

# SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

ARALIK '12 • Yıl 7 • Sayı 28

**MESS Adına Sahibi**

Tuğrul KUDATGOBİLİK  
MESS Yönetim Kurulu Başkanı

**Yazı İşleri Müdürü**

Av. İsmet SİPAHİ  
MESS Genel Sekreteri

**Yayın Yönetmeni**

Av. Mesut ULUSOY

**Yayın Kurulu**

Av. Hakan YILDIRIMOĞLU  
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. Mete N. YORULMAZ  
Av. Burak TÜRKMEN

**Baskı**

Hanlar Matbaacılık  
San. ve Tic. Ltd. Şti.

Yeşilce Mah. Aytekin Sok.  
No. 16 Kağıthane/İSTANBUL

**Yayın Türü**

Yerel süreli yayın. MESS'in  
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

**Baskı Tarihi**

28 Aralık 2012

**M E S S**

**Türkiye Metal Sanayicileri  
Sendikası**

Merkez Mahallesi  
Geçit Sokak No: 2  
34381 Şişli/İSTANBUL

Tel: 212 232 01 04 (Pbx)

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**

*Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi: İş Sağlığı ve Güvenliğinde Merkezi İlk Yapılanma* ..... 5  
Prof. Dr. Tankut CENTEL

*İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Düşündürdükleri* ..... 10  
Prof. Dr. Nüvit GEREK

*6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverenin İş Sağlığı ve  
Güvenliği Yönetim Sorumluluğu* ..... 20  
Prof. Dr. Z. Gönül BALKIR

*İşçinin Günlük Dinlenme Hakkı ve Yargıtay Uygulaması* ..... 42  
Seracettin GÖKTAŞ

*Mobbingin Benzer Kavramlardan Farkı* ..... 57  
Ahmet TAŞKIN

*İş Hukukunda Yorum* ..... 72  
Bektaş KAR

*Yıldırı Olgusu ve Tarafların Sorumlulukları* ..... 82  
Av. Ergun İNCE

*Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Bakiye Ücretin Ayır Ayrı Talep Edilmesi*..... 109  
Av. Ahmet KOYUNCU

*Telafti Çalışması Üzerine Bir Düşünce* ..... 113  
Av. Mesut ULUSOY

**KARAR İNCELEMELERİ**

*İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin  
Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin  
13.02.2012 Tarihli Bir Kararı Çerçevesinde)*..... 129  
Prof. Dr. Murat ŞEN

*Çağrı Üzerine Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hesabında  
Füilen Çalışılan Sürelerin Birleştirilmesi* ..... 140  
Doç. Dr. Fuat BAYRAM

*Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik*... 146  
Dr. Ulaş BAYSAL

**TOPLU İŞ HUKUKU**

*Grev Esnasında Stokların Satılmasının ve İşyeri Dışına Çıkarılmasının Serüveni* ..... 154  
Prof. Dr. Fevzi DEMİR

*6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Grev Hakkı*..... 163  
Prof. Dr. Melda SUR

*Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre Sendika Üyeliği* ..... 173  
Doç. Dr. Aydın BAŞBUĞ

*Sendikal Faaliyetlerden Yararlanmada Toplumsal Cinsiyet Eşitliği* ..... 185  
Dr. A. Eda MANAV

*6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yetki Tespiti ve Yetki Tespitine İtiraz* ..... 197  
Av. Selçuk KOCABIYIK

## **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

*5510 Sayılı Kanun'a Göre Kendi Adına ve Hesabına Çalışanların Sigortalı Olma Koşulları* ..... 205  
Resul ASLANKÖYLÜ

*Çalışma Yaşamında Kadınlara Sosyal Güvenlik Mevzuatına Göre Sağlanan Haklar* ..... 215  
Murat UĞUR

*Kısmi Süreli Çalışanların Sigorta Bildirimlerini 30 Güne Tamamlama Yolları* ..... 223  
Faruk YÜKSEL

*Limited Şirket Ortaklarının 5510 Sayılı Yasa Kapsamındaki Sigortalılıklarının Nasıl Sona Ereceğinin Açıklanması* ..... 227  
Vakkas DEMİR

## **KARAR İNCELEMESİ**

*Yurtdışı Hizmet Boçlanması Sürelerinin 5510 Sayılı Kanun'un m. 4/1, a Hükmü Kapsamında Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu* ..... 232  
Yrd. Doç. Dr. Saim OCAK

## **MALİ HUKUK**

*Bireysel Emeklilik Sistemine Yönelik Yeni Vergisel Teşviklerin Değerlendirilmesi* ..... 242  
Doç. Dr. Adnan GERÇEK

## **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

*Sosyal Avrupa ve Türkiye'nin AB Üyelik Süreci* ..... 251  
Prof. Dr. Haluk KABAALIOĞLU

## **KARAR İNCELEMESİ**

*İşe Alım Safhasında Ayrımcılık* ..... 255  
Av. Burak TÜRKMEN



# Yasal düzenlemelerin, ülkemizin rekabet edebilirliğini tehdit etmeyecek nitelikte olmaları gerekir

Çalışma hayatı ile endüstri ilişkilerinin temel taşlarından olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, 7 Kasım 2012 tarihinde yürürlüğe girdi. Uzun zamandır beklenen ve nihayet yasalaşan Kanun, kilitlenme noktasına gelen endüstri ilişkilerinde rahat bir nefes alınmasını sağladı. Nitekim, 1 Şubat 2012 tarihinden itibaren sendikalara verilemeyen yetki tespit yazıları, Kanun'un yayımlanmasını müteakiben Bakanlık tarafından sendikalara hızla gönderilmeye başlandı. Her ne kadar, 6356 sayılı Kanun, daha şimdiden bazı soru işaretleri ve tartışmaları beraberinde getiriyor olsa da, bu Kanunun, gerek işçi ve işveren gerekse de hükümetin üzerinde büyük ölçüde konsensüs sağladığı bir kanun olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Dileriz ki, 6356 sayılı Kanun, ülkemizin çalışma hayatına ve çalışma barışına katkı verir. Türkiye'nin sanayileşmeye adım atmış bir ülke olduğu gerçeği göz önünde bulundurularak, içinde bulunulan rekabetçi koşullarda bu alanın, Türk endüstri ilişkilerini kökten sarsacak uyuşmazlıklara meydan vermeyecek ve dengeli bir biçimde yaşanabilecek bir alan olması en büyük temennimizdir.

Öte yandan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 11.04.2012 tarihinde verilen bir karar dikkat çekicidir. Şöyle ki; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, önüne gelen bir olayda, çağrı üzerine çalışan bir işçinin kıdem tazmina-

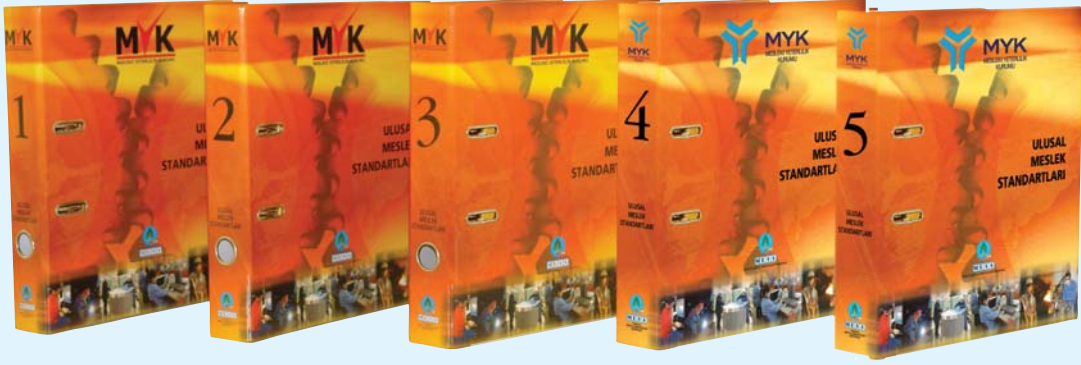
tının hesabında, çalışılan ve İş Kanunu'na göre çalışılmış sayılan sürelerin toplamının esas alınması ve çağrı üzerine çalışmada çağrılmayan sürelerin, kıdem süresinden sayılmaması gerektiğine hükmetmiş, verilen bu karar da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından onanmıştır. Söz konusu Karar, kısmi süreli çalışmalarda kıdem tazminatına ilişkin Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarından farklı olması sebebiyle tartışmaya açıktır.

Dergimizin 28. sayısındaki diğer bazı konu başlıklarımız ise şöyle: Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi: iş sağlığı ve güvenliğinde merkezi ilk yapılanma, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında işçinin kişiliğinin korunmasına aykırılık ve sonuçları, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre sendika üyeliği, grev esnasında stokların satılmasının ve işyeri dışına çıkarılmasının serüveni, yurtdışı hizmet borçlanması sürelerinin 5510 sayılı Kanun'un m. 4/I,a hükmü kapsamında sayılıp sayılmayacağı sorunu, bireysel emeklilik sistemine yönelik yeni vergisel teşviklerin değerlendirilmesi, Sosyal Avrupa ve Türkiye'nin AB üyelik süreci, işe alım safhasında ayrımcılığa ilişkin ATAD kararı. Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemelerinin yer aldığı dergimizin 28. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunarız.

Saygılarımla,  
**Av. İsmet Sipahi**

# Ulusal Meslek Standartları

Ulusal Meslek Standartları sektörün ihtiyacı olan nitelikli işgücüne erişimi hızlandıracak.



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

Bugüne kadar Sendikamızın hazırladığı toplam 63 Ulusal Meslek Standardı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunuyor. Sendikamız MESS, Ulusal Meslek Standartları'nın ulaşılabilirliğini artırmak ve arşivlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yayımlanan standartları ilgili tüm kurum ve kuruluşlar ile sosyal paydaşlara dağıttı. Sendikamız, meslek standartlarının hazırlanması alanındaki çalışmalarını sektörün önde gelen temsilcileri olan üyeleri ile eşgüdümlü olarak sürdürüyor.

## Yayın Talebi İletişim

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi  
Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL  
Tel: 0 212 232 01 04 (pbx) Faks: 0 212 241 76 19  
e-posta: mess@mess.org.tr - www. mess.org.tr

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi: İş Sağlığı ve Güvenliğinde Merkezi İlk Yapılanma

## I. Giriş

Herhangi bir erteleme olmadığı takdirde, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği (İSG) Kanunu'nun, 2012 Aralık ayı sonunda yürürlüğe girmesi beklenmektedir. İSG Kanunu; iş sağlığı ve güvenliği konusundaki örgütlenme için, merkezi kurum olarak Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi'ni (m. 21) öngörmektedir. Söz konusu kurum, Türk hukuk sistemi içerisinde, ilk kez yer almaktadır. Nitekim, daha önceki iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı, böyle bir kuruma yer vermiş değildir. Bu bakımdan, Ulusal İSG Konseyi, Türk iş hukuku için yeni bir kurum niteliğindedir.

İş sağlığı ve güvenliği konusunda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan ayrı ve bağımsız bir kurulun oluşturulması düşüncesi, öteden beri var olmuştur<sup>1</sup>. Ancak, burada söz konusu olan, iş sağlığı ve güvenliği alanına hakim olacak ayrı bir örgütlenmenin yerine, danışma niteliğindeki bir kurumun oluşturulmasıdır. Bu açıdan, iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendirecek tüm konular hakkındaki karar verme yetkisinin,

söz konusu kurula geçeceği söylenemez.

İSG Kanunu, Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi'yle ilgili olarak, 21. maddeyi kabul etmiş bulunmakla birlikte, çalışma ve işleyişe ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamış; çalışma usul ve esaslarının belirlenmesi konusunda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nı yetkili kılmıştır. Bu bağlamda, aşağıda ilkin, Konsey'in kuruluş yapısı üzerinde durulacak ve daha sonra da, Konsey'in çalışma biçimine ilişkin usul ve esaslar irdelenecektir.

## II. Konsey'in Oluşumu

İSG Kanunu m. 21, Konsey'in oluşumunda, üçlü temsil esasını benimsemiştir. Buna göre, Konsey, bürokrasiden gelen devlet (hükümet) temsilcileri ile sosyal tarafların temsilcilerinden oluşmaktadır. Ancak, ağırlıklı olarak, devlet temsilcilerine Konsey içinde yer verilmiştir. Bunun, üçlü temsil esasını tam olarak yansıtmadığı ve belirtilen esasla tam bir uyum içinde olmadığı, hemen söylenmelidir.

Nitekim, devlet kesiminin temsilcileri olarak:

- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarı,
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürü,
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürü,
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanı,
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'ndan bir genel müdür,
- Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür,
- Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür,
- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür,
- Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür,
- Kalkınma Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür,
- Milli Eğitim Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür,
- Sağlık Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür,
- Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'ndan bir yürütme kurulu üyesi,
- Devlet Personel Başkanlığı'ndan bir başkan yardımcısı,

olmak üzere, toplam 14 bürokratin katılımı öngörülmüştür (İSG Kanunu m. 21/II bent a-c).

Bu bağlamda, devlet kesiminden gelecek temsilcilere yer verilirken, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'yla sınırlı kalınmamış ve diğer bazı bakanlıklardan gelecek genel müdürlerin de katılımı esası benimsenmiştir. Söz konusu tutumun, Konsey'in "ulusal" düzeyde kurulu olması nedeniyle açıklanması olanaklı bulunmakla birlikte; iş sağlığı ve güvenliği konularıyla doğrudan ilgisi olmayan bakanlık temsilcileri ile Yükseköğretim Kurulu yürütme kurulu üyesinin, Konsey oluşumuna dahil edilmemesi daha yerinde olurdu.

Devlet dışındaki kesimlerin temsilcilerine gelince;

- İşveren sendikaları üst kuruluşlarının en fazla üyeye sahip olanından bir yönetim kurulu üyesi,
- İşçi sendikaları üst kuruluşlarının en fazla

üyeye sahip olanından bir yönetim kurulu üyesi,

- Kamu görevlileri sendikaları üst kuruluşlarının en fazla üyeye sahip olanından bir yönetim kurulu üyesi,
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nden bir yönetim kurulu üyesi,
- Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu'ndan bir yönetim kurulu üyesi,
- Türk Tabipleri Birliği'nden bir yönetim kurulu üyesi,
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği'nden bir yönetim kurulu üyesi,
- Türkiye Ziraat Odaları Birliği'nden bir yönetim kurulu üyesi,

olmak üzere, toplam 8 temsilcinin katılımı öngörülmektedir (İSG Kanunu m. 21/II bent ç). Bunun dışında, "ihtiyaç duyulması halinde, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürünün teklifi ve Konseyin kararı ile belirlenen, iş sağlığı ve güvenliği konusunda faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlardan en fazla iki temsilci" (İSG Kanunu m. 21/II bent d) de, Konsey çalışmalarına katılabilecektir. Ancak, bu üyeler, iki yıl için seçilecek ve üst üste iki olağan toplantıya katılmadıklarında da, ait oldukları kurum veya kuruluşun Konsey üyeliği sona erecektir (İSG Kanunu m. 21/III).

Devlet kesiminin daha çok genel müdür ve devlet dışı kesimin de genel olarak yönetim kurulu üyesi düzeyinde temsilinin öngörülmesi, her iki düzeyin birbirini karşılar nitelikte olmasına karşın, konunun uzmanlığı ve Konsey çalışmalarının verimliliği açısından yerinde olmamıştır. Çünkü, iş sağlığı ve güvenliği konularının ulusal düzeyde ele alınıp politika ve stratejilerin (İSG Kanunu m. 21/D) görüşüleceği bir kurula konunun uzmanı yerine bir yönetim kurulu üyesinin katılacak olmasının yerindelik derecesi, tartışma götürür niteliktedir. Her ne kadar "konuyla ilgili veya görevli" yönetim kurulu üyesinden söz edilmekteyse (İSG Kanunu m. 21/II bent ç) de, ilgili kuruluşların yönetim kurulları uzmanlık konusuna göre oluşturulmuş değillerdir.

Bunun gibi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın dışındaki bakanlıklardan gelecek genel müdürlerin, iş sağlığı ve güvenliği konularına ne ölçüde hakim buldukları da, tartışmaya açık görünmektedir. Oysa, Konsey'in, konuyla il-



gili ve tamamen uzman olan kişilerden oluşması gerekmektedir. Bu itibarla, Konsey yapısının oluşumunda salt temsilci gönderme esasına yer verilerek suretiyle, sadece temsilci gönderecek kurum ve kuruluşların adlarının belirtilmesiyle yetinilmesi, daha yerinde olacaktır.

Diğer yandan, İSG Kanunu m. 21/II bent ç'deki "işveren, işçi ve kamu görevlileri sendikaları üst kuruluşlarının en fazla üyeye sahip ilk üçünden" anlatımı, çok açık görünmemektedir. Bununla, bir an için uygulamadaki işveren, işçi ve kamu görevlileri sendikaları konfederasyonlarının üye çoğunluklarına göre birer ama toplam her kesimin üç kişiyle temsil edileceğinin anlatılmak istendiği gibi bir izlenim doğmaktaysa da; adı geçen hükmün sonunda yer alan "birer" sözcüğü karşısında, işveren ile işçi ve kamu görevlileri kesiminin birer kişiyle temsil edileceğini kabul etmek, daha uygun olacaktır. Esasen, her üç kesimin de toplam üçer kişiyle temsil edileceğinin kabul edilmesi halinde, devlet dışı kuruluşların temsilci sayısı devlet kesiminin temsilci sayısını aşmış olmaktadır ki; devlet kesiminin ağırlıklı temsili eğilimini yansıtan yasa koyucunun, bunu benimsemesi söz konusu değildir.

### III. Konsey'in Görevleri

İSG Kanunu m. 21/I, "ülke genelinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili politika ve stratejilerin belirlenmesi için tavsiyelerde bulunmak üzere Konsey kurulmuştur" hükmüyle, iki noktayı açıklığa kavuşturmuştur. Bunlardan ilki, Konsey'in görev alanının ve ikincisi de, Konsey'in görevinin niteliğinin ne olduğu hususlarıdır.

Buna göre, Konsey; iş sağlığı ve güvenliği alanında ülkesel siyaseti ve stratejileri belirlemekle görevli kılınmaktadır. Gerçekten, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin etkin bir biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla, çeşitli siyaset ve stratejilerin izlenmesine gereksinim duyulmaktadır. Özellikle, iş sağlığı ve güvenliği denetim ağının nitelik ve nicelik bakımından güçlendirilmesi, böyle bir etkin olmayı sağlayabilecektir.

İş sağlığı ve güvenliği konusunda Konsey tarafından ortaya konulacak politika ve strateji önerilerinin kime sunulacağı veya ne yapılacağına ilişkin olarak, yasada herhangi bir açıklığa rastlanmamaktadır. Ancak, durumun özelliği gereği, iş

sağlığı ve güvenliği alanında herhangi bir hukuki önlem alınması gerekecek olduğunda, söz konusu önlemi almayı düşünen kurum veya kuruluş, Konsey'e başvurabilecektir. Özellikle, yıllık kalkınma planlarının hazırlanmasında veya mevzuat düzenlemelerinin hazırlık aşamalarında, Konsey tavsiyelerinin dikkate alınması söz konusudur.

Ancak, Konsey'e yasayla verilen görevin, kendiliğinden mi yoksa başvuru üzerine mi gerçekleştirileceği hakkında, İSG Kanunu'nda herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Buna karşılık, her iki yolun da açık tutulmasında, hukuken herhangi bir sakınca görülmemektedir. Bu konudaki açıklığın ise, Konsey çalışma usul ve esaslarının saptanması sırasında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca sağlanacağı düşünülmelidir.

Diğer yandan, Konsey, "tavsiyelerde bulunmak"la görevli kılınmıştır. Buna göre, Konsey tarafından alınacak kararlar, "tavsiye" niteliğinde olacak ve hiçbir zaman "icrai" nitelik taşımayacaktır. Böylece, Konsey, iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren konularda, öneride bulunacak ve bunların "ülkesel siyaset ve strateji" olarak izlenmesini bekleyecektir. Bu açıdan, Konsey'in bir "danışma organı" niteliğini taşıyacağı söylenmelidir.

Konsey tarafından verilecek tavsiye niteliğindeki kararlarda, iş sağlığı ve güvenliği alanını ilgilendiren herhangi bir hukuki düzenlemenin yapılması veya yürürlükteki iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında değişikliğe gidilmesi önerilebilecektir. Bunların, tavsiye niteliğinde bulunmaları nedeniyle, karar mercii durumundaki kurum ve kuruluşlara veya icra organlarına ışık tutması ve yol göstermesi söz konusu olacaktır.

Ancak, tavsiye niteliğinde karar verilecek olması nedeniyle, Konsey kararlarına ilişkin çalışmalarından, uygulamada çok fazla bir önem taşımaları beklenemez. Bununla birlikte, söz konusu Konsey çalışmalarının, değişik alanlarda ulusal siyaset ve stratejilerin oluşturulması bakımından, son derece yapıcı olacakları söylenmelidir.

### IV. Konsey'in Yetkileri

İSG Kanunu, Konsey'e tavsiye niteliğindeki çalışmaları sırasında, sahip olacağı herhangi bir özel yetki tanımış değildir. Bu konuda, Konsey'in, genel nitelikteki hükümlerden yararlanmak sure-

tiyle, görevini yerine getirmesi gerekecektir. Buna göre, Konsey, iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren politika ve stratejileri belirlemek için gerekli bilgi ve verileri, kamu kurum ve kuruluşlarıyla yazışma yoluyla toplamaya çalışmak durumundadır. Özel kesim için ise, Konsey'e karşı herhangi bir bilgi verme yükümlülüğü öngörülmemiştir.

Diğer yandan, Konsey, iş sağlığı ve güvenliği konusunda uzmanlığı olan kişi ve kuruluş temsilcilerini, açıklama yapmayı istemeleri kaydıyla dinleyebilir ve bunların uzmanlıklarından yararlanma yolunu seçebilir. Yapılan açıklamaların ise, hukuken herhangi bir bağlayıcılığı bulunmayıp, sadece yol gösterici nitelikte oldukları söylenmelidir. Bunun gibi, ilgili kişiler ve kuruluş temsilcileri, Konsey tarafından yapılacak davete uyup uymamakta da serbesttir.

## V. Konsey'in Çalışma Usul ve Esasları

Konsey çalışma usul ve esasları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenmek durumundadır. Söz konusu belirleme işi, henüz gerçekleştirilmiş değildir. Ancak, İSG Kanunu, Bakanlık düzenlemesine esas olacak bazı noktaları bizzat kendisi göstermiştir.

### 1. Konsey yazışmaları

Konsey sekreteryası, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü tarafından yürütülecektir (İSG Kanunu m. 21/IV). Buna göre, Konsey, yazışmalarını söz konusu genel müdürlüğün sağlayacağı ortamda gerçekleştirecektir.

Konsey'e ayrı ve bağımsız bir kurul niteliği tanınmadığı için, bu durumun normal karşılanması gerekir. Bu bakımdan, ayrı ve bağımsız bir kimliği bulunmayan Konsey, sadece adı geçen genel müdürlüğün sağlayacağı olanaklardan yararlanmak durumundadır.

### 2. Konsey başkanlığı

Konsey'e başkanlık etme yetkisi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarı'na verilmiştir (İSG Kanunu m. 21/II). Bu bağlamda, başkanlık yetkisinin, adı geçen bakanlık İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürü'ne tanınmayışı yerindedir.

Çünkü, Konsey toplantılarında genel müdürler karşısında, üstelik de aynı bakanlık çatısı altında görev yapan genel müdürlerden birine başkanlık yetkisinin tanınması, bürokratik kurallara uygun düşmez. Bu nedenle, bürokratik hiyerarşide genel müdürlerin üstünde yer alan müsteşara (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarı'na) başkanlık yetkisinin verilmesi, yerinde olmuştur.

## 3. Konsey toplantıları

### a) Toplanma zamanı

Konsey toplantılarının, olağan ve olağanüstü toplantılar olmak üzere, ikili bir ayırım içinde ele alınmasında yarar vardır. Nitekim, İSG Kanunu m. 21/VI, söz konusu ayırımı göz önünde bulundurarak; Konsey'in, yılda iki kez olağan toplanmasını öngörmüş ve olağanüstü olarak da, Konsey başkanının veya üyelerin üçte birinin teklifiyle toplanabileceğini belirtmiştir.

Konsey olağan toplantılarının asgari sayısı öngörülmeyle birlikte, bunların zamanı hakkında suskun kalınmıştır. Esasen, Konsey olağan toplantılarının zamanını yasa hükmüyle göstermenin, pratik bir yararı bulunmamaktadır. Çünkü, Konsey toplantılarına başkanlık edecek olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarı, takdire ve duruma göre söz konusu toplantıların zamanını ayarlayabilir. Buna göre, yasa koyucu açısından önemli olan nokta, Konsey olağan toplantılarının ne zaman yapıldığı değil, yılda iki kez yapılmasıdır.

Diğer yandan, İSG Kanunu m. 21/VI'nın metninde "asgari" veya "azami" sözcüklerine yer verilmiş değildir. Ancak, yasa koyucunun, yılda iki kez olağan toplantı yapılmasını temel alması karşısında; söz konusu hükmün, asgari iki olağan toplantı yapılmasını öngördüğü ama ikiden çok sayıda olağan toplantı yapılmasına da engel oluşturmadığı, biçiminde anlaşılmasında yarar görülmektedir.

Olağanüstü toplantı sayısı konusunda, durumun özelliği gereğince, herhangi bir sayı belirtilmemiştir. Nitekim, olağanüstü toplantı yapılmasını gerektirecek durumların varlığı, önceden bilinememektedir. Bu bağlamda, Konsey'in olağanüstü toplanmasını gerektirecek durumlar, sözgelimi, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik ciddi tehditlerin var olduğu veya önemli mevzuat düzenlemelerinin



yapılması gerekli bulunduğu hallerde söz konusu olabilecektir.

### **b) Oylama ve karar yetersayısı**

Konsey, toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar verecektir. Bu bağlamda, oyların eşit olması durumunda, başkanın oyu kararı belirleyecektir (İSG Kanunu m. 21/V tümce 1-2). Buna göre, Konsey başkanı olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarı'nın oyuna öncelik ve ayrıcalık tanınmakta; oyların eşit olarak dağılımında, kendisinin oyu temel alınmaktadır. Bu durumun, başkan olmanın özelliği ve karar alma kolaylığını sağlama açısından, doğal karşılanması gerekmektedir.

Diğer yandan, Konsey üyeleri, oylamada "evet" veya "hayır" yönünde oylarını kullanabilecekler ve çekinir kalamayacaklardır (İSG Kanunu m. 21/V tümce 3). Bu durumda, her Konsey üyesinin, oy kullanması gerekecek ve oyunu belirtmemesi söz konusu olmayacaktır. Kararların alınmasında katılanların salt çoğunluğunun öngörülmesi karşısında, bu durumun da normal karşılanması ve demokrasi karşıtı bir düzenleme olarak algılanmaması gerekecektir.

## **VI. Değerlendirme ve Sonuç**

Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi, iş sağlığı ve güvenliği alanında ilk kez oluşturulacak bir merkezi örgütlenmeyi içermektedir. Türk hukuk sisteminin ilk kez böylesi bir merkezi örgütlenmeye yer vermiş bulunması, iş sağlığı ve güvenliğine tanınan önem derecesini sergilemesi bakımından, son derece anlamlıdır. Böylece, ulusal iş sağlığı ve güvenliği politikasının belirlenmesi konusundaki yönlendirme, anılan kurula bırakılmış olmaktadır.

Konsey'e ilişkin çalışma usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından henüz belirlenmediği için, şu an uygulamaya işleyişle ilgili bir belirsizlik hakimdir. Ancak, Bakanlığın bu alanda çıkartacağı bir yönetmelik, söz konusu uygulama belirsizliğini ortadan kaldıracaktır. Bu bağlamda, Bakanlığın göz önünde bulundurması gereken en önemli esas, Konsey çalışmalarının işleyişinde demokrasiyi sağlamak ve hakim kılmak olmalıdır.

Nitekim, Konsey oluşumunda üçlü temsil esasına dikkat edilmesine karşın, kurulun oluşumun-

da eşit sayıda temsil ilkesinin gerçekleştirilemediği ve mevcut temsil dengesinin kamu bürokrasisi lehine bozulduğu görülmektedir. Bundan sonra ise söz konusu denge eksikliği, ancak işleyişe demokratik esasların hakim kılınmasıyla birlikte, belli ölçülerde giderilebilecektir.

Diğer yandan, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının oluşturulması konusunda, Konsey'e herhangi bir görev verilmiş değildir. Bu bağlamda, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin 6331 sayılı Yasa'ya ilişkin alt kuralların oluşturulması görevi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bırakılmıştır. Bu bağlamda, Bakanlık, sosyal diyalog ilkesi uyarınca, sosyal taraflardan görüşlerini isteyecek; ancak, yine de söz konusu metinlerin oluşturulmasında, kendisi hakim olacaktır. Oysa, bu konudaki görüşlerin Konsey içerisinde üç temsil esasına göre belirlenip sunulması, hem Bakanlığın yükünü azaltabilir ve hem de iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hukuki esaslar sosyal tarafların temsil edildiği bir platformun süzgecinden geçirilerek zaman kazanılmasını sağlayabilirdi. Konsey'e sadece iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ulusal politika ve stratejileri saptama olanağı tanınmak (İSG Kanunu m. 21/D) suretiyle ise, bu fırsat kaçırılmıştır.

Nihayet, Konsey çalışmalarına esas işlerlik kazandıracak olanın, bürokrat temsilcilerin dışındaki kurum ve kuruluş temsilcileri olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim, özellikle devlet dışı kesimlerin Konsey çalışmalarına ilgi duymadığı ve hatta temsilci dahi yollamayacak olduklarında, Konsey işleyişini etkin kılma olanağı ortadan kalkacaktır. Bu anlamda, iş sağlığı ve güvenliği konusunda faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlar (İSG Kanunu 21/II bent d) üst üste iki olağan toplantıda temsil edilmeyecek olduklarında üyelikleri sona erecek bulunmasına (İSG Kanunu m. 21/III) karşılık, diğerlerine böyle bir yaptırımın uygulanması söz konusu değildir. Buna göre, Konsey çalışmalarının etkinliğinin ve zenginliğinin, önemli ölçüde önümüzdeki dönemde devlet dışındaki kurum ve kuruluşların duyacağı ilgiye bağlı kalacağını şimdiden söylemek, kehanet olmasa gerektir.

### **DİPNOT**

1 Bkz. Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 111 vd.

Prof. Dr. Nüvit GEREK

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Düşündürdükleri

Uzunca bir süredir ülkemizin gündeminde olan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 20.06.2012 tarihinde kabul edilmiş ve 30.06.2012 tarihinde 28339 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Kanunun bazı maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak bazı maddeler yayım tarihinden itibaren altı ay sonra, bazı maddeler bir yıl sonra, bazı maddeler ise iki yıl sonra yürürlüğe girecektir.

Sadece maddelerin kademeli olarak yayım tarihinden ancak iki yıl sonra bütünüyle yürürlüğe girecek olması bile bu kanunun düzenlemeye çalıştığı alanın zorluğu hakkında fikir verebilir<sup>1</sup>.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu beş bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde "Amaç-Kapsam ve Tanımlar", ikinci bölümde "İşveren ile Çalışanların Görev Yetki ve Yükümlülükleri", üçüncü bölümde "Konsey-Kurul ve Koordinasyon" konusundaki düzenlemeler, dördüncü bölümde "Teftiş ve İdari Yaptırımlar", beşinci bölümde ise "Çeşitli ve Geçici Hükümler" ele alınmıştır.

Hiç kuşkusuz bu temel kanunun yayımlanması, bu konudaki dağınık mevzuatın yol açtığı sıkıntıları, zorlukları azaltmaya yönelik çok önemli ve yararlı bir gelişmedir.

Ancak kanun bütünüyle incelendiğinde, olumlu bulunan hususlar yanında uygulanabilirliği kuşkuyla görünen düzenlemeler ve hatta sıkıntı yaratabileceği izlenimi uyandıran düzenlemeler de vardır<sup>2</sup>.

Bilindiği gibi 6331 sayılı Kanun çıkarılmaya kadar, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki koruyucu mevzuat büyük ölçüde 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında şekillenmekteydi. 6331 sayılı Kanun oldukça geniş ve ayrıntılı düzenlemeler getirmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İş Sağlığı ve Güvenliği" başlığı altındaki hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır. Ancak iş sağlığı ve güvenliği konusunu doğrudan doğruya olmasa bile dolaylı olarak ilgilendiren düzenlemeler 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almakta ve yürürlükte bulunmaktadır. Çalışma sürelerini düzenleyen 63., 64. ve 66. maddeler, gece çalışmaları ile ilgili

69. ve 73. maddeler, çocuk ve genç işçileri koruma amaçlı 71. madde ve kadın işçilerle ilgili 74. madde örnek olarak gösterilebilir.

6331 sayılı İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun önemli bir bölümünü işverenin, işçiyi gözetme borcuna ilişkin düzenlemeler oluşturmaktadır<sup>3</sup>. Bu düzenlemeler, işverenler tarafından alınması gereken teknik tedbirler, işin düzenlenmesiyle ilgili sağlık ve güvenlik kuralları, işyerinin iş güvenliği konusunda örgütlenmesi ile ilgili kurallar ve işçiyi gözetme borcunu yerine getirmeyen işverenlere uygulanacak yaptırımlar olarak gruplandırılabilir<sup>4</sup>.

6331 sayılı Kanun'un 4. maddesinde işvereni genel olarak yükümlülüklerine değinildikten sonra değişik maddelerde işverenlerin sorumlulukları farklı konularda daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak, bunların oldukça dağınık bir sistematik içerisinde düzenlenmiş olduğu belirtilmelidir.

Aynı veya çok benzer veya birbiriyle ilişkili konularda farklı maddelerde düzenlemeler vardır. Bu nedenle işverenlerin sorumluluklarını bütün olarak bir arada görebilmek ve değerlendirebilmek açısından aşağıda belirtilen şekilde bir sıralama yararlı olabilecektir.

### **İşverenlerin Yükümlülükleri**

- Risk değerlendirmesi yapmak ve risklerden korunulmasını sağlamak.
- (m. 5), (m. 6), (m. 10), (m. 11), (m. 12).
- İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gereken nitelikte ve sayıda uzman hekim ve diğer personelin sağlanması ve istihdamı (m. 8).
- İlk yardım, acil tıbbi müdahale, kurtarma, yangınla mücadele konusunda ön hazırlıklar, acil durum planları gibi gerekli düzenlemeleri yapmak (m. 11).
- Ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlike ihtimallerine karşı gereken tahliye hazırlıklarını önceden yapmak, bu gibi durumlarda amirine haber vermeyen çalışanların duruma müdahale edebilmeleri için kendilerine inisiyatif tanımak (m. 12).
- İş kazaları ve meslek hastalıklarının kayıtlarını tutmak, raporlarını hazırlamak ve

bunları gereken yerlere bildirmek (m. 14).

- Çalışanların sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlamak (m. 15).
  - Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusunda bilgilendirilmelerini ve yeterli düzeyde eğitilmelerini sağlamak (m. 16) , (m. 17).
  - Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusunda görüşlerinin almak, katılımlarını sağlamak ve çalışan temsilcisi görevlendirmek (m. 18), (m. 10).
  - İş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmak ve bu kurulun kararlarını uygulamak (m. 22).
  - Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin faaliyet gösterdiği hallerde diğer işverenlerle iş sağlığı ve güvenliği konusunda koordinasyon sağlayacak şekilde çalışmak (m. 23)<sup>5</sup>.
  - Yetkili bakanlık iş müfettişleri tarafından yapılan teftiş, inceleme, ölçüm, araştırma, numune alma çalışmaları esnasında ilgililere yardımcı olmak (m. 26/k).
  - Büyük endüstriyel kaza oluşabilecek işyerleri için işyerlerinin büyüklüğüne göre işletmeye başlanmadan önce "büyük kaza önleme politika belgesi" veya "güvenlik raporu" hazırlamak (m. 29).
  - İşveren, işin durdurulması nedeniyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmadan meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür (m. 25/6).
- İş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesinde yalnızca işverenlerin çabalarının yeterli olamayacağı açıktır. Bu nedenle 6331 sayılı Kanun'un 19. maddesinde çalışanların yükümlülükleri de açıkça belirtilmiştir.

### **Çalışanların Yükümlülükleri**

- Çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği konusunda aldıkları eğitim ve bu konudaki işveren talimatları doğrultusunda hem kendilerinin hem de kendi faaliyetlerinden etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemek zorundadırlar.
- Çalışanlar, işle ilgili makine, teçhizat, araç,

malzeme ve üretim araçlarını ve bunların güvenlik donanımlarını doğru ve kurallara uygun şekilde kullanarak bunları keyfi ve izinsiz çıkarmamak ve değiştirmemek zorundadırlar. Benzer şekilde, kişisel koruyucu malzemeleri kurallara uygun ve doğru kullanmak ve korumak zorundadırlar.

- İş sağlığı ve güvenliği açısından bina, tesis, makine ve araçlarda ciddi ve yakın bir tehlike görürlerse ve koruma tedbirlerinde eksiklik görürlerse hemen çalışan temsilcisini ve işvereni haberdar etmek zorundadırlar. Teftişler esnasında tespit edilen eksiklik ve hataların giderilmesi için ve iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmak zorundadırlar (m. 19).

Çalışanlar buna karşılık ciddi ve yakın tehlike hallerinde durum tespiti yapılarak gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebilirler. Talepleri doğrultusunda karar verilirse, çalışanlar gerekli tedbirler alınmaya kadar çalışmaktan kaçınabilirler. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu hallerde, çalışanlar kurula veya işverene haber vermek ve talepte bulunmak zorunda kalmaksızın işyerini ve tehlike alanlarını terk ederek güvenli alanlara çekilebilirler (m. 13).

Kanunun 13. maddesinde düzenlenen hususlardan daha da ağır ve tehlikeli durumlarda, çalışanlar için hayati tehlike varsa işin bir bölümü veya gerekiyorsa tamamı durdurulabilir. Bunun dışında, maden, metal, yapı işleri, tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı işyerlerinde veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde eğer risk değerlendirilmesi yapılmamışsa iş durdurulabilecektir (m. 25/1).

## Basın Yayın Kuruluşlarının Yükümlülükleri

Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu ile ulusal, bölgesel ve genel yayın yapan özel televizyon kuruluşları ve radyolar, ayda en az 60 dakika iş sağlığı ve güvenliği, çalışma hayatında kayıt dışılığın önlenmesi, sosyal güvenlik, işçi ve işveren ilişkileri konularında

uyarıcı ve eğitici mahiyette yayınlar yapmak zorundadırlar<sup>6</sup>.

Basın-yayın kuruluşlarının önemi ve etkisi bilinmektedir. Ancak iş sağlığı ve güvenliği konusunda açık ve net bir şekilde görevlendirilmeleri ilk kez olmaktadır.

## İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Öngördüğü Düzenlemede Olumlu Olarak Değerlendirilebilecek Hususlar

Öncelikle, iş sağlığı ve güvenliği konusunu özel olarak düzenleyen temel bir kanunun yayımlanması çok yerinde olmuştur. Elbette bazıları şimdiden görülebilen, bazıları da kanun bütünüyle yürürlüğe girdikten sonra fark edilecek, eleştiriye açık hususlar olabilir. Ancak artık temel bir kanunun bulunması mevzuat dağınıklığından kaynaklanan sıkıntıları azaltacaktır. Yeni kanunda olumlu olarak değerlendirilebilecek hususları da bir arada değerlendirebilmek amacıyla bir sıralama yapılabilir.

- İşyerlerinde çalışanların büyük kısmı işçi statüsünde olduğu halde, memur, çırak, stajyer ve benzeri başka statülerde çalışanların da bulunduğu gerçeği dikkate alınarak "çalışanlar" ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca, kanunun hiçbir ayırım yapılmaksızın kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir.
- İşyeri tanımı yapılırken 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki işyeri tanımıyla hemen hemen aynı ifadeler kullanılmıştır. Bu sayede çıkabilecek bazı karışıklıkların önüne geçilmiş olmaktadır. Çünkü bir kazanın iş kazası sayılıp sayılmayacağına ilk değerlendirilecek husus kazanın işyerinde meydana gelip gelmediğidir.
- 6331 sayılı Kanun'un uygulanması açısından işveren vekillerinin işveren sayılacağı açık ve net olarak ifade edilmiştir. Hiç kuşkusuz sorumluluğun ve sorumluların tespiti açısından bu çok önemlidir.
- "Risklerden korunma ilkeleri" başlıklı 5. maddenin (g) fıkrasında toplu korunma

tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine göre öncelik verileceği belirtilmiştir. Bu da yerinde bir düzenlemedir. Bu sayede kişisel korunma tedbirler de daha kolaylıkla uygulanabilir<sup>7</sup>.

- İşyeri hekimlerinin ve iş güvenliği uzmanlarının hak ve yetkileri, görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle kısıtlanamayacaktır. Bu kişiler, görevlerini mesleğin gerektirdiği etik ilkeler ve mesleki bağımsızlık içinde yürüteceklerdir<sup>8</sup>.
- “Tahliye” başlıklı 12. maddede de önemli düzenlemeler getirilmektedir. Ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikelere karşı bu maddede, işverenin önceden tedbir alması ve çalışanlara gerekli talimatları vermesi öngörülmüştür. Çalışanların değinilen durumlarda derhal çalışma mahallerinden ayrılarak güvenli yerlere gidebilmeleri hususu önceden yapılan düzenlemeler ve talimatlar doğrultusunda panik yaşanmadan gerçekleştirilecektir.

Ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlike durumu devam ettiği sürece işveren çalışanların işlerine devam etmelerini isteyemeyecektir. Ancak, bu gibi durumlar için yetiştirilmiş, tehlikeyi ortadan kaldırmak veya kontrol altına almak için çalışması gereken, özel donanımlı ve özel olarak yetiştirilmiş, eğitilmiş ve görevlendirilmiş olanların çalışmaya devamları istenebilecektir.

Çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ortaya çıkarsa, çalışanların amirlerini hemen haberdar etme imkânları yoksa, çalışanlar, istenmeyen sonuçları, doğabilecek büyük zararları önleyebilmek için inisiyatiflerini kullanarak bilgileri ve teknik donanımları çerçevesinde duruma müdahale edebileceklerdir. Yaptıkları müdahaleden ötürü de ihmalleri veya dikkatsiz davranışları söz konusu olmadıkça sorumlu tutulamayacaklardır.

- Ciddi ve yakın tehlike hallerinde, bu hallerde maruz kalan çalışanlar iş sağlığı ve güvenliği kurulu varsa bu kurula, kurul yoksa işverene başvurarak durumun tespitini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini isteyebilirler. Talepleri

haklı görülecek olursa, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilirler. Çalışmaktan kaçınılan dönemdeki ücret ve diğer hakları saklı kalacaktır. Ciddi ve yakın tehlike önlenemez mahiyette ise, çalışanlar kurula veya işverene başvurmak zorunda olmaksızın tehlikeli mahalli terk ederek önceden belirlenmiş olan güvenli yerlere gidebilirler. Böyle bir durumda da çalışanların hakları kısıtlanamaz.

- Ülkemizde iş kazaları ve meslek hastalıklarına ilişkin kayıt ve istatistik verilerin düzenli ve yeterli olmadığı, gerçek durumu yansıtmadığı bilinen bir gerçektir. 6331 sayılı Kanun'un 14. maddesi bu konuda işverenleri, iş kazalarını ve meslek hastalıklarını, olayı öğrendiği tarihten itibaren üç işgünü içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmekle yükümlü tutmaktadır. Ayrıca sağlık hizmeti sunucuları kendilerine intikal eden iş kazalarını, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucuları ise meslek hastalığı tanısı koydukları vakaları en geç on gün içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmek zorundadırlar. Böylece iki yönlü bilgi akışı sağlanacağından iş kazaları ve meslek hastalıklarının sayısı ve boyutu ile ilgili daha doğru ve sağlıklı veriler elde edilebilecektir.
- İşverenlerin çalışanların sağlığını koruma açısından sorumlulukları da 6331 sayılı Kanun'da daha kapsamlı ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Öncelikle, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalıştırılacak olanlar yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamayacaklardır. Bunun dışında çalışanların işe ilk girişlerinde, iş değişikliği yapıldığında, sağlık kontrolleri yapılacaktır. İşin devamı süresince çalışanların durumu, işin niteliği ve işyerinin tehlike sınıfı dikkate alınarak Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla sağlık kontrolleri yapılacaktır. Ayrıca, iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalar söz konusu olduğunda yeniden işbaşı yapıldığında



çalışanların talepte bulunmaları halinde sağlık kontrolleri yapılacaktır. Esasen bu gibi durumlarda çalışanların talebi olmasa da sağlık kontrollerinin yapılması çok yararlı olacaktır.

- Çalışanların bilgilendirilmesi 16. maddede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Hiç kuşkusuz, işyerinin özellikleri itibariyle riskler, tedbirler hakkında çalışanların yeterli düzeyde bilgilendirilmesi, kendi yasal hak ve sorumluluklarını öğrenmeleri, acil durumlarda paniğe kapılmadan tehlikeli durumlardan ve mahallerden uzaklaşabilecek şekilde eğitilmeleri son derecede önemli ve yararlıdır.
- Çalışanların eğitimi konusunda 6331 sayılı Kanun, eğitim faaliyetlerinin göstermelik olmaktan çıkarılıp gerçekten yararlı olmasını sağlamak üzere ayrıntılı düzenlemeler getirmektedir. İşe başlarken, iş değişikliğinde, çalışma yeri değişikliğinde, makine ve donanım değişikliğinde, teknoloji değişiminde ihtiyaçlara göre eğitimler yenilenecek ve düzenli aralıklarla tekrarlanacaktır. Bu genel düzenlemeler dışında mesleki eğitim almanın zorunlu olduğu tehlikeli ve çok tehlikeli sınıflardaki işlerde, yapılacak işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenler çalıştırılmayacaktır. İş kazası geçirdikten veya meslek hastalığına uğradıktan sonra yeniden işbaşı yapanlara kaza veya meslek hastalığının nedenleri, bunlardan nasıl korunulacağı ve güvenli çalışma yöntemleri ile ilgili ilave eğitim verilir<sup>9</sup>. Hataların tekrarı önlemek bakımından bu eğitim fevkalade önemlidir. Ayrıca başka bir nedenle de olsa altı aydan daha uzun bir süre işten uzak kalanlara yeniden işe başlamadan önce hatırlatma amacıyla bilgi yenileme eğitimi verilecektir.

Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta bulunan işyerlerinde, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar varsa, bunlar ancak bu gibi işyerlerinde yapılacak işlerde karşılaşılacak sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren bir eğitim aldıklarına dair belgeleri varsa işe başlatılabilirler.

Geçici iş ilişkisi kurulacaksa devralan işveren devraldığı çalışanlara gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitiminin verilmesini sağlamak zorundadır.

Verilen her düzeyde eğitim masrafları işverenler tarafından karşılanacak ve eğitimde geçecek süreler çalışma süresi olarak değerlendirilecektir.

- Çalışanların veya çalışan temsilcilerinin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için alınan önlemlerin yetersiz olduğu durumlarda veya teftişler esnasında yetkili makama başvurmaları ve şikayette bulunmaları söz konusu olursa, bundan dolayı haklarının kısıtlanamayacağı hükme bağlanmıştır.
  - İş sağlığı iş güvenliği konusunda çalışanların sorumluluklarını bilmeleri ve bunun gereğini yapmaları çok önemlidir. 6331 sayılı Kanun'un 19. maddesi, çalışanların sorumluluklarını kurallara uymak, araçmalzeme ve ekipmanları doğru kullanmak gerektiğinde yetkilileri haberdar etmek, yetkili amir, görevliler ve diğer çalışanlarla işbirliği yapmak şeklinde gruplandırarak ayrıntılı şekilde düzenlemektedir.
  - 6331 sayılı Kanun'un 21. maddesinde "Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi" kurulması öngörülmektedir. Konsey, ülke genelinde politika ve stratejiler belirlenmesi için tavsiyelerde bulunacaktır. Kanunun ülke genelinde ele alınması ve doğru stratejiler belirlenmesi elbette çok yararlıdır. Ancak Konseyin verimli şekilde çalışabilmesi sağlanmalıdır.
  - Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin faaliyet göstermesi halinde işverenler iş sağlığı ve güvenliği önemlerinin uygulanmasını aralarında koordinasyon sağlayarak birlikte yapacaklardır. Bunun dışında birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezlerinde, iş hanlarında, sanayi bölgelerinde ve sanayi sitelerinde koordinasyon yönetim tarafından sağlanacaktır.
- Yukarıda değinilen hallerde koordinasyon gereğinin ifade edilmesi ve bundan sorumlu olacakların ortaya konması yararlı görülebilir. Ancak uygulamada bunların ne ölçüde gerçekleştirilebileceği ayrı bir tartışma konusudur.

- 6331 sayılı Kanun'un getirdiği yeni düzenlemeler içerisinde dikkati çeken bir husus da "işin durdurulması" konusundaki kriterlerdir. Kanununun 25. maddesindeki düzenlemeye göre işyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında, çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde; bu tehlike giderilinceye kadar hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulabilecektir.

25. maddenin birinci fıkrasında, tehlike potansiyeli bakımından özelliği olan işyerlerinde işin durdurulması konusunda ayrıca bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda iş durdurulabilecektir<sup>10</sup>. Böylece daha henüz bir tehlike ihtimali ortaya çıkmadan en baştan ciddi tedbirlerin alınması amaçlanmaktadır.

İşin durdurulması, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili üç müfettişten oluşan bir heyet kararıyla ve mülki idare amiri marifetiyle yerine getirilir. İşverenlerin işin durdurulmasına itirazları halinde mahkeme altı işgünü içinde kesin olarak itirazı karara bağlar.

25. maddenin altıncı ve son fıkrasında da gayet yerinde bir düzenleme bulunmaktadır. İlgili fıkra uyarınca, işverenler, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemek veya mümkünse ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlü olacaklardır.

Böylece çalışanların, kendilerinden kaynaklanmayan nedenlerle işin durdurulduğu süre boyunca, gelir kaybına uğramaları önlenmiş olmaktadır.

- İş kazalarının, olabildiğince, önceden alınacak tedbirlerle önlenmesi açısından önemli bir düzenleme de 29. maddede

"büyük endüstriyel kaza oluşabilecek iş yerleri" ile ilgili olmak üzere yapılmıştır. Bu tür işyerleri için işyerlerinin büyüklüğü dikkate alınarak "büyük kaza önleme politika belgesi" veya "güvenlik raporu" nun işverenler tarafından hazırlanması gerekmektedir. Güvenlik raporu hazırlamak zorunda olan işverenlerin güvenlik raporları içerik ve yeterlilik bakımından Bakanlıkça yapılacak incelemede uygun bulunmadıkça bu işyerleri işletmeye açılmayacaktır.

- İş sağlığı ve güvenliği konusunda basınyayın kuruluşlarının sorumlulukları da "3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun"a eklenen bir maddede somut olarak ifade edilmiştir.

Buna göre, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu ile ulusal, bölgesel ve yerel yayın yapan özel televizyon kuruluşları ve radyolar; ayda en az altmış dakika iş sağlığı ve güvenliği, çalışma hayatında kayıt dışılığın önlenmesi, sosyal güvenlik, işçi ve işveren ilişkileri konularında uyarıcı ve eğitici mahiyette yayınlar yapacaklardır<sup>11</sup>.

Söz konusu düzenleme, basının, konuyla sadece iş sağlığı ve güvenliği haftalarında değil, sürekli olarak ilgilenmesi ve konuya dikkat çekmesi yönündeki sorumluluğunu bir kanun hükmü olarak ortaya koyduğu için yararı kuşkusuz zaman içinde daha iyi görülecektir.

- İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesinde karşılaşılan en önemli güçlüklerden birisi, ülkemizdeki işyerlerinin büyük çoğunluğunun küçük ölçekli olmasıdır. Bu durum iş sağlığı ve güvenliği için yapılması gereken harcamaların gerektiği gibi yapılmamasına veya hiç yapılmamasına yol açmaktadır. 6331 sayılı Kanun'un öngördüğü olumlu düzenlemelerin belki de en önemlisi bu konuda küçük ölçekli işyerlerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından destek sağlanacak olmasıdır.

Buna göre kamu kurum ve kuruluşları hariç olmak üzere, ondan az çalışanı bulunanlardan, çok tehlikeli ve tehlikeli sınıfta yer

alan işyerleri, Bakanlık desteğinden faydalanabilecektir. Bakanlar Kurulu, az tehlikeli sınıfta bulunan ve ondan az çalışanı olan işyerlerini de destekten yararlandırabilecektir. Destekler için gereken harcamalar Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacak ve kısa vadeli sigorta primlerinden kaynak aktararak gerçekleştirilecektir.

## İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Uygulanmasında Sıkıntı Yaratabilecek Hususlar

6331 sayılı Kanun bütün maddeleri itibarıyla yürürlüğe girdikten ve bir süre uygulandıktan sonra sıkıntıya yol açabilecek düzenlemeler çok daha belirgin olarak ortaya çıkacaktır. Ancak daha şimdiden dikkati çeken hususlar vardır. Bunlar üzerinde önce genel olarak, sonra maddeler itibarıyla durulacaktır.

- Yeni kanunun sistematiği oldukça dağınıktır. Birbiriyle ilgili konularda farklı maddelerde düzenlemeler vardır. Örnek vermek gerekirse, işverenlerin sorumlulukları son derecede ağırdır. Ayrıca çok dağınık şekilde farklı maddelerde düzenlemeler vardır.
- İdari para cezaları gerçekten çok ağır görünmektedir. Gerekli düzeltmeler için hemen harekete geçilse bile bunların bir kısmı kısa sürede tamamlanamayacağı için her ay tekrar ceza ödenecek ve bazen bu cezalar artacaktır. Küçük işverenlerin bu yükleri kaldırmaları çok zordur.
- Caydırıcı olmaları düşünülerek öngörülen gerçekten yüksek para cezalarına karşı, teşvik mekanizmaları ve ödüllendirmeye ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>12</sup>. Sendikaların iş sağlığı ve güvenliğine yapabilecekleri katkılara da hiç değinilmemiştir<sup>13</sup>.
- Mühendislik hizmetlerinin geri planda kaldığı izlenimi uyanmaktadır. Mühendisler ve diğer teknik elemanlar arasında yetki karmaşaları görülebilecektir.
- Uygulanabilirliği tartışma konusu olan, nasıl yapılacağı belli olmayan yükümlülüklerle ilişkin düzenlemeler vardır.

Sıkıntı yaratabilecek hususlar maddeler itibarıyla gözden geçirilirse aşağıdaki gibi bir sıralama düşünülebilir.

- Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrası (ç) bendinde “Destek elemanı”, asli görevinin yanında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda özel olarak görevlendirilmiş uygun donanım ve yeterli eğitime sahip kişiler olarak tanımlanmıştır. Destek elemanlarının asli görevleri çok büyük farklılıklar gösterebilecek midir? Yoksa mümkün olduğu kadar iş sağlığı ve güvenliği konularına yakın mı olacaktır? Ne zaman asli görevlerini, ne zaman iş sağlığı ve güvenliği konusundaki görevlerini yapacaklardır? Buna kim karar verecektir? Ne kadar inisiyatif kullanabileceklerdir? Bu ve benzeri soruların cevabı açık değildir. Karışıklıklar yaşanması kaçınılmazdır.
- 5. maddenin 1. fıkrası (ç) bendinde “özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önleyemiyorsa ise en aza indirmek” ifadesi yer almaktadır. Her işyeri için ve farklı kişiler için bu hususlar değişebilir. İşveren neye göre karar verecektir? Bu konuda yeterli çaba harcanıp-harcanmadığını kim, nasıl tespit edecektir? Bunlar belli değildir. Temenni olarak kalmaları ihtimali yüksektir.
- “Risklerden korunma ilkeleri” başlıklı 5. madde ile “Risk değerlendirmesi, kontrol, ölçüm ve araştırma” başlıklı 10. madde son derece ilişkili konuları düzenledikleri için tek bir madde altında toplanabilirdi veya birbirini izleyen maddeler şeklinde düzenleme yapılabilirdi.
- Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrası (a) bendinde, işverenlerin gerekli nitelik ve belgelere sahip olmaları halinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini kendilerinin üstlenebileceği ifade edilmektedir. Tehlike sınıfı işyerinin faaliyet alanı itibarıyla belli bir kriter oluşturabilir. Ama çalışan sayısı itibarıyla, işverenin kendisi dışında uzman

çalıştırmak zorunda kalıp kalmayacağına kimin karar vereceği belirsizdir.

- Kanununun 7. maddesinin, 1. fıkrası (a) bendinde tehlikeli ve çok tehlikeli sınıftaki küçük işletmelere kamu kurum ve kuruluşu değilse Bakanlıkça iş sağlığı ve güvenliği masrafları için destek sağlanacağı belirtilmektedir. Bu destekten faydalanmak için çok sayıda başvuru olacağı kesindir. Bakanlık çok ciddi miktarlarda kaynak ayırmak zorunda kalabilecektir. Aynı bentte Bakanlar Kurulu'nun bu destekten az tehlikeli sınıftaki küçük işletmelerin de yararlanabilmesine karar verebileceği ifade edilmektedir. Böyle bir durumda Bakanlar Kurulu'nun takdir ölçüleri açık ve objektif olmazsa, haksızlıklar ortaya çıkabilecektir.
- Tehlike sınıfının belirlenmesi konusunda 9. maddenin 2. fıkrasında “işyeri tehlike sınıflarının tespitinde, o işyerinde yapılan asıl iş dikkate alınır” ifadesi bulunmaktadır. Eğer bir işyerindeki asıl iş, mahiyeti itibarıyla o işyerinde yapılan çeşitli işler arasında en tehlikelisi ise bu yaklaşım doğrudur. Ancak bu yaklaşım her zaman en doğru sonucu vermeyebilir. Örnek vermek gerekirse, üniversitelerin ana faaliyet konusu eğitim-öğretim olmakla beraber, çoğunda değişik konularda üretim yapan birimler bulunmaktadır. Bu birimlerden bazıları tehlikeli sınıfta yer alan işletmelerin yaptığı üretimleri yaparlar. Bu bakımdan işyerlerindeki farklı birimlerin üretim konularına göre ayrı ayrı değerlendirilmesi 6331 sayılı Kanun'un amacı açısından daha uygun olurdu.
- Ülkemizde iş kazalarına ve meslek hastalıklarına ait kayıt ve bilgilerin yeterli olmadığı bir gerçektir. Bu bakımdan işverenlerin bu konudaki sorumluluğunu düzenleyen 14. madde gayet yerindedir. Ancak 1. fıkranın (b) bendinde yer alan, “yaralanma veya ölüme yol açmayan, ancak işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğramasına yol açan veya zarara uğratma potansiyeli olan olayları inceleyerek bunlarla ilgili rapor hazırlamak” görevinin

işverenlerce ne ölçüde yerine getirileceği çok kuşkuludur. Gerçekleşmiş kazalarla ilgili düzenli raporlar istenilen şekilde hazırlanamazken, potansiyel tehlikeler ile rapor hazırlanmasını beklemek, gerçekçi görünmemektedir.

- 16. maddenin 2. fıkrasının (b) bendinde, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların, maddenin birinci fıkrasında belirtilen bilgileri almalarını sağlamak için, işverenlerin (devralan işverenler), söz konusu çalışanların işverenlerine (devreden işverenler) gerekli bilgileri vermesi gerektiği belirtilmektedir<sup>14</sup>.
- Her işyeri kendi özellikleri nedeniyle az çok farklılık göstereceğine göre, dolaylı bilgilendirme yerine, devralan işverenlerin, yeni gelen çalışanlara (devraldıkları çalışanlara) bizzat kendilerinin doğrudan doğruya gerekli bilgileri vermeleri hem daha kolay hem de daha etkili olabilir.
- Bilgilendirme olmaksızın eğitim yapılmayacağı düşünülürse 16. ve 17. maddeler, birlikte, “çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitimi” başlığı altında daha sistematik olarak düzenlenebilirdi.
- Çalışanların veya çalışan temsilcilerinin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için alınan önlemlerin yetersiz olduğu durumlarda veya teftiş sırasında, yetkili makama başvurmalarından ötürü haklarının kısıtlanamayacağına ilişkin düzenleme yerinde bir düzenlemedir. Ancak buna aykırı davranan işverenlerin sadece 1000 TL para cezası ödemeleri söz konusudur. Çalışanların veya çalışan temsilcilerinin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki aksaklıkları şikâyet etmeleri halinde işten çıkartılmamaları, yeterli güvenceye kavuşturulmalıdır.
- Kanununun 20. maddesi “çalışan temsilcileri” ile ilgilidir. Buna göre eğer işyerinde sendika temsilcisi varsa, bu sendika temsilcisi çalışan temsilcisi olarak da görev yapacaktır. Sendika temsilcisi yoksa çalışanlar arasında yapılacak seçimle, seçimle mümkün olmaz ise atama yoluyla, çalışan

sayısına göre en çok altı tane çalışan temsilcisi görevlendirilecektir<sup>15</sup>. Birden fazla çalışan temsilcisi varsa, baş temsilci bunlar arasında yapılacak seçimle belirlenecektir. Çalışan temsilcisi veya temsilcilerinin işveren tarafından atanmak suretiyle görevlendirilmeleri halinde, diğer çalışanlar tarafından kendilerine güven duyulmaması ihtimali olabileceği gibi, kendilerini bu göreve atayan işverene karşı durumun gerektirdiği ölçüde bağımsız şekilde inisiyatif kullanabilmeleri de zordur.

- Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi ülke çapında politikalar belirlenmesi açısından yararlı olabilir. Ancak ilk bakışta hantal bir yapıya sahip olduğu ve sadece tavsiye kararı alacağı için fazla fonksiyonel olmayacağı izlenimini edindirmektedir. İleride Konseye yardımcı olacak uzman alt komitelerin çalıştırılmaları düşünülebilir.
- Kanunun 22. maddesi “iş sağlığı ve güvenliği kurulları” ile ilgilidir. Maddenin ikinci fıkrasında altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu haller düzenlenmektedir. Fıkranın (b) bendinde, asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işverenin koordinasyonu sağlamak için vekâleten yetkili bir temsilci ataması öngörülmüştür. Bu temsilcinin yetkisinin ne olduğu, Kurulun diğer üyeleriyle eşit söz hakkı bulunup bulunmadığı belirsizdir. Sadece izleyici olarak toplantıya katılması söz konusu olursa herhangi bir etkinliği olmayacaktır.

Aynı maddenin 3. fıkrasında, “aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurul oluşturulması halinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir” ifadesi yer almaktadır. Bu hükmün gerçekleşmesi uygulamada kolay olmayacaktır. Hiçbir işveren, başka bir işverenin güvenlik ile ilgili kurul kararları nedeniyle kendi işlerinin ve çalışma hızının, çalışma programının aksamasını kabul etmeyebilecektir.

- Kanunun 23. maddesinin ikinci fıkrası

uyarınca, birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya sanayi sitelerinde iş sağlığı ve güvenliği konusundaki koordinasyon “yönetim” tarafından sağlanacaktır. Yönetimin yetkileri ise, diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler konusunda, gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyararak ve uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirmekten ibarettir. Özellikle iş merkezleri ve iş hanlarında çeşitli büyüklükte ve farklı konularda faaliyet gösteren işyerleri vardır. Yönetimler aidat toplama konusunda bile sıkıntı çekerken, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki uyarılarına derhal uyulması gerçekçi görünmemektedir. Bakanlığın şikâyetleri ne zaman değerlendirip, gereğini yapacağı belirsizdir. Ayrıca, yönetimlerin bazen gereksiz yere Bakanlığa şikâyetlerde bulunabilecekleri de düşünülmelidir.

- Kanunun 29. maddesi uyarınca, büyük endüstriyel kaza oluşabilecek işyerleri için, işverenler, işyerinin büyüklüğüne göre “büyük kaza önleme politika belgesi” veya “güvenlik raporu” hazırlamak zorundadırlar.

29. maddenin birinci fıkrasındaki ifadeden, işyerinin büyüklüğü kriterinin esas alınacağı, büyük endüstriyel kaza oluşabilecek daha hacimli işyerleri için “büyük kaza önleme politika belgesi”, daha küçük hacimli işyerleri için “güvenlik raporu” isteneceği izlenimi doğmaktadır. Bu iki belge arasındaki farkların neler olduğu anlaşılammamaktadır.

Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında, güvenlik raporu hazırlama yükümlülüğü olan işverenlerin hazırlanan güvenlik raporlarını ancak Bakanlık içerik ve yeterlilik incelemesi yaptıktan sonra işletmeye açabilecekleri ifade edilmiştir.

“Büyük kaza önleme politika belgesi” hazırlamak zorunda olan işverenler için böyle bir yükümlülük öngörülmemiştir. Bunun da nedeni anlaşılammamıştır.

## Sonuç

Uzun zamandır ülke gündemimizde olan



İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yayımlanmış ve bazı maddeleri yürürlüğe girmiştir. Bu konuda temel bir kanun hazırlanmış olmasının çeşitli yararları vardır. Yeni kanunun olumlu yönleri vardır. Ancak iyi anlaşılamayan, gerçekçi görünmeyen ve sıkıntı yaratabileceği izlenimi veren yönleri de vardır. Önümüzdeki dönemde çok sayıda yönetmelik çıkarılacaktır. Bu yönetmeliklerde bazı tereddütler giderilebilir ve kanunun sağlıklı bir şekilde uygulanmasına katkıda bulunulabilir. Ancak bunun için yönetmeliklerin ülke gerçeklerine uygun düzenlemeler getirmesi beklenir. Kanun bütün maddeleri ile yürürlüğe girdiğinde bugünden görülemeyen sıkıntı ve aksaklıklar da olabilir. Vakit kaybetmeden bunların düzeltilmesine çalışılmalıdır.

Kanunun amacı, çalışanların sağlığını, üretim gücünü, ülke ekonomisini insan gücü potansiyelimizi korumak olduğuna göre, herkesin bu konudaki sorumluluğunu yürekten hissetmesi ve gereğini yapmayı alışkanlık haline getirmesi çok önemlidir. Sadece yeni hukuki düzenlemeler yapmanın yeterli olmayacağını yaşanan tecrübeler göstermiştir. Bu açıdan eğitimin önemi tartışılmaz<sup>16</sup>. Konuya bu açıdan yaklaşınca “iş güvenliği uzmanlığı” eğitimine dikkat çekmekte fayda vardır. Bu uzmanların eğitimi ve bunları eğiten eğiticilerin eğitimi ciddi ve sağlıklı bir şekilde yapılmazsa, sayıca yeterli görülen ama niteliği tartışılabilir elemanlar hızla çoğalabilir. Asıl tehlike çok sayıda kimsenin göstermelik olarak görevlendirilmesidir<sup>17</sup>. İş Sağlığı ve Güvenliği Meslek Yüksek Okullarına sınavsız öğrenci alımı uygulamaları yeniden gözden geçirilmelidir. Ayrıca uzmanların nitelikleri ve sertifika grupları az işçi çalışanı bulunan işyerleri ile çok çalışanı bulunan işyeri büyüklüğüne göre de ayrıma tabi tutulabilir.

Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi'nin yararlı olması beklenebilir. Ancak idari ve mali açıdan özerk olacak “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurumu” şeklinde bir yapılanmanın çok daha etkin olacağı kuşkusuzdur.

