşına bakılmaksızın malul olduğu tespit edilen ve evli olmayan çocuklar da bakmakla yükümlü olduğu kişiler kapsamındadır. Kanunda "maluliyet", Yönetmelikte "çalışma gücünü en az % 60 oranında yitirme" söz konusudur. 5510 sayılı Kanun ile ilk defa malul çocuklar için de evli olma şartı getirilmiştir. Ana-babanın sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılabilmesi için 5510 sayılı Kanuna göre geçimlerinin sigortalı tarafından sağlanması öngörülmüşken, Yönetmeliğin 4. maddesinde "Her türlü kazanç ve irattan elde ettiği gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olan ve diğer çocuklarından sağlık yardımı almayan ana ve babasını", bakmakla yükümlü kişi olarak tanımlanmıştır. Anayasanın 124. maddesine göre Yönetmelikler Kanuna aykırı hükümler içeremez.<sup>20</sup> Bu nedenle Kanuna aykırı Yönetmelik hükümlerinin uygulanmaması gerekir. Dolayısıyla Yönetmelikteki bu düzenlemenin 5510 sayılı Kanun ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

Ana ve babası boşanmış çocukların, genel sağlık sigortası kapsamındaki hakları, mahkeme kararı ile velayet hakkı verilmiş olan genel sağlık sigortalısı ana ya da baba üzerinden sağlanır. Velayet hakkı verilmeyen kişinin üzerinden de sağlık hizmeti ile yol gideri, gündelik ve refakatçi hakları sağlanabilir. Bu durum, çocuğun sağlık hizmeti ve yol gideri, gündelik ve refakatçi haklarından yararlandırılacağı ana ya da baba tarafından Kuruma verilecek bir dilekçe ile belgelenir.

Bakmakla yükümlü olunan kişilerin nasıl tespit edileceği konusuna 60.m'nin 2. fıkrasında açıklık getirilmiştir. Buna göre, 5510 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c), (f), (g), (h), (i) ve (k) bentlerinde sayılanların öncelikle,

genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olup olmadığına bakılacak, eğer genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi ise tescili yapılmayacak, değilse 60. m.'nin birinci fıkraya hükümlerinden durumuna uyan bende göre genel sağlık sigortalısı sayılacaktır. Birinci fıkranın (f) bendi kapsamında gelir alması nedeniyle genel sağlık sigortalısı sayılanlar, aynı zamanda diğer bentler gereği de genel sağlık sigortalısı sayılması halinde (f) bendi dışındaki bentler kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır. 5510 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c), (f), (g), (h), (i) ve (k) bentlerinde sayılan kişiler aşağıdaki gibidir:

a) İşverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşi (5510 s.K. m. 6/I-a, GSSİY m. 6/6-a),

b) Aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dahil bu dereceye kadar hısımlar arasında ve aralarına dışardan başka kimse katılmaksızın, yaşadıkları konut içinde yapılan işlerde çalışanlar (5510 s.K. m. 6/I-b, GSSİY m. 6/6-b),

c) Ev hizmetlerinde çalışanlar (ücretle ve sürekli olarak çalışanlar hariç) (5510 s.K. m. 6/I-c, GSSİY m. 6/6-c),

d) Resmî meslek ve sanat okulları ile yetkili resmî makamların izniyle kurulan meslek veya sanat okullarında ve yüksek okullarda fiilen normal eğitim süreleri içinde yapılan, tatbikî mahiyetteki yapım ve üretim işlerinde çalışan öğrenciler (5510 s.K. m. 6/I-f, GSSİY m. 6/6-ç),

e) Sağlık hizmet sunucuları tarafından işe alıstırılmakta olan veya rehabilite edilen, hasta veya malûller (5510 s.K. m. 6/I-g, GSSİY m. 6/6-d),

f) Köy ve mahalle muhtarlarından, bağımsız çalışanlardan, kamu idarelerinde çalışanlardan, açığatan vekil atanılardan 18 yaşını doldurmamış olanlar (5510 s.K. m. 6/I-h),

g) Kamu idareleri hariç olmak üzere, tarım işlerinde veya orman işlerinde hizmet akdiyle süresiz işlerde çalışanlar ile tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan; tarımsal faaliyette bulunan ve yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden, bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, bu Kanunda tanımlanan prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler (5510 s.K. m. 6/I-ı, GSSİY m. 6/6-e),

h) Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar-

dan gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlardan, aylık faaliyet gelirlerinden bu faaliyetine ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarı, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler (5510 s.K. m. 6/I-k, GSSİY m. 6/6-f).

Yukarıda sekiz grup olarak sayılanların öncelikle genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olup olmadığı belirlenecek, bakmakla yükümlü olduğu kişi ise tescili yapılmayacak ve bu kişiler genel sağlık sigortası üzerinden sağlık yardımı alacak, bakmakla yükümlü kişi sokulamıyorsa, m.60/T'de sayılanlardan hangisine uyuyorsa ona göre genel sağlık sigortalısı sayılarak, bildirimli veya bildirimsiz olarak tescili yapılacak ve sağlık sigortasından yararlanmaya başlayacaktır<sup>21</sup>.

Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, başka ülke mevzuatına göre sigortalı olmayanlar ile başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayanlardan evli olanlar için, eşlerden hangisinin 60. maddeye göre genel sağlık sigortalısı, hangisinin bakmakla yükümlü olunan kişi olacağına tespiti kendi tercihlerine bırakılır. Diğer bentler gereği eşlerin her ikisinin de genel sağlık sigortalılık şartlarının oluşması halinde her ikisi de ayrı ayrı genel sağlık sigortalısı sayılır (m. 60/IV).

## 2. GSS kapsamı dışında kalanlar

5510 s. Kanunda genel sağlık sigortası açısından kapsamda olanlar ayrı ayrı belirtildikten sonra m.60/III'de genel sağlık sigortalısı ve genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılmayanlar açıkça sayılarak veya 6. maddenin bazı fıkralarına atıf yapılarak düzenlenmiştir. Buna göre<sup>22</sup>:

a) Askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile yedek subay okulu öğrencileri (5510 s.K. m.60/III, m.6/I-d, GSSİY m. 8/1, a, 1),

b) Yabancı ülkelerdeki kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye gönderilen ve yabancı ülkede sigortalı olduğunu belgeleyenler (5510 s.K.m.60/III, m.6/I-e, GSSİY m. 8/1, a, 2),

c) Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurtdışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik sistemine tabi olanlar (5510 s.K. m.60/III, m.6/I-e, GSSİY m. 8/1, a, 2),

d) Kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istih-

dam edilen sözleşmeli personelin uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde ve temsilciliğin bulunduğu ülkenin ilgili mevzuatının zorunlu kıldığı hallerde işverenleri tarafından buldukları ülkede sosyal sigorta kapsamında sigortalı yapılanlar (5510 s.K. m.60/III, m.6/I-1, GSSİY m. 8/1, a, 3),

e) Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan ve Türkiye'de bir yıldan az bir süre için yerleşik durumda olanlar (5510 s.K. m.60/III, GSSİY m. 8/1, c),

f) Ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde bulunan hükümlü ve tutuklular (5510 s.K. m.60/III, GSSİY m. 8/1, b),

g) Sosyal Güvenlik Kanunlarına göre gelir ve aylık almakta olanlardan, 30/5/1978 tarihli ve 2147 sayılı ve 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanunlara göre yurt dışı hizmet borçlanması yaparak aylık bağlanan kişilerden ise Türkiye'de ikamet etmeyenler (5510 s.K. m. 60/III, GSSİY m. 8/1, ç),

h) İsteğe bağlı sigortalı olan yabancı ülke vatandaşlarından Türkiye'de yerleşik olma hali bir yılı doldurmayanlar (GSSİY m. 8/1, d),

ı) Milletvekilleri ile yasama organı üyeliği sona erenlerin ve bunların bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri ile dul ve yetimleri (5510 s.K. m.105, GSSİY m. 8/3),

genel sağlık sigortalısı sayılmazlar.

Milletvekilleri ile yasama organı üyeliği sona erenlerin ve bunların bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri ile dul ve yetimlerinin tedavi giderleri 3671 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin Ödenek, Yolluk ve Emekliliklerine Dair Kanun'un<sup>23</sup> 4. maddesi gereğince TBMM tarafından karşılanmaktadır. 5510 sayılı Kanun'un 105. maddesine göre, 3671 sayılı Kanun'un söz konusu 4. maddesi uygulanmaya devam edecektir. Dolayısıyla, milletvekilleri ve bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri genel sağlık sigortası kapsamı dışında kalacaklardır. Tedavileri de halen olduğu gibi 3671 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik çerçevesinde karşılanmaya devam edecektir.

## III. GENEL SAĞLIK SİGORTASI'NIN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe ilgili 108. maddesinde 5754 sayılı Kanun ile dört farklı tarih belirlenmiş, maddelerin, fıkraların hatta bentlerin



hangi tarihlerde yürürlüğe gireceği ayrı ayrı belirtilmiştir<sup>24</sup>. Tarih belirtilmeyen diğer maddeler ise “2008 yılı Ekim ayı başında” yürürlüğe girecektir<sup>25</sup>.

### 1. 1 Temmuz 2008 tarihi itibarıyla yürürlük

2008/59 sayılı Genelge'ye ve Yönetmeliğin 71. maddesine göre:

- a) 65 yaş aylığı alanlar,
- b) Şeref aylığı bağlananlar,
- c) Vatani hizmet tertibinden aylık alanlar,
- d) Nakdi tazminat veya aylık alanlar,
- e) Ücretsiz olarak bakılan, korunan ve rehabilite edilenler,
- f) Harp malûllüğü aylığı alanlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlar,
- g) Dünya, Olimpiyat ve Avrupa şampiyonluğu kazanmış kişiler,
- h) 5510 sayılı Kanun veya 5510 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alan kişiler, ile bu kişilerin sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan;

- a) Eşi,
- b) 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın bu Kanuna göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocukları,
- c) Geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve babası,

1 Temmuz 2008 tarihi itibarıyla genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına alınmış ve bu tarihten sonra bu kişilerin sağlık yardımları Sosyal Güvenlik Kurumu'na karşılanmaya başlanmıştır (Genelge/59).

2008/59 sayılı Genelge'ye göre yukarıda anılan kişilere sağlık yardımları verilmesinde 15 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe giren “Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği”nin hükümleri ve diğer Kurum düzenlemeleri uygulanacaktır. Yönetmeliğin 71. maddesine göre ise sağlık hizmetleri Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde yürütülecektir.

### 2. “2008 Yılı Ekim ayı başı” itibarıyla yürürlük

5510 s.K.'nin 108 ve Yönetmeliğin 71. maddesine göre genel sağlık sigortası:

- a) İş sözleşmesi ile çalışanlar (m. 60/I-a,1 ),
- b) Kamu idarelerinde kadrolu çalışanlar, sözleşmeli çalışanlar, açıktan vekil olarak atananlar, (m. 60/I-a,1),
- c) Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar (m. 60/I-a,2 ),
- d) İsteğe bağlı sigortalı olanlar (m. 60/I-b),
- e) Düşük gelir sahipleri (m. 60/I-c,1),
- f) Vatansızlar ve sığınmacılar (m. 60/I-c,2),
- g) Geçici köy korucuları,<sup>26</sup> (m.60/I-c,9),
- h) Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, başka ülke mevzuatına göre sigortalı olmayanlar (m.60/I-d),
- i) İşsizlik ödeneği ve kısa çalışma ödeneği almakta olanlar (m.60/I-e),
- i) 4046 sayılı Kanuna göre iş kaybı tazminatı alanlar,
- j) Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayanlar için 2008 yılı Ekim ayı başında uygulanmaya başlayacaktır.

## IV. GENEL SAĞLIK SİGORTALILIĞININ BAŞLANGICI VE TESCİL

### 1. Bildirimsiz (kendiliğinden) tescil

Bildirime gerek olmaksızın sigortalı veya isteğe bağlı sigortalı olarak tescil edilmekle genel sağlık sigortası açısından da sigortalı sayılanlar (5510 s.K. m.61)<sup>27</sup>:

- İş sözleşmesi ile çalışanlar,
- Kamu idarelerinde kadrolu çalışanlar, sürekli çalışanlar, açıktan vekil olarak atananlar,
- Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar, isteğe bağlı sigortalılar,
- Sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alanlar (GSSİY m.5/b)<sup>28</sup>,
- Genel sağlık sigortalısı sayılanların 18 yaşından küçük çocuklarıdır (m. 61/2).

Genel sağlık sigortalısı sayılanların çocukları, ana ya da babanın tescil edilmiş olmasına bakılmaksızın ve ayrıca bir işleme gerek olmaksızın 18

yaşını dolduruncaya kadar genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlandırılır. 18 yaşından küçük çocuğun ana ve babası da yok ise 18 yaşını dolduruncaya kadar 60. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (7) numaralı alt bendi kapsamında primi Devlet tarafından ödenmek üzere genel sağlık sigortalısı sayılır.

Kanununun 60. maddesinin birinci fıkrası gereği genel sağlık sigortalısı sayılanların çocukları, ana ya da babanın tescil edilmiş olmasına bakılmaksızın ve ayrıca bir işleme gerek olmaksızın 18 yaşın dolduğu tarihe kadar genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak sağlık hizmetlerinden ve yol gideri, gündelik ve refakatçi haklarından yararlandırılır. 18 yaşın tespitinde, nüfus kayıtları ve bu kayıtlarda mahkeme kararına göre yapılan düzeltmeler esas alınır (GSSİY m.9/7).

18 yaşından küçük çocuğun ana ve babası ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş ise 18 yaşına kadar ücretsiz korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden faydalananlar kapsamında, primi Devlet tarafından ödenmek üzere genel sağlık sigortalısı sayılır (GSSİY m.9/8).

## 2. Bildirimli Tescil

5510 s. Kanuna göre bazı grupların genel sağlık sigortasından yararlanabilmesi için belli statüye girdikleri tarihten itibaren bir ay içinde Kuruma başvurmaları gerekmektedir. Bu kişiler aşağıdaki gibidir<sup>29</sup>:

a) Düşük gelir sahiplerinin genel sağlık sigortalıkları Sosyal Güvenlik Kurumu'nca tescil edildiği tarihten,

b) Vatansız ve sığınmacıların sigortalılığı, vatansız ve sığınmacı sayıldıkları tarihten itibaren başlar, bunların tescili İçişleri Bakanlığınca yapılır (GSSİY m.9/3, a).

c) Korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden yararlandırılanlar, hizmetlerden ücretsiz yararlandırılmaya başlamalarından itibaren Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nca tescille ri yapılır (m.61, b, GSSİY m.9/3, b).

d) Kendi ülkesinde sigortalı olmayan oturma izni almış yabancılar, oturma izni aldıkları ve Türkiye'deki yerleşim süresinin bir yılı geçtiği tarihten

itibaren genel sağlık sigortalısı sayılır ve bu tarihten itibaren kendileri tescillerini yaparlar (5510 s.K. m.61,c, GSSİY m.9/4, a).

e) İşsizlik ödeneği ve kısa çalışma ödeneği bağlananlar, ödenek almaya başladıkları tarihten itibaren (m.61, d, GSSİY m.9/4, b),

f) Kapsam dışı kalanlar, kapsam dışı kaldıklarının anlaşıldığı tarihten itibaren (5510 s.K. m.61, f), genel sağlık sigortası giriş bildirgesi ile tescil edilirler.

65 yaş aylığı alanlar, şeref aylığı bağlananlar, vatani hizmet tertibinden aylık alanlar, nakdi tazminat veya aylık alanlar, harp malullüğü ve terör mağduru aylığı alanlar, geçici köy korucuları, Dünya, Olimpiyat ve Avrupa şampiyonluğu kazanmış kişiler aylığa hak kazandıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılır (5510 s.K. m.61, b, GSSİY m. 5/a).

Genel sağlık sigortası giriş bildirgesini süresi içinde vermeyenler hakkında Kanununun 102. m.'nin 1. f.'nin a bendine göre her bir sigortalı için asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanır (GSSİY m.9/14).

## V. GENEL SAĞLIK SİGORTASI YARDIMLARI

### 1. Sağlık Yardımları

5510 s.Kanun'un 63. maddesine göre, sağlık hizmetlerinin amacı, genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını, hastalanmaları halinde sağlıklarını yeniden kazanmalarını, iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde gerekli sağlık yardımlarının verilmesini, işgöremezlik hallerinin ortadan kaldırılarak veya azaltılarak yeniden çalışmaya başlamalarını sağlamaktır.<sup>30</sup>

#### a) Koruyucu Sağlık Hizmetleri

Koruyucu sağlık hizmetleri 5510 s.K.'nda "Kişilerin hastalanmalarına bakılmaksızın kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile insan sağlığına zararlı madde bağımlılığını önlemeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri" olarak tanımlanmıştır (m. 63/I-a). Yönetmelikte ise, "Kişilerin hastalıktan korunması veya sağlıklı olma halinin sürdürülmesi amacıyla kişiye yönelik olarak finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri" olarak yasadakinden farklı

bir tanım verilmiştir (GSSİY m.4/I,t). Her iki tanımın da kapsamı çok geniş olup, kapsamın belirlenmesi tümüyle Kurumun takdirine bırakılmıştır.<sup>31</sup>

### **b) Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri**

#### *aa) Hastalık Sağlık Yardımları*

Hastalık sağlık yardımları, Kanun'un 63/I- b maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi ve rehabilitasyon hizmetleri, organ, doku ve kök hücre nakline ve hücre tedavilerine yönelik sağlık hizmetleri, acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler" sağlanmaktadır.

#### *bb) Analık Sağlık Yardımları*

##### *aaa) Genel Olarak*

Analık halindeki yardımlar da Kanununun 63 /I- c maddesinde düzenlenmiştir:

"Analık sebebiyle ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, doğum, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi, rahim tahliyesi, tıbbî sterilizasyon ve acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler" bu kapsama girmektedir.

##### *bbb) Yardımcı üreme yöntemleri*

Evli olmakla birlikte çocuk sahibi olamayan genel sağlık sigortalısı kadın veya genel sağlık sigortalısı erkeğin karısı bazı koşulları yerine getirmeleri şartıyla yardımcı üreme teknikleri ile çocuk sahibi olma imkânından yararlanabilirler. Görüldüğü gibi bu tedavi imkânından yararlanabilmek için evlilik ve genel sağlık sigortalısı olma ön koşuldur. Kanununun 63/I-e maddesine göre bunun yanında başka koşulların da yerine getirilmesi gerekmektedir:

- Tıbbi tedavilere rağmen normal tıbbi yöntemlerle çocuk sahibi olamamak,

- Yardımcı üreme yöntemleri ile çocuk sahibi olunabileceğinin Kanunla yetkilendirilmiş sağlık hizmeti sunulan sağlık Kurumları tarafından tıp açısından mümkün görülmesi,

- Müstakbel annenin 23 yaşından büyük, 39 yaşından küçük olması<sup>32</sup>,

- Son üç yıl içinde diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınmamış olduğunun Kurumca yetkilendirilmiş sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından belgelenmesi,

- Uygulamanın yapıldığı tıbbi merkezin Kurum ile sözleşme yapmış olması,

- En az 5 yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakımla yükümlü olunan kişi olmak,

- 900 gün genel sağlık sigortası primi ödemiş olmak,

- Yardımcı üreme yöntemini ilk veya ikinci kez deniyor olmak.

Sağlık Uygulama Tebliği'nde tüp bebek tedavisinden yararlanma koşulları 5510 sayılı Kanun'dan farklı düzenlenmişti. Mesela, Sağlık Uygulama Tebliği'ne göre, evli olan eşlerden herhangi birinin evlat edinilmiş çocukları hariç soybağı kurulmuş sağ çocuğunun olmaması ve anne için yaş sınırı 40 olarak belirlenmiştir. En fazla üç uygulamaya kadar olan tedavi giderleri Sosyal Güvenlik Kurumu'nca karşılanmaktadır (Tebliğ, 10.). 1 Temmuz 2008 tarihinde yürürlüğe giren 2008/59 sayılı Genelge ile 5510 sayılı Kanun'un m. 63/I-e hükmündeki koşullara paralel düzenlemeler getirilmişti.<sup>33</sup> Ancak Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği, 5510 sayılı Kanun'a ve 2008/59 sayılı Genelge'ye aykırılık oluşturan hükümler içermektedir. Mesela, yönetmelikte tüp bebek tedavisi için sadece eşlerden herhangi birinin evlat edinilmiş çocukları hariç soybağı kurulmuş sağ çocuğunun olmaması koşulu aranmakta, anne adayının 23 yaşını doldurmuş, 40 yaşından gün almamış olması gerekmektedir (GSSİY m. 26). 5510 sayılı Kanun ise tüp bebek tedavisi için eşlerin birlikte çocuk sahibi olmamalarını aramakta, anne için yaş sınırını da 23-39 olarak belirlemektedir (m. 63/I, e, 2). Anayasa'nın 124. maddesine göre Yönetmelikler Kanuna aykırı hükümler içermeyeceğinden Kanuna aykırı Yönetmelik hükümlerinin uygulanmaması gerekir. Dolayısıyla, yönetmelikteki tüp bebek tedavisine ilişkin düzenlemenin de 5510 sayılı Kanun ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

*cc) Ağız ve Diş Tedavisi*

5510 s.K.'nın 63. maddesinde Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri arasında "Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; ağız ve diş muayenesi, diş hekiminin göreceği lüzum üzerine ağız ve diş hastalıklarının teşhisi için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, diş çekimi, konservatif diş tedavisi ve kanal tedavisi, hasta takibi, diş protez uygulamaları, ağız ve diş hastalıkları ile ilgili acil sağlık hizmetleri, 18 yaşını doldurmamış kişilerin ortodontik diş tedavilerinin 72 nci maddeye göre belirlenen tutarı", da sayılmıştır.

Bu yasal düzenlemeye göre ortodontik diş tedavisinden sadece 18 yaşından küçükler yararlanabilecek, 18 yaşından büyük olanlar ise ortodontik diş tedavisinden yararlanamayacaklardır. Ağız ve diş tedavisindeki temel sağlık yardımlarından olan ortodonti yardımları için yaşa bağlı olan böyle bir sınırlama ve kısıtlama Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenmiş olan sağlık hakkı ile bağdaşmamaktadır.<sup>34</sup>

*dd) Yurtdışında Tedavi*

5510 s.K.'nın 66. maddesinde ve GSSİY'nin 44, 45 ve 46. maddelerinde üç durumda sağlık yardımlarının yurtdışından da alınabileceğini hükme bağlamıştır.

*aaa) Geçici görevle yurtdışına gönderilenler*

İşverenleri tarafından Kurumca belirlenen usule uygun biçimde geçici olarak yurtdışına gönderilen işçilerle, kamu idareleri tarafından özel mevzuatlarındaki usule göre geçici görevle yurtdışına gönderilen kamu görevlileri acil hallerde yurtdışı tedavi imkânlarından yararlanabilecektir (5510 s.K. m.66/I-a, GSSİY m.44/I).

Geçici görevle yurtdışında bulunanlar ancak acil hallerde yurtdışı tedaviden yararlanabileceklerdir. Hastalık halinde, hiçbir ayırım yapılmadan derhal tedavi olanağı sağlanmalıdır. Burada görev geçicidir diye tedaviyi yurda dönüşe ertelemek, başlangıçta acil olmayan hastalığı acil hale dönüştürebilir. Geçici veya sürekli görev ayrımı yapılmadan, yurt dışında hastalanma halinde derhal müdahale edilip tedaviye başlanması gerekir.<sup>35</sup>

Genel sağlık sigortalısının birlikte yaşadığı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler geçici görevlen-

dirmelerde yurtdışında tedaviden yararlanamayacaktır.

Görüldüğü gibi geçici görevle yurtdışına gönderilenlere çok sınırlı olarak tedavi olma hakkı getirilmiştir.

*bbb) Sürekli görevle yurtdışına gönderilenler*

İşverenleri tarafından Kurumca belirlenen usule uygun olarak sürekli görevle yurt dışına gönderilen işçilerle, kamu idareleri tarafından özel mevzuatlarında belirtilen usule uygun olarak, sürekli görevle yurt dışına gönderilen kamu görevlileri ile bu işçi ve kamu görevlilerinin yurt dışında birlikte yaşadıkları bakmakla yükümlü oldukları kişiler yurt dışı tedaviden yararlanacaktır (5510 s.K.m.66/I-b, GSSİY m.1,b).

Sürekli görevle gönderilenler ile bunların yurt dışında birlikte yaşadıkları bakmakla yükümlü olduğu kişiler, acil hal olup olmadığına bakılmaksızın yurt dışında sağlanır (5510 s.K. m.66/I,b, GSSİY m.44/1,b). 66. madde VII. fıkrasında ayrıca "sürekli görev" tanımına da yer vermiştir. Buna göre, m. 4/I-c kapsamında sigortalı olması nedeniyle "genel sağlık sigortalısı sayılanların daimi olarak altı aydan fazla süreyle yurtdışında görevlendirilmeleri durumu, sürekli görevle yurt dışına gönderilme sayılır". Buna göre, altı aydan kısa süreli görevlendirmeler de geçici görevlendirme sayılacaktır. Bu hükmün hizmet akdiyle çalışanlar açısından geçerli olup olmadığı tartışılabilir. Fıkra sadece 4. maddenin (c) bendi kapsamına göre çalışanlardan (kamu görevlileri) söz etmiştir. 4. maddenin (a) (hizmet akdiyle çalışanlar) bendi ile (b) bendini (bağımsız çalışanlar) dikkate almamıştır.

Geçici veya sürekli yurtdışında görevlendirme halinde, Kurumca karşılanacak bedel, yurt içinde aynı sağlık hizmeti için sağlık hizmet sunucularına ödenen tutarı geçemeyecektir. Bu tutarı aşan kısım işverenler tarafından ödenir. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklıdır (5510 s.K. m.66/III). Genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yurt dışında buldukları sırada sağlanan sağlık hizmetlerine ilişkin bedellerin ödenmesinde, buldukları ülke ile Türkiye arasında sağlık yardımlarını kapsayan sosyal güvenlik sözleşmesi olması hâlinde sözleşme hükümleri uygulanır. Sağlık yardımlarını kapsayan sosyal güvenlik sözleşmesinin olmaması hâlinde, sağlık hizmetleri giderleri ile yol gideri, gündelik



ve refakatçi giderleri Kurumca ödenmez (GSSİY m.45).

ccc) Yurtiçinde tedavi edilemeyenler

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin Kurumca yetkili kılınan sağlık hizmeti sunucuları tarafından düzenlenen sağlık kurulu raporlarının Kurumca belirlenecek sağlık hizmeti sunucusu sağlık kurulu tarafından teyit edildikten sonra yurt içinde tedavisinin yapılamadığının Sağlık Bakanlığı'nca onaylanması halinde, bu hastalığın tedavisine ilişkin yurtdışında yapılacak sağlık hizmeti giderleri Kurumca ödenir (5510 s.K.m.66/I-c; GSSİY m.46/I). 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu kapsamında olanlar için Milli Savunma Bakanlığı'nca belirlenen usul ve esaslar da geçerli kabul edilir.

Yurtdışında tedavi edilecek kişi, var ise yurtdışındaki sözleşmeli sağlık hizmeti sunucusuna sevk edilir ve sağlık hizmeti giderinin tümü karşılanır. Yurtdışında sözleşmeli sağlık hizmeti sunucusunun olmaması halinde de sevk edilen sağlık hizmeti sunucusunda yapılan tedavilere ait giderlerin tamamı Kurumca ödenir. Ancak, kişinin tercihi doğrultusunda Kurumun yurtdışında sözleşmeli olduğu sağlık hizmeti sunucusuna gitmemesi hâlinde, sözleşmeli yere ödenebilecek tutarı geçmemek üzere Kurumca ödeme yapılır, arada fark oluşması halinde fark kişi tarafından karşılanır. Sevke konu hastalığa bağlı olarak gelişen komplikasyon ve acil haller hariç, yurtdışına sevke konu hastalık dışındaki tedavi giderleri ödenmez (GSSİY m.46/2).

Kişilerin ülkemizle sosyal güvenlik sözleşmesi olan bir ülkeye gönderilmesi halinde; o ülke ile yapılan sosyal güvenlik sözleşmesinde tedavi uygulaması öngörülmüş ise ve tedavi amacıyla gönderilen sigortalı da sosyal güvenlik sözleşmesinin kapsamında bulunuyorsa bunlar hakkında sosyal güvenlik sözleşmesi hükümleri uygulanır (GSSİY m.46/3).

Yurtdışındaki tedavi süresi, altı ayı geçmemek kaydı ile Kurumca yetkili kılınan sağlık hizmeti sunucuları tarafından düzenlenen sağlık kurulu raporunda belirtilir. Sevke esas sağlık kurulu raporunu teyit eden sağlık hizmeti sunucusunun görüşü ve Kurumun onayı ile bu süre en çok iki yıla kadar uzatılabilir. Belirlenen ya da uzatılan sürenin aşılması halinde aşılın süreye ait tedavi giderleri, ile

günelik ve refakatçi giderleri ödenmez (GSSİY m.46/5).

Yurtiçinde yapılması mümkün olmayan tetkiklerin de yurt dışında yapılması sağlanabilir (5510 s.K.m. 66/II). Sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmek ve Sağlık Bakanlığı'nca onaylanmak koşuluyla yurt içinde yapılamayan tetkikler, numunenin gönderilmesi suretiyle yurtdışı sağlık hizmeti sunucularında yaptırılır ve bu işlemlere ait ücretler Kurumca ödenir. Ancak, numunenin yurt dışı sağlık hizmeti sunucusunca alınması gerektiğinin sağlık kurulu raporunda ayrıntılı gerekçeleri ile belirtilmesi kaydıyla, kişilerin tetkik için yurtdışına gönderilmesi mümkündür (GSSİY m.46/6).

## 2. Yol Gideri, Günelik ve Refakatçi Gideri

Hekimin veya dış hekiminin muayene ve tedavi sonrası tıbbi açıdan gerekli görmesi üzerine genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmetinden yararlandırılmaları için, buldukları yerden başka yere gönderilmeleri halinde, ayakta tedavilerde kendisinin ve bir kişi ile sınırlı olmak koşuluyla refakatçisinin gidiş-dönüş yol giderleri ve gündelikleri ödenir. 65. maddenin ikinci fıkrasına göre: "Genel Sağlık Sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yatarak tedavileri sırasında, hekimin veya dış hekiminin tıbbi açıdan gerekli görmesi halinde yanındaki refakatçinin yatak ve yemek gideri bir kişi ile sınırlı olmak üzere Kurumca karşılanır".

Yurt içinde veya yurtdışında başka yere sevk nedeniyle ödenecek gündelik, yol, yatak ve yemek gideri tutarları 72. maddede düzenlenmiş olan "Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu" tarafından belirlenecektir (m. 65, III ve m. 72). Komisyonun temel görevi 63. madde çerçevesinde sağlanan sağlık hizmetlerinin bedelleri ile, 65. maddede öngörülen gündelik, yol, yatak ve yemek giderlerinin Kurumca ödenecek bedellerini saptamaktır.

## 3. Sağlık Durumunun Tespiti, Kontrolü, Periyodik Sağlık Muayenesi

Hastalanan sigortalıya verilen sağlık yardımları dışında kendilerine sürekli iş göremezlik ödeneği



bağlanacak olanların, malullük aylığı bağlanması için gerekli sağlık durumu saptanması, kontrolü ve periyodik sağlık muayenesi amacıyla yapılacak sağlık hizmet giderleri ile gündeliklerin tespiti ve ödenmesi de genel sağlık sigortasınca karşılanmaktadır.

## VI. KAPSAM DIŞINDAKİ SAĞLIK HİZMETLERİ

5510 sayılı Kanun genel sağlık sigortasının karşılayacağı sağlık yardımlarını, diğer sağlık yardımlarını düzenledikten sonra Kurum tarafından karşılanmayacak sağlık hizmetlerini 64. maddesinde ayrıca düzenlemiştir.

### 1. Estetik amaçlı sağlık hizmetleri

Estetik amaçlı tüm sağlık hizmetleri ve estetik amaçlı ortodonti tedavileri kapsam dışında bırakılmıştır. Ancak, "Vücut bütünlüğünü sağlamak amacıyla yapılacak iş kazası veya meslek hastalığına, kazaya, hastalıklara veya kongenital (doğuştan) nedenlere bağlı estetik müdahalelere" izin verilmiştir (m. 64/I-a).