## DİPNOTLAR

1 Kanunun yayımlanmasına kadar geçen aşamalar konusunda

- bkz.: Şeyda AKTEKİN, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Düünden Bugüne”, SİCİL, Yıl. 7, s. 25 (Mart 2012), s. 93-101.
- 2 İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu tasarısında da eleştiri konusu olan hususlar için bkz.: Ufuk AYDIN, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine”, SİCİL, Y. 7, s. 26 (Haziran 2012), s. 17.
- 3 Bkz.: Şükran ERTÜRK, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, SİCİL, Yıl. 7, s. 27 (Eylül 2012), s. 13-24.
- 4 Bkz.: Ali GÜZEL/Deniz UGAN-ÇATALKAYA, “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğun Niteliği ve Sınırları Karar İncelemesi”, Çalışma ve Toplum, s. 34, 2012/3, s. 165-186.
- 5 Seracettin GÖKTAŞ, “Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu”, SİCİL, YIL. 7, s. 27 (Eylül 2012), s. 56-60.
- 6 Bkz.: 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun. Ek (m. 2).
- 7 Bkz.: Levent AKIN, “Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı”, SİCİL, Yıl. 7, s. 25 (Mart 2012), s. 36-42.
- 8 Kanunun 8. maddesinde düzenlenen bu hususun uygulanması kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için Kanunun yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra (1 Temmuz 2014 tarihinde); 50'den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra (1 Temmuz 2013 tarihinde); diğer işyerleri için Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra (1 Ocak 2013 tarihinde) yürürlüğe girecektir.
- 9 İş güvenliği bilinci konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Gökhan OFLUOĞLU/Sibel BUZKAN/Öznur PULAT, “Davranış Değiş-tirme Odaklı İş Sağlığı ve İş Güvenliği Eğitimi”, Kamu-İş; C: 12, s: 3/2012, s. 111-125.
- 10 Nüvit GEREK, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu”, SİCİL, Yıl 6. s. 24 (Aralık 2011), s. 31-38.
- 11 6331 sayılı Kanun'un 36. maddesi uyarınca, 9.1.1985 tarihli ve 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek madde 2.
- 12 Taslak için aynı konudaki eleştiri için bkz.: AKTEKİN, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında...”, s. 104.
- 13 Levent AKIN, “Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı”, Çalışma ve Toplum, s. 34, 2012/3, s. 108-113.
- 14 Ayrıntılı bilgi için bkz.: İbrahim AYDINLI, (İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nda ve/veya Kanunu'nda Alt İşveren-“... Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar...” Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme), SİCİL, Yıl 7, s. 26 (Haziran 2012), s. 19-21.
- 15 Bkz.: 6331 sayılı Kanun, md. 20/I-II.
- 16 Bkz.: Erdem CAM, “İş Güvenliği Uzmanlığı Eğitimlerindeki Hukuki Değişim”, Çalışma ve Toplum, s. 34, 2012/3, s. 125-145.
- 17 Bkz.: Gürhan FİŞEK, “Çalışma Ortamı Dergisi”, s. 123 (Temmuz-Ağustos 2012).

Prof. Dr. Z. Gönül BALKIR

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu

## Giriş

20.06.2012 kabul tarihli 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 30.06.2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, istisnalar dışında ilgili kanun hükümlerinin; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlara, faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Türk çalışma hayatında, uzun yıllardır gündemde olan iş sağlığı ve güvenliği alanına yönelik genel etkili özel bir kanun çıkarma ihtiyacı, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun kabul edilmesiyle karşılanmış olmaktadır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği (İSG) Kanunu, kademeli ve değişik yürürlük süreleri getirmiş olmakla beraber, 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olacaktır.

Avrupa Birliği'nin 1989 yılında kabul ettiği ve sınırlı istisnası dışında bütün çalışanları kapsayan 89/391 EEC Çerçeve Yönergesinde

yer alan işverenin iş güvenliğini sağlama sorumluluğunu bir iş güvenliği süreç yönetim sistemine dönüştüren düzenlemelerine uygun ve uyumlu hale getirilmesi amaçlanmıştır. Bu yönergeye uyum kapsamında hazırlanmış olan, 6331 sayılı Kanun'un getirdiği temel değişiklik, 89/391 çerçeve Yönergesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olan; iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında somut önlem odaklı bir yaklaşım yerine, süreç odaklı bir yönetim zorunluluğu getirilmiştir. İşin yapılması esnasında doğan tehlikelere karşı; işçilerin, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak üzere işveren; iş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemi, kuracak ve yönetecektir.

Çalışmada, öncelikle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'yla ilgili genel bir değerlendirme ve değişiklikler üzerinde durularak, iş güvenliği alanındaki yeni düzenlemelere yer verilmiş, 6331 sayılı Kanun'la, 4857 sayılı İş Kanunu arasındaki ilişki özetlenmiş, Kanunun yürürlük sorununa dikkat çekilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde; işverenin İş Sağ-

## İş kazası ve meslek hastalıklarının ortadan kaldırılmasını amaçlayan iş sağlığı ve güvenliği, çalışanların güvenceli bir çalışma ortamında çalışmalarını ilkesine dayanmaktadır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemi içindeki iş güvenliğini sağlama sorumluluğu incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmada, özellikle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda düzenlenen, işverenin iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu kurma ve yönetme yükümü incelenmeye çalışılmış ve son olarak 89/391 EEC Çerçeve Yönergeyle 6331 sayılı Kanun'daki iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili düzenlemeler mukayese edilmiştir.

### 1. İSG Kanunu'yla İlgili Genel Bir Değerlendirme

#### 1.1. İSG Kanunu ve Yasalaşma Süreci

Ülkemizde, iş sağlığı ve güvenliği alanında Sosyal Güvenlik Kurumu, 2009 yılı verilerine göre; günde yaklaşık 176 iş kazası olmakta, iş kazası sonucu 3 işçi hayatını kaybetmekte ve 5 kişi iş göremez hale gelmektedir<sup>1</sup>. Öte yandan Türkiye'deki işyerlerinin %99.7'si 1-249 kişi istihdam eden KOBİ'lerden oluşmakta olup, çalışanların %83.8'i bu işyerlerinde istihdam edilmekte ve iş kazalarının ise %83'ü KOBİ'lerde meydana gelmektedir. 2010 yılına gelindiğinde, Türkiye'de; toplam 62903 iş kazası meydana gelmiş, bunun 1222'si ölümlerle sonuçlanmıştır<sup>2</sup>.

Çalışma hayatı; istihdamdan, çalışma şartlarına; sosyal güvenlik, mesleki eğitime; iş sağlığı ve güvenliğinden, yurtdışında çalışan vatandaşlarımızın haklarının korunmasına kadar çok geniş bir alanı ve toplumun büyük bir kesimini kapsamaktadır. İş sağlığı ve güvenliği konusu ise sadece işyeri ve çalışan düzeyinde değil toplumun genelini doğrudan ilgilendiren aynı zamanda ulusal ve uluslararası düzeyde ele alınması gereken bir önceliktir. Türkiye'de

son yıllarda düşüş eğilimi göstermekte ise de; iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili gerekli önlemlerin, yeterli olmaması nedeniyle iş kazası ve meslek hastalıkları sayısı hala çok yüksektir<sup>3</sup>.

TMMOB tarafından yayımlanan "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Raporu"na göre, 2010 yılındaki iş kazalarının yüzde 56'sı, aktif sigortalıların yüzde 62'sini, işyerlerinin de yüzde 68'sini oluşturan, 1-49 arası çalışanı bulunan ve işyeri sağlık ve güvenlik birimi ile işyeri hekimi, iş güvenliği mühendisi, işyeri hemşiresi veya sağlık memuru istihdam zorunluluğu bulunmayan işyerlerinde gerçekleşmektedir<sup>4</sup>.

İş kazası ve meslek hastalıklarının ortadan kaldırılmasını amaçlayan iş sağlığı ve güvenliği, çalışanların güvenceli bir çalışma ortamında çalışmalarını ilkesine dayanmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği ilkesinin özü; işçi ile işveren arasındaki ilişki ve iş sözleşmesine bağlı olarak işyerinde yapılan çalışmayla ilgili olarak karşılıklı olarak, işverenin; işçilerin sağlığını ve güvenliğini sağlamak üzere işçiyi koruma ve gözetme borcuna ve işçinin ise, işverene zarar verecek her türlü davranıştan sakınma ve sadakat borcuna dayanır<sup>5</sup>. Güvenlik sözcüğü emniyet içinde olmak anlamına gelmektedir<sup>6</sup>. Geniş anlamda iş güvenliği, Devletin; bireysel iş ilişkisinin sosyal niteliğini, işçi yararına güvence altına almak amacıyla yasal düzenlemeler yapması anlamına gelir<sup>7</sup>.

İş güvenliği yönetimi bakımından işletmeye değer kazandırmak hem işverenin hem yönetimin ve hem de çalışanların bağlılığına dayanmaktadır<sup>8</sup>. İş güvenliği kavramı, işverene işin yapılması sırasında kamu hukuku temelinde getirilen yükümlülüklerle ilişkin hukuk kurallarının bütünü anlamını taşır<sup>9</sup>. Bir süreç olarak iş sağlığı ve güvenliği, doktrinde yaygın olarak iş güvenliği kültürü olarak da ifade edilmekte olup, güvenli çalışma koşullarının oluşturulması işletmelerin en temel prensiplerinden biridir<sup>10</sup>.

Çalışma hayatını yakından etkileyen ekonomik, sosyal ve siyasal koşullar, Türkiye Cumhuriyeti'nin iş hukuku alanındaki seksen yıllık birikimi, uygulamada karşılaşılan sorunlar, koruyucu ve önleyici hizmetlerden bütün çalışanların yararlanmasını sağlamak, uygula-

maların kalite yönetim sistemi benzeri sürekli iyileştirme felsefesinin yerleştirilmesi ve Avrupa Birliği ile Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına uyum sağlama zorunluluğundan dolayı, mevcut İş Kanunu'ndan bağımsız çalışanların tümünü kapsayan, önleyici ve koruyucu tedbirleri içeren ve gelişmiş ülke örneklerindeki mevzuat metinleriyle uyumlu düzenlemelerin hayata geçirilmesi gerekmektedir<sup>11</sup>.

Avrupa ekonomik alanı çerçevesinde, Avrupa Birliği direktifleriyle uyumlu, işyerlerinde sağlık ve güvenlik için verilen yönergelerinde; işverenlerin sorumlulukları ve iş güvenliği sürecinin çalışanlarla demokratik bir diyalogla belirlenmesi gereksinimi yeni düzenlemelerin temelini oluşturur<sup>12</sup>. 81 sayılı ILO sözleşmesinin 3. maddesinde iş denetiminin temel ve öncelikli görev alanı, çalışma ortamı ve çalışma koşulları ile ilgili mevzuattır<sup>13</sup>. İşyerlerinde sağlık ve güvenlik konularının firmalar tarafından düzenlenmesi kavramının temelinde bu konuların işyerlerindeki iç organizasyonu bütünlendirilmeleri gereği bulunmaktadır. Temel amacı teknolojik karmaşalar yüzünden gittikçe teferruatlı hale gelen ve ağır bir yüke dönüşen iş denetiminin, işverenin özerk iş güvenliği yönetimiyle sorumluluğu üzerine almasıyla, işyerlerindeki iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili korumanın işverenin iş güvenliği süreç yönetimiyle düzenlemesi amaçlanmaktadır<sup>14</sup>.

Türk İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının, Uluslararası Çalışma Örgütü'ne ait, her ikisi de Türkiye tarafından onaylanan; İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Sözleşmesi ile İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin 161 sayılı Sözleşmesi'ne göre uyum zorunluluğu bulunmaktaydı. 155 sayılı Sözleşme, Sözleşmenin bütün ekonomik faaliyet kollarına uygulanması yanında; ekonomik faaliyet kolları olarak, kamu hizmetleri de dahil olmak üzere çalışanların bulunduğu bütün alanları ve kamu çalışanları da dahil olmak üzere istihdam edilen bütün kişileri kapsamaktaydı. 161 sayılı ILO Sözleşmesinde ise; bütün ekonomik faaliyet dallarında ve tüm işletmelerde, kamu sektörü ve üretim kooperatifleri üyelerini de kapsayacak şekilde, tüm çalışanlar için, iş sağlığı hizmetlerinin, sürekli bir şekilde

geliştirilmesi zorunluluğu bulunmaktaydı. Bu zorunluluklarla beraber, Avrupa Birliği'nin 12 Haziran 1989 tarihli ve 89/391/EEC sayılı Çerçeve Yönergesi'nin kabulüyle, Türk İş hukuku mevzuatının uyumlandırılması için bağımsız bir düzenleme yapılarak 6331 sayılı İSG Kanunu kabul edilmiştir.

Avrupa Birliği'nin, sınırlı istisnası dışında; bütün çalışanları kapsayan 89/391 EEC Çerçeve Yönergesinde, hem kamu ve hem de özel sektörün; sanayi, tarım, ticaret, idari işler, hizmet, eğitim, kültür, eğlence vb. bütün faaliyet alanlarına uygulanmaktadır. Çerçeve yönerge, yalnızca, silahlı kuvvetler veya polis gibi belirli özel kamu hizmetlerinde veya Çerçeve yönergenin hükümleri ile kaçınılmaz bir şekilde çatışan sivil koruma hizmetleri alanlarında uygulanmamaktadır.

Uluslararası sözleşmelerin uygulama alanı ile 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı karşılaştırıldığında şimdiye kadar; Ülkemiz çalışanlarının önemli bir kesimi, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinden yoksun bulunuyordu. Mevcut 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamı, işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerle sınırlı kalmaktadır. İş güvenliği mevzuatının, sadece İş Kanunu kapsamıyla sınırlı olması nedeniyle; kapsam dışında çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerinden yararlanamamaktaydılar. Ülke genelinde uygulanan iş sağlığı ve güvenliği politikalarının, sadece çalışanların bir kısmını kapsamaması ve iş kanunu kapsamı dışında kalan çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hüküm ve hizmetlerden yararlanamaması; iş sağlığı ve güvenliğinde ayrımcılığa yol açmakta ve uygulama açısından ayrımcı bir ikili yapı ortaya çıkarmaktadır.

Günümüzde işçi ve işyeri tanımında yaşanan değişimler de dikkate alındığında; işçinin işyerine ve bir işverene bağımlı olarak bir ücret karşılığında çalışan kişi olduğu biçimindeki tanımı yetersiz kalmaktadır. Çalışanlar, yeni teknoloji sayesinde gerektiğinde evinden çalışabilmektedir. Bir mesleğin icrası sırasında işten kaynaklanan ve herhangi bir ayrıma tabi tutulmadan risklere karşı çalışanların tamamının, sağlığının ve güvenliğinin sağlanması



## İSG Kanunu'nun temel amacı; iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili düzenlemelere öncelik verilmesini sağlamak üzere, işyerinde bir iş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemi oluşturulmasıdır.

gerekmektedir. Çalışma şartları ve biçimlerindeki hızlı değişim, tüm çalışanların korunması gereğini ortaya çıkarmış ve gelişmiş ülke yasaları bu kurala uyumlanmıştır. Öte yandan Türkiye'nin, gerek Avrupa Birliği iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uyum çalışmaları, gerekse onaylanan uluslararası sözleşmelerin gereklerini yerine getirme zorunluluğu, iş sağlığı ve güvenliğini düzenleyen daha kapsamlı bir yasa ve yasalaşma sürecini zorunlu kılmaktaydı<sup>15</sup>.

6331 sayılı Kanun'a kadar, Türk İş Hukukunda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin temel ve ayrı bir kanun bulunmadığından, mevzuatta temel norm eksikliğinden bahsedilmekteydi<sup>16</sup>. Türkiye'de iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili olarak ayrı bir yasanın bulunmayışı nedeniyle, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili genel önlemlerde, sorumluluklar ve yükümlülükler için; İş Kanunu'na, iş kazası ve meslek hastalığının yasal tanımına ilişkin düzenlemeler için; Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na, hastalık ve kaza sonrası hukuki sorumluluklar ve maddi tazminatlar için; Borçlar Kanunu'na, cezai sorumluluklara ilişkin olarak da Türk Ceza Kanunu'na başvurulması gerekmekteydi.

İş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili ülkedeki tüm hukuki kurumları içeren, ilgili mevzuatta dağınık olarak yer alan hükümleri toplayan, devlete, işverenlere, işçilere, sendikalara ve diğer ilgili kuruluşlara düşen görev, sorumluluk ve hakları ayrıntılı ve sistematik şekilde tek bir metin içinde düzenleyen bağımsız bir iş sağlığı ve güvenliği kanunun çıkarılması gereği senelelerdir savunulmaktaydı.

### 1.2. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Kabulü

6331 sayılı İSG Kanunu, yürürlükle ilgili

olarak getirdiği tüm karmaşaya rağmen, iş sağlığı ve güvenliği bağlamında hem tek bir iş sağlığı ve güvenliği yasası çıkarılması yoluyla iş güvenliği mevzuatını hiyerarşik bir düzenleme ile tek bir yasa da birleştirilmiş ve hem de tüm çalışılan işyerlerini kapsayacak şekilde iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasında genel bir bütünlük sağlamış olmaktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu alanında temel kanun olarak düzenlenip, yasalaşsa da; ilk bakışta temel kanun yada ulusal reform olacak kadar büyük bir değişiklik getirmemekle birlikte; iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının hiyerarşik çatısı olma özelliğini taşımaktadır<sup>17</sup>.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'yla amaçlanan, işle bağlantılı olan veya işin yürütümü sırasında ortaya çıkan kaza ve yaralanmaların, çalışma ortamında bulunan risklerin, önlenmesi ve/veya önlenemeyen riskleri asgari seviyeye indirerek sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının sağlanmasıdır. 89/391/EEC sayılı Çerçeve Yönerge, tüm çalışanların sağlığı ve güvenliği konusundaki gelişmeleri teşvik edecek önlemler sunarken; tüm iş yerlerindeki riskleri kontrol altına almak için geniş kapsamlı bir yönetim stratejisi belirlerken, süreç yönetimiyle iş sağlığı ve güvenliğini sağlama da genel önleme ilkelerini, risk değerlendirmesini ve risk yönetim sistemini esas almıştır.

Çağdaş çalışma dünyasında, artık iş sağlığı ve güvenliğinde; sürekli iyileştirme, önleme politikasının oluşturulması, çalışanların yönetime katılımı, danışma, çalışanların ve temsilcilerinin eğitimi konusunda genel prensipleri içeren düzeltici bir yaklaşım benimsenmektedir. Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde bu yaklaşımla hazırlanan 6331 sayılı Kanun'da da, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamak; işverenin omuzlarında ve iş güvenliği yönetim sorumluluğundadır. İşverenlerin, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak üzere yönetim sorumluluğu ve yükümü yanında profesyonel yardım alabileceği kişiler ile çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülük ve sorumlulukları da ayrıca düzenlenmiştir. Bu amaçlara ulaşmak üzere, 6331 sayılı İSG Kanunu ile uygun bir çalışma ortamı sağlayacak şekilde işyerinin tasarlan-



ması, hastalık ve/veya kazaya neden olabilecek tehlikeli maddelerin kullanımının zorunlu olduğu durumlarda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, risklerin bertaraf edilmesi için hiyerarşik bir önleme sistemi kurulması, işyerinde alınacak tedbirlerin belirlenmesi gibi konular düzenlenmiştir. Kanunda ayrıca yapılan işin çeşidi ve nasıl yapıldığına bağlı olarak, farklı çalışma ortamlarının göz önünde bulundurulması, işin kişiye uygun hale getirilmesi, genel bir çalışma ortamı değerlendirmesi ve işverenin, iş güvenliği yönetim ve organizasyonu ile, çalışanların kendi aralarındaki iletişimini sağlamaya yardımcı olmak için ayarlamalar yapması ve farklı görevler arasındaki uyum için çaba göstermesi gibi iş güvenliği tedbirlerine yer verilmiştir. 6331 sayılı İSG Kanunu'nun temel amacı; iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili düzenlemelere öncelik verilmesini sağlamak üzere, işyerinde bir iş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemi oluşturulmasıdır.

### 1.3. İSG Kanunu'nun Kapsamı

4857 sayılı Kanun tüm çalışanları kapsadığı için çalışanların büyük çoğunluğu, yasal çerçevenin dışında kalmaktaydı. 2010 yılı SGK istatistiklerine göre, Türkiye'deki 1.325.749 işyerinin %98'ini 50'den az çalışanı olan işyerleri oluşturmaktadır. Aynı yıl resmi kayıtlara geçen iş kazalarının %56'sı 50'den az çalışanı olan işyerlerinde meydana gelmiştir. Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile "çalışan sayısı" ve "işyeri türü" gibi ayrımlar ortadan kaldırılarak, "tüm çalışanları kapsayan" yasal bir çerçeve oluşturulmuştur. "İşçi" yerine "çalışan" kelimesini kullanan 6331 sayılı Kanun, kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanlarına, faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacaktır.

6331 sayılı Kanun ve kanun hükümleri, fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı'nın faaliyetleri, afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri, ev hizmetleri, çalışan istihdam etmeksizin kendi

nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar, hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan iş yurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri ve bu faaliyetlerle ilgili kişilerde uygulanmayacaktır.

6331 sayılı İSG Kanunu'nda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. bölümünde yer alan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler, Çerçeve Yönerge doğrultusunda genişletilerek, AB normları ve ILO sözleşmelerine uyumlu hale getirilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda; işyerinde sağlıklı bir çalışma düzeni kurmak, çalışanların sağlık güvenliklerini korumak için önlem almak şeklinde düzenlenen iş sağlığı ve güvenliği koruma önlemleri, artık sadece bu tedbirlerle sağlanamamakta; 6331 sayılı İSG Kanunu'nda iş sağlığı ve güvenliğinin iş verence bir süreç yönetimiyle alınan önlem ve korumalar yanında bunların uygulanması ve yeterliliğini izlemek, çalışanların sağlık güvenliğine ilişkin tehlikeli durumları kaynağında önlemek, teknolojik olarak bu olmazsa sırasıyla, tehlikeli durumu azaltmak; diğer etkili önlemleri almak; ancak bütün bunlar sonuç vermezse kişisel koruyucu vermek gibi sorumluluklar getirilmiştir. 6331 sayılı Kanun'un temelini, "önleyici yaklaşım" ve "sürekli iyileştirme" prensibi oluşturmakta olup iş sağlığı ve güvenliğinde; olayları olduktan sonra değil, olmadan önce değerlendirme, tedbir alma ve bu çalışmayı sürekli kılarak süreç içinde koruma anlayışı oluşturmaktadır.

İş sağlığı ve güvenliği açısından nihai sorumluluğun, gerekli her türlü önlemi almak üzere bir özerklik sağlayacak şekilde işverene bırakılmış olmakla birlikte; devletin denetim ve kontrol sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. İşveren, iş güvenliği yönetim sistemi kurarak; çalışanların yaşlarını, cinsiyetlerini, fiziksel ve zihinsel durumlarını, deneyimlerini, becerilerini dikkate alacak; özel gözetim ve diğer etkili yöntemleri uygulayacaktır. İşyerlerinde çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve denetiminde; işyeri, işverenler ve üçüncü şahıslar olarak; işyeri, işveren, işveren vekili, alt işveren, çalışan, çocuk çalışan ve Bakanlık olarak ilgili her kişi ve kurum iş sağlığı

ve güvenliğinin sağlanmasından sorumludur.

#### 1.4. İSG Kanunu'yla 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler ve Uyum Sorunu

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, 4857 sayılı İş Kanunu'ndan en önemli farkı; kamu çalışanlarının, işçi çalıştıran bağımsız çalışanların ve 50 ve daha az işçi çalışan işyerlerinin de kapsama alınmış olmasıdır<sup>18</sup>. Öte yandan daha önceden 4857 sayılı Kanun'da yer almayan yeni iş sağlığı ve güvenliği kurumlarının düzenlenmesi yanında 6331 sayılı Kanun, 4857 sayılı Kanun'un iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili bir çok hükmünü ve bir kısım yönetmelikleri ortadan kaldırmış, bazılarını değiştirmiş, bazılarını atıflar yapmış; bazılarını yeni yönetmelikler çıkana kadar uygulanmak üzere birbirine uyumlandırmıştır. Her iki kanun arasında bir genel kanun özel kanun ayırımıyla ilgili bir uyum sorunu olduğu söylenebilir.

##### 1.4.1. 4857 sayılı İş Kanunu'nda Yer Almayan Düzenlemeler ve Değiştirilen Hükümler

6331 sayılı Kanun, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili düzenlemelerin yerine; daha modern ve AB iş güvenliği mevzuatına daha uyumlu yeni düzenlemelerle, birçok farklı kanunda yer alan; iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin yerine geçecek, tek bir yasal düzenleme olarak kabul edilmiştir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 4857 sayılı Kanun'daki birçok iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili hüküm ve düzenlemeyi ortadan kaldırırken bu kanunda olmayan yeni iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili yeni kurum ve düzenlemeler getirmiştir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda, 4857 sayılı Kanun'da yer almayan yeni düzenlemeler bulunmaktadır. Bu yeni kurum ve düzenlemelerin en önemlileri arasında; Kanunun, "Çalışan Temsilcisi" başlığını taşıyan 20. maddesi, "Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi" başlığını taşıyan 21. maddesi, "Güvenlik Raporu veya Büyük Kazı Önleme Po-

litika Belgesi" başlığını taşıyan 29. maddesi ve "Belgelendirme-İhtar ve İptaller" başlığını taşıyan 31. maddesi, içerdiği hüküm ve düzenlemelere göre 4857 sayılı Kanun'da doğrudan yer almayan düzenlemeler olarak sayılabilir.

6331 sayılı Kanun'da, daha önce ikincil mevzuatta düzenlenmeye çalışılan, iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisinin düzenlenmesi yanında Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi oluşturulmuş, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Koordinasyonu yeniden yapılandırılmıştır<sup>19</sup>. İşveren; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak, dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçimle veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, işçi sayısına bağlı olarak iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili çalışan temsilcisini görevlendirir (Md. 20/1.).

Çalışan temsilcileri, tehlike kaynağının yok edilmesi veya tehlikeden kaynaklanan riskin azaltılması için, işverene öneride bulunma ve işverenden gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkına sahiptir. Görevlerini yürütmeleri nedeniyle, çalışan temsilcileri ve destek elemanlarının hakları kısıtlanamaz. Kendilerine, görevlerini yerine getirebilmeleri için; işveren tarafından, gerekli imkânlar sağlanır. İşyerinde yetkili sendika bulunması hâlinde, işyeri sendika temsilcileri çalışan temsilcisi olarak da görev yapar.

Ülke genelinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili politika ve stratejilerin belirlenmesi için tavsiyelerde bulunmak üzere Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi kurulmuştur (Md. 21). 6331 sayılı Kanun'la, kurulan Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi, yeni bir kurumsal yapı olarak karşımıza çıkmaktaysa da; sadece bir Danışma Konseyi niteliği taşıması nedeniyle; uygulamada iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili tedbir ve politikalar, yine mevcut Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ilgili kurumu tarafından kararlaştırılıp, denetlenecektir<sup>20</sup>.

İş sağlığı ve güvenliğinin koordinasyonu bağlamında 6331 sayılı Kanun'la yeni bir yapılanma gerçekleştirilmiştir (Md. 23). İş sağlığı ve güvenliği kurulları, alt işverenleri de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmiştir

(Md. 22). Aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda işverenler; iş hijyeni ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında iş birliği yapar, yapılan işin yapısı göz önüne alınarak, mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunma çalışmalarını koordinasyon içinde yapar, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini bu riskler konusunda bilgilendirir. Birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki koordinasyon yönetim tarafından sağlanır. Yönetim, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyarır. Bu uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirir. İşyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde; bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur (Md. 25).

6331 sayılı Kanun'da, ilk olarak Güvenlik Raporu veya Büyük Kaza Önleme Politikası Belgesi düzenlenmiştir<sup>21</sup>. İşletmeye başlanmadan önce, büyük endüstriyel kaza oluşabilecek işyerleri için; işyerlerinin büyüklüğüne göre büyük kaza önleme politika belgesi veya güvenlik raporu işveren tarafından hazırlanacaktır<sup>22</sup>. Güvenlik raporu hazırlamak zorunda olan işverenler; ancak hazırladıkları raporlar Bakanlıkça içerik ve yeterlilik olarak incelenmesinden sonra işyerlerini açabileceklerdir (Md. 30).

#### **1.4.2. Devlet Eliyle İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Desteklenmesi**

6331 sayılı Kanun'la iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin belirli koşullarda devlet eliyle desteklenmesi hüküm altına alınmıştır. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi için, Bakanlıkça belirli şartlarla iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri için destek sağlanacaktır (Md. 7). Kamu kurum ve kuruluşları hariç, ondan az çalışanı bulunanlardan, çok tehlikeli

ve tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin devlet eliyle desteklenmesinden yararlanabilir. Bakanlar Kurulu, ondan az çalışanı bulunanlardan az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinin de bu hizmetlerden faydalanmasına karar verebilir. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin desteklenmesiyle ilgili giderler, iş kazası ve meslek hastalığı bakımından kısa vadeli sigorta kolları için toplanan primlerden kaynak aktarılmak suretiyle, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından finanse edilir. Uygulamada, Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları esas alınır. Bu Kanun ve diğer mevzuat gereğince yapılan kontrol ve denetimlerde; istihdam ettiği kişilerin sigortalılık bildiriminde bulunmadığı tespit edilen işverenlerden, tespit tarihine kadar yapılan ödemeler yasal faizi ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumunca tahsil edilir ve bu durumdaki işverenler, sağlanan destekten üç yıl süreyle faydalanamaz. Bakanlıkça destek sağlanacak, ondan az çalışanı bulunan işyerlerinin özellikleri için bir yönetmelik çıkarılacak ve iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin desteklenmesiyle ilgili usul ve esaslar, bu yönetmelik tarafından belirlenecektir.

#### **1.4.3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**

Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar, İş sağlığı ve güvenliği kurullarına, bu kurulların bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak, durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir (Md. 13). İş sağlığı ve güvenliği kurulu, acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. İş sağlığı ve güvenliği kurulu veya işverenin, çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde; çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir.

Çalışanların, çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır. Çalışanlar, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek, belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz. İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep et-

## 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda uygulanacak idari para cezaları artırılmıştır. Aynı şekilde iş güvenliği kurallarına aykırılık halinde; aykırılığın devam ettiği her ay için cezai müeyyideler birer kat artırılmıştır.

melerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabii oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir. Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır.

### 1.4.4. Sağlık Gözetimiyle Bildirimler ve Cezalar

İşveren, iş kazalarını kazadan sonraki üç iş günü içinde ve sağlık hizmeti sunucuları veya işyeri hekimi tarafından kendisine bildirilen meslek hastalıklarını, öğrendiği tarihten itibaren üç iş günü içinde Sosyal Güvenlik kurumuna bildirmek zorundadır (Md. 14).

İşveren, çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar (Md. 15). İşveren çalışanların işe girişlerinde, iş değişikliklerinde, iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde, işin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır<sup>23</sup>.

Çalışanlar için, 4857 sayılı Kanun ve diğer mevzuat gereği daha önce alınmış bulunan periyodik sağlık raporları süresi bitinceye kadar geçerlidir. 6331 sayılı İSG Kanunu'nda, işyerleri; iş sağlığı ve güvenliği açısından, yapılan işin özelliği, işin her safhasında kullanılan veya ortaya çıkan maddeler, iş ekipmanı, üretim yöntem ve şekilleri, çalışma ortam ve şartları ile ilgili diğer hususlar dikkate alınarak

“az tehlikeli”, “tehlikeli” ve “çok tehlikeli” şeklinde sınıflandırılmaktadır. Çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde “A sınıfı”, tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde en az “B sınıfı”, az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde ise en az “C sınıfı” iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip olan mühendis, mimar veya teknik elemanlar görev alacaklardır. Ancak, Kanun'un “Geçici 4. maddesinde” yapılan düzenleme uyarınca, “çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde” Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren “4 yıl süreyle B sınıfı” belgeye sahip iş güvenliği uzmanı, “tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde” ise kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren “3 yıl süreyle C sınıfı” belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirilebilecektir.

Bu Kanun'un yayımı tarihinden önce verilmiş ve “geçersiz sayılan” işyeri hekimliği, iş güvenliği uzmanlığı ve işyeri hemşiresi sertifikası veya belgesi sahiplerinin, mevcut belge ve sertifikalarını Kanun'un yayımından itibaren bir yıl içinde Bakanlıkça düzenlenecek belge ile değiştirmeleri şartıyla bu Kanun'la verilen “bütün hak ve yetkileri kullanabileceklerdir”. Kanun'da ayrıca “sektörel uzmanlaşmanın” sağlanması amacıyla, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından iş güvenliği uzmanlarının ve işyeri hekimlerinin görevlendirilmesi konusunda sektörel alanda özel bir düzenleme yapılabileceğiyle ilgili düzenlemelerde yer almaktadır.

50 işçi sınırının kaldırılması ile küçük ölçekteki işyerlerinin iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinden doğacak maliyetleri karşılama da yaşayacakları güçlükler; “Kamu kurum ve kuruluşları hariç, 10'dan az çalışanı olan, çok tehlikeli ve tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinin, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesine yönelik giderleri, “SGK tarafından finanse edilecektir.” şeklinde yasaya konulan bir hüküm ve düzenleme ile giderilmeye çalışılmıştır.

6331 sayılı İSG Kanun hükümlerinin uygulanmasının izlenmesi ve teftişi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş müfettişleri tarafından yapılacaktır. İşyerindeki bina ve eklentilerde, çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde, bu tehlike giderilinceye kadar, işyerinin bir bölümünde



veya tamamında iş durdurulacaktır. Ayrıca çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışan büyük endüstriyel kazalarının olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamışsa çalışma yine durdurulacaktır. İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödeyecek veya aynı ücretle başka bir iş verecektir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda uygulanacak idari para cezaları ağırlaştırılmıştır. Aynı şekilde iş güvenliği kurallarına aykırılık halinde; aykırılığın devam ettiği her ay için cezai müeyyideler birer kat artırılmıştır. Bu durumda örneğin görevlendirilmesi gerektiği halde iş güvenliği uzmanı görevlendirilmediği takdirde aykırılığın devam ettiği her ay için aynı idari para cezası tutarı devam etmekte, üç aylık bir ihlalin neticesinde üç kat cezai müeyyide uygulanmış olmaktadır<sup>24</sup>.

6331 sayılı Kanun'da yer alan yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverene, yerine getirmedeği her bir yükümlülük için ayrı ayrı; 2 bin TL ceza uygulanacak olup, işyerinde işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı görevlendirmeyen işverene, görevlendirmedeği her kişi için 5 bin TL, aykırılığın devam ettiği her ay için aynı miktar ceza ve risk değerlendirmesi yapmayan veya yaptırmayan işverene 3 bin TL ceza uygulanacaktır<sup>25</sup>.

#### **1.4.5. İSG Kanunu'yla Kaldırılan ve Değiştirilen Kanun Hükümleri ve Yönetmelikler**

İş Sağlığı Güvenliği Kanunu'yla, 4857 sayılı Yasa'nın iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili tanımlarla ilgili 2. maddesinin dördüncü fıkrası, sağlık kuralları bakımında yedi buçuk saat ve daha az çalışması gereken işlerle ilgili 3. maddesinin dördüncü fıkrası, gece çalışması ve gece sürelerine ilişkin hükümlerle ilgili 69. maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları, işverenlerin ve işçilerin yükümlülükleriyle ilgili 77. maddesi, sağlık ve güvenlik tüzük ve yönetmelikleriyle ilgili 78. maddesi, işin durdurulması ve işyerinin kapatılmasıyla ilgili 79. maddesiyle birlikte 80-89 arasındaki hüküm-

lerle 95. madde ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlere aykırılık sebebiyle idari para cezalarını düzenleyen 105. madde ve 1475 sayılı Kanun'a göre halen yürürlükte bulunan tüzük ve yönetmeliklerin bu kanun hükümlerine aykırı olmayan hükümlerinin yürürlüğüne ilişkin düzenlemeyi kapsayan, geçici 2. madde hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 27. maddesine göre; bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, 4857 sayılı Yasa kapsamındaki işyerlerine ilişkin geçerli olan düzenlemeler İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'yla bağlantılı olarak ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerine uygun düşmesi kaydıyla kanun kapsamındaki bütün işyerlerine uygulanacak hale getirilmiştir.

27. madde de, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre düzenlenen her türlü belge damga vergisinden, Kanun'a göre yapılan her türlü işlem de harçtan muaf tutulmuş ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre yapılacak iş ve işlemlerde her türlü belge ve bilginin elektronik ortam üzerinden ulaştırılması, arşivlenmesi, onay ve yetki verilmesi hususlarında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yetki verilmiştir<sup>26</sup>. Diğer mevzuatlarda iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak 4857 sayılı Kanun'a yapılan atıflar, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na yapılmış sayılacaktır.

6331 sayılı İSG Kanunu'nun 30. maddesinde ayrıca Kanun'la ilgili konularla bunlara ilişkin usul ve esasların, Bakanlıkça çıkarılacak "yönetmeliklerle" düzenleneceği hüküm altına alınmış ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çeşitli yönetmelikler başlıklı 30. maddesinde 13 bent halinde sayılan konularda yönetmelik düzenleneceği belirtilmiştir.

6331 sayılı Kanun'da, net bir çerçeve belirtmeksizin pek çok temel alanın düzenlenmesi, yönetmeliklere bırakılmıştır. Bu yüzden iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasıyla ilgili ilke ve kurallar, ÇSGB'nin iş sağlığı ve güvenliği politikalarıyla belirlenebilecek ve gerektiğinde sıklıkla ve kolayca değiştirilebilecektir<sup>27</sup>. 6331 sayılı Kanun'da net bir çerçeve belirtmeksizin



pek çok temel alanın bu şekilde düzenlenmesi, bu alanlarda muğlaklık yaratmıştır.

4857 sayılı Kanun'da son zamanlarda yapılan değişiklikler ve bu kanun gereğince; iş sağlığı ve güvenliği konusunda yürürlüğe konulan çeşitli yönetmeliklerin; hazırlanırken Avrupa Birliği Yönergelerine uyumu sağlanmaya çalışıldığından; Avrupa Birliği yönergelerinin neredeyse birebir çevirisi niteliğinde olan düzenlemelerinin çoğu yeni çıkarılan 6331 sayılı Kanun'a uygun düşmektedir. Nitekim 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren kademeli olarak yürürlüğe girecek olan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun geçici 2. maddesi uyarınca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77 vd. maddelerine dayanılarak çıkarılmış olan yönetmeliklerin yenileri yürürlüğe girinceye kadar uygulanmasına devam olunacaktır.

Ne var ki 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77 vd. maddelerine dayanılarak süreç içinde çıkarılan yeni düzenleme ve yönetmelikler; eski iş sağlığı ve güvenliği yönetmeliklerine göre çok kısa olup sadece uyulması gereken genel ve soyut esasları kapsadığından; bu özellikleri ile bu konuda tüm ilgililere yol gösterici olmaktan uzaktır. 6331 sayılı Kanun gereğince çıkarılacak yeni yönetmeliklerde; sadece genel esasları içeren çeviri yönteminden vazgeçilerek, ülke koşullarına uygun, kapsamlı, uyulması gereken kuralları ve teknik iş güvenliği normlarını ve önlemlerini ayrıntılı olarak düzenleyen yönetmelikler hükümlerine yer verilmelidir<sup>28</sup>.

### 1.5. İSG Kanunu'ndaki Yürürlük Sorunu

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kademeli bir yürürlük sistemi kabul etmiştir<sup>29</sup>. Bu kademeli olmaya göre ilk olarak yasa özel sektör işyerleri bakımından elli ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri ile sınırlı olmak üzere 6 ay sonra tüm hükümleriyle yürürlüğe girecektir. Elliden az işçi çalıştıran tehlikeli ve çok tehlikeli özel sektör işyerleri 1 yıl sonra yasanın kapsamına alınacaktır. Elliden az işçi çalıştıran az tehlikeli işyerleriyle kamu sektörüne ait işyerleri ise 2 yıl sonra tüm hükümleriyle yasanın etki alanına girecektir.

30.06.2012 günlü Resmi Gazete'de ya-

yımlanan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 38. maddesinde, bu kanunun iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin desteklenmesi, işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları hakkında düzenlemeleri içeren 6, 7 ve 8. maddelerinin; 1) Kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe gireceği, 2) 50'den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra 1 Temmuz 2013 tarihinde yürürlüğe gireceği, 3) Diğer işyerleri için yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe gireceğini belirtmiştir.

38. madde de ayrıca; Tehlike sınıfının belirlenmesiyle ilgili 9. maddenin, belgelendirme, ihtar ve iptallerle ilgili 31. maddenin, kurum iç yapısına ilişkin düzenlemelerle ilgili 33, 34, 35, 36. maddelerin, yürürlükle ilgili 38. maddenin, iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğüyle ilgili geçici 4. maddenin, mevcut sertifika ve belgeler ile ihtar puanlarla ilgili geçici 5. maddenin, işyeri hekimliği yapan kurum tabiilerine yapılan ücret ödemeleriyle ilgili geçici 6. maddenin, kurum iç yapısına ilişkin düzenlemelerle ilgili geçici 7 ve geçici 8. maddenin Kanun'un yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği ve kanunun diğer maddelerinin yayımı tarihinden altı ay sonra 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe gireceği de hüküm altına alınmıştır<sup>30</sup>.

Kanun'un; tehlike sınıfının belirlenmesi, belgelendirme, ihtar ve iptaller, Çalışma Bakanlığı'nın iç yapısına ilişkin bazı düzenlemeler ile yürürlük maddesi, iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğüne ilişkin geçici madde, mevcut sertifika ve belgeler ile ihtar puanlarına ilişkin geçici madde, işyeri hekimliği yapan kurum tabiilerine yapılan ücret ödemelerine ilişkin geçici madde ve Bakanlık bünyesindeki ilgili kadrolara ilişkin geçici madde, yayım tarihi olan 30 Haziran 2012 günü yürürlüğe girmiştir.

6331 sayılı Kanun'un, 30 Haziran 2012'den başlayarak kamu ve özel sektöründeki tüm

işyerlerini kapsayacak şekilde tüm hükümleriyle yürürlüğe girmesi bakımından kademeli bir geçiş öngörülmüştür. Kademeliendirme, yasanın temel esaslarını ve uygulama ilkelerini kapsayan “iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini”, “iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin desteklenmesini” ve “işyeri hekimleri ile iş güvenliği uzmanlarını” düzenleyen maddelerinde kademeliendirme yapmıştır. Bu düzenlemeye göre; ilk olarak Kanun; özel sektör işyerleri bakımından elli ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri ile sınırlı olmak üzere 30 Aralık 2012 tarihinde tüm hükümleriyle yürürlüğe girecektir.

Kanun aynı işverene ait işyerleri bakımından aynı işkolunda bulunan işyerleri için toplam işçi sayısı veya işkolu farklı olmaksızın aynı işverene ait işyerlerindeki toplam işçi sayısı dikkate alınarak, elli işçinin belirlenmesine yönelik bir düzenleme içermediğinden; her işyeri bağımsız olarak ele alınarak, elli ve daha fazla işçi çalıştırma ölçütü belirlenecektir. Böylece, aynı işverene ait bazı işyerleri elliden az işçi çalıştırdığı için 6 ay sonra yürürlüğe girecek hükümler yönünden belli bir süre kapsam dışı kalacak, öte yandan elli ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri; 6 ay sonra, Kanun'un kapsamına girmiş olacaktır. Aynı sorun, grup şirketlere ait işyerleri ve birlikte istihdamın yapıldığı işyerleri bakımından da benzer şekilde ortaya çıkacaktır<sup>31</sup>.

Yürürlük maddesinin yaratacağı bu sorun sebebiyle; aynı işverene ait işyerleri bakımından veya grup şirketlere ait işyerleri bakımından ya da birlikte istihdamın olduğu işyerleri bakımından, Kanun üç farklı sürede işyerlerini tüm hükümler yönünden kapsama alacaktır. Buna göre aynı işverene ait olsa da elliden fazla işçi çalıştıran işyerleri, 30 Aralık 2012 tarihinde tüm hükümler yönünden Kanun kapsamına girecek, ancak elliden az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri 30 Haziran 2013 tarihinde tüm hükümler yönünden kapsama girecektir. Ve son olarak elliden az çalışanı olan ve az tehlike sınıfta yer alan işyerleri için ise; Kanun 30 Haziran 2014 tarihinde 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu tüm hükümleriyle birlikte yürürlüğe girmiş olacaktır.

Buna göre, aynı işverene ait işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından farklı uygulamaların gündeme gelmesi kaçınılmaz olacak ve adeta yasal düzenleme yoluyla aynı işverene ait işçiler arasında ayrımcı uygulamalar ortaya çıkaracaktır. Oysa eşitlik ilkesi ve farklı işlem yapma ve keyfi ayrımcılık yasağı, çalışma hayatının temel ilkelerinden biridir. Ayrımcılık konusu, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması olunca; tam tersine bu yasakların daha katı uygulanması gerekir. Ancak, ayrımcılık yasağının, bir yasal düzenlemeye dayalı olarak, ihlal edilmesi halinde; işverenin hukuksal aykırı davrandığından söz edilse bile mevcut düzenlemeler nedeniyle yasaya aykırılık söz konusu olamayacaktır. Yasa koyucunun, Kanun'un yürürlük zamanını bu şekilde kademeliendirmesi, küçük işyerlerinin hazırlık yapabilmesi için anlaşılabilir olsa da aynı işverenlere ait işyerleri bakımından bir istisna getirmemiş olması açıklanabilir bir durum değildir. Bu nedenle, Kanunun tüm hükümlerinin yürürlüğe gireceği işyerleri bakımından aynı işverene ait tüm işyerlerinin, işkolu farkı da gözetmeksizin, aynı zamanlı yürürlük hükümlerine göre yeniden düzenlenmesi gerekir<sup>32</sup>.

Kamu kurumları bakımından Kanunun tüm hükümlerinin, 30 Haziran 2014 tarihinde yürürlüğe girmesine ilişkin getirilen düzenleme de eleştirilebilir. Kamu işverenlerinin bu şekilde korunmasının, çalışma hayatında kamu özel sektör ayrımı yapmadan yaratılmaya çalışılan ortak standart anlayışına aykırı olduğu son derece açıktır. Ayrıca, iş sağlığı ve güvenliği gibi çalışanın, ruh ve beden sağlığını ve hatta hayat hakkını korumaya dönük düzenlemeler bakımından böyle bir ayırım yapılması; Anayasal güvence altında bulunan, iş sağlığı ve güvenliği hakkının da ihlali anlamına gelmektedir.

## 2. İSG Kanunu'nda İşverenin İş Güvenliği Yönetim Sorumluluğu

4857 sayılı İş Kanunu'nda işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama sorumluluğunu düzen-

**İş sağlığı ve güvenliği, bir sistem olarak işverence alınması gereken somut iş sağlığı ve güvenliği önlemleri yanında bu önlemlerin alınmasında izlenmesi gereken bir süreç ve bu sürece odaklanmayı gerektiren kapsamlı bir süreç yönetimini gerektirir.**

leyen 77. maddenin kaldırılmasıyla, işverenlerin iş sağlığı ve güvenliğini yönetim süreci, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir. Bu bağlamda 6331 sayılı Kanun 89/391 sayılı AET Çerçeve Yönergesi'ndeki iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uyum çerçevesinde hazırlanmıştır.

## 2.1. İSG Kanunu'na Göre İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğinde Süreç Yönetimi

89/391 sayılı AET Çerçeve Yönergesi'ndeki iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında, iş güvenliğinin sağlanması ve korunması doğrudan çalışanların yaşam haklarının güvencesi olarak düzenlenmiştir. Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği hakkının korunması, yeni gelişmelere ve yeni teknolojik koşullara göre yeniden yapılandırılmasıyla sağlanacaktır. İş sağlığı ve güvenliği hakkını sağlamakla yükümlü olan devlet, sosyal güvenlik hakkı kapsamında yer alan iş sağlığı ve güvenliği hakkını korumak için, işverene iş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemi kurmak, kurdurmak zorundadır.

AB çerçeve yönergesi, iş sağlığı ve güvenliği sistemiyle ve kurdurduğu iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu ile işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünün sınırını; işle ilgili her konu diyerek son derece kapsamlı bir şekilde çizdikten sonra (5/1) işverence yürütülecek sürecin aşamalarını bir çalışma döngüsü olarak üç aşama halinde düzenlemiştir (6. md). İş sağlığı ve güvenliği organizasyonu ile işverenin yönetim süreci; öncelikle gerekli iş

sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasıyla başlarken, işverenin sağlık ve güvenlik önlemlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi yanında mevcut durumun sürekli iyileştirilmesi amacına yönelik çalışmaları da kapsar. Sürecin ikinci aşamasında; işverence alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulamalardaki etkinliğinin ve işyerinin somut şartları itibarıyla iş sağlığı ve güvenliğini sağlamadaki yeterliliğini de kontrol edilecektir.

İş sağlığı ve güvenliği organizasyonu ile işverenin yönetim sürecindeki etkinlik denetimiyle bağlantılı olarak üçüncü aşama, işyerindeki veya bilim ve teknikteki değişen şartlar nedeniyle gereken durumlarda uyarılma önlemlerinin alınmasıdır. İşverence iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunun yönetim sürecinde yer alan bu üç aşamanın kesintisiz bir döngü halinde işletilmesi, işverenin çerçeve yönergenin 6/1 md. hükmü uyarınca tabii olduğu en uygun hale getirme şartının da güvencesini oluşturur.

İş güvenliği yönetim sistemi, işverenin iş sağlığı ve güvenliği çerçevesinde temel yükümlülüklerinin amaca uygun bir biçimde yerine getirilmesi için bir güvence oluşturur. İş güvenliği yönetim sistemi olarak değerlendirildiğinde; iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu, iş sağlığı ve güvenliği usulü ve tedbirler toplamı ve bir süreç yönetim sistemi olarak da nitelenebilir. İş sağlığı ve güvenliği, bir sistem olarak işverence alınması gereken somut iş sağlığı ve güvenliği önlemleri yanında bu önlemlerin alınmasında izlenmesi gereken bir süreç ve bu sürece odaklanmayı gerektiren kapsamlı bir süreç yönetimini gerektirir. İş sağlığı ve güvenliği süreç yönetimi olarak, bu yeni yapılanma, aynı zamanda hukuki yönden denetimi de kapsayan organizasyonel bir yapılanmayı gerektirir.

Avrupa Birliği'ne ait 89/391 sayılı çerçeve yönergesinde; işveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, etkinliklerinin denetlenmesi ve gerekli hallerde değişim ve uyarılma sürecini garanti altına alan bir iş güvenliği yönetim süreci oluşturmakla yükümlü kılınmıştır. İş güvenliği yönetim sistemi ve organizasyonel yapılandırmanın genel kuralı, iş

sağlığı ve güvenliği organizasyonunun işyeri ve işletmenin somut şartlarına uygun olmasıdır. İşverenin genel organizasyon yükümlülüğü, alınan önleyici tedbirler ile seçilen çalışma şekli ve üretim yöntemlerinin işyeri ve işletmenin idari yapılanmasının her kademesinde ve tüm faaliyetlerinde uygulanabilir olmasını sağlayacak şekilde; bir iş sağlığı ve güvenliği bütünleşmesini sağlamakla, yerine getirilecektir<sup>33</sup>.

## 2.2. İSG Kanunu'nda İşverenin Genel Yönetim Sorumluluğu

AB Hukuku'nda işverenin iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili temel yükümlülüğünün mevcut mevzuatımıza kıyasla ağırlık noktası, gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin planlaması, alınması ve bir süreç dahilinde uygulanması bakımından yeterli bir organizasyon ve yönetim süreci oluşturulmasıdır. İş sağlığı ve güvenliği sisteminin kurulmasıyla ortaya çıkan yönetim ve organizasyon, işverene; işyeri ve işletmenin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili gerekli önlem ve denetimlerin alınması için büyük bir yükümlülük ve sorumluluk getirmektedir. İşverenden, ayrıca aldırıldığı bu önlemlerin uygulanması ve uygulamaların denetlenerek, gerektiğinde yeniden yapılandırılması ve yeni teknolojilere yeniden uyarılma yükümlülüğünü de yerine getirmesi beklenir. Bu yapılanma işverenin genel yönetim sorumluluğunu ortaya çıkarır.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu oluşturma yükümlülüğü, mevzuatta yer alan düzenlemelere göre aynı zamanda kurumsal organizasyon anlamında bir talimattır. İşveren bu talimatı yerine getirerek, organizasyonu yapılandırır; yapılan tespitlere göre kuruluşunu tamamlarken, işleyiş sürecini gerçekleştirir. Çerçeve Yönerge'de; iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu, iş sağlığı ve güvenliği hakkının korunması için oluşturulan yükümlülükler; kronolojik açıdan, birbirlerini takip eden aşamalarıdır<sup>34</sup>: Süreç, önlemlerin alınması ile başlar, alınan önlemlerin etkinliklerinin denetlenmesi ile devam eder ve gerekli durumlarda uyarılma önlemlerinin alınmasıyla kendi içinde tekrarlanır. Gerçekleştirilen bu uygulama aşamaları, Çerçeve Yönerge'nin m. 6/1'de yer verilen sü-

reç yönetim sistemi ve organizasyon oluşturma yükümlülüğü ile her defasında daha da geliştirilerek yeniden yapılandırılmaya dayanır. İşverenin iş güvenliği organizasyonu oluşturma yükümlülüğünün sınırları; iş güvenliği hukuku bağlamında kamu hukukunun, genel ilkeleriyle belirlenir. Bu kapsamda 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu iş sağlığı ve güvenliğinin korunması için getirdiği süreç yönetim sistemiyle iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili yasal mevzuatın tek ve kilit noktasını oluşturmaktadır.

İşveren 6331 sayılı İSG Kanunu'na göre iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında özerk bir konuma getirilmekte ve gerekli gördüğü takdirde işyeri dışından da iş sağlığı ve güvenliği hizmeti almakta işvereni serbest bırakılmaktadır. Ne var ki bu özerklik ve iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili işveren dışındaki kişi ve kurumlardan hizmet alınması, işverenin 6331 sayılı Kanun'da belirtilen iş sağlığı ve güvenliğindeki yönetim sorumluluğunu hiçbir şekilde ortadan kaldırmamaktadır.

6331 Sayılı Kanun'daki düzenlemelere göre; "İşyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmalar" olarak tanımlanan ve "kanunun omurgasını" oluşturan "risk değerlendirmesini" yapma veya yaptırma yükümlülüğü işverene aittir.

İşveren, çalışanların aktif katılımı için iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda çalışanların görüşlerinin alınması, teklif getirme hakkının tanınması, önlemlerin yetersiz olduğu durumlarda yetkili makama başvurma haklarının kısıtlanmaması olanaklarını sağlamakla yükümlüdür. İşverenin kanunda belirtilen diğer yükümlülükleri arasında; risklerden korunmanın sağlanması, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması, kanunda belirtilen işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması ve kararlarının uygulanması, gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılması, acil durumların belirlenmesi ve bunların olumsuz etkilerini önleyici ve sınırlandırıcı tedbirlerin alınması, ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlike-



nin meydana gelmesi durumunda çalışanların tahliyesinin sağlanması, iş kazası ve meslek hastalıklarının kaydı ve bildirim, çalışanların sağlık gözetimi, çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitimi, kanunda belirtilen şartlara uygun olarak çalışan temsilcisinin görevlendirilmesi gibi yükümlülükleri de bulunmaktadır.

Çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemek için işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tehlikeli madde, taşıma ekipmanı ve diğer üretim araçlarını kurallara uygun şekilde kullanmak, bunların güvenlik donanımlarını doğru olarak kullanmak, keyfi olarak çıkarmamak ve değiştirmemek, kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımı doğru kullanmak ve korumak, işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber vermek, teftişe yetkili makam tarafından işyerinde tespit edilen noksanlık ve mevzuata aykırılıkların giderilmesi konusunda, işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmak, kendi görev alanında, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmakla yükümlüdürler.

### 2.3. İşverenin İSG'de Özel Organizasyon Yükümlülüğü

İş güvenliği sisteminde genel organizasyon oluşturma yükümlülüğü, iş sağlığı ve güvenliği entegrasyonu ile mümkün olur. İşverenin, genel organizasyon oluşturma yükümlülüğü, özel organizasyon sorumluluğuyla, dikey ve yatay organizasyon yükümlülükleriyle tamamlanır.

Çerçeve yönergede iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu oluşturma yükümlülüğünün iki yönü olduğu görülmektedir. İşveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin planlanması ve uygulanarak fiilen hayata geçirilmesini sağlarken, aynı zamanda işçilerin iş sağlığı ve güvenliği ne iştirak hak ve yükümlülükleri için gerekli tedbirlerin alınması ilgilendiren yatay ve dikey bütünleşme ilkesinin

gerçekleştirilmesi sorumluluğunu taşımaktadır. Dikey ve yatay bütünleşme ilkeleri, özel organizasyon yükümlülüğü olarak nitelendirilmektedir.

Yatay ve dikey bütünleşme bağlamındaki özel organizasyon yükümlülüğünün çerçeve yönergede de düzenlenen bütünleşme ilkesiyle, işverenin organizasyon oluşturma yükümlülüğünün özel bir şekli olarak işverenin özel organizasyon yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Yatay ve dikey bütünleşme ilkesi ile işverenin organizasyon oluşturma yükümlülüğünün bir alt sorumluluğunu düzenlediği görülmektedir. Çerçeve yönergede işverenin organizasyon yükümlülüğüne yer verilmiş olması, bütünleşme ilkesi bağlamında işverenin objektif özen sorumluluğunun da sınırlarını belirlemektedir. AB Çerçeve Yönergesi, özellikle 6/1-3 maddesinde görüldüğü üzere işverenin organizasyon oluşturma yükümlülüğüne ilişkin çalışmalarında kendisini yönlendirecek bir hukuki değerlendirme ölçütü formüle edilmiştir. Dikey bütünleşme, iş sağlığı ve güvenliğinin idari yapılandırma da işletme organizasyonunun hiyerarşik açıdan tüm kademelerde bağlayıcı olmasıdır. Dikey bütünleşme işyerinin hiyerarşik yapılanmasını iş güvenliği organizasyonu ve yönetim sistemini bir bütün olarak kapsamaktadır. Dikey bütünleşme ilkesi, iş sağlığı ve güvenliğinin bir bütün olarak iş organizasyonunda ele alınmasıyla yapısal prensip olarak işverenin iş sağlığı ve güvenliği kapsamındaki rollerini şekillendirmekte, tüm hiyerarşik kademelerde iş güvenliğinden sorumlu işveren vekillerinin rollerini belirginleştirerek gerekli organizasyonel tedbirlerin yazılı hale getirilmesini sağlamaktadır.

89/391 sayılı AET Çerçeve Yönergesi'ndeki iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında; özel organizasyon yükümlülüğü olarak, dikey ve yatay iş güvenliği organizasyonu ve alınan tedbirler önemli bir yenilik oluşturmaktadır. Çerçeve Yönergede yer alan; işçilerin, iş sağlığı ve güvenliğine katılım hak ve yükümlülükleri ile işyerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilişkisi ve iş birliğinin sağlama sorumlulukları; iş sağlığı ve güvenliği kültüründeki önemli



bir organizasyonel değişimi ortaya koymaktadır<sup>35</sup>. İşyerindeki tüm tehlikelerin ortadan kaldırılması için, iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu kurulurken; somut önlem odaklı bir anlayıştan, süreç odaklı bir anlayışa yönelime geçildiği söylenebilir. İşveren; iş sağlığı ve güvenliği hakkını korumak için, iş güvenliği yönetim sistemi kurarak, genel organizasyon yükümlülüğünü yerine getirirken; aynı zamanda dikey ve yatay bütünleşme organizasyonu ile gerçekleşen özel organizasyon yükümlülüğünü de yerine getirmek zorundadır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda; işverenin genel yükümlülüğü 4. madde ile belirlenmiştir. Bu çerçevede işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu yükümlülük kapsamında; işveren; mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. Bir bütün halinde 4. maddenin bir süreç yönetimi sistemiyle dikey ve yatay organizasyonu da kapsayacak şekilde düzenlendiği görülmektedir.

## 2.4. Koruma Hiyerarşisi ve Risk Değerlendirmesi

Çerçeve yönergenin 6/3 hükmündeki genel iş sağlığı ve güvenliği esasları, gerekli önlemlerin alınması için işverence karşılanması gereken koruma şartlarını oluştururlar. Bu genel esasların temelinde ilke olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine dair bir sıralama ve hiyerarşik bir koruma hiyerarşisi yatmaktadır. Kural olarak koruma hiyerarşisinin en üstünde ve en başta tehlikelerin tamamıyla ortadan kaldırılması, bu mümkün olmadığı takdirde asgari düzeye çekilmesi esastır (6/2-a-b md.). Tehlikelerin tamamıyla ortadan kaldırılma-

dığı durumlarda bunlarla kaynağında mücadeleyi mümkün kılan teknik koruma önlemlerine başvurulması gerekir. Bundan sonraki aşama, kolektif nitelikteki koruma önlemlerinin özellikle teknik ve organizasyonel yapıdaki diğer tedbirlerin alınması gerekir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda; işverenin iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sağlanmasındaki genel yükümlülüğü 6. madde ile belirlenmiştir. İşveren, mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak şekilde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulmasından sorumludur. Bu amaçla işveren; çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirir. Çalışanlar arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir. Ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu iş sağlığı ve güvenliği hizmetinin yerine getirilmesini kendisi üstlenebilir.

İşveren görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşların görevlerini yerine getirmeleri amacıyla araç, gereç, mekân ve zaman gibi gerekli bütün ihtiyaçlarını karşılar-ken, işyerinde sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütenler arasında iş birliği ve koordinasyonu sağlar.

İşveren, görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşlar tarafından iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuata uygun olan ve yazılı olarak bildirilen tedbirleri yerine getirir. Çalışanların sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel konular hakkında; görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşları, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları ve bunların işverenlerini bilgilendirir.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemindeki özel organizasyon yükümlülüğü bağlamında dikey bütünleşmeyle birlikte düzenlenen yatay bütünleşme ilkesi ise; alınan tüm tedbir ve önlemlerin işletme ve işyerindeki tüm faaliyetlerde dikkate alınması için, ge-

rekli tedbirlerin işverence alınması demektir. İşverenin iş güvenliği yönetim ve organizasyonunda yatay bütünleşme yükümlülüğü işletme veya işyerinin tüm faaliyetlerinde uygulanacak şekilde tüm faaliyetleri sınırlar.

Yatay bütünleşme ilkesinin gerçekleştirilmesi için işletme yönetim kural ve ilkeleriyle alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin, işletmedeki tüm faaliyetleri kapsayacak şekilde; tedarik faaliyetleri kapsamında, işletmenin yeniden yapılandırılma kapsamında, pazarlama ve satış faaliyetleri kapsamında ve personel yönetimi kapsamında ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamdaki bir iş sağlığı ve güvenliği yönetim süreciyle birlikte işverenin iş sağlığı ve güvenliğinin bir bütün olarak iş organizasyonunda ele alınmasıyla bağlamında her aşamada risklerden korunmak üzere risk değerlemesi yapmasını gerektirir.

Nitekim 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda; işverenin her türlü riskle mücadele yükümü ve risk değerlendirme sorumluluğu 5. ve 10. maddelerde hüküm altına alınmıştır.

Kanunun 5. maddesinde risklerden korunma ilkeleri belirlenmiştir.

İşveren, yükümlülüklerini yerine getirirken;

- a) Risklerden kaçınmak.
- b) Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek.
- c) Risklerle kaynağında mücadele etmek.
- ç) İşin kişilere uygun hale getirilmesi için işyerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek.
- d) Teknik gelişmelere uyum sağlamak.
- e) Tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmek.
- f) Teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek.
- g) Toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine göre öncelik vermek.
- ğ) Çalışanlara uygun talimatlar vermek olarak belirlenen öncelik sırasına uygun ve hiye-

rarşik olarak sıralanan risk korunma ilkelerine göre risk değerlendirmesi yapmak ve gerekli tedbirleri almakla sorumludur.

İşveren riskten koruma ilkeleri gereğince risk değerlendirmesi, kontrol, ölçüm ve araştırma yapmakla yükümlü tutulmuştur (md. 10). Gerçekten işveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür. İşveren risk değerlendirmesi yaparken, öncelik sırasıyla; belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumunu, kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve müstahzarların seçimini, işyerinin tertip ve düzenini, genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumunu dikkate alarak, yapılacak risk değerlendirmesi sonucu alınacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile kullanılması gereken koruyucu donanım veya ekipmanı belirler. İşyerinde uygulanacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri, çalışma şekilleri ve üretim yöntemleri; çalışanların sağlık ve güvenlik yönünden korunma düzeyini yükseltecek ve işyerinin idari yapılanmasının her kademesinde uygulanabilir nitelikte olmalıdır (md. 10/3).

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden çalışma ortamına ve çalışanların bu ortamda maruz kaldığı risklerin belirlenmesine yönelik gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılmasını sağlar (md. 10/4).

## 2.5. İSG'de Çalışanlar Bilgilendirme ve Eğitim Yükümlülüğü

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda; işverenin iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sağlanması için çalışanlarını bilgilendirme ve eğitim yükümü ve sorumluluğu 16. madde ile belirlenmiştir. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla işveren, çalışanları ve çalışan temsilcilerini işyerinin özelliklerini de dikkate alarak aşağıdaki konularda bilgilendirir (md. 16):

- a) İşyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler.
- b) Kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar.

c) İlk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler.

İşveren; ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanları, tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında derhal bilgilendirirken; başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların gerekli bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri verir. Aynı şekilde işveren, risk değerlendirmesi, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili koruyucu ve önleyici tedbirler, ölçüm, analiz, teknik kontrol, kayıtlar, raporlar ve teftiştan elde edilen bilgilere, destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin ulaşmasını sağlar.

İşveren çalışanlarına iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermekle de yükümlüdür (md. 17). İşveren, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almasını sağlar. Bu eğitim özellikle; işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanının değişmesi hâlinde veya yeni teknoloji uygulanması hâlinde verilir. Eğitimler, değişen ve ortaya çıkan yeni risklere uygun olarak yenilenir, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanır. Çalışan temsilcileri özel olarak eğitilir. Mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenler çalıştırılmaz.

İş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışana işe başlamadan önce, söz konusu kazanın veya meslek hastalığının sebepleri, korunma yolları ve güvenli çalışma yöntemleri ile ilgili ilave eğitim verilir. Ayrıca, herhangi bir sebeple altı aydan fazla süreyle işten uzak kalanlara, tekrar işe başlatılmadan önce bilgi yenileme eğitimi verilir.

Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar işe başlatılmaz.

Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli

eğitimin verilmesini sağlar. İşveren, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitim maliyetlerini çalışanlara yansıtamaz. Eğitimlerde geçen süre çalışma süresinden sayılır. Eğitim sürelerinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması hâlinde, bu süreler fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak değerlendirilir (md. 17/son).

## 2.6. Çalışanların İSG'ye Katılım Yükümlülüğü

İşverenin, iş güvenliği organizasyonunun önleyici bir iş sağlığı ve güvenliği yapılanması için tüm çalışanlarının iş güvenliği organizasyonuna katılımını sağlama zorunluluğu bulunmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği organizasyonu olarak işverenin süreç yönetimi; işyeri içi yapısal süreçleri kapsarken, kendi kendine etkinleşmeyi tetikleyen ve düzenleyen yükümlülükleri de kapsar. Gerçekten iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunun temel yapısal ilkelerinden biri de iş güvenliği organizasyonuna ve süreç yönetimine katılımdır. İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında, uygulama sürecine odaklanan en önemli unsurlardan biri de işyeri düzeyinde katılımdır.

İş sağlığı ve güvenliğinde; teknik güvenlik hukukunun konusu olan alanlarda, tipik olarak karmaşık şartlar bulunmaktadır. Örneğin iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili işverence yapılacakların kararlaştırılmasının yerindeliği ve amaca uygunluğu, belirtilen nedenle zorunlu olarak işyerinde fiilen var olan şartların mümkün olduğunca kapsamlı aydınlatılmasını zorunlu kılar. Buna göre kararlaştırma öncesinde, çözülmesi gereken sorunlarla ilgili elde edilen bilgilerin en iyi biçimde değerlendirilmesi suretiyle yerinde bir kararlaştırma yapılabilir.

İş sağlığı ve güvenliği hakkında yapılacak bir kararlaştırmanın uygunluğu açısından ilgili herkesin mutabakatı, ilke olarak onların kararlaştırma sürecine dahil edilmesiyle mümkündür. AB İş Hukukunda, Çerçeve Yönerge'de ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin özel yönergelerde; işçilerin sadece dinlenme, görüş bildirme hakları değil, aynı zamanda acil durumlarda müdahale etme gibi diğer katılım hakları da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, hukuki

yönden işyeri düzeyinde katılım ilkesini de kapsamaktadır<sup>36</sup>. Kazalara stratejik yaklaşımın, kaza araştırmaları için temel alınabilir nitelikte olup, kazaların sınıflandırılmasında faydalı olabilmesi yanında; ayrıca sağlık ve güvenlik stratejilerinin tümünün, katılımcı özelliği bulunmaktadır<sup>37</sup>.

Çerçeve Yönerge'nin 11-13. maddelerinde, özellikle işçilerin katılımı ve işbirliği konusu detaylı biçimde hüküm altına alınmıştır. Bu hükümlerle işçiler, iş sağlığı ve güvenliği konusunda haklar ve yükümlülükler ile donatılmışlardır. Yönergenin m. 11/1 hükmü ile işçilerin iş sağlığı ve güvenliğine iştirak etme hak ve yükümlülüklerini kullanabilmeleri için işverenin organizasyonel nitelikte önlemleri alması gereğine işaret edilerek, işçilerin katılımının önemi açıkça vurgulanmıştır. Yönergede işçilerin katılımının güvencesi olarak organizasyonel önlemlerin alınmasının talep edilmesiyse, işverene temel bir yükümlülük yüklenmiş olmaktadır.

İşçilerin katılımı ilkesiyle ilgili olarak, ilkel açıdan iki esaslı temele dayanmak mümkündür. İlk olarak katılımın amacı, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili kararlaştırmalara hazırlık olarak, mümkün olduğunca kapsamlı bilgilerin toplanmasıdır. İşyerinde konuyla ilgili kişiler olarak işçilerin rolleri, tecrübeye dayanan özel bilgilerine ihtiyaç olduğunda, gerekli desteği sağlamaları biçiminde özetlenebilir. İkinci olarak katılım sayesinde işçiler, yaşam ve sağlık haklarıyla ilgili kendi çıkarlarının dikkate alınmasını sağlayabilirler. Buna göre katılımın işlevi, işletme veya işyeri organizasyonunun işçilerin kendi esaslı menfaatleri için etkide bulunabilecekleri şekilde yapılandırılması ve böylelikle onların aktif olmalarının sağlanmasıdır. İşyeri düzeyinde katılım odaklı bir bakış açısından hareketle Çerçeve Yönerge'nin amacı, işçilerin kendi çıkarlarının dikkate alınmasını sağlayabilmeleri için aktif bir katılımın şartlarını somutlaştırmaktır. İşçilerin iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili menfaatlerinin teminatı olarak altı çizilen bu aktif katılıma, uygulamada Devletin denetim faaliyetleriyle ön plana çıkarılabilir<sup>38</sup>.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu,

işverenin iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sağlanmasına çalışanların katılımı sağlama zorunluluğu ve bu konudaki çalışanların yükümlülüklerini, 18 ve 19. maddelerinde düzenlemiştir. İşveren, görüş alma ve katılımın sağlanması konusunda, çalışanlara veya iki ve daha fazla çalışan temsilcisinin bulunduğu işyerlerinde varsa işyeri yetkili sendika temsilcilerine yoksa çalışan temsilcilerine aşağıdaki imkânları sağlar (md. 18):

a) İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda görüşlerinin alınması, teklif getirme hakkının tanınması ve bu konulardaki görüşmelerde yer alma ve katılımlarının sağlanması.

b) Yeni teknolojilerin uygulanması, seçilecek iş ekipmanı, çalışma ortamı ve şartlarının çalışanların sağlık ve güvenliğine etkisi konularında görüşlerinin alınması.

İşveren, destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin aşağıdaki konularda önceden görüşlerinin alınmasını sağlar (md. 18/2):

a) İşyerinden görevlendirilecek veya işyeri dışından hizmet alınacak işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer personel ile ilk yardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri için kişilerin görevlendirilmesi.

b) Risk değerlendirmesi yapılarak, alınması gereken koruyucu ve önleyici tedbirlerin ve kullanılması gereken koruyucu donanım ve ekipmanın belirlenmesi.

c) Sağlık ve güvenlik risklerinin önlenmesi ve koruyucu hizmetlerin yürütülmesi.

ç) Çalışanların bilgilendirilmesi.

d) Çalışanlara verilecek eğitimin planlanması.

Çalışanların veya çalışan temsilcilerinin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için alınan önlemlerin yetersiz olduğu durumlarda veya tefiş sırasında, yetkili makama başvurmalarından dolayı hakları kısıtlanamaz (md. 18/3).

Aynı şekilde çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür. Çalışanların, işveren tarafından verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda yükümlülükleri



şunlardır (md. 19/2):

a) İşyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tehlikeli madde, taşıma ekipmanı ve diğer üretim araçlarını kurallara uygun şekilde kullanmak, bunların güvenlik donanımlarını doğru olarak kullanmak, keyfi olarak çıkarmamak ve değiştirmemek.

b) Kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımı doğru kullanmak ve korumak.

c) İşyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber vermek.

ç) Teftişe yetkili makam tarafından işyerinde tespit edilen noksanlık ve mevzuata aykırılıkların giderilmesi konusunda, işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmak.

d) Kendi görev alanında, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmak.

### 3. Avrupa Birliği'nin 89/391 Çerçeve Yönergesi'yle İSG Kanunu'nun Karşılaştırılması

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili süreç yönetim ve sorumluluğunu, 89/391 çerçeve yönerge ve 6331 sayılı İSG Kanunu ile birlikte değerlendirdiğimizde; özet olarak şunlar söylenebilir:

Çerçeve Yönerge'de, kamu ve özel sektördeki ekonomik etkinliklerin tümü ve bu etkinliklerde yer alan bütün iş ve çalışanlar için işverenin süreç yönetimi olarak öncelikle; mesleki risklerin önlenmesi, risk etmenlerinin ortadan kaldırılması, güvenlik ve sağlığın korunması, işçilerin enforme edilmeleri ve eğitilmeleri, işçilerin görüşlerinin alınması ve katılımının sağlanması ve iş sağlığı ve güvenliğinin korunması için işveren ve devlet yanında tüm işçiler ve özel olarak işçilerin sağlık güvenliğinden sorumlu işçi temsilcisi eliyle koruma ve önleme tedbirlerinin alınması öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu amaçla çalışanların da sağlık ve güvenliğini korumak için gerekli olan her türlü girişimin yapılması ve işveren tara-

findan işçilerin hangi tehlikeli durumlarda işi durduracakları konusunda yetkilendirilmeleri zorunlu hale getirilmiştir. Çerçeve Yönerge'de yeterli personeli olmayan küçük işyerlerinde ortak sağlık ve destek hizmetleri verilmesi hükmü getirilmiştir.

6331 sayılı İSG Kanunu'nun da ise işverenin iş sağlığı ve güvenliği yönetim sorumluluğuyla ilgili olarak;

- Çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamak,
- Mesleki risklerin önlenmesi,
- Risklerden kaçınmak,
- Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek,
- Risklerle kaynağında mücadele etmek,
- İşin kişilere uygun hale getirilmesi için işyerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek,
- Teknik gelişmelere uyum sağlamak,
- Tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmek,
- Teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek,
- Toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine göre öncelik vermek gibi kural ve ilkelerin düzenlendiği görülmektedir<sup>39</sup>.

6331 sayılı Kanun, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin faaliyet konularına bakılmaksızın, Kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerleriyle; bu işyerlerinin işçi, işverenleri, işveren vekilleri, çırak ve stajyerlerine uygulanacağını hüküm altına almıştır<sup>40</sup>.

Yapılan karşılaştırmalı incelemede; AB Çerçeve Yönergesi ile İş Sağlığı Güvenliği Yasası arasında köklü farklılıklar görülmektedir. AB Çerçeve yönergesi, hem uygulanan kesimi genişletmekte; hem de uygulamaları geliştirmek adına daha geniş bir kapsam alanına sahipken; bu kapsama, İş Sağlığı Güvenliği Kanunu'nda uyulmadığı; işçilerin bilgilere erişimi yerine, sadece işverence atanan temsilcilerinin erişimine



## Çok değişik bilimsel bilgilerle donatılmış olan uzmanların, tüm işkollarında yetkin olmaları beklenemez. Bu bakımdan, yalnızca “tehlike” değil, bu tehlikenin hangi “işkolu”nda yer aldığı da göz önüne alınmalıdır.

olanak tanınmış olması, işyeri tehlike sınıfları, belirli risklerden etkilenecek çalışanlar gibi özel gruplar oluşturularak, bunlar üzerine, çok tehlikeli, tehlikeli, az tehlikeli ya da ondan az işçi çalıştıran işyerleri vb. ayrımcı uygulamalarla öncelikler yaratarak ve yapılandırarak iş sağlığı ve güvenliği politikaları oluşturulması gibi düzenlemelerden görüleceği üzere Çerçeve Yönergenin tam tersine daraltıcı bir kapsam seçildiği görülmektedir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile ilgili olarak yürürlük hükümleri dışında genel bir eleştiri yapılması gerekirse; öncelikle küçük ölçekli işyerlerinde dokuz ve daha az işçi çalıştıranlar biçiminde ayrımcı bir tutuma yönelmiş olması eleştirilebilir. Bu işyerlerinden bazılarının “daha az” işçi çalıştıran olarak nitelenmesi ve devletçe SGK fonlarından desteklenmesi, buna karşın “az” işçi çalıştıran diğerlerinin destekten yoksun bırakılması kanımızca yerinde olmamıştır. İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konusunda parasal destek verilecek olması yüzünden “daha az” işçi çalıştıran işyerlerinin sayısının kısıtlı tutulması ve bu konudaki eğilim de ayrımcılık yaratmaktadır. Buna karşın, ilk kez işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştıracak olan, 50’den az işçi çalıştıran bu kesim, hazırlıksızdır. Hem işverenlerinin “güvenlik kültürü” yönünden, hem sektördeki iş güvenliği uzman açığı yönünden hem de “hizmet kanallarına erişim” yönünden bir yoksunluk, çalışma eksikliği ve yabancılık söz konusudur. 49 işçi çalıştıran ile 51 işçi çalıştıranın aynı kefeye konulması, geçiş aşaması olmaksızın iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin aynı zamanda uygulanması bağlamında işverenler açısından sorun yaratacaktır. Doğrudan sorumlu tutulmak yerine kademeli bir geçiş süreci ya da gönüllüğe

özendirerek sorumlu kılmak daha doğru bir yol olarak seçilebilirdi. Böylece, 1-49 işçi çalıştıran işyerleri, hem kaliteli hizmeti fark edebilme ve hem de yapılan işin önemini kavrama olanağına sahip olabilirdiler<sup>41</sup>.

İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sağlanmasında, hizmet kanallarının henüz oluşturulmamış olması dolayısıyla, koruyucu adımlar olan “sağlık gözetimi” ve “çalışma ortamının gözetimini” sağlayacak destek hizmetlerinin elde edilmesinde güçlükler oluşacaktır. Gezici akciğer filmi, gezici odyometri, gezici spirometri, laboratuvar incelemelerinin işyerine ulaştırılması için gerekli örgütlenmeler hazır değildir. Bugün yasal olarak bu hizmetleri alması gerekenler için bile yetmeyen bu hizmet kanallarının, tüm işyerlerine aynı anda ulaştırılması beklenemez. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın, iş güvenliği uzmanlığın çeşitli sınıflara ayırması ve bunları da tehlike dereceleri ile bağlantılandırması da bir başka tartışma kaynağıdır. Çok değişik bilimsel bilgilerle donatılmış olan uzmanların, tüm işkollarında yetkin olmaları beklenemez. Bu bakımdan, yalnızca “tehlike” değil, bu tehlikenin hangi “işkolu”nda yer aldığı da göz önüne alınmalıdır<sup>42</sup>.

6331 sayılı Kanun’da, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından desteklenmesi ve korunması beklenen ve sağlık gözetiminin bir parçası olan hizmetler, bugüne kadar korunaksız bırakılmış ve doğal olarak gelişme düzeyleri yeterli olmamıştır. Yasa maddelerinin gerekçelendirilmesinde, bu yasanın tarım çalışanlarının “sağlık ve güvenliğini de kapsadığı belirtilmiş olmasına karşın; hesaplamalarda ve olabilirlik açısından tarım sektörünün hiç hesaba katılmamış olması iş güvenliğinin tüm çalışanları kapsama ilkesine aykırıdır. Özellikle geçici tarım işçileri bakımından, genellikle tüm çiftçiler bakımından, sağlık hizmetlerinin gezici araçlarla verilmesi gerekirken; bu hizmetleri sağlayacak hekimler ve bu hizmeti sağlayacak araç ve gerecin nasıl sağlanacağı büyük bir açmaz oluşturmaktadır.

## Sonuç

Türk iş hukukunda uzun zamandır tartışılarak beklenen 6331 sayılı Kanun, 4857 sayılı

İş Kanunu'nda yer alan iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili düzenlemelerin yerine daha modern ve AB iş güvenliği mevzuatına daha uyumlu yeni düzenlemelerle birçok farklı kanunda yer alan iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin yerine geçecek bir yasal düzenleme olarak kısmen yürürlüğe girmiştir.

İşveren; iş sağlığı ve güvenliği yönetim sürecini gerçekleştirmek için, genel organizasyon yükümlülüğü yanında; dikey ve yatay bütünleşme organizasyonu ile ifade edilen özel organizasyon yükümlülüğünü de yerine getirmek zorundadır. Özellikle işverenin iş sağlığı ve güvenliğinde süreç yönetimiyle sorumluluğunu daha özerk bir alana taşıyan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverenin iş güvenliği yönetim sorumluluğunu çok kapsamlı ve çok katmanlı bir hale getirmiştir.

89/391 sayılı AET Çerçeve Yönergesi'ndeki iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında; dikey ve yatay iş güvenliği organizasyonu yönetimi ve alınan tedbirler önemli bir yenilik oluşturmaktadır. Çerçeve Yönergede organizasyonel bağlamda yer alan; işçilerin, iş sağlığı ve güvenliğine katılım hak ve yükümlülükleri ile işyerinde iş sağlığı ve güvenliği iletişimi ve iş birliğinin sağlama sorumlulukları; iş sağlığı ve güvenliği kültüründeki önemli bir organizasyonel değişimi ortaya koymaktadır<sup>43</sup>.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 4857 sayılı Kanun'daki birçok iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili hüküm ve düzenlemeyi ortadan kaldırır ve bu Kanun'da olmayan Çalışan Temsilcisi ve Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi gibi yeni düzenlemeler getirirken<sup>44</sup>, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili yeni bir anlayış ve yönetim anlayışı getirmiştir. İşveren, kurduğu iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu ile; işyerindeki tüm tehlikelerin ortadan kaldırılması amacıyla, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak üzere dikey ve yatay bütünleşme ilkelerini kullanarak, genel ve özel organizasyon yükümlülüğünü yerine getirecektir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverenlere; iş güvenliği süreç yönetimi uygulayarak; risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmak, acil eylem planı yapmak, çalışanlara iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermek, özel

kurumlardan veya çıraklık ve mesleki eğitim okullarından alınabilecek tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde çalışanlara mesleki eğitim verilmesi, ilkyardımcı eğitimi aldırılması, yangın eğitimi aldırılması, 50 ve daha fazla işçi çalışan işyerlerinde İSG Kurulu kurulması, çalışan temsilcisi atanması veya seçilmesi, işyeri hekimi ve İSG uzmanı çalıştırılması veya dışardan iş sağlığı ve güvenliği hizmeti alınması gibi yeni düzenlemeler getirmiştir.

Aynı şekilde 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre; artık 10 ve daha fazla işçi çalıştıran işveren, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi görevlendirmek zorundadır. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren;

a) Çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirecektir.

b) Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilecektir.

c) Ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması halinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi üstlenebilecektir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, iş hukuku mevzuatına değişiklikler ve yeni düzenlemeler getirmektedir. Kanunun uygulanması, yapılan üçlü bir ayırıma göre, yayım tarihi olan 30 Haziran 2012'den itibaren, farklı tarihlerde başlayacaktır<sup>45</sup>. Bu bağlamda 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, kademe- li bir yürürlük sistemi getirmiş olup; Kanun, kamu kurumlarıyla 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için, yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra; 50'den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için bir yıl sonra; diğer işyerleri için altı ay sonra 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olacaktır<sup>46</sup>. Öte yandan 6331 sayılı Kanun'da yer alan iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri, bu hizmetlerin desteklenmesi, işyeri hekimleriyle iş güvenliği uzmanlarının çalışma esaslarına ilişkin hükümler, yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra; 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe girecektir.

**DİPNOTLAR**

- 1 SGK, 2010 yılı İstatistikleri.
- 2 Tuncay, A. Can, Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ekim 2012 İstanbul, s. 300.
- 3 Tuncay, Ekmekçi, s. 300.
- 4 <http://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/isgkdegerlendirme.pdf>
- 5 Günay, Cevdet İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması, Ankara 2007, s. 382.
- 6 Demirbilek, Tunç, İş Güvenliği Kültürü, İzmir 2005, s. 4.
- 7 Centel, Tankut, İş Hukuk, İstanbul 1994, s. 267.
- 8 Demirbilek, Tunç, İş Güvenliği Kültürü, İzmir 2005, s. 193.
- 9 Centel, Tankut, İş Hukuk, İstanbul 1994, s. 266.
- 10 Demirbilek, Tunç, İş Güvenliği Kültürü, İzmir 2005, s. 2.
- 11 İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Genel Gerekçe, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü Tarih: 3/4/2012 Sayı: B.02.0.Kkg.0.10/101-434/1613.
- 12 Can Umut Çiner, Can Umut, İşyerlerinde Sağlık ve Güvenlik Koşullarının İşletmelerce Düzenlenmesi: Norveç Örneği, [http://calismaortami.fisek.org.tr/wp-content/uploads/calisma\\_ortami74.pdf](http://calismaortami.fisek.org.tr/wp-content/uploads/calisma_ortami74.pdf)
- 13 Bayram, Fuat, Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi, İstanbul 2008, s. 14.
- 14 Can Umut Çiner, [http://calismaortami.fisek.org.tr/wp-content/uploads/calisma\\_ortami74.pdf](http://calismaortami.fisek.org.tr/wp-content/uploads/calisma_ortami74.pdf)
- 15 İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Genel Gerekçe, C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü Tarih: 3/4/2012 Sayı: B.02.0.Kkg.0.10/101-434/1613.
- 16 Bayram, Fuat, Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi, İstanbul 2008, s.15.
- 17 Bayram, Fuat, Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi, İstanbul 2008, s.19.
- 18 <http://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/isgkdegerlendirme.pdf>
- 19 Uçum, Mehmet, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, İstanbul 2012, s. iii.
- 20 Bayram, Fuat, Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi, İstanbul 2008, s. 19.
- 21 Uçum, Mehmet, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, s. 31.
- 22 Kurt, Resul, Kurt, Dilek, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İle İşverenlere Getirilen Yükümlülükler ve İdari Yaptırımlar, <http://www.alosgk.com/2012/12/6331-sayili-is-sagligi-ve-guvenligi-kanunu-ile-isverenlere-getirilen-yukumlulukler-ve-idari-yaptirimlar-dr-resul-kurt-dr-dilek-kurt/>
- 23 Uçum, Mehmet, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, s. 30.
- 24 Kurt, Resul, Kurt, Dilek, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile İşverenlere Getirilen Yükümlülükler ve İdari Yaptırımlar, <http://www.alosgk.com/2012/12/6331-sayili-is-sagligi-ve-guvenligi-kanunu-ile-isverenlere-getirilen-yukumlulukler-ve-idari-yaptirimlar-dr-resul-kurt-dr-dilek-kurt/>
- 25 Mudurlu, Aygül, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Getirdikleri Cezalar ve Tutarları, <http://www.alosgk.com/2012/10/6331-sayili-is-sagligi-ve-guvenligi-kanunu-getirdikleri-cezalar-ve-tutarlari-aygul-mudurlu/>
- 26 Uçum, Mehmet, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, s. 31.
- 27 <http://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/isgkdegerlendirme.pdf>
- 28 Süzek, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2012, s. 858.
- 29 Uçum, Mehmet, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, İstanbul 2012, s. iii.
- 30 Uçum, s. 37.
- 31 Uçum, s. 39.
- 32 Uçum, s. 40.
- 33 Demirbilek, Tunç, İş Güvenliği Kültürü, İzmir 2005, s. 35.
- 34 Kabakçı, Mehmet, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu, İstanbul 2009, s. 58.
- 35 Kabakçı, s. 50.
- 36 Kabakçı, s. 42.
- 37 Demirbilek, s. 37.
- 38 Kabakçı, s. 42-43.
- 39 Uçum, Mehmet, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, s. 56.
- 40 Uçum, s. 47.
- 41 Fişek, A. Gürkan, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası, Çalışma Ortamı Dergisi, sayı: 123 Temmuz-Ağustos 2012. [http://calismaortami.fisek.org.tr/wp-content/uploads/calisma\\_ortami74.pdf](http://calismaortami.fisek.org.tr/wp-content/uploads/calisma_ortami74.pdf).
- 42 Fişek A.Gürkan, "İş Sağlığı Güvenliğinde Takım Oyunu", Sarper Süzek'e Armağan Cilt 2 S. 1855, 2011 Ankara. [http://calismaortami.fisek.org.tr/wp-content/uploads/calisma\\_ortami74.pdf](http://calismaortami.fisek.org.tr/wp-content/uploads/calisma_ortami74.pdf).
- 43 Kabakçı, Mehmet, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu, İstanbul 2009, s. 50.
- 44 Uçum, Mehmet, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, s. 37.
- 45 Ateş, Koray, İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Son Haftalar, <http://www.alosgk.com/2012/12/is-sagligi-ve-guvenligi-ile-ilgili-son-haftalar-koray-ates/>
- 46 Uçum, Mehmet, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, s. 37.

## Seracettin GÖKTAŞ

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi

# İşçinin Günlük Dinlenme Hakkı ve Yargıtay Uygulaması

## 1. DİNLENME HAKKI KAVRAMI

İşçinin insan ve toplumun bir bireyi olduğu göz önüne alındığında, kişiliğini geliştirebilmesi, sosyal çevresi ile uyumlu ilişkiler kurması, sağlıklı olması, kültürel ve toplumsal yaşama iştirak edebilmesi için belirli zaman aralıklarında dinlenmesi kaçınılmazdır<sup>1</sup>. İşçinin dinlenmesi, kendi sağlığı ve huzuru yanında, içinde yaşadığı toplumun sağlığı ve huzurunu da yakından ilgilendirmektedir<sup>2</sup>.

Her çalışma doğal olarak yorucudur ve fiziksel açıdan dinlenmeyi gerektirir<sup>3</sup>. Belli bir süre çalışıp yorulan kimsenin dinlenmesi, insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış düzeyine erişmenin ve insanca yaşamının vazgeçilmez koşullarındandır<sup>4</sup>.

Yorgunluk sonucu meydana gelen iş kazalarına karşı işçinin korunması, iş tatmininin artırılması, bedensel ve ruhsal olarak iyiliğinin devamının sağlanması, veriminin azalmasına engel olunması ve iş kalitesinin artırılması da işçinin dinlenmesini gerektiren sebepler-

dendir. Bu nedenle işçinin dinlenme hakkı, İş Hukukuna hâkim olan işçiyi koruma ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir<sup>5</sup>.

Çalışma süresinin kısıtlanmasının nedeni işçinin sağlığının ve özel yaşamının korunması düşüncesine dayanır. Ücretli tatil ve izinlerle işçinin günlük yaşamında dinlenmesi, özel yaşamına daha çok zaman ayırması, çalışma yaşamının yorucu, monoton ve sosyal yaşamdan kopuk ortamından bir süre uzaklaşması ve bu şekilde daha fazla dinlenmesi, ailesi ve sosyal çevresi ile uyumlu ilişkiler kurarak kendini geliştirmesi amaçlanmaktadır<sup>6</sup>.

İşçinin manevi kişiliğini geliştirmesi için dini ve milli duyguların toplumsal ve yoğun olarak yaşandığı özel günlerde de dinlenmesi gerekir. Toplumsal dayanışma ve birlik duygusunun yoğun yaşandığı bu günlerde ailesi ve çevresi ile bayram yaşayan işçi hem dinlenmiş olur hem de sosyal yaşamla bütünleşir<sup>7</sup>.

Dinlenme hakkı, çalışan ve yorulan kimsenin insan olmanın onuru gereği belirli zaman aralıklarında, ücretli olarak, dinlenmesini zo-

runlu kılan temel bir hak olarak tanımlanabilir.

İş K. m. 45 düzenlemesine göre İş Kanununda dinlenme hakkına ilişkin hükümler nispi emredici niteliktedir. Bu nedenle dinlenme hakkını ortadan kaldıran, daraltan, kullanımını zorlaştıran sözleşme hükümleri geçersizdir.

Dinlenme hakkının diğer bir özelliği de, dinlenme sürelerinin ücretli olmasının gerektirilmesi. İşçinin dinlenme süresi için ücret almaması halinde kendisinin ve ailesinin geçimini sağlamak için uğraşacağı, bu durumda dinlenme ile güdülen işçinin sağlığının ve iş gücünün korunması amaçlarının gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir. Anayasa'nın 50. maddesinde bu izinlerden "ücretli" diye söz edilmesi de bunu göstermektedir<sup>8</sup>.

## II. İŞÇİNİN GÜNLÜK DİNLENME HAKKI

### A. Günlük Çalışma Süresinin Sınırlanması

İş Hukukunda, işçinin en fazla korunmaya muhtaç olduğu alanlardan biri kuşkusuz çalışma süreleridir. İşçi taleplerinin en fazla yoğunlaştığı bu alana yönelik işveren kesimin esnekleştirme arayışı, dinlenme hakkını ilgilendirmesi nedeniyle, sürekli olarak devlet müdahalesini karşısında bulmuştur. Ancak, yeni teknolojilerin ivmelendirdiği esnekleşme talepleri karşısında tam gün ve tekdüze olarak uygulanan klasik çalışma süresi giderek işletme ve işçinin ihtiyaçlarına göre bireyselleşen ve değişen bir çalışma süresine doğru gelişim göstermiştir. Çalışma sürelerindeki bu değişime hukukun kayıtsız kalması beklenemezdi. Nitekim, önceki Kanun'dan farklı olarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nda çalışma sürelerinin esnekliği ve bireyselliği ön planda tutulmuştur<sup>9</sup>.

Çalışma süreleri işçinin sağlığını doğrudan etkileyen faktörlerden kabul edilmektedir<sup>10</sup>. Sanayi devriminden sonra uygulanan çok uzun çalışma sürelerinin çalışanlar üzerinde onarılması mümkün olmayan tahribatlara yol açması ve bu nedenle çalışan nesillerin kısa sürede elden çıkarılması<sup>11</sup>, öncelikle çocuk-

lardan başlamak üzere kadınlar ve diğer çalışanların çalışma sürelerinin sınırlandırılması gerektiğini ortaya çıkarmıştır<sup>12</sup>.

Çalışan insanın dinlenmesi; günlük çalışmalar içinde yemek, içmek, uyumak gibi bir takım fizyolojik ihtiyaçları gidermek için gereklidir. Çalışma sürelerinin sınırlandırılmasının bu genel sebebi yanında, işçilerin kişiliklerini geliştirmeleri için sosyal koruma, dinlenebilecekleri ve başka sosyal, dini ve kültürel faaliyetlerde bulunabilecekleri boş zaman sağlanması, işsizliğe karşı mücadele, verimli çalışma ve işçinin sağlığı ve dolayısıyla toplum yararı gibi özel sebepler de bulunmaktadır<sup>13</sup>.

İş Kanunu'nda işçiyi koruyucu hükümlerin başında çalışma sürelerinin sınırlandırılması gelmektedir. İşçinin günlük çalışma süresi, günlük azami çalışma süresi, ara dinlenme süresi ve gece çalışma süresi şeklinde sınırlamalara tabi tutulmuştur.

Çalışma süresine ilişkin İş Kanunu hükümleri, emredici olup, iş sözleşmesinin konusunu bu yönden sınırlamaktadır. Çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelerle işçi hem işveren karşısında hem de kendisine karşı korunmaktadır<sup>14</sup>. Başka bir anlatımla çalışma süresini sınırlayan hükümlere aykırı sözleşme hükümleri geçersizdir<sup>15</sup>.

İş Hukukunda çalışma süresi ve genel dağılımı tüm işçiler ve işyeri için kanunla belirlenen klasik çalışma süresi anlayışından üst sınırı kanunla çizilmiş olmakla birlikte, tarafların anlaşması ile tespit edilen, işletmenin gerekleri ve işçinin taleplerine göre bireyselleştirilebilen çalışma süresi anlayışına doğru bir değişim göze çarpmaktadır<sup>16</sup>.

Türk İş Hukukunda çalışma sürelerine ilişkin ilk modern düzenleme 3008 sayılı İş Kanunu'nun 35 ve devamı maddelerinde yer almıştır<sup>17</sup>. 35. maddeye göre genel bakımdan çalışma süresi haftada kırk sekiz saat olup, bu süre Cumartesi günleri saat on üçte kapanması zorunlu olan işyerlerinde günde en çok dokuz saati ve Cumartesi günleri saat on üçten sonra da çalışılan işyerlerinde ise günde sekiz saati geçmemek kaydıyla haftanın çalışma günlerine bölünerek günlük çalışma süresi bulunur. 931 sayılı İş Kanunu ile aynı hü-



kümlere sahip olan 1475 sayılı İş Kanunu'nda genel bakımdan iş süresi haftada kırk sekiz saat olarak öngörülmüş; bu sürenin haftada altı iş günü çalışılan işlerde günde sekiz saati geçmemek üzere ve Cumartesi kısmen veya tamamen tatil edilen işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünerek uygulanacağı belirtilmiştir (m. 61). 1475 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesi 29.7.1983 tarih ve 2869 sayılı Kanun'la değiştirilerek haftalık azami çalışma süresi kırk sekiz saatten kırk beşe düşürülmüştür.

1475 sayılı Kanun'un yürürlüğü döneminde kanundaki çalışma sürelerine ilişkin kuralların esnekleşme ihtiyacına cevap veremedikleri, bu konuda kati hükümlerin değiştirilmesi gerektiği yönünde yoğun eleştiriler yapılmıştır<sup>18</sup>. 1475 sayılı Kanun'un çalışma sürelerine ilişkin hükümlerine yapılan eleştiriler dikkate alınarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nda çalışma süreleri esnekleşme ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte hükümlere yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda çalışma süresi tanımlanmamıştır. Kanun'un 63. maddesine dayanılarak çıkarılan Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin üçüncü maddesinin birinci fıkrasına göre "iş süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanununun 63. maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de iş süresinden sayılır". 854 sayılı Deniz İş Kanunu m. 26/2'de ise iş süresi "gemi adamının işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süredir" şeklinde tanımlanmıştır.

Yargıtay eski tarihli bir kararında çalışma süresini "... işçinin iş akdi uyarınca yükümlü bulunduğu işi ifa için, işverenin emrine girdiği andan çıktığı ana kadar devam eden süre" olarak tanımlamıştır<sup>19</sup>. Avrupa Birliğinin 2003/88 sayılı Yönergesine göre çalışma süresi "işçinin işinde, fonksiyon veya faaliyetlerinin ifasında işverene amade bulunduğu tüm dönem"dir. Avrupa Birliği Adalet Divanının 3.10.2000 tarihli kararına göre çalışma süresi, dinlenme süresi kavramının karşıtı bir kavram olup, işçinin işinde, işverenin emrinde, işin ifası için işyerinde hazır bulunmak suretiyle geçen süreyi ifade eder<sup>20</sup>.

## 1. Günlük Normal Çalışma Süresi

4857 sayılı İş Kanunu'nda haftalık çalışma süresinin 45 saat olduğu belirtildikten sonra, aksi kararlaştırılmamışsa, haftalık çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine bölünmesi suretiyle günlük çalışma süresinin bulunacağı öngörülmüştür (m. 63, f.1). Buna göre ana kural, haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit bölünmesidir. Haftalık çalışma süresinin eşit bölümü halinde, haftada altı gün çalışılan işyerlerinde günlük çalışma süresi yedi buçuk saat; Cumartesi gününün akdi tatil olması halinde yani haftalık çalışma süresinin beş gün olması durumunda günlük çalışma süresi dokuz saat; Cumartesi günü kısmen çalışma yapıyorsa kalan sürenin çalışılan günlere eşit bölümü ile bulunacak süre günlük normal çalışma süresi olacaktır.

Taraflarca haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı dağılımı da kararlaştırılabilir. Tarafların anlaşması yazılı olmalıdır (ÇSY. m. 5/f.1)<sup>21</sup>. İşçi denkleştirmeye ilişkin sözleşme yapılırken onay verebileceği gibi sözleşmenin devamı sırasında da verebilir<sup>22</sup>. Her halükarda onayın denkleştirmeden önce olması gerekir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında tarafların anlaşması ile haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati geçmemek şartıyla farklı şekilde dağıtılabileceği öngörülmüş ise de, öğretide 63. maddenin birinci fıkrasının sadece ikinci fıkrada yer alan denkleştirme esasını kapsamadığı, tarafların anlaşmasıyla, haftalık çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılmasına da imkân tanıdığı, denkleştirme esasının bundan ayrı bir imkân olduğu kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, İş K. m. 63/f.2'de geçen "bu halde" ibaresi nedeni ile, denkleştirme kuralı uygulanmadan, haftalık çalışma süresinin hiçbir zaman farklı şekilde iş günlerine bölünemez<sup>24</sup>.

Haftalık çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine farklı dağılımı için tarafların anlaşması yeterli olup, işin niteliği önemli değildir<sup>25</sup>. Ancak, haftalık çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde da-

ğılımında günlük çalışma süresi hiçbir şekilde on bir saati aşamaz.

Günlük azami çalışma süresinin on bir saat olması karşısında, haftalık çalışma süresinin 45 saat olarak uygulandığı işyerlerinde, çalışılan gün sayısı beş günden az olamaz<sup>26</sup>.

Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresinin işyerinde haftanın çalışılan günlerine günde onbir saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtılması halinde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir (İş K. m. 63/f.2). Ancak denkleştirme dönemindeki toplam çalışılan sürede varsa telafi çalışması dikkate alınmaz<sup>27</sup>. Çünkü bu süre denkleştirme dönemindeki çalışmanın tam karşılığı değildir. Başka bir anlatımla telafi çalışması geçmişteki bir sürenin çalışmasıdır.

Çalışma süreleri işyerine değil, işçilere yöneliktir. Bu nedenle denkleştirme esasının işçilerin tamamına uygulanması zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>28</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinin son fıkrasında işçinin sağlığının korunması amacıyla günde ancak yedi buçuk saat ve daha az çalışması gereken işler bakımından yönetmelik çıkarılması öngörülmüştür. Resmi Gazetenin 15.4.2004 tarihli ve 25434 sayılı sayısında yayımlanan Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesine göre kurşun, arsenik işleri, cam, cıva, çimento sanayii işleri, havagazı ve kok fabrikalarıyla termik santrallerdeki işler, çinko, bakır, alüminyum, demir ve çelik sanayi işleri, döküm, kaplamacılık işleri, karpit, asit, akümülatör sanayi işleri, kaynak işleri, madenlere su verme işleri, kaçuk işlenmesi, yer altı işleri, radyoaktif ve radyoiyonizan maddelerle yapılan işler, seksenbeş desibeli aşan gürültülü işler, su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işler ile pnömokonyoz yapan işler, tarım ilaçları kullanım işlerinde günlük çalışma süresi ancak yedi buçuk saattir. Aynı Yönetmeliğin 5. maddesine göre de, su altında basınçlı hava

içinde çalışılan işlerde günlük çalışma süresi, derinliğe veya basınca bağlı olarak yedi ile dört saat arasında; cıva izabe işlerinde altı saat; elementer cıva bulunan ocaklarda görülen işlerde altı saat; kurşun izabe fırınlarının teksif odalarında biriken kuru tozları kaldırma işlerinde dört saat; karbon sülfürden etkilenme tehlikesi bulunan işlerde altı saat; entektsit işlerinde altı saattir.

Olağanüstü Hal Kanunu'nun 8. maddesine göre, tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar nedeniyle olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, gerekli görülen hallerde gündüz çalışmalarında günlük iş saatleri işlerin niteliğine ve ihtiyaç derecesine göre artırılabilir.

5953 sayılı Basın İş K. Ek m. 1'e göre günlük çalışma süresi, gündüz ve gece devrelerinde sekiz saattir. Aynı maddede günlük çalışma süresini aşan çalışmalar fazla saatlerde çalışma olarak adlandırılmış ve her bir fazla çalışma saati için normal saat ücretinin %50 fazlası ile ücret ödeneceği düzenlemiştir.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 26. maddesine göre genel bakımdan çalışma süresi, günlük sekiz saat ve haftada kırksekiz saattir. Bu süre haftanın çalışma günlerine eşit olarak bölünmek suretiyle uygulanır.

11.01.2011 tarihinde kanunlaşan ve 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 398. maddesinde işçinin "fazla çalışma borcu" da düzenlenmiştir. Maddede öncelikle fazla çalışma, " ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma" şeklinde tanımlandıktan sonra, fazla çalışma zorunluluğunun doğması halinde, işçinin bunu yapabilecek durumda bulunması ve fazla çalışmadan kaçınmasının dürüstlük kurallarına aykırı olmaması durumunda, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirme zorunluluğu vardır. Maddede kanunlardaki özel hükümlerin saklı olduğu da belirtilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 402. maddesinde ise işverenin fazla çalışma için işçiye normal çalışma ücretinin en az yüzde elli fazlası ile ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiş, işçinin rızası ile fazla çalışma ücreti yeri-

ne, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı olarak izin verebileceği düzenlenmiştir.

#### **a) Fiili Çalışma Süresi**

“Çalışma süresi, kural olarak fiili çalışmayı esas alan bir süredir”<sup>29</sup>. Bu nedenle, 4857 sayılı İş Kanunu’nda öngörülen çalışma süresinden anlaşılması gereken fiili çalışma süresidir. Fiili çalışma süresi, işçinin yapmakla yükümlü olduğu işte geçirdiği süredir<sup>30</sup>. İşçinin çalışırken hareketleri arasına giren normal boşluklar çalışmanın fiili olma niteliğini etkilemez<sup>31</sup>. İş Kanunu’nda fiili çalışma süresi haftalık en çok kırkbeş olarak düzenlenmiştir (m. 63/f.1). Taraflar haftalık kırkbeş saatlik çalışma süresini haftanın çalışılan günlerine eşit veya farklı dağıtabilecekleri gibi kırkbeş saatten daha az bir süre kararlaştırılabilmeleri de mümkündür.

#### **b) Farazi Çalışma Süresi**

Fiilen çalışılmadığı halde günlük çalışma süresinden sayılan süreler “farazi çalışma süresi” denilmektedir<sup>32</sup>. Buna göre farazi çalışma süresi, günlük çalışma süresinin çalışma yapılmayan kısmıdır<sup>33</sup>. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 66. maddesinde farazi çalışma süreleri belirtilmiş, bu sürelerin günlük çalışma sürelerinden sayılabileceği öngörülmüştür. Farazi çalışma süresinin iş süresinden sayılmasının nedeni, fiili çalışma olmamasına rağmen, işçinin işverenin emir ve talimatı altında bulunmasıdır.

İş K. m. 66’ya göre aşağıdaki süreleri farazi çalışma süreleridir:

-Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler.

-İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler.

-İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.

-İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde

meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler.

-Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler.

-Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler.

Ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Kanun’un çalışma süresinden sayılmayacağını açıkça belirttiği süreler hariç, m. 66’da belirtilmediği halde çalışılmayan başka sürelerin de çalışılmış gibi sayılması mümkündür<sup>34</sup>. Buna göre toplu veya bireysel iş sözleşmesi ile sigara molası çalışılmış gibi düzenlenebilir<sup>35</sup>. Sözleşme ile çalışılmış sayılan sürenin mutlaka işyerinde geçirilmesi gerekir<sup>36</sup>.

İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sadece sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz (m. 66/f. son). Ancak sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme sırasında araçta geçen sürenin çalışma süresinden sayılması sözleşme ile kararlaştırılabilir<sup>37</sup>. İş K. m. 66/f’de belirtilen nitelikte olmayan işlerde işyeri, işçilerin ikamet ettikleri yerlerden uzak bir mesafede bulunsun dahi yolda geçen süreler çalışma süresinden sayılmaz. Çünkü burada işçilerin taşınması sosyal yardım mahiyetindedir.

Fıkra (f) hükmünde belirtilen işlerde yolda geçen sürelerin çalışma süresinden sayılmasının nedeni, işyerlerinin sabit olmaması, işyerlerinin işçilerin yerleşim yerlerinden uzak mesafede bulunması ve işçilerin işyerlerine getirilip götürülmelerinin “toplu ve düzenli bir şekilde” yapılmasının gerekmesidir<sup>38</sup>. Fıkarda geçen “uzak mesafe” kavramı, yolun uzunluğuna ve ulaşım olanaklarına göre değerlendirilmelidir. Ulaşım olanaklarına göre uzak mesafede bulunmadığı kabul edilebilecek bir işyerine ulaşım için yolda geçen süreler çalışma süresinden sayılmaz<sup>39</sup>.

## 2. Gece Çalışması

Çalışmanın gündüz yapılması kural olmakla birlikte, işyerinin gerekleri, işin niteliği gece yapılmasını da gerektirebilir. Yirmi dört saat faaliyet gösterilmesi gereken işyerlerinde günlük çalışmanın gece yapılması söz konusu olduğu gibi, bar, pavyon, gazino, oyun salonları gibi işin niteliği gereği çalışmanın sadece gece yapılmasını gerektiren işyerleri de bulunmaktadır<sup>40</sup>. Gecenin doğal olarak uyku ve dinlenmeye ayrılan bir gün dönemi olması itibarıyla işçilerin korunması amacıyla özel bir takım kurallara tabi tutulmuştur.

4857 sayılı İş K. m. 69/f.1'e göre gece; "en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve herhalde en fazla on bir saat süren dönem" olarak tanımlanmıştır. Bu hüküm nispi emredici bir düzenleme olup, işin niteliği ve bölgenin özelliklerine göre gece süresi 20.00-06.00 saatleri arasında on bir saati geçmemek üzere değişik saatler arasında belirlenebilir. Buna göre on bir saatlik sınır ancak işçi lehine olarak değiştirilebilir<sup>41</sup>.

Bazı uluslararası belgelerde de gece süresinin tanımı yapılmıştır. Gece; ILO'nun Kadınların Sanayide Çalışmasına İlişkin 1948 tarih ve 89 sayılı revize Sözleşmesinin 2. maddesinde 20.00-07.00 saatleri arasında en az on saatlik bir dönem; Gençlerin Sanayide Gece Çalışmasına İlişkin 1948 tarih ve 90 sayılı revize Sözleşmesinin 2/2. maddesinde ise on altı yaşından küçükler için 22.00-06.00 saatleri arasındaki süre olarak tanımlanmıştır. Avrupa Birliği'nin 2003/88 sayılı Yönergesinin 2. maddesinde de gece süresi, ulusal kanunlarla belirlenen, herhalde gece yarısı ile sabah 05.00 arasında geçen ve yedi saatten az olmayan süre olarak düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş K. m. 69/f.3'e göre işçilerin gece çalışmaları yedi buçuk saati geçemez. Buna göre günlük çalışma süresi, günün gece döneminde en fazla yedi buçuk saattir<sup>42</sup>. Bu hükümden çıkan ikinci bir sonuç da gece fazla mesai yapılamayacağıdır. Nitekim Kanun'un 41. maddesinin 6. fıkrasında da

"... 69. maddede belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılamaz" denilerek duruma açıklık getirilmiştir. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 7. maddesinin (b) bendinde de "... gece sayılan gün döneminde yürütülen işlerde..." fazla mesai yapılamayacağını düzenlemiştir. Ancak burada sözü edilen yasak, genel nedenlerle fazla yapılması ile ilgilidir<sup>43</sup>. İş Kanunu'nun 42 ve 43. maddelerde zorunlu nedenlerle veya olağanüstü hallerde fazla çalışma bakımından herhangi bir yasak öngörülmemiştir. Aynı şekilde 10.9.1960 tarih ve 79 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre gece çalışmaları da dâhil olmak üzere günlük çalışma sürelerinin üç saate kadar artırılabilmesi mümkündür. Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme Yönetmeliğinin 5 ve 13. maddeleri gereğince, gece dönemine rastlaması halinde de günlük çalışma sürelerine ek olarak en çok iki saate kadar hazırlama, tamamlama ve temizleme işinin yapılabileceği düzenlenmiştir. Bunun gibi 5953 sayılı Basın İş Kanunu ek m. 1'e göre gündüz ve gece devresinde günlük çalışma süresinin arttırılabileceği ve bu şekilde üç saate kadar fazla çalışma yaptırılabilceği öngörülmüştür.

Olağanüstü Hal Kanunu'nun 8. maddesine göre, tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar nedeniyle olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, gerekli görülen hallerde gece çalışmalarında günlük iş saatleri işlerin niteliğine ve ihtiyaç derecesine göre artırılabilir.

Avrupa Birliği'nin 2003/88 sayılı Yönergesine göre gece işçisi, günlük normal çalışma süresinin en az üç saatini gece döneminde geçiren veya yıllık çalışma süresinin belirli bir kısmını gece döneminde geçiren kişidir.

Gece çalışmasının işçi sağlığını bozma riskini taşıması, sosyal çevreden tecrit etmeye yol açması<sup>44</sup>, kişiliğin oluşumu ve gelişimini olumsuz etkilemesi<sup>45</sup> gibi nedenlerle on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin sanayie ait işlerde gece çalıştırılması yasaklanmış; on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılması sınırlandırılmıştır (İş K. m. 73).



4857 sayılı İş Kanunu'nun 73. maddesinde yer alan düzenlemeye göre on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin sanayiye ait işlerde çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Buna göre sözü edilen grup bakımından sanayiden sayılmayan işlerde çalıştırılmaları mümkündür. Ancak, Postalar Halinde Çalışma Yönetmeliğinin 5. maddesine göre hangi iş olursa olsun 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece dönemine rastlayan postalarda çalıştırılmaları yasaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda kadın işçilerin gece çalışmaları yasaklanmamıştır<sup>46</sup>. Kanunun 73. maddesinin son fıkrası uyarınca çıkarılan Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmeliğe<sup>47</sup> göre kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılabilmeleri için işe başlamalarından önce çalışmalarına engel durumları olmadığına dair sağlık raporu alınması (m. 7) ve gece çalıştırılacak kadın işçilerin isim listesinin bölge çalışma müdürlüğüne bildirilmesi gerekir (m. 7). Aynı Yönetmeliğe göre kadın işçilerin gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılması mümkün değildir (m. 5).

Gece çalışması, günün yirmi dört saatinde sürekli faaliyet gösterilen işyerleri bakımından söz konusudur. Bu nedenle, yirmi dört saat faaliyet gerektirmeyen işyerleri ve işlerde, ekonomik zorunluluk yoksa gece çalışması yapılamaz<sup>48</sup>.

### 3. Postalar Halinde Çalışma Düzeni

Postalar halinde çalışma, kural olarak, hem gündüz hem de gece çalışmayı gerektiren faaliyetlerin ortaya çıkardığı bir zorunluluktur<sup>49</sup>. Bu nedenle, gece çalışması yoksa postalar halinde çalışmaya da gerek yoktur. Gece çalışması işçi sağlığını ilgilendirdiğinden, İş Kanunu'nda, gece postalarına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

İş K. m. 69/f.6'ya göre, işveren gece postalarında çalıştırılacak işçilerin listelerini ve bu işçiler için işe başlamadan önce alınan ve periyodik sağlık raporlarının bir nüshasını ilgili bölge müdürlüğüne vermekle yükümlüdür.

Postalar Halinde Çalışma Yönetmeliğinin 4. maddesinin (a) bendine göre nitelikleri gereği

sürekli çalışılan ve postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde posta sayısı, yirmi dört saatlik süre içinde en az üç işçi postası çalıştırılacak şekilde düzenlenmek zorundadır. Niteliği gereği yirmi dört saat çalışmayı gerektirmeyen işlerde günlük çalışmanın iki posta halinde düzenlenmesi mümkündür. Ancak, bu durumda, her bir postanın Çalışma Süreleri Yönetmeliği ile Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi Buçuk Saat ve Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelikte belirtilen günlük çalışma süresini aşmayacak şekilde düzenlenmesi gerekir.

Postalar Halinde Çalışma Yönetmeliğinin 3. maddesine göre işveren veya vekili, posta sayısı ile her postanın işe başlama ve bitirme saatlerini, postalar halinde çalıştırdıkları işçilerin ad ve soyadlarını, ara dinlenmelerini, hafta tatillerini ve bunlara ilişkin değişiklikleri düzenleyerek işçilerin işyerinde kolayca görüp okuyabilecekleri şekilde ilan etmekle yükümlüdür.

4857 sayılı İş K. m. 69/f.7'ye göre postalar halinde çalışmada haftada bir gece postasının gündüze alınması suretiyle değiştirilmesi gerekir. Aynı hükümde gece ve gündüz postalarında iki haftalık nöbetleşme esasının da uygulanabileceği belirtilmiştir ki bu en geç yapılması gereken değişik anlamına gelmektedir. Başka bir anlatımla, gece postasının gündüze alınmasına yönelik değişiklik en geç iki haftada bir yapılması gerekir. Sözü edilen fıkrada belirtilen "bir çalışma haftası gece çalıştırılan işçilerin..." ifadesi karşısında, posta değişiminin bir haftadan kısa bir süre olarak yapılması mümkün değildir<sup>50</sup>.

İş K. m. 69/f.son ile Postalar Halinde Çalışma Yönetmeliği m. 9'a göre postası değiştirilecek işçinin, kesintisiz en az on bir saat dinlendirildikten sonra diğer postada çalıştırılması gerekir.

İşçinin postasının değiştirilmesi sadece gece ve gündüz postalarının değiştirilmesi şeklinde değil, işçinin postasının zorunluluk halinde değiştirilmesi de mümkündür. Bu zorunluluk, işyerinden, işten veya işçinin kişiliğinden kaynaklanabilir<sup>51</sup>. Ancak bu değişiklikte de, İş K. m. 69/f.son uyarınca, işçinin en az on bir saat dinlendirilmesi gerekir<sup>52</sup>.



İşveren, gece çalışması nedeniyle sağlığı-  
nın bozulduğunu belgeleyen işçiye mümkün-  
se gündüz postasında durumuna uygun bir iş  
vermekle yükümlüdür. İşverenin işçiye gün-  
düz postasında durumuna uygun bir iş verme-  
si mümkün değilse, işçi, İş K. m. 24/I-a mad-  
desi gereğince iş sözleşmesini fesih hakkına  
sahip olur<sup>53</sup>.

#### 4. Ara Dinlenmesi

Yorgunluğun getirdiği dinlenme ihtiya-  
cı yanında yemek, içmek, tuvalet gibi beşeri  
ihtiyaçlar günlük çalışma süreleri içinde ça-  
lışmaya ara verilmesini zorunlu kılmaktadır<sup>54</sup>.  
Ara dinlenmesi ile işçilerin dinlenip kuvvet-  
lerini yenileyebilmeleri ve bazı ihtiyaçlarını  
giderebilme imkânına kavuşmalarını sağlama  
amaçlanmaktadır<sup>55</sup>. Bu açıdan ara dinlenmesi-  
nin diğer bir fonksiyonu işçinin verimliliğinin  
artırmasıdır<sup>56</sup>.

Ara dinlenmesi, Avrupa Birliği'nin 2003/88/  
EC sayılı Yönergesi'nin 4. maddesinde düzen-  
lenmiş olup, buna göre üye devletler, günlük  
çalışma süresi 6 saatten fazla olan her işçiye  
ara dinlenmesi verilmesini sağlayacak önlem-  
leri almak zorundadır. Yönergenin aynı mad-  
desinde ara dinlenme süresinin belirlenmesi,  
koşulları ve şekli toplu veya bireysel iş sözleş-  
meleri ile ya da ulusal mevzuatla belirleneceği  
düzenlenmiştir<sup>57</sup>.

Bu nedenle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68.  
maddesinde "Günlük çalışma süresinin ortalama  
bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin  
gereğine göre ayarlanmak suretiyle işçilere...  
ara dinlenmesi verilir" hükmüne yer verilmiş-  
tir.

İş K. m. 68/f.1, a, b ve c bentlerinde ara  
dinlenme süreleri, günlük çalışma sürelerine  
göre belirlenmiştir. Buna göre, dört saat veya  
daha fazla kısa süreli işlerde on beş dakika;  
dört saatten fazla yedi buçuk saate kadar  
(yedi buçuk saat dahil) süreli işlerde yarım  
saat; yeni buçuk saatten fazla süreli işlerde  
bir saat ara dinlenmesi verilmelidir. Bu süre-  
ler asgari olup (İş K. m. 68/f.2), sözleşmelerle  
arttırılabilir<sup>58</sup>.

Günlük çalışma süresinin, o yerin gelenek-  
leri ve işin gereğine göre ayarlanan ortalama

zamanında verilmesi gereken ara dinlenmesi,  
kural olarak, aralıksız verilmelidir (İş K. m.  
68/f.2). Taraflarca iklim, mevsim, o yerin ge-  
lenekleri ve işin niteliği dikkate alınarak, ara  
dinlenmesinin aralıklı kullanımı kararlaştırıla-  
bilir (İş K. m. 68/f.3).

İş K. m. 68/f.3'e göre ara dinlenmelerinin,  
bir işyerinin işçilerine aynı ya da farklı saatler-  
de kullandırılması mümkündür.

İş K. m. 68/f.son'da ara dinlenmelerinin ça-  
lışma süresinden sayılmayacağı açıkça düzen-  
lenmiş olup, buna göre işverenin ara dinlenme  
süresi için ücret ödeme borcu bulunmamak-  
tadır. Bununla birlikte, ara dinlenmesinin ça-  
lışma süresinden sayılması sözleşmelerle ka-  
rarlaştırılabilir. İşçiye kanunda öngörülenden  
daha yüksek olarak kararlaştırılan ara dinlen-  
mesi kanunda belirtilen ara dinlenmelerden  
olduğu için çalışma süresinden sayılmayacak-  
tır. Ancak ara dinlenme niteliğinde olmayan,  
işverenin tek taraflı iradesi ile vermiş olduğu  
dinlenmeler çalışma süresinden sayılacaktır<sup>59</sup>.  
Bu durumda, işçiye ara dinlenme süresine  
karşılık normal çalışma ücreti ödenir<sup>60</sup>. Ara  
dinlenmesinin çalışma süresinden sayılma-  
sının diğer bir istisnası da işçinin bu süreyi  
işverenin emir ve talimatını bekleyerek geçir-  
mesidir. İşçi bu durumda bir iş yapmamış olsa  
bile işverenin emrinde kaldığı için ara dinlen-  
mesi çalışma süresinden sayılır<sup>61</sup>. Esasen işve-  
renin emir ve talimatını bekleyerek geçirilen  
süre ara dinlenme olarak nitelendirilemez<sup>62</sup>.  
Çünkü ara dinlenmede işçi işgücünü işverenin  
buyruğunda hazır tutmakla yükümlü değildir.  
Başka bir anlatımla, bu süreyi dilediği şekilde  
kullanabilmektedir.

Ara dinlenmeye ilişkin hükümlerin uygu-  
lanmasında işin sürekli veya süreksiz olması  
önemli değildir<sup>63</sup>.

Kanunun öngördüğü ara dinlenmesi dışın-  
da işverence sigara ve çay molası adı altında  
verilen dinlenme süreleri çalışma süresinden  
sayılır<sup>64</sup>.

Ara dinlenmesi, işçi tarafından serbestçe  
kullanılır. İşçi bu süreyi işyerinde geçirmek  
zorunda değildir. Ancak, işin veya işyerinin  
özelliği, işçilerin ara dinlenmeleri sırasında  
işyeri dışına çıkmamalarını gerekli kılıyorsa,

işveren işçilerin ara dinlenmelerini işyerinde geçirmelerini isteyebilir<sup>65</sup>. Buna göre işin düzenini ve güvenliğini sağlamak amacıyla işverence yönetim hakkına dayanılarak ara dinlenmesinin işyerinde geçirileceğine karar verilmesi<sup>66</sup> veya işin gereği, iklim veya fiziki koşullar nedeni ile ara dinlenmesinin işyerinde geçirilmesi, ara dinlenmesinin kullandırılmadığı anlamına gelmez<sup>67</sup>.

### 5. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma

Ülkenin genel yararları, işin niteliği veya üretimin artırılması ve bunlara benzer sebeplerin bulunması halinde kanunda belirtilen sınırlamalar dahilinde işçiye fazla çalışma yaptırılabilir.

Fazla çalışma ile ilgili hükümler ve sınırlamalar çalışanların iş sağlığı ve güvenliği sağlama amacı yanında Anayasa'nın 50. maddesinde düzenlenen dinlenme hakkına uygun davranma yükümlülüğü ile ilgilidir. Bu nedenle hukuka aykırı çalışmalar dinlenme hakkının ihlali niteliğindedir<sup>68</sup>.

Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmaya fazla çalışma denir (İş K. m. 41/f.1). Buna göre haftanın herhangi bir gününde günlük çalışma sürelerinin üstünde çalışılmış olsa bile haftalık çalışma süresi kırkbeş saatten az ise fazla çalışmadan söz edilemeyecektir<sup>69</sup>. Ancak, haftalık kırk beş saat sınırın altında kalsa bile günlük çalışma gündüz on bir saati, gece yedi buçuk saati veya sağlık kuralları bakımından yedi buçuk saat ve daha az çalışması gereken işlerde günlük çalışma yedi buçuk saati aşmışsa, fazla çalışılan süre için işçinin ücret talep hakkı doğar. Bu alacak hakkı fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti olabileceği gibi ara dinlenmede çalıştırılma halinde normal ücret alacağı şeklinde de olabilir. Öğretide İş K. m. 41 ve İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 3. maddesine göre fazla çalışmanın haftalık kırkbeş saati aşan çalışma olduğu, bu nedenle günlük ve haftalık azami çalışma süresinin aşılması halinde İş Kanununun fazla çalışmaya ilişkin hükümlerinin uygulanmasını öngö-

ren aynı Yönetmeliğin 4. maddesinin kanuna uygun olmadığı, günlük çalışma sınırını aşan çalışmanın kanuna aykırı çalışma olduğunu ancak fazla çalışma koşullarına bağlanamayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre örneğin 11 saatlik günlük çalışma sınırının aşılması durumunda bu çalışmanın ücretlendirilmesi gerekmele birlikte, bunun fazla çalışma ücreti mi, yoksa fazla sürelerle çalışma ücreti mi olduğu konusunda açıklık bulunmadığından, konunun mevzuatla düzenlenmesi gerekir<sup>70</sup>.

Fazla çalışma süresi bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz (İş K. m. 41/f.8). Hükümdede fazla çalışma dahil haftalık azami çalışma süresinin gösterilmemiş olması nedeniyle, yıllık ikiyüzyetmiş saatlik sınırın aşılmaması şartıyla, işçilere haftalık azami çalışma sınırı olmaksızın fazla çalışma yaptırılabilmesi sonucunun ortaya çıkabileceğini, bunun ise iş sağlığı ve güvenliğine aykırı olacağı ileri sürülmüştür<sup>71</sup>.

İşçinin kanunda belirtilen çalışma süresini aşar şekilde çalıştırılması için yazılı onayının alınması gerekir (İş K. m. 41/f.7). Onayın ne zaman alınacağına ilişkin kanunda açıklık yoktur. Ancak, Fazla Çalışma Yönetmeliğine göre fazla saatlerle çalışması için işçiden her yılbaşında onayının yazılı olarak alınması gerekir (m. 9). Bu nedenle sözleşme ile tüm çalışma süresi için onay alınması geçerli değildir<sup>72</sup>.

Kanun'a uygun şekilde onayı alınmayan işçi fazla çalışma yapmak zorunda değildir. Bununla birlikte, İş Kanunu'nda bazı durumlarda işçinin fazla çalışma yapması zorunluluğu öngörülmüştür (m. 42 ve 43). Bu haller; zorunlu nedenlerin ortaya çıkması ve olağanüstü hallerdir. Bu hallerde dahi fazla çalışma ücretinin ödeneceği ilgili maddelerde düzenlenmiştir.

Denkleştirme esasının uygulandığı işyerlerinde, İş K. m. 63 gereği, yoğunlaştırılmış iş haftalarında kırkbeş saatlik sınır aşılsa bile fazla çalışma ücreti istenemez. Bununla birlikte, denkleştirme olsun olmasın, haftalık çalışma süresi kırkbeş saatin altında olsa bile günlük onbir saati aşan çalışmalar fazla çalışma ücretini gerektirir<sup>73</sup>.

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın hesabında yarım saatten az süreler yarım

saat, yarım saati aşan süreler ise bir saat olarak kabul edilir (FÇY. m. 5/f.2).

Bir saatlik fazla çalışmanın karşılığı, normal çalışma saat ücretinin %50 fazlasıdır (İş K. m. 41/f.2).

İş Kanunu'nun 64. maddesine göre, zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sora işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir. Bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz (f.1). İki aylık süre azami süredir<sup>74</sup>. Buna göre telafi çalışmasını gerektiren nedenler sınırlı olarak sayılmamıştır<sup>75</sup>.

Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz. Tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmaz (f.2). İşçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır (f.5).

Öğretide telafi çalışması için işçinin talebinin yeterli olmadığı, ayrıca işverenin kabulünün gerektiği, başka bir anlatımla telafi çalışmasının tarafların anlaşması ile mümkün olduğu ileri sürülmüştür<sup>76</sup>.

İşçinin fazla çalışma karşılığı ücret yerine serbest zaman istemesi durumunda, verilecek serbest zaman, fazla çalışılan her bir saat için bir saat otuz dakikadır (İş K. m. 41/f.4). Serbest zamana ilişkin hüküm nispi emredicidir, sözleşme ile işçi lehine artırılabilir<sup>77</sup>. Serbest zaman dönemi ücretlidir<sup>78</sup>. Başka bir anlatımla serbest zamanın kullandırıldığı dönem ücretinin işçiye ödenmesi gerekir.

Sözleşme ile belirlenen haftalık çalışma süresini aşan, fakat haftalık kırkbeş saatin altında kalan çalışmalara kısmi süreli çalışma denir<sup>79</sup>. Bir saat fazla sürelerle çalışmanın karşılığı, normal bir saatlik ücretin %25 fazlasıdır (İşK. m. 41/f.3). İşçi ücret yerine serbest zaman isterse, her bir fazla sürelerle çalışma saati için 1 saat 15 dakika serbest zaman verilir (m. 41/f.4). Bu süre nispi emredicidir, sözleşme ile işçi lehine artırılabilir<sup>80</sup>.

Fazla Çalışma Yönetmeliğinde kısmi süreli çalışan işçilere fazla süreli çalıştırma yaptırılmayacağı belirtilmiştir (m. 8/d). Ancak, kanunda yer almayan bu yasağın yönetmelikle öngörülemeyeceği, Anayasa'ya ve İş K. m. 41'e aykırı olduğu, bu nedenle bu düzenlemeye itibar edilemeyeceği ileri sürülmüştür<sup>81</sup>.

Fazla Çalışma Yönetmeliğinin 7. maddesine göre bazı işlerde fazla çalışma yaptırılması veya bazı kişilerin fazla çalışma yaptırılmaları yasaklanmıştır. Buna göre; sağlık kuralları bakımından günde en çok yedibuçuk saat çalıştırılabilecek veya yedibuçuk saatten az çalışmayı gerektiren işler, gece sayılan gün döneminde yürütülen işler, maden ocakları, kablo döşenmesi kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi işlerin yer veya su altında yapılanları fazla çalışma yaptırılmayacak işlerdir. Fazla çalışma yaptırılmayacak kişiler ise; onsekiz yaşını doldurmamış olanlar, gebe ve yeni doğum yapmış ve emziren kadınlar, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılanlar, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile, sağlıklarının elvermediği doktor raporu ile belgelenen işçilerdir<sup>82</sup>.

İş K. m. 69/f.3 uyarınca gece fazla çalışma yaptırılması yasaklanmış olmasına rağmen, işçinin gece yedi buçuk saatten fazla çalışması fazla mesai olarak değerlendirilmektedir.

Öğretide yöneticilik görevini fiilen bir üst makamın emir ve talimatlarına bağlı olmaksızın yerine getiren kişi üst düzey yönetici olarak nitelendirilmektedir<sup>83</sup>. Yargıtay da yönetici pozisyonunda çalışan kişiyi, aynı işyerinde görev ve talimat veren bir başka yönetici veya şirket ortağı bulunmuyorsa, çalışma gün ve saatini kendisinin belirlediğinden hareketle üst düzey yönetici olarak değerlendirmiş ve üst düzey yöneticinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücreti de alması durumunda fazla çalışma ücretine hak kazanamayacağına karar vermiştir<sup>84</sup>.

## B. Yargıtay Kararları Yönünden Değerlendirme

Yargıtay fazla çalışma yapıldığını ispat yükünün bunu ileri süren işçiye, fazla çalışma

ücretinin ödendiğinin ispat yükünün ise işverene ait olduğunu<sup>85</sup>, işçinin iddiasını her türlü delille kanıtlayabileceğini, işverenin ise ödeme savunmasını yazılı belgelerle kanıtlanması gerektiğini kabul etmekle birlikte<sup>86</sup> bir kararında fazla mesainin ispatı noktasında davacı ile birlikte işten çıkarılan ve menfaat birliktelikleri olan tanık anlatımlarının yeterli olmadığına karar verilmiştir<sup>87</sup>. Yargıtay'a göre ihtirazi kayıt konulmamış imzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, gerçekte daha fazla çalışma yapıldığının işçi tarafından yazılı delille kanıtlanması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması ve ihtirazi kayıt ile sürülmeden ödemenin kabul edilmiş olması durumunda da, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerekir<sup>88</sup>.