### 2. Sağlık Bakanlığı'nca izin veya ruhsat verilmeyen sağlık hizmetleri

Sağlık Bakanlığı'nın izin veya ruhsat vermediği tüm sağlık hizmetleri de kapsam dışında bırakılmıştır (5510 s.K.m. 64/I-b).

### 3. Sağlık Bakanlığı'nca tıbbi açıdan sağlık hizmeti olduğu kabul edilmeyen sağlık hizmetleri

Sağlık Bakanlığı'nca tıbbi açıdan sağlık hizmeti olduğu kabul edilmeyen sağlık hizmetleri de kapsam dışında bırakılmıştır (m. 64/b). Buradaki düzenleme "alternatif tıp" olarak adlandırılan, doğu kökenli (Rusya, Hindistan, Çin, Japonya...) ısı tedavisi, enerji tedavisi, akupunktur gibi bazı tedavi yöntemleridir.<sup>36</sup>

### 4. Yabancıların kronik hastalıkları

Yabancı ülke vatandaşlarının; genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayıldığı tarihten önce mevcut olan kronik hastalıklarının finansmanı da Kurumca sağlanmamaktadır (m. 64/I-c).

## VII. SAĞLIK YARDIMLARINDAN YARARLANMA

### 1. Prim ödeme

#### a) Genel Sağlık Sigortası Prim Oranı

Kanunun 81. maddesine göre Genel Sağlık Sigortası primi, prime esas kazancın % 12,5'i kadardır. Bu primin % 5'ini sigortalı, % 7,5'ini ise işveren ödeyecektir. Yalnızca genel sağlık sigortasına tabi olanlar, işsizlik ödeneği ve kısa çalışma ödeneği ile iş kaybı tazminatı alanların prim oranı % 12'dir (m. 81/f).

Devlet, Kurumun ay itibarıyla tahsil ettiği malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası priminin dörtte biri oranında Kuruma katkı yapar. Devlet katkısı olarak hesaplanacak tutar talep edilen tarihi takip eden 15 gün içinde Hazinece Kuruma ödenir (m. 81/2).

#### b) GSS Prim Ödeme Yükümlüsü

Kendilerine gelir ve aylık bağlanmış olanlar (bunlar için bu koşul aranmamaktadır) hariç olmak üzere genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti almak için sağlık hizmet sunucusuna başvurdukları tarihten önceki bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası primi ödemiş olmaları gerekmektedir. Prim ödeme yükümlüsü de bu kişilerin özelliklerine göre farklı olmaktadır:

a) İş sözleşmesi ile çalışanlar ile kamu idarelerinde kadrolu çalışanlar, sözleşmeli çalışanlar, açıktan vekil olarak atananlar için bunların işverenleri,

b) Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar, isteğe bağlı sigortalı olanlar, oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülkeye mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişiler ve 60. madde kapsamı dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan kişilerin kendileri,

c) Düşük gelir sahipleri, vatansızlar ve sığınmacılar, 65 yaş aylığı alanlar, şeref aylığı bağlananlar, vatani hizmet tertibinden aylık alanlar, nakdi tazminat veya aylık alanlar, ücretsiz olarak bakılan, korunan ve rehabilite edilenler, harp malullüğü ve terör mağduru aylığı alanlar, geçici köy korucuları, Dünya, Olimpiyat ve Avrupa Şampiyonluğu kazan-

miş kişilerin primi, o yıl merkezi yönetim bütçesinden karşılanmak üzere ilgili kamu idareleri,

d) İşsizlik ödeneği ve kısa çalışma ödeneği almakta olanlar ile iş kaybı tazminatı alanlar için Türkiye İş Kurumu,

e) Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri için işverenleri,

prim ödeme yükümlüsüdür (GSSİY m.14/1).

Kamu idaresine ait işyerlerinde çalıştırılan sigortalıların iş sözleşmesinin askıda kaldığı aylara ait genel sağlık sigortası primi, ilgili kamu idaresince ödenir (GSSİY m. 14/2).

İsteğe bağlı sigortalı olanlar, bakmakla yükümlü olunan kişi olsalar dahi, genel sağlık sigortalısı sayılırlar ve primini de kendileri ödemekle yükümlüdürler. Yabancı ülke vatandaşlarından Türkiye'de yerleşik olma hali bir yılı doldurmadıkça genel sağlık sigortası primi alınmaz ve bu kişiler genel sağlık sigortalısı sayılmazlar (GSSİY m.14/3).

### c) Prim Yükümlülüğü Aranmayan Kişiler ve Haller

5510 s.K. m.67/1'de bunlar dokuz grup olarak sayılmıştır: a) 18 yaşını doldurmamış olan kişiler, b) Tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler, c) Acil haller, d) İş kazası ile meslek hastalığı halleri, e) Bildirimi zorunlu bulaşıcı hastalıklar, f) Koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanacak olanlar (m. 63/I,a, g) Analık sağlık hizmeti alacak olanlar (m. 63/I,c, h) Doğal afet ve savaş hallerinde sağlık hizmeti alacak olanlar (m. 75, ı) Grev ve lokavt hallerinde sağlık yardımı alacak olanlardır.

## 2. Prim ve prime ilişkin hiçbir borcu olmama

Kanunun 67/I, b maddesinde, bazı gruplar için hem prim borcu olmama, hem de 30 günlük primi ödemiş olma aranmaktadır. Dört grup olarak sayılan bu kişilerden,

a) Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar ile,

b) Genel sağlık sigortası kapsamı dışında bırakılmış olanlardan başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı olmayan vatandaşların, hem 30 günlük prim ödemiş olmaları hem de 60

günden fazla prim ve prime ilişkin hiçbir borçlarının olmaması gerekmektedir.

c) İsteğe bağlı sigortalılar ile,

d) Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayanların ise, 30 gün prim ödemekten başka sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte prim ve prime ilişkin hiçbir borcunun olmaması gerekmektedir (m. 67/I-c). Kanun koyucu bu son iki grup için 60 günlük bir sınırlama yapmamış, süre belirtilmeksizin prime ilişkin hiçbir borç olmama şartını getirmiştir.

Diğer sigortalılar için 30 günlük prim ödemiş olma koşulu yeterli sayılırken, bu gruplar için "hiçbir prim borcu olmama" koşulu da arayarak arada haksız bir farklılık oluşturulmuştur. Kanımızca, bu düzenleme Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırıdır.<sup>37</sup>

## 3. Sağlık kuruluşuna müracaat

Kurumla sözleşmesi ya da protokolü bulunan sağlık kurum ve kuruluşlarına, eczanelere ve optisyenlik müesseselerine müracaatlarda, Kurum sağlık yardımlarından yararlanma haklarının olup olmadığının tespiti için Kurum bilgi işlem sistemi üzerinden, T.C. kimlik numarası ile hasta takip numarası/provizyon alınması gerekmektedir (2008/59 sayılı Genelge, 1).<sup>38</sup> Genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer yardımlardan yararlanabilmeleri için, sağlık hizmet sunucularına kimlik bildiriminde bulunmaları da gerekmektedir (m. 67/III). 67. maddede sayılan kimlik bildiriminde kullanılacak belgelerin dışındaki belgeler kabul edilmeyecektir. Kimlik bildirimi, sadece nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport ve Kurumun verdiği resimli sağlık kartı ile yapılabilecektir.

Acil hallerde kimlik bildirimi başvuru anında aranmayabilecektir. Ancak acil halin sona ermesinden sonra ilk fırsatta bu koşul yerine getirilecektir.

## 4. Katılım payı ödenmesi

5510 sayılı Kanun'un 68. maddesinde sağlık yardımlarından yaralanmak için kişilerin katılım payı ödemek zorunda oldukları belirtilmiştir. Bu maddeye göre, katılım payı alınacak olan hizmetler şunlardır:

a) Ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi,

b) Ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri,

c) Ayakta tedavide sağlanan ilaçlar, 5510 s. Kanun'un 68. m'nin 3. fıkrası hükmüne paralel bir düzenleme 2008/59 sayılı Genelgede de yer almıştır. Ancak, tahsil edilecek katılım payları sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin % 75'ini geçemez. Üremeye yardımcı yöntemlere ilişkin tedavilerde alınacak katılım payında ise bu üst sınır uygulanmaz (2008/59 sayılı Genelge, 6).

#### a) Muayene Katılım Payı

Ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi katılım payını; birinci basamak sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayenelerde almamaya ya da daha düşük tutarlarda belirlemeye, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmet sunucularında yapılan muayenelerde ise önceki basamaklardan sevki olarak başvurulup başvurulmadığı dikkate alınmak suretiyle yarısına kadar indirmeye veya beş katına kadar artırmaya, gerektiğinde bu tutarları kanunî tutarlarına getirmeye veya indirmeye Kurum yetkili kılınmıştır.

Katkı payı muayene başına 2 YTL olarak belirlenmiştir. Bu tutar her yıl, Vergi Usul Kanunu gereğince belirlenecek yeniden değerlendirme oranı kadar artırılabacaktır (5510 s.K. m. 68/II).<sup>39</sup> Kurum, birinci basamak sağlık hizmet sunucuları tarafından yapılacak muayenelerde hiç almama veya daha düşük olarak alma yetkisine sahiptir. Sevk zincirine uyulmadan yapılacak başvurularda muayene ücreti % 50 artırılarak uygulanır.<sup>40</sup>

Sağlık Bakanlığı tarafından aile hekimi olarak yetkilendirilen ve sözleşmeli aile hekimleri muayenelerinden katılım payı alınmayacaktır (2008/59 sayılı Genelge).

#### b) Ortez, Protez, İyileştirme Araç ve Gereçleri Katılım Payı

Katılım payı alınacak ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri Kurumca belirlenir. Katılım payı, ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için Kurumca ödenen bedeller üzerinden Kurumdan gelir ve aylık alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için % 10, kapsamdaki diğer genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için % 20 olarak uygulanır (GSSİY m.34/2).

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için ödeyecekleri katılım payının tutarı,

sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin % 75'ini geçemez. % 75'lik üst sınırın hesaplanmasında her bir ortez, protez, iyileştirme araç ve gereci bağımsız olarak değerlendirilir (GSSİY m.34/3).

#### c) İlaç Katılım Payı

Ayakta tedavide sağlanan ilaçlar için katılım payı, Kurumdan gelir ve aylık alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için % 10, kapsamdaki diğer genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için % 20 olarak uygulanır (GSSİY m.35/1)<sup>41</sup>.

#### d) Gözlük Cam ve Çerçevesi Katılım Payı

Gözlük cam ve çerçevelerine ilişkin katılım payı oranı % 10 olarak uygulanacaktır. Katılım payları MEDULA-optik sistemi üzerinden provizyon alınanlar için Kurumca kişilerin gelir ve aylıklarından mahsup edilmek suretiyle, provizyon alınmaması durumunda optisyenlik müessesesi tarafından kişilerden tahsil edilecektir.

#### e) Ağız Protezi Katılım Payı

Ağız protezlerine ilişkin katılım payı oranı % 10 olarak uygulanacaktır. Katılım payları; Kurumla sözleşmeli sağlık kurum ve kuruluşlarınca kişilerden,

Kurumla sözleşmesiz serbest diş hekimlikleri, sağlık kurum ve kuruluşlarında yaptırılan ağız protezi katılım payları, sosyal güvenlik il müdürlüklerince ödeme aşamasında kişilerden tahsil edilir.

#### f) Yardımcı Üreme Yöntemi Uygulamasında Katılım Payı

İki deneme ile sınırlanmış olan yardımcı üreme yöntemi tedavilerinde de katılım payı ödenmesi öngörülmüştür. İlk denemede katılım payı % 30, ikinci denemede % 25 olarak belirlenmiştir. Bu tedavi yöntemi zaten oldukça pahalı olduğundan % 30 ve % 25 oranında katılım payı alınması sigortalılar için karşılanması güç bir meblağ teşkil edecektir. Ayrıca burada ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için uygulanan üst sınır da (asgari ücretin % 75'i) uygulanamayacaktır (5510 s.K. m. 68/IV).

Yardımcı üreme yöntemi tedavisinde kullanılan ilaçlar için katılım payı, Kurumdan gelir ve aylık alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için % 10, kapsamdaki diğer genel sağlık ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için % 20 olarak uygulanır (GSSİY m.36/1).

## VIII. KATILIM PAYI ALINMAYACAK HALLER

Kanunda katılım bedeli ödenecek 4 durum ayrı ayrı düzenlenmiş, ayrıca katılım payı alınmayacak durumlara, hizmetlere ve kişilere de yer verilmiştir (m.69).

### 1. Katılım payı alınmayacak durumlar

a) İş kazası, meslek hastalığı halleri (m.69, a),  
b) Askeri tatbikat ve manevra halleri (m.69, a),  
c) Doğal afetler ve savaş hali<sup>42</sup> sırasında (69, b) sağlanan sağlık hizmetlerinden katılım payı alınmayacaktır (m.69, a, b).

### 2. Katılım payı alınmayacak sağlık hizmetleri

a) Aile hekimi muayeneleri ve kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri (m.69, c),  
b) Sağlık raporu ile belgelenmek şartıyla; Kurumca belirlenen kronik hastalıklar ve hayati önemdeki ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri ile organ, doku ve kök hücre nakli (m.69, d).  
c) Kontrol muayeneleri (m.69/e) sırasında verilen sağlık hizmetlerinden de katılım payı alınmayacaktır.

### 3. Katılım payı alınmayacak kişiler

2008/59 sayılı Genelge'de bazı kişilerden katılım payı alınmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre;  
a) Şeref aylığı alan kişiler,  
b) Vatani hizmet tertibinden aylık alan kişiler,  
c) Nakdi tazminat ve aylık alan kişiler,  
d) Ücretsiz olarak korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden faydalanan kişiler,  
e) Harp malûllüğü aylığı ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlar,  
f) Vazife malullerinden hiçbir katılım payı alınmayacaktır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na<sup>43</sup> göre aylık bağlanmış maluller ile bu Yasanın kapsamına giren olaylar sebebiyle vazife malûllüğü aylığı alan er ve erbaşların sağlık kurulu raporuyla ihtiyaç duydukları her türlü ortez/protez ve diğer iyileştirici araç ve gereçler herhangi bir katılım payı veya fark alınmaksızın ve kısıtlama getirilmeksizin karşılanacaktır (2008/59 s. Genelge, 8).

65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimse-siz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişilerin, ödemiş oldukları katılım payları, talepleri halinde, 29.5.1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine göre kendilerine geri ödenecektir (2008/59 sayılı Genelge, 9).

## IX. HİZMET BASAMAKLARI VE SEVK ZİNCİRİ

70. m'nin 1. fıkrasına göre sağlık hizmeti sunucuları birinci, ikinci ve üçüncü basamak olarak Sağlık Bakanlığı tarafından basamaklandırılır. Bu sınıflandırmada aile hekimleri birinci basamak sağlık hizmeti sunucusu olarak yer alır (GSSİY m. 40/I). Bu belirlemede tanı, ön tanı, hekimlerin ve dış hekimlerinin uzmanlıkları göz önünde tutularak ülke, il veya ilçe baz alınarak örgütlendirilecektir (5510 s.K. m.70/I).

Sevk zincirine uyulması bir zorunluluktur. Ancak Yönetmelikte bazı hallerde sevk zincirine uyulmadan başvuru yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre:

- İş kazası
- Meslek hastalığı
- Afet ve savaş hali
- Acil durumlarda

sevk zincirine uyulmayabilecektir (GSSİY m.40/4).<sup>44</sup>

Sevk zincirine uyulmaması halinde sağlık hizmetleri bedelleri ve yol giderleri, gündelik ve refakatçi giderleri Kurumca karşılanmaz.

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için sevk zinciri kurallarının il ya da ilçe bazında farklı belirlenmesi halinde, kişinin sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu ildeki sevk zinciri kuralları geçerlidir (GSSİY m.40/5).

211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'na tabi personel için sağlık hizmeti sunucularına müracaat ve sevk işlemlerinin usul ve esasları Milli Savunma Bakanlığı'nın görüşü alınarak Kurumca düzenlenecektir (GSSİY m.40/5).

## X. SAĞLIK HİZMETİNİ SUNACAK KURULUŞLAR

Sağlık hizmetleri, Sosyal Güvenlik Kurumu ile yurt içindeki ve yurt dışındaki sağlık hizmeti sunu-



cuları arasında yapılan sözleşmeler yoluyla ve/veya kişilerin sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından satın aldıkları sağlık hizmeti giderlerinin ödemesi suretiyle sağlanır (m.73/I). Kurumun sözleşme yaptığı kurumlar, “sözleşmeli sağlık hizmet sunucuları”, sözleşme yapmadığı kurumlar ise “sözleşmesiz sağlık hizmet sunucuları” olarak nitelendirilir. Sağlık hizmetleri için, kural olarak yurt içindeki ve yurt dışındaki tüm sağlık kurum ve kuruluşlarına başvurulabilir.

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerini sağlık hizmeti almak için başvurabilecekleri sözleşmeli sağlık hizmet sunucularının unvan, isim ve adresleri elektronik ortamda ve diğer yöntemlerle duyurulur (5510 s.K.m.77/I).

Kanun genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmet sunucuları arasından, Kanuna uygun olarak dilediğini seçme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir (5510 s.K.m.77/II).

## XI. SÖZLEŞMELİ SAĞLIK HİZMETİ SUNUCULARININ ALABİLECEĞİ FARK ÜCRETLERİ

### 1. İlave ücret alınabilecek sağlık hizmetleri

Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları dışındaki vakıf üniversiteleri dâhil sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularınca, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu'nca belirlenen sağlık hizmetleri bedeline ek olarak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerden sağlık hizmeti sunucularının giderleri ve ürettikleri sağlık hizmetlerinin maliyetleri, yapılan sübvansiyonlar gibi kriterler dikkate alınarak bu bedellerin bir katına kadar alınabilecek ilave ücretin tavanı Bakanlar Kurulu'nca belirlenir. Bu tavan dâhilinde alınabilecek ilave ücret oranları Kurumca belirlenir (5510 s.K.m.73/2).<sup>45</sup> 5510 sayılı Kanun'da ilave ücretin tavanını belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkili kılınmışken, Yönetmelikte, ilave ücretlerin tavanı ile ilave ücret alınmayacak sağlık hizmetlerini belirlemeye Sosyal Güvenlik Kurumu yetkili kılınmıştır (GSSİY m. 51/6).

a) Öğretim üyesi farkı: Kamu idaresi ve vakıf

üniversitesi sağlık hizmeti sunucuları, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nda tanımlanan öğretim üyeleri tarafından bizzat sunulan sağlık hizmetleri için ilave ücret talep edebileceklerdir. İlave ücretin tavanı ise Kurum tarafından belirlenecektir (GSSİY m.51/4).

b) Otelcilik hizmetleri: Sağlık hizmeti sunucuları, otelcilik hizmetleri ile istisnai sağlık hizmetleri için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen sağlık hizmeti fiyatlarının üç katını geçmemek üzere ilave ücret alabilir. Yönetmelikte otelcilik hizmeti “Yatarak tedavilerde hasta ve refakatçisine Kurumca belirlenen standartların üzerinde sunulan yatak, yemek, temizlik vb. hizmetleri” olarak tanımlanmıştır (GSSİY m.4/z).

c) İstisnai sağlık hizmetleri: Sağlık hizmeti sunucuları istisnai sağlık hizmetleri için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen sağlık hizmeti fiyatlarının üç katını geçmemek üzere ilave ücret alabilecektir. İstisnai sağlık hizmetinin tanımı 5510 s.K.'nda yapılmıştır. Yönetmelikte, bir sağlık hizmetinin istisnai sağlık hizmeti olarak değerlendirilebilmesi için hayati öneme haiz olmaması ve alternatif tedavi yönteminin bulunması gibi hususlar göz önüne alınacağı belirtilmiştir (GSSİY m.43/1).

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin talepleri doğrultusunda sağlık hizmeti sunucuları tarafından, Kurumca istisnai sağlık hizmeti olarak kabul edilen sağlık hizmetinin sunulması durumunda, bu hizmetler için bedeli en düşük alternatifi üzerinden ödeme yapılacaktır (GSSİY m.43/1).

### 2. İlave ücret alınmayacak durumlar

Acil hallerde sözleşmeli ve sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucuları kişilerden ilave ücret talep edemez.

### 3. İlave ücret alınmayacak kişiler

Sevkin kamu sağlık hizmeti sunucuları tarafından yapılması halinde şeref aylığı alan kişiler, nakdi tazminat ve aylık alan kişiler, harp malullüğü aylığı ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlar ile bunların bakmakla yükümlü oldukları kişilerden ilave ücret alınmayacaktır.



## XII. GENEL SAĞLIK SİGORTASINDA SORUMLULUK

Kanun genel sağlık sigortası yardımları ile ilgili olarak işverenin, sigortalının ve üçüncü kişinin sorumluluğunu ayrı ayrı düzenlemiştir.

### 1. İşverenin sorumluluğu

#### a) İş Kazası ve Meslek Hastalığı Halinde

İşveren iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan genel sağlık sigortalısına sağlık durumunun gerektirdiği sağlık hizmetlerini derhal sağlamakla yükümlüdür. Bu amaçla işveren tarafından yapılan ve belgelere dayanan sağlık hizmeti giderleri, yol giderleri, gündelik ve refakatçi giderleri, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen tutarı geçmemek üzere, Kurum tarafından karşılanır (5510 s.K. m.76/I, GSSİY m.55/I). İşveren bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesindeki ihmalden veya gecikmesinden dolayı genel sağlık sigortalısının tedavi süresinin uzamasına, malul kalmasına veya malullük derecesinin artmasına neden olursa, Kurumun, bu nedenle yaptığı her türlü sağlık giderini ödemekle yükümlü olacaktır (5510 s.K. m.76/II, GSSİY m.55/II).

İş kazası ile meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalının iş sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca yapılan veya yapılacak olan sağlık hizmeti giderleri ile yol gideri, gündelik ve refakatçi giderleri işverene tazmin ettirir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır (GSSİY m.55/I).

#### b) Sağlık Raporu Olmaksızın Çalıştırma Halinde

İşveren, ilgili kanunları gereğince çalışacağı iş için sağlık raporu alınması gerektiği halde, sağlık raporuna dayanmaksızın veya alınan raporlarda çalıştığı işte tıbbî yönden çalışmasının elverişli olmadığı belirtildiği halde, genel sağlık sigortalısını çalıştırırsa, bu nedenle doğacak sağlık hizmetine ilişkin giderler ile yol gideri, gündelik ve refakatçi giderlerinden sorumlu olur (5510 s.K. m.76/III, GSSİY m. 56/I).

İşveren, hekim veya dış hekim tarafından verilen sağlık raporuna aykırı biçimde işçi veya kamu görevlisi çalıştırırsa, sigortalının çalıştırılmaması

gereken işte çalıştırılmasından doğacak hastalıklar nedeniyle yapılacak harcamaları, ödemekle yükümlüdür. Bu kişiler, bir başka işverene ait işyerinde çalışmış ise bu durumu bilerek çalıştıran işveren ile genel sağlık sigortalısı, doğacak masraflardan Kuruma karşı müştereken ve müteselsilen sorumludur (GSSİY m.56/II).

### 2. Üçüncü kişilerin sorumluluğu

Kastı veya suç sayılır bir hareketi veya ilgili kanunlarla verilen görevi yapmaması ya da ihmali nedeniyle, Kurumun genel sağlık sigortalısına veya bakmakla yükümlü olduğu kişilere Kurumun sağlık hizmeti sağlamasına veya bu kişilerin tedavi süresinin uzamasına sebep olduğu mahkeme kararıyla tespit edilen, üçüncü kişilere, Kurumun bu nedenle yaptığı sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir (5510 s.K.m. 76/VI, GSSİY m.57/D). Açılacak rücu tazminat davalarında, kusur oranları da dikkate alınır.

Kurum, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu gereğince yaptırılması zorunlu olan malî mesuliyet sigortası veya ihtiyari malî mesuliyet sigortası poliçelerindeki limitler dâhilinde, halefiyet ilkesine dayanarak, ödediği sağlık hizmeti tutarını sigorta şirketlerinden veya Karayolları Trafik Garanti Sigortası hesabına başvurmak suretiyle rücu tazminini talep eder (GSSİY m.57/II).

Kurumun diğer mevzuat hükümlerine dayanan rücu veya halefiyet hakkı saklıdır (GSSİY m.57/III).

### 3. Sigortalının sorumluluğu

Hekim veya dış hekim raporu ile belli bir işte çalıştırılmayacağı raporla belgelenen genel sağlık sigortalısı (4/a'lı veya 4/b'li, işçi veya kamu görevlisi) bu işte çalıştırılmaz. Çalıştırılırsa, bunları bileerek çalıştıran işveren ile çalışan genel sağlık sigortalısı, bu rapora aykırı çalışma veya çalıştırmadan doğacak tedavi giderlerinden kuruma karşı müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar (m.76/V).

## XIII. SAĞLIK HİZMETLERİ İLE İLGİLİ İDARİ YAPTIRIMLAR VE FESİH

5510 sayılı Kanun'un 103. maddesinde bazı fiiller idari yaptırıma ve feshe bağlanmıştır:

- Sağlık hizmeti sunmadığı halde sunmuş gibi fatura ettiği,

- Faturayı veya faturaya dayanak oluşturacak belgeleri gerçeğe aykırı olarak düzenlediği,

- Kapsam dışı tutulmuş sağlık hizmetlerini (m.64) kapsam içinde gösterdiği,

- Sağlık hizmetine hak kazanamayan kişilere hizmet sunup kuruma fatura ettiği tespit edilen sağlık hizmet sunucuları hakkında :

a) Önce genel hükümlere göre takip yapılır,

b) Ayrıca yersiz ödenen tutarlar geri alınır (m.96),

c) Bunlar yanında ilgili sağlık kuruluşu, Kurumla sözleşme yapmışsa sözleşmeleri feshedilebilir ve Kurumca belirlenecek süre içinde tekrar sözleşme yapılmaz.

#### XIV. SONUÇ

**1.** Genel Sağlık Sigortası bazı kişiler için 1 Temmuz 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir, bazı kişiler için ise “2008 yılı Ekim ayı başında” yürürlüğe girecektir. Bu düzenleme uygulamada sorun yaratabilecek niteliktedir. Genel Sağlık Sigortası'nın herkes için aynı tarihte yürürlüğe girmesi gerekirdi.

Sağlık yardımlarında 2008/59 sayılı Genelge'ye göre 5510 sayılı Kanun hükümleri değil, “Sağlık Uygulama Tebliği” uygulanmaya devam edecek, yönetmeliğe göre ise sağlık yardımları yönetmelik hükümleri doğrultusunda sağlanacaktır. Normlar hiyerarşisi dikkate alındığında Yönetmelik hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekmektedir.

**2.** 5510 sayılı Kanun ile Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği ve 2008/59 sayılı Genelge arasında farklı düzenlemeler, aykırılıklar bulunmaktadır. Tüp bebek tedavi yöntemine ilişkin koşullardaki farklılıklar bunların örneklerinden biridir. 1 Temmuz 2008 tarihinde yürürlüğe giren Genelge ile 5510 sayılı Kanun'un m. 63/I-e hükmündeki koşullara paralel düzenlemeler getirilmiştir. Ancak Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği, 5510 sayılı Kanuna ve Genelge'ye aykırılık oluşturan hükümler mevcuttur. Yönetmelikte tüp bebek tedavisi için eşlerden herhangi birinin evlat edinilmiş çocukları hariç soybağı kurulmuş sağ çocuğunun olmaması koşulu aranmakta, anne adayının 23 yaşını doldurmuş, 40 yaşından gün almamış olması gerekmektedir (GSSİY m. 26). 5510 sayılı Kanun ise tüp bebek tedavisi için eşlerin sadece

birlikte çocuk sahibi olmamalarını aramakta, anne için yaş sınırını da 23-39 olarak belirlemektedir (m. 63/I, e, 2). Anayasa'nın 124. maddesine göre Yönetmelikler Kanuna aykırı hükümler içermeyeceğinden Kanuna aykırı Yönetmelik hükümlerinin uygulanmaması gerekir. Dolayısıyla Yönetmelikteki tüp bebek tedavisine ilişkin düzenlemenin de 5510 sayılı Kanun ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

**3.** Genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişiler kapsamında bulunan çocuklar açısından evli olmama şartı ilk defa 5510 sayılı Kanun ile getirilmiştir. Yine 5510 sayılı Kanun'dan önceki düzenlemelerde evli olmayan kız çocukları için yaş sınırlaması bulunmazken, yeni düzenleme ile kız ve erkek çocuklar en geç 25 yaşından sonra bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamında çıkmaktadırlar. 5510 sayılı Kanun'a göre, yaşına bakılmaksızın malûl olduğu tespit edilen ve evli olmayan çocuklar da bakmakla yükümlü olduğu kişiler kapsamındadır. Malûl çocuklara da yine bu Kanunla ilk defa “evli olmama” şartı getirilmiştir. Ana-babanın sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılabilmesi için 5510 sayılı Kanun'a göre geçimlerinin sigortalı tarafından sağlanması öngörülmüşken, Yönetmeliğin 4. maddesinde “Her türlü kazanç ve irattan elde ettiği gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olan ve diğer çocuklarından sağlık yardımı almayan ana ve babasını”, bakmakla yükümlü kişi olarak tanımlanmıştır. Burada da yine 5510 sayılı Kanun'dan farklı bir düzenleme mevcuttur ve Yönetmelikteki bu düzenlemenin 5510 sayılı Kanun ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

**4.** Ortodontik diş tedavisinden sadece 18 yaşından küçükler yararlanabilecek, 18 yaşından büyük olanlar ise ortodontik diş tedavisinden yararlanamayacaklardır. Ağız ve diş tedavisindeki temel sağlık yardımlarından olan ortodonti yardımları için yaşa bağlı olan böyle bir sınırlama ve kısıtlama Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenmiş olan sağlık hakkı ile bağdaşmamaktadır.

**5.** Genel sağlık sigortalısının birlikte yaşadığı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler sadece sürekli görevlendirme halinde yurtdışında tedavi imkânından yararlanacak, geçici görevlendirmelerde sigortalının birlikte yaşadığı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler yurtdışında tedavi olamayacaklardır.

Sigortalı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sürekliliği görevlendirmede olduğu gibi geçici görevlendirme durumunda da yurtdışında sağlık yardımı alabilmeleri gerekir. Kişiler arasında böyle haksız bir ayırım yaratmanın bir gerekçesi olamaz.

6. Sağlık yardımlarından yararlanmada, bazı kişiler için ayrıca prim borcu olmama şartı getirilmiştir:

a) Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar ile,

b) Genel sağlık sigortası kapsamı dışında bırakılmış olanlardan başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı olmayan vatandaşların, hem 30 günlük prim ödemiş olmaları, hem de 60 günden fazla prim ve prime ilişkin hiçbir borçlarının olmaması gerekmektedir.

c) İsteğe bağlı sigortalılar ile,

d) Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayanların ise, 30 gün prim ödemekten başka sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte prim ve prime ilişkin hiçbir borcunun olmaması gerekmektedir (m. 67/I-c). Kanun koyucu bu son iki grup için 60 günlük bir sınırlama yapmamış, süre belirtilmeksizin prime ilişkin hiçbir borç olma şartını getirmiştir.

Kural olarak tüm sigortalılar için 30 günlük prim ödemiş olma koşulu getirilmişken, bu gruplar için "hiçbir prim borcu olmama" koşulu da arayaarak arada haksız bir farklılık oluşturulmuştur, bu da Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırıdır.

7. Sağlık yardımlarından faydalanmak için sigortalıdan katkı payı alınması, otelcilik ve öğretim üyesi farkı ödenmesi gibi kurallar Anayasa'nın 56. maddesindeki Devlet'in "herkesin yaşamını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak" yükümlülüğüyle bağdaşmamaktadır. "Bir insanın, insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi içinde yaşayabilmesi için gerekli diğer bir koşul da, hastalandığında tedavi olabilmesidir".<sup>46</sup> Genel sağlık sigortası ile ilgili düzenlemeler ise kişilerin tedavi olanaklarını oldukça sınırlayıcı niteliktedir.

## DİPNOTLAR

- 1 RG. 16.6.2006, 26200.
- 2 RG, 30.12.2006, 26392, 5. M.
- 3 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi ilk olarak 1.7.2007 tarihine (2007 Yılı Bütçe Kanunu, Kanun No: 5565, Kabul Tarihi: 26.12.2006, RG. 29.12.2006 M, 26391), daha sonra 5655 sayılı

Kanun ile 1.1.2008 tarihine (5655 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", Kabul Tarihi: 9.5.2007, RG. 20.05.2007, No. 26527) 2008 Yılı Bütçe Kanunu (RG. 28.12.2007, 26740 M) ile üçüncü olarak 1.6.2008 tarihine ertelendikten sonra, 5754 sayılı Kanun ile de çoğu maddeleri için yürürlük tarihi "2008 yılı Ekim ayı başı" olarak belirlenmiştir (17.4.2008 tarihli ve 5754 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ( RG. 8.5.2008, 26870).