Fazla çalışmanın ispatı ile ilgili bir HGK kararında şöyle denilmektedir: "...İş Kanununda fazla çalışmanın ispatı ile ilgili olarak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle fazla çalışmanın ispatında ispat yükü genel hükümlere tabidir. Dolayısıyla fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi kural olarak bu iddiasını; fazla çalışma yaptığı gün ve saatleri ispat etmek zorundadır. Fiili bir olgu söz konusu olduğundan, kural olarak işçi, fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir, tanık da dinletebilir. Fazla çalışmanın yazılı belgelere, işveren kayıtlarına veya kesin delile değil, tanık anlatımına dayalı olması durumunda, mahkemece; fazla çalışma yapılan süreler tespit edilirken; işçinin uzun süre her gün fazla çalıştırılmasının hayatın olağan akışına ve insan doğasına uygun düşmeyeceği, yaşam tecrübelerine göre hiç hastalanmadan veya evlenme, ölüm, doğum, özel işleri gibi mazereti çıkmadan yıllarca sürekli çalıştığının kabul edilemeyeceği, işyerindeki üretim faaliyeti ve işçinin üstlendiği işin niteliği dikkate alınmadan sürekli iş gördürüldüğünün var sayılamayacağı, işçinin ara dinlenmesi, hafta tatili, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde hiç dinlenme hakkını kullanmadan

çalıştığının düşünülmemeyeceği göz önünde tutularak, belirlenen fazla çalışma süresinden hakkaniyet indirimi yapılması gerekip gerekmediği değerlendirilmelidir..."<sup>89</sup>.

Ancak Yargıtay, fazla mesainin tanıkla kanıtlandığı durumlarda, hastalık, mazeret, izin ve benzeri ihtiyaçlar nedeniyle çalışmama ihtimalini göz önünde bulundurarak, bir kimse- nin uzun süre sürekli olarak fazla mesai yapmasını hayatın olağan akışına aykırı bulmakta ve bu nedenle tanık anlatımlarıyla tespit edilen fazla çalışma süresinden uygun bir indirim yapılmasını aramaktadır<sup>90</sup>.

Yargıtay, iş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönündeki hükümleri yıllık ikiyüzyetmiş saatle sınırlı olarak kabul etmektedir<sup>91</sup>. Bunun için işçinin aylık ücretinin asgari ücretten fazla olması gerektiği belirtilmelidir.

Yargıtay, günlük çalışma süresinin onbir saati, gece çalışmalarının da yedibuçuk saati geçemeyeceğine ve sağlık kuralları bakımından yedibuçuk saat veya daha az çalışması gereken işlere ilişkin düzenlemelerden hareketle bu süreleri aşan çalışmaları haftalık çalışma süresi kırkbeş saati aşmamış olsa bile fazla çalışma olarak değerlendirmektedir<sup>92</sup>. Aynı kararda fazla çalışma süresinin yılda toplam ikiyüzyetmiş saati geçemeyeceğine ilişkin İş K. m. 41'deki hükme rağmen yılda ikiyüzyetmiş saati geçen çalışmayı da fazla çalışma olarak kabul etmiştir.

Yargıtay da gece çalışmaları yönünden haftalık 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde 7,5 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>93</sup>.

Akdi tatil günü olan Cumartesi günü telafi çalışması yaptırılamaz<sup>94</sup>.

Yargıtay'a göre işyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Üst düzey yöneticinin mesaisini kendisinin belirlediği kabul edilmiştir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması



durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceği, bu durumda yasal sınırları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkının doğduğu kabul edilmiştir<sup>95</sup>. Buna karşın Yargıtay mutfak şefi unvanı ile çalışan işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlemediği gerekçesi ile fazla çalışma ücretine hak kazandığını ve fazla çalışma ücretinin ödenmemesi nedeni ile iş sözleşmesini feshetmesini haklı bulmuştur<sup>96</sup>.

Home ofis sistemi ile çalışan satış temsilcisinin de çalışma saatlerini kendisinin belirlediği gerekçesi ile fazla çalışma ücreti istemeyeceğine karar verilmiştir<sup>97</sup>.

Yargıtay, fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin günlük çalışma süresinden sayılmaması gerektiğini, tanık anlatımlarına göre fazla çalışmanın uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde uygun bir indirim yapılması gerektiğine karar vermiştir<sup>98</sup>. Ancak fazla çalışmanın işveren kayıtlarına göre belirlendiği durumlarda indirime gerek olmadığı kabul edilmektedir<sup>99</sup>.

Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi hükmüne göre günlük çalışma süresinin onbir saati aşamayacağından hareketle, 68. maddenin öngördüğü en az bir saatlik ara dinlenme süresini hem günlük yedibuçuk saati aşan çalışmalar yönünden hem de günlük onbir saate kadar olan çalışmalar için kabul etmiş, günlük onbir saat ve daha fazla çalışmalarda ise en az birbuçuk saat olarak verilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>100</sup>. Bu görüşten hareketle, günde dokuz saat çalışıldığı belirtilen işyerinde fazla çalışma süresi hesaplanırken yarım saat ara dinlenmesinin indirilmesinin doğru olmadığına, İş K. m. 68 gereği bir saat ara dinlenme süresinin indirilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>101</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.04.2006 tarih ve E: 2006/9-107, K: 2006/144 sayılı kararında, günde 24 saat çalışmanın geçerli olduğu işyerleri bakımından ara dinlenmeleri ve kişisel ihtiyaçlar için zorunlu süre çıkarıldığında günlük çalışma süresi 14 saat olarak kabul edilmiştir<sup>102</sup>.

Yargıtay, ara dinlenme süresinin kullanımı

ile ilgili bir kararında işe ara dinlenme süresi kadar geç başlama veya aynı süreyle erken bırakma şeklinde ara dinlenmenin kullanılmasıyla ilgili olarak, ara dinlenmenin günlük çalışma içinde belli bir zamanda amaçla uygun kullanılması gerektiğini belirtmiştir<sup>103</sup>.

Ara dinlenmesi ile ilgili bir başka kararı da şöyledir: "Dava konusu uyuşmazlık Toplu İş Sözleşmesinin 61. maddesinden kaynaklanmaktadır. Toplu İş Sözleşmesinin anılan hükmü vardiyalı işçi çalıştırılan işyerlerinde, işçinin ara dinlenmesini işin niteliği gereği fiilen çalışarak geçirmesi halinde uygulanabilir. Salt işçinin ara dinlenmesi sırasında işyerinde bulunması önemli değildir. Gerçekten, bu süre içinde işçinin ara dinlenme yokmuş gibi çalışıyor olması da gerekir. İşçinin ara dinlenme sırasında başka bir yere gitme imkânının o sırada fiziken mümkün olmaması, anılan alacağa hak kazanılması için yeterli değildir. İşyerinde yapılan keşif, davacının ara dinlenme sırasında fiilen çalıştığını göstermemektedir. Davacının mesai saatleri içerisinde işyerinde yemek yediği, diğer doğal ihtiyaçlarını karşılamak için yarım saat fiilen ara dinlenmesi yaptığının kabulü gerekir. Bu nedenle Toplu İş Sözleşmesinin 61. maddesi hükmü uyarınca yarım saatlik ara dinlenmesi için 1 saatlik normal çalışma ücretinin %150 oranında artırılmak suretiyle hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"<sup>104</sup>.

İşçi dinlenme sürelerinde serbest olduğundan, usulüne uygun onayı alınmamışsa dinlenme sürelerinde çalışmaktan kaçınabilir. İşçinin dinlenme sürelerinde çalışmaktan kaçınması örneğin fazla çalışma yapmayı reddetmesi, hafta tatilinde işe gelmemesi işverene haklı nedenle fesih hakkını vermez. Yargıtay fazla çalışmayı reddettiği için işveren tarafından sözleşmesi feshedilen işçinin ihbar ve kıdem tazminatı isteğini, işçiden onay alınmadığı gerekçesi ile kabul etmiştir<sup>105</sup>.

Yargıtay fazla çalışma ve ulusal bayramlarda yapılan çalışma karşılığı ücretinin ödenmemesini işçi yönünden iş sözleşmesinin feshi için haklı neden kabul etmiştir<sup>106</sup>.

Yargıtay işyeri devrinden sonra fazla çalışma,



hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil isteği ile açılan bir davada ilk derece mahkemesinin kararını "...İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumludur..." gerekçesi ile bozmuştur<sup>107</sup>.

Fazla çalışma ücreti ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanır. Yargıtay, son ücrete göre hesaplama yapılmasını hatalı bulmuştur<sup>108</sup>.

Fazla çalışma ücreti geniş anlamda ücret niteliğinde olup, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesine göre gününde ödenmemesi halinde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir<sup>109</sup>.

Yargıtay fazla çalışma ücreti konusunda ibranamenin içeriği ile işverenin savunması arasında çelişki bulunması durumunda ibranamenin geçerli olamayacağına karar vermiştir<sup>110</sup>.

### III. SONUÇ

Dinlenme hakkı, işçinin verimliliğini artırmanın ötesinde sağlığının bozulmamasını ve korunmasını amaçlamaktadır. İşçinin dinlenerek çalışması aynı zamanda ailesi ve çevresiyle daha iyi ilişkiler kurmasını sağlayacaktır.

İş hukuku mevzuatımızda uluslararası sözleşme ve belgelere paralel olarak dinlenme hakkı konusunda önemli düzenlemeler yer almaktadır. İşçinin dinlenme hakkı çeşitli hükümlerle ele alınmış; bir takım hukuکی ve cezai hükümlerle güvence altına alınmaya çalışılmıştır. İşçinin dinlenme hakkı kapsamında günlük çalışma süresi sınırlandırılmış, asgari ara dinlenme süresi öngörülmüştür.

Yargıtay kararlarında, İş Kanunu'nun günlük çalışma süresini sınırlandıran hükümlerinin dinlenme hakkı kapsamında işçi lehine geniş yorumlandığı görülmektedir. Kanun'da fazla çalışma haftalık 45 saati aşan çalışma olarak tanımlandığı halde, işçinin haftalık çalışma süresi 45 saatin altında kalsa bile günlük azami çalışma saatlerini aşan çalışmaların da fazla çalışma olarak değerlendirilmesi, iş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönündeki hükümlerin yıllık ikiyüzyetmiş saatle sınırlı olarak kabul edilmesi, fazla çalışma ücreti ödenmeyen işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi uygulamalar dinlenme hakkını koruyucu uygulamaları göstermektedir.

### DİPNOTLAR

- 1 AKYİĞİT, Ercan, Yıllık Ücretli İzin, Ankara, Mayıs 2000, s.34
- 2 KÖSEÖĞLU, Ali Cengiz, Türk Hukukunda İşçinin Dinlenme Hakkı ve Özellikle Yıllık Ücretli İzin, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1997, s.7; SÜMER, İş Hukuku, Konya 2011, s.147
- 3 AKYİĞİT, Yıllık Ücretli İzin, s.34
- 4 Any. Mah. 13.7.1971, 132/65 (RG. 27.4.1972, No. 14171)
- 5 SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya 2011 s.142
- 6 MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2008, s.929-930
- 7 MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2008, s.930
- 8 EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2006, 242-243
- 9 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.856
- 10 ARICI Kadir, Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Süreleri, Kamu-İş, Ankara, 1992, s.11
- 11 KOCAOĞLU Mehmet, Sosyal Politika (İş ve Sosyal Güvenlik), Ankara 1987, s.119
- 12 ARICI, s.11
- 13 NARMANLIOĞLU, İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, s.27
- 14 ÇENBERCİ Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.915; ARICI, s.11
- 15 ÇENBERCİ s.916; TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukuku, Cilt I, 3.Bası, İstanbul, 1984, s.282; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.853
- 16 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.857
- 17 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 857

- 18 NARMANLIOĞLU, s.478
- 19 Yargıtay HGK. 10.11.1971, 1970/9-1003, 1971/645
- 20 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.860; ASTARLI, s.10 vd.
- 21 CANIKLIOĞLU, yazılı olma koşulunun kanunda yer almadığını belirterek yönetmeliğin sözü edilen hükmünü eleştirmiştir ("4857 sayılı Kanununa Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi", Toprak İşveren Dergisi, Haziran 2005, s.11)
- 22 EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2006, s.211
- 23 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 24.Bası, Ekim 2011, İstanbul, s.338
- 24 EKONOMİ, Münir, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı", Yargıç Resul Arslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, C.7, S.3. 2004, s.166; EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, s.210
- 25 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.869
- 26 MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, s.292
- 27 AKYİĞİT Ercan, Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar, TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, Mayıs 2005, S.4. s.2
- 28 EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.209
- 29 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.860
- 30 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.854
- 31 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.855
- 32 TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, s.145; SÜZEK, İş Hukuku, 3.Bası, s.604
- 33 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.855
- 34 ASTARLI, s.138
- 35 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.870
- 36 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.871
- 37 TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.147
- 38 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.875
- 39 ÇENBERCİ, 670; EKONOMİ, s.287
- 40 SARACEL, Nüket, Gece Çalışması ve Türk İş Hukukunda Gece Çalışmasının Düzenlenme Esasları, Eskişehir, 1987, s.7-8
- 41 EKONOMİ, s.288; SARACEL, s.9; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.877; EKMEKÇİ Ömer, "4857 sayılı İş Kanununda Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar", Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2006, s.50
- 42 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.879
- 43 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.879
- 44 SARACEL, s.29 vd.
- 45 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.878
- 46 1475 sayılı İş K. da sanayie ait işlerde on sekiz yaşını doldurmuş erkek çocuklarla her yaştaki kadınların gece çalıştırılmaları kural olarak yasaklanmıştı (m. 69/1). Aynı maddeye dayanılarak çıkarılan Kadın İşçilerin Sanayie Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Tüzüğü'nün 2. maddesi işin özelliği icabı kadın işçi çalıştırılması gereken işlerde gece postasında çalıştırılması mümkündü.
- 47 RG. 9.8.2004, No: 25548
- 48 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.881
- 49 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.880
- 50 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.883
- 51 EKONOMİ, s.293
- 52 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.883
- 53 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.882, Yazara göre fesih hakkını kullanmayan işçinin, sağlığının bozulduğunu ileri sürerek gece çalışmayı reddetmesi akdi kusur teşkil eder.
- 54 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.924
- 55 ÇENBERCİ, s.935-936
- 56 GÜNAY, Cevdet İlhan; İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, Cilt II, s.1707
- 57 Bkz. İREN Ertan, Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanununun Durumu, Ankara 2008, s.232 vd.
- 58 NARMANLIOĞLU, s.512; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.925
- 59 ÇENBERCİ, s.937
- 60 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.926; Yargıtay bir kararında ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılması kararlaştırılmış olsa bile, işçi ara dinlemede çalıştırılmamışsa bu süre fazla çalışma sayılmaz ve zamlı ücret istenemez. İşçiye sadece normal ücret ödemek gerekir (9.HD. 9.1.1991, 747-794, SÜZEK, İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2006, s.639, Dn.3)
- 61 Yargıtay 9. HD. 25.5.1971, 970-13112 (GÜNAY Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, 3.Baskı, Ankara 2009, C.2, s.2323)
- 62 ÇENBERCİ, s.936
- 63 ÇENBERCİ, s.938
- 64 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.926; ASTARLI, s.128
- 65 SÜMER, İş Hukuku, Konya 2011, s.144
- 66 NARMANLIOĞLU, s.927
- 67 EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 185; NARMANLIOĞLU, s.513-514; SÜZEK, 3.Bası, s. 639; "Görülen işin itfaiye işi olması ve ara dinlenmesinin işyerinde geçirilmesi ara dinlenmesinin kullanılmadığı anlamına gelmez" Yargıtay 9. HD. 17.10.1991, 13727-13602 (KILIÇOĞLU, Mustafa, s. 798)
- 68 YUVALI Ertuğrul, Türk Hukukunda Olağan Nedenlerle Fazla Çalışma ve AB Ülkelerindeki Fazla Çalışma Hükümlerine Genel Bir Bakış, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2009, Sayı: 4, s.63
- 69 SÜMER Hâluk Hâdi, İş Hukuku, 16.Baskı, Konya 2011, s.131
- 70 ALPAGUT Gülsevil, "Ücret ve İşin Düzenlenmesi", İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Seminer Notları, 2006, s.25-26
- 71 SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2006, s.627

- 72 YENİSEY Kübra Doğan, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s.77
- 73 GÜNAY Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, 3.Baskı, Ankara 2009, C.2, s.1947
- 74 AKYİĞİT Ercan, Telif Çalışması, TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:19, Şubat 2005, S.3, s.6
- 75 AKYİĞİT, Telif Çalışması, s.6
- 76 AKYİĞİT, Telif Çalışması, s.6
- 77 AKYİĞİT, Normali Aşan Çalışma, s.22
- 78 ÇİL, Şahin, İş Kanunu Şerhi, 3.Cilt, 2.Baskı, Ankara 2007, s.2502
- 79 AKYİĞİT Ercan, Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar, TÜHİS, C.19, S.4, Mayıs 2005, s.9
- 80 AKYİĞİT, Normali Aşan Çalışma, s.22
- 81 SÜZEK, 3. Bası, s.629
- 82 SÜMER, s.134-135
- 83 ASTARLI Muhittin, Üst Düzey Yöneticilerinin Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma Ücreti Talepleri (Yargıtay Kararlarına Genel Bir Bakış), Prof.Dr.Tankut Centel’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Dünyası ve Hukuk, İstanbul 2011, s.55
- 84 Yargıtay 9. HD. 1.12.2011, 33364-46748
- 85 Yargıtay 22. HD. 04.10.2012, 20135-20996; Yargıtay 9.HD. 1.12.2011, 2009/33364-2011/46748
- 86 Yargıtay 22. HD. 04.10.2012, 20135-20996
- 87 Yargıtay 22. HD. 04.10.2012,20138-20999
- 88 Yargıtay 9. HD. 5.12.2011, 2009/28354-2011/47135; Yargıtay 22. HD. 04.10.2012,20138-20999
- 89 Yargıtay HGK. 04.02.2009, 2-48
- 90 Yargıtay 9. HD. 25.12.2003, 10725-22665 sayılı kararı: “Bir işçinin her gün fazla mesai yaptığının, tüm genel ve hafta tatillerde çalıştığı kabulü hayatın olağan akışına uygun düşmez. Gerçekten hastalık, mazeret, izin ve benzeri ihtiyaçlar nedeniyle bir insanın zaman zaman fazla mesai yapmaması, genel ve hafta tatillerinde çalışmaması ihtimali her zaman mevcuttur. Bu itibarla söz konusu alacaklardan bir indirim yapılmadan sonuca gidilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”.
- 91 Yargıtay 9. HD. 5.12.2011, 2009/28466-2011/47142
- 92 Yargıtay 9. HD. 1.12.2011, 2009/33364-2011/46748
- 93 Yargıtay 9. HD. 23.6.2009, 2007/ 40862-2009/17766
- 94 Yargıtay 9. HD. 17.03.2008, 2007/27667-2008/5298 sayılı kararı “...Dosya içeriğine göre dava konusu işyerinde haftanın 5 günü çalışma yapıldığı Cumartesi günü akdi tatil, Pazar gününün ise hafta tatili olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, piyasadaki döviz kurlarının ani dalgalanması ve buna bağlı olarak fiyat oluşmaması, sipariş alınmaması nedeniyle 2006 Haziran sonu ve Temmuz ayının ilk günlerinde işin tatil edilmesi zorunluluğunu doğurduğunu, bu nedenle müteakip aylarda Cumartesi günlerinde çalışma yapılacağını işçilere önceden duyurmuştur. Tanık anlatımlarına göre davacının birkaç Cumartesi günü 08.00-19.00 saatleri arasında çalıştıktan sonra 26.8.2006 Cumartesi gününde çalışmak istememiş ve iş sözleşmesi bu nedenle feshedilmiştir. Ancak Cumartesi günü dava konusu işyeri bakımından tatil günü olduğu gibi, telif çalışması olduğu belirtilen çalışmanın da günde 3 saatten fazla yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının çalışmak istememesi yukarıda belirtilen hükümlere uygun düşmektedir. Mevcut olgulara göre feshin haklı veya geçerli nedene dayandığını kabul etmek mümkün görülmediğinden mahkemece davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalı olmuştur.”
- 95 Yargıtay 9. HD. 12.12.2011, 2009/31097-2011/47807; Aynı Dairenin 12.12.2011, 2009/31103-47813 sayılı kararı: “... Somut olayda davacı aynı zamanda üyesi de olduğu vakfa Yönetim Kurulu Kararıyla müdür olarak atanmıştır. Vakıf adına avukat tutmaya yetkili olacak kadar üst yönetici olan davacıya mesaisi ile ilgili olarak talimat veren bir üst yönetici olduğu iddia edilmemiştir. Bu nedenle davacının mesaisini kendisinin belirlediği anlaşıldığından fazla mesai çalışma alacağına hak kazanması mümkün değildir...” (UYAP); Yine aynı Daire, merkezi İstanbul’da bulunan şirketin Bursa’daki mağazasında mağaza müdürü olarak en yetkili konumda olduğu gerekçesi ile fazla çalışma ücreti isteğinin reddine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir (13.12.2011, 2009/22751-2011/47952)
- 96 Yargıtay HGK. 24.12.2008, 9/774-785
- 97 Yargıtay 9. HD. 1.12.2011, 2009/33364-46748
- 98 Yargıtay 9. HD. 12.11.2009, 15176- 31514
- 99 Yargıtay 9. HD. 07.10.2008, 22720-25706
- 100 Yargıtay 9. HD. 21.01.2010, 2008/14623-2010/556
- 101 Yargıtay 9. HD. 5.12.2011, 2009/28460-2011/47141
- 102 Yargıtay HGK, 05.04.2006, 2006/9-107, 2006/144
- 103 Yargıtay 9. HD. 17.11.2008, 2007/ 35281-2008/30985
- 104 Yargıtay 9. HD. 12.07.2007, 5847- 23538
- 105 Yargıtay 9. HD. 8.5.2006, 10028-13006 (Çalışma ve Toplum, 10, 2006/3, s.158-159)
- 106 Yargıtay 9. HD. 14.12.2011, 2009/31090-2011/48218; Aynı Dairenin 05.03.2008, 2007/9956-2008/3687 sayılı kararı
- 107 Yargıtay 9. HD. 16.06.2008, 20332-15699
- 108 Yargıtay 9. HD. 16.2.2006, 20318- 3820
- 109 Yargıtay 9. HD. 13.12.2011, 2009/22751-47952
- 110 Yargıtay 9. HD. 07.04.2008, 2007/14457-2008/7575

## Ahmet TAŞKIN

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi

# Mobbingin Benzer Kavramlardan Farkı

## GİRİŞ

Dünyada örgütsel psikoloji alanında çalışanların artan bir ilgiyle araştırdıkları mobbing kavramı, Türkiye’de gittikçe daha fazla kullanılan, yargı kararlarına yansıyan ve üzerinde düşünülen bir olgu olmaya başlamıştır. Kavram olarak bilinmemekle birlikte, iş hayatında yer alan hemen herkesin doğrudan ve/veya dolaylı olarak karşılaştığı bir açılıma sahiptir.<sup>1</sup> Günümüz dünyasında mobbing, çalışma ortamlarındaki işçiler için bir gerçeklik haline gelmiştir.<sup>2</sup>

İş yaşamımızda her zaman var olmuş, ancak yakın zamana kadar adlandırılmamış bir olgu olan mobbing kavramı, etimolojik olarak başlangıçta bazı hayvanların, daha sonra genel anlamda insanların ve nihayet işyerinde, örgütlerde ve kurumlarda çalışanların psikolojik yıldırma, baskı kurma, bıktırma, dışlama ve tecavüzkâr şeklindeki davranışları olarak ele alınmıştır. Mobbing, gelişmiş, gelişmekte olan veya az gelişmiş tüm ülkelerde

farklı sıklıklarda görülmektedir.

Mobbing kavramının, yuvalarını korumak için saldırganın etrafında uçan kuşların davranışlarını betimlemek amacıyla 19. yüzyılda İngiliz biyologlar tarafından kullanıldığı bilinmektedir.<sup>3</sup> Daha sonra 1960’larda, hayvan davranışlarını inceleyen bilim adamı (etholog) Konrad Lorenz, mobbing kavramını, kuşlar gibi küçük hayvan gruplarının tilki gibi daha güçlü ve yalnız bir hayvana toplu şekilde hücum ederek uzaklaştırması ya da aynı kuluçkadan çıkan kuşlar arasında yaşanan ve diğer kuşların, aralarındaki en zayıf kuşu yiyecek ve sudan uzak tutarak dışlaması, iyice güçsüz bir hale getirmesi ve en sonunda da fiziksel saldırılarla öldürerek grubun dışına atması durumunu ifade etmek amacıyla kullanmıştır.<sup>4</sup>

Mobbing kavramını, ilk kez insanlar arasındaki bir etkileşim tarzını betimlemek amacıyla kullanan kişi İsveçli bilim adamı Peter-Paul Heinemann’dır. Heinemann, çocuklardan oluşan küçük grupların, tek ve güçsüz bir

çocuğa karşı giriştiği kabadayılık ve zorbalık içeren zarar verici saldırgan davranışları mobbing kavramı ile tanımlamıştır.<sup>5</sup>

Doktor Carroll Brodsky, işyerinde mobbing davranışını tanımlayan ilk kitabını (The Harassed Worker) 1976'da yazmıştır. Brodsky kitabının başlığındaki "taciz" kelimesini; başkasını yıpratmak, ona eziyet etmek, onu engellemek veya ondan tepki almak amacıyla tekrar tekrar ve sürekli olarak yapılan girişimleri yapmak, sürekli diğer kişiyi kıskırtmak, ona baskı yapmak, onu korkutmak, yıldırma, ya da rahatını kaçıran davranışlarda bulunmak anlamında kullanmıştır.<sup>6</sup>

İş yaşamında mobbing kavramının ilk kez, 1980'li yılların başında İsveç'te yaşayan Alman asıllı İsveçli endüstri psikoloğu Heinz Leymann tarafından kullanıldığı ve bu tarihten sonra özellikle Avrupa'da kullanımının git-tikçe yaygınlaştığı bilinmektedir. Leymann'ın çalışanlar arasında benzer tipte uzun dönemli düşmanca ve saldırgan davranışların varlığına dair yaptığı saptamalar sonucunda, bu kavramı kullandığı görülmektedir.<sup>7</sup> Leymann, işyerlerinde görülen saldırgan davranışlar ve tacizlerle ilgili araştırmaları sırasında ana konusunu tanımlarken, o dönemde işyerlerindeki sergilenen tacizkar ve kötü davranışlarla ilgili olarak İngiltere ve Avustralya'da kullanılmakta olan "bullying" sözcüğünün yerine "mobbing" sözcüğünü kullanmayı tercih etmiştir.<sup>8</sup> Çalışma yaşamında uygulanan söz konusu davranışlar, Leymann'dan önce hiç kimse tarafından fark edilip tanımlanmamıştır. Bu nedenle Leymann'ın görüşleri ve araştırmaları, bütün dünyada işyerlerindeki mobbing davranışlarına ilişkin araştırmalara temel oluşturmaktadır. Leymann, işyerinde mobbing davranışının varlığını belirtmekle kalmamış, davranışın özel niteliklerini, ortaya çıkış şeklini, uygulanan şiddetten en fazla etkilenen kişiler ve doğabilecek psikolojik sonuçları da vurgulamıştır. Çalışma yaşamında mobbinge dikkat ve ilginin, İskandinav ülkelerinden sonra Almanya başta olmak üzere zamanla diğer Avrupa ülkelerinde yayılmasını sağlamıştır.<sup>9</sup>

İş yaşamında mobbing kavramı, iş yaşamı

ile bağlantılı psiko-sosyal bir şiddet unsurunu ifade etmektedir. Geçtiğimiz on yıldan bu güne mobbing, modern toplumlarda çalışanların fiziksel ve psikolojik durumları üzerinde ciddi etkiler bırakan bir problem olarak ele alınmaktadır.<sup>10</sup>

İşyerinde psikolojik şiddet anlamına gelen "mobbing" kavramı, çalışma psikolojisi alanında yapılan araştırmalarda, çalışanların birbirlerini rahatsız ve huzursuz edici davranışlarla taciz etmeleri, birbirlerine kötü davranışları; kısaca, kişilerarası psikolojik şiddet uygulamaları anlamında kullanılmaktadır.<sup>11</sup> İşyerinde psikolojik şiddet, örgüt içinde gerilimin ve çatışmalı bir iklimin oluşmasına neden olan tüm psikolojik faktörlerin birleşimi sonucunda ortaya çıkan, örgüt sağlığını bozan, çalışanların iş doyumunu ve çalışma barışını olumsuz yönde etkileyen temel bir örgütsel sorundur.<sup>12</sup> Bu durum uzun bir süre devam ettiği takdirde bireyin, örgüt ve çalışma yaşamının dışına itilmesi kaçınılmazdır. Mobbing, kişinin saygısız ve zararlı bir davranışın hedefi olmasıyla başlayan bir süreçtir. Önceleri bir kişinin veya bazı kişilerin, bir kişiye veya birkaç kişiye düşmanlığı biçiminde gelişen örgütsel psikolojik şiddet sonucunda mağdur, önce kendisine ve daha sonra çevresine karşı yabancılaşmaya başlar. Süreç, işe karşı kayıtsızlık, bıkkınlık, yılgınlık, performans düşüklüğü ile başlar ve istifayla sonuçlanır.<sup>13</sup>

Bu yüzyılın başlarında sosyal psikolojinin bir yan dalı olan kitle psikolojisi ile ilgili araştırmalarda bugünkü anlamıyla kullanılmaya başlanmış olan mobbing, en üstte yapılmış ve organize olmuş bir grubun bulunduğu toplumsal hiyerarşinin en alt aşaması olarak ele alınmıştır.<sup>14</sup>

Son yıllarda yönetim ve çalışma psikolojisi alanında araştırma yapan bilim adamları, işyeri bağlantılı stres ve psikolojik sorunlardan kaynaklanan yeni bir işyerinden uzaklaşma olgusu belirlemişlerdir. Başlangıçta, işyerinde var olan ve işletme içi rekabetten kaynaklanan psikolojik baskılarla ortaya çıktığı düşünülen, ancak varlığı, boyutu ve önemi daha önce fark edilmeyen ve özellikle istifa ederek



işyerlerinden ayrılan çalışanlar arasında sık görülen bu olguya, “mobbing” adı verilmiştir.<sup>15</sup>

Mobbing, kamu ve özel sektör işyerleri açısından ortak bir sorun olup bu yönüyle tüm çalışanları yakından ilgilendirmektedir. Mobbing sadece işyerlerinde değil, kamu kurumlarında, okullarda, eğitim yerlerinde, kurslarda, sağlık merkezlerinde ve kısaca insanların belli amaçlarla bir arada faaliyette buldukları hemen hemen her yerde söz konusudur. Bu araştırmanın konusu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı işyeri ve işletmelerde görülen mobbing olaylarını, bunların nedenlerini, türlerini, sonuç ve yansımalarını, mobbingi önleyecek tedbirler ile hukuki düzenlemelerin neler olduğunu yargı kararları ışığında ele almak, incelemek ve çözüm önerilerini ortaya koymaktır.

## I. MOBİNG KAVRAMI

### A. Tanım

Etimolojik olarak, İngilizce “mob” ve Latince “kararsız kalabalık” anlamına gelen “mobile vulgus” sözcüğüne dayanan mobbingin<sup>16</sup> Türkçe anlamı, psikolojik taciz, psikolojik yıldırma, rahatsız etme, sıkıntı verme ve psikolojik baskıdır. Türk öğretisinde, kavramı ifade etmek için psikolojik taciz, psikolojik sindirme ve psikolojik yıldırma deyimleri kullanılmaktadır.<sup>17</sup>

İngilizcede “mob” sözcüğü fiil olarak; bir yerde toplanmak, saldırmak, güruh halinde saldırmak, rahatsız etmek, çevresini sarmak, sarmalamak, kuşatmak, topluca saldırmak, merakla etrafını sarmak gibi anlamlara gelirken, isim olarak ise kalabalık, halk yığını, çete, güruh, silgi, paspas, ayak takımı, izdiham, gangster çetesi, gibi anlamlarda kullanılmaktadır.<sup>18</sup> Bazen mob sözcüğü ile ifade edilmek istenen kalabalığın ortak bir amacı da olabilir, aynı duyguları da paylaşıyor olabilirler, siyasi toplantılar, futbol maçlarını izleyen seyirciler, yağmacılık için bir araya gelmiş gruplar vb. gibi.<sup>19</sup>

Heinz Leynmann, 1973'de ilk kez tanımlamış olduğu mobbing olgusunu<sup>20</sup> “bir veya

birkaç kişi tarafından diğer bir kişiye yönelik olarak, sistematik bir biçimde düşmanca ve ahlak dışı bir iletişim yönelmesi şeklinde, psikolojik bir terör” olarak nitelendirmiştir.<sup>21</sup> Mobbing kavramı, örgütte çalışanlar arasında birbirlerine karşı uygulanan benzer tipte, sistematik ve uzun dönemli düşmanca ve saldırganca davranışlar olarak tanımlanabilir. Bu açıdan mobbing, işyerinde diğer çalışanlar veya işverenler tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan bir çeşit psikolojik terördür.<sup>22</sup> Söz konusu kavram, çalışanlara üstleri, astları veya eşit düzeydeki çalışanlar tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, değersizleştirme, tehdit, şiddet, aşağılama, küçümseme ve baskı gibi davranışları ifade eden anlamlar içermektedir.

Tim FIELD, mobbing kavramını, mobbing mağdurlarının kendilerine olan güvenine ve öz-saygısına sürekli ve acımasız bir saldırı olarak tanımlamaktadır. Bu anlamıyla mobbing, “mağdurun benliğini öldürme çabası” olarak görülebilir. Bu davranışın altında yatan temel neden; üstünlük kurmak, buyruğu altına almak ve yok etmek arzusudur. Field'in mobbing tanımında, mobbing yapanların davranışlarının sonuçlarını inkâr etmesi de bulunmaktadır.<sup>23</sup>

Sözlük anlamına göre mobbing, düzensiz veya isyan eden insan topluluğu, kanunsuz şiddet uygulayan çete ya da kalabalık, aşağılayıcı veya küçültücü büyük insan ya da eşya topluluğu<sup>24</sup>; hayranlık, ilgi ya da öfke ifade etmek için bir kalabalığın birinin etrafında bir araya gelmesi ya da kuş gibi küçük hayvanların kendilerinden daha büyük hayvanları korkutarak kaçmaya zorlaması<sup>25</sup> gibi anlamlara gelmektedir. Mobbingin yerli ve yabancı literatürde yapılmış onlarca tanımı bulunmaktadır. Bunlardan bazıları şunlardır:

Mobbing, örgüt içinde gerilime ve çatışmalı bir iklime yol açan tüm psikolojik faktörlerin birleşimi sonucunda ortaya çıkan, örgüt sağlığını bozan, çalışanların iş doyumunu ve çalışma barışını olumsuz yönde etkileyen temel bir örgütsel sorundur ve bir işyerinde çalışanların, bir başka kişiyi ya da kişileri ra-

hatsız edici, ahlak dışı ve sistematik söz ve davranışlarla taciz ettikleri veya psikolojik şiddet uyguladıkları bir süreçtir.<sup>26</sup>

Mobbing, bir kişinin ya da bir grubun hedef seçilmiş kişiye karşı uyguladıkları ısrarlı, sistematik, aşağılayıcı, hakir görücü, yıldırıcı, haksız söz ve davranışlarıdır. Gücün bu şekilde kötüye kullanılması sonucunda, hedef seçilen kişi kendini altüst olmuş, tehdit altında, dışlanmış, aşağılanmış ve yaralanmış hisseder, öz güveni sarsılır, sahip olduğu yeteneklerinden şüphe etmeye başlar ve büyük bir stres altında kalır.<sup>27</sup>

Mobbing; saldırgan, mütecaviz ya da hakaret edici davranışla, gücü kötüye kullanarak kurbanın kendisini tehdit altında, aşağılanmasına neden olmaktır. Mobbing, kurbanın özgüveni zayıflatılır ve onun kronik bir endişe ve yoğun stres altında kalması amaçlanır.<sup>28</sup> Başka bir tanıma göre; mobbing; bir kişinin, diğer insanları kendi rızaları ile veya rızaları dışında başka bir kişiye karşı etrafında toplaması ve sürekli kötü niyetli hareketlerde bulunma, ima, alay ve karşısındakinin toplumsal itibarını düşürme gibi yollarla, saldırgan bir ortam yaratarak onu işten çıkmaya zorlamasıdır.<sup>29</sup>

Uluslararası Çalışma Örgütü'ne (ILO) göre mobbing; "bir veya bir grup işçiyi sabote etmek için yapılan, zalimce, kötü niyetli, intikamcı, aşağılayıcı ve eleştirici tavırlarla kendini gösteren davranış biçimi" şeklinde tanımlanmaktadır. Çalışanlardan birine karşı bir araya gelmekte ve kişiye karşı psikolojik yıldırma uygulanarak, kişi tacize maruz bırakılmaktadır. Mobbing, bireyi sosyal açıdan izole eden sürekli negatif görüşler ya da eleştiriler, ofis dedikoduları ya da yanlış bilgilerin yayılımı, sorumluluğun ve görevlerin kaldırılması gibi eylemleri kapsamaktadır.<sup>30</sup> ILO'ya göre işyerindeki şiddet sadece fiziksel değil psikolojik olarak da yapılmakta, bullying ve mobbing psikolojik şiddetin bir türü olarak ortaya çıkmaktadır.

İşyerinde mobbing, belirli kişi ya da kişilerin zarar verici söz, tutum ve davranışlarına maruz kalınmasıyla başlayan yıldırma, yıpratma, sindirme, bıktırma ve belli şekilde davranmaya mecbur bırakma sürecini içermektedir. Bu sürecin başından sonuna kadar hedef alınan kişi veya

kişilere sistemli bir şekilde psikolojik, duygusal ve sosyal saldırı gerçekleştirilmektedir. Hedef alınan kişinin şerefine, kişiliğine, karakterine, inancına, değerlerine, yeteneklerine, tecrübelerine, birikimlerine, düşüncelerine, tercihlerine, etnik kökenine, yaşam biçimine, kültür vb. yönlerine topluca bir saldırı söz konusudur. Bu saldırı, dedikodu ve söylenti çıkarma, iftira atma, toplum önünde küçük düşürme, hafife alma, karalama, kötüleme ve yok sayma gibi kişiyi zihinsel, ruhsal, fiziksel ve bedensel olarak etkileyebilecek eylemlerle yapılmaktadır.

Mobbing kavramının etimolojik köküne ve tarihsel gelişimine bakıldığında; aynı ortamda bulunan veya aynı organizasyona bağlı olan bir veya birden fazla kimsenin bir kişiye belli bir amaçla, sistematik bir şekilde, yılgınlık, korku, tedirginlik, endişe, bunalım, bıkkınlık, sıkıntı veya kaygı oluşturacak söz, tutum veya davranışlarla psikolojik ve duygusal baskı kurarak onu belli şekilde davranmaya ya da davranmama, ortak alandan uzaklaştırmaya, güçsüzleştirmeye, değersizleştirmeye veya pasifize etmeye yönelik çabalarına mobbing denilir.

## B. Mobbing Yerine Kullanılan Kavramlar

Gerek yerli ve gerekse yabancı literatürde mobbing kavramı üzerinde fikir birliği yoktur. Örneğin, Björkqvist ve arkadaşları tarafından "işyerinde taciz", Baron ve Neuman tarafından "işyeri terörü veya şiddeti", Ashforth tarafından "zorbalık" ve Anderson ve Pearson tarafından ise "şiddet" olarak tanımlanmaktadır.<sup>31</sup> Türk yazarlar arasında mobbing yerine "İşyerinde Duygusal Taciz", "İşyerinde Yıldırma", "İşyerinde Ruhsal Taciz", "İşyerinde Psikolojik Şiddet", "İşyerinde Duygusal Saldırı", "İşyerinde Zorbalık" ve "İşyerinde Psikolojik Taciz" gibi ifadeler kullanılmaktadır.

Mobbing üzerine araştırma yapanlar, Türkçe'de mobbing olgusunu ifade ederken "bullying", "saldırganlık", "psikolojik terör", "duygusal taciz", "mesleki şiddet", "zorbalık" gibi kavramları da kullanmaktadır.<sup>32</sup> Oysa söz konusu kavramlar kısmen benzer özellikler gösterse de tam olarak mobbing kavramını karşılamamaktadır.<sup>33</sup> Mobbing yerine bir ke-

lime kullanılırken bakılması gereken temel husus söz konusu kavramın anlatmak istediği konudur. Dolayısıyla terim seçerken kelimelerin anlamından çok konu ve davranışlar göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda failin hareketlerinden çok onun amacı, eyleminin şiddetinden çok onun süreci, mağdurun tepkisinden çok maruz olduğu etki önem kazanır.

### C. Mobbingin Unsurları

Mobbingden söz edilebilmesi için bir kısım unsurların bir arada bulunması gerekir. Aksi takdirde mobbing yerine bullying, saldırganlık, etkili eylem, cinsel taciz, hakaret vb. kavramlardan söz etmek gerekir. Yukarıdaki tanıma göre mobbingin unsurları şunlardır:

#### 1) Fail ile Mağdur Aynı Ortamda Olmalıdır

Mobbingin oluşabilmesi için fail<sup>34</sup> ile mağdurun aynı organizasyon, örgüt veya işletme bünyesinde bulunması gerekmektedir. Buna göre her iki tarafın bir yerde bulunma yükümlülüğünden bahsedilecektir. Dolayısıyla örgüt, işletme veya organizasyon dışında bulunan bir kimsenin çalışan üzerinde psikolojik baskı kurması mobbing olarak adlandırılmaz.

Aynı ortamdan maksat aynı çalışma sahası, birimi veya bölümü değildir. Taraflar farklı birimlerde veya aynı işletmenin farklı işyerlerinde de bulunsa aynı ortam olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, farklı yerlerde birden fazla işyeri bulunan bir işletmede işveren çalışanlarından birisine karşı mobbing uygulayabilir. Dolayısıyla bir başka organizasyona veya işletmeye bağlı çalışan diğer işletmenin işçisine karşı mobbing uygulayamaz. Böyle bir durumda failin eylemi hakaret, sövme, tehdit, etkili eylem, yaralama, iftira, cinsel taciz, hürriyeti sınırlama, şantaj ve çalışma hürriyetinin ihlali gibi suçları oluşturur. Oysa mobbing Türk Ceza Kanunu kapsamında suç teşkil eden bir fiil değildir.

#### 2) Fail Bir veya Birden Fazla Gerçek Kişidir

Mobbing, bir veya birkaç kişiden belli bir kişiye yöneliktir. Mobbing yapan kimsenin

bir grup veya çoğunluk olması gerekli değildir. Genel olarak işveren, patron, yönetici veya amir gibi hiyerarşik veya dikey olarak üstte bulunun bir kimsenin mobbing için bir başkasının yardımına veya katkısına ihtiyacı yoktur. Bu tür kişiler görev veya pozisyon olarak mağdurdan daha güçlü durumdadır. Eşit pozisyondaki kimsenin diğerine uyguladığı ve yatay mobbing olarak da tanımlanabilecek psikolojik baskıda genel olarak birden fazla kişi söz konudur. Yatay mobbingde eşitler arasındaki üstünlük bu tür bir gruplaşma veya çoğunluk ile elde edilmektedir. Eşit güç ve pozisyondaki bir kimsenin diğerine yönelik söz, tutum ve davranışları İş Kanunu'nun 25. maddesinde geçen sataşma, hakaret, sövme, etkili eylem, iftira, tehdit, güveni kötüye kullanma ve cinsel taciz gibi bireysel olguları oluşturur. Söz konusu hareketleri birden çok tekrar etse bile mobbing olarak adlandırmak doğru değildir. Çünkü mağdurun şikâyeti üzerine işverenin diğer işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı vardır (Bkz. İŞK, m. 25/II-d). Bununla birlikte işverene yakınlığı bilinen veya kıdemli olan ve bu nedenle eşitler arasında üstün pozisyonda bulunan bir kimsenin diğer işçiye karşı mobbing uygulaması mümkündür.

Leymann, mobbingi tanımlarken, “..sistemli bir şekilde düşmanca ve ahlakdışı bir iletişim kullanılarak uygulanan bir psikolojik terör..” ifadesini kullanmış ve eylemin bir veya birkaç kişi tarafından bir kişiye yöneleceğini belirtmiştir. Kanaatimizce en azından iş hukuku anlamında mobbingden söz edebilmek için mobbing yapan kişinin yukarıda belirtilen nitelikleri taşıması gerekir. Aksi halde eşit veya konum itibarıyla güçsüz kişinin kendinden daha güçlü çalışana mobbing yapabileceğini kabul etmek gerekir (Örneğin, işçinin amirine veya işverene karşı mobbing uygulaması beklenemez).

#### 3) Eylemler Sürekli ve Sistematik Olmalıdır

Mobbingi oluşturan söz, tutum ve davranışlarda belli bir süreklilik gerekir. Bu nedenle yapılan tanımların hemen hemen hepsinde

hareketlerin “sistemik” şekilde yapılmasından söz edilmektedir. Bu sürenin ne olacağına dair kesin bir ölçü yoktur. Bununla birlikte birkaç hafta sürmesi gerektiğine dair görüşler bulunmaktadır. Eylemlerin nispeten uzunca bir süre devam etmesinde kesintisizliğin varlığı gerekli değildir. Başka bir deyişle eylemler kesintili şekilde devam edebilir. Bir hafta sürekli olarak mağduru rahatsız eden ve psikolojik olarak baskı kuran fail, bu eylemlerine bir ay ara verdikten sonra devam edebilir.

#### 4) Mobbingi Oluşturan Söz ve Hareketler Belli Amaçla Yapılmalıdır

Yılgınlık, korku, tedirginlik, endişe, bunalım, bıkkınlık, sıkıntı veya kaygı oluşturacak söz, tutum veya davranışlar ile mağdurda belli bir davranış değişikliği, işyerini terki ve kariyerinin engellenmesi amaç edinilmelidir. Failin yapmış olduğu eylemleri veya davranışları mobbing olarak tanımlaması gerekli değildir. Önemli olan eylemlerin adlandırılması değil amacın bilinmesidir. Fail belli amaçlara ulaşmak için belirli şekilde davranıyorsa mobbing vardır. Örneğin, mağdurun canını acıtmak, ondan başka bir nedenle intikam almak istenmişse mobbing yoktur. Fail, belli nedenlerden dolayı mağdurun işyerini terk etmesini veya kariyerinin ve işletme içinde terfisinin engellenmesini, daha kötü pozisyonlarda çalışmasını, işveren nazarında değerini kaybetmesini, mağdurun aşağılanıp horlanmasını istiyor olmalıdır. Mobbing duygusunun altında birçok neden yatabilir. Örneğin fail, mağdura karşı üstünlük kurmak, onu buyruğu altına almak ve yok etmek isteyebilir. Mobbingin nedeni işletme içi rekabete dayalı kıskançlık veya yükselme hırsı ya da ayrımcılık sayılan herhangi bir eylem de olabilir.

Mobbingin oluşması için mağdurun fail için bir tehdit veya risk oluşturmasına gerek yoktur. Diğer bir ifadeyle mağdur, failin kariyeri önünde bir engel olmasa da çeşitli nedenlerden mobbing mağduru olabilir. Bu nedenler ideolojik, siyasi, dinsel, etnik köken, ırk, mezhep, dil vb. olabilir.

Mobbinge konu davranışların veya söz ve tutumların düşmanca veya ahlak dışı olması

gerektiğini söylemek yersizdir. Çünkü mobbing bilinçli bir haksızlıktır ve her haksızlık ahlak dışılıktır. Fail, düşmanca ve kinle hareket etmeden sakın bir şekilde diğer bir kimseye mobbing uygulayabilir. Hatta yaptığından üzüntü de duyabilir. Tüm bu hususlar eylemi mobbing olmaktan çıkarmaz.<sup>35</sup>

## II. MOBBİNGİN BENZER EYLEMLERDEN FARKI

### A. Mobbingin Bullying'den Farkı

Bullying, çalışanların üstleri, meslektaşları ve nadiren de olsa astları tarafından sistemik bir şekilde olumsuz davranışlara maruz kalma durumudur. Bunu diğer olumsuz davranışlardan ayıran en önemli özellikler, bu tür olumsuz davranışların sistemik bir şekilde sürekli ve tekrarlanır olmasıdır. Bu anlamda zorba davranışlar çalışanlar üzerinde psikolojik baskı yaratan, baskı derecesine göre ruhsal ve fiziksel rahatsızlıklara yol açan, çalışanların performansını olumsuz etkileyen ve özgüvenlerini zedeleyen, etik dışı ve kaba olan olumsuz davranışlardır.<sup>36</sup>

UNISON tarafından “Bir veya bir grup işçinin sürekli ve kabul edilemez saldırganca, kötü niyetli, aşağılayıcı, hakaret ve tehdit içeren hakaretlerle veya gücü ve yetkiyi kötüye kullanarak stres altına sokulmaya çalışılması” şeklinde tanımlanan<sup>37</sup> bullying (işyeri zorbalığı= workplace bullying), 1990’lı yıllardan beri artan bir şekilde ilgi görmüş ve farklı şekillerde isimlendirilmiştir.<sup>38</sup> Mobbing, Einarsen tarafından duygusal istismar (emotional abuse), kötü davranma (mistreatment), sinirlendirme, rahatsız etme ve zorbalığın (bullying) bir parçası olarak tanımlanmıştır.<sup>39</sup>

Bullying kavramı, Dan Olweus’un okul çocuklarının birbirlerine uyguladıkları hem fiziksel, hem de psikolojik şiddet üzerine yaptığı incelemelerle popüler olmuştur. Adams, “bullying” terimini “sürekli kusur bulma” ve “bireyi küçük düşürme” anlamında kullanmaktadır. Örgütlerde mobbing veya bullying, zayıf yönetim” ve “duygusal zekâ”dan mahrum yöneticilerin neden olduğu bir örgütsel hastalık bi-



çimidir.<sup>40</sup> Genel olarak bullying, fiziksel şiddet ve tehdit kavramlarını da içeren bir anlamda kullanılmaktadır. Şiddet, kendine, bir başkasına, grup ya da topluluğa yönelik olarak ölüm, yaralama, ruhsal veya zihinsel zedelenme, gelişimsel bozukluğa yol açabilecek ya da neden olacak şekilde fiziksel zorlama, güç kullanımı ya da tehdidinin amaçlı olarak uygulanmasıdır. İşyerinde şiddet ise, çalışanın işiyle ilgili durumlar sırasında bir kişi veya kişiler tarafından istismar edildiği veya saldırıya uğradığı olaylar olarak tanımlanmıştır.<sup>41</sup>

Mobbing ile bullying kelimelerinin sözlük anlamları farklı olmasına ve bu fark bilinmesine rağmen genellikle birbirine karıştırılmakta ve çoğu kez birbirinin yerine kullanılmaktadır.<sup>42</sup> Her iki kavram bazı ortak özellikler taşısa da birbirinden farklıdır. Mobbing, her türlü organizasyonda ya da örgütlenmenin her şeklinde bulunmakta ve hemen hemen herkesi etkileyebilmektedir. Genel olarak da işyeri, üniversite, okul, askeriye, dini kuruluşlar, yargı sistemi ve ıslah kurumları (ıslah evleri) gibi yerlerde bulunmaktadır.<sup>43</sup>

Bullying kavramı, belirgin fiziksel saldırı, gözdağı, baskı ve tehdit unsurları içermekte, gücün sistematik kötüye kullanımı şeklinde ortaya çıkmakta; işyeri, ev, okul, askeriye, adliye, cezaevleri ve ıslahevleri gibi güç ilişkilerinin belirgin ve denetimin yetersiz olabildiği sosyal gruplar arasında yaşanan zorbalıkları ifade etmek için kullanılmaktadır.<sup>44</sup> Mobbing kavramının içeriğinde ise öncelikle psikolojik nitelikte bir saldırı kastedilmektedir.

Genelde mobbing yaşamın her alanında kullanılan caydırma, sindirme, mağdurun benliğini öldürme ve izole etme gibi anlamlara gelirken bullying söz konusu tutum ve davranışların biraz daha kaba şeklini uygulamak anlamına gelmektedir.<sup>45</sup> Avrupa Parlamentosu tarafından hazırlanan “İşyerinde Bullying” adlı çalışmada bullying, bir çalışanın işyerinden dışlanması ve işten ayrılması ile sonuçlanabilecek, çalışana karşı doğrudan saldırgan, tekrarlayıcı suçlamalar ve açıkça yapılan olumsuz davranışlar şeklinde tanımlanmıştır (Lorho ve Hilps, 2001: 5).

ABD’deki araştırmalarda eğitim kurumlarında (okullarda) “bullying”, işyerlerinde ise

“mobbing” sözcüğü kullanılmaktadır. Eğitim kurumlarında “Bullying” fiziksel saldırı ve tehdit anlamına gelmekte ve bu şekilde kullanılıp nitelendirilmektedir. Buna karşılık işyerlerinde görülen “mobbing” eylemlerinde fiziksel şiddet çok nadir görülmektedir. İşyerlerinde “mobbing” daha çok karmaşık davranışlar biçiminde gerçekleşmekte ve mağdur sosyal ortamdan psikolojik ve emosyonel şekilde izole edilmektedir. Bu nedenle Leymann, “mobbing” ve “bullying” terimlerinin kullanım alanlarını ayırmakta, okullarda çocuklar ve gençler arasındaki zarar veren eylemler için “bullying”, işyerlerinde yetişkinler arasındaki düşmanca davranışlar için “mobbing” teriminin kullanılmasını önermektedir.

Bullying de mobbing kadar özellikle okul ve eğitim kurumlarında yaygın şekilde kullanılan bir baskı ve şiddet yöntemidir. 1970’li yılların başlarından beri İskandinav ülkelerinde okul çocukları arasında görülen bullying mağdurları kamu ile hükümet ve araştırmacıların önemli derecede dikkatini çekmişti.<sup>46</sup>

Tanımsal açıdan “mobbing” ve “bullying” arasında çok net sınırlar çizmek pek mümkün görülmemektedir. Buna karşılık, “mobbing”in çoğunlukla bir grup tarafından gerçekleştirilen, “bullying”in ise, tek bir kişi tarafından yapılan tacize atuf yaptığı ifade edilebilir.<sup>47</sup>

## B. Tekil Haksızlıklar ile Mobbing Ayrımı

Mağdur, kendi psikolojik ve kişisel karakteri, irade gücü, duygusal yapısı, aile ve iş dışındaki sosyal çevresi içinde yaşadıkları ve ekonomik durumu gibi nedenlerle, her yapılan davranışı, söylenen sözü veya uygulamayı kendisine yöneltmiş mobbing olarak görebilir veya algılayabilir. Gerçekten de amirleri veya arkadaşları kendisine zaman zaman farklı davranıyor olabilir. Söz konusu kişiler zaman zaman kırıncı ve rencide edici davranışlar sergileyebilir. Bu tür hareketlere maruz kalan kişi kendisinin işten çıkartılacağını, işletme içinde terfi bekliyorsa bundan mahrum bırakılacağını veya kendisine performans primi ödenmeyeceğini düşünebilir. Öncelikle, ister dikey ister yatay yönden gelsin her haksızlık mobbing değildir.



İnsanların algı ve yorumları, karakter ve kişilikleri, işte ve iş dışında yaşadıkları, işyerinde gösterdikleri performans ve başarı aynı değildir. Birincisi, ortada bir haksızlık olmadığı halde mağdur herhangi bir davranış veya durumu haksızlık olarak algılayabilir. İkincisi, gerçekten mağdura yönelik bir rencide edici, üzücü ve kırıcı bir harekette bulunulmuştur ama kişi kendi kusuru ile bunu hak etmiş olabilir. Kusurları ve hataları kabulde herkes zorlanır. İnsanların pek çoğu kendisini yeterli, başarılı, çalışkan, verimli ve haklı görür. Örneğin, terfi bekleyen bir işçi eleştirildiğinde, işinde hata bulunduğu veya kendisine kızıldığında bunun terfisinin engellenmesi için yapıldığını düşünebilir. Bir de beklediği zamanda terfi ettirilmemiş ise daha sondaki her söz ve harekete olumsuz anlamlar yükleyebilir. Bu nedenle tekil eylemlerin mobbingden ayırt edilmesi ve gerçekten haksızlık yapıyor ise bunun mobbing olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bazen de haksızlığa maruz kalmış ya da kaldığını düşünen kişiler amaçlarına ulaşmak, haksız eylem veya tutumlardan kurtulmak ya da tazminat alabilmek için yaşadıklarını mobbing boyutuna taşıyabilmektedir. Örneğin, işini gereği gibi yapmayan ve bu nedenle de farklı tarihlerde birden fazla disiplin cezası alan bir işçi kendisine karşı mobbing yapıldığını düşünebilir. İster işveren veya onun adına hareket eden yöneticiler ve isterse diğer çalışanlardan gelsin, her istenmeyen veya haksızlık olarak değerlendirilebilecek hareketler mobbing değildir.

Mobbingin ayırt edici karakteristik özellikleri şunlardır:

### 1) Mobbingde Haksızlık ve Psikolojik Baskı Süreklidir

Süreklilik, eylemin sistematik oluşunu gösterir ki bu da mobbing için önemli bir ölçüttür. Mağdur çoğu zaman başlangıçta bunun farkına bile varmaz. Belli bir süre sonra düzenli şekilde rencide edildiğini ve haksızlığa maruz kaldığını düşünür ve zamanla bununla mücadele etmeye başlar. Burada en az birkaç hafta belli aralıklarla devam eden söz ve eylemlerin varlığı söz konudur. Tekil eylemler ne kadar kırıcı ve üzücü de olsa bir anlıktır. Bazen kırıcı eylemde

bulunun mağdurdan özür de dileyebilir veya kendisini affettirmek için bunu gösteren davranışlar sergileyebilir.

### 2) Mobbingde Kaynak Aynıdır

Mobbing uygulayan kişi tek olabileceği gibi birden fazla da olabilir. Benzer şekilde söz konusu mobbing yatay olabileceği gibi dikey de olabilir. Bazı durumlarda hem amir hem bazı işçiler mobbingin birer parçası olabilir. Kaynağı ve sayısı ne olursa olsun mobbing faileri genel olarak aynı kişi ve gruptur. Hep belli kişiler tarafından mağdura yönelik sistemli, düzenli ve çoğu zaman haksız eylemler gerçekleştirilir. Mobbingin insan psikolojisi üzerinde etkisinin artıran da haksızlığın belli kişiden geliyor olmasıdır. Kaynağın (failin) aynı oluşu, eylemin sürekli oluşu kadar etkilidir. Bu durumda mağdur, kendisinin bir nedenden dolayı ve bir amaçla hedef alındığını, sonuçta ciddi bir mahrumiyet yaşayacağını düşünmektedir.

### 3) Mobbingde Adaletsizlik Vardır

Failin psikolojik baskı oluşturan eylemi mağdura bir hareketine dayanabileceği gibi bu zorunlu da değildir. Mobbingde haksızlık ve adaletsizlik söz konusudur. Mağdur, bir şeyi yanlış, geç veya kusurlu yapmış ya da yapmamaması gereken bir şeyi yapmış olsa da buna gösterilen tepki olması gerekenden çok daha ağırdır. Mağdur çoğu zaman benzer durumlarda başkalarının görmediği tepkiye maruz kalır. Davranışlar ve tepkiler gereksiz, yersiz, mantıksız ve ölçüsüzdür; dürüstlüğe ve ahlaka aykırıdır; bir hata ve kusur üzerine verilen cezalar ağırdır; çoğu zaman eşitliğe aykırılık ve ayrımcılık söz konusudur. Mağdur, sistematik de olsa maruz kaldığı davranış ve eylemleri hak ettiğini düşündüğü sürece mobbingden bahsedilemez. İnsanı etkileyen ve yıpratıcı en önemli etkenlerden birisi de yapılanın haksızlık oluşudur.<sup>48</sup> Mobbingde eylemin haksızlık olduğunu sadece mağdur değil çoğu zaman fail de bilir.

Davranışların mantıksızlığı insan psikolojisi üzerinde derin bir etki bırakmaktadır. Donna-Louise McGrath, bullyingi, "bir kimse veya bir grup tarafından bir kimseye yönelik tekrarlanan mantıksız davranışlar" (unreasonable be-

haviour) olarak tanımlamıştır.<sup>49</sup>

#### 4) Mobbingde Mağdur Yalnızdır

Mobbingde belli bir fail veya fail grubu olduğu gibi mağdur da bellidir. Mağdur genel olarak yalnızdır ve yalnızlıktan maksat aynı işyerinde, aynı zaman veya dönem içinde sadece bir kişinin mobbinge maruz bırakılması değildir. Aynı anda iki-üç kişi de mobbinge maruz bırakılabilir. Burada önemli olan mağdurun çaresiz, çözümsüz, güçsüz ve azınlıkta kalmasıdır. Bu yalnızlık, mobbing failinin sistematik ve sürekli eylemlerine karşı desteksiz, yardımsız ve kimsesiz bırakılmasıdır; failin haksızlık ve baskıları karşısında tek başına kalmasıdır. Mağdur uğradığı psikolojik baskılar ve haksızlıklar karşısında kendisine yardım edecek birisini bulamaz. Bunun temel nedenlerinden birisi de işletmesel açıdan mobbingi önlemeye yönelik gerekli tedbirlerin alınmamış ve bir sistemin kurulmamış olmasıdır. Mağdur, kendisine yapılan haksızlıkların görülmemesi durumunda kendisinin güçsüz görülüp de bir şey yapılmaması halinde çaresiz hisseder. Çünkü bilindiği ve görüldüğü halde haksızlığa karşı sessiz kalınması ve hiçbir şey yapılmaması o haksızlığın görülmemesinden çok daha fazla acı verir. Çünkü bu durumda mağdur, mobbing uygulayan kimsenin daha güçlü olduğu ve işletmedeki çalışanlarla birlikte yönetimin de bir şey yapamadığı kanaatine varır. İşte yalnızlığın ve çaresizliğin en büyük şekli de budur.

### C. Şiddet Kavramı ve Mobbing

Kelime olarak şiddet, bir hareketin veya gücün derecesini ve sertliğini ifade etmektedir (TDK). Psikolojik ve sosyal açıdan şiddet kavramı sertlik, sert ve katı davranış, kaba kuvvet kullanma; şiddet olayları ise; insanları sindirmek, korkutmak için yaratılan olay ya da girişimler olarak tanımlanabilir.<sup>50</sup>

Fransızca'da şiddet (violence) bir kişiye güç veya baskı uygulayarak istediği bir şey yapmak ya da yaptırmak; İngilizce'de, bir kimseye karşı onu rencide etmek veya yaralamak ya da bir şeye karşı onu bozmak veya onu istismar etmek için kullanılan güç ve bunun derecesi şeklinde tanımlanmaktadır. Burada şiddet uygulama ey-

lemleri, zorlama, saldırı, kaba kuvvet, bedensel ya da psikolojik acı çektirme ya da işkence, vurma ve yaralama olarak yer almaktadır.<sup>51</sup>

Her şeyden önce mobbing bir tür şiddettir. Fakat onu klasik ve genel anlamda şiddetten ayıran psikolojik, ruhsal ve duygusal temelde işlenmesidir. Fiziksel (bedensel) şiddet veya hakaret mobbingin uygulanma biçimi olabilirse de bu husus Türk Ceza Kanunu anlamında suç teşkil ettiği için ihlal ettiği hukuki yarar, şikâyet mekanizması ve kendisine bağlanan cezai ve hukuki yaptırımlar mobbingden farklıdır. Bilindiği üzere mobbing genel veya özel ceza yasaları ile yaptırım altına alınmış bir eylem türü değildir. Dolayısıyla ceza kanunları kapsamında kalan şiddeti mobbing kapsamında geçen psikolojik ve duygusal şiddetten ayırt etmek gerekir.

Mobbingde küçümseme, değersizleştirme, aşağılama, nezaketsizlik, saygısızlık ve haksızlık gibi davranışlar bulunsa da hakaret içeren söz ve davranışlar Türk Ceza Kanunu anlamında suç oluşturur. Genel olarak mobbing yapan kimse açıkça hakaret ve etkili eylem (müessir fiil) suçunu işlemez. Onun eylemleri sürekli ve sistematik bir şekilde psikolojik ve ruhsal açıdan mağduru yıpratmak olsa da suç boyutuna varmaz. Bazen de işyeri içinde işten atılma korkusu ve kaygısı taşıyan mağdur kendisine yönelik suç oluşturan hakaret ve fiziksel saldırıları adli makamlara bildirmez.

Bir toplumda hangi davranışların şiddet olarak kabul edildiği, o toplumun toplumsal yapısına göre, diğer bir ifadeyle kültürel yapısı ve geçerli olan değer yargıları ile yakından ilgilidir. Şiddet; yapısal (sürekli), konjonktürel (geçici), doğrudan veya dolaylı, dar ya da geniş anlamı olabilir.<sup>52</sup> Şiddetin birçok sınıflandırması ve anlamı olsa da mobbing kavramı içinde sözü edilen şiddet, bir kimseye fiziki, manevi, psikolojik veya ruhsal açıdan belli derecede acı verme, zor kullanma veya duruma göre güç uygulamadır.

Mobbing uygulamasında şiddetin varlığı gerekli ve önemli değildir. Hiçbir şiddet içermeyen ancak amacı, süreci ve yöntemleriyle gerekli unsurları barındıran davranışlar mobbing olarak kabul edilebilir. Mobbingde şiddet

olabilir ama bu, zorunlu bir husus değildir. Bu nedenle şiddet ile mobbing, birbirinden farklı kavramlardır.

#### D. Mobbingin İşyeri Kabalığından (Workplace Incivility) Farkı

Uygulamada mobbing ile karıştırılan veya zaman zaman da iç içe girdiği için karıştırılması makul görülen kavramlardan birisi de işyeri kabalığıdır. İşyeri kabalığı (workplace incivility), mobbingden ayrıldığı gibi işyeri zorbalığından da (bullying) farklı bir kavramdır. İşyerinde taciz (mobbing), saldırı (aggression, assault) ve bullying (zorbalık) konularına olabildiğince ilgi gösterilmesine rağmen basit kabalığa, nezaketsizliğe, davranışlarda düşüncesizliğe, saygısızlığa ve bunların etkilerine çok az ilgi gösterilmiştir.<sup>53</sup> Bununla birlikte söz konusu kavram son dönemlerde literatürde çok popüler olmaya başlamış ve araştırmalarda daha fazla dikkat çekmiştir.<sup>54</sup>

Genel olarak kabalık; zarafet ve naziklikten uzak tutum ve davranış, terbiyesizlik, yakışsız söz ve iştir. Zarafet ise; biçim, görünüş, durum, konuşma ve davranışlarda hoş giden, beğenilen ve çekici olan husustur. Kabalık; nezaketin, inceliğin, kibarlığın ve zarafetin yokluğudur ve doğal olarak kişiye bağlı, beğenilmeyen, çirkin görülen, rahatsız edici ve hoş karşılanmayan söz, tutum ve davranışlardır. Yapılması beklenen güzel davranışın yapılmaması gibi yapılması gereken bir davranışın ortaya konulması da kabalık olarak değerlendirilir. İşyerinde kabalık da bu genel anlamından farklı değildir ve işyeri kurallarına uymamadan ayrı bir konudur. Başka bir deyişle işyeri kabalığı işle ilgili değil, belki işin özelliğini de içeren toplumsal davranış kurallarına aykırı davranmadır. Bu açıdan bakıldığında, kurumlarda, organizasyonlarda, işyeri ve işletmelerde, bireylerin karşılıklı olarak asgari saygı ve nezaket kuralları çerçevesinde davranmalarını sağlayan sosyal, kültürel ve kurumsal normlara aykırı davranışlarını işyeri kabalığı olarak tanımlamak mümkündür.

Hemen hemen her kurumda çalışan kişilerin birbirleriyle kurdukları iletişimde ve birbirlerine karşı davranışlarında bir kısım asgari saygı kurallarına uymaları gerekir. Bunlar kişilerin

profesyonel çalışma hayatı çerçevesinde uymaları gereken kurallardır ve birbirlerinden hoşlanıp hoşlanmamalarından bağımsızdır. İşte, çalışanların bu asgari saygı kurallarına aykırı biçimde hareket etmeleri işyeri kabalığı olarak görülür.<sup>55</sup> İnsanların ve doğal olarak bir işyerinde çalışan kimselerin kültür, bilgi, algı, anlayış ve duygusallığı bir değildir. Birisine göre normal olan veya dikkat çekmeyen bir davranış bir başkasına göre çok kaba olabilir ve rahatsız edici bulunabilir. Fakat işyeri kabalığında büyük çoğunlukla birisi tarafından kaba bulunan davranış diğer çalışanlarca da kaba bulunur. Yalnızca bu kabalığın fark edilmiş süresi ve bunun etkisi kişiden kişiye farklılık gösterir.