- 4 RG. 22.5.2007 M, 26532.
- 5 RG. 22.5.2007 M, 26532.
- 6 RG 8.5.2008, 26870. 5754 sayılı Kanun'la 5510 sayılı Kanun'un 25. maddesi hiç değiştirilmeden aynen muhafaza edilmiş, 31 maddesi tümüyle değiştirilmiş, 8 madde eklenmiş, 80 fıkra değiştirilmiş, 22 fıkra eklenmiş, 7 fıkra hiç uygulanamadan yürürlükten kaldırılmış, 1 cümle değiştirilmiş, 4 cümle yürürlükten kalkmış, 58 bent değiştirilmiş, 6 bent eklenmiş, 6 bent yürürlükten kalkmış, 12 madde başlığı değiştirilmiştir.
- 7 RG.28.8.2008, 26981.
- 8 Akın, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler, s. 33 vd; Okur, Genel Sağlık Sigortası, s. 133-134.
- 9 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş, Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun (RG.10.7.1976, 15642).
- 10 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun (RG.24.2.1968, 12835).
- 11 3292 sayılı Vatani Hizmet Tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun (RG.3.6.1986, 19126).
- 12 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun (RG.6.11.1980, 17152).
- 13 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu (RG.27.5.1993, 18059).
- 14 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu (RG.17.6.1949, 7235); 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (RG.12.4.1991, 20843 M).
- 15 "442 sayılı Köy Kanunu (RG.7.4.1924, 68); 442 sayılı Kanun'un 74. maddesinde iki ayrı korucu düzenlenmiştir. Birinci fıkrada gönüllü köy korucusu, ikinci fıkrada ise geçici köy korucusundan söz edilmektedir. 5510 sayılı Kanun 442 sayılı Kanun'un 74/II maddesine atıf yaptığından, geçici köy korucuları sağlık yardımları açısından 5510 sayılı Kanun'dan yararlanacak, gönüllü köy korucuları ise yararlanamayacaktır." Okur, Genel Sağlık Sigortası, s. 134, dn. 52.
- 16 11/10/1983 tarihli ve 2913 sayılı Kanun (RG. 13.10.1983, 18190). 5774 sayılı "Başarılı Sporculara Aylık Bağlanması İle Devlet Sporcusu Unvanı Verilmesi Hakkında Kanun"un (RG. 09.07.2008, 26931) 10. maddesi ile 1.8.2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 2913 sayılı "Dünya Olimpiyat ve Avrupa Şampiyonluğu Kazanmış Sporculara ve Bunların Ailelerine Aylık Bağlanması Hakkında Kanun" yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarihten sonra 2913 sayılı "Dünya Olimpiyat ve Avrupa Şampiyonluğu Kazanmış Sporculara ve Bunların Ailelerine Aylık Bağlanması Hakkında Kanun"a yapılmış olan atıflar 5774 sayılı Kanun'a yapılmış sayılacaktır (5774 s. K. m. 9).
- 17 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun (RG. 27.11.1994, 22124).

- 18 5510 s.K.'nın 37. m.'ne göre, "Evlenmeleri nedeniyle, gelir veya aylıklarının kesilmesi gereken kız çocuklarına evlenmeleri ve talepte bulunmaları halinde almakta oldukları aylık veya gelirlerinin iki yıllık tutarı bir defaya mahsus olmak üzere evlenme ödeneği olarak peşin ödenir."
- 19 Çocuklar için evli olmama şartı 5510 sayılı Kanun'dan önceki sosyal güvenlikle ilgili kanunlarda (SSK. m. 68/C,a, Bağ-Kur, m. 45/II,c, T.C. Emekli Sandığı Kanunu, m. 74) bulunmayan bir düzenlemedir. Aynı şekilde 5510 sayılı Kanun'dan önceki düzenlemelerde (SSK. m.68/C-a, Bağ-Kur m. 45/II-c, T.C. Emekli Sandığı Kanunu m. 74) evli olmayan kız çocukları için yaş sınırlaması bulunmazken, yeni düzenleme ile kız çocuklar da erkek çocuklar gibi en geç 25 yaşından sonra bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamından çıkarılmaktadırlar, Bostancı, Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası, s. 199.
- 20 Anayasa m. 124/I: "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler."
- 21 Okur, Genel Sağlık Sigortası, s. 138-140.
- 22 Okur, Genel Sağlık Sigortası, s. 135-136.
- 23 26.10.1990 tarihli ve 3671 sayılı "Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin Ödenek, Yolluk ve Emekliliklerine Dair Kanun" (RG.28.10.1990, 20679).
- 24 5510 s.K. m.108'e göre: "Bu Kanunun;  
a) Geçici 20 nci maddesinin son fıkrası 1/1/2008 tarihinde,  
b) 72 nci ve 73 üncü maddeleri, geçici 6 ncı maddesinin yedinci fıkrasının (b) bendi, geçici 7 nci maddesinin son fıkrası, geçici 9 uncu maddesinin bir ilâ dördüncü fıkraları ile geçici 17 nci maddesi, geçici 20 nci maddesinin onikinci fıkrası 30/4/2008 tarihinde,  
c) 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (3) ilâ (8) ve (10) numaralı alt bentleri ile (f) bendinde sayılanlar için genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak; 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (1), (2), (8), (9), (10), (16), (17), (20), (22), (23), (24), (25), (26) ve (27) numaralı bentleri, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 78, 79 uncu maddeleri, 80 inci maddesinin dördüncü fıkrası, 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ve ikinci fıkrası, 82 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, 87 ilâ 89 uncu maddeleri, 97 nci maddesinin son fıkrası, geçici 1 inci maddesinin son fıkrası, geçici 3 üncü maddesi, geçici 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrası, geçici 11 inci maddesinin ikinci fıkrası, geçici 12 inci maddesi hükümleri 1/7/2008 tarihinde,  
d) Diğer hükümleri 2008 yılı Ekim ayı başında, yürürlüğe girer".
- 25 Bkz. Okur, Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, s. 41-43.
- 26 442 sayılı Köy Kanunu, RG.7.4.1340 (1924), 68; 442 sayılı Kanun'un 74. maddesinde iki ayrı korucu düzenlenmiştir. Birinci fıkrada gönüllü köy korucusu, ikinci fıkrada ise geçici köy korucusundan söz edilmektedir. 5510 sayılı Kanun 442 sayılı Kanunun 74/II maddesine atıf yaptığından, geçici köy korucuları sağlık yardımları açısından 5510 sayılı Kanun'dan yararlanacak, gönüllü köy korucuları ise yararlanamayacaktır.
- 27 Okur, Genel Sağlık Sigortası, s. 136-137; Bostancı, Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası, s. 204.
- 28 Sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alanlar, aylık almaya hak kazandıkları tarihten itibaren ayrıca bir bildirimle gerek olmaksızın genel sağlık sigortalısı olarak tescil edilmiş sayılırlar (GSSİY m.5/b).
- 29 Okur, Genel Sağlık Sigortası, s.136-137.
- 30 Okur, Genel Sağlık Sigortası, s.140-143; Sözer, Genel Sağlık Sigortasında Sunulan Edimler, s.147-148.
- 31 Okur, Genel Sağlık Sigortası, s.140.
- 32 Kadın için aranan yaşla ilgili sınırlamanın eleştirisi için bkz.: Okur, Genel Sağlık Sigortası, s.143, dn.68.
- 33 Bu Genelge'ye göre 1 Temmuz 2008 tarihinden itibaren evli olmakla birlikte çocuk sahibi olmayan kişilerin tüp bebek tedavilerine ilişkin bedelleri en fazla 2 deneme ile sınırlı olmak üzere Kurumca karşılanabilmesi için aşağıdaki koşulları yerine getirmeleri gerekmektedir:  
1) Yapılan tıbbî tedavileri sonrasında normal tıbbî yöntemlerle çocuk sahibi olamadığının ve ancak yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olabileceğinin, bünyesinde Sağlık Bakanlığınca Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezi olarak ruhsatlandırılmış merkez bulunan, üçüncü basamak sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben mümkün görülmesi,  
2) Müstakbel annenin 23 yaşından büyük, 39 yaşından küçük olması,  
3) Son üç yıl içinde 3 siklus boyunca yapılan klasik ovulasyon indüksiyonu ve gerektiği hallerde IUI tedavisine rağmen hastanın gebe kalamadığının Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından belgelenmesi,  
4) Uygulamanın, Kurum ile sözleşmeli sağlık hizmeti sunucusunda yapılmış olması,  
5) En az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olup, 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının olması,  
şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir (2008/59 sayılı Genelge, 10).
- 34 Okur, Genel Sağlık Sigortası, s.143.
- 35 Okur, Genel Sağlık Sigortası, s.146.
- 36 Okur, Genel Sağlık Sigortası, s.151.
- 37 Bkz. Okur, Genel Sağlık Sigortası, s. 151.
- 38 T.C. kimlik numarası ile MEDULA sistemi üzerinden hasta takip numarası alınamaması durumunda, ilgili Kanunlara tabi olduklarını gösterir belge ile müracaat ve diğer gerekli işlemler yürütülecek ve verilerin hizmetlere ilişkin faturalar her hasta için ayrı ayrı düzenlenecektir. Bu kişilerin Kurum bilgi işlem sistemine T.C. kimlik numarasının kaydının sağlanması amacı ile fatura ekinde ilgili Kanunlara tabi olduklarını gösterir belge fotokopisi gönderilecektir (2008/59 sayılı Genelge, 1).
- 39 4.1.1961 t., 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (RG. 10.1.1961, 10703-10705).
- 40 2008/59 sayılı Genelge'de poliklinik muayene katılım payı 2 (iki) YTL olarak belirlenmiştir. Poliklinik katılım payları, MEDULA sistemi üzerinden hasta takip numarası alınanlar için kişilerin gelir ve aylıklarından mahsup edilmek suretiyle tahsil edilecektir. Hasta takip numarası alınamaması durumunda bu katılım payları, müracaat edilen sağlık kurumu tarafından kişilerden tahsil edilecek ve daha sonra ilgili sağlık kurumunun alacağından mahsup edilecektir.
- 41 2008/59 sayılı Genelge'de ilaç katılım payı oranı % 10 olarak belirlenmiştir. İlaç katılım payları, provizyon alınanlar için



Kurumca kişilerin gelir ve aylıklarından mahsup edilmek suretiyle, provizyon alınamaması durumunda eczaneler tarafından ilgilinin kendisinden tahsil edilecek ve bu katılım payları ilgili eczanenin alacağından mahsup edilecektir.

- 42 15.5.1959 t. 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerde Yapılacak Yardımlara Dair Kanun (RG.25.5.1959, 10213).
- 43 3713 sayılı Kanun, RG. 12.4.1991, 20843 M.
- 44 5510 sayılı Kanun'un 70. m.'nin 3. fıkrasında, iş kazası ve meslek hastalığında, afet ve savaş halinde ve acil durumlarda sevk zincirine uyulmayabileceği düzenlenmişti. Ancak 5754 s.K.'nin 67. maddesi ile 70. m.'nin 3. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Sayılan bu durumlarda sevk zinciri aranıp aranmayacağı konusunda oluşan belirsizlik Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği'nin m.40/IV hükmündeki düzenleme ile açıklık getirilmiştir.
- 45 Eşdeğer ilaçların azami fiyatı ile genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin talep ettiği eşdeğer ilacın fiyatı arasında oluşacak fark ve optik için tavan uygulanmaz (GSSİY m.51/1).
- 46 Milletvekillerinin iptal talebi ve orada atıf yapılan, Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.145.

## KAYNAKÇA

- Akın, Levent, Sigortalılık Kavramı Açısından Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, AÜHFD 2005, C.:54, Sayı:2, s. 23-63.
- Akın, Levent, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler, Çalışma ve Toplum D., Sayı: 2006/1, s. 26-49.
- Bostancı, Yalçın, Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası, Konya 2007, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2008.
- Kağan, Tufan, "Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası", Çalışma ve Toplum, 2006/1, s.149-150.
- Okur, Ali Rıza, Genel Sağlık Sigortası, 11 Haziran 2005, Galatasaray Üniversitesinde Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma Seminerine sunulan tebliğ.
- Okur, Ali Rıza, Sorunları ile Gelen Reform, Mercek, Temmuz 2006, s.17-30.
- Okur, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/1, s. 1287-1308.
- Okur, Ali Rıza, Sağlık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri, "Türk Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası", 7-8 Aralık 2006, Ankara 2006, s.115-182 (Genel Sağlık Sigortası).
- Okur, Ali Rıza, Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, İşveren Dergisi, Mayıs 2008, s. 41-43.
- Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye, 5510 sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25/10/2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, 2007, Sayı:16, s. 1441-1470.
- Sözer, Ali Nazım, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısında Genel Sağlık Sigortasına İlişkin Düzenlemeler,

Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/7, s. 1176-1190 (Genel Sağlık Sigortasına İlişkin Düzenlemeler).

- Sözer, Ali Nazım, "Genel Sağlık Sigortası Kimin Yararına?", Mercek, Ocak 2005, 23-35.
- Sözer, Ali Nazım, Genel Sağlık Sigortasında Sunulan Edimler: Kapsam ve Yararlanma Koşulları, Sicil Dergisi, Haziran 2008, Sayı: 10, s.146-157 (Genel Sağlık Sigortasında Sunulan Edimler).
- Tezel, Ali/Kurt, Resul, Sosyal Güvenlik Reformu, Yorum ve Açıklaması, 2. bası, Ankara 2008.
- Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2008.



## Yakup SÜNGÜ

Sosyal Güvenlik Kurumu Müfettişi

# Yeni İstihdam Paketi ve Sosyal Sigortalarda Uygulanan Teşvikler

## 1- GİRİŞ

Günümüzde gelişmiş ülkelerin neredeyse tümünde devlet, direkt olarak mal ve hizmet üretmek yerine uygulanan ekonomik politikalarla ekonomik hayata yön vermektedir. Ekonomik hayata yön verme araçları; vergi oranları, kamu harcamaları, teşvik politikaları vb. şeklinde sıralanabilir.

Teşvik kavramı ekonomik literatürde, belirli ekonomik faaliyetlerin diğerlerine oranla daha fazla ve hızlı gelişmesini sağlamak amacıyla kamu tarafından çeşitli yöntemlerle verilen maddi ve/veya gayri maddi destek, yardım ve özendirme olarak tanımlanabilir.<sup>1</sup>

Teşvik kavramı yerine destek, prim, sübvansiyon, iktisadi gayeli mali yardım, transfer harcaması, kredi gibi kavramlar da kullanılmaktadır. OECD ve AB ülkelerinde bu kavram yerine genellikle sübvansiyon veya devlet yardımları kavramı kullanılmaktadır.<sup>2</sup>

Ülkemizde ekonomik teşvikler 1913 yılından itibaren uygulanmaya başlamıştır. Başlangıçta mal ve hizmet üretimi ve ihracatı konusunda teşvik uygulamaları söz konusuysen, günümüzde vergi teşvikleri, sosyal sigorta primlerinin indirilmesi konusundaki teşvikler ön plana çıkmış, hatta 2003 yılından sonra sosyal sigorta sistemindeki teşvik uygulamaları neredeyse süreklilik arz etmeye başlamıştır.

Sosyal güvenlikteki teşvik uygulamalarının amacı sigorta prim yükünün düşürülmesi suretiyle istihdamı artırmak ve kayıt dışı istihdamı kayıt altına almak şeklinde özetlenebilir. Bu amaca varmak için kullanılan araçlar; sigortalı ve işverenlerce ödenen sigorta primi ve vergi tutarının düşürülmesidir. Bu yazımızın kapsamı itibarıyla sigorta primlerinde yapılan teşvik uygulamaları değerlendirilecektir.

Avrupa Birliği ülkelerinde de kayıt dışı istihdamı önlemek ve istihdamı artırmak amacıyla teşvik politikaları etkin olarak uygulanmaktadır. Avrupa'nın kuzeyindeki ülkelerde, hem vergi indirimlerine hem de belli hizmetlere yönelik sübvansiyonlara odaklanılarak aileleri kayıt dışı işgücü yerine kayıtlı işgücü kullanmaya özendirme amaçlanmaktadır. Vergi indirimleri ile evlerin yenilenmesine ve iyileştirilmesine yönelik sübvansiyonlar, birçok insanı evlerini yasal olarak onarma imkânından yararlanmaya özendirerek kayıt dışı yapılabilecek işin kayıtlı sektöre kaymasını sağlamıştır.

İstihdamın artırılması ve işsizliğin önlenmesi konusunda özellikle Hollanda, İrlanda ve Danimarka önemli başarılar sağlamıştır. Hollanda'da bürokratik işlemlerin basitleştirilmesi, prim oranlarının düşürülmesi, esnek çalışmanın yaygınlaştırılması

ması; İrlanda'da, çalışma mevzuatının esnekleştirilmesi, işverenlerinin mali yüklerinin azaltılması, yabancı sermayenin teşvik edilmesi, bürokratik engellerin kaldırılması, ileri teknolojilere öncelik verilmesi; Danimarka'da, genç işsizler için teşvik politikaları, yaşam boyu eğitim, sosyal dışlanma ile mücadele, bürokratik süreçlerin basitleştirilmesi, bölgesel çalışma olanaklarının artırılması gibi önlemler alınmıştır.<sup>3</sup>

Finlandiya, Almanya gibi ülkelerde ev hizmetlerine yönelik sübvansiyonlar, bu tür işlerin (temizlik ve bahçıvanlık gibi) kayıt dışı ekonomi yerine kayıtlı ekonomide yürütülmesini teşvik etmek üzere uygulamaya konulmuştur. Çalışana ödenecek ücretin bir bölümünü karşılama şeklinde devlet tarafından verilen bu sübvansiyonlar, hizmeti kullananların harcamalarını da azaltmaktadır. Devlet ise kendi adına, söz konusu faaliyetin beyan edilmesini (dolayısıyla vergilendirilmesini) sağlamaktadır. Çünkü kullanıcının sübvansiyondan yararlanması için kesin bir teşvik söz konusudur.<sup>4</sup>

## II- SOSYAL SİGORTALARDA UYGULANAN TEŞVİKLER VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Ülkemizde istihdamı artırma ve kayıt dışı istihdamı önleme konusunda ücret üzerindeki sigorta primleri ve vergilerde çeşitli teşvikler uygulanmıştır.

23 Ocak 1998 tarihli ve 23239 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 4369 sayılı Kanunla 1998-2002 devresinde, işçi sayısına ilave olarak yeni işe alınan işçiler için, prime esas kazançları üzerinden tahakkuk ettirilecek primlerin işveren hissesinin Hazinece karşılanması öngörülmüş, ancak kapsamdaki illerde terör, ulaşım olanaklarının yetersizliği, hammadde teminindeki güçlükler vb. nedenlerle istenilen amaca ulaşılamamıştır.

Daha sonra 5073 ve 5198 sayılı Kanunlarla sigorta primine esas kazanç alt sınırı asgari ücrete düşürülerek işverenlerin prim yükü önemli oranda düşürülmüştür.

Bu uygulamadan sonra da 5084 sayılı Kanun ve bu Kanunda değişiklik yapan 5350, 5568 ve 5615 sayılı Kanunlarla bazı illerde sigorta primi işveren hissesinin organize sanayi bölgeleri için tamamının, diğer işyerlerinde %80'inin hazine tarafından

karşılanması konusunda düzenlemeler yapıp bölgesel ve yöresel teşvik politikaları uygulanmış ve bu uygulama halen yürürlükte bulunmaktadır.

Son olarak, 26.05.2008 tarihli 26887 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla gençlerin ve kadınların istihdamı teşviki edilmiş ve sigorta primi işveren priminden 5 puanlık kısmın hazinece karşılanması öngörülmüştür.

Yazımızda, ülkemizde son yıllarda uygulanan teşvik politikalarının etkinliği ve sosyal güvenlik sistemine olan katkısı sırasıyla değerlendirilecektir.

### A- SİGORTA PRİMİNE ESAS KAZANÇ ALT SINIRININ ASGARİ ÜCRETE EŞİTLENMESİ

#### 1- 5073 Sayılı Kanunla Asgari Ücret ile Sigorta Primine Esas Kazanç Alt Sınırı Arasındaki Tutarın Priminin Hazine Tarafından Karşılması

28 Ocak 2004 tarihli ve 25360 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Sosyal Sigortalar Kanunu, Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Gelir veya Aylık Almakta Olanların Gelir ve Aylıklarında Artış ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki 5073 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesi ile 506 sayılı Kanuna eklenen geçici 90 ıncı maddesinin 1 inci fıkrası gereğince; "01.01.2004 ile 30.06.2004 tarihleri arasında; sigortalının günlük kazancı, bu kanunun 78 inci maddesine göre belirlenen günlük kazancın alt sınırının altında ise, bu kazanç ile alt sınır arasındaki farka ait işverence ödenmesi gereken sigorta primlerinin, işsizlik sigortası priminin ve sosyal güvenlik destek priminin sigortalı ve işveren hisselerinin tümünün, bu tarihler arasındaki aylara ait prim tahakkukuna esas belgelerin en geç 02.08.2004 tarihine kadar verilmesi kaydıyla Hazinece karşılanır." hükmü getirilmiştir.

İşverenler asgari ücretten çalıştırdıkları sigortalıların SSK'ya bildirimlerini asgari olarak sigorta primine esas kazanç (SPEK) alt sınırı üzerinden yapmak ve asgari ücretle SPEK alt sınırı arasındaki tutarın primini ödemek zorundaydılar. Bu zorunlu-

luk 28.01.2004 tarihli 5073 sayılı Kanununun 13 üncü maddesi ile 506 sayılı Kanuna eklenen geçici 90 ncı maddesi ile değiştirilmiş olup 01.01.2004-30.06.2004 tarihleri arasında asgari ücretle SPEK alt sınırı arasındaki farkın Hazine tarafından karşılanacağı belirtilmiştir. Böylece Hazinesinin işverenlere asgari ücretle çalışan her bir sigortalı için aylık 46.219.950.-TL katkısı sağlanmıştır.

5073 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olan brüt asgari ücret 423.000.000.-TL, sigorta primine esas kazanç tutarı alt sınırı 549.630.000.-TL idi. Bu Yasa ile 01.01.2004-30.06.2004 tarihleri arasında asgari ücretle SPEK alt sınırı arasındaki fark prim tutarının Hazinece karşılanması nedeniyle, asgari ücretle sigortalı çalıştıran işverenlere sigortalı başına aylık 16 yaş üstü için 46.219.950.-TL, 16 yaş altı için 69.214.950.TL hazinesinin katkısı sağlanmıştır.<sup>5</sup>

Belirtilen devrede Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi ortalama 5.600.000 aktif sigortalı çalışmakta idi. Bu sigortalıların yaklaşık %55'i (3.080.000 kişi) asgari ücretle çalışmaktaydı. Asgari ücretle çalışan sigortalıların bildirimleri, mevzuat gereği sigorta primine esas kazanç tutarı alt sınırından yapılmaktaydı. SPEK alt sınırı 549.630.00.-TL ve asgari ücret 423.000.000.-TL olduğundan bu iki rakam arasındaki 126.630.000.-TL fark tutarın sigorta primi 46.219.950.-TL idi. Bu miktarı asgari ücretle çalışan 3.080.000 sigortalı sayısı ile çarptığımızda Devletin işverenlere aylık yaklaşık 142 Trilyon TL katkısı olmuştur. Bu uygulamanın işverenlere 6 aylık toplam katkısı yaklaşık 854 Trilyon TL olarak gerçekleşmiştir.<sup>6</sup>

## 2- 5198 Sayılı Kanunla Sigorta Primine Esas Kazanç Alt Sınırının Asgari Ücret Tutarına Düşürülmesi

06.07.2004 tarihli ve 25514 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5198 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, Sosyal Sigortalar Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 9 uncu maddesi ile 506 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak "bu Kanun gereğince alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, 4857 sayılı İş Kanununun 39 uncu maddesine 16 yaşından büyükler için belirlenen günlük asgari ücrettir; üst sınırı ise günlük asgari ücretin 6,5 katıdır." hük-

mü getirilmek suretiyle fiilen ödenmeyen ücretin sigorta priminin ödenmesi uygulaması kaldırılmış ve bu şekilde istihdam üzerindeki prim maliyeti azaltılmıştır.

Dolayısıyla bu Yasa ile, 5073 sayılı Yasada yer alan 6 aylık düzenleme sürekli hale getirilerek, asgari ücret ile prime esas kazanç alt sınırı eşitlenmiştir.

## 3- SPEK Alt Sınırının Asgari Ücrete Eşitlenmesinin Değerlendirilmesi

01.01.2004 tarihi itibarıyla 549.630.000 TL olan asgari sigorta primine esas kazanç tutarı 4857 sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenen 16 yaşından büyükler için geçerli olan asgari ücrete 423.000.000 TL'ye eşitlenmiştir. Kaldı ki bu altı aylık dönemin başlangıcında 549.630.000 TL olan SPEK alt sınırının artırılması gerekirken bu artıştan vazgeçilerek SPEK alt sınırı asgari ücrete düşürülmüştür. Böylece asgari ücret ile asgari SPEK kavramları arasındaki karmaşıklık ve ödenmeyen ücretin fiktif olarak priminin alınması uygulaması ortadan kaldırılmıştır.

Böylece işverenin prim yükünde;

$$549.630.000.-TL - 423.000.000.-TL = 126.630.000.-TL$$

$$126.630.000.-TL \times 100 / 549.630.000.-TL = \%23$$

oranında indirim yapılmıştır.

Teşvik Uygulamasının Sigortalı Sayısına Etkisi		
Yıllar	Sigortalı Sayısı	Artış Oranı %
2001	4.886.881	*
2002	5.223.283	6,88
2003	5.615.238	7,50
2004	6.181.251	10,08
2005	6.918.605	11,93
2006	8.254.099	19,30

Kaynak: www.sgk.gov.tr/istatistik.html

\* 2001 yılı başlangıç yılı olarak dikkate alındığından 2000 yılı ile karşılaştırma yapılmamış ve artış oranı hesaplanmamıştır.

Asgari ücret ile prime esas kazanç tutarının eşitlenmesi ile bazı illerde sigorta primi işveren hissesinin Hazine tarafından karşılanması konusundaki teşvik uygulamalarından önce 2002 ve 2003 yıllarında sigortalı sayısındaki artış oranı yaklaşık %7 iken, teşvik uygulamasının başlaması ile bu oran 2004 yılında %10'a, 2005 yılında %12'ye ve 2006 yılında yaklaşık %19'a çıkarak önemli oranda artış göstermiştir. 2004-2006 yıllarındaki

artış oranının ortalaması %13,77 olarak karşımıza çıkmaktadır.

5073 ve 5198 sayılı Kanunlarla getirilen teşvik uygulamasıyla sigorta primi matrahında %23 oranında indirim yapılmasına karşın, sigortalı sayısındaki artış oranı %13 civarında olmuştur. Oranlara baktığımızda o dönemde çok yüksek sayılabilecek %23'lük bir prim indirimine karşın, sigortalı sayısındaki artış oranı bu paralelde artmayarak daha düşük bir oranda artmıştır.

Sigorta primine esas kazanç tutarının %23 düşürülerek asgari ücret ile eşitlenmesi konusundaki teşvik uygulaması, beklenen oranda sigortalı artışına yol açmamıştır. Bu durum, anılan teşvik uygulamasının beklentileri karşılayamadığı gerçeğini de ortaya koymaktadır.

Asgari ücret ile prime esas kazanç tutarının eşitlenmesi ile bazı illerde sigorta primi işveren hissesinin Hazine tarafından karşılanması konusundaki teşvik uygulamaları, ülke genelinde beklenen oranda istihdam artışına ve işsizlik oranında önemli bir düşmeye neden olamamıştır.

## B- BAZI İLLERDE SİGORTA PRİMİ İŞVEREN HİSSESİNİN HAZİNE TARAFINDAN KARŞILANMASI

### 1- 5084 Sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

5084 Sayılı "Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" 06.02.2004 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bu Kanun ile bazı illerde vergi ve sigorta primi teşvikleri uygulamak, enerji desteği sağlamak ve yatırımlara bedelsiz arsa ve arazi temin etmek sureti ile yatırımların ve istihdamın artırılması amaçlanmıştır.

5084 Sayılı Yasanın 3 üncü maddesinde; "31.12.2008 tarihine kadar uygulanmak üzere, 2 nci maddenin (a) bendi kapsamındaki illerde, 01.10.2003 tarihinden itibaren yeni işe başlayan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, bu iş yerlerinde çalıştırdıkları işçiler ile 01.10.2003 tarihinden önce işe başlamış olan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin bu tarihten önce ilgili idareye vermiş oldukları en son dört aylık sigorta prim bordrolarında bildirdikleri işçi sayısına ilâve olarak

yeni işe aldıkları ve bu iş yerlerinde fiilen çalıştırdıkları işçilerin ücretleri üzerinden hesaplanan gelir vergisinin organize sanayi veya endüstri bölgelerinde kurulu iş yerleri için tamamı, diğer yerlerdeki iş yerleri için % 80'i, verilecek muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden vergiden terkin edilir. Terkin edilecek tutar, yeni işe alınan işçi sayısı ile asgari ücret üzerinden ödenmesi gereken verginin çarpımı sonucu bulunacak tutarın organize sanayi ve endüstri bölgelerindeki iş yerlerinde tamamını, diğer yerlerdeki iş yerlerinde ise % 80'ini aşamaz",

4 üncü maddesinde; "31.12.2008 tarihine kadar uygulanmak üzere, 2 nci maddenin (a) bendi kapsamındaki illerde, 01.10.2003 tarihinden itibaren yeni işe başlayan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, bu iş yerlerinde çalıştırdıkları işçiler ile 01.10.2003 tarihinden önce işe başlamış olan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin bu tarihten önce ilgili idareye vermiş oldukları en son dört aylık sigorta prim bordrolarında bildirdikleri işçi sayısına ilâve olarak yeni işe aldıkları ve bu iş yerlerinde fiilen çalıştırdıkları işçiler için, 17.7.1964 tarihli ve 506 sayılı SSK Kanunu'nun 72 ve 73'üncü maddeleri uyarınca prime esas kazançları üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hissesinin organize sanayi veya endüstri bölgelerinde kurulu iş yerleri için tamamı, diğer yerlerdeki iş yerleri için % 80'i Hazinece karşılanır. Hazinece karşılanacak tutar, organize sanayi ve endüstri bölgelerindeki iş yerleri için 506 sayılı Kanunun 78'inci maddesi uyarınca belirlenen kazanç alt sınırına göre hesaplanan işveren hissesi prim tutarını, diğer yerlerdeki işyerleri için 506 sayılı Kanunun 78'nci maddesi uyarınca belirlenen kazanç alt sınırına göre hesaplanan işveren hissesi prim tutarının % 80'ini aşamaz,

hükümleri yer almaktadır.

5084 sayılı Kanun kapsamına; 2 nci maddenin (a) bendi çerçevesinde, Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığınca 2001 yılı için belirlenen fert başına gayrisafi yurtiçi hasıla tutarı 1500 ABD Doları veya daha az olan; Adıyaman, Afyon, Ağrı, Aksaray, Amasya, Ardahan, Batman, Bartın, Bayburt, Bingöl, Bitlis, Çankırı, Diyarbakır, Düzce, Erzincan, Erzurum, Giresun, Gümüşhane, Hakkari, Iğdır, Kars, Kırşehir, Malatya, Mardin, Muş, Ordu, Osmaniye, Siirt, Sinop, Sivas, Şanlıurfa, Şırnak, Tokat,



Uşak, Van ve Yozgat illeri dahil olmak üzere 36 il girmektedir.

Kapsama giren illerde 01.10.2003 tarihinden itibaren işe başlayan Gelir ve Kurumlar Vergisi mükelleflerinin yanlarında çalıştırdığı işçiler ile 01.10.2003 tarihinden önce işe başlayan Gelir ve Kurumlar Vergisi mükelleflerinin bu tarihten önce ilgili idareye vermiş oldukları en son dört aylık sigorta prim bordrolarında bildirdikleri işçi sayısına ilave olarak yeni işe aldıkları ve bu işyerlerinde fiilen çalıştırdıkları işçiler bu yasadan yararlanacaklardır.

Bu düzenleme bazı illerimizde işverenlerin mali yükümlülüklerini azaltmak amacıyla getirilmiştir. Uygulamadan yararlanan illerin belirlenmesine bakıldığında ise, "DİE Başkanlığınca 2001 Yılı İçin Belirlenen Fert Başına Gayrisafi Yurt İçi Hâsıla Tutarı 1500 ABD Doları veya Daha Az Olan İller" kısıtası her ne kadar bazı tartışmaları beraberinde getirmişse de, ülkemizin gelişmişlik düzeyi açısından geri kalan yörelerini kapsadığı da kuşkusuzdur. Dolayısıyla burada salt olarak işverenlerin maliyetlerini düşürmek değil, gelir düzeyi düşük yörelerde yatırım yapan veya istihdamı artıran işverenlerin mali yükümlülüklerinin düşürülmesi amaçlanmıştır. Bu açıdan bakıldığında ise, bu uygulamanın gelirin daha adaletli dağılımında etkisinin olacağı düşünülmektedir. Bu uygulamayla birlikte kapsamdaki yörelere yeni yatırımlar çekilebileceği gibi mevcut yatırımların kapasitesini artırması nedeniyle, bu yörelerin gelişmesi ve kalkınması üzerinde etkisinin olacağı ve kayıtlı istihdamı artıracığı da kuşkusuzdur.<sup>7</sup>

## **2- 5350 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**

18.5.2005 tarihli, 25819 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kanunun 1.4.2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 3 üncü maddesiyle, 5084 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi değiştirilmiştir. Buna göre;

"31.12.2008 tarihine kadar uygulanmak üzere 2 nci maddenin (a) bendi kapsamındaki illerde;

a) 1.4.2005 tarihinden itibaren yeni işe başlayan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, en az otuz işçi çalıştırmaları koşuluyla, bu işyerlerinde çalıştırdıkları işçilerin,

b) 1.4.2005 tarihinden önce işe başlamış olan

gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, 1.1.2005 tarihinden önce ilgili idareye vermiş oldukları en son aylık prim ve hizmet belgelerindeki işçi sayısını en az yüzde yirmi oranında artırmaları ve çalıştırılan toplam işçi sayısının asgari otuz kişiye ulaşması halinde, bu iş yerlerinde çalıştırılan toplam işçi sayısını geçmemek üzere, artırdıkları işçi sayısı ile mevcut işçilerden artırdıkları işçi sayısının iki katı kadar işçinin,

Prime esas kazançları üzerinden 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 72 ve 73 üncü maddeleri uyarınca hesaplanan sigorta primlerinin işveren hissesinin; organize sanayi ve endüstri bölgelerinde kurulu iş yerleri için tamamı, diğer yerlerdeki iş yerleri için yüzde sekseninin Hazinece karşılanacağı",

hüküm altına alınmıştır.

Hazinece karşılanacak tutar, işçi sayısı ile Sosyal Sigortalar Kanununun 78 inci maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırına göre hesaplanan işveren hissesi prim tutarının çarpımı sonucu bulunacak değer üzerinden, yukarıda belirtilen oranlara göre saptanan tutarı aşamaz.

5084 sayılı Kanunun kapsamına giren 36 ile ilaveten, bu defa 5350 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme sonucunda, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığınca 2003 yılı için belirlenen sosyo-ekonomik gelişmişlik sıralamasına göre endeks değeri eksi olan Kilis, Tunceli, Kastamonu, Niğde, Kahramanmaraş, Çorum, Artvin, Kütahya, Trabzon, Rize, Elazığ, Karaman ve Nevşehir olmak üzere 13 il daha 1.4.2005 tarihi itibarıyla kapsama dâhil edilerek toplam 49 ilde faaliyet gösteren gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olan işverenlerin diğer teşviklerin yanı sıra sigorta primi işveren hissesi teşvikinden şartları taşımaları kaydıyla yararlanma imkânı sağlanmıştır.

## **3- 5568 ve 5615 sayılı Kanunlar**

30.12.2006 tarihli, 26392 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5568 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle, 5084 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin 5228 sayılı Kanunun 55 inci maddesi ile değişik (h) bendi yeniden düzenlenmiştir.

5568 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenlemeyle 5084 sayılı Kanunun 7 inci maddesinin (h) bendi;

"h) Bu Kanunun 3, 4 ve 6 ncı maddelerinde yer alan destek ve teşvikler, bu maddelerde belirtilen



sürelere bakılmaksızın Kanun kapsamına giren illerdeki yeni yatırımlardan; 31.12.2007 tarihine kadar tamamlananlar için 5 yıl, 31.12.2008 tarihine kadar tamamlananlar için 4 yıl, 31.12.2009 tarihine kadar tamamlananlar için 3 yıl süreyle uygulanır." şeklinde değiştirilmiştir.

Ayrıca, 04.04.2007 tarihli, 26483 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5615 sayılı "Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" un 24 üncü maddesinde;

"29.1.2004 tarihli ve 5084 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun;

A) 3 üncü ve 4 üncü maddelerinin birinci fıkralarının (a) bentlerinde geçen "otuz" ibareleri "on" olarak, (b) bentleri ise "1.4.2005 tarihinden önce işe başlamış olan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinden asgarî on işçi çalıştıranların iş yerlerinde fiilen çalışan işçilerin," şeklinde değiştirilmiştir.

Kanuna eklenen geçici madde ile, Kanunun 3 üncü, 4 üncü ve 6 ıncı maddelerinde yer alan destek ve teşviklerden, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 5 yıl süreyle, bu maddelerdeki şartları taşımaları kaydıyla Gökçeada ve Bozcaada'daki işletmeler de yararlanır."

hükümlerine yer verilmiştir.

Böylece, 5615 sayılı Kanunla yapılan son değişikliklerle, teşvik kapsamında bulunan mevcut 49 ile Gökçeada ve Bozcaada ilave edilmek suretiyle, hem teşvik uygulanacak bölgelerin kapsamı genişletilmiş, hem de 1 Nisan 2005 tarihinden önce işe başlamış olan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, teşviklerden yararlanabilmeleri için aranan, asgari otuz işçi çalıştırmaları şartının, asgari on işçi çalıştırma olarak değiştirilmesiyle, (teşvik uygulamalarının işveren yerine işyeri bazında yapılması sebebiyle bir ölçüde azalmış bulunan) teşvik kapsamına giren işletme sayısının artması sağlanmış bulunmaktadır<sup>8</sup>.

#### 4- Bazı İllerde Sigorta Primi İşveren Hisselinin Hazine Tarafından Karşılanması Uygulamasının Değerlendirilmesi

Ülkemizin sosyal güvenlik sisteminde, makro ekonomik göstergeler ile kamu maliyesi açısından çok önemli bir problem olan kayıt dışı istihdamın önüne geçilmesi ve kayıt altında çalışmanın özen-

dirilmesi kapsamında işverenler için belli kıstaslara bağlı olarak teşvik uygulaması getirilmiştir. Son yıllarda oluşan siyasal istikrar ile ekonominin canlanması sonucu geçmişten süregelen bölgesel kalkınmışlık düzeyleri arasındaki farkın ortadan kaldırılması amacıyla öncelikle 36 il daha sonra da 49 il ile Bozcaada ve Gökçeada'yı kapsayacak teşvik uygulaması yürürlüğe girmiştir ve de halen uygulanmaktadır. Teşvik uygulaması kapsamında olan işverenlerin işyerlerinin organize sanayi sitesi veya endüstri bölgesi içerisinde olması durumunda işveren sigorta primi payının tamamı, organize sanayi sitesi dışında olması durumunda ise işveren sigorta primi payının %80 oranı Hazine tarafından karşılanmaktadır.

Teşvik Kanunları Kapsamındaki İllerde İşyeri Sayısındaki Artış <sup>9</sup>			
2003 Sonu İşyeri Sayısı	2007 Haziran Sonu İşyeri Sayısı	Artan İşyeri Sayısı	İşyerindeki Artış Oranı %
118.341	174.471	54.272	45,8

Tablodan da görüleceği üzere, teşvik kapsamındaki illerde 2003 yılı sonu itibariyle işyeri sayısı 118.341 iken, bu sayı 2007 yılı Haziran ayı itibariyle %45,8 artarak 174.471 olmuştur. Bu artışın yüksek olup olmadığını değerlendirebilmek için, bu devrede teşvik kanunları kapsamı dışındaki illerde işyeri sayısındaki artış ile karşılaştırmak gerekmektedir.

Teşvik Kanunları Kapsamı Dışındaki İllerde İşyeri Sayısındaki Artış <sup>10</sup>			
2003 Sonu İşyeri Sayısı	2007 Haziran Sonu İşyeri Sayısı	Artan İşyeri Sayısı	İşyerindeki Artış Oranı %
656.978	921.594	264.616	40,2

Görüldüğü üzere, teşvik kapsamındaki illerde 2003 yılı sonu itibariyle işyeri sayısı 656.978 iken, bu sayı 2007 yılı Haziran ayı itibariyle %40,2 artarak 921.594 olmuştur.

Dolayısıyla teşvik kanunları kapsamındaki işyeri sayısındaki artış, teşvik kanunları kapsamı dışındaki işyerlerine göre 5 puan daha yüksek olarak gerçekleşmiştir. Teşvik kapsamındaki işyeri sayısındaki artış, teşvik kapsamı dışındaki işyerlerine göre %11 da-

ha yüksek olmuştur. Ayrıca teşvik kapsamında yer alan illerdeki güvenlik, ulaşım, sanayileşme sorunları ve refah düzeyinin düşüklüğü de dikkate alındığında normal şartlarda bu illerdeki işyeri sayısındaki artışın diğer illerdeki işyeri sayısındaki artıştan daha düşük olması gerekirken, teşvik uygulamasıyla bu illerdeki işyeri artışının diğer yerlere göre %11 daha yüksek olması, teşvik uygulamasının kısmen de olsa amacına ulaştığını ortaya koymaktadır.

Teşvik Kanunları Kapsamındaki İllerde Sigortalı Sayısındaki Artış <sup>11</sup>			
2003 Sonu Zorunlu Sigortalı Sayısı	2007 Haziran Sonu Zorunlu Sigortalı Sayısı	Artan Sigortalı Sayısı	Sigortalı Sayısındaki Artış Oranı %
756.444	1.262.097	505.603	66,8

Tablodan da görüleceği üzere, teşvik kapsamındaki illerde 2003 yılı sonu itibariyle sigortalı sayısı 756.444 iken, bu sayı 2007 yılı Haziran ayı itibariyle %66,8 artarak 1.262.097 olmuştur. Bu artışın yüksek olup olmadığını değerlendirebilmek için, bu devrede teşvik kanunları kapsamı dışında olan illerdeki sigortalı sayısındaki artış ile karşılaştırmak gerekmektedir.

Teşvik Kanunları Kapsamı Dışındaki İllerde Sigortalı Sayısındaki Artış <sup>12</sup>			
2003 Sonu Zorunlu Sigortalı Sayısı	2007 Haziran Sonu Zorunlu Sigortalı Sayısı	Artan Sigortalı Sayısı	Sigortalı Sayısındaki Artış Oranı %
4.859.514	7.145.528	2.286.014	47

Teşvik kanunları kapsamında olan illerdeki sigortalı sayısındaki artış, teşvik kanunları kapsamı dışında olan işyerindeki sigortalılara göre yaklaşık 20 puan (yaklaşık %70) daha yüksek olarak gerçekleşmiştir. Ayrıca teşvik kapsamındaki illerdeki güvenlik, ulaşım, sanayileşme sorunları ve refah düzeyinin düşüklüğü de dikkate alındığında normal şartlarda bu illerdeki sigortalı sayısındaki artışın diğer illerdeki sigortalı sayısındaki artıştan daha düşük olması gerekirken, teşvik uygulamasıyla bu illerdeki sigortalı artışının diğer illere göre %70 daha yüksek çıkması, teşvik uygulamasının kısmen amacına ulaştığını ortaya koymaktadır.

## C- YENİ İSTİHDAM PAKETİ İLE GETİRİLEN TEŞVİK UYGULAMASI

Sosyal Güvenlik Reformu kapsamında çıkarılan Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu akabinde çıkarılan ve 26.05.2008 tarih 26887 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile istihdamı artırma ve istihdam üzerindeki zorunlu yükümlülükleri azaltma konusunda önemli düzenlemeler yapılmıştır. Makalemizin kapsamı açısından söz konusu Kanunun gençlerin ve kadınların istihdamı ile sigorta primi işveren hissesinde 5 puanlık indirim uygulaması getirilen kısmı değerlendirilecektir.

### 1- Gençlerin ve Kadınların İstihdamının Teşviki

5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 20 nci maddesi ile 4447 sayılı Kanuna 7 inci madde eklenmiştir. Buna göre; "18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük olanlar ile yaş şartı aranmaksızın 18 yaşından büyük kadınlardan; bu maddenin yürürlük tarihinden önceki altı aylık dönemde prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışında olması şartıyla, bu maddenin yürürlük tarihinden önceki bir yıllık dönemde işyerine ait prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ilave olarak bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde işe alınan ve fiilen çalıştırılanlar için; 506 sayılı Kanunun 72 nci ve 73 üncü maddelerinde sayılan ve 78 inci maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin;

- Birinci yıl için yüzde yüzü,
- İkinci yıl için yüzde sekseni,
- Üçüncü yıl için yüzde altmışı,
- Dördüncü yıl için yüzde kırkı,
- Beşinci yıl için yüzde yirmisi,

İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanır...", hükmü yer almıştır.

Yani bu teşvik sadece genç işsizler ve kadın işsizlere yöneliktir. Burada bölge ve yöre sınırlaması söz konusu değildir. Teşvikteki sigorta priminin işveren hissesinin tedrici olarak azaltılmak suretiyle 5 yıl boyunca İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanması öngörülmüştür.

İşveren hissesine ait primlerin İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanabilmesi için;

- İşverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 506 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde SGK'ya verilmesi,

- Sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanmayan işveren hissesine ait tutarın ödenmiş olması,

gerekmektedir.

Getirilen bu teşvik uygulamasından;

a) 1/10/2003 tarihinden sonra özelleştirme kapsamında devir alınan işyerleri hariç olmak üzere, mevcut ve faaliyette bulunan işyerlerinin devredilmesi, birleşmesi, bölünmesi veya nevi değiştirmesi durumlarında,

b) Mevcut bir işyerinin kapatılarak; değişik bir ad veya unvan ya da bir iş birimi olarak aynı faaliyette açılması veya çalışan sigortalıların bütün olarak devredilmesi halinde,

c) Yönetim ve kontrolü elinde bulunduracak şekilde doğrudan veya dolaylı ortaklık ilişkisi bulunan şirketler arasında istihdamın kaydırılması, şahıs işletmelerinde işletme sahipliğinin değiştirilmesi gibi ek bir kapasite ve istihdam artışına neden olmayan, sadece teşviklerden yararlanmak amacıyla yapılan işlemler hakkında,

d) 506 sayılı Kanun gereğince yapılan kontrol ve denetimler sonucunda çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmedeği tespit edilen işyerleri hakkında bir yıl süreyle,

e) 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve uluslararası anlaşma hükümlerine istinaden yapılan hizmet ve yapım konulu işyerlerine yönelik işyerleri,

f) Kamu idareleri işyerleri,

g) 506 sayılı Kanuna göre sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar ile yurt dışında çalışan sigortalılar,

yararlanamazlar.

Bu maddeyle düzenlenen destek unsurundan diğer ilgili mevzuat uyarınca ayrıca yararlanmakta olan işverenler; aynı dönem için ve mükerrer olarak bu destek unsurundan yararlanamaz. Bu

## Ülkemizdeki istihdam oranı Avrupa ülkeleri ile karşılaştırıldığında oldukça düşük kalmaktadır.

durumda, işverenlerin tercihleri dikkate alınmak suretiyle uygulama, destek unsurlarından sadece biriyle sınırlı olarak yapılır. Yani 5084 sayılı Kanun ile yatırım ve istihdamın teşvikinden yararlanan kişiler ile bu yasayla getirilen işveren priminden 5 puanlık indirimden yararlanan kişiler bu teşvik uygulamasından yararlanamaz. Bu teşvik uygulaması 01.07.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

### 2- Sigorta Primi İşveren Hissesinde

#### 5 Puanlık Kısmın Hazinece Karşılanması

5763 sayılı Kanununun 24 üncü maddesi ile 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 81 inci maddesinin birinci fıkrasına eklenen bend ile, özel sektör işverenlerinin, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılanır.

İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için;

- İşverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak bu Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde SGK'ya vermeleri,

- Sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarı yasal süresinde ödemeleri,

- Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması,

gerekmektedir.

Bu teşvik uygulaması;

- Kamu idareleri işyerleri,

- Kanuna göre sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar ve yurt dışında çalışan sigortalılar, hakkında uygulanmaz.

Bu teşvik uygulamasından, diğer ilgili mevzuat uyarınca ayrıca yararlanmakta olan işverenler aynı dönem için ve mükerrer olarak bu destek unsurun-

dan yararlanamaz. Bu durumda, işverenlerin tercihleri dikkate alınmak suretiyle uygulama, destek unsurlarından sadece biriyle sınırlı olarak yapılır. Bu Kanun gereğince yapılan kontrol ve denetimlerde çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmedikleri tespit edilen işverenler bir yıl süreyle bu fıkıyla sağlanan destek unsurlarından yararlanamaz. Bu teşvik uygulaması 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girecektir.

### 3- Yeni İstihdam Paketinin Değerlendirilmesi

Gençlerin ve kadınların istihdamının artırılması amacıyla çıkarılan teşvik uygulaması 5084 ve bu kapsamdaki Kanunlarla yapılan düzenlemeler ile kısmen benzerlik göstermektedir. Çünkü ikisinde de sigorta primi işveren hissesinin önemli bir kısmının işverence karşılanmaması (5084 sayılı Kanunda Hazine'ce, 5763 sayılı Kanunda İşsizlik Sigortası Fonu'nca karşılanması) işverenin prim yükünü önemli oranda düşürmektedir. İstihdam paketiyle getirilen bu uygulama bir yıl içinde işe girecek kişiler ile sınırlı olduğu ve İşsizlik Sigortası Fonu'nca karşılanan oranın tedrici olarak 5 yılda %20'lik dilimler halinde düştüğü dikkate alındığında, sigortalı sayısının bu uygulama nedeniyle (3,5 yılda %43 arttığı göz önünde bulundurulur) 1 yıl için yaklaşık %12 oranında artabileceği öngörülebilir.

Bu teşvik uygulamasındaki 5 puanlık indirim daha önce 5073 ve 5198 sayılı Kanunlarla yapılan indirimle oransal olarak örtüşmektedir. Zira sigorta primine esas kazanç alt sınırının asgari ücret seviyesine düşürülmesi suretiyle sigorta primi matrahı %23 oranında düşürülmüştür. Bu düşüş oranı, günümüzde konuşulmakta olan sigorta primi işveren hissesinde 5 puanlık prim indirime tekabül etmektedir. Yani, bu indirim 5763 sayılı Kanunla yapılan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları priminden işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutarın Hazine tarafından karşılanması uygulamasıyla örtüşmektedir. Bu durumda, diğer şartlar sabit olarak kabul edildiğinde, her yıl için sigortalı sayısının yukarıda da değerlendirildiği üzere yaklaşık olarak %14 oranında artabileceğini söyleyebiliriz.

## III- TEŞVİK UYGULAMALARININ İSTİHDAM ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Teşvik uygulamalarının amacı, kuşkusuz ülkedeki istihdam oranını arttırmak, yeni istihdam olanakları yaratmak, işsizlerin sayısını azaltmak vb. şeklinde sıralanabilir. Teşvik uygulamalarının başladığı devrede istihdam edilenlerin sayısı, istihdam oranı, işsizlerin sayısı ve işsizlik oranı aşağıdaki gibidir.

Yıllar	İstihdam Edilenler (Bin)	İstihdam Oranı %	İşsizler	İşsizlik Oranı %
2002	21.354	44,4	2.464	10,3
2003	21.147	43,2	2.493	10,5
2004	21.791	43,7	2.498	10,3
2005	22.046	43,4	2.520	10,3
2006	22.330	43,2	2.446	9,9

Kaynak: TÜİK, Hanehalkı İşgücü Anketleri Sonuçları

Teşvik uygulamasının toplam istihdamı ne kadar artırdığı ve işsizliği ne kadar azalttığı hususunu TÜİK verilerinden yola çıkarak değerlendirebiliriz. Yukarıdaki tabloda da görüldüğü üzere; teşvik uygulamasının başladığı 2004 yılı öncesi ve sonrasında istihdam ve işsizlik oranlarında önemli bir değişiklik olmamıştır. İstihdam edilenlerin sayısı artmış ancak nüfus artışı nedeniyle istihdam oranında önemli bir değişiklik olmamıştır. İşsizlik oranı 2006 yılında biraz düşmüştür.

Türkiye'de işgücüne katılımın yanı sıra istihdama katılım oranı da çok düşüktür. 1980-2006 yılları arasında çalışabilir nüfus (aktif nüfus) yaklaşık 25 milyon kişi artmış iken, sadece 6,5 milyon yeni iş yaratılabilmektedir. Bunun sonucu olarak istihdama katılım oranı 2006 yılı itibarıyla %43,2 olmuştur. Özellikle AB'nin Lizbon hedefleri arasında yer alan %70'lik istihdam oranına ulaşılabilmesi için yaklaşık 14 milyon kişi için yeni iş yaratılması gerekmektedir.<sup>13</sup>

Ülkemizde istihdam oranı Avrupa ülkeleri ile karşılaştırıldığımızda oldukça düşük kalmaktadır. Avrupa ülkelerinde en yüksek istihdam oranı EU-



ROSTAT verilerine dayanılarak; Norveç, Danimarka ve İsviçre'dedir. Bu oranlar sırasıyla (2005 yılı itibariyle) %75, %76 ve %77'dir.<sup>14</sup>

Ülkemizde işsizlik oranı %10 civarındadır. Ülkemizde işsizlik sorunu oransallığından ziyade sayısal olarak daha dikkat çekici boyutlardadır. Sayısal olarak değerlendirildiğinde sorunun tahmin edilenden çok daha ciddi, çözüm üretmenin de daha zor olduğu anlaşılmaktadır. Türkiye'de 2006 yılında yaklaşık 2.400.000 kişi işsizdir. Ülkemizdeki işsiz sayısı, Polonya hariç AB'ne yeni katılmış 11 ülkedeki işsizlerin toplamından daha fazladır. Ayrıca eski üye ve ekonomik olarak bizden daha iyi durumdaki 10 AB üyesi ülke işsizlerinin yaklaşık toplamı kadardır.<sup>15</sup> AB ülkelerinde işsizlik oranı AB-15 ülkelerinde %7,3, AB-25 ülkelerinde 7,9, Almanya'da %8,4, Fransa'da %9,0 olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>16</sup>

Dolayısıyla teşvik uygulamalarının ülkemizde beklenen istihdam artışına ve işsizlik oranında önemli bir düşüşe yol açmadığı gerçeği ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar teşvik uygulamasının olduğu bölgelerde işyeri ve sigortalı sayısı diğer bölgelere göre artmışsa da, bu artışın sınırlı olması ve nüfus artışı oranından önemli oranda yüksek olması nedeniyle istenen amaca ulaşmaktan uzak kalmıştır.

#### IV- SONUÇ

Yeni istihdam ile getirilen sosyal sigorta teşviklerinin etkili olup olmayacağı hususu, sosyal sigortalarda geçmiş yıllarda uygulanan ve halen uygulanmakta olan teşvik uygulamalarının değerlendirilmesi sonucu ancak bir varsayımda bulunarak mümkündür. Zira, sosyal sigortalarda geçmişte uygulanan teşvik müessesinin etkinliğini ölçmeden, yeni teşvik uygulamasının neler getireceğini tahmin etmek oldukça güçtür.

Bu çerçevede; 5073 ve 5198 sayılı Kanunlar ile sigorta primine esas kazanç alt sınırının asgari ücret seviyesine düşürülmesi suretiyle sigorta primi matrahı %23 oranında düşürülmüştür. Bu düşüş oranı, günümüzde konuşulmakta olan sigorta primi işveren hissesinde 5 puanlık prim indirimine tekabül etmektedir. Ancak bu devrede sigortalı sayısı ortalama olarak %13,77 oranında artmıştır. Dolayısıyla sigortalı sayısındaki artış yani istihdamdaki artış oranı, sigorta primindeki artıştan daha düşük

olarak gerçekleşmiştir. Ancak bu dönemde ülkedeki nüfus artışı da dikkate alındığında bu devrede istihdam oranının fazla değişmediği ve işsizlik oranında önemli bir düşüş yaşanmadığı gerçeği ortadadır. Bu çerçeveden baktığımızda ise, sigorta priminde ülke genelinde salt rakamsal ve oransal olarak bir indirim yapılmasının çok etkin olamayabileceği sonucuna varabiliriz. Ancak prime esas kazanç alt sınırının asgari ücretten yüksek olması ve işverence ödenmeyen ücretin priminin de işverenlere yükletilmesi kapsamındaki bu uygulamanın kaldırılması yerinde olmuştur.

5084 ve kapsamdaki kanunlarla yapılan düzenlemeler ile de, özellikle kalkınmada öncelikli iller başta olmak üzere önce 36 il, daha sonra 49 ilde uygulanan sigorta primi işveren hissesinin sanayi bölgeleri için tamamı, diğer yerler için %80'inin Hazine tarafından karşılanması uygulaması kısmen işyeri ve özellikle sigortalı sayısında bir artışa neden olmuştur. 2003 yılı sonundaki işyeri sayısı ile 2007 Haziran ayındaki işyeri sayısını karşılaştırdığımızda işyeri artış oranının %45,8 olduğunu görmekteyiz. Bu oran teşvik kapsamı dışındaki illerde ise % 40,2'dir. Dolayısıyla teşvik kapsamındaki işyerindeki artış oranı diğer illerden yaklaşık % 11 daha yüksek olmuştur. 2003 yılı sonundaki sigortalı sayısı ile 2007 Haziran ayındaki sigortalı sayısını karşılaştırdığımızda sigortalı sayısı artış oranının %66,8 olduğunu görmekteyiz. Bu oran teşvik kapsamı dışındaki illerde ise % 47'dir. Dolayısıyla teşvik kapsamındaki işyerindeki artış oranı diğer illerden yaklaşık % 43 daha yüksek olarak gerçekleşmiştir. Buradan hareketle sınırlı bölge veya sektörler için getirilen teşvik uygulamalarının, ülke genelindeki teşvik uygulamalarından daha etkin olacağını söyleyebiliriz. Kaldı ki, teşvik uygulamasının olmadığı düşünüldüğünde, teşvik kapsamındaki illerin istihdam ve üretim potansiyellerinin düşük olduğu dikkate alındığının da diğer illerden daha düşük oranda bir istihdam artışı beklenecekti. Ancak bu teşvik uygulamasıyla, diğer illerin gerisinde kalma bir yana, bu illerdeki sigortalı sayısı ve kapsamdaki işyeri sayısı daha fazla artmıştır.

Bilindiği üzere, 5084 sayılı Kanunla getirilen bazı illerde yatırım ve istihdamın teşviki uygulaması halen yürürlüktedir. 01.07.2008 tarihi itibariyle gençlerin ve kadınların istihdamının artırılması amacıyla 5763 sayılı Kanunla getirilen düzenleme yürürlüğe



girmiştir. 01.10.2008 tarihi itibarıyla de Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun bazı maddeleriyle birlikte özel sektör işverenlerinin, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutarın Hazinece karşılanması uygulaması yürürlüğe girecektir. Ancak burada unutulmaması gereken husus, işverenler bu üç teşvik uygulamasından ve ikisinden aynı anda yararlanamazlar. 5763 sayılı Kanunda yer alan düzenleme ile bu üç teşvik uygulamasından aynı anda sadece bir tanesinden yararlanabilirler. Bu da işverenlerin tercihine bağlıdır.

Kuşkusuz kayıt dışı istihdam sadece sigorta priminde yapılan indirimle önlenemeyecektir. Bunun yanı sıra, işverenlerin üzerindeki zorunlu istihdam yükümlülüklerin azaltılması, bürokratik işlerin basitleştirilmesi, kurumlar arası koordinasyonun artırılması, denetimin güçlendirilmesi, bilgilendirme ve bilinçlendirme faaliyetlerinin artırılması ile mümkün olabilmektedir. Sosyal güvenlik reformu kapsamında çıkarılan 5502 sayılı Yasa ile kayıt dışı istihdamı önleme konusunda denetim mekanizması güçlendirilmiş, kurumun bilgi işlem alt yapısının güçlendirilmesi öngörülmüş, 5510 ve 5754 sayılı Kanunlar ile kurumlar arası işbirliği olanakları artırılmış, sosyal güvenlik hizmetleri standardının başta sağlık olmak üzere yükseltilmesi konusunda önemli düzenlemeler yapılmıştır. 5763 sayılı Kanunda teşviklerin yanı sıra, işverenler üzerindeki zorunlu istihdam yükümlülükleri de önemli oranda azaltılmıştır.

Son dönemde yapılan çalışmalar ve getirilen bütün düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, İstihdam Paketi'yle beklenen işyeri ve sigortalı sayısındaki artışı geçmiş dönemde yapılan teşviklerle karşılandığında daha yüksek olacağı öngörülebilir.

## DİPNOTLAR

- 1 Turan SERDENGESTİ, "Türkiye'de Yatırım Teşvik Uygulamaları", Hazine Müsteşarlığı Teşvik Uygulamaları Genel Müdürlüğü, Ankara, 2000, s.5.
- 2 Mustafa DURAN, "Teşvik Politikaları ve Doğrudan Sermaye Yatırımları", Hazine Müsteşarlığı Ekonomik Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara, 2003, s.11.
- 3 T.C. ÇSGB, "Türkiye'de İşsizliğin Önlenmesi ve İstihdamın Artırılması", Genel Yayın No:117, 2004, s.9-24.
- 4 Gökhan GÜLLÜ: "Kayıtdışı İstihdam ve Avrupa Birliği", Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Ocak-Şubat 2003, s.93.
- 5 ÇSGB, "Kayıt Dışı İstihdam ve Yabancı Kaçak İşçi İstihdamı", Yayın No: 116, Ankara, 2004, s.84.
- 6 ÇSGB, "Kayıt Dışı İstihdam ve Yabancı Kaçak İşçi İstihdamı", a.g.e.

- 7 ÇSGB, "Kayıt Dışı İstihdam ve Yabancı Kaçak İşçi İstihdamı", a.g.e, s.85.
- 8 Hüsamettin NURSOY, "Gelir Vergisi Stopajı Teşviki, Sigorta Primi İşveren Paylarındaki Teşvik ve Enerji Desteği Açısından Yatırımların ve İstihdamın Teşvikinden Yararlanma Şartlarında Yapılan Önemli Değişiklikler", Lebib Yalkın Dergisi, Temmuz 2007, s.147.
- 9 Cüneyt OLGAÇ: "Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Teşvik Uygulaması ve Sonuçlarının Analiz Edilmesi", Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Kasım-Aralık 2007, s.57.
- 10 Cüneyt OLGAÇ. a.g.m., s.57.
- 11 Cüneyt OLGAÇ. a.g.m., s.58.
- 12 Cüneyt OLGAÇ. a.g.m., s.58.
- 13 Faruk SAPANCALI: "Türkiye'de İşgücü Piyasası, Sorunlar ve Politikalar", Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 21, Kasım-Şubat 2008, s.11-12.
- 14 Hakan ERCAN: "Avrupa İstihdam Stratejisi ve Gençlerin İstihdamı", TİSK Akademi Dergisi, Cilt. 2, Özel Sayı: 1, 2007, s.26.
- 15 Faruk SAPANCALI: a.g.m., s.13.
- 16 EUROSTAT, Muhteşem KAYNAK: "İşsizlik ve Emek Kalitesi", TİSK Akademi Dergisi, Cilt: 2, Özel Sayı: 1, 2007, s.77'den naklen.