Çalışma hayatında özellikle aynı işyerini veya ortamı paylaşan kimselerin birbirlerine karşı “Günaydın”, “iyi günler”, “iyi akşamlar”, “kolay gelsin” veya yemekteyse “afiyet olsun” dememe, gerektiği halde teşekkür etmeme, karşısındakinin sözünü kesme, tersleme, küçümseme, azarlama, yüksek sesle konuşma, karpıyı çalmadan girme vb. kaba sayılan bir takım davranışları kabalık olarak değerlendirebiliriz. Bu tür kaba davranışların, işin veya işyerinin gerekleriyle ilgili olmasına gerek yoktur. Söz konusu hareketler nerede ve ne zaman olursa olsun toplum tarafından tasvip edilmez ve çirkin görülürler. Özellikle hizmet sektöründe çalışanların iş koşulları uyarınca müşteri memnuniyeti ve ilişkileri adına çok daha nezaketli ve duyarlı olmaları gerekmektedir.

İşyeri kabalığı mobbing oluşturan eylemler içinde çok daha hafif bir düzeyi oluşturur. Mobbing oluşturan eylemler kabalıkları yönüyle işyeri kabalığına yaklaşırsa da unsurları yönünden gerek işyeri zorbalığından ve gerekse mobbingden ayrılır. Bazı yazarlar işyeri kabalığını bir şiddet, kötü muamele biçimi ve hatta açık bir çatışma olarak görmemekte, ancak söz konusu sapmanın bu olumsuzluklara zemin hazırladığını öne sürmektedirler.<sup>56</sup>

Kurumsal normlardan bir sapma olarak tanımlanan işyeri kabalığı, örgütlerde karşılaşılan şiddet ve kötü muamele biçimlerinden en düşük yoğunlukta olanlardan biridir. Bazı durumlarda ise, daha yüksek yoğunluklu şiddet biçimlerine yol açan bir ilk aşama olabilmektedir.<sup>57</sup>

İşyeri kabalığı ile mobbing birbirine benzerlik gösterse de temel olarak birbirinden çok farklıdır. Mobbing; bir ya da birden fazla kişinin, bir kişiyi hedef alarak, kasıtlı olarak sistematik bir biçimde, ahlaki olmayan ve düşmanca davranışlarda bulunması ve bu davranışlar sonucunda kişinin savunmasız ve çaresiz bir duruma itilmesiyle işyeri kabalığı, pek çok noktada bu kavramdan farklılaşmakta ve daha genel bir davranış biçimi olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>58</sup> Bu kavramın psikolojik tacizden ayrıldığı nokta, daha genel bir davranış biçimi olmasıdır. İşyerinde psikolojik taciz, bir veya birkaç kişiye yönelik olarak gerçekleştirilebilmekte iken, işyerinde kabalık herkese yönelik olabilmektedir.<sup>59</sup> Mobbingde eylemlerin yöneldiği kişi mağdur (victim), kabalıkta ise hedeftir (target). Mobbingde davranışlar sistematik ve ağır, kabalıkta ise genel ve hafiftir. Mobbingde saldırgan davranışta bulunan kimse fail (perpetrator), kabalıkta ise kışkırtıcıdır (instigator). Mobbingde failin amacı mağdur olan kimsenin işinden kovulması, işyerinde pozisyonunu kaybetmesi veya işyerini değiştirmesi iken kabalıkta böyle bir amaç güdülmez. Mobbingde odak noktası mağdur iken kabalıkta kaba hareketlerde bulunan kimsedir.

İşyeri kabalığının da mobbing gibi olumsuz sonuçları bulunmaktadır. İşyeri kabalığı genellikle bir kişinin davranışlarıyla başlar, fakat zamanla kaba ve saygısız davranışlar kurum içinde yaygınlaşmaya başlar, güvensizlik artar, çalışanların iş tatmini azalır, sonunda samimi olmayan, kaba davranışların hâkim olduğu, toleranssız bir kurum kültürü oluşur. İyi olanlar kurumu terk eder ve geriye mutsuz insanlardan oluşan bir yapı kalır. Tüm bunlar, kurum ve çalışanlar açısından yıkıcı etkiler yaratmaktadır.<sup>60</sup>

## E. Mobbing ile Haksız Takip (Stalking) Ayrımı

### 1) Genel Olarak Stalking

Stalking kelimesi İngilizceden gelmekte olup, bir kişinin kasıtlı ve ısrarlı bir şekilde belli bir süre takip ve taciz edilmesi, sinsice izlenmesi ve gözlenmesi anlamına gelmektedir.<sup>61</sup> Bazı yazarlar “stalking” kelimesini “saplantılı

takip” olarak kullanmaktadır.<sup>62</sup> Bu kavram, bir kimsenin sosyal yaşamında tek yönlü iletişim ve asimetrik bir ilişki kurmaya çalışması, bunu yaparken de ilişki ve iletişim kurmaya çalıştığı kişiye psikolojik olarak kasıtlı şekilde zarar vermesi ve ancak bunu saplantılı bir hale getirmesidir. Kısaca stalking, bir insanın diğerine karşı ruhsal ve psikolojik açıdan kasıtlı şekilde zarar verici ve rahatsız edici bir dizi davranışta bulunmasıdır. Bu açıdan bakıldığında stalking, yasal bir terimden ziyade hırsızlık ve gasp gibi bir tanımdır.<sup>63</sup>

Takipçi, kurbanları üzerindeki aşırı takip eylemleri yüzünden mağdurların hayatlarını çekilmez hale getirmekte, evde, işyerinde ve kamuya açık yerlerde gözetleyici ve izleyici davranışları ile mağdurun hayatı üzerinde tahrip edici bir iz bırakmaktadır.<sup>64</sup> Takip, taciz ve fiziksel şiddete kadar varan stalking, yalnızca bir bireyin yaşamını alt üst etmekle kalmakta, aynı zamanda ruhsal ve fiziksel birçok hastalığın oluşmasına da neden olmaktadır.<sup>65</sup> Takip ve taciz eden kişiler (stalker), karşıdaki birey bunu kesinlikle istemediği halde onunla ilişki kurmaya çalışıp ve bu davranışlarını sürdürmektedirler. Stalking birçok davranış biçimlerini tanımlar. Bunlar, kendini uzun süreye yaymış değişik kombinasyonlar şeklinde gösterir. Stalking çoğu durumda her iki taraf için de sorun yaratmaktadır. Mesela, stalking şeklindeki eylemlere maruz kalan kişi sonraki zamanlarda sağlık sorunları yaşayabilir. Bu kişi için en iyi çözüm takip ve tacizin sona ermesidir. Ama bunu ancak takip ve taciz eden kişi sona erdirebilir.<sup>66</sup> Örneğin; sürekli telefon etme, mektup yazma, e-posta gönderme, not bırakma, izleme, takip etme, kontrol etme, eve veya ofiste çalışma odasına girme, çiçek veya benzeri hediyeler gönderme, iş girişinde ya da çıkışında bekleme ve hatta şiddet uygulamaları birer stalking olarak ortaya çıkmaktadır. Mağdur, söz konusu davranışlarda adeta terörize edilmekte, hayatının birçok anı fail tarafından çekilmez hale getirilmektedir. Öyle ki mağdur ilerleyen süreç içinde evinde veya yalnız kaldığı yerlerde bile her an bir telefon alacak veya faili karşısında bulacak gibi tedirgin olmaktadır.

Çok yaygın görüldüğü ve mağdurları derin-



den etkilediği için stalking, Mart 2007'den beri Taciz Yasası (Nachstellungsgesetz) olarak adlandırılan Alman Ceza Kanunu'nun 238. maddesi ile suç kapsamına alınmıştır. Burada stalking mağdurunun gerçekte mağdur ile hiçbir bağlantısı yoktur veya çok az vardır. Fail genellikle psikolojik rahatsızlık içinde olduğu için başkalarıyla gerçek anlamda ilişki kurma yeteneğinden yoksundur. Ancak her halde stalking mağdurlarında da, mobbing mağdurlarına benzer semptomlarla karşılaşmaktadır. Bununla birlikte mobbingden farklı olarak stalking faillerinin önemli bir bölümü kişilik bozukluğu sergilemektedir. Yine mobbingden farklı olarak stalking faili, mağduru kontrol etme ve gücünü mağdur üzerinde gösterme amacı izlemektedir.<sup>67</sup> Mobbingde amaç mağdurun işten veya işyerinden ayrılması ya da pozisyonunu kaybetmesi iken stalkingde durum farklıdır. Burada amaç mağdura yakın olma, onunla zaman geçirme, konuşma veya onun kaçmasından, rahatsızlığından ve tedirginliğinden tuhaf bir şekilde keyif almaktır.

Stalking uygulayan kişi de çoğu zaman kendi davranışlarından ve bunun etkilerinden zarar görmektedir. Çoğu kişide bu gittikçe büyüyen sorunlar yumağına dönüşmektedir. Alınan önlemlerle istenen hedefe ne kadar az ulaşıyorsa, durum her iki taraf için o kadar bezdirici olmaktadır. Bu durum, fail için şu anlama gelmektedir: a) Stalking bakış açısını daraltmaktadır, b) Stalking çok zaman ve enerjiye mal olmaktadır, c) Stalking'in kişide yarattığı içsel boşluk sadece daha fazla stalking'le doldurulmaktadır, d) Stalking yalnızlığı derinleştirmekte ve bireysel acı olarak algılanmaktadır, e) Stalking bir bağımlılık, neredeyse bir zorunluluk olarak yaşanmaktadır, f) Stalking bir suç olarak polis ve yargı müdahalesiyle sonuçlanmaktadır.

Stalking davranışı, mağdurun yaşamının her kesitinde ortaya çıkmakla birlikte özellikle işyerinde çok daha rahatsız edici boyuta varmaktadır. Çünkü işyerinde zorunlu olarak bir arada bulunma söz konusudur ve işyeri genelde kamusal alana göre çok daha dar ve eve göre çok daha korumasızdır. Failin hareketleri kontrol edilmezse tehdit ve şiddet eylemlerine kadar gidiş görülür. Araştırmalar mağdurların

büyük bir çoğunluğunun kadınlar olduğunu göstermektedir.<sup>68</sup> Davis ve Frieze'e göre mağdurların %62'si genç yetişkinlerdir.<sup>69</sup> Yazara göre stalking daha çok evlilik ilişkilerinde nişanlılar veya boşanmış kişiler arasında meydana gelmektedir.<sup>70</sup>

## 2) Stalking Failinin Davranışları

Geniş çaplı olarak yapılan uluslararası araştırmalar sonunda stalking failinin davranış biçimlerinin yedi temelde şekillendiği belirtilmiştir:<sup>71</sup>

### a) Aşırı Samimiyet (Hyperintimacy)

Stalking faili mağdura karşı yakınlık ya da cinsel ilişki kurma isteğini ısrarcı bir biçimde dile getirir. Bunu mektup, telefon, SMS, e-posta ile ya da doğrudan ifade eder. Söz konusu davranışlarında süreklilik gösterir. Örneğin çiçek gönderme, mağdurun arabasına veya masasına not bırakma, iş çıkışında bekleme, yemekhanede yanına ya da karşısına oturma, servis aracına binerken peşinden binme veya inme, vb.

### b) Takip, Yakınlaşma ve Gözleme (Pursuit, Proximit, and Surveillance)

Bu taktikle tacizci mağdura fiziksel olarak yakınlaşmaya, fazla rahatsız etmeksizin onunla konuşmaya çalışır, yaya olarak ya da araba ile takip eder, evini ve işyerini gözler, ekstrem durumlarda da mağdurun yakınlarına ikametini taşır.

### c) Özel Alana Müdahale (Invasion)

Bundan mağdurun özel alanına tecavüz anlaşılır. Bu davranış şekli sosyal ilişkilerin ve yasaların açık bir ihlalidir. Eve veya çalışılan yerde mağdura ait yere (ofise, odaya) girme, mağdurun eşyalarına zarar verme ve posta kutusundan mektuplarını alma, e-postalarını okuma, belgelerini, çekmecelerini veya dolabını karıştırma gibi davranışlar görülür.

### d) Üçüncü Kişi Üzerinden Yaklaşma (Proxy Pursuit/Intrusion)

Stalking faili, üçüncü kişi aracılığıyla amacına ulaşmaya çalışır. Örneğin, hedef kişinin meslektaşına, arkadaşına ya da tanıdığına mağdur hakkında bilgi almak için başvurur. Mağdur istemediği halde fail, bir meslektaşından

mağdurun telefonunu alarak onu arar veya mesaj gönderir.

**e) Gözünü Korkutma ve Taciz  
(Intimidation and Harassment)**

Mağdurun doğrudan baskı altına alınması burada söz konusudur. Tacizci, doğrudan şiddet uygulayacağını, hatta intihar edeceğini söyleyebilir ve mağdurun gözünü korkutma girişimlerinde bulunabilir. Hedef kişinin yakınında olan kişilerin saygınlığını zedeleyecek davranışlarda bulunabilir; onları taciz eder ve böylece dolaylı olarak psikolojik terör uygulamaya çalışabilir.

**f) Cebir ve Baskı (Coercion and Constraint)**

Mağdurun hareket özgürlüğünü kısıtlama, hatta zorla alı koyma, kaçırma vb. fiziksel olmayan cebir davranışları şantaj ya da farklı bir şekilde konuşmaya zorlama.

**g) Saldırganlık (Aggression)**

Burada fiziksel bir cebir söz konusudur, mağdurun dışında onu korumaya çalışan ya da kıskanmasına neden olunan kişi de şiddet görebilir. Hatta evcil hayvanlarına da saldırı olabilir.

## SONUÇ

Son zamanlarda daha çok gündeme gelse de davranış olarak çok daha eski tarihlere dayanan mobbing, kendisine benzeyen bir kısım eylem ve davranışlarla benzerlikler göstermekte ve bu nedenle de söz konusu kavramlarla karıştırılmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi mobbing kavramı, bullying (zorbalık), stalking (saplantılı takip, haksız takip), işyeri kabalığı (workplace incivility), şiddet, cinsel taciz, cinsel saldırı, hakaret, eziyet, çalışma hürriyetinin ihlali, tehdit, yaralama, şantaj, dedikodu, iftira, aşağılama, küçümseme, ayrımcılık, laf atma vb. davranışlardan farklıdır. Söz konusu davranışların bir kısmı Türk Ceza Kanunu (TCK) anlamında suç sayılırken bir kısmı da etik ve ahlak kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Aslında her suçun içinde ahlak kurallarına aykırılık da vardır. Bir eylem veya davranışın TCK anlamında suç teşkil etmesi onun mobbing eylemi ola-

rak kullanılamayacağı anlamına gelmez. Benzer şekilde ahlaka veya etik kurallarına aykırı davranışlar da koşulları varsa mobbing olarak kabul edilir. Mobbingin oluşmasında esas olan, eylem veya davranışın ağırlığı değil, bu tutum ve davranışların belli bir amaç doğrultusunda sürekli ve sistematik olarak ortaya konulmasıdır.

Bullying kavramı, belirgin fiziksel saldırı, gözdağı, aşağılama, küçümseme, baskı ve tehdit unsurları içermekte, gücün sistematik kötüye kullanımı şeklinde ortaya çıkmakta; işyeri, ev, okul, askeriye, adliye, cezaevleri ve işahlevleri gibi güç ilişkilerinin belirgin ve denetimin yetersiz olabildiği sosyal gruplar arasında yaşanan zorbalıkları ifade etmek için kullanılmaktadır. Mobbing kavramının içeriğinde ise öncelikle psikolojik nitelikte bir saldırı kastedilmektedir. Bir hareket türü bullying, stalking veya işyeri kabalığı olarak kullanılabilir gibi mobbing olarak da kullanılabilir. Başka bir deyişle bir kısım hareketleri salt mobbing, bullying veya stalking davranışı diye kategorize etmek mümkün değildir. Mobbingin oluşması için psikolojik baskı oluşturan onlarca eylemin sürekli olarak birbiri ardına ortaya konulması da gerekli değildir. Üç dört davranış bile diğer unsurları barındırmak koşuluyla mobbing olarak değerlendirilebilir. Örneğin, bir işçiyi diğer çalışanlar önünde sürekli aşağılama ve küçümseme suretiyle psikolojik baskı kurulması ve onun işten çıkarılma başta olmak üzere işyerindeki pozisyonunu ve sosyal konumunu ortadan kaldırmaya çalışılması mobbing olarak kabul edilmelidir. Söz konusu davranışlar belli bir süre devam etmiş ise bu tür davranışların dışında bir kısım hareketlerin varlığını aramaya gerek yoktur. Örneğin, hakaret, tehdit, dedikodu, oda veya iş değişikliği, toplantılara alınmama, selam vermeme, fikrini sormama vs. gibi başkaca hareketlerin olması gerekli değildir. Mobbingi benzer davranışlardan ayırmaya yarayan en önemli ölçüt her somut olayda unsurlarının bulunup bulunmadığına bakmaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 Sabahat BAYRAK KÖK, "İş Yaşamında Psiko-şiddet Sarmalı Olarak Yıldırma Olgusu ve Nedenleri", Atatürk Üniversitesi

- İİBF, Erzurum 14. Ulusal Yönetim ve Organizasyon Kongresi, 25-27 Mayıs 2006, s. 434.
- 2 “Mobbing-Perception, Patterns And Responses”, in: Policing in Central and Eastern Europe - Social Control of Unconventional Deviance Conference Proceedings.
- 3 Keneth WESTHUES, The Mobbings at Medaille College, in 2002, Canada: University of Waterloo, October 2002, s. 2. (The Mobbings).
- 4 Pınar TINAZ, Fuat BAYRAM ve Hediye ERGİN, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), s. 3; Hüseyin GÜN, Çalışma Ortamında Psikolojik Taciz: Mobbing/Bullying, 2. baskı, Lazer Yayınları, Ankara, 2010, s. 25; bkz. Aslı Beyhan ACAR ve Gönen DÜNDAR, “İşyerinde Psikolojik Yıldırmaya (Mobbing) Maruz Kalma Sıklığı ile Demografik Özellikler Arasındaki İlişkinin İncelenmesi”, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 2, Yıl: 2008, s. 112; Heinz LEYMAN, “The Content and Development of Mobbing at Work”, European Journal of Work and Organizational Psychology, 5 (2), 1996, s. 165-184 (The Content and Development); Noa DAVENPORT, Ruth Distler SWARTZ ve Gail Pursel ELLIOT, Mobbing İşyerinde Duygusal Taciz, Sistem Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 3.
- 5 TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s. 4; DAVENPORT/SWARTZ/ELLIOT, s. 3.
- 6 DAVENPORT/SWARTZ/ELLIOT s. 4.
- 7 Bkz. BAYRAK KÖK, s. 435; TINAZ/ BAYRAM/ ERGİN, s. 4; Pınar TINAZ, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 14 (İşyerinde Mobbing).
- 8 TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s. 4.
- 9 TINAZ, İşyerinde Mobbing, s. 14.
- 10 Kudielka BRIGITTE, Cortisol Day Profiles in Victims of Mobbing, Journal of Psychosomatic Research, No: 56, 2004, s. 149-150, Aktaran: ACAR/DÜNDAR, s. 112.
- 11 Bkz. TUTAR, s. 11.
- 12 Pınar TINAZ, “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz” Çalışma ve Toplum, Sayı: 10, 2006/3, s. 12. (Psikolojik Taciz).
- 13 BAYRAK KÖK, s. 435.
- 14 Emel TÜZEL, “Araştırma Görevlilerinin Maruz Kaldıkları Yıldırmaya (Mobbing) Davranışlarının Araştırma Görevlilerinin Sahip Oldukları Çeşitli Değişkenlere Göre İncelenmesi (Gazi Eğitim Fakültesi Örneği)”, 1-3 Mayıs 2009 I. Uluslararası Türkiye Eğitim Araştırmaları Kongresi, Çanakkale, www.eab.org.tr/eab/oc/egtconf/pdfkitap/pdf/518.pdf (ET: 29.03.2012).
- 15 TINAZ, Psikolojik Taciz, s. 11.
- 16 Mustafa Ruhan ERDEM ve Benay PARLAK, “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, TBB Dergisi, Sayı: 88, 2010, s. 262; <http://kisiselbasari.com/mobbing-psikolojik-yildirma.html> (ET: 29.03.2012); TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s. 3; Selver YILDIZ ve İlknur KILKIŞ, “Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış”, Çalışma İlişkileri Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2010, s. 72.
- 17 Bkz. BOZBEL/PALAZ, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları, TISK Akademi 2007/1, s. 67.
- 18 Bkz. DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOT, s. 3.
- 19 GÜN, s. 15.
- 20 Peter K. SMITH vd, “Definitions of Bullying: A Comparison of Terms Used, and Age and Gender Differences, in a Fourteen-Country International Comparison”, Child Development, July-August 2002, Volume: 73, Number: 4, s. 1119.
- 21 Bkz. Kenneth WESTHUES, The Remedy and Prevention of Mobbing in Higher Education, Edwin Mellen Press, 2006, New York, s. 32; <http://kisiselbasari.com/mobbing-psikolojik-yildirma.html> (ET: 29.03.2012); TUTAR, s. 11; Bkz. LEYMAN, The Content and Development, s. 165-184.
- 22 TINAZ, Psikolojik Taciz, s. 11.
- 23 TUTAR, s. 11.
- 24 Random House Webster's College Dictionary, New York, 1997, s. 174; [www.thefreedictionary.com/mobbing](http://www.thefreedictionary.com/mobbing) (ET: 2.4.2012).
- 25 [http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/mob\\_2?q=mobbing#mob\\_2\\_3](http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/mob_2?q=mobbing#mob_2_3) (ET: 02.04.2012)
- 26 Semra TETİK, “Mobbing Kavramı: Birey ve Örgütler Açısından Önemi”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 12 (18), 2010, s. 81.
- 27 Mustafa BÜTE, “İşyerinde Psikolojik Yıldırmaya (Mobbing) Olgusu: Erzurum'da İlaç Müessisleri Üzerinde Bir Araştırma”, 17. Ulusal Yönetim ve Organizasyon Kongresi, Eskişehir, 21-23 Mayıs 2009, s. 559; Bkz. G. ARPACIOĞLU, 2003, “Mobbing İşyerinde Zorbalık”.
- 28 Hasan TUTAR, İşyerinde Psikolojik Şiddet, Platin Yayınları, Ankara, 2004, s. 10.
- 29 ELLIOT/DAVENPORT/SWARTZ, s. 15.
- 30 “When Working Becomes Hazardous”, World of Work: The Magazine of The ILO, No: 26, Sept./Oct. 1998, s. 6. (When Working Becomes Hazardous).
- 31 ACAR/DÜNDAR, s. 112.
- 32 Yeliz CAN, A Tipi ve B Tipi Kişilikler Bakımından Mobbing Kişilik İlişkinin İncelenmesi ve Bir Uygulama, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2007, s. 11.
- 33 Aşağıda mobbing yerine kullanılan ve mobbinge benzeyen kavramlar açıklanmıştır.
- 34 Bu çalışmada mobbing uygulayan kişi için “fail”, mobbinge maruz kalan için de “mağdur” terimleri kullanılacaktır.
- 35 Bkz. Farklı görüş için, YAVUZ, s. 9.
- 36 Pınar Çağlar KUŞÇU, “İşyeri Zorbalığı ve Örgüt Kültürü İlişkisi Üzerine Sosyolojik Bir Araştırma”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt:4, Sayı:19, 2001, s. 371.
- 37 Bullying at Work: Guidelines for UNISON Branches, Stewards and Safety Representatives, Revised April 2003, Unison, s. 2-3.
- 38 Noreen TEHRANI, “Bullying: A Source of Chronic Post Traumatic Stress?”, British Journal of Guidance & Counselling, Volume: 32 Issue: 3, August 2004, s. 358.
- 39 Bkz. Stale EINARSEN, The Nature and Causes of Bullying at Work, International Journal of Manpower, 20 (1/2),

- 16/27, 1999.
- 40 TUTAR, s. 12.
- 41 Bkz. Hekimlere-Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet: Neden, Nasıl Önenebilir?, Ankara Tabip Odası Raporu, 2008, s. 5.
- 42 Bkz. Helge HOEL, Dieter Zapf ve Cary L. COOPER, "Workplace Bullying and Stress", Ed: Pamela L. PERREVE, in: Historical and Current Perspectives on Stress and Health, Elsevier, Amsterdam, 2002, s. 298.
- 43 Maureen DUFFY and Len SPERRY, Mobbing: Causes, Consequences, and Solutions, Oxford University Press, New York, 2012, s. 4.
- 44 Bkz. Peter K. SMITH ve Sonia SHARP, "The Problem of School Bullying", Ed: Peter K. Smith ve Sonia Sharp, in: School Bullying: Insight and Perspectives, New York, 1994, s. 2; Bkz. KARATUNA/TINAZ, s. 8.
- 45 Hasan TUTAR, İşyerinde Psikolojik Şiddet, Platin Yayınları, Ankara, 2004, s. 9-10.
- 46 P. HEINEMANN, Mobbing-Grippvald [Mobbinggroup Violence], Stockholm: Nature& Kultur, 1972, s.
- 47 Tekin AKGEYİK, Umut OMAV, Şelale UŞEN, Meltem GÜNGÖR, "İşyerinde Psikolojik Taciz Olgusu: Niteliği, Yaygınlığı ve Mücadele Stratejisi, s. 93.
- 48 Bu duruma ceza infaz sisteminde sıkça rastlanmaktadır. Bazı hükümlüler aldıkları cezayı hak ettiklerini düşünürler ve ömür boyu hapse mahkûm edildikleri halde psikolojik yapıları bozulmaz. Bazı kimseler ise haksız yere tutuklandıklarını düşünürler ve girdikleri bunalım sonucu intihar ederler. Bu gibi olaylarda kişilerin karakterleri, psikolojik ve ruhsal yapıları ve iradelerinin güçlü olup olmaması önemliyse de maruz kaldıkları eylemi haksızlık olarak algılayıp algılamamaları büyük bir faktördür. Hak edilmeyen küçük bir eylem, hak edilen büyük bir eylemden çok daha etkili ve zararlıdır.
- 49 DONNA-LOUISE McGRATH, "The National Hazard of Workplace Bullying: Implications of an Australian Study", Our Work Our Lives 3rd National Conference, Women & Industrial Relations, August 12-13 2010, Darwin Convention Centre, Northern Territory, s.2.
- 50 Bkz. Artun ÜNSAL, "Genişletilmiş Bir Şiddet Tipolojisi", Cogito, Sayı: 6-7, Kış-Bahar, 1996, s.29.
- 51 Bkz. Faruk KOCACIK, "Şiddet Olgusu Üzerine", Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, 2001, s. 2.
- 52 KOCACIK, s. 2.
- 53 Roberta MARTIN, "Workplace Incivility", Allworth Juniper, Issue.7, Autumn 2003, s. 1.
- 54 Jeannie TRUDEL, Workplace Incivility: Relationship With Conflict Management Styles and Impact on Perceived Job Performance, Organizational Commitment and Turnover, College of Education and Human Development Department of Leadership, Foundations and Human Resource Education University of Louisville, KY, August 2009, s. 2.
- 55 MARTIN, s. 1; Bkz. Meltem Güngör DELEN, "Çalışma Hayatında İşyeri Kabalığı Olgusu", Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, Sayı: 53, Yıl: 2010, s.45
- 56 JOHNSON, R. Pamela ve Julie INDVIK, "Slings and Arrows of Rudeness: Incivility in the Workplace", Journal of Management Development, Vol: 20, No: 8, 2001, s. 705.
- 57 DELEN, s. 45
- 58 DELEN, s. 46.
- 59 Cengiz ÇUKUR, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", ÇEİS, Mart, 2012, s. 37.
- 60 DELEN, s. 52.
- 61 Bkz. www.ldoceonline.com/dictionary/stalking (ET: 12.09.2012); <http://nedir.dictionarist.com/stalk> (ET: 12.09.2012); <http://tureng.com/search/stalk> (ET: 12.09.2012).
- 62 Beyhan BAĞ, "Bir Şiddet Türü Olarak Saplantılı Takip Etme Hali", ZFWT Vol. 4, No. 1 (2012), s. 165.
- 63 Bkz. Hamish BROWN, Stalking and Other Forms of Harassment an Investigators Guide, Metropolitan Police Service, 2000, s. iii.
- 64 BROWN, s. iii.
- 65 BAĞ, s. 165.
- 66 [http://stop-stalking-berlin.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/flyer\\_neu\\_TUR\\_bl02\\_cf\\_RGB.pdf](http://stop-stalking-berlin.de/fileadmin/user_upload/downloads/flyer_neu_TUR_bl02_cf_RGB.pdf) (ET: 24.09.2012).
- 67 [http://stop-stalking-berlin.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/flyer\\_neu\\_TUR\\_bl02\\_cf\\_RGB.pdf](http://stop-stalking-berlin.de/fileadmin/user_upload/downloads/flyer_neu_TUR_bl02_cf_RGB.pdf) (ET: 24.09.2012).
- 68 BROWN, s. iii.
- 69 Irene Hanson FRIEZE ve Keith DAVIS, "Perspectives on Stalking Research", in: Stalking: Perspectives on Victims and Perpetrators, (Ed. Keith E. Davis, Irene Hanson FRIEZE ve Roland D. Maiuro), Springer Publishing Company, New York, 2002, s. 1.
- 70 Bkz. FRIEZE ve DAVIS, s. 2 vd.
- 71 BAĞ, s. 169.



## Bektaş KAR

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

# İş Hukukunda Yorum

## 1. Giriş

Bir uyuşmazlıkta hukuk kuralı (norm) somut olaya uygulanırken öncelikle yöntem önem kazanmaktadır. Bu yöntem içinde yorumda önemli bir yer tutmaktadır. Uygulamalı hukukta (yargılama faaliyetinde) yöneme gelince;

- Öncelikle maddi olay (vakıa) saptanmalıdır. Maddi olay saptanırken, özellikle davanın veya savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kuralı dikkate alınmalı, maddi vakıalarla bağlı kalınmalıdır. Hâkim, dava veya cevap dilekçesinde bildirilen vakıalarla bağlı olup, tarafların bildirmediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz<sup>1</sup>. Fakat hâkim, müphem (belirsiz) veya çelişik gördüğü iddia ve sebepler (vakıalar) hakkında izahat (açıklama) isteyebilir<sup>2</sup>.
- Olayın hukuki niteliği belirlenmelidir. Olaya uygulanacak kurallardan önce olayın hukuki niteliği belirlenmelidir. Zira ancak hukuki nitelendirmeden sonra olaya uygulanacak hukuk

kuralları saptanabilir. Hukuki nitelendirme hakim tarafından resen yapılır.

- Hukuki niteliği saptanan olaya uygulanacak hukuki kurallar belirlenmelidir. Hukukçunun en önemli görevi hukuki niteliği belirlenmiş olan olaya uygulanacak normları belirlemesidir.
- Uygulanacak hukuk kuralları hakkında gerekli açıklamalar, incelemeler ve bilgiler elde edilmelidir. Bu aşamada maddi olaya uygulanacak normlar yorumlanmalıdır.
- Açıklama, inceleme, bilgi elde edilen ve en önemlisi yorumlanan hukuk kuralları olaya uygulanmalıdır.
- Sonunda bir hüküm kurulmalı ve sonuçlandırılmalıdır.

Yargılama faaliyetinde olaya uygulanacak hukuk kurallarının yorumu önemli olduğundan, yorum kavramı, türleri ve metotları üzerinde durmak gerekecektir.

## A. Yorum Kavramı

Sözlük anlamına bakıldığında yorum;

Bir yazının veya bir sözün, anlaşılması güç

yönlerini açıklayarak aydınlığa kavuşturulması,  
Bir olayın belli bir görüşe göre açıklanması, değerlendirilmesi,

Gizli veya hayalî olan bir şeyden anlam çıkarılması, anlamlarını ifade eder.

Hukukta yorum kavramı hakkında ise farklı görüşler vardır. Bu görüşler;

- Kanunun tümüne egemen olan esaslara göre belirli bir kanun hükmünün ifade ettiği gerçek anlamın ortaya çıkarılması için yapılan faaliyettir<sup>3</sup>.

- Yorum, “bir kanun hükmünün anlamının tespitidir. Yorumun amacı, yorumun ne olduğuyla özdeş olarak, “kanun metnine verilebilecek anlamların içinde kanunun ruhuna uygun olanın” bulunmasıdır<sup>4</sup>.

- Yorum, “yargıcın bir hukuk kuralını özü ve sözüyle uygularken ona anlam vermek üzere yani ne anlama geldiğini belirtmek üzere yaptığı en önemli işlem”dir. “Yorum, bir hukuk kuralının gerçek anlamını ve kapsamını bulmak için yapılan işleme verilen addır”<sup>5</sup>.

- Yorum, hukuk kuralının anlamının ortaya çıkarılmasıdır. Yorumun amacı, hukuk kuralının anlamını ortaya çıkarmaktır. Yorum, hukuk kuralının anlamı ortaya çıkarılmak suretiyle yapılır. Yorum, hukuk kuralının doğru anlamını ortaya çıkarmış ise doğrudur<sup>6</sup>.

Hukukta yorum, bir normun anlamı açık olmadığı hallerde önem kazanır. Bir hukuk kuralı;

Başlangıçta yeter derecede açık ve belirgin yazılmamış,

Kullanılan terimler zaman içinde anlam değişikliğine uğramış,

Uygulandığı zamanda değişiklik olmuş veya

Kullanılan genel ifadeler uygulandığı somut olaya tam olarak uymamış ise yoruma gereksinim duyar.

## B. Yorum Türleri

### 1. Yasama Yorumu:

Kısaca, yasa koyucunun kendisi tarafından yapılan yorumdur. Kuralın yorumuna başvurulurken, yasanın gerekçeleri dikkate alınır. Kuralı koyan makam, kendi iradesinin ne yolda olduğunu belirtmek suretiyle hukuk kuralının

anlamını açıklığa kavuşturmaktadır. Yargı yorumunun geçerliliği bu yorumu yapan mahkemenin önündeki somut olay ile sınırlıdır.

Bu yorum türünde belki de anayasa hükümlerinin öncelikle dikkate alınması gerekir. Anayasanın kişiler arası ilişkilerde uygulanması, yasa kurallarının yorumunda ve kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde anayasa kurallarına birer yorum ölçüsü olarak başvurmak biçiminde ortaya çıkar<sup>7</sup>. Bu nedenle Anayasa ilke ve kurallarının bağlayıcılığı ve üstünlüğü gereği (Mad. 11) tüm hukuk sistemimizde olduğu gibi iş hukuku kuralları da anayasaya uygun yoruma tabi tutulmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında belirtildiği gibi “Yasa kurallarının birer bağlayıcı ve üstün hukuk kuralları olan anayasa hükümleriyle birlikte ve onlarla çelişmeyecek biçimde yorumlanması esastır. Bir yasa kuralı, değişik biçimlerde yorumlanabiliyorsa, bunlardan Anayasa’ya en uygun olanının benimsenip uygulanması gerekir<sup>8</sup>.”

### 2. Yargı Yorumu:

Mahkemeler tarafından yapılan yorumdur. Yargısal yorum, kanunun somut olaylara uygulanması dolayısıyla yapılır. Kanunun somut olaylara uygulanması için yorum kaçınılmazdır.

### 3. Bilimsel Yorum:

Hukuk bilimi adamları tarafından yapılan yorumdur. Bilimsel yorum, yargı yorumundan farklı olarak, belli bir somut olay ile ilgili olmaksızın soyut çözümlerle ilgilidir.

Hukuk kuralları toplumsal yaşamın ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla konulduklarına göre yasanın amacının belirlenmesinde gerektiğinde sosyolojik hukuk anlayışından (biliminden) yararlanması uygun olacaktır. Çünkü bu anlayış, toplumsal yaşamın gerçek ihtiyaçlarına en iyi bir biçimde yanıt verebilmek için hukuku doğuran toplumsal olguları tahlil eder. Hukuk kurallarını hukuk dışındaki bilimlerden elde edilen bilgilerin ışığında değerlendirir ve yorumlar. Sosyolojik hukuk bilimi, hukuku diğer bilimlerden bağımsız, kendi kendine yeterli bir disiplin olarak kabul etmez. Hukuku açıklamak için bilimsel gerçekleri, toplumsal olguyu objektif bir biçimde gözlemlemeye gayret eder<sup>9</sup>.

## C. Yorum Metotları

### 1. Lafzi Yorum:

Bir normun anlamı, kelimelerine, kelimele-  
rin cümle içindeki yerlerine, maddenin sözdizimine, noktalama işaretlerine bakılarak tespit edilir. Kısaca kuralın sözleri ile bağlı kalınır ve dışına çıkılmaz. Lafzi yorum metodunda, normun koyan makamın iradesini tam olarak yansıttığı ve niyetini ifade etmek için tamamen uygun ifadeler kullandığı varsayılır.

### 2. Amaçsal Yorum:

Normun metni ve hazırlandığında alınan görüşler, gerekçeler yanında, normun amacı ve özellikle zamanın ihtiyaçları ve dönemin konjonktürel gelişmelerinin dikkat alındığı yorum yöntemidir. Yasa koyucunun yasanın uygulanacağı koşullar ve ihtiyaçlar karşısında bulunması halinde güdeceği amacın araştırılması ve hükmün ona göre yorumlanmasıdır. Kurallar uygulandığı zamanın gereksinimlerine göre yorumlanmalıdır. Düzenleyen makamın belli bir zamandaki düşüncesini değil, normun amacının (ratio legis) dikkate alınmasını gerektirir. Bu amaç ise, normun uygulandığı zamanın gereklerine göre saptanır<sup>10</sup>.

Amaçsal yorum, çağcıl bir yöntemdir. Yasanın yapıldığı andaki değil, uygulandığı andaki yasa koyucunun nesnel amacını gözetilen bir yorumdur. Ancak, bu yorumun sınırını yasanın anlatım çerçevesi çizer. Anlatım içindeki deyişler ve/ya da kavramlar, bu nesnel amaç içinde geniş ya da dar algılanabilir<sup>11</sup>.

Amaçsal yorum yönteminde de yargıç, hukuk kuralının amacını araştırarak, yorum yapılan zamanın toplumsal ihtiyaçlarını göz önünde tutarak bir menfaatler değerlendirmesi yapacak, yasa kuralının çelişen menfaatler arasındaki tercihini belirleyecektir<sup>12</sup>.

### 3. Menfaatler İçtihadı Yorumu:

Normun sosyal ve ekonomik gelişmeye uygun olarak yorumlanmasıdır.

### 4. Mantıki Yorum:

Normun anlamı, normunda içinde yer aldığı diğer kuralların durumuna, sistematığına,

konumuna bakılarak tespit edilir. Kısaca norm içinde bulunduğu kurallarla bir bütünlük içinde yorumlanır.

### 5. Kavramcı Yorum:

Belirli bir hukuk normu yorumlanırken “normun soyut içeriğinden hareket edilir. Hukuk normunun içeriği ise hukuk biliminin geliştirdiği “kavram”lar ile belirlenmelidir. Bu yorum yönteminde sosyal gerçeklik veya somut gerçeklik dikkate alınmaz.

### 6. Sistematik Yorum:

Tek tek hukuk kurallarının anlamlandırılması yerine, tüm hukuk kurallarının tutarlı bir bütün oluşturacak şekilde yorumlanmasıdır. Yorumlanacak norm, bu normun içinde bulunduğu sistemin üst normları da dikkate alınarak yorumlanır.

### 7. Tarihi Yorum:

Normu düzenleyen makamın, normu koyarken izlediği amaç araştırılır. Normun şimdiki anlamı aranmaz; kuralın düzenlendiği zamandaki muhtemel irade araştırılır.

### 8. Geniş Yorum:

Bir kuralın lafzi anlamının ötesine de uygulanmasıdır. Ancak normun gerçek yargısal anlamını aşmaz. Bu yorum türünde kuralın uygulama alanı genişletilmektedir. Sınırlayıcı hükümlere istisna getiren, yani istisnanın istisnası olan kurallar amacı itibarıyla temel hak ve hürriyetlerin kullanımını kolaylaştırdıkları ve genişletme amacına yönelik oldukları için geniş yorumlanmalıdır<sup>13</sup>.

### 9. Dar Yorum:

Somut olaya uygulanacak kuralın, dar bir anlam verilmesi, uygulama alanının daraltılmasıdır<sup>14</sup>. Kuralın uygulama alanı açısından değerlendirme yapılmakta ve kuralın mümkün olduğunca az sayıda olaya uygulanmasını anlamaktadır<sup>15</sup>.

### 10. Lehe Yorum:

Kuralın uyumsuzlukta zayıfın lehine uygulanmasıdır. Zayıfın koruması ilkesinin gerektirdiği bir yorum metodudur.

## II. İş Hukukuna Egemen Olan Yorum Metotları

İş hukuku; işçi ve işveren ilişkisinde, işverenin sosyal ve ekonomik bakımından güçlü olması, işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri dikkate alınarak, sözleşme hukuku alanında ayrılmış ve farklı kurallar getirerek gelişmiştir. Bu kuralların somut olaya uygulanmasında elbette yukarıda belirtilen yorum türleri ve metotlarına başvurulacaktır. Ancak bu yorum türleri ve metotlarının, iş hukukunun belirtilen niteliklerine uygun olarak uygulanması gerekir.

Çalışma yaşamına ilişkin birçok ilke ve kural Anayasa'da öngörüldüğünden ve çalışanların temel hakları anayasal güvence altına alındığından yasama yorumu, Anayasa'ya uygun yorum ilkesi iş hukukunda da özel bir önem taşır. Yargıç, Anayasa ilkelerini ve Anayasa'nın çalışma yaşamı ile ilgili kurallarını iş mevzuatını yorumlarken her zaman göz önünde tutacaktır<sup>16</sup>. Bir hukuk devletinde ilke, yasa kuralının Anayasa'ya aykırılığı değil uygunluğudur. Çünkü yasa koyucunun bu kuralın Anayasa'ya aykırılık nedeniyle geçersiz olmasını değil, yürürlükte kalmasını istediği varsayılır. Bu nedenle, iş yasaları mümkün olduğu ölçüde Anayasa'ya uygun sonuç doğuracak biçimde yorumlanmalıdır. Buna rağmen yargıç uygulayacağı iş yasası kuralını Anayasa'nın ilke ve kuralları ile bağdaştırmak olanağını bulamazsa, Anayasa'ya aykırılık (somut norm) denetimini harekete geçirmelidir. Aynı şekilde, iş hukukuna ilişkin tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici idari işlemlerle, toplu iş sözleşmeleri ve iş akitleri gibi kişiler arası hukuki işlemlerin de anayasanın ilke ve kuralları ışığında yorumlanması gerekir<sup>17</sup>.

İş hukuku kurallarının yorumunda, uygulanacak yöntemler Yargıtay'ın 1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile genel olarak ortaya konulmuştur. Karara göre "Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai muvazene ve cemiyetin sükununu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz

önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır<sup>18</sup>.

### A. İş Hukukunda Yorum Yöntemleri

#### 1. Lafzi Yorum:

İş uyuşmazlarında uygulanacak normatif kural, açık anlamlı kural ise lafzi ile yorumlanması yerinde olacaktır. Ayrıca açık anlamlı norm her zaman, kapalı anlamlı normdan önce gelir. Kanun özü ve sözüyle uygulanır. Açık anlamlı ve kamu düzenine ilişkin emredici yasa hükmü hakkaniyet ve nesafet kurallarına aykırı da olsa da lafzı dışına çıkılarak yorumlanamaz. Bu durumda, emredici ve kamu düzenine ilişkin kural ya uygulanmalı ya da Anayasa'ya aykırılığı ciddi bulunarak (Anayasa'nın 152. maddesi) itiraz yoluna başvurulmalıdır.

#### 2. Amaçsal Yorum:

Hukuk kuralları toplumsal yaşamın ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla konulduklarına göre yasanın amacının belirlenmesinde gerektiğinde sosyolojik hukuk anlayışından (biliminden) yararlanılması uygun olacaktır<sup>19</sup>.

Amaçsal yorum yapılırken yargıç için önemli olan yasa koyucunun iş yasasını yaptığı zamandaki amacını bilmek, yasa koyucunun o tarihteki iradesini bulup çıkarmak değildir. Çünkü yasa hükmü bir kez meydana gelmekle yasa koyucunun iradesinden bağımsız, kendine özgü bir varlık kazanır. Bu nedenle, normun yorum yapılan zamanın ihtiyaçlarına en uygun olan anlamı yorumcu tarafından tercih edilmelidir. Başka bir ifadeyle, yasa koyucunun yasayı öngörürken güttüğü amacın değil, fakat yasanın uygulanacağı andaki toplumsal ihtiyaçlar karşısında bulunması halinde güdeceği amacın araştırılması ve hükmün ona göre yorumlanması gerekir (objektif teori)<sup>20</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin 27.09.1968 tarihli E:1967/236, K: 1968/28 sayılı kararına göre "Bir metin okunur okunmaz anlaşılmaz, başka anlamlara olanak verecek, duraksamalar doğuracak nitelikte kaypak ve yanlışlık apaçık ise o zaman yoruma gidilir".



Kural olarak bir hükmün amacı şeklinde değerlendirilebilecek olan “özü” ile biçimini oluşturan “sözü” özdeştir ve ayırık olarak bunlar arasında bir bağdaşmazlık varsa, öze itibar edilmesi, yasaların, yorum kurallarının elverdiği ölçüde çalışanların lehine yorumlanması gerekir<sup>21</sup>. Ancak kural kapalı anlam taşıyor ise bu durumda öncelikle amaçsal yorum ve menfaatler içtihadı yorum yöntemine başvurulmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili 21. maddesinin birinci fıkrasında “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda” olduğu açıklandıktan sonra, dördüncü fıkrasında ise “İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarının ayrıca ödeneceği” belirtilmiştir. Dördüncü fıkra lafzi olarak yorumlandığında, geçersizliğine karar verilen fesihle önel verilmiş ise, işe başlatılmayan ve iş sözleşmesi işe başlatılmadığı tarihte feshedilmiş sayılan işçiye ayrıca ihbar öneline ait ücret (ihbar tazminatı) ödenemeyecektir. Oysa önel verilen fesih geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalmıştır. Süreli fesih için kullanılan, önelin de geçersiz, usulsüz olması gerekir. İhbar tazminatı usulsüz feshin yaptırımıdır. İşte kanunda anlaşılmayan, ihbar öneli kurumu ile bağdaşmayan, yanlışlığı apaçık olan, bu kural Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ile amaçsal yorum yöntemi ile yorumlanmış ve geçersizliğine karar verilen fesihle verilen önelin de geçerli olmayacağı, oy çokluğu ile kabul edilmiştir<sup>22</sup>. Ancak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise lafzi yorum yöntemi içinde kalarak, karşı görüş gibi, geçersizliğine karar verilen fesihle verilen öneli geçerli saymıştır<sup>23</sup>.

### 3. İstisnai Hükümlerin Dar Yorumlanması:

Latince “singularia non sunt extenda” olarak ifade edilen ve genellikle “istisnalar geniş yorumlanamaz” şeklinde Türkçeye çevrilen ve Türk hukukunda genellikle “istisnalar dar yo-

rumlanır” şeklinde kullanılan bu kuralın çok eski olduğu ve tarihsel açıdan Roma hukukundan kaynaklandığı görülmektedir<sup>24</sup>. Bu yorum yönteminin en yaygın uygulama alanlarından biri de iş hukukudur.

İstisnai hükümlerin dar yorumlanması, madde hukuka ilişkin bir yöntemdir.

İstisnai, sınırlayıcı hükümler dar yorumlanırken, kural olan hükümlerin geniş yorumlanması esastır.

İş hukukunda istisnai ve sınırlayıcı hükümlerin dar yorumlanması gerektiği yargı kararlarına konu olmuştur<sup>25</sup>. Gerçekten de iş hukukunda birçok istisna getiren, sınırlandıran ve daraltan hükümlere yer verilmiştir. Bunlardan önemli olanları;

#### \* **Kapsamla ilgili hükümler:**

Bunların başında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde istisnalar başlığı altında belirtilen ve İş Kanunu kapsamında bulunmayan işyerleri ve işçileri belirleyen düzenlemedir. İşçinin İş Kanunu hükümlerinden yararlanması için, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 1/1 maddesi ve 2/1 maddesi kapsamında iş sözleşmesi ile kapsamında çalışma yanında, aynı yasanın 4. maddesinde sayılan işler ve iş ilişkilerinde çalışan işçi olmaması gerekir. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olmayan işçileri saymıştır.

Buna göre;

- a) Deniz ve hava taşıma işlerinde,
- b) 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde,
- c) Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri,
- d) Bir ailenin üyeleri ve 3. dereceye kadar (3. derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde,
- e) Ev hizmetlerinde,
- f) İş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere çıraklar hakkında,
- g) Sporcular hakkında,
- h) Rehabilite edilenler hakkında,
- i) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde, İş Kanunu uygulanmaz.

Bu maddenin 1. fıkrasında belirtilen bu işler

istisnai hüküm olduğundan dar yorumlanmalı, tereddüt halinde İş Kanunu kapsamına alınmalıdır.

Fakat maddenin 2. fıkrasında ise bunlarla ilgili istisnalara, kısaca istisnanın istisnasına yer verilmiştir. İstisnai, sınırlayıcı hükümlere istisna getiren hükümler ise tersine geniş yorumlanacağından, 2. fıkradaki bu işler ve iş ilişkilerinde çalışanlar geniş yoruma tabii tutularak İş Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir.

Örneğin esnaf sayılma, İş Kanunu kapsamında istisnalar arasında yer almış ve Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 2. maddesinin tarifine uygun 3 kişinin çalıştığı işyerlerinde çalışan işçinin İş Kanunu kapsamında olmayacağı belirtilmiştir. Esnaf genelde emeğini sermaye olarak koymakta ve kendisi de çalışmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı Kanun'dan farklı olarak 3 kişi tabirini kullanmıştır. Esnaf ve sanatkar işyerinde çalışma istisnai hüküm olduğuna göre dar ve işçi lehine yorumlanmalı ve işveren olan esnafta işyerinde çalışıyor ise 3 kişi sayısına dahil edilmelidir.

Yine Yargıtay konuta ait ihtiyaçların alışverişini yapan, konutta ikamet eden çocukları okula getirip götürülen işçiyi, bu hizmetleri yanında ağırlıklı olarak bahçe ve bakım işi ile güvenlik hizmetini yerine getiren işçiyi, istisnai hükümlerin dar ve işçi lehine yorumlanması gerektiğini ve ev hizmeti kapsamında çalışma olmadığını belirterek, İş Kanunu kapsamında olduğuna hükmetmiştir<sup>26</sup>.

**\* Asıl-alt işveren ilişkisi ile ilgili hükümler:**

4857 sayılı İş Kanunu sistematığına göre, kural olan işverenin asıl ve yardımcı işlerinde, kendi işçiler ile faaliyetini yürütmesidir. Asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işte, alt işveren uygulaması ile işçi çalıştırması ise istisnai bir durumdur. Asıl-alt işveren ilişkisinin kurulması için, kanunun 2/6 maddesine uygun koşulların bulunması gerekir. Bu koşullar;

a) İşyeri bulunan ve bu işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işveren mevcut olmalıdır. Bir kimse işin yapılmasını tümüyle bir başkasına bırakmış ise, örneğin anahtar teslimi koşuluyla bir binanın yapımını bir başka kişiye vermişse, bu ilişki doğmaz.

b) Alt işveren, işçilerini asıl işverene ait işyerinde çalıştırıyor olmalıdır. Bu bakımdan da, bir işverenden iş alan, ancak işi kendi işyerinde gören işveren (fason üretim yapan) ile diğeri arasında yine böyle bir ilişki doğmaz.

c) İşverenin asıl işverenden aldığı iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırması gerekir. İşçiler sadece asıl işverene ait işyerinde değil de, farklı işverenlere ait çeşitli işyerlerinde çalışıyorlarsa, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemez.

d) Alt işveren işçilerini, asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde ya da asıl işin bir bölümünde çalıştırmalıdır. Bu bakımdan, işveren işçilerini asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin olmayan bir işte çalıştırıyorsa, bu tür bir ilişki doğmaz.

Kanunun aynı maddesinin gerek altıncı, gerekse yedinci fıkrasında asıl-alt işveren ilişkisine sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar istisnaya sınırlandırılması olduğu için geniş yorumlanmalıdır. Zaten bunun bazı karneler olduğu, istisnayı sınırlayan bu karnelerin geniş yorumlanması gerektiği, Kanunun gerekçesinden de anlaşılır. Buna göre;

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesindeki düzenleme gereğince, işveren işyerinde yürütülen asıl (temel) işi tümüyle başka bir işverene bırakamaz; ancak, belirli koşulların varlığında asıl işin bir bölümü alt işveren eli ile gördürülebilir.

Yasa, asıl işin bölünerek alt işverenlere verilebilmesi için, verilecek işin "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" olmasını aramaktadır. Bu açıdan, sadece asıl işin bir bölümü olmakla birlikte, işletmenin ve işin gereği gözönünde tutularak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş alt işverene gördürülebilecektir.

Yasada açıkça, "İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." denilmektedir. Maddenin bu cümlesine göre, asıl işin bölünerek alt işverenlere verilebilmesi için, bunun işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir. Buradaki ölçüt bir bütündür; bu da bölünemez.

Ayrıca, asıl işin bir bölümü alt işverene verildiğinde, o işte asıl işverene ait bir işçinin çalıştırılması da mümkün değildir.

Buna karşılık, mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde bu tür bir ilişkinin kurulması için yukarıdaki ölçüt aranmaz. İşveren, aşağıda belirtilen sınırlamalara uymak kaydıyla, yardımcı işleri alt işverenlere bırakabilir; sözgelimi mal üretilen bir işyerinde teknik servis, temizlik, yemek, işçilerin taşınması vb. işlerde bu ilişki kurulabilir.

Ancak 13.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediye Kanunu 67. maddesindeki düzenleme ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesindeki sınırlamalara bakılmaksızın asıl işin (hizmetin) alt işverenlere verileceği kuralına yer vermiştir. Burada dikkate edilmesi gereken nokta, asıl işin hizmet alımı yolu ile ihale edilmesidir. Yapılan ihalede, ihale yapan Belediye tarafından araç temini sağlanır, asıl işte alt taşeron işçileri ile Belediye işçileri birlikte çalışıyorlar, yönetim hakkı Belediye de, kısaca ihale işçi teminine yönelik ise, Belediye ile ihaleyi alan kişi arasında alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir.

Asıl işverenden iş alan alt işveren, asıl işverenin işçilerini işe alıp bu yerde çalıştırmak yoluyla, bu işçilerin haklarında kısıtlama yapamaz.

Daha önce asıl işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz.

Yasada karine olarak sayılan bu sınırlamalar dışında, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen muvazaa hükümleri, asıl-alt işveren ilişkisinde de dikkate alınır. Alt-asıl işveren ilişkisinin yasal unsurları taşıyıp taşımadığı veya muvazaalı olup olmadığı resen gözetilmelidir.

#### **\* Sözleşme türü ile ilgili hükümler:**

İş Kanunu'nun da aslı olan belirsiz süreli ve devamlılık gösteren iş sözleşmesi ile çalışmadır. Belirli süreli iş sözleşmesi, kısmi süreli, çağrı usulü, mevsimlik veya deneme süreli iş sözleşmesi ile çalışma istisnaidir. Bu nedenle belirsiz süreli ve devamlılık arzedan iş sözleşmesi dışındaki, sözleşme türleri ile ilgili hükümlerin dar yorumlanarak uygulanması gerekir.

Örneğin belirli süreli iş sözleşmesi ile ilgili olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. madde-

sinde açıkça ilk düzenlenişinde objektif esaslı neden, ikinci ve daha fazla sayıda yenilenmesinde ise esaslı neden olması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle, bir sözleşmenin belirli süreli olduğu ileri sürüldüğünde, objektif ve esaslı nedenler aranmalı ve hüküm dar yorumlanmalıdır.

#### **\* İş güvencesi kapsamı ile ilgili hükümler:**

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde iş güvencesi ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için;

Genel kural, 4857 sayılı İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi olmak gerekir.

Kanunun 18. maddesinde ise sınırlamalara yer verilmiştir. Madde gereğince;

- a) İşyerinden otuzdan az işçi çalışıyor,
- b) İşçinin işyerinde altı aydan az kıdemi var,
- c) İşçi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor

veya

d) İşçi işveren vekili veya yardımcısı konumunda çalışıyor ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz.

Bu sınırlayıcı hükümler dar yorumlanmalıdır.

Bunun yanında en temel unsur işçinin iş güvencesinden yararlanması için, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi gerekir. Bu genel kural olduğundan, istifa veya ikale (karşılıklı anlaşma ile) iş sözleşmesinin sona erdiği veya iş sözleşmesinin askıya alındığı, şeklinde savunmaların özellikle irade fesadı hükümleri kapsamında incelenmesi, işçinin bu yönde iradesinin olup olmadığının araştırılması önemlidir.

Keza, madde de otuz işçi (İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir) ve altı aylık kıdem (İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir) koşulları konusunda açıklamalara yer verildiğinden ve bu açıklamalar bir anlamda sınırlayıcı hükümlere sınırlama getirdiğinden, bu açıklamalar geniş yorumlanmalıdır.

**\* İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan değişiklik yetkisi ile ilgili hükümler:**

Sözleşme özgürlüğü kapsamında asıl olan, işçinin işyeri veya görevinin değiştirilmemesi, ücretinin düşürülmemesidir. İşverenin yönetim hakkı kapsamında bunu değiştirmesi ise istisnadır. O nedenle özellikle işverenin yönetim hakkı kapsamındaki bu tasarrufu, iş şartlarında esaslı değişiklik niteliğinde değilse, dar yorumlanmalı ve keyfilik denetimine tabi tutularak, işverenin bu yönetim hakkını, dürüstlük kuralına uygun kullanıp kullanmadığı denetlenmelidir. İşveren yönetim hakkı kapsamında kalan değişiklik yetkisi, sözleşme özgürlüğünün sınırları kapsamında incelenmeli, dar yorumlanmalı ve işverenin bu hakkı keyfilik denetimine tabi tutulmalıdır<sup>27</sup>.

Diğer taraftan, İş Kanunu'nun 22. maddesi ile işverenin bu yönetim hakkını sınırlayan bir hüküm getirerek, "İşverenin, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabileceği, bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişikliklerin işçiyi bağlamayacağı" kuralına yer verilmiştir. Bu şekilde işverenin sözleşme özgürlüğü sınırları kapsamında kalan ve dar yorumlanması gereken yönetim hakkı sınırlandırılmış ve iş sözleşmesinin fesih riski işverene yükletilmiştir. Bu hüküm geniş yorumlanmalıdır.

**\* Haklı nedenle fesih hakkını düzenleyen hükümler:**

İş hukukunun işçiyi koruyucu ilkesi gereğince, genel kural, işveren tarafından işçiye önel verilerek veya tazminatları ödenerek iş sözleşmesinin feshedilmesidir. Bu nedenle geçerli veya haklı nedeni veyahut işçinin haklı neden olmaksızın ayrıldığını ispat yükü işverene yükletilmiştir. İşçinin sendikal nedenle fesihten dolayı, fesih nedeninin ispat yükümlülüğünün işverende kabul edilmesi bunun göstergesidir<sup>28</sup>. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde işve-

ren açısından özellikle haklı nedenler sayılmış ve sınırlandırılmıştır. Bu nedenler sınırlandırılan hükümler olduğundan, dar yoruma tabii tutulmalıdır. Ancak işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini iddia etmesi veya işverenin iş sözleşmesini sendikal yada ayrımcılık nedenleri ile feshettiğini ileri sürmesinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesindeki veya sendikal, ayrımcılık gibi nedenler geniş yorumlanmalıdır.

**\* İbraname, feragatname ile ilgili düzenlemeler.**

İş hukukunda ücretlerin, işçilik alacaklarının ödendiğinin, yıllık ücretli kullanıldığını ispat yükü işverene aittir. İşveren ücret ve işçilik alacaklarının ödendiğini, işçinin imzasını içeren bordo, yıllık izinleri kullandığını da izin defteri veya benzeri belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda kanunlarda açık hükümlere yer verilmiştir. İşverenin bu yükümlükleri dışında sunduğu, ibraname ve feragatname gibi belgeler istisnai olduğundan dar yorumlanmalıdır. Nitekim Yargıtay "Yargısal kararlarda da benimsendiği üzere, işçinin işverene verdiği ibranamenin, kural olarak, işçiye yapılmış olan ödemeyle sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. İş hukukunun işçiyi koruyucu amacı göz önünde tutulduğunda, bu konuda dar yorum esasının benimsenmesi ve yine kural olarak bir işçinin işvereni karşılıksız olarak ibra etmesinin ihtimal dışı olması da bu kabul tarzını destekleyici bir nitelik taşır" şeklindeki içtihadı ile bunu benimsemiştir<sup>29</sup>.

**4. İşçi Lehine Yorum İlkesi:**

İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işverene bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.

Güçlü karşısında güçsüzün korunması hukukun genel ilkelerinden olup, iş hukukunun



doğuş nedeni de iş ilişkilerinde güçsüz olan işçinin korunması olmuştur. İşçinin işverene karşı ekonomik, hukuki ve kişisel olarak bağımlı olması nedeniyle, onun işveren karşısında korunması iş hukukunun ana kuralı olarak kabul edilmektedir.

İş Kanunu'nda, işçiyi gerek ekonomik gerek çalışma koşullarından doğan olumsuzluklardan işverene karşı koruyucu hükümlere yer verilmiştir. Bunların başında "Asgari Ücret", "Yıllık İzin", "Hafta Tatili" ve "Ara Dinlenmesi" gibi düzenlemeler gelmektedir. Bütün bu koruyucu düzenlemeler, kaynağını Anayasa da belirtilen "Sosyal Devlet" olma ilkesinden almaktadır.

Yorum yapılırken, iş hukukunun işçileri koruyucu niteliğinin gözden kaçırılmaması gerekir. İş hukukuna egemen bulunan ilkelerden biri de kuşkusuz işçiyi koruma ilkesi olup, yasa ile getirilen düzenleyici kuralların ve gerekse tarafların yani işçi veya hak sahipleri ile işveren arasındaki ilişkilere ait irade açıklamalarının yorumunda bu ilkenin ışığında hareket edilmesi zorunludur. Bu gereklilik yüksek yargı organlarının kararlarına da yansımış, bu kararlarda İş hukukuna egemen bulunan ilkelerden birisinin işçiyi koruma ilkesi olduğunun altı çizilerek, yasa ile getirilen düzenleyici kuralların ve gerekse tarafların yani işçi veya hak sahipleri ile işveren arasındaki ilişkilere ait irade açıklamalarının yorumunda bu ilkenin ışığında hareket edilmesi zorunlu olduğu vurgulanmıştır<sup>30</sup>.

Yargıtay kararlarında da belirtilmiş olduğu gibi, delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği, delil ve karşı deliller değerlendirildiğinde, birine üstünlük verilemediği durumlarda işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkelerinden hareket edilmelidir<sup>31</sup>.

Aslında emredici ve kamu düzeni ile ilgili ve toplum yararı gereği getirilen kuralları dışında, iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliği gereği, amacın işçiyi korumak olduğu, daraltan, sınırlandıran hükümlerinde bu nedenle düzenlendiği dikkate alındığında, amaçsal yorum ve dar yorum yöntemine başvururken, işçi lehine yorum ilkesinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Kısaca amaçsal yorum, genişletici yorum veya istisnai hükümlerin dar yorumlanmasında, işçinin korunması ilkesi dikkate alınmalı-

dır. Denilebilir ki, iş hukuku ile ilgili hükümler yorumlanırken, çoğu kez amaçsal, dar ve lehe yorum yöntemleri aynı anda kullanılabilir. İş hukukuna ilişkin kuralların yorumu sözkonusu olduğunda genel bir yorum yöntemleri olan amaçsal yorum ile iş hukukuna özgü işçi lehine yorum yöntemi örtüşür<sup>32</sup>. Yargıtay kararlarında açıkça, "İşçi lehine yorum ilkesi uyarınca, iş hukukunda istisnai hükümlerin dar ve işçi lehine yorumlanması gerektiği" belirtilmiştir<sup>33</sup>.

Yine Yargıtay iş güvencesi hükümlerinden sonra, menfaatler içtihadı yorumu yöntemini de benimseyerek, önel içinde işçinin emekliye ayrılmasının işçinin feshi sayılması gerektiği yönündeki içtihadında, işçinin bu durumda iş güvencesi hükümlerinden yoksun kalacağı, iş güvencesinden yararlanmanın işçinin daha lehine olacağı gerekçesi ile dönmüş, işveren feshinden sonra işçinin önel içinden emekliye ayrılmasının, işveren feshini ortadan kaldırmayacağı kabul etmiştir<sup>34</sup>.

Elbette İşçi lehine yorum iş hukukuna özgü bir yorum yöntemi olmakla birlikte, bunun her durumda geçerli ve mutlak bir yöntem olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Yasa hükmünün ruhunun araştırılması ise onun amacının belirlenmesini zorunlu kılar<sup>35</sup>.

### III. Sonuç

İş Hukuku uyuşmazlıklarında, somut olaya uygulanacak normatif hüküm, iş kanunlarından, genel kanun olan Borçlar Kanunu'ndan, toplu veya bireysel iş sözleşmelerinden, iş sözleşmesinin eki yönetmelik, işyeri uygulamasından doğabilir.

Son zamanlarda, iş hukukunun var oluş sebebi olan kendisine özgü olan ilkelerinden uzaklaşılması nedeni ile böyle bir makale yazılması gereği ortaya çıkmıştır. Olaya uygulanacak normatif hüküm, salt sözü ile bir anlam ifade etmez. Konuluş amacı olan özü, ait olduğu hukuk dalının ilkeleri, yorum yöntemleri ile uygulandığında, yoruma tabi tutulduğunda anlam kazanır. İctihat yaratma da bu şekilde gerçekleşir.

Emredici ve kamu düzenini ilişkin hükümler dahil olmak üzere, kural açık anlamlı ise 1958 tarihli içtihadı birleştirme kararı uyarınca

öncelikle lafzi yorumun amacına uygun olarak uygulanması gerekir. Bu yorumda, normun konuluş amacı ön plana çıkar. Bu amaç işverenin lehine de olabilir.

Kural kapalı anlam taşıyor ve emredici, kamu düzenine ilişkin değilse amaçsal yoruma tabi tutulmalı, daraltan, sınırlandıran niteliği var ise dar yorum yöntemine başvurulmalıdır. Elbette burada amaçsal veya dar yorum yöntemine başvurulurken, işçinin korunması ilkesi dikkate alınmalıdır.

Olaya uygulanacak hükümlerin tereddüdü, delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği, delil ve karşı deliller değerlendirildiğinde, birine üstünlük verilemediği durumlarda ise işçi lehine yorum yöntemine başvurulmalıdır.