## KAYNAKÇA

- DURAN, Mustafa, "Teşvik Politikaları ve Doğrudan Sermaye Yatırımları", Hazine Müsteşarlığı Ekonomik Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara, 2003.
- ERCAN, Hakan, "Avrupa İstihdam Stratejisi ve Gençlerin İstihdamı", TİSK Akademi Dergisi, Cilt: 2, Özel Sayı: 1, 2007.
- GÜLLÜ, Gökhan, "Kayıtdışı İstihdam ve Avrupa Birliği", Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Ocak-Şubat 2003.
- KAYNAK, Muhteşem, "İşsizlik ve Emek Kalitesi", TİSK Akademi Dergisi, Cilt: 2, Özel Sayı: 1, 2007.
- NURSOY, Hüsamettin, "Gelir Vergisi Stopajı Teşviki, Sigorta Primi İşveren Paylarındaki Teşvik ve Enerji Desteği Açısından Yatırımların ve İstihdamın Teşvikinden Yararlanma Şartlarında Yapılan Önemli Değişiklikler", Lebib Yalkın Dergisi, Temmuz 2007.
- OLGAÇ, Cüneyt, "Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Teşvik Uygulaması ve Sonuçlarının Analiz Edilmesi", Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Kasım-Aralık 2007.
- SAPANCALI, Faruk; "Türkiye'de İşgücü Piyasası, Sorunlar ve Politikalar", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 21, Kasım-Şubat 2008.
- SERDENGESTİ, Turan, "Türkiye'de Yatırım Teşvik Uygulamaları", Hazine Müsteşarlığı Teşvik Uygulamaları Genel Müdürlüğü, Ankara, 2000.
- T.C. ÇSGB, "Kayıt Dışı İstihdam ve Yabancı Kaçak İşçi İstihdamı", Yayın No: 116, Ankara, 2004.
- T.C. ÇSGB, "Türkiye'de İşsizliğin Önlenmesi ve İstihdamın Artırılması", Genel Yayın No: 117, 2004.
- www.ssk.gov.tr
- www.tuik.gov.tr

Av. Ender KIZILRAY

MESS Hukuk Müşaviri

## İstihdamın Teşvikine İlişkin Sosyal Güvenlik Kurumu Genelgesi

5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” 15.05.2008 tarihinde kabul edilmiş ve 26.05.2008 tarih ve 26887 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanununun 20. maddesi ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’na geçici 7. madde eklenmiştir.

Madde “18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük olanlar ile yaş şartı aranmaksızın 18 yaşından büyük kadınlardan maddenin yürürlük tarihinden önceki altı aylık dönemde prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışında olması şartıyla, bu maddenin yürürlük tarihinden önceki bir yıllık dönemde işyerine ait prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ilave olarak bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde işe alınan ve fiilen çalıştırılanlar için 506 sayılı Kanunun ilgili maddeleri uyarınca prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin; kademeli olarak 5 yıllık bir zaman dilimi içinde ilk yıl için yüzde yüzü ve takip eden her yıl için 20 puan azalacak şekilde İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanmasını” düzenlemektedir.

Ancak bu düzenlemeden işverenlerin yararlanabilmesi için çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak

506 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu’na vermesi ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile İşsizlik Sigortası Fonu’ndan karşılanmayan işveren hissesine ait tutarı ödemiş olması gerekmektedir.

Kanun devamında teşvikin, muvazaalı işlemlerle gerçek istihdam yaratmadan yalnızca teşvikten yararlanmak için yapılacak birtakım işlemlerle, sosyal güvenlik destek primine tabi çalışmalar ile yurtdışında çalışan sigortalılar hakkında ve kamu idareleri işyerlerinde uygulanmayacağını ve aynı dönem için ayrıca yararlanan bu madde benzeri destek unsurundan mükerrer olarak yararlanılamayacağını ifade etmektedir.

İşsizliğe büyük bir çare olarak gösterilen ve dolayısıyla işverenler tarafından merakla beklenen, kamuoyunda “İstihdam Paketi” olarak anılan söz konusu düzenleme beklentileri karşılamaktan uzaktır.

Bütün bu olumsuzluklara ilave olarak söz konusu düzenlemenin uygulama esaslarını göstermek amacıyla T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü Prim

## Yalnızca hafta tatilinde ilave istihdamla ilgili teşvikten yararlanan işçinin hafta tatilinde olduğu gibi yıllık izin, Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde de teşvikten yararlanması gerekir.

Tahsilat Daire Başkanlığı'nca 1.8.2008 tarihinde yayımlanan 2008-73 sayılı Genelge de zaten beklentileri karşılamaktan uzak olan düzenlemeye belirli noktalarda açıklık getirirken bazı konularda daha da uygulama gücünü yaratmıştır.

Genelgede özetle aşağıdaki konular düzenlenmiştir:

1) Genelge, sigortalılar yönünden aranılan şartları açıklarken, 1.1.2008 – 30.6.2008 tarihlerini kapsayan altı aylık dönemde prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar kavramına açıklık getirmiş ve ilave istihdamdan yararlanacak kişilerin söz konusu altı aylık dönemde bir günlük dahi çalışmasının olmaması yani bu dönemde işsiz olmaları gerektiğini belirtmiştir. Bu konuda işverenlerin sağlıklı bir tespit yapabilmeleri için Kurumun web sitesinde yer alan “Hizmet Hesabı” seçeneğinden istifade edebilecekleri belirtilmiştir.

2) Genelge teşvikten yararlanacak sigortalının işe alındıktan sonra fiilen çalışması koşulunu da getirmektedir. Buna göre anılan Kanunda öngörülen diğer şartlara sahip olmasına rağmen ay içinde çeşitli nedenlerle (yıllık ücretli izin ve istirahat gibi) fiilen çalışmamış olan sigortalılara işverenlerce ücret ödenmesi halinde, fiilen çalışılmamış sürelerle ilişkin ödenen ücretlerden dolayı söz konusu teşvikten yararlanılması mümkün olamayacaktır.

İşçi yıllık ücretli izin ve istirahat gibi sürelerde çalışmadığı için, işverenler bu günler için teşvikten yararlanamayacaktır. Ancak Genelgeye göre fiilen çalışmadığı halde sigortalıların hak kazandıkları hafta tatili için ödenen ücretler ise fiilen çalışılmış süreler gibi dikkate alınacaktır.

Genelgede Ulusal Bayram ve genel tatil günleri için istihdamı teşvikten yararlanıp yararlanılmayacağı açık değildir. Kanımca bu konu hatalı düzen-

lenmiştir. Çünkü hem yıllık ücretli izin ve hafta tatili hem de Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde işçi çalışmasa da ücretini tam alır.

Genelge uyarınca, yalnızca hafta tatilinde ilave istihdamla ilgili teşvikten yararlanan işçinin hafta tatilinde olduğu gibi yıllık izin, Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde de teşvikten yararlanması gerekir.

3) Genelgede Kuruma bildirilmiş toplam sigortalı sayısının tespitinde; sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışan sigortalılar hesaplamaya dahil edilir hükmü bulunmaktadır. Ancak sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanların ilave istihdam konusu teşvikten yararlanması mümkün olmadığından ortalama işçi sayısında göz önünde tutulmaları da kanımca yanlıştır.

4) Genelgede ilginç bir şekilde “Aracı” kavramı kullanılmış olup “Aracısı bulunan işyerleri ve aracılar 4447 sayılı Kanununun geçici 7. maddesinde öngörülen işveren hissesi sigorta prim teşvikinden gerek işveren ve gerekse aracılar tarafından işe alınan toplam sigortalı sayısına göre yararlanılacağı ve hangi aracının kaç sigortalıdan dolayı teşvikten yararlanabileceği veya yararlanamayacağı hususu asıl işveren tarafından değerlendirilecektir.” ifadesi kullanılmaktadır.

Öncelikle ifade etmeliyiz ki gerek 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gerekse Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde artık aracı kavramı yer almamaktadır. Alt işveren tabiri aracı kavramı yerine kullanılmaktadır.

Genelge ile yapılan açıklamalar ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'nda getirilen asıl işveren alt işveren ilişkisini düzenleyen 2. maddenin içeriğine de aykırıdır.

Nitekim 4857 sayılı Yasanın 2. maddesinin 6. fıkrasında “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. ...” hükmü yer almaktadır.

Kanun, görüldüğü üzere yardımcı işlerde ve işletme gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl işlerde alt işveren ilişkisinin kurulma-

## Yapılacak yeni bir düzenleme ile aracı kavramı altında düzenlenen uygulamanın Genelgeden çıkarılıp asıl işveren ve alt işverenlerin ayrı başvuruda bulunmaları ve ayrı ayrı yararlanma koşullarının kabul edilmesi imkanı getirilmelidir.

sına cevaz vermekte, yalnızca asıl işte muvazaalı alt işveren ilişkilerine izin vermemektedir.

Yasal düzenleme Kanuna uygun kurulan asıl işveren-alt işveren münasebetinde de alt işvereni işçinin korunmasına dönük istisnalar dışında ayrı ve bağımsız bir işveren olarak kabul etmektedir.

Oysa ki Genelge tüm bu esaslara aykırı olarak asıl işveren ve alt işverenleri ayırım olmadan ve artık sosyal güvenlik mevzuatında da kullanılmayan aracı kavramı altında birleştirmiş ve uygulamada pek çok soruna sebep olacak şekilde bir düzenleme getirmiştir.

Bu düzenleme ile işyerinde alt işverenler ve asıl işveren arasında problemler yaşanması kaçınılmaz olacaktır. Ayrıca bu konu uygulamada birtakım karışıklıklara da sebep olacaktır.

Alt işverenlerin iş aldıkları bir başka işyerinde çalıştırdıkları işçilerden dolayı dahi olsa Kuruma prim borcu olması halinde bu durum nedeniyle asıl işverenin veya aynı işyerinde iş alan bir başka alt işverenin teşvikten yararlanmasını engelleyebileceği kuşkusuz bulunmaktadır.

Yapılacak yeni bir düzenleme ile aracı kavramı altında düzenlenen uygulamanın Genelgeden çıkarılıp asıl işveren ve alt işverenlerin ayrı başvuruda bulunmaları ve ayrı ayrı yararlanma koşullarının kabul edilmesi imkanı getirilmelidir.

5) Genelge Kanuna uygun olarak teşvikten yararlandırılmayacak muvazaalı işlemleri de saymıştır. Buna göre; "Mevcut bir işyerinin kapatılarak; değişik bir ad veya unvan ya da bir işbirimi olarak aynı faaliyette açılması veya sigortalıların bir bütün olarak devredilmesi halinde uygulanmayacağı" öngörülmüştür.

Yine yönetim ve kontrolü elinde bulunduracak şekilde doğrudan veya dolaylı ortaklık ilişkisi bu-

lunan şirketler arasında istihdamın kaydırılması, şahıs işletmelerinde işletme sahipliğinin değiştirilmesi gibi ek bir kapasite ve istihdam artışına neden olmayan işlemlerde kapsam dışında tutulmuştur.

Sonuç olarak sözlük anlamı "Yasa ve yönetmeliklerin uygulanmasında yol göstermek, aydınlatıcı ve dikkat çekici olmak gibi amaçlarla ilgililere gönderilen yazı veya sirküler" olan Genelgenin "İstihdamı Teşvik" amacıyla çıkarılan bir Yasa maddesinin metninde yer almayan bir takım kavramlar ve açıklamalarla Yasanın uygulamasını daraltıcı sonuçlar doğuracak ifadeler içermesi yanlıştır. Konunun bu yönü ile değerlendirilmesi ve Yasanın uygulama alanını daraltmayan aksine açıklayan basit ve sade bir anlatımla yeniden düzenlenmesinin Yasanın çıkarılış amacına hizmet edeceği kanısındayız.

**Şerafettin GÜLER**

TÜHİS Uzmanı

# Özelleştirmeye Tabi Kuruluşlarda Kapsam Dışı Personel Olarak Çalışan İşçiden İşsizlik Sigortasının Kesilmesi (Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında)

## T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

**Esas No** : 2007/10-663**Karar No** : 2007/770**Tarihi** : 24.10.2007**DAVA**

Taraflar arasındaki "işsizlik sigortası prim iadesi" davasından dolayı yapılan yargılama sonucunda; Ankara 10. İş Mahkemesince davanın redine dair verilen 05.06.2006 gün ve 219-240 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin 14.11.2006 gün ve 11078-14424 sayılı ilamı ile;

(...Dava, kapsam dışı personel statüsünde çalışanların, Uyuşmazlık Mahkemesinin 1995/1 Esas 1996/1 Karar sayılı kararı uyarınca Anayasanın

128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" olduğu gibi iş güvencesi bakımından kamu personeli sayılarak kamu görevlilerinin sahip olduğu iş güvencesine sahip olmakla 4447 sayılı Kanun 51. maddede sayılan haller nedeniyle işsiz kalmalarının ve dolayısıyla işsizlik sigortası hükümlerinden yararlanmalarının mümkün bulunmadığı gerekçesi ile davacının ücretinden işsizlik sigortası primi kesilemeyeceğinin tespiti ve kesintilerin şimdilik 500,00 YTL'lik kısmının Kurumca tahsil edildiği tarihten itibaren işleyecek faizi ile birlikte tahsiline ilişkindir.

Mahkemece; işsizlik sigortasının da bir sigorta türü olduğu, kapsam dışı personel olarak çalışan davacının sosyal güvenlik açısından 506 sayılı Kanuna tabi olduğunun tespiti ile sigortalılık statüsünün zorunlu olup, sosyal güvenlik hakkının vazgeçilemez ve devredilemez olduğu, dolayısıyla davacının işsizlik sigortasından yararlanmak is-



tememesinin mümkün olmadığı ve 4447 sayılı Kanununun 46/3. maddesi ile anılan kanun kapsamı dışında bırakılanların sınırlı olarak sayıldığı ve davacının statüsü itibariyle bu sayılanlar içinde bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir.

Davacının özelleştirme kapsamında bulunan Karadeniz Bakır İşletmeleri A.Ş. bünyesinde kapsam dışı personel statüsünde çalıştığı ve ücretinden işsizlik sigortası primi kesildiği tartışmasıdır.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." Mevzuatımızda kapsam dışı personelin tanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu kavram; İş Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanamayan çalışanları tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır.

Özelleştirme kapsamına alınan kamu kurumlarında çalışan personelin statülerine ilişkin olarak çıkarılan 233, 399, 527 sayılı KHK'ler de bir takım düzenlemeler yapılmışsa da kimi KHK'lerin Anayasa Mahkemesince iptali sonucu, bu konu 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine İlişkin Yasayla belirginleştirilmiştir. Bu Yasanın, amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinin (A) bendinde, yasanın amacı belirlenmiş ve bu amaca yönelik olarak (B) bendinin (e) fıkrasında da; yasanın kapsamının, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdi ile çalışan personelden özelleştirme uygulamaları sonucu işsiz kalacak olanlara mali ve sosyal haklar sağlanması, (d) fıkrasında ise yine bu kuruluşlarda çalışan kamu personelinin özlük ve sosyal haklarıyla ilgili hükümler olduğu belirtilmiştir. Nitekim 21. maddesinde, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdiyle ücret karşılığı çalışanlar hakkında düzenlemelere yer verilmiştir. Kamu personeli ile ilgili olarak da, kuruluşlardaki personelin nakli başlıklı 22. maddesinde özelleştirme programına alınan, özelleştirilen, faaliyeti durdurulan, küçültülen, kapatılan veya tasfiye edilen kuruluşlarda çalışan 657 sa-

yılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel ile sözleşmeli personelin (kapsam dışı personel dahil) diğer kamu kurum veya kuruluşlarına 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8/f bendinde yer alan hükümler de dikkate alınarak nakledilirler denilmekte, aynı maddenin (b) bendinde; ataması yapılan personelin işe başlama sürelerine ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62 ve 63. maddeleri hükümleri uygulanır, hükmü yer almaktadır. Geçici madde 9'da da gerek sözleşmeli personel, gerekse de kapsam dışı personel, kamu personeli olarak kabul edilmiştir.

Anılan hükümler uyarınca, özelleştirme kapsamındaki kuruluşlarda çalışan, toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunmayan, mali ve sosyal hakları kurumunca çıkarılan Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinde düzenlenen, İş Kanunu hükümlerine göre işine son verilmesi mümkün olmayan ve kuruluşun özelleştirilmesi nedeniyle diğer kamu kuruluşlarına nakli Devlet Personel Başkanlığınca yapılan kapsam dışı personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" olarak nitelendirilmeleri gerektiği ve kamu personeli olduğu açıktır.

4447 sayılı Kanununun 46/3. maddesinin 08.09.1999 tarihinde yayınlanan ilk metninde; sadece, 506 sayılı Kanunun 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar ile sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek yada ödemeksizin çalışanlar kapsam dışı bırakılmış iken, 4571 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile işsizlik sigortası kapsamında olmayanlar yönünden genişletici bir düzenlemeye gidilmiştir. 4571 sayılı Kanun ile değişik 46/3. madde ile "506 SK.'nın 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar, ... 657 s. Devlet Memurları Kanunu, ... 233 ve 399 s. KHK'ler ile 190 s. KHK'ye tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile 657 s. K'na göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar bu kanun kapsamına dahil değildir." şeklinde hüküm yeniden düzenlenmiştir.

Ülkemizde yeni olan işsizlik sigortası uygulamasında yol gösterici olması bakımından düzenlemelerin kanun koyucu tarafından açıklanan gerekçeleri gözardı edilmemelidir. 4571 sayılı Kanun ile 4447 sayılı Kanununun 46. maddesinde yapılan genişlemenin madde gerekçesinde; "4447 sayılı İşsizlik sigortası Kanununda; işsizlik ödeneğinin 506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılara ödeneceği hükme bağlanmış, ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi statüsünde bulunmayan sözleşmeli personelden işsizlik sigortası kesintisinin yapılıp yapılmayacağı hususunda bir açıklık bulunmadığından, söz konusu personelden SSK'na tabi olanların, Emekli Sandığına tabi olanlara göre %2 oranında işsizlik sigortası kesintisi nedeniyle mağduriyetlerinin önlenmesini teminen 4447 s. K. 46/3.fıkranın yeni düzenlemesi metne eklenmelidir." açıklaması yer almıştır.

Anılan hükümler ve kanun koyucunun açık iradesi karşısında, kapsam dışı personel olarak çalışan davacının 4447 sayılı Kanununun 46/3. fıkrasında sayılan kamu görevlisi olduğu ve işsizlik sigortasının kapsamı içinde bulunmadığının kabulü gereklidir.

Açıklanan maddi ve hukuki nedenler gözetilmeksizin eksik araştırma, inceleme ve yanılığın değerlendirme ile davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir,

## **HUKUK GENEL KURULU KARARI**

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

I- Davalı vekilinin "davanın reddine" ilişkin hükmü temyizde hukuki yararı bulunmadığından temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

II- Davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Dava, Karadeniz Bakır İşletmeleri AŞ'de kapsam dışı personel olarak çalışan davacının ücret-

tinden "işsizlik sigortası primi" adı altında yapılan kesintilerin iadesi istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece; kapsam dışı personelden işsizlik sigortası primi kesilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek "davanın reddine" karar verilmiş, Özel Dairenin yukarıda yazılı bozma kararı üzerine önceki hükümde direnilmiştir.

Uyuşmazlık; kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen kapsam dışı personelin İşsizlik Sigortası Kanununa tabi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununda; sigortalılara işsiz kalmaları halinde, Kanunda öngörülen ödemenin yapılması yanında, yeni bir iş bulabilmeleri için mesleki geliştirme, yeni bir meslek edindirme ve yetiştirme eğitimi verme hizmetleri de amaçlar arasında sayılmıştır.

İşsizlik sigortası zorunlu olup, işlevini yerine getirebilmesi, uygulamanın sistematik bir bütünlük içerisinde yapılmasına bağlıdır (m.48).

İşsizlik sigortasının kişiler bakımından kapsamı 506 sayılı Kanuna paralel bir şekilde düzenlenmiştir (m.47/1-d). 506 sayılı Kanun anlamında sigortalılık niteliğini kazanma açısından aranan koşullar, işsizlik sigortasının kapsamı içinde aynen geçerli olmaktadır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 2. maddesinde belirtilen sigortalılar (Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar) ile aynı Kanununun Geçici 20. maddesinde açıklanan sandıklara tabi sigortalılar ve müteakabiliyet esasına dayalı olarak yapılan anlaşmalara göre çalışan yabancı işçiler, işsizlik sigortasının kapsamında yer almaktadır (m.46/2).

Kapsamda bulunmayanlar ise; 4447 sayılı Kanununun 4571 sayılı Kanunla değişik 46. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilmektedir:

Buna göre, 506 sayılı Kanunun 3. maddesinde "sigortalı sayılmayanlar" işsizlik sigortasının da kapsamı dışında bulunmaktadır. Bunun dışında, sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek yada ödemeksizin çalışanlar ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu,

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu, 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu, 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar bu Kanun kapsamına dahil değildir.

Anılan madde sınırlandırıcı nitelikte olup, kapsamının yorum yolu ile genişletilmesi düşünülemez.

Maddede "kapsam dışı personel" ifadesi yer almamış olmakla birlikte tam bir değerlendirme yapılabilmesi için tanımına ve içeriğinin belirlenmesine gereksinim vardır.

Kapsam dışı personel İş Hukuku ile ilgili bir kavramdır. Kapsam dışı bırakılma, toplu iş sözleşmesinden yararlanmama sonucunu doğurur, işçiyle işveren arasındaki bireysel iş ilişkisini, hizmet sözleşmesine dayanan olguyu etkilemez. Kapsam dışı bırakılacak olanlar, iş sözleşmeleri veya işyerinde uygulanan personel yönetmelikleri ile İş Hukukunun güvencesi altında bulunmaktadır.

İşçiler ya yasadan ötürü zorunlu olarak kapsam dışı kalmakta, yada toplu iş sözleşmesinin tarafları serbest iradeleri ile bazı işçi gruplarını kapsam dışı bırakmaktadır.

Bunlar hizmet akdiyle çalışan, İş Kanununa, sosyal güvenlikleri yönünden ise 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi kişiler olup, kapsam dışı bırakılmaları, bunların işçilik sıfatını, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılmaları olgusunu etkilememektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinde kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği, 5. maddesinde ise; bu Kanuna tabi kurumların, dördüncü maddede yazılı dört istihdam şekli dışında personel çalıştırmayacakları kurala bağlanmıştır.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/a maddesinde ise teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetlerin; memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle gördürüleceği belirtilmiş, bu düzen-

lemede ayrıca bir "kapsam dışı personel" ifadesine yer verilmemiş, (e) bendinde; işçilerin bu Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olmadığı ifade edilmiştir. Yine aynı Kanun Hükmünde Kararnamenin 25. maddesinin (c) fıkrasında sözleşmeli personelin ücretinin nasıl saptanacağı, 25 ve devamı maddelerinde diğer mali ve sosyal haklar düzenlenmesine karşın, bu düzenlemeler içinde de kapsam dışı personele yer verilmemiştir.

Kapsam dışı personel mali ve sosyal haklar yönünden 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelere tabi tutulmamıştır.

Haklarında, statü hukukuna ilişkin hiçbir yasal düzenleme bulunmayan, sadece KİT'lerce kendi durumlarına uygun yönetmelikler çıkartılan kapsam dışı personelin Anayasanın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" tanımı içerisinde kabulüne yasaca olanak bulunmamaktadır.

Kapsam dışı personel Kamu Hukukunda iş gücünün istihdamını belirleyen -statü hukukuna tabi- bir çalışma statüsü değildir. Kapsam dışı bırakılan işçiler, işverenleri ile olan çalışma ilişkilerine hizmet akdi çerçevesinde devam etmektedirler. Sınırlı olarak belirtilen istihdam türlerine toplu sözleşmenin taraflarınca yeni bir statü eklenebilir.

Kapsam dışı personelin, 4571 sayılı Kanunun 3. maddesi ile işsizlik sigortası kapsamında bulunmadıkları yönünde açıklık getirilen "sözleşmeli personel"e benzer şekilde gibi değerlendirilmeleri gerektiği yönündeki düşünceye gelince;

KİT personel rejimini düzenleyen 399 sayılı KHK ile de 657 sayılı Kanunda aynı adı taşımakla birlikte farklı bir sözleşmeli personel uygulamasına gidildiği görülmektedir.

Sözleşmeli personel; kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hollere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu

hizmeti görevlileri olarak tanımlanmaktadır (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.4/B).

Bunların dışında 399 sayılı KHK'nin istihdam şekillerinde sözleşmeli personel ibaresi yer almış ve 3/C maddesinde; "...teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esasları dışında yürüttükleri hizmetlerinde bu KHK'de belirtilen hukuki esaslar çerçevesinde akdedilecek bir sözleşme ile çalıştırılan ve işçi statüsünde olmayan personel" olarak tanımlanmıştır.

Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışan sözleşmeli personel, 399 sayılı KHK hükümlerine tabi bulunmaktadır. Bu KHK'de hüküm bulunmayan konularda ise 657 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaktadır.

Görüldüğü gibi, işçi niteliğinde bulunan kapsam dışı personelin, farklı esaslara ve statüye tabi tutulmuş olan sözleşmeli personel gibi ele alınarak değerlendirilmeleri mümkün bulunmamaktadır.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Kanununun, özelleştirme programına alınacak kuruluşlardan personel naklini düzenleyen 22. maddesinde (kapsam dışı personel) ifadesine yer verilmiş olması, Yasanın amaç ve kapsamıyla ilgilidir.

Anılan Yasa, özelleştirme uygulamalarını düzenlemeye, özelleştirmeye tabi yerlerde çalışanların mali ve sosyal haklarını güvence altına almaya yöneliktir.

Nitekim 1. maddesinde; özelleştirme uygulamaları kapsamında bulunanlara mali ve sosyal haklar sağlanması amacından söz edilmektedir. Özelleştirme uygulamalarına ilişkin bir yasa ile kamuda çalışanların istihdam ilişkilerini düzenlenmesi beklenmemelidir. KİTlerde çalışan ve özelleştirme uygulamalarında nakle tabi tutulan kapsam dışı personelin, sözleşmeli personel gibi (kamu personeli olarak) nitelendirilmeleri, Yasanın amacına da aykırı bulunacaktır.

Kaldı ki, 2005 yılında anılan maddede yapılan değişiklik ile (kapsam dışı personel) ifadesi yerine; "İş Kanunlarına tabi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel" ifadesine yer verilerek, duruma açıklık getirilmeye çalışılmaktadır.

Belirtilen düzenlemeler hep birlikte değerlendirildiğinde; KİTlerde "kapsam dışı personel" adı altında, İş Kanununa tabi olarak çalıştırılan ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre sosyal güvenlik yönünden sigortalı kabul edilip bu kurumla ilişkilendirilen davacının ücretinden işsizlik sigortası primi kesilmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular karşısında mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

## SONUÇ

1- Davalı vekilinin (I) numaralı bentte açıklanan nedenlerle: Temyize hukuki yararı bulunmadığından temyiz dilekçesinin REDDİNE,

2- Davacı vekilinin temyiz itirazlarının (II) numaralı bentte açıklanan nedenlerle reddi ile direnme kararının ONANMASINA, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 24.10.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

## HUKUK GENEL KURULU KARARININ İNCELENMESİ

### GİRİŞ

Davaya konu olan olayda, işçi statüsünde çalışmakta olan davacının kendisinden kesilmekte olan işsizlik sigortası payının bundan sonra kesil-

memesi ayrıca kesilenlerin de faiziyle birlikte iade edilmesi talebi bulunmaktadır. Davaya bakan ilk derece mahkeme isteği reddederek şöyle bir hükme varmıştır:

- İşsizlik sigortasının da bir sigorta türü olduğu,
- Kapsam dışı personel olarak çalışan davacının sosyal güvenlik açısından 506 sayılı Kanun'a tabi olduğu,



## Kapsam dışı personel kavramının ortaya çıkmasında en önemli unsur halen yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunması ilkesidir.

- Sigortalılık statüsünün zorunlu olduğu,
- Sosyal güvenlik hakkının vazgeçilemez ve devredilemez olduğu,
- Davacının işsizlik sigortasından yararlanmak istememesinin mümkün olmadığı,
- 4447 sayılı Kanun'un 46/3. maddesi ile anılan kanun kapsamı dışında bırakılanların sınırlı olarak sayıldığı,
- Davacının statüsü itibarıyla bu sayılanlar içinde bulunmadığı,

gerekçeleri ile davanın reddine karar vermiştir.

İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu bu karar temyiz edilmiştir. Olaya bakan Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu bu kararı bozarak, davacıdan işsizlik sigortasının kesilmemesi gerektiğini, kapsam dışı olarak çalışan bu kişilerin Anayasa'nın 128. maddesinde zikredilen kamu görevlisi olduğunu ayrıca 4571 sayılı Kanun ile 4447 sayılı Kanununun 46. maddesinde yapılan değişiklik sonrası özelleştirmeye tabi kuruluşlarda çalışan kapsam dışı personelden de işsizlik sigortasının kesilmemesi ve 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nun 22. maddesine de atıfta bulunarak bu kişilerin havuza aktarılmaları gerektiği yönünde bir hükme varmıştır.<sup>1</sup>

Ancak ilk derece mahkemesi ilk verdiği kararda direnmiştir. Bunun üzerine dava Hukuk Genel Kurulu'nca ele alınarak yukarıya alıntı yaptığımız şekilde bir karara varılmıştır.

### KARARIN İNCELENMESİ

Bize göre davada irdelenmesi gereken dört önemli nokta bulunmaktadır:

İlki; kapsam dışı personelin niteliği yani kapsam dışı personel kavramı ile ne anlatılmak istendiği,

İkincisi; kimlerden işsizlik sigortasının kesileceğidir. Bir başka ifade ile kimlerin işsizlik sigortasının kapsamı dışında kaldığıdır.

Üçüncüsü; 1982 Anayasası'nın 128. maddesinde zikredilen "diğer kamu görevlileri" kavramı ile ne anlatılmak istendiğidir.

Son olarak 4046 sayılı Kanunun kapsamı ve 22. maddesi ile getirilmek istenen düzenlemeden kaynaklanmaktadır.

### Kapsam Dışı Personel Kavramı

Hukuk Genel Kurulu Kararı içinde de dile getirildiği gibi "Uyuşmazlık; kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen kapsam dışı personelin İşsizlik Sigortası Kanununa tabi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır." Belirtmek gerekir ki kapsam dışı personel olarak dile getirilen kişiler işçidir. Bir iş sözleşmesi ile çalışmaktadırlar. İşçi olarak işe girdikten sonra ya kanundan dolayı bazı kişiler kapsam dışı kalmakta veya toplu sözleşme taraflarınca bir grup çalışan kapsam dışı kalmaktadır. "Bir işyeri, işyerleri veya işletmede, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye olsun veya olmasın, belirli bir nitelik ve konumda bulunan işçilerin toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı dışında tutulmasına kapsam dışı bırakılma; konumları gereği toplu iş sözleşmesinin uygulanmadığı işçilere de kapsam dışı personel denilir."<sup>2</sup>

Kapsam dışı bırakılacak işçilerin sendika üyesi olması veya olmaması durumu değiştirmemektedir. Sendika üyesi olan bir grup işçi, dayanışma aidatı ödeyen bir grup işçi veya herhangi bir sendikayla hiçbir bağlantısı olmayan bir grup da kapsam dışı bırakılabilir. Kapsam dışı personel kavramının ortaya çıkmasında en önemli unsur halen yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunması ilkesidir. Çünkü bir toplu iş sözleşmesi yoksa tarafların kapsam dışı bırakma eylemi de gerçekleşmeyecektir. Kanunen kapsam dışı kalanlar (işveren vekili gibi) hariç, TİS yoksa kapsam dışılık da olmayacaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere işyeri ve/veya işletmede bir toplu iş sözleşmesinin bulunması gerekir. Aksi takdirde toplu iş sözleşmesi olmadan bir grup çalışanın TİS dışı bırakılarak bir uygulamaya gidilmesi düşünülemez. Taraflar arasında bir TİS imzalandıktan sonra nesnel kriterler göz önünde bulundurularak yine tarafların anlaşması neticesinde (kapsam dışı kalacak olanların rızası şart değil) kapsam dışı bırakılacak grup tespit edilir. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan işyerinde çalışan bazı işçilerin kapsam dışı bırakılmasına ilişkin hükümlerin geçerliliği, tarafların sözleşme özerkliğine dayandırılmaktadır. Buna göre toplu iş sözleşmesiyle bağlı olanlar ile toplu iş sözleşmesinin kişiler bakımından uygulama alanı karış-



## Hukuk Genel Kurulu'nun "Anılan madde sınırları nitelikte olup, kapsamının yorum yolu ile genişletilmesi düşünülemez" hükmü yerinde ve isabetli bir karar olmuştur.

tırılmamalıdır. Sözleşme ile bağlı olanlar kanun ile belirlenirken, sözleşmenin uygulama alanına kimlerin gireceğini ise taraflar belirlemektedir.<sup>3</sup>

### İşsizlik Sigortası

İşsizlik sigortasının ana mantığında kapsamda olup kendi isteği dışında işini kaybedene belli bir süre gelir sağlamaktır. Ancak bu noktada öncelikli problem kimlerin kapsama gireceğinin belirlenmesidir. Bir başka ifade ile kimlerden işsizlik sigortası priminin kesileceğinin belirlenmesi gerekir. Kısaca işsizlik sigortasına ve bunun temel felsefesine değinmekte fayda vardır.

"İşini kaybeden işçiye, işverenin tazminat vermediği veya sosyal sigortaların bir başka dalından ödenek verilmeyen dönemde, yardım yapılması amacıyla kurulan, ekonomi dilinde ise, tam ve kısmi işsizlik halinde bulunan emekçilere yardım usulü; şeklinde ifade edilmektedir."<sup>4</sup> İşsizlik sigortası kendine has bazı özellikler taşımaktadır. İşsizlik riskini tazmin özeliği, zorunlu olması, prim ödemesi, devletçe kurulma özeliği ve yeniden işe yerleştirme özellikleri bulunmaktadır. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda; sigortalılara işsiz kalmaları halinde, Kanunda öngörülen ödemenin yapılması yanında, yeni bir iş bulabilmeleri için mesleki geliştirme, yeni bir meslek edindirme ve yetiştirme eğitimi verme hizmetleri de amaçlar arasında sayılmıştır. İşsizlik sigortası zorunlu olup, işlevini yerine getirebilmesi, uygulamanın sistematik bir bütünlük içerisinde yapılmasına bağlıdır (m.48). Hukuk Genel Kurulu'nun işsizlik sigortası konusunda verdiği karar da yerinde ve isabetlidir.

Kimlerin işsizlik sigortası kapsamı dışında olduğu da Kanunla belirlenmiştir. Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda da dile getirildiği gibi 506 sayılı Kanunun 3. maddesinde "sigortalı sayılmayanlar" işsizlik sigortasının kapsamı dışında bulunmaktadır. Ayrıca;

- Sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışanlar,
- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu, 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu,
- 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar,
- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar,
- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin b fıkrasında 50 den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinde çalışanlar,
- İşverenin ücretsiz çalışan eşi,
- Ücretli ve sürekli olarak çalışanlar hariç ev işlerinde çalışanlar,
- Askerlik hizmetini yapmakta olanlar.
- Ülkelerinde sigortalı olan yabancılar.
- Meslek okulunda pratik eğitim yapan öğrenciler,
- Cezaevlerinde atölyelerde çalışan mahkumlar.
- Rehabilitasyon tedbirlerine katılan hastalar.
- Kendi nam ve hesabına çalışanlar.
- Köy sınırları içerisinde kendi ihtiyaçları için yapılan inşaat işlerinde çalışanlar.<sup>5</sup>
- Topluluk sigortasına tabi olanlar.
- İsteğe bağlı sigortalılar.

Hukuk Genel Kurulu'nun "Anılan madde sınırları nitelikte olup, kapsamının yorum yolu ile genişletilmesi düşünülemez" hükmü yerinde ve isabetli bir karar olmuştur.

### Diğer Kamu Görevlileri

Toplu iş sözleşmesi ile bazı kişilerin kapsam dışı bırakılmaları onların işçilik statüsünü değiştirmemekte sadece imzalanan toplu sözleşmeden yararlanamayacakları anlamına gelmektedir. Bu kapsam dışılık olgusu bir sözleşme dönemi ile sınırlı olabileceği gibi müteaddid defalar tekrar da edebilir. Hatta bu kişiler arzu ederlerse sendikaya da üye olabilirler ancak toplu iş sözleşmesinden

## Kapsam dışı personel kamu hukukunda işgücünün istihdamını belirleyen -statü hukukuna tabi- bir çalışma statüsü değildir.

yararlanamayacakları için bu üyeliğin pratikte bir faydası bulunmamaktadır. Bir sözleşme ile kapsam dışı bırakılan bir grup işçi bir sonraki dönem kapsam içine alınabilir. Dolayısıyla bu kişilerin kapsamda olmaları veya kapsam dışına çıkmaları sadece toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanmayacakları bakımından bir anlam taşımaktadır. Yoksa bu kişilerin statülerinin değişeceği anlamına gelmemektedir. Kimlerin kamu görevlisi olduğu kimlerin olmadığı ancak Yasa ile belirleneceğinden mahkeme kararıyla da olsa işçi olarak işe girip TİS ile kapsam dışı bırakılan bir grup işçinin kamu görevlileri sayılmaları mümkün değildir. "Devletin kamu görevlisi olarak çalıştıracağı kişileri belirleme hakkı kendisine aittir. Bunu toplu iş sözleşmesi taraflarının iradesine bırakması düşünülemez."<sup>6</sup> Keza "Kapsam dışı personel" statüsü diye kamuda, kamu hukukuna dayanan bir istihdam şekli söz konusu değildir. Kapsam dışı personel vardır, ama bu bir çalıştırma statüsü değildir. Statü dediğimiz olay ve statüye geçiş eski-lerin deyişiyle İdare Hukukunun şart tasarrufu denilen işlemle gerçekleşir, bir atama olur ve atanmış kişi önceden belirlenmiş, mevzuatla düzenlenmiş kurallara uygun bir çalışma şartları içerisine girer."<sup>7</sup> Anayasa'nın 128. maddesinde dile getirilen "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." hükmüne dayanarak kapsam dışı personeli diğer kamu görevlisi kabul etmek mümkün bulunmamaktadır. Nitekim Hukuk Genel Kurulu da bu yönde isabetli bir tespitte bulunmuştur.

Zaten 657 sayılı Kanununun 4. maddesinde kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği, 5. maddesinde ise; bu Kanuna tabi kurumların, dör-

düncü maddede yazılı dört istihdam şekli dışında personel çalıştıramayacakları kurala bağlanmıştır. Çok açık bir şekilde kamuda ne tür istihdam şekillerinin olduğu dile getirilmiştir. Bu sayılanlar arasında "kapsam dışı personel" ise yer almamaktadır. Keza 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/a maddesinde ise teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetlerin; memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle gördürüleceği belirtilmiş, bu düzenlemede ayrıca bir "kapsam dışı personel" ifadesine yer verilmemiş, (e) bendinde; işçilerin bu Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olmadığı ifade edilmiştir. Yine aynı Kanun Hükmünde Kararnamenin 25. maddesinin (c) fıkrasında sözleşmeli personelin ücretinin nasıl saptanacağı, 25 ve devamı maddelerinde diğer mali ve sosyal haklar düzenlenmesine karşın, bu düzenlemeler içinde de kapsam dışı personele yer verilmemiştir.

Haklarında, statü hukukuna ilişkin hiçbir yasal düzenleme bulunmayan, sadece KİT'lerce kendi durumlarına uygun yönetmelikler çıkartılan kapsam dışı personelin Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" tanımı içerisinde kabulüne yasaca olanak bulunmamaktadır. Kapsam dışı personel kamu hukukunda işgücünün istihdamını belirleyen -statü hukukuna tabi- bir çalışma statüsü değildir. Kapsam dışı bırakılan işçiler, işverenleri ile olan çalışma ilişkilerine hizmet akdi çerçevesinde devam etmektedirler. Sınırlı olarak belirtilen istihdam türlerine toplu sözleşmenin taraflarınca yeni bir statü eklenemez. Hukuk Genel Kurulu'nun dile getirdiği bu görüşler konun aydınlatılması açısından oldukça isabetli olmuştur.

### 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesi

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Kanunu'nun, özelleştirme programına alınacak kuruluşlardan personel naklini düzenleyen 22. maddesinde (kapsam dışı personel) ifadesine yer verilmiş olması, Yasanın amaç ve kapsamıyla ilgilidir. 4046 sayılı Kanununun 22. maddesi 2005 yılında yapılan değişiklik ile "kapsam dışı personel" ifadesi yerine; "iş kanunlarına tabi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube mü-

dürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel" ifadesine yer verilerek, duruma açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Belirtilen düzenlemeler hep birlikte değerlendirildiğinde; KİT'lerde "kapsam dışı personel" adı altında, İş Kanununa tabi olarak çalıştırılan ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre sosyal güvenlik yönünden sigortalı kabul edilip bu kurumla ilişkilendirilen davacının ücretinden işsizlik sigortası primi kesilmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Dolayısıyla Hukuk Genel Kurulu'nun istihdam şekillerini ayrı ayrı açıklayarak kimlerin kamu görevlisi olduğunu kimlerin kamu görevlisi olmadığı, ayrıca işsizlik sigortasının dışında kimlerin kaldığını da dikkate alarak kapsam dışı personelden işsizlik sigortasının kesilmesi gerektiği yönündeki kararını, açıklamalarımızın da ışığı altında isabetli buluyoruz.

## DİPNOTLAR

- 1 T.C. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Esas No: 2006/11084, Karar No: 2006/14430, Tarihi: 14.11.2006. Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu bu karar tarafımızca SİCİL Dergisinde incelenmiştir. Kararın ve incelemenin tam metni için; Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2008, Sayı 9, s. 162-173.
- 2 Mevlüt Can, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği, İstanbul, Sentez Yayınları, 1996, s. 50.
- 3 Talat Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Ankara, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan Kamu-İş Yayını, Cilt 6 sayı 4, 2002, s. 192.
- 4 Faruk Andaç, İşsizlik Sigortası, Ankara, TÜHİS Yayın No: 33, 1999, s. 37.
- 5 Ayhan Gençler, Türkiye'de İşsizlik Sigortası Uygulaması, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Dergisi, <http://www.cmis.org.tr/dergi/052002/makale1.pdf>
- 6 Fevzi Şahlanan, KİT Personel Rejimi, Ankara, Türkiye' de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, TÜHİS Yayını, 2003, s. 150.
- 7 Fevzi Şahlanan, KİT'lerde Kapsam Dışı Personel Uygulaması ve Konuya İlişkin Son Yargı Kararları, Ankara, Türk Çalışma Hayatının Güncel Sorunları Semineri, TÜHİS Yayını, 1999, s. 131.

## KAYNAKÇA

- Andaç, Faruk, İşsizlik Sigortası, Ankara, TÜHİS Yayın No: 33, 1999.
- Can, Mevlüt, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği, İstanbul, Sentez Yayınları, 1996.
- Canbolat, Talat, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Ankara, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan Kamu-İş Yayını, Cilt 6, Sayı: 4, 2002, s.192.
- Gençler, Ayhan, Türkiye'de İşsizlik Sigortası Uygulaması,

Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Dergisi, <http://www.cmis.org.tr/dergi/052002/makale1.pdf>

- Şahlanan, Fevzi, KİT Personel Rejimi, Ankara, Türkiye' de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, TÜHİS Yayını, 2003.
- Şahlanan, Fevzi, KİT'lerde Kapsam Dışı Personel Uygulaması ve Konuya İlişkin Son Yargı Kararları, Ankara, Türk Çalışma Hayatının Güncel Sorunları Semineri, TÜHİS Yayını, 1999.

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

Sakarya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# İş Yasası'ndaki İdari Para Cezalarında Son Durum

## I. GİRİŞ

Aşağıda ayrıntılı biçimde sunulacağı gibi, yasa koyucu 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” (RG.26.05.2008, No.26887) ile 4857 sayılı İş Kanunu'nda (ve 4447 sayılı Kanun, 4904 sayılı Kanun, 5510 sayılı Kanun, 4046 sayılı Kanun vs. gibi bazı kanunlarda) çeşitli değişikliklere gitmiştir. Biz bunların tümünü değil sadece 4857 sayılı İş Kanunu'na yönelen ve onda dahi yalnızca idari para cezasıyla ilgili görülenleri aşağıda incelemeye çalışacağız. Bunu yaparken de şöyle bir sıra takip edeceğiz.

## II. 4857 SAYILI İŞ KANUNU'NDAKİ İDARİ PARA CEZALARININ KISA GEÇMİŞİ

Bilindiği üzere 4857 sayılı İş Kanunu'nun Sekizinci Bölümü'nü oluşturan ve idari ceza hükümleri biçiminde genel kenar başlığını taşıyan 98-108. maddeleri arasında (onlar dahil) yer alan hükümlerde yasanın daha önce sevk ettiği hükümlere aykırı davranışta bulunan işveren/işveren vekilini (istisnaen de işçiyi) belli ölçüde idari para cezası yaptırımıyla karşılayan hükümlere yer verilmiştir.

Böylece devlet, öngördüğü çalışma düzeninin öncelikle bozulmamasını ve fakat bozulduysa, onu bozanları bir ölçüde cezalandırma yoluna gitmiştir. Bilindiği üzere teknik-hukuki anlamda cezanın (izlenen bakış açısına da bağlı olarak) amaçları çeşitlidir. Yıkılan toplum düzenini korumak, bozma niyeti olanları caydırmak fakat engel olamadığında toplum adına ona yaptırım uygulamak ve nihayetinde toplum düzenini bozarak anormal tutum sergileyen kimsenin ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması böyledir. Cezanın caydırıcılığı iki yönde görülür. Birincisi, suç işleyen bu eylemini karşılıksız bırakmadığından ve bundan sonra da bırakmayacağından o kişi cezayla karşılaşacağı düşüncesiyle suç işlemekten çekinecektir. Diğeriyse, düzeni ihlal edenin cezalandırıldığını gören başkaları da ondan ibret alarak suç işlemekten kaçınacaklardır. Genel olarak ceza siyaseti bakımından söylenecekler kısaca bunlardır. Gerçi yasanın bu maddelerinde düzenlenen cezalar teknik-hukuki manada bir ceza değil, idari para cezasıdır ama bunlarda dahi cezanın düzene aykırı eylemlerin faillerini/sorumlularını cezalandırarak hem ibret ve hem de ıslah işlevinin bulunduğu söylenebilir.

Kanun koyucu ceza hükümlerinde ceza ile karşıladığı alanlarda hukuki işlemlerin geçersizliği ve

olay haksız fiil teşkil ettiğinde yol açabileceği tazmin sorumluluğunu bertaraf etmiş değildir.<sup>1</sup> Burada onlardan farklı olarak toplum-devlet adına bir tepki gösterimi niteliğinde ayrı bir yaptırımın uygulanması söz konusudur. Ancak iş hukukunun sosyal niteliği, ondaki cezaların genel ceza hukukundan kimi yönleriyle farklılık göstermesini gerekli kılar. Nitekim günümüzde durum böyledir ve iş hukukunun sosyal yanının genel ceza hukukunu etkileyip onda bazı gelişme ve değişmelere yol açtığı kabul edilir. Örneğin tüzel kişilerin sorumluluğu ile suç sayılan eylemdeki maddi hareketi gerçekleştirmediği halde bir kimsenin sorumlu tutulması böyledir. İş hukukundaki ceza hükümlerinin “sosyal ceza hukuku” adıyla anılarak genel ceza hukukundan ayrılması isabetlidir.<sup>2</sup> Nitekim geçmiş dönemde yaşanan kimi olumsuzluklar da dikkate alınarak yeni yasada tüm para cezalarının bir idari para cezası niteliği taşıdığı açıkça belirtilmiştir. Yine buna uygun olarak 4857 sayılı İş Kanunu’nun 08.02.2008’de 5728 sayılı Kanun’la değiştirilene kadar yürürlükte kalan metninde, anılan para cezalarının bir idari makamca verileceği ve buna itirazın da idari yargıda dava olarak yapılabileceği dile getirilmişti. Bu sistemin, anılan yaptırımları gerçek bir ceza niteliğinden ve böylece gerçek bir suç ve ceza niteliğiyle tekerrür vs. gibi ceza hukuku kurumlarından uzaklaştırması olumlu yanlarıydı. Fakat iş hukuku alanında bilgiyi de gerektiren bir yargılamayı gündeme getirebileceğinden, biraz farklı sistemle çalışan idari yargı yerlerinin yeter derecede iş hukuku bilgisini de gerektireceği söylenebilir. Keza (08.02.2008’e dek) mevcut sistemin zaten yürürlükte olan genel idari yargılama sistemine ne derece uygunluk taşıdığı da tartışmaya açıktı.<sup>3</sup> Ancak 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı olup da 01.06.2005’ten itibaren yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu idari yaptırım uygulanan haksızlıkları kabahat olarak algılamış (KabK. 2) ve kendi genel hükümlerinin (KabK. 1-31) diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağını öngörmüştür. (KabK. 3) İşte bu genel hükümlerden birisi de idari para cezası kararına karşı işletilebilecek başvuru kanun yolu ile itiraz kanun yoludur. Buna göre 01.06.2005’ten itibaren idarece verilen idari para cezasına karşı kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren 15 gün içinde Sulh Ceza Mahkemesi’ne başvurulabilecektir (KabK. 27/1).

Ancak idari para cezasına mahkemece hükmedilirse durum farklıdır (KabK. 27/5). Ayrıca bir başka kanun yolu olarak ağır ceza mahkemesinde “itiraz yolu” tanınmıştır (KabK.29). Böylece Kabahatler Kanunu çerçevesinde idari para cezası kararına karşı başvurulacak kanun yolunun ve yargı merciinin İş Kanunu’ndakinden (ve ilgili birçok yasadan) farklılık taşıdığı görülmüyordu. Fakat bunun İş Kanunu (KabK.’dan farklı hüküm öngören diğer yasalar) çerçevesinde geçerliliği, Kabahatler Kanunu’nun İş Kanunu’nda (ve ilgili diğer yasalarda) değişiklik yapıp onun ilgili hükümlerini yürürlükten kaldırdığının kabulüne bağlı idi ve aşağıda sunulacağı gibi böyle düşünenler var ise de, bizce İş Kanunu’nda böylesi bir değişiklik söz konusu değildi. Bizce, Kabahatler Kanunu sadece genel olarak idari para cezalarına itiraz merciini değiştirmişti. Eğer bunun İş Kanunu (ve ilgili diğer yasalar) çerçevesinde de geçerliliği kabul edilirse (ki biz bu konuda değiliz) idari yaptırımları (konumuz itibarıyla idari para cezalarını) idari yargıdan alıp ceza yargısına bırakmak (idari yargıya nazaran) olumlu bir yaklaşımdı. Ancak yine de bizce isabetli olan hal tarzı, bu konuda uzman olan iş mahkemelerinin görevli kılınması idi ve halen de inancımız böyledir. Konu hakkında ileride ayrıca bilgi sunulacaktır. Yalnız kısaca belirtilsin ki, 5326 sayılı Kanun’dan itibaren durum öğreti ve uygulamada tartışılmış ve İş Kanunu bağlamında bile KabK. hükümlerini geçerli gören çeşitli yerel mahkeme kararları gibi UYM kararları bile verilmişti. Hatta işin içine Anayasa Mahkemesi de girerek KabK.’nın genel yasa niteliğinden söz eden 3 üncü maddesi hükmü ile çeşitli hükümlerini iptal etmişti. Daha sonra 5560 sayılı Kanun çıkarılarak KabK. m.3 hükmü yeniden düzenlenmiş ve KabK. dışındaki yasaların kanun yolu bağlamında farklı hükümlerine ilişilmediği belirtilmişti. Keza artık UYM tarafından gelinen nokta da (5560 sayılı Kanunla birlikte) bizimle aynı yönde idi ve böylece uygulama da öğretilde tarafımızdan savunulan şekilde cereyan etmeye başlamış ve devam edegeliyordu. Fakat ne olduysa kanun koyucu bu eğiliminden vazgeçmiş ve 5326 sayılı KabK.’nın ilk düzenlemesiyle doğrudan ulaşamadığı sonuca biraz dolambaçlı ve zahmetli biçimde ulaşmak için bu kez 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunla varmış gözükmektedir. Zira hemen RG’de yayımlanarak



08.02.2008'den itibaren yürürlüğe giren (RG.08.02.2008, No.26781) bu yasa ile oldukça fazla sayıda kanunda değişiklik yapılmış olup bunlardan birisi de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 107. maddesi ile İş Kanunu m. 108/ fıkra 2 hükmüdür. Anılan değişiklikler incelendiğinde denebilir ki, İş Kanunu m. 107 hükmü 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmiş olup, değişiklik sadece hükümde daha önce para cezası diye ifade edilen yaptırımın idari para cezası olduğunun açıkça dile getirilmesi ve öngörülen idari para cezası miktarının artırılarak sekizbin TL'ye çıkarılması ile para biriminin YTL yerine TL (Türk Lirası) olarak ifade edilmesi tarzında olmuştur. Buna karşın İş Kanunu m. 108/fıkra 2 hükmünün yürürlükten kaldırılması daha önemli ve yeniden kimi tartışmaları başlatmaya elverişli bir tutum olarak anılabilinecektir. Zira bilindiği üzere İş Kanunu m. 108/fıkra 2 hükmünde 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde verilen idari para cezalarının tebliğ ve tahsiliyle ilgili düzenlemeler yanında idari para cezalarına karşı başvurulacak kanun yoluna dair hükümlere de yer verilmişti. Kısaca belirtirsek, İş Kanunu çerçevesindeki idari para cezalarına karşı en geç 7 gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği ve itiraz üzerine kural olarak duruşmasız yapılan yargılama sonunda verilen kararın kesin olduğu dile getirilmişti. İşte 5728 sayılı Kanunla bu hüküm yürürlükten kaldırıldığından, artık 08.02.2008'den itibaren idare mahkemesinin bu konudaki görev ve yetkisine de son verilmiş olmaktadır. Şüphesiz bu tutum, Anayasa Mahkemesi'nin 5326 sayılı KabK. m.3 hükmünü iptal eden anlayış ve gerekçesiyle ne derece bağdaşır bilinmez. Fakat bilhassa aynı tutum KabK.'dan farklı yol (idari yargı) öngören diğer bazı yasalara da (5302 sayılı K. 59/2, 2903 sayılı K. 7/4, 4915 sayılı K. 27, 5199 sayılı K. 26, 5253 sayılı K. 33/4, 2920 sayılı K. 145, 4054 sayılı K. 18) sırayet ettiğinden (5728 sayılı K. 578), sanki hükümetin ve yasa koyucunun idari yargıya ve Anayasa Mahkemesi'ne karşı bir meydan okuması ve idari yargıyı olabildiğince küçük bir alana hapsedme eğilimi olarak algılanabilir gözükmektedir. Bu ise, KabK.'nın iptal edilen ilk metniyle topluca sağlanamayan ve Anayasa'ya aykırı bulunan sonuca parsel parsel (kısım kısım) varılmak istendiği kanısı uyandırmaktadır ve yine Anayasa'ya aykırı görülebilecek gibi gözükmektedir<sup>4</sup>. Ayrıca önceden de

söylediğimiz gibi, maalesef bu değişiklik eşyanın tabiatına aykırı düşmüştür. Zira buradaki idari para cezası hem teknik-hukuki anlamda bir ceza değildir ve hem de uzman yargılama mercii bulunan iş hukukuna aittir. İş Kanunu'ndaki idari para cezası hakkında sağlıklı ve hukuken tatmin edici kararın o alanı bilen uzman bir yargı merciiince verilmesi hem işin doğasına ve hem de AY.142 hükmüne de uygundur<sup>5</sup>. Bu yüzden beklentimiz; yasa koyucunun bu anlamsız tutumundan vazgeçip bir an evvel İş Kanunu kapsamındaki idari para cezalarında (ve sosyal sigortalarla ilgili idari para cezalarında) uzman yargı mercii olan iş mahkemelerini görevli kılmasıdır. Ancak bunlar eskiden beri dile getirdiğimiz olgulardır ve üzerinde daha fazla durulacak değildir. Burada kısaca değinmekten maksat, İş Kanunu'ndaki idari para cezalarına yönelik kanun koyucunun neredeyse artık gelenekselleşmiş ilgisini dile getirmektir. Fakat yasa koyucunun konuya ilgisi yukarıda söylenenlerle sınırlı kalmamış, bu kez 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanunla 4857 sayılı İş Kanunu'nun (diğer konulara değinenler dışında) idari para cezalarıyla ilgili kimi hükümlerinde yine değişikliğe gidilmiştir. İşte bu yazımızda bu yeni müdahale ve değişiklikler üzerinde durmaya çalışacağız.

### III. 5763 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

**1.** 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve gerekse de diğer bazı yasalarda çeşitli değişikliklere gitmiştir. Bunlardan 4857 sayılı İş Kanunu'na ilişkin olanları,

- idari para cezası dışındakiler ve
- idari para cezasına ilişkin olanlar diye ikiye ayırabiliriz.

*a) İdari Para Cezası Dışındakiler:* Bunlar alt işverenin işyerinin bildiri ve alt işverenliğin muvazaalı olması (İş Kanunu 3/2, 3. Bilgi için bkz. Centel, Sicil/Haziran 2008, 5-13); özür ve eski hükümlü istihdamı (İş Kanunu 30); İSiG yönetmelikleriyle ilgili İş Kanunu m. 78 değişikliği; İş Kanunu m. 81, 85, 88, 95 ve 111 değişikliği. Ayrıca ücret garanti fonu (İş Kanunu m. 33) ve kısa çalışma (İş Kanunu m. 65) ile iş güvenliğiyle görevli mühendis veya teknik elemanlar (İş Kanunu m.82) ile ilgili hükümler yürürlükten kaldırılmıştır (5763 sayılı K. 37/a).

Bu değişikliklerden İş Kanunu m. 30'a ilişkin olandan 6. fıkranın 01.07.2008'den itibaren (5763 sayılı K. 38/a); İş Kanunu m.85'e getirilen değişikliğin 01.01.2009'dan itibaren (5763 sayılı K. 38/b); İş Kanunu m.108'deki dahil ilgili diğer değişikliklerinse 5763 sayılı Yasanın RG'de yayımlandığı gün olan 26.05.2008'den itibaren yürürlüğe gireceği bizzat yasada belirtilmiştir (5763 sayılı K. 38/d).

b) 5763 sayılı Yasanın İş Kanunu'nun idari para cezalarıyla ilgili hükümlerinde yol açtığı değişiklikler ise İş Kanunu m.98/1,105 ve 108 hükümlerinde yaşanmış olup, bunlar yasa gereği (5763 sayılı K.38/d) 26.05.2008'den itibaren yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Aşağıda bunlar sunulmaktadır.

2. İdari Para Cezasıyla İlgili Değişiklikler: 5763 sayılı Yasanın 4857 sayılı İş Kanunu'nun idari para cezalarıyla ilgili hükümlerinde yaptığı değişiklikleri şöylece sunabiliriz.

a) İşyerini Bildirme Yükümlülüğüne Aykırılık başlığını taşıyan İş Kanunu m. 98 hükmünün 1 inci fıkrası hükmü değiştirilmiştir. Değişiklikten evvel İş Kanunu m.3'deki bildirme yükümüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, çalıştırılan her işçi için elli milyon lira (50 YTL) idari para cezası öngörülmüştü (İş Kanunu m. 98/1'in değişiklik öncesi hali). İşte bu hüküm 5763 sayılı K. m.8 ile şöylece değiştirilmiştir; "Bu Kanununun 3 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, çalıştırılan her işçi için yüz Yeni Türk Lirası, 85 inci madde kapsamındaki işyerlerinde ise çalıştırılan her işçi için bin Yeni Türk Lirası, 3 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir." (İş Kanunu m. 98/1'in yeni hali)

\* Eski metin ile yeni metin arasındaki ilk fark; eskisinde fıkra belirtmeksizin İş Kanunu m.3'deki bildirim yükümlülüğü'nden söz ediliyordu ve bundan maddenin tüm fıkralarını kapsar bir anlam çıkarılabildi. Bildirim yükümü ise hem yalın bir işverenin ve hem de (varsa) asıl işveren ile alt işverenin işyerini kapsıyordu. İş Kanunu m. 3'ün eski hali böyleydi<sup>6</sup>. Bu yönüyle aslında eskisiyle yenisi arasında bir fark yokmuş gibi gözükür. Ancak değişiklik hükmü incelendiğinde arada önemli kimi

farklılıkların bulunduğu göze çarpar. Örneğin bunlardan birisi, alt işverenlik halinde "alt işveren işyerinin bildirim yükümünün, asıl işverenden alınan alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli diğer belgelerle" yapılmaması halinde idari para cezasıyla karşılaşılacağıdır. Ayrıca alt işverenliğin muvazaalı görülmesi halinde, yapılan bildirim de anlamını yitireceği söylenebilecektir. Ama bu durumda da muvazaalı/sahte alt işverene ve asıl işverene (veya işveren vekillerine) idari para cezası uygulanacaktır (İş Kanunu 98/1). Böylece, alt işveren işyerinin hiç bildirilmemesi gibi, bildirilse bile alt işverenliğin muvazaalı olması halinde de idari para cezası öngörülmüştür. Muvazaalı bildirim hali ile alt işveren işyerinin bildirim için aranan gerekli belge durumu 5763 sayılı Kanun ile getirilmiş yeniliklerdir.

\* Değişiklikle getirilen bir başka fark ise, normal bir işverenin ve/veya alt işverenin işyerini bildirim yükümüne aykırılık halinde öngörülen idari para cezasının miktarındadır. Öyleki 5763 sayılı Kanun'dan evvel bunun miktarı "çalıştırılan her işçi için elli milyon lira" (50 YTL) iken; değişiklikle "her işçi için 100 YTL"ye çıkarılmıştır. Yalnız bunun, sadece işverenin veya alt işverenin (alt işverenlikte muvazaalı olmaksızın) işyerini bildirim yükümünde uygulanacağı söylenebilir. Zira alt işverenliğin muvazaalı olduğunun yasaya uygun biçimde benimsenmesi halinde, bunu muvazaalı bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin YTL idari para cezası ayrıca öngörülmüştür (İş Kanunu m.98/1). Üstelik bunda çalıştırılan işçi sayısı ile ilgilenilmeyip, kamu makamını ve ilgili kişileri yanıltmaya yönelik bu hileli tutuma katılanların her biri ayrı ayrı yaptırıma tabi tutulmuştur. Yalnız buradaki "vekilleri" deyimini de maddenin diğer hükümlerinde işveren vekili denmesi karşısında manidar gözükmektedir. Bunun muvazaalı alt işverenlik bildiriminde bildirim yapan asıl ve /veya alt işverenin işveren vekillerini anlattığı kuşkusuzdur. Fakat onlar dışında, ilgili işverenin işveren vekili olmaksızın ona vekaleten muvazaalı bildirim yapan vekilleri de kapsadığını düşünüyoruz.

\*İş Kanunu m. 98/1'de yapılan bir başka değişiklik; yukarıda dile getirdiğimiz İş Kanunu m. 3/f.1 ve f.2'deki bildirim yükümüne aykırılık halinin İş Kanunu m. 85'deki ağır ve tehlikeli işlerin yapıldığı işyerlerinde yaşanması halidir (İş Kanunu

98/1). Bu hüküm İş Kanunu m.98/1'in eski metninde yoktu, 5763 sayılı Kanun ile metne eklenmiş bir yeniliktir. Ayrıca bu aykırılık hali için öngörülen idari para cezası da (diğerlerine nazaran biraz ağırlaştırılmış biçimde) "çalıştırılan her işçi için bin" (1000) YTL olarak saptanmıştır (İş Kanunu m. 98/1). O halde denebilir ki, 5763 sayılı Kanun ile getirilen hükümde, ağır ve tehlikeli işler yapılan işyerlerini bildirme yükümüne aykırılık ile ağır ve tehlikeli olmayan işlerin yürütüldüğü işyerlerini bildirme yükümüne aykırılık bir tutulmamıştır. Ağır ve tehlikeli işler yapılan işyerlerindeki aykırılık daha ağır bir idari para cezasıyla karşılanmıştır. Bu olgu sadece alt işverenlik olmayan veya olsa da alt işverenliğin muvazaalı görünmediği hallerde değil, alt işverenliğin muvazaalı olduğu hallerde de karşımıza çıkabilir. Ancak alt işveren işyerine ait bildirim muvazaalı bir alt işverenlik vesilesiyle yapılmışsa ve alt işveren işyerinde İş Kanunu m. 85 kapsamında ağır ve tehlikeli işler yürütülecekse, bu durumda muvazaalı bildirim nedeniyle öngörülen idari para cezasıyla yetinilip yetinilmeyeceği problemiyle karşılaşılır. Bizce muvazaalı bildirim için öngörülen idari para cezası yanında, eğer bu olayda başka yönüyle de bildirim yükümüne aykırılık davranılmışsa, ayrıca her işçi için 1000 YTL idari para cezası gündeme gelebilecektir.

b) İş Sağlığı ve Güvenliğiyle ilgili Hükümlere Aykırılık halinde idari para cezası öngören İş Kanunu m.105 hükümleri de tümüyle değiştirilmiş olup, maddenin 5763 sayılı Kanun ile değişik hükümü şöyledir:

"MADDE 105-Bu Kanunun;

a) 78 inci maddesinde öngörülen yönetmeliklerdeki hükümlere uymayan işveren veya işveren vekiline, alınmayan her iş sağlığı ve güvenliği önlemleri için izleyen her ay aynı miktar,

b) 86 ncı maddesi uyarınca işçilere doktor raporu almayan işveren veya işveren vekiline bu durumda olan her işçi için, 87 nci maddesi gereğince çocuklara doktor raporu almayan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her çocuk için iki yüz Yeni Türk Lirası,

c) 77 nci maddesine aykırı hareket eden, 78 inci maddesi gereği işletme belgesi almadan işyeri açan veya belgelendirilmesi gereken işler veya ürünler için belge almayan, 79 uncu maddesi gere-

ğince faaliyeti durdurulan işi izin almadan devam ettiren veya kapatılan işyerlerini izinsiz açan, 80 inci maddesinde öngörülen iş sağlığı ve güvenliği kurullarının kurulması ve çalıştırılması ile ilgili hükümlere aykırı davranan, iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca alınan kararları uygulamayan, 81 inci maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen, 88 ve 89 uncu maddelerinde öngörülen yönetmeliklerde gösterilen şartlara ve usullere uymayan işveren veya işveren vekiline biner Yeni Türk Lirası,

d) Bu Kanunun 85 inci maddesine aykırı olarak ağır ve tehlikeli işlerde onaltı yaşından küçükleri çalıştıran veya aynı maddede belirtilen yönetmelikte gösterilen yaş kayıtlarına aykırı işçi çalıştıran işveren veya işveren vekiline her işçi için bin Yeni Türk Lirası, aynı maddenin birinci fıkrasında belirtilen mesleki eğitim almamış işçi çalıştıran işveren veya işveren vekiline her işçi için beşyüz Yeni Türk Lirası,

idari para cezası verilir."