## DİPNOTLAR

- 1 6100 sayılı HMK. md. 25.
- 2 6100 sayılı HMK. md. 31.
- 3 Turgut Akıntürk, Medenî Hukuk, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Genişletilmiş Onüçüncü (13.) Bası, İstanbul: Beta, 2008.
- 4 Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medenî Hukuk-Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008. s. 65.
- 5 Aydın Zevkliler, Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 3. Basım, Ankara: Savaş Yayınları, 1992.
- 6 Ertuğrul Uzun, Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli Midir? - Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri Ve Hukuki Argümantasyon Teorisi. Anadolu.edu.tr/HFSA.2010.
- 7 Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Bası. İstanbul. 2012. s: 27.
- 8 YHGK. 26.01.2000 gün ve 18-1052/10. Süzek, S. İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Bası. İstanbul. 2012. s: 28.
- 9 Sarper Süzek, s: 27.
- 10 Sarper Süzek, s: 24.
- 11 Y. İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 18.02.2000 gün ve 1997/1 E, 2000/1 K.
- 12 Sarper Süzek, s: 25.
- 13 Aynur Yongalık, "İstisnalar Dar yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi. AÜHFD, 60 (1) 2011: 1-15.
- 14 Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.
- 15 Aynur Yongalık, s: 1-15.

- 16 Sarper Süzek, s: 27.
- 17 Sarper Süzek, s: 28.
- 18 27.05.1958 gün 1957/15 E, 1958/5 K.
- 19 Sarper Süzek, s: 24.
- 20 Sarper Süzek, s: 25.
- 21 Y.10. HD. 11.04.1998 gün ve 1998/2255 E, 1998/2165 K.
- 22 Y. 9. HD. 04.02.2009. gün ve 2007/36073 E, 2009/1498 K., YHGK. 23.12.2009 gün ve 2009/9-524 E, 2009/581 K.
- 23 Y. 22. HD.14.05.2012 gün ve 2012/6929 E, 2012/9822 K.
- 24 Aynur Yongalık, "İstisnalar Dar yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi. AÜHFD, 60 (1) 2011: 1-15.
- 25 Y. 9. HD. 01.06.2009 gün ve 2008/28759 E, 2009/14105 K.
- 26 Y. 9. HD. 13.06.2011 gün ve 2011/27942 E, 2011/17749 K.
- 27 Y. 9. HD. 24.05.2010 gün ve 2009/20411 E, 2010/14372 K.
- 28 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. ve bu yasayı yürürlükten kaldıran 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesi.
- 29 Y. HGK. 16.6.1971, E.1215-K.378, Y. HGK. 1983/9-3055 E, 1983/427 K.
- 30 Y. HGK. 25.1.1978. 10-3435 E. 23 K.
- 31 Y. HGK. 27.02.2008 gün ve 2008/9-179 E, 2008/165 K., Y. 9.HD. 13.04.2000 gün ve 2000/ 1676E, 2000/5561 K., Y. 9. HD. 20.06.2011 gün ve 49945 E.
- 32 Sarper Süzek, s: 26.
- 33 Y. 9.HD. 13.06.2011 gün ve 2011/27942 E. 2011/17749 K.
- 34 Y. 9.HD. 14.11.2011 gün ve 2009/27095 E, 2011/42634 K.
- 35 Sarper Süzek, s: 23.

## Yıldırı Olgusu ve Tarafların Sorumlulukları

### GİRİŞ

Çalışma yaşamında son yılların en güncel konusu... Türkiye'de çok az bilinen ama şimdi, ön plana çıkan, hatta magazinsel bir yön kazanmaya başlamış olan YILDIRI (Mobbing) olgusu...

Bu çok ciddi ve tehlikeli sorunlar yaratan olgu, tümüyle bir baskı olayı olup kişileri canından bezdiren nitelikler taşımaktadır. Tinsel, toplumsal, ekonomik, işletmesel boyutları olan bu kavram, makalemizde yalnızca hukuksal açıdan incelenecektir.

İnsanların, aile düzeni içinde başlaması ile ortaya çıkan baskı olayı, toplumsal yaşama geçildikten sonra şiddetini artırmış, çok çeşitli görünümlere bürünerek yaşamın her evresinde gözükmiştir. Baskı yapma gerçeği, bireylerin güçlü olma ve egemenliğini kabul ettirme hırsı, çıkar çatışmalarını oç alma, eziyet etme ve korku gibi ilkel duygulardan türemiş olup, günümüzde bile birey ve toplumları rahatsız etmektedir.

Anılan baskılar maddesel, manevi yahut

psikolojik olabilmektedir. Bu baskıların en zararlı türlerinden biri de iş yaşamında sıklıkla görülen YILDIRI (Mobbing)'dir.

İş yaşamının çetrefil sorunları, çıkar çatışmaları, kişiler üzerinde egemenlik kurma istekleri, duygusal yakınlık ve çatışmalar, kültür ayrılıkları, küçük görme ve horlama gibi duygular, dinsel veya ırksal ayrımcılıklar, üstlere karşı kızgınlık ve saygı duymama duyguları, işyerlerinde bireylere baskı uygulama sonucunu doğurmaktadır. İşte bu baskılara genel bir anlatımla YILDIRI denilmektedir.

Uygar ülkelerde, bu tip baskılar bir insanlık suçu olarak kabul edilmekte ve birçok yaptırım uygulanması geliştirilmektedir. 1980'li yıllarda Avrupa Toplumsal Koşulu ile somut bir görünüme bürünen yıldırıya karşı yaptırım ve önlemler, İş Yasalarında ve Ceza Yasalarında düzenlemeler yapılarak yaşama geçirilmiştir.

Ülkemizde çok görülen bu olgu, ekonomik koşullar, işsizlik gibi etkenlerle, geri plana itilmiş ve örtbas edilmiştir. Ancak son yıllarda

bu devinim gözükmüş, çeşitli kitaplar, makaleler yazılmış ve 2012 yılında yürürlüğe giren Yeni Borçlar Yasası ile hukuksal anlamda ele alınmıştır. 2011 yılının Mart ayında yayımlanan Başbakanlık Genelgesi ile de konuya bir canlılık getirilmiştir. Konunun böyle güncelleşmesi de üzerinde düşünmeye ve önlemler almayı hızlandırmıştır. Çünkü yıldırı gibi bir konuyu düşünmek ve üzerinde konuşabilmek bir farkındalık sorunudur.<sup>1</sup> Bu farkındalık oluşmadıkça sorunun varlığı anlaşılabilir. Belki bugünden sonra yıldırıyı durdurmak ve engellemek yolunda adımlar daha hızlı ve daha güçlü olarak atılabilir.<sup>2</sup>

Yıldırı ile başa çıkmak için işverenlerin, yöneticilerin, sendikaların, bilim adamlarının, çalışanların, yasa koyucunun el ele verip çok çaba harcaması gerekmektedir. Ancak bu çalışmalar yapılırken bir noktayı gözden kaçırmamak gerekir. Çünkü bu yakınmaların kötüye kullanılması, abartılması sözkonusu olabilir. Her türlü çekişme, çatışma yıldırı olarak adlandırılabilir. Gerek saldırgan olduğu savlanan kişi yahut işveren ağır suçlamalar altında kalabilir. Bu nedenle yıldırıyı önlemek kadar, gerçeği yansıtmayan savlarla, sanı altında bırakılan ve saygınlığı sarsılan bireyleri ve/veya işverenleri de korumak gerekir. Yapılacak düzenlemelerle, inceleme ve araştırmalar çok titiz ve duyarlı biçimde yapılmalıdır. Böylece kişilerin ve kurumların onur, haysiyet ve saygınlıkları korunabilir.

Bu makalemizde, yıldırının psikolojik ve toplumsal boyutlarına kısaca değinip konunun hukuksal ve cezasal boyutlarına değinilecektir. Ayrıca Devletin ve işverenlerin alması gereken önlemler ve örgütsel girişimler alanında da bazı noktalar ele alınacaktır.

## 1- YILDIRI KAVRAMI

Yıldırı kavramı, psikolojik, toplumsal, işletmesel ve hukuksal boyutlardan oluşmaktadır.

### 1- Kavramın Çeşitli Adları

Yıldırı kavramının pek çok adı vardır. En yaygın olanları; mobbing, bullying, psikolojik taciz, yıldırma ve bezdirmedir.

Mobile Vulgus (kararsız kalabalık) sözcük-

lerinden türeyen Mob sözcüğü, İngilizcede yasadışı şiddet uygulayan düzensiz kalabalık veya çete anlamına gelir. Mobbing ise psikolojik şiddet, sıkıntı verme gibi anlamlar için kullanılır.

Konrad Lorenz adlı bir bilim adamı küçük hayvanların yabancı bir hayvana veya daha güçlü bir düşmana karşı eylemlerini incelemiş ve sonuçta yabancı yahut düşmanı kaçıran hatta öldürebilen bu eylem biçimine Mobbing denilmiştir.<sup>3</sup>

Endüstri psikoloğu Heinz Leymann tarafından iş yaşamına bu sözcük uygulanmıştır.<sup>4</sup>

Ülkemizde genellikle mobbing, yıldırma, taciz gibi sözcükler kullanılmakta olup Türk Dil Kurumu “bağırma” sözcüğünü yeğlemiştir.<sup>5</sup> Biz ise makalemizde “yıldırı” sözcüğünü kullandık. Çünkü eylemin amacı, kurbanı yıldırarak kendi istediklerini yaptırmaktır. Yıldırma, bir buyruk kipi sözcüğüdür. Bu nedenle eylemden türemiş ad olan “yıldırı” sözcüğünü yeğledik. Türkçemizde böyle yapılmış olan sözcük sayısı çoktur. Sevgi, ileti, korku, yazı, tanı, yapı vb... Gerek yönetsel yazılarda ve gerekse öğretilerde kullanılan Mobbing veya Psikolojik Taciz gibi, biri yabancı dilde olan, ötekisi de iki ayrı yabancı dilden türetilmiş bir terim yerine daha anlaşılır ve daha sıcak olan “yıldırı” sözcüğünün kullanılmasının uygun olacağını düşünmekteyiz.

## 2- Yıldırının Tanımı

Leymann'ın tanımına göre yıldırı, psikolojik bir terör olup bir kişi veya bir grubun, bir veya birkaç kişiye yaptığı psikolojik veya hafif fiziksel bir saldırıyı anlatmak için kullanılır.<sup>6</sup>

Schwartz and Elliot ise şöyle tanımlamıştır: “Yıldırı bir Emotional Abuse (duyguları kötüye kullanma) olup, bir kişiyi işten uzaklaştırmak için haklı olmayan suçlamalar, alay etme, genel taciz, duygusal saldırganlık veya terör yolu ile yapılan zararlı bir girişimdir.”<sup>7</sup>

Hollanda'lı Vegter'in tanımı şöyledir: “Sürekli bir biçimde, aynı kişiye yöneltilen düşmanca, aşağılayıcı veya korkutucu davranışlar.”<sup>8</sup> Pınar Tınaz da tanımı şöyle yapmaktadır. “Yıldırı, tek bir eylem olmadığı gibi genellenmiş bir çalışma da değildir. Yinelenen, devamlı, sistematik, uzun süreli bir strateji olup, önemli bir işyeri sorunudur.”<sup>9</sup>



Yargıtay 9. HD. E. 9154-K. 13307, 30.05.2008 tarihli kararında tanımını şöyle yapmıştır: “Mobbing kavramı, işyerinde bireylere, üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan bir türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışlardır.”

2011 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nde de dolaylı olarak şöyle tanımlanmıştır. “Psikolojik taciz, kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsemesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri biçimde ortaya çıkan bir olgudur.”

Geniş bir tanım ise şöyle yapılabilir. “Bireyi işten uzaklaştırmak amacı ile ve bu amaca hizmet eden bir biçimde çalışma arkadaşları, üst veya astları tarafından sürekli olarak doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bireye saldırması ve kötü davranışlarda bulunması biçimde oluşan olumsuz bir yaklaşımdır.”<sup>10</sup>

### 3- Yıldırının Etkenleri

Yıldırının amacı, kişi üzerindeki etkileri, yoğun taktikler, süre ve sistemli süreklilik gibi etkenleri bulunmaktadır.<sup>11</sup>

- Amaç, saldırıya uğrayanı kendi istekleri doğrultusunda çalıştırmaya yöneltmek ya da işten çıkmasını sağlamaktır.
- Kişi üzerindeki etkileri, kişileri yıldırma, bezdirme, korkutma gibi psikolojik etkenlerden oluşur. Kişiye ayrımcılık yapılır, kişi kendisini yalnız hissetmeye başlar, giderek dengesi bozulur ve hatta çeşitli hastalıklara uğrayabilir.
- Yıldırıda yoğun ve çeşitli taktikler uygulanır. Aşağılayıcı eylemler, kişiyi yalnız ve çaresiz bırakacak davranışlar, sözlü saldırılar, küçümseme ve azarlama gibi...
- Yıldırın, eylemlerinin çeşitliliği, kültürel yapıların çeşitliliğinden doğmaktadır.<sup>12</sup>
- Yıldırın eşit güçler arasında oluşmayan bir olgudur. Başlangıcında belki eşitlik de olabilir. Ancak ilerleyen süreçte denge, saldırıya uğrayan kişinin aleyhine döner, eşitlik bozulur, belirgin bir güç dengesizliği oluşur.

### 4- Yıldırının Öğeleri

Yarg. 9. HD.'nin E. 9154-K. 13307 sayılı ve 30.05.2008 tarihli kararında olayın sık sık yinelenmesi, kişiyi aşağılayıcı eylemler yapılması ve sistematik bir biçimde oluşturulmasını yıldırın olarak kabul etmiştir. Ankara 7. İdare Mahkemesi de E. 875-K. 2297 sayılı ve 25.12.2008 tarihli kararında azlık oyunda yıldırını eziyet olarak kabul etmiş ve bunun taciz sayılacağını açıkça belirtmiştir. Başbakanlık Genelgesi'nde de aynı noktalara değinilmiştir.

Yıldırının öğeleri, bu bilgilerin ışığında şöyle özetlenebilir.

- Yıldırın, kişilerin kendi isteklerine uygun davranması için başka kişilerce yapılan bir eylemdir.
- Bu saldırılar genellikle kişilik haklarına saldırı, küçümseme vs. gibi tinsel davranışlar içerir.
- Anılan eylemler sık sık ve belirli bir süre içinde gerçekleştirilir.
- Bu eylemler, kasten belirlenmiş bir strateji uyarınca, sistematik olarak yapılır.
- Eylemler iş yaşamı ile ilgilidir ve üst-ast veya eşit çalışanlar arasında yapılır.
- Bir olayın yıldırın olup olmadığı, bu öğelerin iyi çözümlenip bir sonuca varılması ile belirlenir.<sup>13</sup>

## II- YILDIRININ NEDENLERİ

Yıldırının nedenleri kişisel ve örgütsel nedenler olarak ikiye ayrılır.

### 1- Kişisel Nedenler

Kişisel nedenler şöyle sıralanabilir.

Saldırganın özellikleri, saldırgan kişinin özellikleri,<sup>14</sup> grup kurallarını kabul ettirme isteği,<sup>15</sup> çıkar için her yolu geçerli sayma,<sup>16</sup> ya-nıtılmış toplumsal içgüdü...<sup>17</sup>

### 2- Örgütsel Nedenler

Örgütsel nedenler de, yıldırının oluşumunda en az kişisel nedenler kadar geçerlidir. Denilebilir ki örgütsel nedenler olmazsa, yıldırın olayları çok daha azalır, belki hiç görülmezdi. Doğaldır ki bazı saldırgan kişiler işyerinde

bulunabilir. Ancak işyerinde yıldırıyı tetikleyecek ortam ve iklimi var olduğu takdirde yıldırı olayları gerçekleşebilir ve büyüyebilir. Bu nedenle, gerekli önlemler alınır ve örgütlenmeler yapılırsa yıldırı olayı en aza indirgenebilir.<sup>18</sup> Örgütsel nedenler şöyle özetlenebilir.

Üretimin nitelik ve niceliğinde belirsizlik, yönetimin kötülüğü veya ilgisizliği, toplumda gerilim yaratanlara karşı hoşgörü, iletişim ikliminin bozukluğu, iş güvencesinin yetersizliği,<sup>19</sup> rekabetin aşırı özendirilmesi, işin tek düzeliği, mükemmeliyetçilik anlayışı, yatay örgütlenme, ahlakdışı uygulamalar<sup>20</sup> ve yeneden yapılanma...<sup>21</sup>

### III- YILDIRI TÜRLERİ VE SALDIRI BİÇİMLERİ

#### 1- Yıldırı Türleri

Yıldırı türleri, genel olarak ikiye ayrılır.<sup>22</sup>

**a- Özel Yıldırı-** Kurbanın yalnız olduğu yerlerde yapılır.

**b- Nesnel Yıldırı-** Ortalıkta herkesin ortasında yapılır.

**c- Yıldırı türleri şöyle sıralanabilir:**

- İletişim olanaklarını etkileme
- Kişisel kimliğine taciz
- Toplumsal bağlarını etkileme
- Mesleki kimliği taciz
- Durağanlaştırma

#### 2- Saldırganlık Biçimleri

Saldırganlık biçimleri çok çeşitli olabileceği için yıldırının anlaşılması da zordur. Bazen en ufak bir şaka, saldırganlık olarak kabul edildiği gibi bazen de daha ağır olgular yıldırı olarak anlaşılmaz. Bu nedenle, olay ve davranışların çok iyi irdelenmesi, çok sağlam görüntüler elde edilmesi ve sağlam kanıtlar bulunması uygun olur.<sup>23</sup>

#### **a- Bireysel Saygınlık, Kişilik ve Onuru Zedeleyici Davranışlar**

Azarlama, küçümseme, özel yaşantısını eleştirme ve alay etme, dolaylı imalar, fiziksel bozukluklarla alay, yok sayma, iftira etme,

dedikodu yapma, anlatım olanaklarını sınırlama gibi davranışlardır.

#### **b- Toplumsal İlişkilere Yönelik Davranışlar**

Arkadaşlarından uzak bir ofise gönderme, tek başına bırakma, konuşulmasını yasaklama, aynı masaya oturmama, söz hakkı verme, toplantılara çağırmama...

#### **c- Toplumsal İmgeyi Zedeleyici Davranışlar**

Gülünç duruma düşürme, arkasından konuşma, akıl sağlığı kuşkusu yaratma, psikiyatra gitmesi için yöneltmeye çalışma, yürümesi, giyinmesi ile alay etme, politik, dinsel inançları ile alay etme, ulusunu küçük görme...

#### **d- Mesleki Niteliği ve Onurunu Zedeleyici Davranışlar**

İş vermeme veya aşırı iş verme, çalışma etkinliğini etkileme, uzmanlık alanı dışında iş verme, performans notunu düşürme, olumsuz işler verme...

#### **e- Sağlığa Yönelik Davranışlar**

Fiziksel sağlığına zarar verme, sağlığa zararlı işlerde çalıştırma, korkutma, manevi olarak eziyet etme, ufak şiddet davranışları...

### IV- YILDIRININ TARAFLARI VE ÖZELLİKLERİ

Yıldırı olgusunda, saldırıya uğrayan, saldırgan, izleyiciler gibi esas üç tarafın yanı sıra sorumluluk ve yükümlülükleri dolayısıyla işvereni de taraf olarak görmek gerek psikolojik ve gerekse hukuksal açıdan uygun bir yaklaşım olur.

#### 1- Saldırıya Uğrayan Kişi

Kendini saldırıya uğramış gibi gören ve duyan her kişi saldırı kurbanı olarak ortaya çıkabilir. Bu nedenle, olaylar zincirinin incelenmesi, saldırı olayının psikolojik bir taciz olduğunun, amacının, niteliğinin, sıklığının ve sürekliliğinin irdelenmesi gerekir. Saldırgan kişi, ilişkinin edilgen yanıdır.

Saldırıya uğrayan kişilerin veya uğrama

olasılığı yüksek olanların önemli kişilik özellikleri vardır. Doğaldır ki bu özellikler, her zaman saldırıya uğramayı gerektirmez. Bu kişilerin, anılan bu korkulu düşü görme olasılığı yüksek olmakla birlikte, kişilik özellikleri böyle olmayanların da saldırıya uğrayabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Riski yüksek olan gruplar şöyle sıralanabilir.<sup>24</sup>

- Daha çok kadınlar,
- Irk veya ulus olarak azınlıklar,
- Orta aşama yöneticileri,
- 51-60 yaş arası olanlar,
- Hizmet, güvenlik, sağlık, banka ve eğitim kesiminde çalışanlar,
- Özgüveni eksik olanlar, çekingen ve utangaçlar,
- Özellikle gece vardiyasında çalışanlar,
- Zeka, beceri, yeterlilik ve başarılı durumu yüksek olanlar,
- Saldırımı yapanlara veya üstlerine karşı koşulsuz itaat etmeyenler.<sup>25</sup>

## 2- Saldırgan

Saldırganlar, genel olarak durumlarını belli etmez ve zaman zaman sevilen kişiler de olabilir veya sert, öfkeli, saldırgan tavırlı kişiler de olabilir. Bu açıdan saldırganın dış görünüşü değil, olay, eylem ve davranış olarak neler yaptığına bakmak gerekir. Ancak kolaylıkla söylenebilecek tek şey “saldırıda bulunanın veya bulunabilecek kişilerin çok büyük bölümünde kişilik bozukluğu vardır.” tümcesidir. Başka bir deyişle, saldırı ile kişilik bozukluğu arasında doğru orantılı bir ilişki vardır. Saldırgan, taciz ilişkisinde etkin yandır.

Saldırganların gerek kişiliklerinden ve gerekse iş yaşamının bozukluğundan doğan özellikleri vardır.<sup>26</sup>

- Başkalarına ve eleştirilere karşı duyarlı olmama,
- Can sıkıntısı,
- Düşmanlık duygusu,
- Başkalarına eziyet çektirmekten haz duymak,
- Mükemmeliyetçi olmak,
- Pişmanlık duymamak,
- Paranoid (başkalarına karşı güvensiz)-

Obsesif kompulsif (takıntılı baskıcı)-Narsistik (özsever)-toplum karşıtı (psikopat)-sadist (elezer) olmak.

Bu özellikler genel olarak işini yürütemeyecek nitelikte değildir ve bu nedenle kolayca anlaşılabilir, ancak bir yıldırı olgusu ile karşılaşıldığı ve bu durum uzun sürüp travmatik belirtiler ortaya çıktığı zaman anlaşılabilir.

Her işyerinde görülebilen iş yaşamı olguları da yıldırı olayını tetikleyebilir, özellikle kişisel bozuklukları olan kişiler de yıldırı olayının gerçekleştirilmesini sağlayabilirler.

Bu bozukluklar şöyle belirlenebilir.

- Özellikli rekabetçi ortamlarda grup kurallarına uyulması için zorlamak,
- Önyargıları pekiştirmek,
- Planlamada yetersiz kalmak,
- Önderlik ve yöneticilik beceri ve özelliği olmamak,
- Toplumsal beceri eksikliği olmak.

## 3- İzleyiciler

İzleyiciler etkin durumlar olmadan yıldırı olayını bilen ve gören kişilerdir.

İzleyiciler üç grup olur.<sup>27</sup> Saldırganın yaptığını doğru bulup eyleme katılmadan izleyenlere edilgin; saldırganı destekleyen ama etkin olmayanlara etkin; hiçbir yanı tutmayanlara tarafsız izleyici denir.

Edilgen izleyiciler zevk alır ama cesareti yoktur. Etkin izleyiciler hem zevk alır ve hem de saldırganın başarılı olabilmesi için destek verir. Tarafsız olanlar ise etliye-sütlüye karışmayan kişilerdir.

## 4- İşveren

İşveren, yıldırı olgusuna iki yönden taraf olabilir. Yıldırının yapılmasını özendirir veya yapılması için buyruk verebilir. Bu durumda doğrudan doğruya taraftır veya bu olgunun yapılmasını istemez ama gerekli önlemleri almaz. Bu durumda ise, işveren olarak kollama ve koruma borcu dolayısıyla yükümlülüklerini yerine getirmemiş olur ve dolayısıyla ödeneciler açısından taraf durumuna düşebilir. Ayrıca eşit davranma ilkesi, dürüstlük kuralı gibi kavramlar işveren ve işveren vekillerinin taraf olmasını oluşturabilir.

## V- YILDIRI SÜRECİ, BOYUT VE ETKİLERİ

Yıldırı, uzunca bir süre içinde sık olarak nitelenen bir takım eylem ve davranışlardan oluşur. Genel olarak bu süre üç ay ile altı ay arasında oluşan bir süreçtir. Ancak ağır olgularda bu süre kısalabilir. Çok sert ve kırıcı eleştirilerle başlayan, kişiyi ağır biçimlerde küçük düşüren, örneğin ırkçılığa dayanan bir olguda bir-iki aylık süre yeterli olabileceği gibi; hafif küçümseme ve olaylarla devam eden bir olguda bekleme süresi daha uzun olabilir.

Kendisine saldırılan kişinin, olayları algılama durumu, bu olguyu değerlendirmede önemli bir noktadır. Alınan bazı kişiler en küçük şakadan bile etkilenirken, bazı soğukkanlı kişiler daha ağır davranışlara bile dayanıklı olabilir. Bundan dolayı olayı yıldırı olarak nitelendirmeden önce, kişinin rahatsızlığının nedenlerini de araştırmak yerinde olur.<sup>28</sup>

Yıldırını oluşturan eylem ve davranışlar da çok çeşitli olup, örnek olarak şöyle bir sıralama yapılabilir.<sup>29</sup>

- Yıldırma, bıkırma, bezdirme, dışlama,
- Adaletsiz davranma, haklardan yararlanmayı engelleme,
- Devamlı hata arama, haksız ve sert eleştiri,
- Korkutma, köşeye sıkıştırma, aşırı yük yükleme,
- Hakaret, sövme, alay etme, söylenti yayma,
- İlişki kurmama, konuşmama, rahatsız etme,
- Hafif şiddet gösterme (hafif çarpma veya omuz atma gibi),
- Hafif cinsel taciz (örneğin, açık saçık fıkra anlatma veya anlamlı bakışlar atma),
- Mesleğinde küçük düşürecek davranışlar (örneğin, bir şeften kahve yapıp getirmesini isteme),

Yıldırı sürecine, psikolojik şiddet de denebilir. Süreç şu aşamalarda gelişir.<sup>30</sup>

- Gizli çatışma başlar,
- Olaylar yozlaşır,

- Saldırılan kişi, psikolojik dengesini yitirmeye başlar,
- Fiziksel ve psikolojik patolojiler kendini gösterir.<sup>31</sup>

Bu sürecin en iyi tanımı, Leymann modelinde gözükür.<sup>32</sup>

1. Aşama-Yıldırı başlamamıştır ama hedef seçilmiştir.

2. Aşama-Taciz başlamıştır. Saldırıları, sürekliklik göstermeye başlar.

3. Aşama-Yönetim döngüye girer. Yanlış yakıştırma ve tanımlarla döngüyü hızlandırır.

4. Aşama-Saldırıya uğrayan kişi çalışma yaşamından uzaklaşır.

Yıldırının boyut ve etkileri dört ayrı konuda kendini gösterir.

(1) Psikolojik boyut, en zarar verici boyuttur. 14 ayrı saldırgan tipi saptanmıştır. Fesat-Rastlantısal-Sadist-Zorba-Sadist-Megolaman-Öfkeli-Hırslı-Eleştirci-Dalkavuk-Korkak-Kıskanç-Saman altından su yürüten-Düş kırıklığına uğramış-Pusuda bekleyen<sup>33</sup>

Saldırılan kişi açısından da birçok bozukluk doğmaktadır.<sup>34</sup>

Fiziksel bozukluklar başlar, eylem zorluğu, kas gerginlikleri ortaya çıkar- Bilişsel bozukluklar ve uyku sorunları kendini gösterir. Kendine karşı özsaygısını yitirir-Aile bağılıkları çözülmeye başlar-Zararlı alışkanlıklar edinir-Motivasyonu düşer-Yorgunluklar meydana gelir-Kurban olma duygusu artar- Sinirlilik ve öfke ileri dereceye varır. Öç alma duygusu çoğalır-Yüksek tansiyon oluşur-Kalp krizleri oluşabilir-Hatta intihar girişimleri görülebilir.

İşveren ve işyeri açısından da çeşitli sorunlar çıkar.

Anlaşmazlık ve çatışmalar artar-Örgüt kültüründe çöküntü olur-Güvensizlik ortamı gelişir-Görevdeşlik azalır-İş ahlakı zedelenir-İş memnuniyetini azaltır-İşçi sayısında azalma olur-İşverenin ünü ve saygınlığı azalır- İş kazalarında artış olabilir.

(2) Yıldırının ekonomik boyutları da vardır.

Saldırgan, bu eylemi yapmak için zaman harcar, bazı iş yitimine uğrar-Olayın sonunda işten çıkartılabilir-Yeni iş bulmakta zorluk çekebilir-Hakkında dava açılır ve davayı yitirirse önemli tutarda ödence ile karşılaşabilir.



Saldırgan kişi de, prim yitimine uğrar-Te-davi giderleri dolayısıyla parasal yitimleri artar-İşten ayrılmak zorunda kalabilir-Yeni iş bulması, psikolojik durumundan dolayı uzun bir süre alabilir.

İşyeri açısından da ciddi ekonomik yitim-ler sözkonusudur.

Verimlilik düşer ve üretim azalır-Devam-sızlık nedeni ile iş aksar-Hastalık izinleri artar-Tedavi giderleri çoğalır-Yeni iş gören alma ek maliyet doğurur-Davalar ve ödence-ler dolayısıyla maliyetler artar-Erken emekli-lik istemleri ek maliyet doğurur-Eğitim ma-liyetleri çoğalır-Genel performans düşüklüğü en önemli maliyet artışını doğurur.<sup>35</sup>

(3) Yıldırımın işletmesel boyut ve etkileri de tehlikeli ve zararlı sorunlar oluşturur.

İşyerindeki çalışma huzuru bozulur-Korku duygusu işyerine egemen olur-Genel perfor-mans düşer-Rekabet edebilme yeteneği azalır- Bu ise yaratıcı gelişmeleri önler<sup>36</sup>-Nitelikli işçiler ve uzmanlar ayrılır<sup>37</sup>-Yeni işçi alımında zorluk çekilir.

## VI- YILDIRININ HUKUKSAL BOYUTLARI

Yıldırım, her ne kadar Türk hukukunda tam anlamı ile yerleşmemiş olsa bile, yine var olan yasalar çerçevesinde, hukuksal boyutla-rını çizme olanağı bulunmaktadır.

### 1- Yıldırımın Hukuksal Tanımı<sup>38</sup>

Yıldırımın hukuksal tanımı şöyle yapılabilir. “Yıldırım, işverenin yahut başka bir çalışa-nın, hedefindeki çalışana/çalışanlara uygula-dığı, onur ve saygınlığını hedef alan ve amacı da iş ilişkisinden uzaklaştırmak olan bir takım sistematik ve kararlı davranış yahut eylemler-le oluşturulan bir süreçtir.”

Bu tanımdan anlaşıldığı gibi yapılan davra-nış ve eylemler, tek tek hukuka aykırı olma-yabilir. Fakat sonuçta kişilik haklarına saldırı oluşturduğu ve işten uzaklaştırmak amacı-na yönelik bir davranış veya eylemler dizisi oluşturduğu için hukuka aykırı olur. Bu dav-ranış ve eylemler zinciri pek çok temel hak ve özgürlüğü zedeler.

## 2- Yıldırımın Dayandığı Hukuksal Temeller

Yıldırımın oluşacağı hukuksal zemin dört ayrı temele dayanır.

### a- İş İlişkisi

Yıldırım, işyerlerinde ortaya çıktığı için, işçi-işveren ilişkisi ile bu ilişkisinin somut simgesi olan iş sözleşmesi, olgunun tabanını oluşturur. Sözleşmelerin temel borçları, işçinin işverene bağımlı çalışması ve karşılığında ücret alması-nın yanısıra, işçinin sadakat ve itaat borcu ile işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcudur. İş sözleşmesi, yalnız bir malvarlığı sözleşme-si değil aynı zamanda kişisel ilişki sözleşmesi olup, işçinin kişilik boyutu önde gelir.<sup>39</sup>

### b-Bağımlılık İlkesi ve Alt-Üst İlişkisi

Yukarıda anılan kişisel nitelik, bağımlılık ilkesini doğurur. İş sözleşmesi, işçiyi, işvere-ne bağımlı kılan bir sözleşmedir. Bu ise, alt-üst ilişkisi kavramını doğurur. Bu ilişkiye de aşama sırası veya hiyerarşi denilir. İşveren vekilleri de bu kapsam içindedir. Aşama sıra-sı kavramı, işverenin yönetim hakkına daya-nır. Mutlak bir hak olan yönetim hakkının da, yasa, ahlak ve iyiniyet kuralları, iş sözleşmesi ve işyeri uygulamalı çizilen sınırlamaları bu-lunur.

### c- Dürüstlük Kuralı

Medeni Yasada yer alan altı temel kural-dan biri olup, her kişi bir eylem yaparken dürüstlük kurallarına uymakla yükümlüdür. Ayrıca bu kural, “hakkın kötüye kullanılamaya-yacağı” kavramı ile de güçlendirilmiştir. Yö-netim yetkisi kullanılırken, mutlaka dürüstlük kurallarına uyulması ve kötünüyetin sözkonu-su olmaması gerekir.

### d- Amaç

Yıldırımın amacı, kişiyi işten uzaklaştırmak veya yıldırımı yapan/yapanların koyduğu ku-rallara uyulmasını sağlamak olduğuna göre, nitelik bakımından çalışma ve düşünce özgür-lüğü ilkelerine karşı çıkan ve ayrıca onur ve saygınlık kavramını bozan bir davranış olduğu için YILDIRI zincirinin ilk halkasını oluşturur.

### 3- Yıldırıya Dayanak Olan Hukuksal Kavramlar

Yıldırıya dayanak olan pek çok hukuksal kavram vardır.

#### a- Kişilik Hakları

İnsanların en önemli haklarından birisi de kişilik hakları olduğu için, yıldırı sonucu incelenirken elbette ki en başta gelen hak olarak kabul edilecektir.

#### aa- Kişilik Kavramı

Kişilik kavramı, şöyle tanımlanabilir. Kişinin, maddesel, manevi ve ekonomik kişilik değerlerini içeren bütünü ifade eder. Bu değerler, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kimliğinin özgürce gelişimini sağlayan varlıklardır.<sup>40</sup> Bu haklar, doğumdan ölüme kadar, kişilerin ayrılmaz biçimde sahip oldukları haklardır ve bunlardan vazgeçilemez.<sup>41</sup>

Anayasamızın 6., 12. ve 17. maddeleri bu hakları tanımlanmıştır. Bu haklar, vazgeçilmez haklar olup, Anayasal güvence altına alınmıştır.

Ayrıca, Medeni Yasa, Yeni Borçlar Yasası ve İş Yasası ile doğrudan olmasa bile kişilik haklarını ve bunların korunmasını düzenlenmiş, Ceza Yasası ile de bu hakların bozulması ile ilgili önemli yaptırımlar getirmiştir.

#### bb- Kişilik Haklarının Ögeleri

- Kişilik hakkı, temel haklardan olup Anayasayla düzenlenmiştir.

- Kişilik hakkından vazgeçilemez ve devredilemez.

- Var olmak, yaşamak ve gelişmek için sahip olunan haklardandır.

- Bu haklar, hukuk düzenince saptanır ve korunması için gerekli önlemler alınır.

#### cc- Kişilik Haklarının Korunması

Anayasanın 17. maddesi, eziyeti önlemiştir. İşverenin gözetme borcu da bu korumayı yapmasını zorunlu duruma getirmiştir. İnsanın kişiliği bir bütündür ve işçinin korunması kavramı, bedensel, tinsel ve ekonomik ve tüm kişilik değerlerini kapsar. İşçinin korunması ile işçinin kişiliğinin korunması eşanlamlıdır.<sup>42</sup> Medeni Yasa 24. maddesinde, kişilik

haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğunu belirtmiş, Yeni Borçlar Yasası, 417. maddesi ile “işçinin genel olarak korunması ve işverenin ahlaka uygun düzeni gerçekleştirmekle yükümlü olduğu” kabul edilmiştir. Yıldırı, kişilik değerlerini bozan nedenler kategorisinde yer almaktadır.<sup>43</sup>

Yarg. 9. HD.’nin E. 9154 - K. 13307 ve 30.05.2008 tarihli kararında, yıldırının tanımını yaparken bu noktaya değinilmiştir. Yine Yarg. 9. HD.’nin E. 37500 - K. 31544 sayılı ve 04.11.2010 tarihli kararında, “cinsel tacizle başlayıp, performans notunun düşülmesi, bunların işyerinde duyulması ve mağdurun depresyon geçirmesine neden olan olayın yıldırı olduğu” kabul edilmiştir.

Yıldırının tanımı, Başbakanlık Genelgesi’nde gayet iyi yapılmış ve kişilik haklarına yapılan saldırının yıldırı olduğu belirtilmiştir.

#### b- Onur ve Saygınlık Kavramı

Kişilik hakkının en önemli göstergesi onur ve saygınlıktır ve ne yazık ki yıldırının en önemli amaç ve hedefi saygınlığı zedelemek, yok etmektir.

#### aa- Tanımı

Onur ve saygınlık, kişinin toplum tarafından nesnel olarak bir değer süzgecinden geçirilmesi sonucu elde ettiği manevi değerlerin toplamıdır. Bu, dinamik bir değer olup zamandan zamana, toplumdan topluma değişir.<sup>44</sup> Onur “kişinin kendi varlığına, kendi kişiliğine karşı beslediği saygı, insanı insan yapan iç değer”, saygınlık ise “başkalarının gösterdiği saygının dayanağı olan özlük değer” olarak anlatılmıştır.<sup>45</sup>

“Onur ve saygınlık kişinin toplumun öteki kişileri arasında sahip olduğu değerler toplamıdır.”<sup>46</sup>

Bu kavram ikiye ayrılır. İnsanın bir kişi olması dolayısıyla sahip olduğu onur ve saygınlığa öznel veya içsel saygınlık (edilgin saygınlık); kişinin yaşam biçimi, ilişkileri, davranışları, bilgi ve kültürü, görgüsü, yetenekleri, toplum içinde kazandırdığı değer ve saygınlığa nesnel veya dışsal saygınlık (etkin saygınlık)<sup>47</sup> denir. İçsel saygınlık, dünyaya gelmek ve insan olmakla kazanılan bir de-

## Yıldırımın kapsamında ve her türünde manevi eziyet söz konusudur.

ğerdir, dışsal saygınlık ise kişinin kendisinin elde ettiği bir saygınlık olarak tanımlanır. Dış saygınlık yitirilebilir ama iç saygınlık asla yitirilemez.<sup>48</sup>

Yıldırıda genellikle hem içsel ve hem de dışsal saygınlık hedef alınır ve özel olarak iç saygınlık çökertmeye çalışılır. Başbakanlık Genelgesi'nde "psikolojik taciz, çalışanların itibarını ve onurunu zedelemekte" denilmiştir.

Yıldırımın kapsamında ve her türünde manevi eziyet sözkonusudur. İşveren, iş ilişkisi dolayısıyla çalışanlarını korumakla yükümlü olduğu gibi, Devlet de kişileri korumakla yükümlüdür ve hatta bir Anayasal borçtur.

### c- Gözetme ve Kollama Borcu

İşverenin iş ilişkisinden doğan işçiyi gözetme ve kollama borcu vardır ve işverenin bu borcu dolayısıyla sorumluluk ve yükümlülükleri ancak, her türlü yasal ve ahlaksal önlemleri alması ve uygulamaya koyması ile ortadan kalkabilir.<sup>49</sup>

#### aa- Tanımı

Gözetme ve kollama borcu, eski Borçlar Yasası md. 332'de düzenlenmiştir. Yeni Borçlar Yasası'nın 417. maddesinde ise daha düzgün bir hüküm yer almaktadır. "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermekle yükümlüdür." diyerek, konuyu bütün yönleriyle ele almıştır.

Ayrıca İş Yasası madde 77 (1 Ocak 2013'de yürürlüğe girecek İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 4. ve 6. maddeleri ile konu daha iyi düzenlenmiş olup, 77. madde yürürlükten kaldırılmıştır.) ile işverene sağlıklı ortam yaratmak ve bunun bozulmasını önlemek borcuna da yüklenmiştir. Doğaldır ki bu kavrama psikolojik sağlık da girer. Ayrıca gözetme borcuna işçinin kişilik hakları da girer. Nitekim Borçlar Yasasının 417. maddesi "..... işçilerin özellikle cinsel ve psikolojik tacize uğramamaları ve bu tür tacize uğramış olanla-

rın daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür." diyerek bu konumuza açıkça doğrulamıştır.

#### bb- İşverenin Yükümlülüğü

İşverenin gözetme borcu, işçinin yaşamını, sağlığını, kişilik hakkını ve mallarını korumak anlamına gelir.<sup>50</sup> Ancak uygulamada bu olgular kolayca saptanamaz. Bu nedenle işverenin yükümlülüğü, somut bazı önlemler almak (örneğin yıldırımın tanımı, yönerge ve yönetmeliklere konularak, çeşitli yaptırımları belirlemek, yıldırımın gerçek nedenlerini aramak gibi) yolu ile hafifleyebilir veya ortadan kaldıracaktır.

Gerek Borçlar Yasası'nın gerekçesi ve gerekse Başbakanlık Genelgesi, gerekli önleyici ve korumacı önlemlerin alınmasını geniş bir çerçevede içinde belirlemiştir.

#### d- Eşit Davranma Borcu

İşverenin, işçilerine karşı eşit işlem yapma ve ayrımcılık yapmama borcu bulunmaktadır. Eşit davranma ilkesi, hukukun tüm alanlarını çerçeveleyen ve egemen olan temel bir ilkedir. Bu nedenle, yıldırım olgusunda da önemli bir rol oynamaktadır. Hatta bazı ülkelerde (Almanya, ABD, Kanada, Güney Afrika gibi), yıldırım olgusunun temel dayanağı olarak ayrımcılık kavramı benimsenmiştir.

İş ilişkisinde, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep, gebelik, hastalık, sakatlık ve sendikacılık nedeniyle işçiler arasında hiçbir ayırım yapılamaz. Ancak, bu mutlak bir eşitlik anlamına gelmez. İşin niteliği, işçinin yetkinlik ve becerileri, yasaların öngördüğü kısıtlamalar, işçinin gösterdiği performans, işçinin kıdemi gibi bazı ölçütleri gözönüne alarak, işveren eşit davranma ilkesini uygulamayabilir. Örneğin, bazı gece yapılan işlerde kadın çalıştırılmaz veya bir yöneticisiyle düz bir işçi aynı ücreti almaz yahut toplumsal yardımlarda ayrıcalıklar yapılabilir. Önemli olan aşağı yukarı işte, aynı kıdemde ve aynı performansta olan kişiler arasında ayrımcılık yapmamaktır.<sup>51</sup> Ancak, eşit davranma ilkesi, yıldırım nedeniyle de bozulabilir. Örneğin, yıldırıya uğrayan kişi, herkesin çağrıldığı bir toplantıya çağrılmaz, herkese uygulanan

bir yakacak yardımı verilmez, herkesin hakkı olan bazı yerlere sokulmaz. İşte böyle durumlarda, işveren, bu davranışı önlemek için önlem almamışsa veya bu durumdan sonra gerekli yaptırımları uygulamazsa, eşit davranma ilkesi yıldırı nedeniye bozulmuş olur.

### e- Dürüstlük Kuralı

Yıldırı olgusunun temel dayanakları içinde dürüstlük kuralı da vardır. Dürüstlük kuralı Medeni Yasası'nın 2. maddesinde şöyle tanımlanmıştır. "Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." Başka bir deyişle Roma Hukukundan gelen bir deyimle Bonus Pater Familias denilen namuslu ve dürüst bir insandan beklenen davranışları anlatır.

Bir yönetici, talimat verirken sert söylem kullanabilir, ancak, bu söylem aşırı sertlikte ve yerinde olmayan biçimde yapılırsa bu dürüstlük kuralına uymaz. Hele belirli amaca yönelik olarak haksız yere böyle konuşmalar yapılır, sık sık yinelenir ve bir süre devam ederse yıldırı olgusunun olduğu savlanabilir.

Ayrıca bu tip söylemlerde, iyiniyet ilkesine de uyulması gerekir. İyiniyet ilkesine göre, herhangi bir şey yapılırken, kişi, kendisinden beklenen özeni göstermek zorundadır. Hedef alınan kişiye, gereksiz yere sert talimatlar verilmesi, konuşma biçiminin küçümseyici olması, söyleme gerekli özenin gösterilmemesi yıldırı olarak kabul edilebilir.

### f- Yönetim Hakkı

İşin yapılması, düzenlenmesi, iş borcunun nasıl yerine getirileceği, nerede yapılacağı, hangi teknolojilerin kullanılacağı, ürünlerin pazarlanması gibi konularda işverenin yönetim hakkı bulunmaktadır. İşveren, bu hakkını yönetmelikler, yönergeler gibi yazılı metinlerle veya bazı konuşmalarla kullanır. Yasada bu hak açıkça tanımlanamamıştır, ancak bu hakkın kapsamı içinde olan pek çok yetki mevzuatta bulunmaktadır. Fakat yine de pek çok boş alan kalmaktadır. Ücret zamları, ça-

alışma saatlerinin düzenlenmesi, yıllık ücretli izinler vs. gibi konularda işveren her zaman yönetim hakkını kullanabilir. İşverenin yönetim hakkı kısaca şöyle tanımlanır. "İşin yürütümünü ve işçilerin işyerinde eylem, devinim ve davranışlarını düzenleyen, gerekli önlemleri alan işveren etkinliğine yönetim hakkı" denilir.<sup>52</sup> Bu hak çok geniş kapsamlıdır. İşçi almaktan işten çıkartmaya, ücret saptamaktan çeşitli toplumsal yardımları vermeye, iş sağlığı açısından önlem almaktan disiplin cezası vermeye kadar yayılan bir yelpazedir. Bu nedenle bazı eski kitaplarda ve hatta toplu sözleşme metinlerinde "kutsal yönetim hakkı" diye yer almaktadır. Ama gerçek bir hukuk düzeninde hiçbir hak sınırsız kalmaz. Bu nedenle yönetim hakkı da sınırlanabilir ve kısıtlanabilir.<sup>53</sup> Anayasal ilkeler, uluslararası sözleşmeler, yasalar (Medeni Yasa, Borçlar Yasası, İş Yasası ve Ceza Yasası gibi) toplu sözleşmeler, iş sözleşmeleri, yönetmelikler, örf, adet ve gelenekler yönetim hakkını kısıtlayan hukuksal kaynaklardır.

İşveren veya işveren vekilinin, bu kısıtlamalara uymaması, işveren açısından borca aykırılık durumu doğurur. Bu eylem ve davranışlar, özellikle işçinin onur, kişilik ve saygınlık haklarına saldırı niteliğinde ise ve belli bir süreç içinde sık sık gerçekleştiriliyorsa ve bu davranışlar işçiyi işten uzaklaştırmak amacı ile yapılıyorsa, hiç kuşkusuz bir yıldırı olgusu ile karşı karşıya gelinmiştir. Yargıtay 2009 tarihli bir kararında, yönetim hakkının kötüye kullanılmayacağını ve böyle bir durumda eylemin geçerli olmayacağını belirtmiştir.<sup>54</sup> Bu nedenle, yıldırı niteliğinde bir yönetmelik hükmü koyarsa, bir buyruk verirse veya bir yönerge çıkartırsa, yönetim hakkını aşmış olur. Örneğin hedef olan çalışanın, daha önce işi gereği girdiği iş toplantılarına alınmaması buyruğu bir yıldırı eylemidir veya o kişinin, bilgisayarının haklı ve geçerli bir neden olmadan kapatılması, bir yönetim hakkı kullanımı olmaktan çıkıp bir yıldırı niteliği taşır ve işveren bir ödence yükümü altına girebilir.<sup>55</sup>

### g- Çalışma Koşullarında Değişiklik

İş sözleşmesi yapılırken var olan koşulla-



rın değişmesi, ekonomi ve iş yaşamında, her şeyin çok önceden görülebilme ve planlama olanağının bulunmaması, çalışma koşullarını veya işçinin işinin veya işyerinin değiştirilmesi gereksinimi doğurabilir. Bu yönetim hakkının doğal bir sonucudur. Ancak bu hak kolaylıkla kötüye kullanılabilir. Bunu önlemek için İş Yasası'nın 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılabilmesi işçinin onayına bağlanmıştır.

#### **aa- Kavram**

Çalışma koşulu şöyle tanımlanabilir. "İş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesine bağlı olan hak ve borçların tümüne denilir." Bu çerçevede içinde iki türlü hak ve borç bulunur.

- İşin yapılmasına ilişkin koşullar: İş görme borcu, ücret ödeme borcu, ikramiye vs. yardımlar, çalışma ve izin süreleri, disiplin hükümleri, işten çıkartma koşulları, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili kural ve önlemler gibi koşullardır. Bu koşullara birincil koşullar denir.
- İşin yapılması ile ilgili olmayan koşullar: İkinci koşul denilebilecek bu koşullar, çalışma süresinin günlere dağıtım, çalışmanın başlama ve bitim süresi, olaylara bağlı bazı yardımlar, havalandırma, ısıtma, yemek, ulaşım, sağlık ve yaşam sigortaları gibi koşullardır.

Ancak koşulların birincil veya ikincil nitelikte olması, çalışma koşulu sayılmasını engellemez, tümü çalışma koşuludur.<sup>56</sup>

#### **bb- Çalışma Koşullarını Belirleyen Kaynaklar**

Çalışma koşulları şu kaynaklarla belirlenir.

- Uluslararası sözleşmeler, ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmedir, bu sözleşmeler en üst hukuk kuralı olarak kaynakları belirler. Örneğin eşit davranma ilkesi
- Anayasa- çalışma özgürlüğü kuralı...
- Yasa, Tüzük ve Yönetmelikler. İş yaşamı ile ilgili bütün mevzuat
- Mahkeme kararları

- Örf, adet ve gelenekler-Örneğin ara dinlenmesinde İş Yasası hükmü, Deniz ve Basın İş Yasasındaki bazı hükümler
- Toplu iş sözleşmeleri
- Yönetmelik veya Yönergeler-Personel, Disiplin, Ücret Yönetmeliği vs. gibi yönetmelik veya yönergeler...
- İşyeri uygulamaları-İşyerlerinde yazılı olmayan ancak uzun zamandan beri uygulanan bazı kurallara "işyeri uygulaması" denir. Bu uygulamanın, zaman içinde yinelenerek belirgin olması gerekir. Ramazan ayında verilen erzak paketi veya uzun zamandan beri uygulanan çalışma saatlerinin günlere yayılma uygulaması gibi...

#### **cc-Çalışma Koşullarında Değişiklik**

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılırsa, bu işçinin onayına bağlıdır. İşçi onaylamazsa değişiklik yapılamaz ve işveren, bu değişikliğin esaslı bir nedene dayandığını veya başka bir geçerli neden bulunduğunu kanıtlayamazsa, işçinin sözleşmesini bozamaz, bozsa bile işe iade davası yolu ile ya işçiyi yeniden işe alır veya bir ödence vermek zorunda kalır.<sup>57</sup>

Esaslı değişiklik, işçinin çıkarına olmayan, durum, koşul ve konumunu önemli ölçüde değiştiren, ağırlaştırıcı, aşırı yük altına sokan maddesel veya mesleksel durumunu daha aşağıya düşüren değişikliklere denir.<sup>58</sup>

Örneğin, işçinin makine işinden alınıp büro işine verilmesi, müdürlükten şefliğe indirilmesi, vardiya yokken konulması, çay veya sigara molasının kaldırılması, ücret veya prim düzeninde aleyhe önemli eksiklik yapılması, başka bir işyerine gönderilmesi, izin sürelerinin azaltılması, verilen işlerin eskisinden daha düşük düzeyde olması, çalışma süresinin artırılması, cep telefonunun veya arabasının geri alınması gibi olaylar, esaslı değişiklik sayılacaktır.

#### **dd- Değişikliğin Yıldırıya Dönüşmesi**

Değişiklik, yıldırı amacı ile de yapılabilir. İşçinin işinin sıklıkla değiştirilmesi, başka yerlere atanması, pozisyonunun değiştirilmesi, devamlı ve sistematik biçimde yinelenir-

## İş sağlığı ve güvenliği kavramı, yalnızca bedensel hastalık veya bozunumları değil, işçilerin tin sağlığı ve güvenliği gibi kavramları da kapsamaktadır.

se, bunların haklı yahut geçerli nedenlerinin bulunmaması ve gizli nedenin işçinin sorunsuz olarak işten ayrılmasını sağlamak olduğu anlaşılırsa, işçi, işten ayrılabilir. İşveren, bunun karşısını kanıtlamakla yükümlü duruma düşer. İşçi itiraz etse bile yine yıldırı devam edebilir. Dava açar veya itiraz ederse, en azından öteki işçiler açısından iyi bir örnek oluşturur. Bu yönetim etkin bir önlem yaratmayacağı ve yıldırının devam edeceği ileri sürülmüştür.<sup>59</sup> Kanımızca, bu görüş uygun değildir, çünkü işçi, davayı kazandığı takdirde ciddi bir ödence olabilir ve tutum öteki işçilerin daha bilinçli ve dirençli olmasını sağlayabileceği gibi üst yönetimin de bu süreci daha titiz ve hukuka daha uygun geliştirmesi olasıdır.

### **h- İş Sağlığı ve İş Güvenliği**

Yıldırı, insan sağlığı açısından çok önemli sonuçlar doğurması nedeniyle iş sağlığı ve iş güvenliği kural ve önlemleriyle yakından ilişkilidir. Başbakanlık Genelgesi'nde psikolojik tacizin önlenmesinin, iş sağlığının geliştirilmesi açısından önemine değinilmiş olup, Genelge tacizi, sağlığı yitirmenin nedeni saymaktadır.

İş sağlığı kavramı, işçinin işe bağlı hastalıklardan korunması için güvenli bir ortam yaratmak ögesi içerdiği gibi iş güvenliği kavramı da sağlığa zarar verecek koşullardan korumak ögesini içermektedir.

Görüldüğü gibi iş sağlığı ve güvenliği kavramı, yalnızca bedensel hastalık veya bozunumları değil, işçilerin tin sağlığı ve güvenliği gibi kavramları da kapsamaktadır.

Anayasanın sağlıklı yaşamı öngörmesi dolayısıyla tin sağlığını güvence altına almak Anayasal bir görevdir. (Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleri)

Borçlar Yasası'nın 417. maddesi konuyu çok açık biçimde dile getirmiştir. "İşveren, özellikle işçilerin psikolojik tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür."

İş Yasası'nın 77. maddesine göre; iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için, işverenin her türlü önlemi alması gerekmektedir. Bu önlemler doğaldır ki tin sağlığı için de alınacaktır. Yarg. 10. HD., 09.07.1975 tarih ve E. 2375 - K. 4424 sayılı kararda "İşçinin beden ve ruh sağlığını koruma konusunda önemli olan yön ... böyle bir önlemin gerekli görülüp görülmediği noktasıdır." diyerek beden sağlığı kadar tin sağlığına da önem verdiğini göstermiştir. Tin sağlığına zararlı olduğu kesin bulunan ve hatta olgunun temel noktası durumuna getiren yıldırıdan koruma ve önlem alma konusu yalnızca bu kararla bile gündeme gelebilir.<sup>60</sup>

20.06.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası, İş Yasası'nın 77. maddesini yürürlükten kaldırmış olup, bu hüküm 1 Ocak 2013'de yürürlüğe girecektir. Ancak aynı Yasanın 4., 5., 6., 15., 18., 22. ve 23. maddelerinde bu yeni düzenlemeler eski hükümlerden çok değişik yaptırımlar getirmemiştir. Fakat maddeler daha sistematik düzenlenmiş olup ayrıntılı hükümler getirmiştir. Ayrıca, bu yasanın bir tek işçi çalıştıran işyerlerine bile uygulanabileceği gözönüne alınırsa, koruma şemsiyesinin çok fazla genişlediği kolayca anlaşılabilir.

Yıldırı, tin sağlığını bozmasının yanı sıra kalp hastalıklarına, mide ve barsak ülserlerine, karaciğer bozukluklarına, uykusuzluğa ve yüksek tansiyon gibi tehlikeli sağlık bozucu durumlara neden olmaktadır. Bunun yanı sıra, bu olguya tanık olan izleyici ve tanıklarda da umutsuzluk, yılgınlık, korku, motivasyon eksikliği gibi rahatsızlıklar oluşturur. Yani hem bireyleri ve hem de topluluğu rahatsız eder, erinci bozar.

### **1- Çalışma Özgürlüğü**

#### **aa- Kavram**

Çalışma özgürlüğü, kişinin en doğal hakla-

rından biridir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 23. maddesinin 1. bendinde “herkesin işini özgürce seçme, adaletli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.” diyerek bu hakkı açık biçimde düzenlemiştir. Anayasanın 48. maddesinde bu anlamda hüküm vardır. Ayrıca Ceza Yasası'nın 117. maddesinde bu özgürlüğe karşı işlenen suçların yaptırımı yer almıştır.

### **bb- Çalışma Özgürlüğünün Sınırlanması**

Çalışma özgürlüğü çeşitli biçimlerde sınırlanabilir. Örneğin bir işçinin başka bir işte çalışması yasaklanabilir. Kısmi çalışan bir kişiye bu yasak, ancak sözleşmeye hüküm konarak getirilebilir. İkinci bir kısıtlama ise rekabet yasağıdır. Bu yasal kavramın da kısıtlamaları bulunmaktadır.

Aslında işverenin hakkı olan bu özgürlük kısıtlamalarının, hakkın kötüye kullanılması yoluyla yıldırıya dönüşmesi olanağı bulunmaktadır. Örneğin kısmi süreli çalışanın, sözleşmesinde ikinci bir işte çalışma yasağı olmamasına karşın, işveren, çeşitli baskıları uygulayarak yıldırı olgusunu gerçekleştirir ve dolayısıyla çalışma özgürlüğünü kısıtlayabilir.

Yahut rekabet yasağı konulmamış bir sözleşmeye, salt işçiyi bezdirmek, işten uzaklaşmasını sağlamak için devamlı olarak rekabet yasağı ile ilgili öneriler getirebilir, kişi zorlanır, baskı yapılır ve yıldırı teknikleri kullanılabilir. Böylece yine bir yıldırı ile karşı karşıya gelinir.

### **1- Ceza Hükümleri**

Ceza Yasasının bazı maddeleri doğrudan doğruya, bazı maddeleri de dolayısıyla yıldırı ile ilgili yaptırımlar içerir. Bu maddeleri şöyle sıralayabiliriz.

Md. 84- İntihara Yönlendirme, Md. 85- Taksirle Öldürme, Md. 89- Taksirle Yaralama, Md. 96- Eziyet, Md. 106- Tehdit, Md. 107- Şantaj, Md. 117- İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Md. 118- Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, Md. 122- Ayrımcılık, Md. 125- Hakaret.

## **VII- İŞVERENİN SORUMLULUĞU**

İşverenin çeşitli yasalardan doğan hukuksal ve cezasal sorumluluk ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

## **1- Sorumluluk ve Yükümlülüklerin Hukuksal Kaynakları**

### **a- Anayasal Sorumluluk**

Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi, 12. maddesindeki temel hak ve özgürlükler kavramını 48. maddedeki çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile 49. 50. 51. 53. 54. ve 55. maddelerdeki çalışma haklarına uymakla işverenler de doğal olarak yükümlüdürler. Başka bir deyişle işçinin çalışma hakkı ve özgürlüğü ile kişilik, onur ve saygınlığını korumak ve gerekli önlemleri almakla işverenlerin yükümlü olmaları, dolayısıyla yıldırıdan sorumlu olmalarını da gerekli kılmaktadır.<sup>61</sup>

### **b- İş Yasası Açısından Sorumluluk**

İşverenin iş sözleşmesinden doğan ikincil borcu, işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğüdür. Yıldırı eyleminde, koruma ve önlem almanın öncelikle işverenlerin sorumluluğunda olduğu, bütünlüğü, Başbakanlık Genelgesi'nde belirtildiği gibi daha önce sözü edilen Yargıtay 9. HD.'nin kararı ile Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin kararında da yıldırı yapılmasını önlemediği için maddesel ve manevi ödence vermesi öngörülmüştür.

### **c- Borçlar Yasası Açısından Sorumluluk**

İşverenin kollama ve gözetme borcu, ilke olarak hizmet sözleşmesinden ve dolayısıyla iş sözleşmesinden doğmaktadır. Borçlar Yasası 417. maddesiyle “işçilerin psikolojik tacize uğramamaları için işverenin gerekli önlemleri almasını” öngörmüştür. İş Yasası'nın 77. maddesi, iş sağlığı ve güvenliği açısından her türlü önlemi almak yükümlülüğünü getirmiştir. Bu yükümlülükler, yalnızca fiziksel ve bedensel korumayı değil, tinsel korunmayı da beraberinde getirir. İşverenin, iş kazalarındaki sorumluluğu da bu düşüncüyü güçlendirmektedir. İş kazaları tanımlanırken “bedence ve tince bozunuma uğratmak” denilmektedir. Demek ki işveren, tince bozunuma uğratan yıldırıyı önlemekle yükümlü olacaktır.<sup>62</sup>

Bu nedenle, işverenin 417. maddeye uyma-

ması, ödenince hakkı doğuracağı gibi İş Yasası 77. maddeye uymaması dolayısıyla da, ödenince ödemek durumunda kalacaktır. Doğaldır ki Yargıtay'ın bu konudaki görüşü de gözden kaçırılmamalıdır. Yargıtay, tehlike sorumluluğu esasına dayanan bir kusursuz sorumluluk olgusunu kabul etmekte olup ayrıca uygun nedensellik bağı kurulmadan sorumluluğun var olmayacağını da belirtmektedir. Yeni İş Sağlığı ve İş Güvenliği Yasası da çeşitli hükümlerinde aynı görüşleri yinelemektedir.

#### **d- Kişilik Haklarının Korunması Açısından**

Medeni Yasa'nın 24. ve 25. maddesi kişilik haklarına yapılan saldırıdan korunmak ve bu saldırıyı önlemek için hükümler getirmiş ve saldırıya uğrayana bu korumanın yapılmasını isteme hakkı vermiştir. Yıldırıya karşı korumak ve önlem almak işverenin sorumluluğunda olduğu için, bu maddeye göre kusuru varsa ödenince verme yükümü ortaya çıkacaktır.<sup>63</sup>

Borçlar Yasası'nın 417. maddesinin gerekçesinde psikolojik tacizler de kişilik değerlerini ihlal eden sebepler kategorisinde sayılmış ve bu kişilik haklarına aykırı davranışlarında sözleşmeden doğan sorumluluk hukuku kurallarının uygulanması öngörülmüştür.<sup>64</sup>

#### **e- Dürüstlük Kuralları Açısından**

İşverenlerin de borçlarını yerine getirirken veya haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına uymaları gerekir. Koruma, gözetme ve önleme borcunu yerine getirirken gereken özeni göstermemesi veya yönetim hakkını kullanırken aşırı sertlik vs. gibi davranışlarla hakkını kötüye kullanması, yıldırı açısından gözönüne alındığında dürüstlük kuralının bozumu olarak gözükecektir.

#### **aa- Eşit Davranma İlkesi**

İşverenin eşit davranma ilkesine aykırı davranışları, eğer bir yıldırı olgusu oluşturmuşsa hem yıldırıyı önlemediği ve hem de eşit davranma ilkesine aykırı olduğu için çeşitli yaptırımlar uygulanacaktır. TİSK de aynı görüştedir.<sup>65</sup>

Buna örnek olarak bir kaç olay gösterilebilir.

- Her çalışanın çağrılı olduğu sinema gösterisine, hedef olan kişinin çağrılmaması,
- Yılbaşında herkese verilen armağanların o kişiye verilmemesi, aynı düzeydeki kişilere verilen cep telefonunun o kişiye verilmemesi,
- Herkesle konuşulup selam verilirken, mağdurla konuşulmaması ve selam verilmemesi gibi...

#### **f- Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Açısından**

Çalışma koşullarında değişiklik yapılırken yasal sınırları aşmak ve yıldırıya neden olmak her zaman görülebilir. Böyle durumlarda işverenin sorumluluğu saptanırsa, ödenince davası ile karşı karşıya gelebilme olasılığı bulunmaktadır.

#### **g- Çalışma Özgürlüğü Açısından**

Çalışma özgürlüğüne aykırı bir eylem acaba işverene bir yükümlülük getirebilir mi?

Eğer işveren, bu özgürlüğü bilerek, bir yıldırı biçiminde zedeliyor ve çalışana manevi eziyette bulunarak, işten ayrılmasını veya haklı haksız tüm buyruklarının yerine getirilmesini amaçlıyorsa, işverenin sorumluluğu tartışılmaz. Eğer bu özgürlük, başkalarının bozuma uğratılıyorsa ve işveren, gerekli koruma önlemlerini almamışsa, yine de sorumlu olacaktır.

#### **h- İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından**

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili her türlü önlemi almak, gerekli örgütlenmeleri yapmak, bazı kişilere görevleri vermekle yükümlüdür. Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası da benzer hükümler getirmiştir.

Sağlık konusu, yıldırının yapmış olduğu ağır baskılar sonucu bozuma uğrayabileceği gibi doğrudan yıldırı da zarar verebilir. Kişilerin böyle durumlarda işverene başvurma hakkı vardır. İşveren bu başvuruya karşı gerekli önlemleri almaz veya saldırıyı önlemezse sorumlu olacaktır. Başbakanlık Genelgesi, bu



noktaya işaret etmiş ve yıldırı sonucu çalışanın sağlığını yitirebileceğine dikkat çekmiştir.

İş kazası ve meslek hastalığı açısından yıldırının önemi de kanımızca incelemeye değer bir konudur. Çünkü gerek iş kazasının ve gerekse meslek hastalığının tanımlarında, bireyin tinsel olarak bozunumu yer almıştır.<sup>66</sup> Yıldırı, bütünüyle tinsel bozunum ve hastalık yaratan bir olgudur. Eğer iş kazasının ögesi ile bağdaşırsa, bu nedenden dolayı da işverenin sorumluluğu sözkonusu olacaktır. Yılgınlık olayı ile kaza arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Örneğin yıldırı dolayısıyla baskıya uğrayan kişi ani bir kalp krizi geçirebilir. Bu tipik bir yıldırı olayı sayılabilir.

### 1- Ceza Hukuku Açısından

Ceza Yasasının birçok hükmü, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 26. maddesi yıldırı açısından yaptırımlar getirmiştir.

### 2- İşverenin Kişiler Açısından Sorumluluğu

Yıldırı, işveren tarafından yapılır veya yaptırılırsa, işveren sorumlu olabileceği gibi, işveren vekilleri, saldırıyı yapan veya izleyen öteki çalışanlar ve alt işveren ile alt işveren çalışanlarının yaptıkları yıldırı eyleminden de sorumlu ve yükümlü olacaktır.

#### a- Yıldırı Yapan veya Yaptıran İşverenin Sorumluluğu

Saldırıya uğrayan kişi, BY. 112. ve BY 49. maddelerine dayanarak işveren aleyhine borca aykırılık ve haksız eylemden dolayı ödence davası açabileceği gibi, BY. md. 58'de yer alan manevi ödence davası da açabilir. Ayrıca Ceza Yasası md. 117'ye göre iş ve çalışma özgürlüğüne aykırı davranmaktan dolayı bir ceza davası açabilir. Bu dava gerçek kişi olan işverene ve tüzel kişilerde Yönetim Kurulu Başkanı yahut işyeri CEO'suna karşı açılabilir. Bundan başka İş Yasası md. 24'e göre sözleşmesini de bozabilir. Medeni Yasa'nın 24. ve 25. maddelerine göre dava açılabilmesinin yanısıra İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın ilgili maddelerine göre de dava açma hakkı sözkonusu olacaktır.