İşte bu hükümde getirilen yenilikler şöylece değerlendirilebilir ve sunulabilir:

a) Eskiden İş Kanunu m.78/1'deki tüzük ve yönetmeliklere aykırılık halinde, alınmayan her İSİG önlemleri için elli milyon lira (50 YTL) idari para cezası uygulanırdı (İş Kanunu m.105/1'in eski hali). Oysa yeni hükümde tüzük deyimine yer verilmeyip İş Kanunu'ndaki yönetmeliklere aykırılık cezalandırılmış ve idari para cezasının miktarı da artırılmıştır. Öyle ki, alınmayan her İSİG önlemleri için 200 YTL idari para cezası getirilmiştir. Ayrıca bu önlem almama devam ederse, izleyen her ay için aynı miktarın yine ödenmesi öngörülmüştür (İş Kanunu m.105/a). Böylece İSİG önlemleri alınmadığında sadece bir defalık idari para cezasıyla yetinilmesi önlenip, aykırılık halinin devamı halinde cezanın her bir ay için ayrı ayrı aynı miktarda kesileceği belirtilmiştir. Yani idari para cezasına da süreklilik kazandırılmıştır. Bunu olumlu bir gelişme olarak görüyoruz.

b) Doktor raporu alma yükümüne aykırılık; Ya da eskiden de İş Kanunu m. 86 uyarınca işçilere doktor raporu almamayı ve İş Kanunu m. 87 uyarınca çocuklara doktor raporu almamayı idari para cezasıyla karşılamıştı (İş Kanunu m.105/4). 5763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ilgili fıkra 105/b bendi olarak düzenlenip idari para cezası miktarla-

rı artırılmıştır. İş Kanunu m. 86 gereği doktor raporu almamada ve İş Kanunu m. 87 uyarınca çocuklar için doktor raporu almamada idari para cezası bu konumdaki her işçi/çocuk için 200 YTL'ye çıkarılmıştır.

c) Değişiklik öncesi İş Kanunu m. 105/2'de yer alan kimi hükümler de 5763 sayılı Kanun ile İş Kanunu m. 105/c bendi olarak düzenlenmiş ve içeriğinde de bazı farklılıklara yer verilmiştir. Buna göre;

\* İş Kanunu m. 105/c hükmünce de İş Kanunu m. 77'ye aykırı hareket yaptırımla karşılanmıştır. Bu hükümde değişiklik yoktur ama idari para cezası miktar olarak artırılmıştır.

\* Eskiden İş Kanunu m. 78/2'ye aykırı olarak kurma izni ve işletme belgesi almadan işyeri açmak cezalandırılıyordu (İş Kanunu m.105/2). 5763 sayılı Kanunla değişiklik sonucu; sadece "78. madde gereği işletme belgesi almadan işyeri açmak" yaptırımla karşılanmıştır. Bunun sebebi, 5763 sayılı Kanunun İş Kanunu m.78 hükmünü de değiştirerek hem maddeyi tek bir fıkradan oluşur hale getirmesi, hem de eskiden mevcut işyeri kurma iznini kaldırıp sadece işletme belgesi öngörmesidir (İş Kanunu m. 78'in yeni hali). Hal böyle olunca, bu da bir yeniliktir.

Aynı bentte "belgelendirilmesi gereken işler veya ürünler için belge almamak" da cezalandırılmıştır. Bu, eskisinde olmayan bir olgudur ve yine 5763 sayılı Kanunla İş Kanunu m.78'e getirilen belgelendirme yükümüne bağlı olarak öngörülen bir idari para cezası halidir.

\*Faaliyeti durdurulan işi izinsizce sürdürmek veya kapatılan işyerini izinsiz açmak hali eskisinde de vardı, tek fark idari para cezasının artırımındır.

\*İş Kanunu m. 80 gereği öngörülen İSİG kurullarının kurulması ve çalıştırılmasıyla ilgili hükümlere aykırılık da idari para cezasını gerektirir görülmüştür. Bu bir yenilik olup eskisinde yoktu. İSİG kurulu kararlarını uygulamamaksa eskisinde de vardı ama şimdi cezanın miktarı artırılmıştır.

\*İş Kanunu m. 81'deki yükümleri yerine getirmemek de idari para cezasıyla karşılanmıştır. Eskiden de İş Kanunu m. 81'e aykırılık cezayı gerektirirdi ve bunda işyeri hekimi istihdamı ve işyeri sağlık birimi oluşturma yükümü vardı (İş Kanunu m. 81'in eski hali). Keza eskiden bu fıkra (İş Kanunu m. 105/2). İş Kanunu m.82 uyarınca iş güvenli-

ği uzmanı görevlendirme yükümüne aykırılık da ayrıca sayılmıştı. 5763 sayılı Kanun İş Kanunu m. 82 hükmünü kaldırıp İş Kanunu m. 81 hükmünü ise işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanını da kapsar biçimde yeniden düzenlediğinden, şimdi sadece İş Kanunu m. 81 hükmüne aykırılığın yaptırıma bağlanması isabetlidir.

Şüphesiz İş Kanunu m. 81 hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı saptanırken, artık yeni metin dikkate alınacaktır. Böylece eskiden tartışılan (işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanı işinin dışardan hizmet alımıyla sağlanması gibi) kimi konuların da açıklığa kavuştuğu görülür.

\* İş Kanunu m. 88 ve 89'da öngörülen yönetmeliklere aykırılık eskiden de vardı ama yeni halinde yer aldıkları fıkra (İş Kanunu m.105/2), değiştirilip bent haline sokulmuştur (İş Kanunu m.105/c). Ayrıca idari para cezası da artırılmıştır.

d) İş Kanunu m. 85'e aykırı olarak ağır ve tehlikeli işlerde 16 yaşından küçükleri çalıştırmak veya aynı maddedeki yönetmeliklere aykırı işçi çalıştırmak, eskiden de cezayı gerektirirdi (İş Kanunu m.105/3) 5763 sayılı Kanunla da muhafaza edilmiş, fakat yeri değiştirilmiştir (İş Kanunu m.105/d). Ancak bu bent bağlamında bir yenilik, İş Kanunu m.85/1'de belirtilen mesleki eğitim almamış işçi çalıştırmanın da idari para cezasıyla karşılanmasıdır. Mesleki eğitim olgusu da yine İş Kanunu m.85'de 5763 sayılı Kanunla yapılan bir değişiklikle getirilmiştir. Öyle ki, İş Kanunu m. 85/1'in yeni hali; "On altı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ile çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçiler ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz." şeklindedir (İş Kanunu m.85/1). Bu yeni hükme göre; 16 yaşını doldurmuş olsa bile o işle ilgili mesleki eğitim almamış bir işçinin ağır ve tehlikeli işte çalıştırılması idari para cezasını gerektirecektir. Bunun isabetli bir düzenleme olduğu kanısındayız. Bu son hal dahil ağır ve tehlikeli işlerde İş Kanunu m. 85'e aykırı işçi çalıştırılması durumunda ilgili işveren veya işveren vekiline her işçi için 500 YTL idari para cezası öngörülmüştür. Yasa koyucu burada ceza artırımına gitmemiştir!

e) İş Kanunu m. 108'de yapılan değişiklikler: 5763 sayılı Kanun, İş Kanunu m. 108 hükmünde de değişikliğe giderek maddeyi yeniden düzenlemiştir. Önceki değişiklikler de hatırlanırsa, yasa koyucunun bu maddede değişiklik yapmayı bir alışkan-



lık hatta neredeyse teamül haline getirdiği söylene-  
bilecektir.

İş Kanunu m. 108 hükmünün 5763 sayılı Kanun  
ile değişik metni şöyledir:

“MADDE 108- Bu Kanunda öngörülen idari pa-  
ra cezaları, 101 ve 106 ncı maddelerdeki idari pa-  
ra cezaları hariç, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalı-  
şma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdü-  
rünce verilir. 101 ve 106 ncı maddeler kapsamın-  
daki idari para cezaları ise doğrudan Türkiye İş  
Kurumu İl Müdürü tarafından verilir ve genel esas-  
lara göre tahsil edilir. 106 ncı maddeye göre veri-  
lecek idari para cezası için, 4904 sayılı Kanunun 20  
nci maddesinin (h) bendindeki tutar esas alınır.”

Buna göre, maddenin değişiklik öncesi halinde  
sadece İş Kanunu m. 101'deki idari para cezası İŞ-  
KUR İl Müdürünce verilir, onun dışındakilerse  
ÇSGB Bölge Müdürünce verilir (İş Kanunu  
m.108'in eski hali). Fakat 5763 sayılı Kanunla hem  
İş Kanunu m.101 ve hem de İş Kanunu m.106 uya-  
rınca idari para cezalarının İŞKUR İl Müdürlüğün-  
ce verileceği; diğerlerininse ÇSGB Bölge Müdürlü-  
ğünce verileceği öngörülmüştür. Böylece eskiden  
ÇSGB Bölge Müdürünce idari para cezası verilen  
bir olgu İŞKUR İl Müdürüne verilmiştir. Bu bir ye-  
niliktir. Yine İş Kanunu m.101 ve 106 gereğince  
verilen idari para cezalarının genel esaslara göre  
tahsil edilmesi de bir yeniliktir. Tahsilatın KabK.  
hükümlerine göre mi yoksa İŞKUR tarafından diğer  
yolla mı yapılacağı yine de sessiz, en azından tar-  
tışmayı davet edercesine geçilmiş gözükmektedir.

#### IV. SONUÇ

5763 sayılı Kanun, 4857 sayılı İş Kanunu'nun  
(başka konuları bir yana) idari para cezasıyla ilgili  
kimi hükümlerinde de değişiklik yapmıştır. Bunlar-  
dan bazılarının gerekli ve isabetli olduğu söylene-  
bilirse de, bir yasayla yürürlüğe gireli henüz 5 yıl  
olmuşken bu denli uğraşılıp ikide bir değiştirilme-  
si hem ilginç, hem de üzerinde cidden durulması  
gerekli bir konudur ve hukukun güvenlik sağlama-  
güvenilirlik işlevini ciddi olarak yaralamaktadır.

Şüphesiz, bunun nedenleri arasında 4857 sayılı  
İş Kanunu'nun ciddi biçimde tartışılmadan getiril-  
mesi bir yana getirilen hükümlerin de iyi kaleme  
alınmadığı sayılabilir. Keza asıl önemli bir nokta,  
herhalde ilgili konuların gerçek uzmanlarınca ve  
objektivite içinde ele alınmamış olması da ihtimal-

dir. Hükümet ve yasa koyucunun ikide bir değişik-  
lik isteğinin Cumhurbaşkanı'nca hemen onaylan-  
ması da, Cumhurbaşkanlığı süzgecinin pek de ol-  
ması gereken gibi çalışmadığı sanısı uyandırır gibi-  
dir.

Doğrusu tüm bu konularda bizim de yanılma  
payımız (ve gerçekten yanılmış olma dileğimiz)  
mevcuttur. Bununla birlikte, tüm bu söylenen ve  
açıklanan değişikliklerden öte asıl ve bir türlü ka-  
tılamadığımız şey, 5728 sayılı Kanunla İş Kanunu  
m. 108'de yapılan değişikliktir. Bizce, bu hüküm  
acilen değiştirilmeli ve İş Kanunu'ndaki idari para  
cezalarında da uzman yargı yeri olan “iş mahkeme-  
si” görevli kılınmalıdır. Bunun hem Anayasa  
m.142'ye ve hem de işin özüne uyan bir çözüm ol-  
duğunu düşünüyoruz.

#### DİPNOTLAR

- 1 İş hukukuna ait çeşitli yaptırımlar konusunda bkz. S. Süzek, İş  
Hukuku Yaptırımları, İHD. 1993/2, 165-183. Geçersizlik  
yaptırımıyla ilgili olarak Akyiğit, (1475 sayılı) İş Kanunu Şerhi,  
Ankara 2001, md. 1 vd. ile Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi,  
C.II, Ankara 2006, md. 98 vd. sf. 2187 vd. Akyiğit, Hizmet  
Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul  
1990, 7 vd. Akyiğit, ÇİD. Eylül 1991, 10 vd.'deki karar incelemesi.
- 2 Tüm bu konularda bkz. Akyiğit, İş K. 98 vd. 2188 vd. ile orada  
anılanlar. Öğretide bu tür cezaların klasik ceza hukuku  
ilkelerine pek uymadığı ve bu yüzden de bunların ceza olarak  
nitelenmemesinin uygun olacağı dile getirilmektedir. Bkz. F. S.  
Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve  
Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda)  
Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995, 99-101.
- 3 Bkz. A. Gülan, İdari Para Cezalarına Karşı İş Kanununun  
Düzenlediği Yargısal Yol (Mercek Ocak-2004) 61-65.
- 4 Bkz. E. Akyiğit, İş Yasasındaki İdari Para Cezalarında Görevli  
Yargı Yeri Değişti, Sicil/Mart 2008, 174-186.
- 5 Bkz. Akyiğit, Sicil/Mart2008,185. Akyiğit, Sicil/Haziran 2006, 29.  
U. Araslı, Sicil/Haziran 2008, 205.
- 6 Bkz. E. Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.I, 3. Bası, Ankara  
2008, m. 3, sf. 244 vd. ile C.II, 3. Bası, Ankara 2008, m.98 vd. sf.  
2341 vd.



Prof. Dr. Veysi SEVİĞ

ICC Vergi Komisyonu Türkiye Delegesi

## Vergi Hukukunda İş Kazaları Nedeniyle Ödenen Tazminatlar ve İstihdam Edenlerin Sorumluluğu

### T.C. DANIŞTAY ÜÇÜNCÜ DAİRESİ

**Esas No** : 1994/2892

**Karar No** : 1995/1147

**Tarihi** : 05.04.1995

### DAVA

#### İstemin Özeti:

Mobilya dekorasyon işiyle uğraşan davacı adına, 1991 takvim yılına ilişkin defter ve belgelerinin, incelenmesi sonucu bulunun matrah farkı üzerinden re'sen salınan gelir vergisi ve geçici gelir vergisi ile kesilen kaçakçılık ve ağır kusur cezalarına karşı açılan davayı; uyuşmazlığın, davacının işyerinden meydana gelen iş kazası sonucu mahkeme kararına dayalı olarak işçisine ödediği tazminatın gider olarak yazılıp yazılmayacağını hususuna ilişkin bulunduğu, davacı tarafından 15.988.000.- lira gider yazılan tazminata ilişkin

matrah kaleminin dışındaki kalemler ihtilaf konusu yapılmadığından incelemeye esas alınmadığı, inceleme elemanınca gider yazılan tazminatın davacının işçisine sağlık ve güvenlik şartlarına uygun çalışma eğitimi vermediği için mahkemece bilirkişi raporuna göre 3/8 oranında kusurlu görülerek hükmedilip ödendiği ve teşebbüs sahibinin suçlarından doğan tazminatların 193 sayılı Kanunun 41/5. maddesi hükmü uyarınca gider olarak kabul edilemeyeceği neden gösterilerek matrah farkı olarak kabul edildiğinin anlaşıldığı, ancak ödenen bu tazminattan dolayı anılan kanun maddesi uyarınca teşebbüs sahibine suç izafe edilemeyeceğinden işle ilgili olarak işyerinde işçinin dikkatsizliği sonucu meydana gelen iş kazası sebebiyle mahkeme ilamına ve kanun hükmüne istinaden ödenen bu tazminatın bahsi geçen kanun 40/3. maddesine uygun bulunması karşısında gider yazılmasında isabetsizlik görülmediği gerekçesiyle kabul ederek cezalı tarhiyatı kaldıran Bursa Vergi Mahkemesinin 16.12.1993 gün ve E: 1993/558, K: 1993/1799 sayılı kararının; ödenen

tazminatın 16.12.1993 gün ve E: 1993/558, K: 1993/1799 sayılı kararının; ödenen tazminatın 193 sayılı Kanunun 41. maddesinin 5. bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden gider olarak yazılamayacağı ileri sürülerek bozulması istemidir.

### Savunmanın Özeti:

Yasal dayanağı bulunmayan temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

### Tetkik Hakiminin Düşüncesi:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

### Savcının Düşüncesi:

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp Vergi Mahkemesince verilen kararın

dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

### KARAR

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle Vergi Mahkemesi kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

### TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü: Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Bursa Vergi Mahkemesinin 16.12.1993 gün ve E: 1993/558, K: 1993/1799 sayılı kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülüş olup temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına 5.4.1995 gününde oybirliği ile karar verildi.

## 1) Vergi hukukunda gider kavramı ve tazminat:

Uluslararası literatürde dolaysız vergiler olarak kabul edilen gelir ve kurumlar verginin net (safi) kazanç üzerinden hesaplanması ve alınması ilkesi benimsenmiştir. Bu nedenle de safi kazancın tespitinde indirim konusu yapılması öngörülen giderlerin belirlenmesinde kabul edilen temel ilke bu giderlerin yapılması gelir (kazanç) yaratıcı faaliyetle doğrudan ilişkili (bağlantılı) bulunmasıdır.

Vergilendirme tekniği açısından gelir ve kazançlarda safi kazanç dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda da Gelir Vergisi Yasası'nın birinci maddesi hükmü gereği olarak ticari kazanç safi tutarıyla gelire dahil edilmektedir. Buna paralel olarak da Kurumlar Vergisi Yasası'nın 6. maddesi hükmü uyarınca da "Kurumlar vergisi, mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanır."

Safi kazancın saptanmasında ise yapılan giderlerin elde edilen brüt gelir veya kazançtan indirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, ticari kazançta veya kurum kazancının belirlenmesi aşamasında işletme veya işletme sahibince yapılan bütün

giderlerin indirim konusu yapılmasına vergi yasaları izin vermemektedir.

Genel ilke olarak vergi yasalarında safi kazancın tespiti sırasında indirim konusu yapılmasına izin verilen giderler; "indirilecek giderler" (Gelir Vergisi Yasası Madde 40, Kurumlar Vergisi Yasası Madde 8), olarak tanımlanmış olup, buna karşılık indirim konusu yapılmasına müsaade edilmeyen giderler ise "gider kabul edilmeyen ödemeler" (Gelir Vergisi Yasası Madde 41), "kabul edilmeyen indirimler" (Kurumlar Vergisi Yasası Madde 11) olarak belirlenmiştir.

Gerek Gelir Vergisi Yasası ve gerekse Kurumlar Vergisi Yasası'nda indirilecek giderler ile indirim konusu yapılmasına müsaade edilmeyen (kanunen kabul edilmeyen) giderler sayılmak suretiyle (taddi) olarak hüküm altına alınmıştır. Türk vergi sisteminde yer alan bu sınıflandırma ve yapılandırma uluslararası ayırma tam olmasa bile uyumlu kabul edilmektedir.

Mevcut yasal düzenlemelerle indirim konusu yapılmasına müsaade edilen giderlerde her şeyden önce yapılan giderin işle ilgili ve işin gereği oluşması koşulu dikkate alınmıştır.

Bir başka anlatımla yapılan bir giderin indirim konusu olarak dikkate alınabilmesi için söz konusu gider ile kazancın elde edilmesi veyahut da sürdürülmesi arasında açık bir ilişkinin, yani bağın olması gerekmektedir.

Ticari yaşamda, bazı giderlerin sürekli yapılması işin gereği zorunlu olabilmektedir. Ancak yine bazı hallerde bazı giderler ortaya çıkan olağanüstü durumla veyahut da işin niteliğinden kaynaklanan özel hallerle ilgili (bağlı) olmaktadır. Bu gibi durumlarda, yapılan harcamaların giderleştirilmesinde söz konusu giderlerin indirim konusu yapılabilmesi için işle ilgisi (bağlantısı) ön plana çıkmaktadır.

Uygulamada bu tür olağanüstü veyahut da istisnai nitelikteki giderlerin indirim konusu yapılabilmesi için özel nitelikte yasal düzenlemeler dahi yapılabilmektedir.

Vergisi Yasası'nın 40/3. maddesi gereği işle ilgili olmak şartıyla mukavelenameye veya ilama veya yasa emrine istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatların giderleştirilmesi kabul edilmiştir. Bu bağlamda Kurumlar Vergisi Yasası'nın uygulanması açısından da sözleşmelerde ceza şartı olarak konulan tazminatların giderleştirilmesine olanak sağlanmıştır. Kurumlar açısından bu olanak söz konusu tazminatların kabul edilmeyen indirimler dışında tutulması suretiyle belirlenmiş bulunmaktadır. (Kurumlar Vergisi Yasası Madde 11/g)

Gelir ve Kurumlar Vergisi Yasalarının uygulanması açısından mukavelenameye, ilama veya yasa emrine istinaden ödenecek olan zarar, ziyan ve tazminatların, bu bağlamda daha açık bir ifade ile sözleşmede yer alan ceza şartı niteliğindeki ödemelerin giderleştirilebilmesi için, söz konusu ödemelerin iş ilişkisi dolayısıyla ortaya çıkmış olması, bu

## Sözleşmede yer alan ceza şartı niteliğindeki ödemelerin giderleştirilebilmesi için, söz konusu ödemelerin iş ilişkisi dolayısıyla ortaya çıkmış olması, bu bağlamda da iş ilişkisinin şahsi nitelikte olmaması, ticari kazancın veyahut da kurum kazancının elde edilmesine yönelik bulunması zorunlu olmaktadır.

Yapılan giderin işle ilgili (bağlantılı) olma koşulu mükellefle idare arasında devamlı sorun yaratan bir özellik olarak dikkatleri çekmektedir. Çünkü gelir ve kurumlar vergisi yasalarında sayılmak suretiyle belirlenen gider unsurlarında aranan işle ilgili olma koşulunda genellikle idare "dar anlamda" yorum yöntemini dikkate almasına karşılık vergi mükellefleri konuyu daha "geniş anlamda" yorumlama eğiliminde olmaktadır.

Gerçekte giderek gelişen teknolojik ve ekonomik koşullar çerçevesinde özellikle ticari yaşamın sürdürülmesine ve bu bağlamda da yine ticari kazancın elde edilmesine yönelik giderlerin çeşitlenmesine neden olmaktadır. Bu gelişmeye paralel olarak işletmelerde yapılan bazı giderlerin vergi yasalarının giderleştirmeye yönelik dar tanımlamaları ile örtüşmesi vergilendirme açısından duraksama konusu olabilmekte ve bu duraksamalar her geçen gün artmaktadır.

Ticari yaşamda güven sağlanabilmesi için Gelir

bağlamda da iş ilişkisinin şahsi nitelikte olmaması, ticari kazancın veyahut da kurum kazancının elde edilmesine yönelik bulunması zorunlu olmaktadır.

### II) İş kazalarında kusurluluk hali ve ödenen tazminatlar:

Kurumlar Vergisi Yasası'nın 6. maddesi gereği olarak "Safi kurum kazancı tespitinde, Gelir Vergisi Kanunu'nun ticari kazanç hakkındaki hükümleri" uygulanmaktadır. Gelir Vergisi Yasası'nın 38. maddesi uyarınca ticari kazancın hesaplanması aşamasında, söz konusu yasanın 40. maddesinde sayılmak suretiyle belirlenmiş bulunan giderlerin safi kazancın tespiti sırasında indirim konusu yapılması mümkündür.

Gelir Vergi Yasası'nın 40. maddesinin 3 numaralı bendine göre "işle ilgili olmak şartıyla veya ilama veya kanun emrine istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatlar" safi kazancın tespiti sırasında indirim konusu yapılmaktadır.

Söz konusu zarar, ziyan ve tazminatların gider olarak dikkate alınması için :

- İşle ilgili olması,
- Kanun hükmüne veya sözleşmeye veyahut da mahkeme ilamına göre ödenmesi gerekmektedir.

Sözleşmeye, ilama veya kanun hükmüne dayanmak ve teşebbüs sahibinin kusurundan kaynaklanmamak koşuluyla iş kazaları dolayısıyla ödenen tazminatlar gider olarak kayıtlara intikal ettirilebilmektedir. Ancak buna karşılık özellikle işverenin kusurundan kaynaklanan kazalar sonucunda ödenen tazminatlar aynı yasanın 41. maddesinin 6. bendi uyarınca safi kazancın tespitinde gider olarak indirim konusu yapılmamaktadır.

Diğer yandan Kurumlar Vergisi Yasası'nın 11. maddesinin (g) bendi uyarınca da "sözleşmelerde ceza şartı olarak konulan tazminatlar hariç olmak üzere kurumun kendisinin, ortaklarının, yöneticilerinin ve çalışanlarının suçlarından doğan maddi ve manevi zarar tazminat giderleri" kabul edilmeyen gider niteliğindedir.

Kurumlar Vergisi Yasası'nın 11. maddesinin (g) bendinde yer alan düzenleme ile Gelir Vergisi Yasası'nın 41. maddesinin 6. bendinde yer alan düzenlemeler aynı niteliktedir.

Gerçekte Gelir Vergisi Yasası'nın 41. maddesi uyarınca "teşebbüs sahibinin suçlarından doğan tazminat" kanunen kabul edilmeyen gider niteliğindedir.

Suç kavramı tam anlamı ile ceza hukuku kapsamında değerlendirilmesi gereken bir olayı ifade etmektedir. Türk Ceza Yasası'nın 8. maddesi uyarınca Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Dolayısıyla suç niteliğindeki bir fiilin mutlak suretle ceza yasasında bir müeyyidesinin bulunması gerekmektedir.

Hukuken kusur ile suç arasında ayırım vardır.

İş kazaları sonucunda yargıya intikal eden olaylarda; iş mahkemeleri genellikle tazminat kararlarında kusur oranını belirlemektedir.

Kararlarda yer alan kusurluluk oranı genellikle yüzde ile ifade edilmektedir.

Örneğin verilen kararlara göre eğer işverenin kusuru olayda % 80 olarak belirlenmiş bulunuyorsa, bu takdirde oluşan karara göre hükmedilen tazminatın kayıtlara gider olarak intikal ettirilmesinde uygulanacak yöntem konusunda duraksamaya düşülmektedir.

İşverenin kusurlu olmadığı kısma ait ödenen tazminatın gider olarak kayıtlara intikalinde herhangi bir hukuki sınırlama söz konusu olmamasına karşın, kusurlu sayıldığı kısma ait kısmın kayıtlara intikal ettirilmemesi halinde uygulamada inceleme elemanları konuyu re'sen takdir konusu yaparak cezalı tarhiyat istemli denetim raporları düzenlemekte ve bağlamda da bu uygulama çoğu kez uyumsuzluk konusu haline dönüşmektedir.

Oysa; iş kazalarında yargı makamlarınca takdir edilen tazminatlar kusur unsuru dikkate alınarak belirlenmekte olup, bu tazminatların ödenmesine gerekçe teşkil eden fiilin çoğu kez suç niteliğinde olmadığı, kusur niteliğinde olduğu mevcut yargı kararlarından anlaşılmaktadır.

İş kazalarında kusur niteliğinde olan haller nedeniyle oluşan kararlarda işveren tarafından ödenen tazminatların tümü gider olarak kayıtlara intikal ettirebilir. Çünkü Gelir Vergisi Yasası'nın 40. maddesinin 3. bendi hükmüne göre söz konusu tazminat yargı kararı gereği ödenmekte olup, aynı Yasa'nın 41. maddesinin 5. bendinde ifade edilen ve ceza hukuku açısından "suç" kavramı içerisinde yer alan bir fiil mevcut değildir.

Bir başka anlatımla idare, ceza hukukunun kavramlarını anlam olarak genişletme hak ve yetkisine sahip değildir. Buna rağmen geçmişte Maliye Bakanlığı tarafından verilmiş bazı özgelgelere bağlı kalarak yapılan işlemler yargı organları tarafından da artık kabul edilmemektedir.

Maliye Bakanlığı tarafından verilen bir özgelgede "Ceza mahkemesince verilen kararda, kusurlu görülerek tazminat ödemeye mahkum edilen mükellefler, şahsi kusurlarının olması nedeniyle ödedikleri tazminatı gider olarak kaydedemezler." şeklindeki görüşü de bir anlamda tartışmalıdır. Çünkü özellikle kurumlarda şahsi nitelikte bir suçun oluşumu hukuken ayrı bir konudur.

### III) İstihdam edenlerin sorumluluğu nedeniyle ödenen tazminatlar:

Türk Borçlar Yasası'nın 55. maddesi uyarınca "Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vukubulmaması için hal

ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz.”

Yasal düzenleme gereği olarak işveren konumunda olanların tazminat ile sorumlu tutulabilmesi için kendisinin yani işverenin kusuru şart olmadığı gibi, emrinde çalışanların dahi kusuru tazminat ödenmesinde önem arz etmemektedir. Bir başka anlatımla herhangi bir işyerinde çalışan bir kişinin bir başkasına işini ifa ederken vermiş olduğu zararı işveren karşılamak zorundadır. Burada gerek işverenin ve gerekse işveren nezdinde çalışanın kusurlu olması şartı aranmamaktadır.

Bu bağlamda zararın istihdam edilen kişinin faaliyetinden doğmayıp, başka bir sebepten doğmuş olması halinde işverenin tazminat ödemesi söz konusu değildir. Örneğin çalışanın işi dışında yapmış olduğu bir fiilden dolayı herhangi bir zarara neden olması halinde bu zarardan işverenin sorumlu tutulması hukuken öngörülmemektedir.

Zarara sadece istihdam edenin hareketinden değil, fakat zarara uğrayanın hareketinin veya diğer bir nedenin beraberce sebebiyet vermiş olduğu hallerde ise Türk Borçlar Yasası'nın 44. maddesi uyarınca hakim duruma göre kendi takdir hakkını kullanabilmektedir.

Diğer yandan işveren konumunda olanların çalıştırdıkları kişilerin fiillerinden dolayı manevi tazminatla sorumlu tutulabilmesi için ne kendisinin, ne de istihdam ettiği kişinin kusuru şart değildir. Bu bağlamda da hakim illiyet ilişkisi bulunmak koşuluyla özel durum ve şartları dikkate alarak tazminat ödenmesine karar verebilir.

İstihdam edenlerin sorumlulukları Borçlar Yasa-

**Sözleşmeye, ilama ve kanun emrine dayanmak ve teşebbüs sahibinin kusurundan kaynaklanmamak koşuluyla iş kazaları sonucu ödenen tazminatlar gider olarak dikkate alınmaktadır.**

sında hükme bağlanmasına karşın, bu tür ödenen tazminatların ticari faaliyette giderleştirilmesi konusu hem kurum, hem de gelir vergisi mükellefleri açısından önem arz etmektedir.

Gelir Vergisi Yasası'nın 40. maddesinin 3 numaralı bendi uyarınca “işle ilgili olmak şartıyla, mukaveleye veya ilama veyahut da kanun emrine istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatlar” safi kazancın belirlenmesi aşamasında gider olarak kayıtlara intikal ettirilebilmektedir.

Bu hüküm istihdam edenlerin, yani yanlarında eleman çalıştıranların bu elemanların kusurundan kaynaklanan zararları ödemeleri halinde yaptıkları ödemeleri giderleştirmelerine olanak sağlamaktadır.

Örneğin istihdam edilen şoförün yaptığı trafik kazasında meydana gelen hasar için ödenen tazminat ile işletmeye ait aracın sebebiyet verdiği kazada sakat kalan kişiye veya ölen şahsın yakınlarına mahkeme kararına istinaden ödenen tazminatlar giderleştirilebilmektedir. Ancak bu şekilde ödenen tazminatın işletme sahibinin kusurundan kaynaklanmamış olması gerekmektedir. (Beyanname Düzenleme Kılavuzu, 2008, HUD Yayınları, s.32)

Aynı şekilde sözleşmeye, ilama ve kanun emrine dayanmak ve teşebbüs sahibinin kusurundan kaynaklanmamak koşuluyla iş kazaları sonucu ödenen tazminatlar da gider olarak dikkate alınmaktadır.

Günümüzde istihdam edilenlerin vermiş oldukları zararların işverence ödenmesine yönelik fiiller giderek artmakta ve bu bağlamda da yapılması talep edilen ödemeler genellikle iki ayrı alanda sorun yaratmaktadır.

Şöyle ki;

- Öncelikle istihdam edilenin kendisine verilen görevi ifa ederken bir başkasına zarar vermesi halinde işverenin bu zararı karşılamaması veyahut da söz konusu zararı karşılamaktan imtina etmesi (kaçınması) nedeniyle bu durum zarara muhatap olan ile zarara neden olanla, istihdam eden arasında uyuşmazlık konusu olmakta, söz konusu konunun karara bağlanması zaman almaktadır.

- Böyle bir konunun varlığı halinde istihdam edenin ortaya çıkan zararı sulh yoluyla ödemesi halinde ise Gelir Vergisi Yasası'nın mevcut hükmü nedeniyle yapılan ödemeler genel olarak inceleme



aşamasında reddedilmektedir. Çünkü söz konusu yasa hükmü gereği olarak ödenecek zarar, ziyan ve tazminatın giderleştirilebilmesi için;

- Mevcut bir sözleşmeye dayalı ödenmiş olması,
- Veya yargı kararı gereği ödenmiş bulunması,
- Veyahut da ödenmesi konusunda açık bir yasa hükmünün varlığı

gerekmektedir.

Sözleşmeye bağlanmamış olan zarar ve ziyan ödemelerinin giderleştirilmesi bu bağlamda hukuken mümkün olamamaktadır. Bir başka anlatımla “Bir kimsenin verdiği tazminatın masraflara geçirebilmesi için hukuken bu tazminatın ödenmesinin zorunlu bulunması gerekmektedir.”

İstihdam edilen kişilerin işlerini ifa ederken ortaya çıkan zararların ödenmesinde, söz konusu zararın öncelikle Borçlar Yasası'nın 55. maddesi uyarınca yargı kararına bağlanmış bulunması zorunludur. Bu bağlamda da oluşan bir yargı kararı gereği olarak “işçinin dikkatsizliği sonucu meydana gelen iş kazası sebebiyle mahkeme ilamına ve yasa hükmüne göre istinaden ödenen tazminatın gider yazılması gerekir.”

Gelir Vergisi Yasası'nın 41. maddesinin 5. bendinde “teşebbüs sahiplerinin suçlarından doğan tazminatlar”ın gider yazılamayacağı hükme bağlanmış olup, kurumlarda teşebbüs sahibi kurum kendisidir. Kurumu sevk ve idare edenlerin kurum adına yaptıkları ve yasal açıdan suç sayılan işlemler, teşebbüs sahibi olan kurumu suçlu sayılır.

Kurumun suç işlemesi ancak elemanları aracılığı ile olur, dolayısıyla ortaya çıkan zarar veya ziyanın böyle bir suçlu işleyenden tahsili söz konusu olabilir. Böyle bir durumda Borçlar Yasası'nın 55. maddesinde hüküm altına alınmış bulunan “İstihdam Edenlerin Mesuliyeti” dikkate alınır.

#### **IV) Oluşan yargı kararı doğrultusunda iş kazalarında ödenen tazminatların tümü gider olarak kayıtlara intikal ettirilebilir.**

Maliye Bakanlığı denetim elemanları tarafından yapılan bir incelemede işyerinde meydana gelen

bir iş kazası sonucunda mahkeme kararına göre 3/8 oranında kusurlu görülen işveren tarafından ödenen tazminatın tümünün kayıtlara gider olarak intikal ettirilmiş olması eleştiri konusu yapılmış ve mükellef hakkında re'sen geçici vergi ve cezalı gelir vergisi tarh edilmiştir. Konu yerel mahkeme nezdinde uyuşmazlık konusu haline dönüştürülmüş, yerel mahkemenin mükellef lehine vermiş olduğu karar, Danıştay nezdinde temyiz edilmiştir.

Danıştay 9. Dairesi'nin oybirliği ile konuya ilişkin olarak vermiş bulunduğu karar uyarınca yerel vergi mahkemesinin vermiş olduğu karar onanmıştır (Danıştay 3. Dairesi E. No: 1994/2892, K. No: 1995/1147). Mevcut yargı kararına ve Türk Ceza Yasası'nın değişmesine rağmen Maliye Bakanlığının ve Gelir İdaresi Başkanlığı'nın konuya ilişkin bir açıklama yapmamış olması, uygulamada duraksamaları arttırmaktadır.

## Von Sanja Zec - Gerhard Lomb

DGUV-Alman Yasal Kaza Sigortası Kurumu Berlin Kaza Önleme Dairesi  
İletişim Uzmanı-Yöneticisi

# İşyeri İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonu - Meslek Kooperatifinin Üyesi Olarak İşletme

## 1. Giriş

### 1.1. Almanya'da İş Güvenliği

Almanya'da iş güvenliği uzun bir geleneğe dayanmaktadır. 19. yüzyılın başında çıkartılan bir sanayi tüzüğü iş kazalarına ve işe bağlı sağlık tehlikelerine karşı çalışanları koruma önlemleri alması yönünde işverenleri yükümlü kılmişti.

1884 yılında Graf Otto von Bismarck Kaza Sigortası Yasası ile Meslek Kooperatifleri'ni "Berufsgenossenschaften (BG)" hayata geçirdi. O günden bu güne işletmelerde iş kazaları ve meslek hastalıklarını koruma görevi Meslek Kooperatifleri'ne aittir. Zaman içinde kurumun görevleri sürekli geliştirilmiş ve sonuçlar iyileştirilmiştir.

Günümüzde iş güvenliği Almanya'da dual (iki-  
li) sistem sayesinde kontrol edilmektedir. Kontrol bir taraftan yasal kaza sigortalarının yüklenicisi olarak Meslek Kooperatifleri, diğer taraftan eyaletlerdeki iş güvenliği makamlarınca gerçekleştirilmektedir.

### 1.2. Almanya'da Yasal Kaza Sigortaları

Almanya'da yasal kaza sigortaları, sosyal sigortaların bağımsız bir parçasını oluşturur. Diğer bölümlerini hastalık sigortası, emeklilik sigortası, işsizlik sigortası ve bakım sigortası oluşturur. Bütün bu sigortalar dayanışma prensibine dayanmaktadır. Riskler genel olarak bütün sigortalılar tarafından yüklenilir. Bütün sigortalıların birlik sağlanması, hastalık, işsizlik, yaşlılık, bakıma muhtaçlık hali ve iş kazaları sonuçlarına karşı güçlü finansal koruma sağlamaktadır. Almanya'da nüfusun yüzde 90'ının sosyal sigortası vardır.

Almanya'da sosyal sigortalar zorunlu sigortaları oluşturur ve istihdam ile sıkı sıkıya bağlantılıdır. Kaza sigortaları masrafları dahil sosyal sigorta primleri işveren ve çalışanlar tarafından eşit oranda karşılanmaktadır. Ancak yasal kaza sigortaları özel bir konuma sahiptir. Yasal kaza sigortalarının tamamı işverenler tarafından karşılanmaktadır. Buna karşılık işyerlerinin tek tek sorumlulukları kalkmaktadır. Bunun anlamı ise kazaya uğrayan çalışma-

nın açacağı tazminat davasına işyerleri tek tek muhatap olmamaktadır.

### 1.3. Alman Sınai Meslek Kooperatifi

Sektörlere göre örgütlenmiş olan Alman Sınai Meslek Kooperatifi, yasal kaza sigortalarının yüklenicisidir. Meslek Kooperatiflerinin yanı sıra kaza sigortaları, belediye kaza sigortaları birliği de Almanya'nın yasal kaza sigorta sistemine dahildir.

Alman Meslek Kooperatifleri kamudaki sınai işletmelerini yasal kaza sigortalarını ve belediye kaza sigortaları birliğini sigorta kapsamına alırlar. Örneğin öğrenciler, kamudaki gönüllüler ve çalışanları sigorta kapsamı içine alırlar.

Çatı örgüt olarak Alman Yasal Kaza Sigortası ve Önlemleri Federasyonu "Deutsches Gesetzliche Unfallversicherung (DGUV)", toplam 25 Meslek Kooperatifi, 31 yasal kaza sigortasını ve Belediye Kaza Sigortası Birliğini politik alanda, federal ve eyalet bazında Avrupa ve diğer ulusal ve uluslararası kuruluşlara ve sosyal partnerlere karşı temsil etmektedir.

Alman Meslek Kooperatifleri kamu tüzel kişiliğe sahip kurumlardır. Kurumlar eşit özerk kuruluş olarak kendisine yasal olarak aktarılmış görevler olan kaza önleme, iş kazaları için kaza sigortası, işe gidiş geliş sırasındaki kazaları ve meslek hastalıklarını işveren ve sigortalı çalışanlar vasıtasıyla devlet denetiminde yerine getirirler.

Altı yılda bir sosyal seçimler gerçekleştirilir. En son sosyal seçim 2005 yılında yapılmıştır. Bu seçimlerde işverenler ve çalışanlar kendi meslek kooperatiflerine ait temsilciler toplantısı için üyelerini seçerler. Temsilciler toplantısında yönetim kurulu belirlenir. Her iki organ da işveren ve çalışan temsilcileri tarafından eşit biçimde temsil edilmektedir.

Sistemin en büyük avantajını sektörlere göre örgütlenmiş olması oluşturmaktadır. Her bir Meslek Kooperatifi belirli bir sektörden sorumludur. Örneğin bir Meslek Kooperatifi inşaat sanayiinde sorumluluk üstlenmiştir. Bir başka Meslek Kooperatifi metal sanayiinde faaliyet gösteren işyerlerinin sorunları ile ilgilenmektedir. Diğer bir Meslek Kooperatifi ise gıda sanayiinde istihdam edilen çalışanların sağlıklarının korunması ile ilgilenmektedir. Bu yöntemle kaza sigortalarında olduğu kadar sağlığın korunmasında da uygulamaya yakın çö-

zümmler gerçekleştirilebilmektedir. İşyerlerinde iş kazası riski ne kadar çözüm merkezli ise her bir önlemin etkisi de o denli güçlü olur. Kişisel zararın tazmin edilmesinde kaza sigortalarında sektörlerle yönelim, mesleki ve sosyal açıdan tekrar uyum sağlanması açısından önemlidir.

Meslek Kooperatifleri'nin en önemli görevleri arasında;

- Çalışanları iş kazalarına, meslek hastalıklarına ve işe bağlı sağlık tehlikelerine karşı korumak,
- Etkili bir ilk yardımı garanti etmek,
- İş kazası veya meslek hastalığına uğrayan kişileri sağlığına tekrar kavuşması için rehabilite etmek,
- İlgili çalışanın tekrar çalışma hayatına intibakını sağlamak,
- Sosyal güvence için sigortalı çalışana ve ailesine geçindirebilmesi için para yardımında bulunmak.

## 2. İşyerine Üyeliğin Getirdiği Faydalar

### 2.1. Sigorta Güvencesi: İşyerinin Sorumluluğunu Yüklenmek

Meslek Kooperatifleri'ne üyelik, işyerlerine çok önemli avantajlar kazandırmaktadır. İşyerlerinin sorumlulukları kalkmakta, bu işyerleri hasta veya kaza geçiren çalışanın tazminat davasına muhatap olmamaktadırlar.

Örneğin Danimarka veya ABD gibi diğer birçok ülkedeki sistemlerde bu durum söz konusu değildir. Sigorta şirketlerine prim ve meslek hastalıkları fonu ödemesine rağmen işverene kazaya uğrayan bir çalışan tarafından tazminat davası açılabilir. Açılan davada, işverenin ihmalinin bulunduğu kanıtlanması, işyerine ağır maddi yük getirebilmektedir.

Almanya'da çalışan ve işveren ilişkisine dayanan medeni hukuk davalarının önü büyük ölçüde kapalıdır. Bunun nedeni Almanya'daki Meslek Kooperatiflerinin çıkan zararı kapsamlı bir şekilde tefahi etmesinden ve işletmeciyi yasal anlaşmazlıklara muhatap etmemesinden kaynaklanmaktadır.

Meslek Kooperatifleri yasal takipleri üstlenmektedir. Bunun için kazaya uğrayan kişinin herhangi ilave bir başvuruda bulunması gerekmemektedir.

Bu prensip ilgili kişiye en iyi tıbbi ve finansal yardım yapılmasını garanti etmektedir.

## 2.2. İşletme Huzuru ve İşyeri İmajı

İşyerini bu sorumlulukların dışında tutmak işyeri huzurunu desteklemektedir. Kazaya uğrayan veya hastalanan kişinin özel bir çözüm talep etmesi halinde bunu işverene değil ilgili Meslek Kooperatifi'ne iletmesi gerekmektedir. Böylelikle çalışan ile işveren arasındaki anlaşmazlık önlenmektedir. Tabii ki işveren çalışanına başvuru yaparken yardımcı olabilmektedir.

Meslek Kooperatifleri, sigortalı mağdur çalışanı erken bir şekilde ve en iyi tıbbi imkanlarla tekrar mesleğine dönmesi imkan halinde ise eski işine geri dönmesini sağlamakla yükümlüdür.

Ahlaki aynı zamanda maddi nedenlerle Meslek Kooperatifleri zamanında ve etkili yardımları yapılması gereken en uygun yöntem kabul etmektedirler. Bu nedenle Meslek Kooperatifleri önleyici sağlık hizmetini teşvik etmektedirler. Bilindiği gibi kaza mahallinde alınacak acil önlemler hayat ve sağlık açısından belirleyici olabilmektedir.

Meslek Kooperatifleri günlük hayatta üstesinden gelmesi gereken talepler ve diğer tamamlayıcı rehabilitasyon hizmetleri için de yardımlar sunmaktadır. Örneğin Meslek Kooperatifleri, özel tasarlanmış tekerlekli sandalyeyi veya gerekli olması halinde mağdur kişinin evini özrüne uygun yeniden inşa edip düzenlenmesini finanse ederler. Aktif üyelik sayesinde işveren, çalışanların sağlığının kendisi için önemli olduğunu ve bir zarar durumunda çalışanların güvencede olduklarını ve çalışanların olabilecek en iyi yardımı alacakları mesajını verir. İşyerinin Meslek Kooperatifine üye olması işyerinin imajını yükseltmektedir.

## 3. İşyerinin Yükümlülükleri

### 3.1. Katkı Yükümlülüğü

İşyerinin faaliyet gösterdiği sektöre göre bir işyeri belirli bir Meslek Birliği'ne üyedir. Yasalarla belirlenen bu üyelik işyerinin faaliyete geçmesi ile otomatik olarak başlar. İlgili Meslek Birliği işletmeyi sorumluluk alanı ve tehlike sınıfı konusunda bilgilendirir. Bunlar işyerinin yıllık üyelik için ödeyeceği aidatın ölçüsünü belirlemektedir.

Sektörün çalışma faaliyetinin içerdiği riske gö-

re farklı Meslek Kooperatifleri değişik miktarlarda aidat belirlemektedirler. Kural olarak örneğin inşaat sanayinde faaliyet gösteren bir şirket kuaföre nazaran daha yüksek aidat ödemektedir. Matbaacı ise kimya işletmesine göre daha az aidat ödemektedir. Tehlike sınıfı, her bir sektörün kaza tehlikesini belirler. Yüksek kaza maliyetine sahip sanayi dalları yüksek aidat ödemekle yükümlüdürler. Bu yöntemle prim ödemelerinde adil bir katılım sağlanmış olunur. Kurumun kaza maliyetleri hesaplanırken sadece bir yıl öncesine ait maliyetler değil aynı zamanda geçmişteki hatta on yıllar öncesine ait meydana gelen emeklilik, iş kazası ve meslek hastalıkları gibi maliyetler de dikkate alınmaktadır.

Kaza önleme konusunda başarılı olan işyerleri, bağlı oldukları Meslek Kooperatifleri tarafından daha düşük bir aidat ödemesi ile teşvik edilebilirler. Meslek Kooperatifi özel bir puanlama sistemi uygulamaya koymuştur. Puanlamaya bildirim yükümlülüğü kapsamındaki bütün iş kazaları dahil edilir. Puanın yüksekliğine göre yıllık aidat belirlenir.

Yüksek iş kazası sayısına sahip olan işyerleri yıllık aidata ilave bir miktar aidat ödemek durumunda kalabilirler. Meslek Birlikleri böylelikle işyerlerini etkili kaza önlemleri alma konusunda motive etmeyi ummaktadırlar.

Bu yöntemle her bir işyeri için kişisel bir katkı payı oranı belirlenir. Katkı payı bir işyerindeki bütün çalışanlara ödenen ücret toplamının yüzdesel oranı alınarak hesaplanır. Meslek Kooperatifleri'nin ortalamada katkı payı oranları 2006 yılında ücretlerin toplamının yüzde 1,33'ü kadardır. Katkı payı ihtiyaçların karşılanması prensibine dayanılarak belirlenmektedir.

Meslek Kooperatifi takvim yılının sonunda finansal ihtiyacını belirleyerek üyelerine sunmaktadır. Kurum ihtiyacını, herhangi bir kâr amacı gütmeksizin sadece gerekli harcamalarını karşılayacak şekilde belirler.

### 3.2. Kaza Önleme

İş kazalarını önlemek yasal kaza sigortalarının en önemli görevleri arasında yer almaktadır. Amaç iş kazalarını, meslek hastalıklarını ve işle bağlantılı sağlık risklerini önlemektir. Güncel kaza önleme tedbirleri bir bütünlük içermektedir. Güvenlik tek-

niği ve çalışma sağlığı önlemleri olduğu kadar sağlığı koruma önlemlerini de kapsamaktadır.

Meslek Kooperatifi'nin kaza önleme hedefi, iş güvenliğinin sağlanması ve işçi sağlığının korunmasıdır. Kaza önleme hedefleri arasında danışmanlık, denetim, araştırma, geliştirme, mesleki eğitim ve bilgilendirme de vardır. Böylelikle işyerinde güvenlik ve sağlık için şartlar sağlanmış olur.

Etkili bir iş güvenliğinden işveren sorumludur. İlgili Meslek Kooperatifi bu konuda işverene destek vermektedir. İşveren işyerindeki güvenliği sağlamak için gerekli olan her şeyi düzenlemek ve hazırlamaktan sorumludur. İşveren, iş güvenliği ve önleyici sağlık hizmeti organize etmekten ve aynı zamanda örneğin baret, koruyucu ayakkabı, gözlük gibi kişisel koruyucuların temininden sorumludur.

Kaza veya sağlık tehlikesinin işletme veya organizasyon önlemleri ile önlenememesi halinde güvenlik teçhizatının çalışanlar tarafından kullanılması zorunludur. Çalışanlarının iş güvenliği önlemlerine uymasından işveren sorumludur. İşveren çalışanları bilgilendirmek ve bütün güvenlik tekniği ve sağlık önlemlerini denetlemek zorundadır. Bununla birlikte işveren risk değerlendirmesinden de sorumludur. Risk değerlendirmesi modern kaza önleme esasına dayanmaktadır. Geçmiş değil olasılıkları değerlendirmektedir. İşyerinde olası kaza tehlikeleri baştan itibaren bu yöntemle önlenmektedir.

### 3.3. Üst Denetim Yükümlülüğü

İşveren talimatları belirlemeli ve bu talimatlara uyulup uyulmadığını kontrol etmelidir. Ancak işletme büyüklüğü ve görevlerin karmaşıklığı işverenin görevini tek başına yerine getirmesini engellemesi halinde, işveren görevlerini, uygun eğitim almış ve elverişli çalışanları temsilci seçerek devredebilir. Ancak bunu gerçekleştirirken sorumluluk alanının sınırları belirlenmeli ve görevleri elverişli çalışanlar seçilmelidir. İşverenin işyerindeki genel denetleme yükümlülüğü devam eder. Bunun anlamı işveren işyeri iş güvenliğinden tek başına sorumlu olmaya devam eder.

#### 3.3.1. Temsilci Olarak Görevlendirme

Kendilerine görevler verilen çalışanlar gerekli talimatları ve önlemleri kontrol etmelidirler. İşverenin ise üst denetleme yükümlülüğü devam etmektedir. İşverenin görevleri arasında devredilen

işveren yükümlülüğünün çalışanlar tarafından yerine getirilip getirilmediğini kontrol etmek vardır. İşveren çalışanlarına yatay veya dikey görevlendirme yapabilmektedir.

#### 3.3.1.1. Çalışanın Dikey Görevlendirilmesi

Örnek olarak yönetici konumunda olan çalışanlar ve denetçiler dikey görevlendirilebilmektedir. Bu çalışanların görevleri iş tanımları ve iş sözleşmeleri ile belirlenmektedir. Ancak bu çalışanlara sözlü olarak da görevlendirme yapılabilmektedir. Dikey görevlendirme yapılan çalışanlar işletmedeki iş güvenliğine uyulması konusunu denetler ve güvenlik için münferit önlemler alırlar. Dikey görevlendirme yapılan çalışanların talimat verme yetkileri bulunmaktadır. Bir yetersizliğin belirlenmesi halinde derhal önlem alınır.

#### 3.3.1.2. Çalışanların Yatay Görevlendirilmesi

Bu kişiler örneğin özel olarak iş güvenliği için eğitim almış kişilerdir. Yükümlülüklerin bu kişilere devredilmesi ancak görevin, yükümlülüklerin ve hakların yazılı olarak açıklanarak bildirilmesi ile gerçekleşir.

Görevleri yüklenen kişi, görevi yazılı olarak kabul etmelidir. İşveren, çalışanın görevini yükümlülüklerine uygun olarak yerine getirip getirmediğinden sorumludur. İş güvenliğinden sorumlu kişiler tesis ve teçhizat, çalışma araçları, çalışma malzemeleri ve süreçleri ile çalışma yeri ve risk değerlendirmesi ilgili bütün iş güvenliği tekniği sorunları konusunda işvereni bilgilendirirler. Bu kişiler önlemlerin en iyi şekilde, nasıl giderilebileceği konusunda önlemler önerirler ve kaza nedenlerini araştırırlar.

Bununla birlikte işyerinde istihdam edilen bütün çalışanların güvenli davranış sergilemeleri için çalışanlara kaza ve sağlık riskleri konusunda bilgi verirler. Dikey olarak görevlendirilen çalışanlara kıyasla talimat verme yetkileri bulunmamaktadır. Bu nedenle bu kişilerin yükümlülükleri arasında işvereni bilgilendirmek ve mevcut bütçe konusunda uyarmak bulunmaktadır. İşveren belirlenen eksikliklerin giderilmesi konusunda sorumluluk taşımaktadır. Yatay olarak görevlendirilebilecek diğer çalışanlar arasında iş güvenliği uzmanları, işyeri konseyi üyeleri ve işyeri hekimi vardır. İşyeri hekimi işvereni iş tıbbı konusunda bilgilendirir. Çalışanları muayene eder, iş sağlığı konusunda bilgilendirir.



### 3.3.1.3. Özel Durum: Küçük ve Orta Ölçekli İşyerleri

Çoğu zaman küçük ve orta ölçekli işyerleri maliyet sebepleri nedeniyle iş güvenliği için uzman ve kalifiye işgücü istihdam etmekte zorlanırlar. Bu tür işyerleri, gerekli olması halinde tek imkan olarak, iş güvenliği uzmanlarından danışmanlık hizmeti alabilmektedir. Ancak işveren bu durumda dahi üst denetleme yükümlülüğünden vazgeçemez.

### 3.3.2. Eğitim

İşverenin üst denetleme yükümlülüğünü yerine getirebilmek için iş güvenliği ve işçi sağlığı alanında bilgi sahibi olması gereklidir. İşverenin dikey veya yatay olarak görevlendirdiği çalışanlar da gerekli eğitimi almış olmalıdırlar. Örneğin Almanya'da faaliyet gösteren yaklaşık 30 Meslek Kooperatifi'nin eğitim kurumunda bu konuda eğitim verilmektedir. Buralarda bilimsel bilgi ve metot temeli esas alınarak yasal kaza sigortalarına dayanan bir eğitim verilmektedir. Seminerler belirli hedef gruplarına yöneliktir. Eğitimler işveren, yönetici işgücü, işletme temsilcisi, işyeri hekimi, iş güvenliği için kalifiye işgücü, iş güvenliği uzmanları olduğu kadarıyla tasarımcılar, pazarlamacılar ve büyük oranda işletmede uzman olarak istihdam edilen çalışanlara yöneliktir. Ancak sadece işletmede çalışan teknik işgücü değil aynı zamanda da işletme dışı güvenlikten sorumlu kalifiye işgücü ve uzmanlar da devlet tarafından tanınan yerlilikte sahip olmak için eğitimlere katılabilirler.

## 4. İş Güvenliği: Sistemli organizasyon

İş güvenliği sadece yönetmeliklerin yerine getirilmesi anlamına gelmemektedir. Etkili bir iş güvenliğinin, çalışma şartlarının sürekli değiştiği ve sürekli yeni tehlike kaynaklarının ortaya çıktığı bir ortamda, iyi çalışan bir sistem olarak işletmede kurulması gerekmektedir. Bu bir iş güvenliği Yönetimi Sistemi "Arbeitsschutzmanagement-System (AMS)"nin kurulması ile mümkündür. Her Meslek Kooperatifi kendi sektörüne özel ve kişisel olarak her işletmeye uyum sağlayabilecek iş güvenliği yönetimi sistemi sunmaktadır. Hedef bir bütün olarak iş güvenliğinin geçirgen, bütün boyutları ve bütün faaliyetlerde kaynaştırılabilir olmasıdır. Bu sayede iş güvenliği ve işçi sağlığı organizasyonunun optimize edilmesi ve işletmedeki arızanın azaltılması mümkündür.

İş Güvenliği Yönetimi Sistemi bir işletmenin, iş güvenliği ve işçi sağlığının işletme politikasında işletmenin temel hedefi olarak belirlenmesi ve uygulanmasını sağlar.

İş Güvenliği Yönetimi Sistemi;

- İşletmede iş güvenliği ve işçi sağlığı yapısının ve sürecinin yaratılmasına,
- İşletmedeki bütün yapı ve süreçlerde iş sağlığı ve güvenliği entegrasyonunun sağlanması ile bağlantılıdır.

Bir işletme İş Güvenliği Yönetimi Sistemi'ni uygulamaya koymak istediğinde işletmeye özgü İş Güvenliği Yönetimi Sistemi'ni somut olarak geliştirebilmesi için İş Güvenliği Yönetimi Sistemi şeklinde bir yönelme konseptine ihtiyacı vardır.

İş Güvenliği Yönetimi Sistemi karşılaştırılabilir, soyut, yardımcı bir kavramdır. Bu temel üzerinden işletme kendine özgü İş Güvenliği Yönetimi Sistemi'ni geliştirir ve uygular. İş Güvenliği Yönetimi Sistemi konsepti normlara, yol gösterici veya sektöre özgü tavsiyelere dayanabilir. Bir İş Güvenliği Yönetimi Sistemi nelerin ve hangi kriterler dikkate alınarak düzenlenmesi gerektiğini belirler. Ancak bir İş Güvenliği Yönetimi Sistemi nelerin ve hangi kriterlerin nasıl düzenlenmesi gerektiğini belirlemez. Kriterlerin nasıl belirleneceği kararı işletmeye aittir.

Böylelikle İş Güvenliği Yönetimi Sistemi her işletmeye özgü ve en iyi şekilde uyarlanabilmektedir. Her işletmenin yapı ve süreç organizasyonunda diğerlerinden ayırt edilen kendine özgü özellikler göstermesi nedeniyle sistem her durumda işletmeye özgü olur.

Bir İş Güvenliği Yönetimi Sistemi küresel, modern bir çalışma dünyasının bir parçasıdır. İş güvenliği, işletme organizasyonunun bütün seviyelerinde ağ ile bağlantılı olmalıdır. Mevcut yönetim yapıları kullanıldığında, sosyal sorumluluğun yerine getirilmesinin yanı sıra ekonomik avantajlar da ortaya çıkabilmektedir. Diğer bir avantaj ise iş akışında ve çalışılmayan sürelerde olası arızaların azaltılması ve çalışanların çalışmaya hazır oluşlarının artırılmasıdır.

Meslek Kooperatifleri buna benzer sistemlerin kurulmasında onlarca yıllık tecrübeye sahiptirler. Bazı diğer ülkeler benzer düşünceler geliştirmişlerdir. Türkiye'deki iş güvenliği için İş Güvenliği Yönetimi'nin uygulanması avantaj kazandıracaktır. Uluslararası uygun bir partner olarak sınıai Meslek Kooperatifleri mutlaka yardımda bulunacaklardır.

# YENİ YAYINLAR



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Şahin Çil tarafından hazırlanan 3 ciltlik “İş Hukuku Şerhi” isimli eserin gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2. baskısı yayımlanmıştır.

Eserde, kurumlar ve kavramlar üzerinde ayrıntılı bir biçimde durulmuş, mevcut ve olası tartışmalara yer verilmiş, ilgili maddeler sistematik bir biçimde açıklanmış ve konulara ilişkin Yargıtay uygulaması ile öğretici görüşleri bir arada ve bağlantılı şekilde ele alınmıştır.

İlk baskıdan farklı olarak atıflar metin içinden alınarak dipnot olarak gösterilmiş ve böylece eserin daha akıcı biçimde okunması sağlanmıştır. Eserin bu baskısında, çok sayıda yayın ve yazara atıf yapılmış, bilgiler arasında örüntüye özen gösterilmiş ve okuyucunun belli bir bütünsellik içinde konuya eğilmesine imkan verilmiştir.

Uyuşmazlıkların yaşandığı düşünülen konularda çok sayıda Yargıtay kararı seçilmiş ve maddelerle ilgili açıklamalardan sonra tarih sırasında göre söz konusu bu kararlara yer verilmiştir. Eserde yer alan kararların tamamının özeti çıkarılarak başlık kısmına yazılan bir veya birkaç cümle ile okuyucunun aradığı karara daha kolay biçimde ulaşılması sağlanmıştır.

Dr. Gaye Burcu Yıldız'ın doktora tezi olarak hazırladığı “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu” adlı eser, geniş ölçüde karşılaştırmalı hukuk çalışmasına dayanmaktadır. Kitapta özellikle İngilizce kaynaklardan yararlanılarak Birleşmiş Milletler belgelerinde, ILO ve AB kuralları ile Amerikan hukuku çerçevesinde işverenin eşit işlem yapma borcu ele alınmış, bu kaynaklardaki düzenlemelerle karşılaştırma yapılmak suretiyle Türk iş mevzuatı eleştirel bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Kitabın birinci bölümünde eşitlik kavramının genel bir tanımı yapılmakta ve uluslararası metinlerde eşitlik ilkesinin dayanaklarına yer verilmektedir. İkinci bölümde ise ayrımcılık yasağı üzerinde durularak ayrımcılık çeşitleri, nedenleri, cinsel taciz gibi konulara değinilmektedir. Kitabın üçüncü bölümünde eşit işlem yapma borcunun sınırları sözleşme özgürlüğü ilkesi, orantılılık ilkesi ve eşit işlem borcunun uygulanma koşulları çerçevesinde ele alınmaktadır. Dördüncü bölümde, iş ilişkisinin kurulmasında ayrımcılık yasağı, işin yürütümünde eşitlik ilkesi ve iş ilişkisinin sona erdirilmesinde eşitlik ilkesi hususları; beşinci bölümde ise eşit işlem yapma borcuna aykırılığın ispatında ispat yükünün kimde olduğu ve konuyla ilgili yaptırımlar yer almaktadır.