#### b- İşveren Vekillerinin Eyleminden Dolayı İşverenin Sorumluluğu

İşveren vekillerinin oluşturduğu yıldırı olayları dolayısıyla BY. 116. ve 66. maddelerine göre işverenin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu kişilerin, saldırıya uğrayana vermiş oldukları maddesel veya manevi zararları işveren karşılamakla yükümlüdür. Çünkü bu maddelerle işveren yardımcılarının başkalarına verdikleri zararlardan, işverenin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Doğaldır ki işveren, daha sonra bu kişilere dönerek, bu zarar için yaptığı ödenceyi onlardan isteyebilir.<sup>67</sup> Cezasal açıdan suç oluşturan bir eylem varsa ve bu eylemi işverenin azmettirdiği kanıtlanırsa Türk Ceza Yasası'nın 38. ve 39. maddeleri yolu ile işveren de aynı biçimde cezalandırılacaktır.<sup>68</sup>

#### c- Yıldırı Eylemini Yapan Saldırgandan Dolayı İşverenin Sorumluluğu

Yıldırıyı işveren vekilleri olmayan öteki çalışanlar (ast, üst veya eşit durumda olan) da yapabilir. İşveren gerekli önlemleri almamış, gerekli örgütlenmeyi yapmamış veya başka bir deyimle gerekli olan koruma ve gözetme işlemlerini düzenlememiş ise bu kişilerin de eylem ve davranışlarından sorumlu olur. Herhangi bir maddesel veya manevi zarar oluşmuşsa, bu zararı da önlemekle yükümlü olur. Örneğin, saldırıya uğrayan yazılı bir yakınma ile durumu işverene bildirmişse ve işveren bir izleyici gibi davranmışsa sorumlu olacağı kuşkusuzdur. Ancak, yakınmayı ciddi olarak ele almış, yıldırı yapanları uyarmış veya ceza vermişse, işvereni sorumlu tutma olasılığı çok azalacaktır. Aynı durum, yıldırıyı edilgin ve etkin olarak izleyenler için de sözkonusu olur. İşveren, bu kişileri de uyarmamış yahut ceza vermemişse, bu kişilerin verdiği zarardan da rahatlıkla sorumlu tutulabilir.

#### d- Alt İşveren İşçileri veya Geçici İşçilere Karşı Yapılan Eylemlerden Dolayı İşverenin Sorumluluğu

**aa-** Asıl işveren işçileri, alt işveren işçile-

rinden rahatsız olabilir ve onların işten ayrılmaları için yıldırı eylemini uygulayabilir. Her ne kadar asıl işverenin bu işçilere karşı koruma ve gözetme yükümü bulunmasa da, iş sağlığı ve iş güvenliği açısından bütün çalışanlara karşı sorumludur. Bu nedenle gerekli olan yıldırı önlem ve işlemlerini yapmazsa BY. md. 66'ya göre sorumlu olabilir. Çünkü işveren kendi işçilerinin başkalarına karşı zarardan dolayı sorumludur, bunu karşılamakla yükümlüdür.

**bb-** Alt işveren işçileri de asıl işverenin bazı işçilerine yıldırı ve baskı uygulayabilir. Bu durumda, alt işveren bu işçilerin eylemlerinden sorumlu olacaktır ve oluşan zararları ödemek zorunda kalacaktır.<sup>69</sup>

**cc-** Geçici işçilere karşı da, asıl işverenin gözetme ve kollama borcu vardır ve bu kişilere karşı işyerinde uygulanan yıldırı eylemlerinde, aynen kendi işçilerinde olduğu gibi sorumlu ve yükümlü olacaktır. İşverenin doğrudan sorumluluğu söz konusudur. Çünkü işyerinde iş sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemleri almakla asıl işveren yükümlüdür.

Eğer geçici işçiler, asıl işverenin işyerinde asıl işveren işçilerine karşı yıldırı eylemi gerçekleştirirse, kanımca geçici işçilerin işvereni yine BY. md. 66'ya göre, oluşan zarardan dolayı bir ödence davası ile karşı karşıya kalabilir. Çünkü bu durumda, sorumluluk ve yükümlülük, onların işverenine ait bulunmaktadır.

## VIII- UYGULANABİLECEK HUKUKSAL YOLLAR

Yıldırı olgusu ile ilgili olarak çeşitli yasa ve yönetmelikten doğan ve saldırıya uğrayan, işveren, devlet ve saldırgan açısından kullanılabilecek çeşitli hukuksal yollar var olup, iki ana başlık altında incelenebilir.

### 1- Yaptırımlar

Uygulanabilecek yaptırımlar, yönetsel, işletmesel, hukuksal ve cezasal olabilir.

#### a- Saldırıya Uğrayan Kişi/Kişilerin Uygulanabileceği Yaptırımlar

Saldırıya uğrayan kişinin yaptırımları, sal-

dırgan, işverene, işveren vekiline ve hatta izleyici denilen kişilere uygulanabilir.

#### aa- Medeni Yasa'nın 24. ve 25. maddeleri Açısından

Kişilik hakları saldırıya uğrayan bir kişi, MY. md. 24'e göre yargıçtan koruma isteyebilir. Ayrıca bu durumun üçüncü kişilere bildirilmesini veya yayınlanması isteme hakkı da vardır. Bu nedenle bir ödence davası söz konusu değildir. Bildirme veya yayınlama kararı tümüyle yargıcın takdirine bağlıdır.<sup>70</sup>

25. maddeye göre ise saldırı tehlikesinin önlenmesini veya süregelmekte olan saldırıya son verilmesini isteyebilir. Hatta saldırı sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının saptanması istem konusu yapılabilir. Bir yıldırı olgusunun henüz başında yapılan başvuruda, yargıç ciddi ve yakın tehlikeye dair güçlü belirtiler görürse davayı kabul edebilir.<sup>71</sup> Mahkemenin verdiği bu yaptırım niteliğindeki kararlar, saldırgan tarafından yerine getirilmediği takdirde, bu işlemler, icra yolu ile yapılabilir. (3. kişilere bildirme ve yayınlama gibi)

Yaptırım içeren bu davalara, koruyucu ya da kişilik haklarını koruyan davalar denilmekte olup bu davalar, ödence davalarından ayrıktır. Bu davalar, bir saldırıyı önleme, yok etme, etkisizleştirme ve yaptırıma bağlama niteliğindeyken, ödence davaları sonuçları yok etme veya onarmaya yönelik davalardır. Koruyucu davada yalnızca edim önemliken, ödence davasında zarar önem kazanır. Koruyucu davalar, işçinin yerleşim yerinde veya işverenin bulunduğu yerde açılabilir. Zamaşımı bir yıldır.<sup>72</sup> Kanıtlama yükü, saldırıya uğrayan kişiye aittir.

#### bb- İş Sağlığı ve İş Güvenliği Açısından

İşverenin kollama ve gözetme borcu, İş Yasası'nın 77., Borçlar Yasası'nın 417. ve İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 4., 6. ve 10. maddelerinde en iyi biçimde anlatılmış, yalnızca fiziksel ve bedensel sağlık açısından değil, tinsel sağlık ve güvenlik açısından da işverenin gözetme borcu olduğu belirtilmiş, iş kazalarını düzenleyen maddelerde tinsel sağ-

lıktan söz edilmiş, BY. md. 417'de ise açıkça "psikolojik tacize uğramamaları ve zarar görmemeleri" hüküm altına alınmıştır.<sup>73</sup>

Yalnız bu yükümlülükler belirtilmekle yetinilmemiş, çeşitli cezalarla yaptırım altına alınmıştır. İş Yasası'nın 75/a maddesine göre alınmayan her önlem için her ay 226 TL. ceza söz konusudur. İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 26/a maddesine göre de 4/a-b maddelerindeki her yükümlülük için 2000 TL. ve 6. maddenin (ç) bendine göre her önlem için 1000 TL. ve 10. maddenin 4. fıkrasında yazılı kurallara aykırı davranan işverene 1500 TL. ve 22. maddenin 1. fıkrasına göre kurul kurallarına uymayan işverene ayrı ayrı 2000 TL. ceza öngörülmüştür.

İş Yasası'nın 83. maddesi ile İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 13. maddesinin 4. bendi aynı düzenlenmiştir. İşçi, sağlığını yahut güvenliğini tehlikeye düşüren ivedi, yakın ve yaşamsal bir olayla karşılaşırsa bunu işverene yahut iş sağlığı kuruluna bildirecektir. Kurul veya işveren ivedilikle karar vermek zorundadır. Kurul, işçinin isteği doğrultusunda karar verirse, işçi gerekli önlem alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınır, ücret ve öteki hakları devam eder. Kurul yahut işveren tehlike görmezse işçi çalışmakla yükümlü olur.<sup>74</sup>

İleride yıldırı olduğu saptanırsa, işveren ödence ödemekle yükümlü olacaktır. Ayrıca İş Yasası md. 24/II'ye göre işçi haklı nedenle sözleşmeyi bozabilir ve kıdem tazminatını alabilir.

### **cc- Çalışma Koşullarında Değişiklik Açısından**

İşyerlerinde, işçinin işinin veya işyerinin değiştirilmesi sık görülen bir olgudur. Kolaylıkla kötüye kullanılabilir bu hakkın kullanılması için yasa, kısıtlama getirmiş ve bu değişikliğin içinin onayı olmadan yapılamayacağını belirtmiştir. Buna karşın yine de uygulamada iş değiştirme olgusu sıkça yaşanmaktadır. Ekonomik koşullar, yeni iş bulma zorlukları işçiyi, bu değişiklikleri kabule zorlamaktadır. Özellikle iş ve işyeri değiştirme, bir yıldırı olgusu olarak da kullanılabilir. İşçi veya işyeri, haklı bir gerekçe olmadan sık sık değiştirilen bir işçi MY. md. 24'e göre dava

açıp bu işlemin yapılmasını, savını kanıtlayabildiği takdirde durdurabilir. İşveren de işçiyi bu nedenle işten çıkarırsa çok büyük bir olasılıkla mahkemedен işe iade kararı çıkar. Bundan başka, işverenin sözleşmeye aykırı hareket etmesi nedeniyle de ayrıca, işverene karşı maddesel ve manevi ödence davası açabilir ve ödence alabilir.<sup>75</sup>

### **dd- İş Sözleşmesinin Saldırıya Uğrayan Tarafından Bozulması**

- Saldırıya uğrayanın İş Yasası'nın 24. maddesi uyarınca, sözleşmesini kıdem ödencesini alarak bozmak hakkı vardır. Yasanın bu maddesine göre, işverenin işçinin veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak eylemler yapması bir bozma nedenidir. Küçük düşürme, sövme, alay, taciz gibi... Aynı biçimde korkutma, haysiyet kırıcı davranışlar, gözdağı verme... Veya işçinin öteki işçiler tarafından cinsel tacize uğraması, bunu işverene bildirmesine karşın gerekli önlemlerin alınmaması... Fıkra aslında cinsel taciz için kullanılmasına karşın psikolojik taciz için de kullanılabileceği de kanımızca olasıdır.<sup>76</sup>

Bu sayılan durumlar, yıldırı için de neden oluşturabilir. Yeter ki olgu sık sık yinelenen ve belli bir süre içinde yapılsın. Yıldırı niteliğini kazandığı zaman da işverenin kollama ve gözetme borcu dolayısıyla önlem alma zorunluluğu doğar ve bu önlemler alınmadığı takdirde işverene karşı ödence davası açılabilir. 24. maddenin II.bendinin başlığı bile bu düşünceye sağlam bir dayanak olur. Başlıkta yer alan "ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranma" ilkesi yıldırı olgusuna tam anlamı ile uymaktadır.<sup>77</sup>

- İş sağlığı ve iş güvenliği açısından da, saldırıya uğrayanın dava hakkı doğar. İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 13. maddesi "Gerekli önlemlerin alınmadığı durumlarda sözleşmenin bozulacağını" belirtmiştir. Bu madde, doğrudan doğruya İş Yasası md. 24/II'ye yolama yapmaktadır.

Çalışma koşullarının değiştirilmesinin de yıldırı sayılabileceği daha önce anlatılmıştır. İş Yasası md. 24-II/f'ye göre çalışma koşulları ağırlaştırılır yahut esaslı biçimde değiştirilirse, işçiye sözleşmeyi bozma hakkı verilip kıdem ödencesini alabilmesi sağlanmıştır. Burada

## İşveren, yıldırı sorununu çözmek için bazen iyiniyetli davranarak saldırıya uğrayanın işini ve işyerini değiştirebilir.

düşünülecek olay, sözleşmenin bozulmasının, bir yıldırıya karşı bir yaptırım olup olmadığıdır. Çünkü sonuç olarak, saldırganın isteği yerine gelmektedir. Fakat bazen işverenin gerekli ilgiyi göstermemesi dolayısıyla yetenekli ve çalışkan bir çalışanın yitirilmesine neden olabilir. Saldırıya uğrayanın bu yürekli davranışı, bozulan moralleri yerine getirebilir. Saldırıya uğrayan açısından da, sözleşmenin kendi istenci ile sona ermiş bulunması ufak da olsa bir avunç (teselli) olabilir. Bu açıdan, sözleşmenin bozulmasının bir yaptırım olduğu söylenebilir.

### **b- İşverenin Uygulayabileceği Yaptırımlar**

İşverenin almış olduğu önlemler, bazı yaptırımların uygulanmasını gerektirir. Bu cezaların, bir disiplin yönetmeliği içinde belirlenmesinde de büyük yarar vardır.

#### **aa- Disiplin Cezaları<sup>78</sup>**

Disiplin cezaları, uyarı, kınama, ücret kesimi ve işten çıkarmadır. Uyarı cezası, olayın başlangıcında veya çok hafif yıldırı olayında uygulanabilir. Kınama ise daha ağır eylemlerde veya daha ileriye gitmiş aşamalarda kullanılabilir. Ücret kesimi cezasının ağır eylem veya davranışlarda kullanılması uygun olur. Eylemlerin yinelenmesi durumunda bir üst cezanın uygulanması gerekir. Son aşama sözleşmenin bozulmasıdır. İşveren, yaptığı uyarı veya uyguladığı cezalara karşı saldırgan hâlâ yıldırıyı sürdürüyorsa, İş Yasası'nın 18. maddesine göre geçerli nedenle sözleşmeyi bozabilir. İşyerinde argo sözcükler kullanılmasını, Yargıtay işyeri erinç ve düzenini bozucu görmüş ve geçerli nedene dayanan bozmayı uygun bulmuştur.<sup>79</sup> Yeter ki savunma alma, tutanak tutma, nedeni belirtme gibi noktalara dikkat edilsin ve sağlam kanıtlara dayanılsın.

Daha ağır olaylarda ise İş Yasası md. 25/ II'ye göre ödencesiz olarak sözleşmeyi bozabilir. Saldırganın, işçiye veya ailesine satışması, şantaj yapması, cinsel tacize yakın davranışlarda bulunması, işyerinde o kişiye ait güveni tümüyle çökertecek niteliktedir ve ödencesiz bozma yapma olanağını işverene verir. Sonuçta, onur ve saygınlığı ağır biçimde bozacak eylem ve davranışlar, çok ağır niteliktedir. Yargıtay, bir başka kararında korkutma eylemlerinde bulunan saldırganın, hem o kişinin moralini ve hem de çalışma düzenini bozduğunu kabul etmiş ve ödencesiz bozmayı uygun bulmuştur.<sup>80</sup>

#### **bb- İş ve İşyeri Değiştirme**

İşveren, yıldırı sorununu çözmek için bazen iyiniyetli davranarak saldırıya uğrayanın işini ve işyerini değiştirebilir. Böylece o çalışanın yıpranmamasını veya işten ayrılmamasını sağlamaya çalışır. Doğaldır ki bu değişiklikler, işçinin ekonomik, toplumsal, ailesel ve mesleki durumunu kötü yönde etkilemediği gibi onur ve saygınlığını yitirmesine de neden olmamalıdır. Ancak bu değişiklik kötü niyetle yapıp bu olaydan sıyrılmak amacı ile yapılmışsa ve işçi de değişikliği kabul etmemişse, işveren, bu işlem dolayısıyla İş Yasası'nın 22. maddesine dayanarak ödenince vermek zorunda kalabilir.<sup>81</sup>

İşveren, eylem veya davranışları nedeniyle saldırganın da işinde veya işyerinde değişiklik yapabilir. Saldırgan bu değişikliği kabul etmezse, işveren için geçerli nedenle bozma hakkı doğar. Ancak, saldırganın tinsel bozukluğu olması veya ırkçılık, renk, din ve inanç gibi bir nedenden dolayı yıldırı yapmış olması halinde, gönderildiği yerde de aynı sorunları yaratabilir. Bundan dolayı olay her yönüyle incelenmeden değişiklik yapmak yanlış olur. Zaten yukarıda belirtilen ayrımcılık gibi ağır bir neden sözkonusu ise yapılacak en doğru işlem, saldırganı haklı nedenle işten çıkartmak ve aynı zamanda ceza kovuşturması yapılmasını sağlamaktır.

#### **c) Devletin Uygulayabileceği Yaptırımlar**

İş Yasası'nda belirtilmiş bazı cezalar da yaptırım sayılabilir.



- Eşit davranmama ilkesine aykırı davranan işverene her işçi için 127 TL. (Md. 99/a)

- İş sağlığı ve güvenliği için gerekli önlemleri almayan veya iş sağlığı ve güvenliği kararlarına uymayan işverene 1.416 TL. (Md. 105 uyarınca) (Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası 26/1, 1 Ocak 2013'ten itibaren uygulanacaktır ve ceza tutarı 2000 TL.'dir.)

- İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliklerine göre alınmayan her önlem için ve her ay 282 TL. ceza verilmesi md. 105/a da kararlaştırılmıştır. Ancak yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'na göre 1 Ocak 2013'den itibaren ek-sik her önlem için 1000 TL. para cezası uygulanacaktır.

Bu cezalar, aykırı davranan işverence işveren vekillerine uygulanacak olup, yıldırı olayının bu ilkelere aykırılık oluşturması durumunda uygulanacaktır.

## 2- Açılabilir Davalar

Saldırıya uğrayan kişi, işverene dava açabildiği gibi, saldırgana ve hatta izleyicilere bile dava açabilir. Saldırgan ve izleyicilerin de gerek işverene ve gerekse saldırıya uğradığını savlayan kişiye dava açma durumları sözkonusu olabilir.

### a) Saldırıya Uğrayanın Açabileceği Davalar

Saldırıya uğrayanın açabileceği üç çeşit dava vardır. Önlem davaları, ödence davaları ve ceza davaları...

#### aa- Önlem Davaları

Saldırıya uğrayan kişi, Medeni Yasa'nın 24. maddesine dayanarak hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırıda bulunanlar hakkında saldırının durdurulması davası açabilir. Bu dava, saldırıda bulunan iş arkadaşlarına, işveren vekillerine ve işverene karşı açılabilir. Saldırımı, iş arkadaşları yapmışsa Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açılacaktır. Çünkü işçiler arasındaki davalar İş Mahkemesinde görülmez. Oysaki işveren veya işveren vekillerine açılacak davalar, İş Mahkemesinde açılacak ve saldırının durdurulması istenecektir. Kusur aranmayacak, saldırının varlığı yeter-

li olacaktır. Saldırı devam ettiği sürece dava açılabilir. Saldırıda ayrı ayrı hukuka uymayan davranışlara bakılmaz, süreç bütün olarak değerlendirileceği için tümüne bakılır ve böyle bir sürece işçinin katlanmak zorunda kalması hukuka aykırı olarak, bir yıldırı diye nitelendirilerek durdurma kararı verilebilir. Eylemler tek tek hukuka aykırı olmayabilir, ancak çok sık arayla yapılması ve amacın, işçiyi işten çıkarmaya zorlamak olması, kişiyi bunalıma sokacak nitelikte olup, yıldırı niteliğindedir. Uygulamadaki bir örnek çok belirgin bir yıldırıyı gösterir. "Bir üst düzey yöneticisi, yarımcısının işten ayrılmasını istemiş ve yıldırım amacı ile üç saat içinde aynı mealde 68 e-mail göndererek işin bitirilip bitirilmediğini sormuştur. Saldırıya uğrayan kişi, bezginlik getirerek işten ayrılmıştır." İşte bu olay, tipik bir yıldırı olgusudur.

Medeni Yasanın 25/II maddesi uyarınca, yeni bir yıldırı tehlikesi varsa, bu tehlikenin önlenmesi için, saldırıya uğrayan dava açabilir. Tehlikenin ciddi ve yakın olduğu kanıtlanırsa yargıç, saldırıya son verilmesine karar verebilir.

Saldırı bittikten sonra bile, saldırıya uğrayan saldırının hukuka aykırı olduğu savı ile dava açabilir. Saldırının etkileri hala devam ediyorsa bu dava edilebilir. Örneğin, yıldırı niteliğindeki dedikoduların yapılması yüzünden işten ayrılan kişi, kolayca iş bulamayabilir. Saldırıya uğrayan bu nedenle kararın yayınlanmasını ve üçüncü kişilere bildirilmesini isteyebilir. Ancak yayında, yargıcın kınama kararı yoktur. Ayrıca manevi ödenceyi hak kazandıran koşulların da bulunması gerekmez.<sup>82</sup>

#### bb- Ödence Davaları

Saldırıya uğrayanın açabileceği davaları, Medeni Yasa, Borçlar Yasası, İş Yasası'na dayanmaktadır.

#### aaa- Haksız Eylem ve Borca Aykırılık Davaları

Borca aykırılık BY.'nin 112. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "borç hiç ve gereği gibi yerine getirilmezse, borçlu, kursesiz olduğunu kanıtlamadıkça, alacaklının

bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” Yıldırı olayında kişi bir zarar görmüşse bu zararın ödenmesini saldırgandan isteyebileceği gibi, gerekli önlemleri almayan işveren de isteyebilir.

Eğer, kusurlu ve hukuka aykırı bir eylemle, zarar görmüşse, BY. md. 49’a göre yine ödenince isteyebilecektir. Ancak haksız eylem davasında işçi kanıtlamak zorunda iken borca aykırılık davasından işveren kusursuzluğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Haksız eylemde, iki yıllık zamanaşımı varken, borca aykırılık da bu süre on yıldır.<sup>83</sup>

#### *bbb- MY md. 25’e Göre Açılacak Dava*

Yıldırının durdurulması veya sona erdirilmesi ile ilgili bir karar çıkmışsa, saldırıda bulunan tarafın bu eylem veya davranışı sonlandırması gerekir. Eğer sonlandırılmazsa, işveren gerekli önlemleri almazsa ve bir kusuru yoksa BY. md. 49’a göre haksız eylemden olayı bir ödenince davası açılabilir. Eğer saldırı, işveren veya işveren vekillerince yapılmışsa veya gerekli önlemler alınmamışsa, BY. md. 112 uyarınca onlara karşı ödenince davası açılabilir.

#### *ccc- Haksız Eyleme Dayanan Ödenince Davası*

Yıldırı yapanlara karşı, MY hükümlerine başvurmadan da, haksız eylemden dolayı dava açılabilir. Bu davada saldırıya uğrayan, yıldırı süresini, saldırganın kusurlu eylemlerini, saldırı süresi ile maddesel zarar arasındaki nedensellik bağı ve uğradığı zararı kanıtlamakla yükümlüdür.<sup>84</sup> Performans düşmesiyle yitirilen primler, devamsızlık dolayısıyla kesilen ücretler, hastalık giderleri, işten ayrılmışsa, yeni iş buluncaya kadar geçen zamandaki gider yitimleri istenebilecek zararlar arasındadır.

#### *ddd- Borca Aykırılık Davaları*

Yukarıda anlatıldığı gibi işveren ve işveren vekillerine kollama ve gözetme borcu dolayısıyla, BY. md. 112’ye göre ödenince davası açılacağı gibi bu kişiler, BY. md. 66’ya göre kendi adamının yıldırı yapması dolayısıyla uğranılan zararlardan da sorumlu olacaktır. İşveren, gerekli talimatların verildiğini, düzenlemelerin yapıldığını ve zararın olmama-

sı için gerekli özenin gösterildiğini kanıtlarsa bu zarardan sorumlu tutulmayacaktır.

#### *eee- İşveren Vekillerinin Eylemleri Dolayısıyla Açılacak Davalar*

BY. md. 116’ya göre yardımcı kişilerin eylemlerinden işveren de sorumludur. Bunların eylemlerinden dolayı işveren yine sorumlu olacaktır. Demek ki böyle bir durumda hem işveren ve hem de işveren vekilleri sorumlu olacaktır. Bu davalarda kusur aranmayacak, ancak yıldırı olayı ile uğranan zarar arasındaki nedensellik bağı kanıtlanacaktır. Yarg. HGK. E. 21 - 673 - K. 641 ve 12.11.2003 tarihli kararı.<sup>85</sup>

#### *fff- BY md. 417’ye göre Açılacak Dava*

Maddede, işverenin gerekli önlemleri alınması gerektiği belirtilmiş olup, buna göre önlem alınmaz veya işçinin kişilik hakları korunmazsa, doğabilecek her türlü zarardan dolayı sorumlu olacaktır. İşveren, kusursuzluğunu kanıtlamakla yükümlüdür.<sup>86</sup>

#### **cc- Eşit Davranma İlkesine Dayanarak Açılacak Dava**

Eşit davranma ilkesine aykırı davranan işverene karşı işçi, İş Yasası’nın 5. maddesine göre bu hak ve çıkarların kendisine uygulanmasını isteyebilir ve hem de ayrıca dört aylık ücret tutarına kadar ödenince isteminde bulunabilir. Bu davalarda, eşit davranma ilkesine işverenin uymadığını kanıtlamakla yükümlüdür. Eğer yapılan bu ayrımcılık bir yıldırı niteliğini taşıyorsa, durum değişecektir.

Çalışan, yıldırı olgusu amacı ile yapılan bir ayrımcılığı güçlü biçimde ortaya koymamışsa, kanımızca kanıtlanma yükü işverene geçecektir. Bu olay, belli bir süreç içinde oluşacağı için, işverenin kanıtlanma yükünü taşıması gerekecektir. Çünkü bu süreç içinde birtakım davranışlar meydana çıkacaktır. Çalışan işverene yakınmada bulunacaktır.

Bunlara karşın, işveren herhangi bir önlem almaz veya herhangi bir yaptırım uygulamazsa, yıldırıdan dolayı sorumlu duruma düşecek ve işçinin ödenince davası açabilme olanağı doğacaktır. Yine kanımızca, hem bir ödenince davası açılabilir ve hem de dört aylık ödenince

istemini ayrıca ileri sürebilecektir. Çünkü ortada bir yıldırıya öteki de ayrımcılığa yönelik olan iki dava konusu bulunmaktadır.<sup>87</sup>

#### **dd- İş Güvencesi Kavramına Aykırılıktan Doğan Dava**

İşçiye, işyerinde işten ayrılması için yıldırı yapılmış olabilir. İşçi bu ikale sözleşmesini imzalamayabilir. İşveren, geçerli bir nedene dayanmadan bu işçiyi çıkartırsa, mahkeme, işe geri dönme kararı verecektir. İşveren, işçiyi işe almazsa da hükmedilen ödenteleri alabilecektir. Ancak, bu davanın yanısıra, kişisel haklarına, onur ve saygınlığına saldırıldığı savıyla maddesel ve manevi ödense davalası açabilir. Yıldırı savı kabul edildiği takdirde bu ödenteleri alabilir. Mahkemenin işe geri gönderip göndermemesi, anılan ödenteleri almasını engellemez; çünkü bu davalar, işten çıkarılmaya değil, yıldırıya dayanmış olacaktır.

#### **ee- İş Sağlığı ve İş Güvenliği Dolayısıyla Açılabilir Davalar**

Yukarıda da açıklandığı gibi iş sağlığı ve güvenliğine aykırı davranışlar, bir yıldırı oluşturabilecek nitelikte olabilir. Böyle durumlarda, işçinin saldırgan karşı zararlarının giderilmesi yolunda bir dava açabileceği olanağı kesinlikle vardır. Ayrıca işveren gerekli önlemleri almazsa ya da başvuru ve yakınmalara karşı gerekli yaptırımları uygulamamışsa, saldırıya uğrayan, işverene karşı da dava açabilir, dava işverenin kollama ve gözetme borcu dolayısıyla açılabilir.

Yıldırı, uygulamada sık rastlanmasa da, iş kazası veya meslek hastalığı sonucunu da doğurabilir. Yıldırımın esas etkisi ve zararı, tin sağlığını bozucu davranışlardır. Bu davranışlar ve eylemler, tin sağlığı bozulan bir çalışanın iş kazası yapmasına neden olabileceği gibi depresyon, panik atak gibi kalıcı tinsel hastalıklara da neden olabilir. Çünkü kazanın oluşması veya bir mesleksel hastalığın ortaya çıkması, çalışanın mesleksel etkinlik içinde bulunduğu zamanda oluşan eylemler dolayısıyla olmuştur.<sup>88</sup> Böyle bir durumda, işçi saldırgan karşı, zararların giderilmesi için dava açabileceği gibi, işverene de gerekli ön-

lemleri almaması, başvuru yahut yakınmada bulunmuş ise gerekli işlem ve yaptırımları uygulamaması nedeniyle bu davalar açılabilir.

#### **ff- Manevi Ödense Davaları**

Yıldırı eylem ve davranışlarının manevi ödense davalarına konu olabileceği kuşkusuzdur. İnsanın kişiliğini, tinsel yaşamını rahatsız eden, bozunuma uğratan eylem ve davranışların, bedensel zararlara neden olduğu, manevi çöküntüler yaşattığı çok açıktır.

##### *aaa- Kavram*

Kişisel haklara yapılan bir saldırı maddesel zarar doğurmasa bile manevi zarar doğurabilir. İstirap, şiddetli üzüntü, utanç vs. gibi... Bedene zarar verilmişse, maddesel tazminatın yanısıra yargıcın takdirine göre belli bir tutar manevi ödense de verilebilir.

Manevi ödense şu tanımı da konuyu tamamiyle açıklamaktadır. “Bir kişinin beden ve tin bütünlüğünün zedelenmesi veya ölmesi durumunda manevi ödense verilebilir. Bu ödense ana ögesi “acı çekme ve elemidir.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre de işverenin kusuru ana koşul değildir. Olgu ile zarar arasındaki nedensellik bağı kanıtlanırsa, yargıcın takdirine göre manevi ödense verilir. Manevi ödense hem saldırgan ve hem de işverene karşı açılabilir.

##### *bbb- Ölçütleri*

Kusur aranmamış olsa bile bu durum yine ödenseyi etkiler, az kusurda daha az ödenseye hükmedilir.

Ortaya çıkan hasarın azlığı veya çokluğu da ödense belirlenmesinde bir ölçüt olur.

Bu ödense, maddesel yitimleri gidermek için verilmez. Önemli olan bir ölçüde, acı ve elemi yitirilmesidir. Bu nedenle, ödense, nedensiz zenginleşme kurallarına uygun olması gerekir. Başka bir deyişle bu ödense, yıldırıya uğrayanın maddesel durumunu iyileştirmek amacını taşımaz ve bu amaç aşılıyorsa, nedensiz zenginleşme sözkonusu olacaktır. Yarg. 9. HD. 12583 E. - K. 12584 sayılı ve 27.12.1998 tarihli bir kararında bu noktayı açıkça belirtmiştir. “Manevi tazminatın takdi-

rinde tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile manevi tazminatın özendirici ve zenginleştirici olmama gibi etkilerinin gözönünde tutulması gerekir.<sup>89</sup> Bu düşünceye karşıt bir düşünce, hakkın kötüye kullanılması amacını taşıyacaktır.<sup>90</sup>

#### *ccc- Manevi Ödencenin İstenebileceği Olgular*

Manevi ödence davaları, hem borca aykırılık ve hem de haksız eylem niteliğindeki olgularda açılabilir.<sup>91</sup>

BY.'nın 112., BY.'nın 116. maddeleri ile İş Yasası 77. ve İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 4. ve devamı olan maddelerine göre açılacak davalar, işverenin, kollama ve gözetme borcuna aykırılık nedenini temel alır, BY. md. 417'ye göre açılacak dava da bu niteliktedir. Ancak MY. md. 25'e ve BY.'nın 49. maddesi hükümlerine aykırılıktan doğan, haksız eylem temelli davalardır. Şu halde yıldırı eyleminde bulunan herkese karşı maddesel ödence davaları yanında manevi ödence davaları da açılabilir.

#### **gg- Ceza Davaları**

Türk Ceza Yasasında yıldırıyı doğrudan doğruya cezalandıran bir hüküm yoktur. Buna karşın, yasaya, serpiştirilmiş bulunan birçok hükümle biraz dolaylı da olsa uygulanabilecek yaptırımlar bulunabilir.

#### *aaa- Önemli Birkaç Kavram*

Uygulama açısından önem taşıyan birkaç kavram, kısaca şöyle açıklanabilir.

- TC Y. 38. maddeye göre, başkasını suç işlemeye özendiren, azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. Suç işleyen kişiye maddesel ve manevi olarak yardım etmek yahut güç ve yetkisini kullanarak o işi yapmaya zorlamak da azmettirme sayılır.

- Esas suçu işleyenlerin hepsi, asıl suçlu sayılır. (TC Y. md. 37)

- Suça özendirmek, kararını güçlendirmek, yardımda bulunacağını vaat etmek, suç işlenmesini kolaylaştırmak veya yardım etmek suça yardım sayılır. Bu kişilere verilecek ceza, suçun yarısı kadar olur ve sekiz yılı geçemez. (TC Y. md. 39)

-TC Y md. 22'de yer alan taksir kavramı, yıl-

dırıda çok önemlidir. Taksir "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın, suçun yasal tanımında belirtilen sonucunun öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir." biçiminde tanımlanmıştır. Eğer kişi sonucun böyle olmasını istememekle birlikte, bilerek davranışı yapar ve eylemi devam ettirirse buna bilinçli taksir denilmektedir. Bilinçli taksirde ceza üçte bir oranında artırılır.

Yıldırıda işlenen suçlarda bilinçli taksir vardır. Çünkü saldırgan, o kişinin hastalanmasını, tinsel durumunun bozulmasını istememekle birlikte, böyle bir sonuç doğuracağını bilir ve eylemi yapar.

#### *bbb- Açılacak Bazı Davalar*

- Saldırıya Uğrayanı Öldürme Girişiminde Bulunmaya Özendirme

Hedefin duygu ve duyarlılık eşliğinin yüksek olduğu olaylarda, yıldırının son aşamalarında ağır bir depresyon ve kendisini öldürme girişimleri oluşabilir.<sup>92</sup> Yıldırıda bulunan da bu durumu görerek, o çalışanın üstüne giderek, önlemlerin tek çare olduğunu söyleyebilir. İşte bu olay, TC Y. md. 84'e göre suçtur ve iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. Eğer girişim, intiharla sonuçlanmışsa ceza dört yılla on yıl arası olacaktır. Dava, ağır ceza mahkemesinde görülür.

- Yıldırı Sonucu Ölüm

Sık olmamakla birlikte yıldırı sonucu, saldırgan kişi ölebilir. Örneğin, tansiyonu yükselen bir kişiye sık sık bağrılıp ağır sözlerle yıldırı yapılırsa, ani bir kap krizi geçirir veya bir beyin kanamasına uğrayıp ölebilir. Eğer olayla oluşum arasındaki nedensellik bağı kanıtlanırsa, bu olay, taksirle adam öldürme suçuna girer ve cezası iki yıl ile altı yıl arası hapistir ve Ağır Ceza Mahkemesinde görülür. (TC Y md. 85)

- Yıldırı Sonucu Yaralanma

TC Y.'nin 89. maddesinde düzenlenmiştir. 1. fıkrasında şöyle belirtilmiştir. "Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan .....". Demek ki tinsel bozunumlar da yaralanma kapsamına girer. Yıldırıda, en çok tin yaralanır, insanların tinsel ve manevi varlığı zedelenir, bozulur. Bu nedenle,



yıldırı olgusunda, bu maddenin uygulanma olasılığı çok yüksektir. Cezası üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olup, Sulh Ceza Mahkemesinde görülür.

- Eziyet Suçu

TC Y.'nin 96. maddesinde eziyet suçu tanımlanmıştır. Eziyet etmenin sözlük anlamı aşırı güçlük ve sıkıntı çektirmektir.<sup>93</sup> Sıkıntı, yorgunluk çektirmek, canını yakmak, acı vermek anlamına gelir. Yıldırı olgusunun doğasında, bu öge vardır. Bu nedenle, eziyet suçu da işlenmiş olur. Cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis olup, Asliye Ceza Mahkemesinde görülür.

- Korkutma (Tehdit)

TC Y.'nin 106. maddesinde düzenlemiştir. Bir kişinin kendisinin veya yakınının yaşamına, beden ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğini belirtmektedir. Korkutma, yıldırının bir aygıtıdır. Tek başına da bir suç olan korkutma, yıldırı olayının içinde ele alınarak, suçun ağırlaştırılması ve en ağır ceza sınırından ceza verilmesi uygun olur. Cezası altı aydan iki yıla kadardır. Asliye Ceza Mahkemesinde görülür.

- Şantaj Suçu

TC Y.'nin 107. maddesinde yer almıştır. "Kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacı ile bir kişinin şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya bunlara dayanılacağı ile korkutulması durumunda...." anlatımı ile şantaj tanımlanmıştır. Suçun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis ve 5000 güne kadar adli para cezasıdır. Yıldırıda kullanılan etkin araçlardan biri de şantajdır. Eğer bir şantaj suçunun yıldırı amacını güderek yapıldığı saptanırsa, ceza sınırının en üstünü vermek kanımızca doğru olacaktır. Dava Asliye Ceza Mahkemesinde açılacaktır.

- Cebir (zor ve güç kullanılması)

Bir kimseye bir şeyi yapması veya yapmaması için güç kullanırsa...." anlatımı ile TC Y. 108. maddesinde yer alan bu kavram, yıldırıda az şiddette de olsa kullanılan bir araçtır. Cezası yaralama suçunun cezasının üçte birinden yarısına kadar ortalaması olup, Asliye Ceza Mahkemesine başvurulur.

- İş ve Çalışma Özgürlüğüne Aykırı Davranışlar

Yıldırı çok rastlanan bir olgudur. TC Y.'nin 117. maddesine göre; bu özgürlüğe, cebir, korkutma ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engel olanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası uygulanacaktır. Yakınma üzerine, dava Sulh Ceza Mahkemesinde görülür.

- Ayrımcılık Suçu

TC Y.'nin 122. maddesi ile düzenlenen bir suç, kişinin bir hizmet yapmasında ya da ona bir hizmet yapılmasında, din, dil, mezhep, cinsiyet, özürüllük, ırk, renk, siyasi düşünce, felsefi düşünce gibi ayrımcılık yapılmasını yasaklamış ve altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilmesini öngörmüştür. Bu dava da Sulh Ceza Mahkemesinde görülecektir.

- Düzen ve Sukunu Bozma

Bir kimsenin salt erinç ve dinginliğini bozmak için sık sık telefon edilmesi, gürültü yapılması gibi eylemlere, yakınma üzerine Sulh Ceza Mahkemesince üç aydan bir yıla kadar hapis cezası veren bu hüküm, TC Y.'nin 123. maddesinde de yer almıştır. Yakınında yüksek müzik dinletmek, saçma sapan veya gizemli telefonlarla rahatsız etmek çok rastlanan bir davranıştır. Bu nedenle de saldırgan ceza verilebilir.

- Hakaret

TC Y.'nin 25. maddesinde "bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığını rencide edilecek nitelikte somut bir eylem veya olgu isnat eden veya söverek saldırgan kişiye üç aydan iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası verilir." diyerek hakaret suçu belirtilmiştir.

Hakaret suçu yıldırı kapsamında yer almışsa, ayrıca da cezalandırılabilir.

- Mala Zarar Verme

Yıldırı amacı ile cam kırma, lastik kesme, bilgisayar bozma gibi davranışlar da TC Y.'nin 151. maddesine göre cezalandırılacaktır. Dört aydan üç yıla kadar hapis veya asli para cezası olan bu eylemler yakınma üzerine Asliye Ceza Mahkemesinde açılır.

### *ccc- Kanıtama Yükümü*

Yıldırı dolayısıyla açılacak bu davalarda en büyük sorun, yıldırının varlığını kanıtlayabilmektir. İlke olarak, kanıtama yükü, saldırıya uğrayanın üzerindedir. Ancak bu yükümü biraz

yumuşatmak yerinde olur. BY. md. 112 veya İş Yasası 19. maddede olduğu gibi kanıtlama yükünü işverene bırakmak ya da Fransız hukukunda olduğu gibi, yıldırıyı gösterecek ciddi belirtilerin olması durumunda, kanıtlama yükünü işverene bırakmak daha uygun olacaktır.<sup>94</sup>

### **b- Saldırmanın Açabileceği Davalar**

Saldırgan, kendisinin saldırıda bulunmadığı veya yaptığı davranış ve eylemlerin hukuka aykırı olmadığını savlayabilir ve saldırıya uğrayandan yahut işverenenden ödenince isteyebilir.

#### **aa- Ödenince Davası**

Saldırgan, kendi aleyhine açılmış olan ödenince davasını kazanıp, hukuka aykırı bir eylem yapmadığını kanıtlamışsa davayı açan saldırıya uğrayana veya işverene karşı dava açabilir. Onur ve saygınlığın sarsıldığını savlayarak BY md. 58'e göre dava açabileceği gibi prim yitimi, terfi edememe, zam yapılmaması gibi nedenlerle BY md. 49'a göre ödenince davası açabilir.

**bb-** İşveren, saldırımanın işinin değiştirmişse veya bu yüzden mesleki saygınlığını yitirmiş ya da parasal durumunda azalma olmuşsa BY md. 51 yoluyla maddesel ödenince ve BY md. 58 dolayısıyla manevi ödenince isteyebilir.

#### **cc- İşe Geri Dönme Davası**

Saldırgan, eylemleri dolayısıyla işten çıkarılmışsa, işe geri dönme davası açabilir. Ancak, gerçekten yıldırı yaptığı mahkeme kararı ile saptanıyorsa, kanımızca yargıç, işe geri dönme kararı vermez. Çünkü bu davranış iyiniyet ve ahlak kurallarına aykırıdır. Yarg. 9. HD. E. 6471 - K. 35643 sayı ve 10.11.2005 tarihli kararında "korkutma eylemi" dolayısıyla işten çıkartılan bir kişinin bu istemini reddetmiştir.<sup>95</sup> Sözleşme geçerli nedenle bile bozulmuş olsa, yine bir işe geri dönme davasında yargıç davayı kabul etmeyebilir. Çünkü işyerinde psikolojik olarak iş arkadaşları rahatsız olmuş, iş akışı ve ortamı bozulmuştur. Bu nedenle, saldırımanın işyerinin güvenini sarstığı açıkça bellidir ve bu da bir geçerli bozma nedenidir.<sup>96</sup>

#### **dd- Ceza Davası**

Saldırgan, TC Y.'nin 267. maddesine dayanarak, iftira davası açabilir. Eğer saldırımanın bu

suçu kanıtlanmamış, yönetsel bir yaptırım uygulanmamış veya açılan davalarda aklanmışsa iftira davasını açma ve kazanma olasılığı yüksek olacaktır.

## **IX- YILDIRIYLA İLGİLİ OLARAK ALINABİLECEK ÖNLEMLER VE GEREKLİ ÖRGÜTLENMELER**

### **1- Devletin Oluşturacağı Örgüt ve Alacağı Önlemler**

#### **a- Yasama Düzenlemeleri**

Herşeyden önce Devlet tarafından en kısa zamanda bir Yıldırı Yasası çıkartılması, bu yasadaki eylem ve davranışların hukuksal tanımları, yaptırımlar, açılacak hukuk ve ceza davaları ayrıntılı olarak yer almalıdır. Ayrıca yapılması gerekli yönetsel, eğitimler ve örgütsel konularda yasadaki yer almalıdır.

#### **b- Yönetsel Düzenlemeler**

Başbakanlık Genelgesi'nde belirtilen kural, Bakanlık bünyesinde bir birime dönüştürülmesi, ayrıca yıldırı müfettişliği kurulmalıdır.

Eğitim birimleri içinde eşgüdüm kurulmalı, gerekli kitap vs. gereksinimler yayınlanmalıdır.

OSGB'lere benzer kurumların oluşması düzenlenmeli, işyerlerinin bu kurumlardan hizmet almaları sağlanmalıdır. Ayrıca, bu kurumlara başvurmada da bir yıldırı uzmanını çalıştırılmaları noktası düzenlenmelidir. Bu kurumlarda, en az bir psikiyatri ve bir hukukçu (olanaklar ölçüsünde iş hukukçusu) mutlaka bulunmalıdır. Yıldırı uzmanlarının çalışma süreleri ve özlük hakları da yönetmeliklerle düzenlenmelidir.

#### **c- Eğitim**

Bakanlık, kendi olanakları ile ve dış kurumlardan da yardım alarak, yıldırı seminer ve kursları düzenlemeli, çalışan ve işverenlere yardımcı olunmalıdır.

#### **d- Denetleme**

Bakanlık özel müfettişleri ile işyerlerine kurulacak savaşımlar merkezlerini her yıl bir

kez veya herhangi bir yakınma üzerine derhal denetlenmelidir.

## 2- İşverenin Alabileceği Önlemler

İşverenlerin de işyerlerinde alabileceği pek çok önlem vardır. İşyerinde, pek çok değişik kültürden, eğitimden, meslekten, ortamdandır ve hatta ülkeden gelen insanlar çalışabilir. Özellikle işyerleri büyüdükçe çalışan sayısı artar ve bu ayrılıklar daha da keskinleşir. İşte bu bakımdan en önemli konu farklılıkları yönetmektir. Farklılık yönetimi, bilimsel bir terim olup şöyle tanımlanmaktadır. “Bir örgütte herkesin kendinden bir şeyler katabileceği, örgütün hedefleri için tüm performanslarını ortaya koyabileceği bir ortam yaratmak, daha yalın bir anlatımla, farklı ulus, ortam ve kültürden gelenlerin birlikte rahatça çalışabilecekleri bir ortak kültür oluşturmak amacını taşıyan yönetime denir.”<sup>97</sup>

### a- Strateji ve Politika

- Yıldırını yok etmek veya azaltmak için farklılıkları iyi bir işletme politikası ile yönetmek gerekir.
- Bu politikada belirtilen değer ve kurallar iyi uygulanırsa bir süre sonra kurumda ortak bir kültür gelişir. Çalışanlar arasında ve çalışanlarla işveren arasında bir güven ortamı sağlanır.<sup>98</sup>
- Bu politikaların açık biçimde düzenlenmesi gerekir. (duyuru levhaları, e-mail gibi araçlarla)
- Yönetimlerin astlarını bu konularda bilgilendirmeleri uygun olur.
- Yıldırını önleyecek bir örgüt yahut kurulun işyerinde kurulması yararlı olur.

### b- Kural Koymak

Yıldırı açısından izlenecek çeşitli süreçler için kurallar konulur. Aynı bir yönetmelikle düzenlenir veya personel yönetmeliğine kurallar konulabilir.

- Toplu İş Sözleşmesi

Toplu İş Sözleşmesine de hüküm konulabilir.

- İşveren Etkinlikleri

İşverenin koçluk ve mentorluk eğitimleri,

yetkinlik çözümlenmeleri, yıldırı eğitimleri de yararlı sonuçlar sağlar.

- Başvuru ve Yakınma Yolları

Başvuru ve yakınma yolları, yönetmelikte belirlenirse daha kolay çözümler bulunabilir.

- Disiplin ve Ceza Hükümleri

Yazılı biçimde belirlenecek kurallarla disiplin ve ceza hükümleri konur. Bu kuralların aşamalı olması, eylemlerin ağırlığına göre verilmesi ve eylemin yinelenmesi durumunda cezanın ağırlaştırılması gibi hususlara dikkat edilmelidir.

- İşyeri Örgütlenmesi

İşyerine bordrolu bir yıldırı uzmanı alınması veya dışarıdan kısmi zamanlı olarak sağlanması da çok yararlı olacaktır. Bu uzman, işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı, insan kaynakları yöneticisi ile eşgüdümlü çalışmalı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu'na katılmalıdır. İşçilerle ve yöneticilerle yakın temasta olmaları, yakınmaları nesnel biçimde dinlenmelidir. Ayrıca işyerinde sendika varsa, sendika ile de yakın ilişki içinde bulunmalıdır.

## DİPNOTLAR

- 1 Av. Demir, Şamil; Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Bahar 2009, 2. sayı, sf. 139.
- 2 Yıldırım, Tülin; İnternet Notları.
- 3 Prof. Dr. Tınaz, Pınar; Bayram-Engin; Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutları ile İşyerinde Psikolojik Taciz, İstanbul, 2008, 1. Bölüm, sf. 3 (Mobbing).
- 4 Savaş, Fatma, Burcu; İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul, 2007, sf. 6.
- 5 Çobanoğlu, Şabanoglu; Mobbing, İstanbul, 2005, sf. 21.
- 6 Gün, Hüseyin; Çalışma Ortamında Psikolojik Taciz, 2. Bası, Ankara 2010, sf. 16.
- 7 Schwartz and Elliot; Emotional Abuse on the American Workplace, 1999.
- 8 Av. Bilgili, Abbas; İş Hukuku Açısından Mobbing (Psikolojik Taciz) Adana 2012, sf. 7.
- 9 Prof. Dr. Tınaz, Pınar; Mobbing Tanısı ve Olgularla Mücadele, Mercek Dergisi, İstanbul 2011, s. 63, sf. 63.
- 10 Güngör, Meltem; Çalışma Hayatımızda Psikolojik Taciz, İstanbul 2008, sf. 10.
- 11 Gün, Hüseyin; a.g.e sf. 16-17.
- 12 Göker, Asiye Teker; İşyerinde Yıldırma, İstanbul, 2008, sf. 19.
- 13 Av. İnce, Ergun; İşyerlerinde Korkulu Bir Düş Yıldırı (Mobbing) İstanbul 2012, sf. 18 (Yıldırı).

- 14 Göker, Asiye Teker; a.g.e. sf. 19.
- 15 Savaş, Burcu Fatma; a.g.e. sf. 19.
- 16 Av. Bilgili, Abbas; a.g.e. sf. 9.
- 17 Av. Bilgili, Abbas; a.g.e. sf. 9.
- 18 Av. İnce, Ergun; Yıldırı, sf. 24.
- 19 Göker, Asiye Teker; a.g.e. sf. 20.
- 20 Savaş, Burcu Fatma; a.g.e. sf. 20.
- 21 Prof. Dr. Aytaç, Serpil; İşyerinde Psikolojik Taciz Davranışının İş Stres Tepkileri Üzerine Etkisi, Bir Araştırma, Mercek Dergisi, İstanbul 2005, s. 1, sf. 51.
- 22 Prof. Dr. Tınaz, Pınar; Mobbing, sf. 62.
- 23 Prof. Dr. Aytaç, Serpil; a.g. m. sf. 13.
- 24 Güngör, Meltem; a.g.e. sf. 98-108.
- 25 Dr. Gökmoğol, M. Ruhi; İş Yaşamındaki Kadının Mobbing (Yıldırı) Anlama Düzeyi ve Başbakanlık Genelgesi Üzerine Çalışma (Editör Tekin, M.) İşletmecilik Kongresi Bildiriler Kitabı, Konya 2012, sf. 133.
- 26 Dr. Gökmoğol, M. Ruhi; a.g. m., sf. 6-7 - Savaş, Fatma Burcu; a.g.e., sf. 9-16 - Güngör, Meltem; a.g.e., sf. 18-19 Poussard, J. - Çamuroğlu, M.; a.g.e., sf. 25-47 - Yaman, Erkan; İşyerinde Psikolojik Şiddet, İstanbul, 2009, sf.30, Av.Bilgili, Abbas; a.g.e. sf. 12-14.
- 27 Yaman, Erkan; a.g.e. sf. 25.
- 28 Av. İnce, Ergun; Yıldırı, sf. 28.
- 29 Prof. Dr. Tınaz, Pınar; Mobbing I. B. sf. 27 - Dr. Gökmoğol, M. Ruhi; a.g. m., sf. 15.
- 30 Yaman, Erkan; a.g.e. sf. 33.
- 31 Poussard, J. - Çamuroğlu, M.; a.g.e. , sf. 15-18.
- 32 Prof. Dr. Tınaz, Pınar; Mobbing, I. B. sf. 32-37.
- 33 Daha geniş bilgi için bkz; Prof. Dr. Tınaz, Pınar; Mobbing, I. B., sf. 32-42.
- 34 Konu ile ilgili bilgiler aşağıdaki kaynaklardan derlenmiştir; Yaman, Erkan; a.g.e., sf. 41-45 - Gün, Hüseyin; a.g.e. sf. 91-113- Poussard, J. - Çamuroğlu, M.; a.g.e., sf. 63-68 - Av. Bilgili, Abbas; a.g.e. sf. 14.
- 35 Yaman, Erkan; a.g.e. sf. 45.
- 36 Gün, Hüseyin; a.g.e. sf. 113.
- 37 Poussard, J-Çamuroğlu, M.; a.g.e., sf. 68.
- 38 Dr. Bayram, Fuat; Mobbing, B. II., sf. 81-86.
- 39 Av. İnce, Ergun; Yıldırı, sf. 38.
- 40 Doç. Dr. Bayram, Fuat; Mobbing, II. B. sf. 91.
- 41 Savaş, Fatma Burcu; a.g.e., sf. 101-105.
- 42 Doç. Dr. Bayram, Fuat; Türk İş Hukuku Açısından İşyerlerinde Psikolojik Taciz, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derg. İstanbul 2009, sf. 556, D. N. 19.
- 43 Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK); Psikolojik Taciz (Mobbing) ile Mücadelede İşletme Rehberi
- 44 Doç. Dr. Bayram, Fuat; Mobbing, B. 2, sf. 93-94.
- 45 Püsküllüoğlu, Ali; Türkçe Sözlük, 2. bası, Ankara 2004, sf. 997-998.
- 46 Doç. Dr. Bayram, Fuat; a.g. m., sf. 557.
- 47 Doç. Dr. Bayram, Fuat; Mobbing, B. 2, sf. 95 ve a.g. m., sf. 557-559.
- 48 Av. İnce, Ergun; Yıldırı, sf. 64.
- 49 Av. Demir, Şamil; a.g. m. sf. 144.
- 50 Savaş, Fatma Bucu; a.g.e. sf. 94.
- 51 Av.İnce, Ergun; İş Hukuku, 3. bası, İstanbul 2011, sf. 97 (İş Hukuku).
- 52 Av. İnce, Ergun; İş Hukuku, sf. 108-109.
- 53 Doç. Dr. Bayram Fuat; Mobbing B. 2, sf. 127-129 - Av. İnce, Ergun; İş Hukuku, sf. 108-110.
- 54 Yrg. 9. HD. E. 14272 - K. 28755 ve 01.10.2009 tarihli karar - Av. İnce, Ergun; İş Hukuku, sf. 117, 12 nolu karar.
- 55 Doç. Dr. Bayram, Fuat; a.g. m., sf. 563.
- 56 Av. İnce, Ergun; İş Hukuku, sf. 106-107.
- 57 Yard. Doç. Dr. Bozel, Savaş - Doç. Dr. Serap, Pakize; Psikolojik Taciz (Mobbing) ve İş Hukuki Sonuçları; TİSK Akademi, Ankara 2007, s. 1, sf. 75.
- 58 Ablay, Beyazıt; İşyerinde Manevi Tacizin İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkisi, e-yaklaşım, Şubat 2009, s. 194, sf. 3.
- 59 Yard. Doç. Dr. Bozel, Savaş - Doç. Dr. Serap, Pakize; a.g. m., sf. 76.
- 60 Av. İnce, Ergun; İş Hukuku, sf. 260, KN: 27.
- 61 Yard. Doç. Dr. Bozel, Savaş; Doç. Dr. Serap, Pakize; a.g. m. sf. 73.
- 62 Av. İnce, Ergun - Dr. Gökmoğol, Ruhi; a.g.e., sf. 114 ve sf. 119.
- 63 Yard. Doç. Dr. Bozel, Savaş - Doç. Dr. Serap, Pakize; a.g. m., sf. 73.
- 64 TİSK; a.g.g. sf. 17.
- 65 TİSK; a.g.g., sf. 15.
- 66 Av. İnce, Ergun - Dr. Gökmoğol, Ruhi; a.g.e., sf. 113-119.
- 67 Av. İnce, Ergun; İş Hukuku, sf. 49-50.
- 68 Yard. Doç. Dr. Bozel, Savaş - Doç. Dr. Serap, Pakize; a.g. m., sf. 73.
- 69 Av. İnce, Ergun; Yıldırı, a.g.e. sf. 59.
- 70 Doç. Dr. Bayram, Fuat; Mobbing, B. 2, sf. 108-113.
- 71 Doç. Dr. Bayram, Fuat; Mobbing, B. 2, sf. 108-113.
- 72 Savaş, Fatma Burcu; a.g.e. sf. 105.
- 73 Av. İnce, Ergun - Dr. Gökmoğol, Ruhi; a.g.e., sf. 108.
- 74 Av. İnce, Ergun - Dr. Gökmoğol, Ruhi; a.g.e., sf. 108.
- 75 Albay, Beyazıt; a.g. m.; sf. 4.
- 76 Doç. Dr. Bayram, Fuat; a.g. m. sf. 564.
- 77 Av. İnce, Ergun; Yıldırı, sf. 111-112.
- 78 Av. İnce, Ergun; İş Hukuku, sf. 209.



- 79 Yarg. 9. HD. E. 32512 - K. 36421 sayı ve 17.11.2005 tarihli karar; Av. İnce, Ergun; İş Hukuku sf. 369 KN. 30.
- 80 Av. İnce, Ergun; İş Hukuku, sf. 331, KN. 29.
- 81 Av. İnce, Ergun; İş Hukuku, sf. 113.
- 82 Doç. Dr. Bayram, Fuat; Mobbing B. 2 sf. 110.
- 83 Yard. Doç. Dr. Bozel, Savaş - Doç. Dr. Serap, Pakize; a.g. m. sf. 73.
- 84 Av. Bilgili, Abbas; a.g.e., sf. 36.
- 85 Av. İnce, Ergun - Dr. Gökmoğol, Ruhi; a.g.e., sf. 136 KN. 15.
- 86 Doç. Dr. Bayram, Fuat; Mobbing B. 2 sf. 105.
- 87 Av. İnce, Ergun; İş Hukuku, sf.101.
- 88 Av. İnce, Ergun; Dr. Gökmoğol, Ruhi; a.g.e., sf. 115.
- 89 Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 1989, sf. 9.
- 90 Av. İnce, Ergun; Dr. Gökmoğol, Ruhi; a.g.e., sf. 131-133.
- 91 Doç. Dr. Bayram, Fuat; Mobbing B. 2, sf. 112-113.
- 92 Prof. Dr. Tınaz, Pınar; Mobbing, B. 1, sf. 68.
- 93 Püsküllüoğlu, Ali; a.g.s., sf. 324.
- 94 Yard. Doç. Dr. Bozel, Savaş - Doç. Dr. Serap, Pakize; a.g. m. sf. 78.
- 95 Av. İnce, Ergun; İş Hukuku, sf. 331, KN. 9.
- 96 Av. İnce, Ergun; İş Hukuku, sf. 353.
- 97 Prof. Dr. Budak, Gönül; Mobbing ile mücadele - Farklılıkların Yönetimi, Mercek Derg., İstanbul 2006, s. 66, sf. 83.
- 98 TİSK. a.g.g, sf. 25.

## KAYNAKLAR

### I- KİTAPLAR

- Av. Bilgili, Abbas, İş Hukuku Açısından Mobbing, Adana, 2012.
- Çobanoğlu, Şaban; Mobbing, İstanbul, 2005.
- Göker, Asiye Teker; İşyerinde Yıldırma, İstanbul, 2008.
- Gün, Hüseyin; Çalışma Ortamında Psikolojik Şiddet, 2. bası, Ankara, 2010.
- Güngör, Meltem; Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz, İstanbul, 2008.
- Av. İnce, Ergun, İş Hukuku, 3. bası, İstanbul, 2010 (İş Hukuku).
- Av. İnce, Ergun-Dr. Gökmoğol, M. Ruhi; İş Sağlığı ve İş Güvenliğinin Hukuksal ve Örgütsel Boyutları, İstanbul, 2011.
- Av. İnce, Ergun; İşyerlerinde Korkulu Bir Düş Mobbing (Yıldırma) İstanbul 2012, (Yıldırma).
- Poussard, J-Çamuroğlu, M; Psikolojik Taciz İşyerinde Kabus, İstanbul, 2009.
- Savaş, Fatma Burcu; İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul,

2007.

- Prof. Dr. Tınaz, Pınar-Yard. Doç. Dr. Bayram, Fuat-Yard. Doç. Dr. Ergin, Hediye; İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) 1. bası, İstanbul, 2008, (Mobbing).
- Yaman, Erkan; İşyerinde Psikolojik Şiddet, İstanbul, 2009.

### II- MAKALELER

- Ablay, Beyazıt; İşyerinde Manevi Tacizin İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkisi, E. Yaklaşım, s. 194, 2009.
- Prof. Dr. Aytaç, Serpil; İşyerinde Psikolojik Taciz Davranışının İş Stres Tepkileri Üzerine Etkisi, Bir Araştırma, Mercek Dergisi, s. 51, İstanbul, 2008.
- Doç. Dr. Bayram, Fuat; Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s. 14, İstanbul, 2009.
- Doç. Dr. Bozel, Savaş;-Doç. Dr. Pakize Serap; Psikolojik Taciz (Mobbing) ve İş Hukuku Sonuçları, TİSK Akademi, Ankara, 2007.
- Prof. Dr. Budak, Gönül; Mobbing ile Mücadelede Farklılıkların Yönetimi, Mercek Dergisi, s. 66, İstanbul, 2012.
- Av. Demir, Şamil; Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Bahar 2009, s. 2, sf. 39.
- Dersan, Selek-Prof. Dr. Aytaç, Serpil; İşyerinde Şiddet Davranışlarının Çalışanlar Üzerindeki Etkileri, Bir Uygulama, TİSK Akademi, s.11, Ankara, 2011.
- Dr. Gökmoğol, M. Ruhi; İş Yaşamındaki Kadının Mobbing (Yıldırma) Algılama Düzeyi ve Başbakanlık Genelgesi Üzerine Çalışma (Editör Tekin, M.) İşletmecilik Kongresi Bildiriler Kitabı, Aybıl Yayınları, Konya, 2012.
- Prof. Dr. Güzel, Ali-Doç. Dr. Emre, Ertan; İşyerinde Psikolojik Tacize Hukuksal Bakış, Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s. 14, İstanbul, 2009.
- Küçükkaya, Hande Gül; İşyerinde Psikolojik Taciz, İstanbul Barosu Dergisi, s. 2011-1, İstanbul, 2011.
- Schwartz and Elliot; Emotional Abuse on the American Workplace, 1999.
- Prof. Dr. Tınaz, Pınar; Mobbing'in Tanısı ve Olguyla Mücadele, Mercek Dergisi, s. 63, İstanbul, 2011.
- Yılmaz, Alper; Mobbing ile Mücadelede Çözüm Yolları ve Öneriler, www.alomaliye.com. 03.01.2012.
- Yıldırım, Tülin, İnternet Notları

### III- GENELGE, SÖZLÜK, REHBER

- Başbakanlık 19 Mart 2011 tarih ve 2011/2 sayılı İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi Genelgesi.
- Püsküllüoğlu, Ali; Türkçe Sözlük, 2. bası, Ankara, 2004.
- Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) Psikolojik Taciz (Mobbing) ile Mücadelede İşletme Rehberi, 321 Nolu Yayın, Ankara, 2012.

Av. Ahmet KOYUNCU

İş Hukuku ve Endüstriyel İlişkiler Uzmanı

# Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Bakiye Ücretin Ayrı Ayrı Talep Edilmesi

## 1. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Kurulması

İşçi ve işveren tarafı, yaptıkları iş sözleşmesinin belirli bir süre için geçerli olacağını açık veya zımni olarak kararlaştırabilirler. Diğer bir ifade ile taraflar iş sözleşmesini bağittadıkları sırada sona ereceği tarihi de belirlemişlerse bu iş sözleşmesi artık belirli süreli iş sözleşmesi olarak adlandırılacaktır.<sup>1</sup> Belirli süreli iş sözleşmesinin başlangıç tarihi işçinin işe başladığı gün olarak belirlenebileceği gibi sözleşmenin imzalandığı gün de olabilir. İş sözleşmesinin sona erdiği tarih belirli bir tarih olabileceği gibi, belirli bir gün, ay veya yıl olarak kararlaştırılabilir.

İş Kanunu açısından kabul edilen genel görüş belirsiz süreli iş sözleşmesinin olması gerektiğidir. Belirli süreli iş sözleşmeleri istisnai bir özellik taşır ve bu yüzden atipik bir istihdam biçimi olarak değerlendirilir. Zira belirli süreli iş ilişkilerinin atipik bir iş ilişkisi olduğu anlayışı 99/70 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi

ile yürürlüğe giren çerçeve sözleşmenin önsözünde 6 numaralı gerekçesinde ifade edilmiştir. Bu bağlamda belirli süreli iş sözleşmesinin varlığı sözleşme hakkının kötüye kullanılmadığı istisnai hallerde söz konusu olabilecektir. Bu istisnai haller ise objektif bir haklı nedenin varlığını geçerli kılmaktadır.<sup>2</sup> Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında "... Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir..." şeklinde açık düzenleme bulunmaktadır.

Hemen ve önemle belirtmekte fayda vardır ki kimi kanundan doğan bazı durumlarda, örneği 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin 1. fıkrasında "Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olarak

## Tarafların bağtlayacakları bir sözleşme için yapacakları belirli süreli iş sözleşmesi şeklindeki hukuki nitelendirme mahkemeyi bağlamayacaktır.

yapılır...” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Hal böyle olunca özel öğretim kurumlarında belirli süreli iş sözleşmesi yapılması zorunludur. Bunun dışında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 362. maddesinde de “Yönetim kurulu üyeleri en çok üç yıl süreyle görev yapmak üzere seçilir. Esas sözleşmede aksine hüküm yoksa, aynı kişi yeniden seçilebilir.” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bu bağlamda anonim şirket yönetim kurulu üyeleri veya müdürleri ile belirli süreli iş sözleşmeleri yapılması haklı kılınmış olacaktır<sup>3</sup>.

İş sözleşmeleri hukuki nitelikleri itibariyle her iki tarafa borç yükleyen, tam karşılıklı taahhütlere havi sözleşmelerdendir. İş sözleşmelerinin bu niteliği gereği, tarafları olan işçi ve işverenin birbirlerine karşı bir takım yükümlülükleri vardır.<sup>4</sup> İş sözleşmesinin bu niteliği sonucu işçinin en önemli yükümlülüklerine örnek olarak iş görme borcu, itaat borcu, sadakat borcu bulunduğunu söylemek mümkündür.<sup>5</sup> Buna paralel olarak işverenin en önemli ve asli yükümlülükleri ise ücret ödeme, eşit işlem yapma ve işçi gözetme borçlarıdır. İşte bu noktada her ne kadar Anayasanın 48. maddesinde “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir” şeklindeki amir madde ile sözleşme serbestisi ilkesi hüküm altına alınmış olsa da, 4857 sayılı İş Kanunu ile ekonomik olarak düşük seviyede olan işçinin işverene karşı korunması amacıyla, işçinin maddi haklarından yoksun kalmaması için objektif koşul unsuru belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasında aranan bir olgu olmuştur. Bu bağlamda yapılan açıklamalara paralel olarak hemen ve önemle belirtmekte fayda vardır ki, tarafların bağtlayacakları bir sözleşme için yapacakları belirli süreli iş sözleşmesi şeklindeki hukuki nitelendirme mahkemeyi bağlamayacaktır. Bu

husus objektif koşul ilkesinin gerçekleşip, gerçekleşmediği yönünden yargı denetimine tabi olacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasında “Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.” şeklindeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere belirli süreli sözleşmelerin ardı ardına yapılmasında dikkat edilmesi gereken husus ise, esaslı neden ile ifade edilen hususun objektif koşul unsurundan bağımsız olarak haklı nedenin varlığı olgusudur.

## 2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

Belirli süreli sözleşmeler tıpkı belirsiz süreli sözleşmeler gibi işçinin ölümü, haklı nedenle işçi ve işveren tarafından fesih, tarafların anlaşması veya sözleşmenin uygulanmasının imkânsızlığı sebepleri ile sona erebilir.

Bu bağlamda kural olarak belirli süreli iş sözleşmelerinin ihbar önelli olarak sona erdirilmesi mümkün değildir. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen “...Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi...” ifadesi ile belirli süreli iş sözleşmesinin objektif nedenlere bağlı kalınması noktasında örnekleyici nitelikte olduğu ifade edilmiştir.<sup>6</sup> Burada ihbar önelli fesih ile dikkat edilmesi gereken olan husus 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin 4. fıkrasında ifade edilen ihbar tazminatı alacağına esas teşkil edecek şekilde bir feshinden ziyade, sözleşmenin ihbar edilmeme halinde yenilenmeyeceği olgusundan ileri gelmektedir.<sup>7</sup> Yukarıda yapılan açıklamalara paralel olarak hemen ve önemle belirtmekte fayda vardır ki belirli süreli iş sözleşmesi tarafların kararlaştırmış oldukları tarihte sözleşmenin yenilenmeyeceği anlamında yapılacak fesih bildirimini kendiliğinden sona erecektir. Kaldı ki belirli süreli iş sözleşmesinin belirtilen tarihte sona erdirilmesi belirsiz süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi ayrıca bir fesih iradesinin karşı tarafa iletilmesine gerek yoktur. Belirlenen sürenin dolması veya kararlaştırılan

**Başlangıçta belirsiz süreli iş sözleşmesi bağtlayan tarafların, sözleşme ilişkisi devam ederken bu kez çalışma ilişkilerini belirli süreli iş sözleşmesine dönüştürmeleri halinde bakiye ücret ödenmemelidir.**

işin gerçekleşmesi ile sözleşme kendiliğinden sona erecektir.

### 3. Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Bakiye Ücretin Talep Edilmesi

Belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşmenin sona erme tarihinden önce işçinin sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın sona erdirilmesi halinde işçi bakiye kalan ücretini talep edebilecektir.<sup>8</sup> Kaldı ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin emsal niteliği teşkil eden 25.01.2006 tarihli, 2005/17561 Esas, 2006/1339 Karar sayılı ilamında "...Borçlar Kanununun 325. maddesi ile belirli süreli hizmet akdi ile çalışan işçinin işine son verilmesi halinde geri kalan süre için, işçinin istekte bulunabileceği" şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Aynı hukuk dairesinin emsal niteliği teşkil eden bir diğer 20.02.2006 tarihli, 2005/22117 Esas, 2006/3839 Karar sayılı ilamında ise "...belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının, işverenin iş vermekte temerrüde düşmesi halinde bakiye kalan ücretin tazminat olarak hüküm altına alınması isabetli ise de B.K. 325. maddesi uyarınca davacının kazanmaktan kasten feragat ettiği miktar ile çalışmamaktan dolayı tasarruf ettiği kısım için bir miktar indirimle gidilmeden mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır..." şeklinde hüküm tesis etmiştir. Söz konusu bu kararın ayrıntılı tetkikinde de görüleceği üzere davacı işçinin, belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce sona erdirmesi halinde, bakiye kalan ücreti talep edebileceği, ancak bu talebin tenkis edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Söz konusu bu karardan da açıkça anlaşılacağı üzere işçi

lehine yorum ilkesinin sınırlandırılmış olduğu görülmektedir.

Bir diğer yandan hemen ve önemle belirtmekte fayda vardır ki başlangıçta belirsiz süreli iş sözleşmesi bağtlayan tarafların, sözleşme ilişkisi devam ederken bu kez çalışma ilişkilerini belirli süreli iş sözleşmesine dönüştürmeleri halinde bakiye ücret ödenmemelidir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin emsal niteliği teşkil eden 22.09.2005 tarihli, 2005/308 Esas-2005/30969 Karar sayılı ilamında "...davacı belirsiz süreli akitle konut kapıcısı olarak çalışmaya başlamış, bilahare kendisi ile üç yıllık belirli süreli iş sözleşmesi imzalanmıştır. Davacı bu süre içerisinde iş akdinin haksız olarak feshedildiğini iddia ederek bakiye süre ücretini talep etmektedir. Davacının yaptığı iş ve belirsiz süreli olarak işe alınması nazara alındığında belirli süreli akde değer vermek mümkün değildir..." şeklinde hüküm tesis ederek, sözleşme ilişkisinin başından bu yana belirsiz süreli iş ilişkisi olarak telakki edilmesi gerekliliğini vurgulamıştır. Bu bağlamda işçinin bakiye kalan süre ücretini talep etmesi mümkün olmamıştır.

### 4. Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart

Cezai şart olgusu, eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda 158-161. maddeleri arasında düzenleme bulmuş iken, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde, "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir." şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Anılan bu maddeden de açıkça anlaşılacağı üzere ceza şart olgusunun en temel özelliği işçi ve işveren arasında karşılıklı olmasından ileri gelmektedir. Yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız üzere iş sözleşmeleri, her iki tarafa da borç yükleyen, tam karşılıklı taahhütlere havi nitelikte bir sözleşmedir. Bu bağlamda ceza şart, borcun yerine getirilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim olarak tanımlanmıştır<sup>9</sup>. Bu bağlamda iş sözleşmesinin bağtlanması sırasında taraflar arasında kararlaştırılan ceza şart bedelinin talep edilebileceği hususu, kaynağını Borçlar Kanunu 420. maddeden almaktadır. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 182.



maddesi uyarınca, taraflar arasında aşırı derecede kararlaştırılmış olan ceza miktarı hakim tarafından indirilecektir.<sup>10</sup>

Sonuç olarak, belirli süreli iş sözleşmelerinde taraflar arasında cezai şart hususunun düzenlenebileceği açıktır. Ancak burada önemle irdelenmesi gereken husus ise, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı sebep dışında süresinden önce sona ermesi gerekçesiyle bakiye kalan ücret talebi ile sözleşme uyarınca kararlaştırılmış olan cezai şart bedelinin ayrı ayrı talep edilmesi olgusudur. Bu bağlamda sözleşmenin imzalanması sırasında veya sözleşme ilişkisi devam ederken yazılı olarak kararlaştırılmış olan cezai şart bedeli tazminat niteliğindedir.<sup>11</sup> Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi sebebiyle bakiye kalan ücretin talebi mümkün olmamalıdır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, işverenin temerrüde düşmesi nedeniyle bakiye süre ücretinin de tazminat olarak değerlendirileceğine karar vermiştir<sup>12</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise konuya ilişkin son kararında<sup>13</sup> belirli süreli iş sözleşmelerinde cezai şart ve bakiye ücretin ayrı ayrı talep edilebileceği yönünde hüküm tesis etmiştir.

## DİPNOTLAR

- 1 SÜMER Haluk Hadi; İş Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya-2000, s. 36.
- 2 AKYİĞİT Ercan; İş Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara-2006, s. 421.
- 3 SÜZEK Sarper; İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2005 s. 204.
- 4 ÇELİK Nuri; İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayımcılık, İstanbul-2004, s. 78.
- 5 SÜZEK Sarper; İş Hukuku, Beta Basım Yayınları, İstanbul-2002, s. 279.
- 6 ALPAGUT Gülsevil; Mercek Dergisi, Sayı 33, Ocak 2004, s. 81.
- 7 ERTÜRK Şükran; 4857 Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, s. 248.
- 8 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 12.02.2008 tarihli, 2007/31462 Esas-2008/108 Karar sayılı ilamı.
- 9 ŞAHLANAN Fevzi; Türkiye Tekstil İşverenleri Sendikası, Kasım 2010, Sayı 368, s. 2.
- 10 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 21.01.2010 tarihli, 2009/46225 Esas-2010/604 Karar sayılı ilamı.

- 11 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.09.2003 tarihli, 2003/2474 Esas-2003/15155 Karar sayılı ilamı.
- 12 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2006 tarihli, 2005/22117 Esas-2006/3839 Karar sayılı ilamı.
- 13 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 01.02.2011 tarihli, 2010/16335 Esas-2011/1775 Karar sayılı ilamı.

## KAYNAKLAR

- AKYİĞİT Ercan; İş Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara-2006.
- ALPAGUT Gülsevil; Mercek Dergisi, Sayı 33, Ocak 2004.
- ÇELİK Nuri; İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayımcılık, İstanbul.
- ERTÜRK Şükran; 4857 Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku. Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı.
- SÜMER Haluk Hadi; İş Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya-2000.
- SÜZEK Sarper; İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul-2007.
- ŞAHLANAN Fevzi; Türkiye Tekstil İşverenleri Sendikası, Kasım-2010.

Av. Mesut ULUSOY

MESS Hukuk Müşaviri

## Telafi Çalışması Üzerine Bir Düşünce

### GİRİŞ

10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, kendisinden önceki dönemde ekonomik gelişmelere paralel olarak, istikrarlı bir büyüme trendi içerisinde ve sosyal ilerlemeleri destekler mahiyette gelişen ve fakat giderek rekabetçi piyasa kurallarına uyum sağlanamaması üzerine, gerek ekonomik krizlere uyum gösterebilecek ve gerekse istikrarsız, dengesiz, yakıcı piyasa kurallarına karşı, rekabetçi bir iş hukuku arayışlarına yanıt verebilmek amacıyla da kurgulanmıştı. İşçilerce dile getirilen “güvence” kavramının yanına, işverenlerin “esneklik” paradigmasını da esas alarak, “güven içinde esneklik” tartışmalarına bir ölçüde yanıt bulabilmek amacıyla, sosyal tarafların muatabakatı ile yasalaştığını da söylemek yanlış olmayacaktır.

Biz bu değerlendirme yazımızla varsayımsal bir değerlendirme yaparak, muhtemel bir tasarımı, düşünülen bir işyeri uygulamasını

tartışmaya açarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun lafzi ve özü itibarıyla uygulamada bugün ya da yarın önümüze çıkabilecek sorunlara nasıl bir çözüm getirdiği yönünde görüşlerimizi ifade etmeye çalışacağız.

4857 sayılı İş Kanunu'nun esnek çalışma modellerinden birisi olan “Telafi Çalışması” ve kanunda yer alan diğer esnek çalışma modelleri, ekonomide ve endüstriyel ilişkilerde ortaya çıkan bazı gelişmeler üzerine, gelişmiş sanayi ülkelerine paralel olarak pozitif hukukumuzda gecikmeli olarak yer almış bulunmaktadır. Gerçekten esneklik kavramı, özellikle 1980'ler sonrası sıkça yaşanan küresel krizler ve durgunluklar sonrası giderek artan ölçüde tartışılmaya başlanmış bulunmaktadır. Gelişmiş ülkelerin, pek çoğunda, işgücü ve istihdam modellerindeki katılıkların değiştirilmesi girişimlerine bağlı olarak esneklik tartışması, endüstriyel politikaların ve endüstri ilişkilerinin oluşturulmasında, önemli bir faktör olmuştur. Yeni çalışma biçim ve istihdam ilişkileri, yeniçağın yol

ayrımındaki gerçek ve belirgin gelişmelerin habercisi olarak değerlendirilmiştir. Piyasalar giderek çok daha belirsizleştikçe esnek üretim, değişime uyum gösterebilme yeteneğine bağlı hale gelmiştir.<sup>1</sup>

## ESNEKLİĞİN GELİŞİM SÜRECİ

Çalışma hukukunun geçmişine baktığımızda 1. Dünya Savaşı'ndan sonra 1970'lere kadar dünyada nispeten istikrarlı ekonomik büyüme dönemi yaşandığı görülmektedir. Sanayileşmiş ülkelerin iş hukuku düzenlemeleri, bu istikrarlı dönemin, ilke ve özlemlerini yansıtmaktadır. Sistem özünde, sosyal kamu düzeni ağırlıktadır. İşçiyi korumak, işvereni zorlamak için katı kurallar öngörülmüştür. Çalışma süreleri, standart katı kurallar ile düzenlenmiştir. Bunun özünde, "işin ve işyerinin korunması" yoktur. İşyerlerinin her halükarda var olacağı varsayımı esas alınmıştır. Ancak, yaşadığımız bugünün dünyası rekabet dünyasıdır. Teknolojik gelişmeler ile çalışma düzeni, işçi profili ve iş anlayışını kökten değiştirmiş bulunmaktadır. Değişimlere uyum göstermek, işletme için olmazsa olmaz koşul haline gelmiştir. Değişime kapalı ve katı bir endüstri ilişkileri sistemi ile ekonomik kriz ortamında, akılcı, yapıcı, sosyal çözümlerin bulunmasını beklemek hayalciliktir. Avrupa Birliği ülkeleri, katı hükümlerle dünyada rekabet edilemeyeceğini ve esnekliğin uygulanmasını bir zorunluluk olarak görmüş ve hayata geçirmişlerdir. Avrupa Birliği 1993 yılında yayınladığı 104 nolu "Avrupa Birliği Direktifi" ile çalışma saatlerinin esnekleştirilmesine imkân tanımıştır.<sup>2</sup>

Piyasalar giderek daha çok belirsizleştikçe esnek üretim, değişime uyum gösterebilme yeteneğine bağlı olmuştur. Bugünkü yeneden yapılanma sürecinde temel hedef, işletmenin hızlı sosyo – ekonomik değişikliklere ayak uydurabilmesi için, emek ve yönetim arasında değişen koşullara yanıt verebilen, son derece esnek bir ilişki geliştirebilmek, tasarımdan pazarlama aşamasına kadar bütünleşmiş bir üretim süreci yaratabilmektir.<sup>3</sup>

İşletmelerin rekabet gücünün korunması

ve işçiyi zamanını kullanmada söz sahibi kılma düşüncesi de buna eklenmiş ve iş hukukunda son yıllarda tüm Avrupa'da esneklik tartışmaları çoğunluk kazanmıştır. Başta çalışma süreleri ile başlayan esneklik anlayışı giderek çalışma ilişkisini biçimlendiren diğer normlar da yansımıştır.<sup>4</sup>

Esnekliğin nedenleri arasında; ekonomik koşulların değişmesi, pahalı teknolojik yatırımlar, mal ve ürün piyasasının değişmesi, emek sürecinin değişmesi, piyasa sistemine müdahale edilmesi, emeğin niteliğinin değişmesi, fordizmin içsel kısıtları sayılmakla birlikte inceleme konumuz açısından "emek sürecinin değişmesi" ve "emeğin niteliğinin değişmesi" önem arz etmektedir.<sup>5</sup>

## Emek Sürecinin Değişmesi

Yeni teknolojiler, çalışanlara uzmanlaşma ve buna dayalı olarak işin yürütümünde daha çok serbestlik ve esneklik sağlamakta, böylece çalışma süreleri azalmakta, çalışanların boş zamanları artmakta ve yaratıcı olmalarına olanak sağlanılmaktadır. Uzmanlaşma, yeni bilgi ve iletişim teknolojisi; iş bölümünün daha çok yoğunlaşmasına ve işin yürütümünün merkezileşmeyle uzaklaştırılmasına (adem-i merkezileştirilmesine) yol açarken, çalışma sürelerinin esnekleştirilmesini, farklılaştırılmasını ve bireyselleştirilmesini de beraberinde getirmektedir. Bu anlamda esneklik, işveren gibi işçiye de çalışma koşullarını (daha çok) bizzat belirleme olanağı sağlamaktadır. Ancak bu durum işçinin çalışma koşullarını tamamıyla belirlemesi anlamına gelmemektedir. Bireysel olarak işçiye sağlanan çalışma süresini belirleme hakkı, toplumsal yaşantıyı da olumlu etkilemektedir. Çalışma sürelerindeki farklılaşma, özellikle büyük kentlerde önemli bir sorun haline gelen iş trafiğini azaltmakta, enerji tasarrufu sağlamakta, çevre kirliliğinin azalmasına da olumlu katkıda bulunmaktadır.<sup>6</sup>

## Emeğin Niteliğinin Değişmesi

Teknolojik gelişmelerle birlikte bu teknolojileri kullanan işçilerin niteliğinde de bir yükselme olmuştur. Bilgi işçisi ya da benzer

kavramlarla anılan bu yeni işgücünün gereksinimlerine, klasik endüstriyel ilişkiler ya da toplu iş sözleşmesi sistemi yanıt veremekte; seyyanen ücret, iş güvencesi, kamusal sosyal koruma, sendikaya üye olma gibi kavramlar, uzmanlaşmış bu işgücü açısından yeterli olmamaktadır. Bireysel pazarlık, bireysel hizmet akdi, esnek süreli çalışma, bu işgücü açısından yeterli görülmektedir. Ancak işgücünün bu kesiminin, toplam işgücünün çok küçük bir bölümünü oluşturduğu da dikkatten kaçırılmamalıdır.<sup>7</sup>

Hızla değişen ve dönüşen bir çağda esnek süreli çalışma kavramı, bireylere kendi yaşamlarını daha fazla düzenleme olanağı sağlayan, arzu edilen ve gerekli olan bir tercih gibi gelişmektedir.

Çalışma haftası ve çalışma yaşamının uzunluğu gelişmiş ülkelerin tümünde azaltılmış, çalışma süresinin günlük ve haftalık dağılımı değiştirilmiş, işçilerin işe başlaması ve işi bitirmesi kendi tercihlerine göre esnekleştirilmiştir. Pek çok ülkede çalışma süresinin yönetimi, çalışma saatlerinin talepteki ve üretim sistemlerindeki gerekliliklere daha uyumlu hale getirilmesi için rasyonelleştirilmiştir. İşçiler de, kendilerini sabit işe başlama ve işi bitirme saatlerine, belirli tatil günlerine ve uzun çalışma yaşamlarına bağlayan katı rejimleri, sorgulama gereğini duymaya başlamıştır.<sup>8</sup>

Genel anlamda esnek süreli çalışma, standart iş süreleri düzenlemelerinin karşıtı olarak yönetimin belirlediği sınırlar içerisinde iş süresinin gerek uzunluğu ve gerekse düzenlenmesi bakımından işveren ve/veya işçilere serbest bir hareket alanı bırakılması şeklinde tanımlanabilir. Çalışma süresi esnekleştirilirken, talepteki niceliksel değişikliklere uyum sağlayabilmek için bireysel iş süresi ile işyerini kullanma süresi birbirinden ayrılmakta, böylece üretim, ekonomik bakımdan gerekli ve yararlı olduğu zaman yapılabilir. Bir başka ifadeyle, işçinin kişisel çalışma süresi her ne kadar işyerinin faaliyet süresi içinde ise de, bunlar birbiriyle aynı değildir; bütün işçilerin karşılıklı olarak kaydırılmış çalışma süreleri ile işyerini kullanma süresi

aynı olmaktadır. Böylece taraflar için, geniş bir işyeri faaliyet süresi içinde kişisel çalışma süresini düzenleme serbestisi yolu açılmaktadır.<sup>9</sup>

Ekonominin küreselleşmesi beraberinde “rekabetin de küreselleşmesi” olgusunu getirmiştir. “Küresel rekabet”, tüm işletmeleri yakından ilgilendirmektedir. GATT (bugün Dünya Ticaret Örgütü) ve Avrupa Tek Pazarı çerçevesinde sermayenin serbest dolaşımı ve ticaretin serbestleştirilmesi, global rekabeti daha da hızlandırmıştır. Teknolojinin standardizasyonu ve ürünlerin kalitesi, işletmeleri, güç dengesini kendi lehlerine çevirmek için rekabetin koşullarını değiştirmeye zorlamaktadır. Böylece rekabet koşulları işçi lehine oluşturulmuş iş hukuku kurallarını “etkisiz” kılmaktadır. Bir anlamda iş hukuku rekabet hukukuna uyum sağlamak durumundadır. Örneğin Avrupa Birliği çerçevesinde Roma Antlaşması'nın 85. v.d. maddeleri, işletmeler arasındaki rekabete üstün bir yer tanımakta ve buna aykırı iş hukuku düzenlemelerini etkisiz kılmaktadır. İşletmeler, verimliliklerini arttırıp artan rekabet koşullarına ayak uydurabilmek için, işgücü maliyetini düşürmek zorundadırlar. Bu ise esnekliği zorunlu kılan önemli bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>10</sup>

Pozitif iç hukuk düzenlemelerimize baktığımızda, esneklik ile ilgili olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun genel gerekçesinde şu ifadelerle yer verilmiştir:

“... Ülkemizde 1475 sayılı İş Kanunu döneminin başladığı yıllarda tarihsel bir rastlantı olarak dünyada yeni bir teknolojik devrim çalışma hayatını yakından etkilemeye başlamıştır. Bu devrimin simgesi, mikro elektronik teknolojisidir. Üretim alanlarının tümüne yaygın bir biçimde giren bu teknoloji, bilgileri toplama, bunları stok etme ve istenildiği zaman hemen kullanılabilir hale getirme olanağını vermektedir. Üretimde bilginin öneminin, sermayenin önüne geçmesi, çalışanların vasıf derecelerinin beden işçiliğinden fikir işçiliğine kayması, küresel rekabetin esnekleşme olgusunu zorunlu olarak gündeme getirmesi, çalışma hayatını yakından etkilemektedir.



... Yeni teknoloji nedeniyle yeni çalışma türleri hızla yaygınlaşmış, işin düzenlenmesinde yepyeni model ve uygulamalar ortaya çıkmıştır: Kısmi süreli, çağrı üzerine çalışmalar, ödünç iş ilişkileri, iş paylaşımı modelleri, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin ve alt işveren uygulamalarının yaygınlaşması, bu değişimin sadece bazı örnekleridir.

... Bu yeni çalışma biçim ve koşullarının, çeşitli ülkelerde yasalara yansımaları gecikmiştir. Türk İş Hukuku mevzuatı, bu değişimi zamanında saptayıp, gerekli uyumu yakalayamamıştır.

... Öte yandan ekonomik kriz dönemlerinde işçi ve işverenlerin esnek bazı kuralardan yararlanmalarına İş Kanununun katı hükümleri olanak vermemiş, bu yüzden mevcut yasa hükümlerine aykırı uygulamaların yaygınlaştığı gözlemlenmiştir.

... İşsizlik, bugün Avrupa Birliğine üye ülkelerde dahil olmak üzere, hemen her ülkenin karşı karşıya bulunduğu önemli sorunların başında gelmektedir. Tüm dünyada yeteri kadar yeni ve yüksek gelirli iş yaratılmamaktadır. İşsizliğin önlenmesinin en temel çözüm yolu, hiç kuşkusuz istihdam kapasitesini arttıracak yatırımların çoğalması, yeni iş alanlarının yaratılması, iş piyasasının esnekleştirilmesi ve aktif istihdam politikalarının uygulanmasıdır...”

Gerek işletmelerin rekabetin gereği olarak ve gerekse işletmelerde beyaz yakalı olarak nitelendirilen personelin, günlük medeni ihtiyaçlarını karşılamak üzere, çalışma saatlerinde esnekliğe gitmeyi arzulamaları ve kimi zaman bu dahi ihtiyacı karşılayamadığı takdirde, (mevcut pozitif hukuk düzenlemeleri maalesef ihtiyaçlara yanıt verememekte olup, bu da hayatın dinamizmi karşısında normal ve olağan bir durumdur) işveren ve çalışanın karşılıklı mutabakata dayalı olarak çalışma sürelerini kurgulamaları, bugün, bugün olmazsa dahi yarın için, karşı konulmaz bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle uygulamada, çağın ve çalışma ilişkilerinin doğal bir sonucu olarak gündeme gelen ve fakat, gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun kurgusu ile akademik tartışmaların bu yö-

nüyle yetersizliği ve gerekse yargı mekanizmasına yansımış fazla bir ihtilafın olmaması, bu makale ile gündeme getirmiş olduğumuz esneklik odaklı konunun tartışılmasını zorlaştırmaktadır.

## PROBLEM VE ÖNERİ

Aşağıda ayrıntıları açıklanan mutabakatı, esnek çalışma düzeni içerisinde nereye oturacağız? Bilindiği üzere “kayan iş süresi” olarak ifade edilebilecek çalışma, esnek çalışma türlerinin en eskilerinden biri olarak uygulanmaktadır. Kayan iş süresi, işçilerin blok olarak saptanmış bir sürede zorunlu olarak çalışmaları koşuluyla günlük işe başlama ve bitiş saatlerini tespit edebildikleri veya belirli zaman dilimi içinde ortalama günlük iş süresini aşmadan günlük çalışma süresinin uzunluğunu da belirleyebildikleri bir çalışma türü olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir anlatımla, kayan iş süresi işçilerin günlük iş süresi aynı kalmak kaydıyla işe başlama ve bitiş saatlerini veya hafta, ay gibi belli bir zaman dilimi içerisinde ortalama günlük iş süresini aşmamak kaydıyla günlük iş süresini dahi belirleyebilmelerine imkân veren çalışma yöntemidir. Basit kayan iş süresi uygulamasında, önceden tespit edilen günlük iş süresi içinde, işçi blok süre dışındaki esnek sürede işin başlama, ara dinlenmesi ve bitiş zamanını kendisi belirlemektedir. Şu halde bu uygulama, işçinin çalışacağı önceden belirlenmiş çekirdek bir iş süresi içinde ise ne zaman başlayacağını ve bitireceğini kendisinin tayin ettiği bir çalışmayı ifade eder. Bu uygulama işçiye, işe erken veya geç başlayıp, erken veya geç bitirme imkânı vermektedir. Kural olarak işverende olan günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitim saatlerini belirleme yetkisinin esnekleşme kapsamında işçilere devredilmesinde 4857 sayılı Kanun'un çalışma süresine ilişkin hükümlerine aykırı bir durum söz konusu değildir.<sup>11</sup>

Zira tartışılmasını istediğimiz husus tek başına esneklik tartışmalarının kapsamına girmemekte ve fakat bu tartışmalarla birlikte daha farklı bir konuyu beraberinde getirmektedir. Gündeme getirilen çalışma modeli

ihtiyacı, 4857 sayılı Kanun içinde düzenlenmiş bulunan esnek çalışma modellerinden “Telafi Çalışması”, “Denkleştirme” gibi kurumlara yaklaşmakla birlikte, ayrıldığı bazı temel hususları bünyesinde barındırmakta, fakat kanunun geneli göz önüne alındığında ise, bize göre bu modeli yasaklayan, engelleyen bir hükmün bulunmadığı ve adeta bu hususta yasal bir boşluk olduğu tarafımızdan düşünülmektedir.

Tartışılmasını istediğimiz modelin temel ayrıntıları şu şekildedir;

1. Bu çalışma modeli, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı bir işyerinde, kapsam dışı statüde aylık maktu ücretle çalışmakta olan ve uygulamada beyaz yakalı olarak nitelendirilen personel için söz konusudur.
2. Söz konusu personel, normal çalışma süresi olarak, haftada 5 gün, günde 9 saat esası üzerinden, haftada 45 saat çalışmaktadır. İşyerinde normal çalışma saatleri 08.00-18.00 saatleri arası olup, 1 saatlik ara dinlenmesi bulunmaktadır.
3. İşveren, esnek çalışma modelini seçmiş olan personelin, esnekliği bulunmayan “çekirdek/kor” olarak adlandırılan 10.00–16.00 saatleri arasında mutlak suretle işyerinde bulunmasını istemekte ve bu saatleri esnekliğin dışında tutmaktadır.
4. Esnek çalışma düzenini kabul etmiş çalışanlar, işyerinde “çekirdek/kor” çalışma saatleri olarak kabul edilen, 10.00-16.00 saatleri dışında, 08.00-10.00 ve 16.00-18.00 saatleri arasında, işe geç gelme ve/veya erken çıkma şeklindeki esnek çalışabilme haklarını kullanacaklardır. Bu hakkın kullanımını tamamen çalışanın inisiyatifinde olup, işveren tarafından yasa ve iş sözleşmesi nedeniyle ya da kendi inisiyatifiyle kullandırılan izinler, bu uygulama kapsamında değerlendirilmeyecektir.
5. Cari hafta içinde 08.00-10.00 ve 16.00-18.00 saatleri arasında esnek çalışma hakkını kullanan çalışanlar, ilgili cari haftadan başlamak üzere iki ay içerisinde, 07.00-08.00 yada 18.00-21.00 saatleri arasında çalışarak, eksik çalışmalarını telafi edebileceklerdir.
6. Günlük çalışma süresi, en çok çalışma süresi olan 11 saati hiçbir şekilde aşamayacak ve akdi tatil günü olan Cumartesi gününde, eksik olan çalışmaların telafisine yönelik olarak çalışma yapılmayacaktır.
7. Esnek çalışma saati haftalık 4 saat ile sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede, esnek çalışma düzeni içerisinde çalışmayı kabul etmiş personel, haftalık en fazla 4 saat olarak kullanabildiği esnek çalışma saatlerini, takip eden iki ay içerisinde telafi edebilecektir.
8. Esnek çalışma sistemine dahil olup olmamakta personel tamamen serbest bırakılmıştır. Sisteme başlangıçta dahil olan personel daha sonra sistemden çıkabileceği gibi, başlangıçta sisteme dahil olmayan personel de, daha sonra sisteme dahil olabilecektir. Dolayısıyla söz konusu uygulamada bir işveren dayatması kesinlikle söz konusu değildir.
9. Söz konusu uygulamayı seçmiş olan personel esnek çalışma saatlerini kullanırken;
  - 9.1. İş akışını engellememeye dikkat edecektir.
  - 9.2. Rutin toplantılara katılacaklardır.
  - 9.3. Yöneticilerine, iş akışını aksatmama ya yönelik olarak, esnek çalışma öncesi bildirimde bulunacaklardır.
10. Esneklik uygulamasını seçip, esnek çalışma saatlerini kullanarak, takip eden iki ay içerisinde eksik saatlerini kendisinden kaynaklanan sebeplerle telafi edemeyen personel, 3. ayın sonunda yapılacak bordro tahakkukunda, telafi edemediği saat kadar ücretinden kesinti yapılmasına onay verecektir.
11. Yasadan ya da iş sözleşmesinden kaynaklanabilecek, doğum, ölüm, evlilik, hastalık vb. izinler esneklik kapsamında değerlendirilmeyecektir.

GENEL KURALLAR	
Kapsama alınan personel	Kapsam dışı maktu aylıklı personel
Esnek çalışma kapsamı dışında kalan koşullar	Çalışanlar iş akışını engellememelidir. Çalışanlar rutin toplantılara katılmak zorundadır. Çalışanlar yöneticilerine bildirimde bulunmalıdır.
Normal çalışma saatleri	08:00-18:00 (günde 9 saat) (Bir saat ara dinlenmesi var)
Çekirdek zaman	10:00-16:00
Eksik saatlerle çalışılabilen saatler	08:00-10:00 ve 16:00-18:00
Eksik saatlerin telafi edilebileceği saatler	07:00-08:00 ve 18:00-21:00
Esnek çalışma kuralları	*Eksik saat bakiyesi bir haftada 4 saati aşamaz. 4 saati aşan süreler ile ilgili haftanın bulunduğu ayı takip eden 3. ayın sonunda ücret kesintisi yapılır. *Eksik saatler takip eden 2. ayın sonuna kadar tamamlanmalıdır. Bu süre sonuna kadar telafi edilmeyen saatler eksik çalışmanın yapıldığı ayı takip eden 3. ayın sonunda personelin maaşından kesilir. *Personel eksik saatlerle çalıştıktan sonra bu süreleri telafi edebilir. Bu yüzden personel öncelikle eksik saatlerle çalışmalıdır.
Sistemin takibinin yapılması	Personel giriş-çıkış kartıyla sistemin takibi yapılır. Personelin yapmış olduğu eksik saatler kendisine ve yöneticisine mail yoluyla bildirilir.

Maddesel olarak sıraladığımız bu hususları yukarıda yer alan Tablo ile de gösterebiliriz.

Peki niçin böylesi bir uygulamaya/modele ihtiyaç duyulmuştur ve söz konusu uygulama ile taraflara ne gibi kazanımlar ya da kayıplar getirilmektedir?

Günümüzde teknolojinin gelmiş olduğu seviye, işin programlanabilmesi/planlanabilmesi ve çalışanların hayatın olağan akışı içerisinde sonsuz sayıda özel, ailesel ve sosyal ihtiyaçları, bu ihtiyaçları karşılarken, işletmenin küresel rekabete karşı ihtiyaç duyduğu sonsuz verimlilik paradigması, böyle bir model gereksinimini ortaya çıkarmıştır, çıkarmaktadır ve de çıkaracaktır.

İşletme ve çalışanlar için, aylık maktu ücret sözleşmesi imzalanırken amaç, haftalık çalışma süresi her ne ise, çalışanın o kadar saat iş gücünü işverenin emrine amade tutması ve bunun sonucunda da başlangıçta kararlaştırılmış bulunan aylık maktu ücretini çalışanın almaya hak kazanmasıdır. Verimli çalışan bir işletmede, çalışanlar bu iş saatlerine uyum konusunda herhangi bir sıkıntı yaşamazlar ise, muhtemelen verimlilikle ilgili önemli bir merhale aşılmış

olacaktır. Başka bir ifadeyle çalışanlar, haftalık çalışma saatlerine gösterecekleri devam ile işletmenin verimli çalışmasına da katkıda bulunmuş olacaktırlar. Ancak yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, çalışanlar gerek kendi özel, gerek aile ve gerekse sosyal ihtiyaçları nedeniyle, haftalık çalışma süreleri içinde sık sık izin kullanımına ihtiyaç duyabilmektedirler. Özellikle bu gereksinim, günümüzde her geçen gün artmaktadır. Günümüz kentli, modern yaşama uyum sağlamaya çalışan insanları için son derece doğaldır da bu durum. Dolayısıyla bu ihtiyaçlar ile, hukuki gerekliliği karşıladığımızda tablo şu şekilde ortaya çıkmaktadır.

Bir tarafta örnek olarak haftada 5 gün, günde 9 saat ve toplamda 45 saat üzerinden aylık maktu ücretli olarak çalışan ve zaman içinde, İş Kanunu'nda hükme bağlanmış "doğum-ölüm-hastalık vb." izinleri dışında değişik gereksinimler için izin istemek durumunda olan (örnek olarak baldızının düğünü, kayınbiraderin asker uğurlaması, sergi açılışı, çocuğun doğum günü, hasta ziyareti, arkadaşının nikahı, katılmak zorunda olduğu davetler, üyesi olunan kuruluşların toplantılarına iştirak v.b.) bir personel, diğer tarafta ise, işletmenin haftalık 45 saatlik

işgücüne duyduğu ihtiyaç ve fakat personelin kimi zaman haklı, meşru, masum kabul edilebilecek izin gereksinimi nedeniyle 45 saatin altında çalışma realitesi. Eğer bir işletme söz konusu izinleri herhangi bir tereddüt yaşamadan, işçi için bir kısıtlama düşünmeden verebiliyorsa zaten ortada hukuki bir sorun yok demektir. Ancak bir işletme kanuni mazeret sayılabilecek izin süreleri dışında, özel, ailevi, sosyal gerekçelere dayalı izin taleplerini kabul etmek zorunda değilse, ki bize göre, aylık ücretli personel için işverenin böyle bir izin verme zorunluluğu bulunmamaktadır, bu durumda hukuken zorunlu bulunmadığı ve fakat çalışanın böylesi medeni ve sosyal ihtiyaçlarını da karşılayarak, motivasyon ve verim kaybına yol açmaksızın, karşılıklı olarak yapacakları bir protokol ile işveren ve çalışan bir çözüm geliştirebilirler mi? Başka bir ifadeyle, aylık maktu ücretle çalışan birisi, kanuni mazeret halleri dışında, haftanın, kendisinin belirleyeceği saatlerinde bir izne ihtiyaç duyuyor ve fakat belli bir sürede, çalışmadığı bu süreyi telafi edebileceğini öngörüyor, kendisinden kaynaklanan nedenlerle telafi edemediği takdirde, çalışmadığı süreler için ücret kesintisine muvafakat ediyorsa, bu durumda, işveren haftalık 45 saat çalışma esasına dayalı olarak aylık maktu ücret ödediği çalışan için bir çalışma süresi kaybı yaşamıyor ise, işverenin ve çalışanın bu mutabakatı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun pozitif düzenlemeleri karşısında mümkün olabilecek midir ve olursa bu husus ne şekilde kurgulanabilecektir? Tartışmak istediğimiz hukuki problem budur.

Sonuç olarak aylık maktu ücretle çalışan kapsam dışı beyaz yakalı bir personel, işverenle yapacağı bir protokol kapsamında, hafta içinde kullanacağı doğum, ölüm, hastalık gibi yasadan kaynaklanan meşru mazeret izinleri dışında, ücretli izin kullanmak istediğinde, protokol ile çerçevesi çizilmiş bir sınırdahilinde kullandığı bu ücretli izni telafi edebilir mi? Çalışan kendisinden kaynaklanan nedenlerle bu süreleri telafi edemediği durumda, protokole öngörüldüğü takdirde işveren çalışanın ücretinde bir kesintiye gidebilir mi?

Burada anahtar kavramlar, “maktu aylık

ücretli çalışma”, “telafi çalışması”, “ücretten indirim yapılamaması”, “ücretsiz izin”, “denkleştirme”, “meşru mazeret izinleri” ve “eski köye yeni adet çıkarma”, “işçi haklarında geriye gidiş” vs. olacaktır.

## İZİN İHTİYAÇLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Niçin böyle bir uygulamaya gidilme ihtiyacının ortaya çıktığı, meselenin analizi bakımından son derece önemlidir. 600 kadar maktu/aylık ücretlinin çalışmakta olduğu bir işletmede, yasadan veya iş sözleşmesinden kaynaklanan mazeret izinleri dışında, yukarıda sıraladığımız ve her çalışanın kendisine göre meşru gördüğü mazeretleri nedeniyle, bölümler arası farklı uygulamalar ve de toplamda ay bazında verilen izinlerin değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkan muazzam iş gücü kaybı söz konusudur. Haftalık 45 saat çalışma esasına dayalı olarak, kendisiyle maktu aylıklı iş sözleşmesi imzalanmış bir çalışan ile, işletme arasında esas ve doğru olan, çalışanın haftada 45 saat işgücünü işverenin emrine amade tutmasıdır. Ancak hayatın olağan akışı içerisinde iş sözleşmesinden ya da kanundan kaynaklanan doğum, ölüm vb. meşru mazerete dayalı izin gereksinimi söz konusu olabilir. Geçilmesi düşünülen uygulama ile çalışanın bu hakkına yönelik herhangi bir eksiklik, kısıtlama söz konusu değildir. Ancak 600 çalışanın her birisinin yine hayatın olağan akışı içerisinde sonu gelmez izin ihtiyacı ortaya çıkabilir ki, bu da son derece normaldir ve uygulamada da yaşanmaktadır. Önemli olan bunun bedeline kimin katlanacağı meselesidir.

Bir işletme çalışan ile aylık maktu ücretli olarak bir sözleşme imzalamış ve bu sözleşmede haftalık çalışma süresi belirtilmiş ise, çalışan haftada bu kadar süre işgücünü işverenin emrine amade tutacağını, işveren de bunun karşılığında aylık maktu ücret ödemeyi kabul ve taahhüt etmiş demektir. Çalışanların kendilerine göre meşru gördüğü mazeret izinleri (yakın arkadaşının, komşunun ölümü, doğumu, evlenmesi, çocuğun doğum günü kutlaması, yeğenin askere gönderilmesi, üye-



si olunan kuruluşun kongresine katılma vb.) işveren açısından kabul edilebilir ya da kabul edilemez olabilir. İşveren her durumda, çalışana ücretli ya da ücretsiz izin vermeye zorlanamaz. İşverenin söz konusu mazerete dayalı izin taleplerinde ücretli ya da ücretsiz izin vermediği durumlarda ne olacağı tartışma konumuz dışındadır. Ancak aylık maktu ücretli bir personelin, kendi meşru mazeretine dayalı olarak işverenden saatlik – günlük ücretsiz izin talep etmesine ve de bunu işverence uygun görülerek çalışana ücretsiz izin verilmesine engel hiçbir hal bulunmamaktadır.

Ancak bu durum işveren açısından işgücü, çalışan açısından ise gelir kaybı sonucunu doğurmaktadır. Tartışmak istediğimiz husus, uygulamada işveren ve çalışanın, herhangi bir dayatma olmadan sisteme girip, çıkmanın serbest olduğu bir ortamda, 4857 sayılı Kanun'un esnekliğe ilişkin düzenlemelerinin ve yargı mekanizmasının, esneklikle ilgili içtihatlarının dikkate alındığı bir protokol yaparak, çalışma sürelerinde bir esneklik yapıp yapamayacaklarıdır. Bu protokolün temel amacı, çalışanların kendi talepleri üzerine, kendi belirleyecekleri saatlerde kullandıkları yasal ve iş sözleşmesi dışındaki ücretli izin kullanımlarının, iki aylık süre içinde yine işçinin belirleyeceği çerçevesi çizilmiş sınırlar dahilinde telafi edilmesi ve yine işçiden kaynaklanan nedenlerle bu telafi yapılamadığı takdirde sonuca kimin katlanacağına açıklığa kavuşturulmasıdır.

Denilebilir ki, bu tartışmalar yersizdir ve işveren izin vermek zorunda değilken izin vermişse eğer, bu ancak ücretli izin olabilir ve işveren de bunun sonucuna katlanmak zorundadır. Bu görüşe katılabilmek ve savunabilmek, pozitif hukuk düzeni bakımından her zaman mümkün olmayabilir. Zira kanundan ve iş sözleşmesinden kaynaklanan çok istisnai sebepler dışında, işvereni çalışana ücretli izin vermeye zorunlu kılan bir düzenleme söz konusu değildir. Olsa olsa işveren makul ve haklı bulduğu bu izin taleplerine ücretsiz olmak koşulu ile izin verebilir. Ancak işverenin çalışanların her türlü mazeretlerine ücretli

izin vermesine de bir engel bulunmamaktadır. Kaba bir ifadeyle, alan ve satan memnun ise, bu husus bizim tartışma alanımızın dışındadır. Bizim tartışmak istediğimiz, işveren ve çalışanın, yukarıda tartıştığımız gerekçelere dayalı olarak birlikte kurgu yapıp yapamayacağıdır.

## POZİTİF HUKUK DÜZENLEMELERİ

Doğru bir değerlendirme yapabilmek ve de böylesi bir anlayışı, mutabakatı, hukuken anlamlı bir analize tabi tutabilmek için, konuyu ilgilendiren pozitif hukuk düzenlemelerini öncelikle ele almak gerekmektedir. Konuyla doğrudan ve dolaylı ilintili olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 46. maddesinde "Hafta Tatili Ücreti", 48. maddesinde "Geçici İş Göremezlik" 49. maddesinde "Ücret Şekillerine Göre Tatil Ücreti" 55. maddesinde "Yıllık İzin Bakımından Çalışılmış Gibi Sayılan Haller", 62. maddesinde "Ücrette İndirim Yapılmayacak Haller", 63. maddesinde "Çalışma Süreleri", 64. maddesinde "Telafi Çalışması" ve Çalışma Süreleri Yönetmeliği madde 7 "Telafi Çalışması" hükümleri bahse konu olabilecektir. Söz konusu maddelerin konumuzla doğrudan ilgili hükümlerini ele aldığımızda;

### Hafta tatili ücreti

Madde 46 - "Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir.

Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir.

Şu kadar ki;

a) Çalışmadığı halde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar ile günlük ücret ödenen veya ödenmeyen kanundan veya sözleşmeden doğan tatil günleri,

b) Evlenmelerde üç güne kadar, ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri,

c) Bir haftalık süre içinde kalmak üzere iş-

veren tarafından verilen diğer izinlerle hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinleri,

Çalışılmış günler gibi hesaba katılır.

Zorlayıcı ve ekonomik bir sebep olmadan işyerindeki çalışmanın haftanın bir veya birkaç gününde işveren tarafından tatil edilmesi halinde haftanın çalışılmayan günleri ücretli hafta tatiline hak kazanmak için çalışılmış sayılır.

Bir işyerinde işin bir haftadan fazla bir süre ile tatil edilmesini gerektiren zorlayıcı sebepler ortaya çıktığı zaman, 24 ve 25 inci maddelerin (III) numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebeplerden ötürü çalışılmayan günler için işçilere ödenen yarım ücret hafta tatili günü için de ödenir.

Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde hafta tatili ücreti işverence işçiye ödenir.”

hükmü,

### Geçici İş Göremezlik

Madde 48 - “..... Hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneği aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edilir.”

hükmü,

### Ücret Şekillerine Göre Tatil Ücreti

Madde 49 - “..... Hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçilere 46, 47 ve 48 inci maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanmaz. Ancak bunlardan ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışanlara ayrıca çalıştığı her gün için bir günlük ücreti ödenir.”

hükmü,

### Yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller

Madde 55 - “Aşağıdaki süreler yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır:

a) İşçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (Ancak, 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlası sayılmaz.).

b) Kadın işçilerin 74 üncü madde gereğince

doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler.

c) İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz).

d) Çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın onbeş günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla).

e) 66 ncı maddede sözü geçen zamanlar.

f) Hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil günleri.

g) 3153 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan tüzüğe göre röntgen muayenehanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler.

h) İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler.

i) İşçilerin evlenmelerinde üç güne kadar, ana veya babalarının, eşlerinin, kardeş veya çocuklarının ölümünde üç güne kadar verilecek izinler.

j) İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65 inci maddedeki kısa çalışma süreleri.

k) Bu Kanunun uygulanması sonucu olarak işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresi.”

hükmü,

### Ücretten indirim yapılamayacak haller

Madde 62 - “Her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna da-

yanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz.”

hükmü,

### Çalışma süresi

Madde 63 - “Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır.

Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşmaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir.

.....”

hükmü,

### Telafi çalışması

Madde 64 - “Zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir. Bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz.

Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz. Tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmaz.”

hükmü,

### Çalışma Süreleri Yönetmeliği

#### Telafi çalışması

Madde 7- “Zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi yada işçinin talebi ile kendisine 4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile öngörülen yasal izinleri di-

şında izin verilmesi hallerinde, işçinin çalışmadığı bu sürelerin telafisi için işçiye yaptırılacak çalışma telafi çalışmasıdır.

Telafi çalışması yaptıracak işveren; bu çalışmanın 4857 sayılı İş Kanununun 64 üncü maddesinde sayılan nedenlerden hangisine dayandığını açık olarak belirtmek, hangi tarihte çalışmaya başlanacağını, ilgili işçilere bildirmek zorundadır.

Telafi çalışması, kaynağını oluşturan zorunlu nedenin ortadan kalkması ve işyerinin normal çalışma dönemine başlamasını takip eden 2 ay içerisinde yaptırılır. Telafi çalışması, günlük en çok çalışma süresi olan 11 saati aşmamak koşulu ile günde 3 saatten fazla olamaz. Telafi çalışması, tatil günlerinde yaptırılmaz.”

hükmü, karşımıza çıkmaktadır.

İşletmede yüksek sayılara ulaşan (Örneğin 600 kişi) kapsam dışı, beyaz yakalı ve aylık maktu ücretli çalışmakta olan personelin, gün içinde saatlik ya da günlük ücretle izin taleplerinin yoğunlaşması ve de bu izin talepleri değerlendirilirken, farklı bölümlerde farklı uygulamalara sebebiyet verilmesi sonucu, artan eşitsiz uygulamaları sonlandırmak, işletme açısından verimsizliği (kaybedilen çalışma saatleri) giderebilmek ve son tahlilde özellikle “Y” kuşağı olarak adlandırılmakta olan genç personelin böylesi bir çalışma düzenini istediklerini işletme bünyesinde yapılan anketlerde ortaya koymaları nedeniyle, söz konusu çalışma-proje işletme bünyesinde tartışmaya açılmış bulunmaktadır.

İşletme içinde uygulama yalnızca aylık maktu ücretle çalışmakta olan kapsam dışı personel için düşünülmekte olup, sisteme geçip geçmemekte personel özgür bırakılacaktır. Ancak bu sisteme geçmeyen personel, işyerinin normal çalışma saatleri içinde izin istediğinde (yasadan, iş sözleşmesinden kaynaklanabilecek doğum, ölüm, hastalık v.b izinler dışında) ve izin talebi yöneticisi tarafından uygun görüldüğünde, sistem otomatik olarak ücretsiz izin uygulaması yapacaktır. Bu personel, istediği zaman sisteme dahil olma imkânına her zaman için sahiptir.

Ancak, proje kapsamında esnekliği seçmiş olan personel için haftada 4, ayda 16 saatlik

## Maktu aylıkla çalışıyor olmak, işe dilediği zaman gidip çalışmak, kendi keyfine göre bir özür belirtip, işe gelmemek özgürlüğü vermez.

ve tamamen işçinin kendi talebine bağlı olarak verilen izinler, yine işçi tarafından iki ay içinde kendisinden kaynaklanan nedenlere bağlı olarak tamamlanamadığı takdirde, sistem bu alınmış izinleri, üçüncü ayın sonundaki aylık ücretinden, telafi edilmemiş olan saatler kadar ücret kesintisi yaparak değerlendirmeye tabi tutacaktır.

### TASARIMIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Görebildiğimiz kadarıyla öngörülen sistem, İş Kanunu'nda "telafi çalışması", "denkleştirme uygulaması" ile benzerlik arz etmekle birlikte, telafi çalışmasına yakın durmakta ve fakat kendine özgü bir hüviyet taşımaktadır. Zira, mevcut yasal sistem telafi dönemi içinde telafi çalışması yapılamazsa ücret kesintisi yapılamayacağını öngörürken, işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, yine işçiden kaynaklanan sebeplerle telafinin yapılamaması durumunda ne olacağı hususu bize göre yasal boşluk olarak orta yerde durmaktadır. Aylık maktu ücretle çalışan personelden nasıl indirim yapılabileceği ve saat bazında bu indirimin ne şekilde belirlenebileceği ve İş Kanunu madde 62 gereğince de ücretten indirim yapılamayacağı gibi ayrıca tartışılması gereken hususlar da bulunmaktadır.

Konuyu değerlendirirken bazı kavramların açıklanmaya çalışılması hiç şüphesiz isabetli olacaktır. Maktu aylık ücret bilindiği üzere 4857 sayılı İş Kanunumuzda doğrudan tanımlanmış olmayıp, yasanın 49. maddesinde, dolaylı olarak tanımlanmış bulunmaktadır. Maktu aylık, Yargıtay kararlarında da yerleşik olarak belirtildiği gibi 30 günlük ücrettir. Ayın 28 veya 31 olması sonucu değiştirmemektedir.<sup>12</sup>

Buna göre maktu aylık her ay için belirlenmiş standart bir ücret olup, çalışılmayan hafta tatili, genel tatil ücreti, söz konusu bu maktu ücrete dahil bulunmaktadır. Maktu aylık ücretle

çalışanların, hasta, izinli veya mazeretli olması durumlarında ücretlerinde, kesinti yapılamayacaktır. Bu konuda farklı görüşlerde bulunmaktadır. Söz konusu görüşe göre; "... maddenin 2. fıkrası hükmünde işçinin hastalık nedeniyle çalışmadığı günlerde ücrete hak kazanacağı şeklinde kesin bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Bireysel ya da toplu iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar, hatta işyeri uygulamasıyla olursa çalışma koşulları arasında işçiye istirahat raporlu olunan ve çalışılmayan bu dönem için ücret ödeneceği sonucu çıkarılabiliyorsa, kurumdan aldığı geçici iş göremezlik ödeneğinin mahsubu ve mükerrer yararlanmanın önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Yoksa anılan 2. fıkra sebebiyle hastalık nedeniyle çalışılmayan süre için işverenin mutlak ücret ödeme mecburiyeti getirilmiş değildir."<sup>13</sup>

İşçinin işe gelmemek için yasadan ya da iş sözleşmesinden kaynaklanan uygun bir özrünün bulunduğu durumlarda ücreti kesilmeyecektir. Ancak bu uygunluğun iyi niyet ve hakkaniyet kurallarına uygun biçimde saptanması gerekmektedir. Medeni Yasa'nın iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun biçimde bu haklar kullanılmalıdır. Yasada yer alan özür durumu sınırsız bir özgürlük olmayıp, iyi niyet ve hakkaniyet kurallarına aykırı olarak ileri sürülen özürleri, işveren kabul etmeyebilir ve o günün ücretini kesebilir. Maktu aylıkla çalışıyor olmak, işe dilediği zaman gidip çalışmak, kendi keyfine göre bir özür belirtip, işe gelmemek özgürlüğü vermez.<sup>14</sup>

Maktu ücretin sözlük anlamı pazarlık edilemez, değişmeyen tek tip ücret şeklinde açıklanmaktadır. Maktu aylık ücretli kavramı, ücretin ayda bir ödenmesinden öte, belirlenmiş ücretin her durum ve şartta ödenmesinin gerektiği anlamını taşımaktadır. Gerek eski 1475 sayılı İş Kanunu, gerekse 4857 sayılı İş Kanunu'nda maktu aylıklı ifadesi kanun koyucu tarafından kullanılmamıştır. Maktu aylık ücretli kavramı, öğretide ve yargı kararlarında aylık ücretli yerine benimsenerek kullanılmaktadır.<sup>15</sup>

İşveren ve maktu aylıkla çalışan personel, gerek iş sözleşmeleri ve gerekse iş sözleşmesinin eki protokoller ile, uygulamaya yönelik olarak personelin bir takım mazeretleri halinde



bunun ücretli ya da ücretsiz izin şeklinde olmasını düzenleyebilirler. İş Kanunumuzda açık bir şekilde mazeret izni düzenlenmiş değildir. Ancak gerek hafta tatili ücretini düzenleyen 46. maddenin (b) fıkrasında ve gerekse 55. maddenin (i) fıkrasında yer alan, “evlenmelerde üç güne” kadar, “ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne” kadar verilmesi gereken izin süreleri, hafta tatili ücretine hak kazanmak ve de yıllık ücretli izin hakkının hesabı bakımından çalışılmış gibi kabul edilen sürelerden sayılırken, 55. maddenin (a) fıkrasında yer alan “işçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler” ile (b) fıkrasında yer alan “kadın işçilerin 74 üncü madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler” yıllık ücretli izin ücretine hak kazanabilmek bakımından çalışılmış gibi kabul edilmektedir.

Bu çerçeveden baktığımızda hukukumuzda yeterince tartışılmamış bulunan mazeret izni meselesini tartışmak kaçınılmaz hale gelmektedir. Örnek olarak işçilerin evlenmeleri halinde, verilmesi gereken izin söz konusuysen, işçinin kardeşinin, yeğeninin, baldızının vb. evlenmesi halinde işveren mazeret izni vermek zorunda mıdır? Bu mazeret izni ücretli mi yoksa ücretsiz olarak mı verilecektir? İşveren ücretsiz dahi olsa her mazeret beyanında izin vermek zorunda mıdır? Aynı husus çok yakın bir komşunun ölümü, kanunda zikrolunmamış bir akrabanın ölümü v.b. haller için de geçerlidir. Öncelikli olarak, böylesi mazeret durumlarında izin vermek yetkisinin işverenin inisiyatifinde olduğunu ve fakat işverenin bu yetkisini kullanırken objektif iyi niyet kurallarına uygun hareket etmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu durumda işveren işçiye ister ücretli, isterse ücretsiz izin verebilecektir. Yani işçinin böylesi durumlarda kendisine göre belirlediği mazeret izin talepleri, işverence iyi niyet kurallarına göre değerlendirilerek karşılanacak ve fakat işveren, sırf işçi maktu aylık ücretle çalışmakta olduğu gerekçesiyle, söz konusu mazeret izinlerini ücretli olarak vermeye zorlanamayacaktır. Bu hususta farklı değerlendirmeler de bulunmaktadır. Şöyle ki; “... 4857 sayılı İş Kanunu'nun 49/son maddesinde yer alan “hasta, izinli veya

sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçilere 46,47 ve 48 inci maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanmaz. Ancak bunlardan ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışanlara ayrıca çalıştığı her gün için bir günlük ücret ödenir hükmü, aylık ücretli maktu aylıklı işçilerin hasta, izinli veya mazeretli oldukları durumda kural olarak ücretlerinden fiilen çalışmadıkları günlerin karşılığı ücretin mahsup edilemeyeceği sonucuna götürmektedir. Bununla birlikte İş Kanunu'nun 48/2. Maddesinde “hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneği aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edilir” şeklinde ifade edilen hükme göre, işçiye sigortadan ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin maktu aylıktan mahsup edilmesi gerekir.

İş Kanunu'ndaki düzenlemeler dikkate alındığında, maktu aylıklı işçiler için mazeret izinleri ücretlidir. Bu durumda, mazeret izninin tatil gününe rastlaması sonucu değiştirmez. İşçinin aylık ücretli olmadığı durumlarda ise, yasada belirtilen mazeret izinlerinin bir kısmı (ölüm ve evlenme izinleri gibi) konusunda İş Kanununda bir boşluk olduğu söylenebilir. Bu durumda, boşluğun Borçlar Kanunu'nun 328. maddesi ile doldurulması gerekir....”<sup>16</sup>

Bu durumda işçi mazereti işverence uygun görülürse ücretli ya da ücretsiz olarak mazeret iznini kullanabilecektir. Aylık maktu ücretle çalışan birisi için günlük ücret, aylık ücretin otuza bölünmesi, saat ücreti ise 225'e bölünmesi suretiyle hesap edilebilecektir.

Bu açıklamalar çerçevesinde işveren ve işçinin gerek iş sözleşmesi ve gerekse iş sözleşmesinin eki protokollerle ya da fiili uygulamalar ile, aylık maktu ücretle çalışan personel için, cari ay içinde pekala ücretsiz izin düzenleyebilmeleri ve ay sonu yapılacak tahakkukta da, günlük ya da saatlik olarak, kullanılmış olan ücretsiz iznin mahsup edilmesi suretiyle, o aylık istihkakı belirleyebilmeleri mümkün olabilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 64. maddesinde düzenlenmiş bulunan “Telafi Çalışması”nın gerek lafzından ve gerekse özünden uygulamada

anlaşılan, gerek zorunlu nedenlerle işin durması, gerek ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi halleri, işveren inisiyatifinden kaynaklanan nedenlerle işçiye önce izin verilmesi ve sonrasında da bunun telafi edilmesi durumunu düzenlerken, işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi halinde ise, adıyla müsemma olarak, işçiyle doğrudan ilintili bir çalışmama halini ve sonrasında telafi etme halini düzenlenmektedir. Dolayısıyla ilk durumda yani işverenden kaynaklanan inisiyatif hallerinde, işçiye kanuna uygun olarak iki ay içinde telafi çalışması yaptırılmaması durumunda, işveren hiç şüphesiz bunun sonuçlarına katlanacak ve işçi ücretinden herhangi bir kesinti yapamayacaktır. Ancak ikinci halde, yani işçiden kaynaklanan nedenlerle, işçiye izin verilmiş ve fakat yine “işçiden kaynaklanan nedenlerle telafi edici çalışma yapılamamışsa” bu durumda ne yapılacağı konusunda bize göre yasal bir boşluk söz konusudur. Bir görüşe göre; “... İşçi, kanundaki koşullara göre uygulanmasına karar verilen bir telafi çalışmasını yapmakla yükümlüdür. Bu husus Kanununun madde 64/f(1) de; ‘...işveren... çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir’ şeklindeki telafi çalışması uygulamasını işverenin takdirine bırakan ifadesinden anlaşılmaktadır. Esasen telafi çalışması bir fazla çalışma olmadığından işçinin onayı da gerekmez. Telafi çalışmasına katılmayan, çalışmayan işçi, işi ifa borcuna aykırı davrandığından, İş Kanunu madde 25/II(h) fıkrasına göre, iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenlerle fesh edilebilir.”<sup>17</sup>

“Az, çoğun içindedir”, ilkesinden hareketle, işçi eğer kendisinden kaynaklanan nedenlerle telafi çalışmasını yapamadığı, yapmadığı takdirde, genel hükümler çerçevesinde haklı nedenle fesih imkânı varken, haklı nedenle feshe gidilmeden önce düşünülmesi gereken önlemler olabilir ve bizim de gündeme getirip tartışılmasını istediğimiz temel husus budur. Eğer işveren ve işçi daha ağır bir yaptırım ihtimali yerine daha hafif bir yaptırımı tercih edebiliyorsa, bu durum desteklenmeli ve kabul görebilmelidir.

Bu çerçevede konunun, iş mevzuatının yorumlanması ve boşluk olması halinin değerlendirilmesi yönünde de tartışılmasının uygun olacağı görüşündeyiz.

İş hukuku öğretisinde ve uygulamasında açık olmayan iş mevzuatı kurallarının yorumlanmasında işçi lehine yorum yöntemine başvurulması gerektiği genellikle kabul edilmektedir. İşçi lehine yorum, iş hukukuna özgü bir yorum yöntemi olmakla birlikte, bunun her durumda geçerli ve mutlak bir yöntem olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Medeni Kanun’un 1. maddesine göre “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.” Bu hüküm uyarınca yasanın sözünden çıkan anlam, ruhundan (özünden) çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez. Böyle bir durumda, yasa metnine verilecek anlamların içinde yasanın ruhuna uygun olanın araştırılması gerekir. Yasa hükmünün ruhunun araştırılması ise, onun amacının belirlenmesini zorunlu kılar. Medeni Kanun’un 1. maddesi de yasanın ruhunun araştırılmasını zorunlu tutmak suretiyle amaçsal yorum yöntemine yer vermiştir. Bu nedenle, iş yasalarının yorumu gereği ortaya çıktığında esas itibarıyla amaçsal yorum yöntemi uygulanmalıdır. Hukukçunun görevi hukuk kurallarını toplumsal amaçlarına en uygun biçimde yorumlamak ve uygulamaktır. İş Yasası hükmünün amacına (özüne) bakarak, hükmün lafzını (sözünü) genişleten veya lafzını daraltan, onu sınırlayan bir yorum yapılabilir.<sup>18</sup>

Amaçsal yorum yöntemi, yargı kararlarını menfaatler çatışmasını çözen bir araç (menfaat içtihatçılığı) olarak görür. Başka bir ifadeyle, hukuku, menfaatleri ölçmenin ve dengelemenin bir aracı olarak niteler. Gerçekten hukuk kurallarının amacı toplumdaki her türlü menfaat çelişmesini adalete uygun bir biçimde çözmek ve bu yolla toplumsal yararı ve düzeni korumaktır. İş mevzuatı hükümlerinin yorumlanması gerektiğinde her şeyden önce amaca uygun yorum yöntemine başvurulmalıdır. Ancak, iş mevzuatı kurallarının bir çoğunun, iş ilişkisinin güçsüz tarafı olan işçinin korunması amacını izlediği bilinmektedir. Bu tür kuralların yorumu söz konusu olduğunda, genel bir yorum yöntemi olan amaçsal yorum ile iş hukukuna

özgü işçi lehine yorum yöntemi örtüşmektedir. İş Yasaları hükümleri yorumlanırken, iş hukununun genel amacı değil (işçiyi koruma), her normun somut anlamı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, yasa hükümlerinde toplumsal yararlar çalışanların çıkarına üstün tutulmuş veya daha önce belirtilen hassas dengeleri gözetilen düzenlemeler öngörülmesi ya da bazı esnekliklerin getirilmesi amaçlanmış olabilir. Anılan hükümler söz konusu olduğunda işçi lehine yorum yönteminde ısrar etmek, yorumlanacak normun amacına ters düşer.<sup>19</sup>

Yukarıda düşünülen ve tartışmaya açtığımız çalışma şeklinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan "Telif Çalışması" ile ağırlıklı olarak benzerlik arz ettiği, ancak bire bir örtüşmediği ortadadır.

4857 sayılı İş Kanunu'na göre telif çalışması, zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde çalışılmayan süreler için yaptırabilir. Kanunun telif çalışması için öngördüğü haller arasında inceleme konumuzla ilgili olan husus; işçinin talebi üzerine kendisine verilen izin süreleridir.

Kanunda belirtilen ve telifisi mümkün olmayan izin, işçinin talebi üzerine, zorunluluk olmadığı halde işveren tarafından verilmiş olmalıdır. Yönetmelik, bu izinleri, "İş Kanunu, iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile öngörülen yasal izinler dışında" verilen izinler olarak tanımlamaktadır. Çalışılmayan sürenin telif çalışmasına konu olabilmesi için izni işçinin talep etmesi gereklidir; yoksa işverenin işçiyi talebi olmaksızın ücretli veya ücretsiz izne çıkarması ve çalışılmayan bu süreler için işçiye telif çalışması yaptırması mümkün değildir; çünkü, Kanun işçinin onayından değil talebinden bahsetmektedir. İşçi ve işverenin ücretsiz izin konusunda anlaşmaları halinde de ücretsiz izinde geçen sürenin telif edilmesi mümkün görünmemektedir. Kanuna dayanan tatiller ve izin süreleri (genel tatiller, hafta tatili, yıllık ücretli izinler, evlenme, doğum, ölüm için üç

güne kadar verilmesi gereken izinler) için telif çalışması yaptırılmaz. Sözleşmelere göre işçiye verilmesi gereken izin süreleri için de telif çalışması yaptırılmaz.<sup>20</sup>

İşveren telif çalışmasını sürenin bitimi tarihinden itibaren iki ay içinde yaptıracaktır. Çalışma Süreleri Yönetmeliği hükümlerine göre, telif çalışması yaptırmak isteyen işveren, telif çalışmasının hangi nedene dayalı olarak yapıldığını ve hangi tarihte telifinin yapılması gerektiğini açık olarak bildirecektir.

Tatil günlerinde telif çalışması yaptırılması kanunen mümkün değildir. Telif çalışması, günlük çalışma süresini aşmamak (11 saat) koşuluyla günde üç saatte kadar yaptırılacaktır.

Peki iş hukukunda sözleşme özgürlüğünün sınırları nelerdir ya da bir sınırlama söz konusu mudur?

Yargıtay bir kararında bu hususta şu değerlendirmeyi yapmıştır. "İş Kanununa ait hükümlerin kural olarak nispi nitelikte emredici hükümler olduğu şüphe dışıdır. Şu anlamda ki, iş kanununda öngörülen haklar işçi için asgari olup bir taban teşkil eder; bu tabanın üstüne çıkılabilir, lakin altına inilemez. Bir başka söyleyişle, kamu düzeninin sınırlayıcı etkisi kural olarak sadece işveren için söz konusudur"<sup>21</sup>

İş hukuku öğretisi ve uygulamasında mutlak ve nispi emredici hükümlerden bahsedilmekte ve nispi emredici hükümlere göre daha az sayıda da olsa mutlak emredici hükümlere tarafların kesinlikle uymak zorunda olup, işçi lehine de olsa bunların aksini kararlaştırmayacakları kabul edilmektedir. Oysa iş mevzuatında getirilen nispi emredici hükümlerle işçi hakları açısından bir alt sınır çizilmekte, iş ve toplu iş sözleşmeleriyle bu sınırın üstüne çıkılabilmektedir.

İş mevzuatında boşluk olduğu ortaya çıktığında ne olacağı hususu ise tartışmalıdır. Kuşkusuz iş hukuku sorunlarını her şeyden önce bu hukukun ilke ve kurallarıyla çözümlenmelidir. Toplu iş yasalarımızda boşluk bulunması durumunda genel hükümlere başvurulacağı bu yasalarda açıkça belirtilmiştir. İş Kanunu'nda bu yönde açık bir düzenleme yer almamasına karşın, toplu iş yasaları bakımın-

dan geçerli olan bu esasın İş Kanunu açısından da, genel kanun-özel kanun ilişkisi nedeniyle kabul edilmesi gerekmektedir. İş yasalarında boşluk bulunan hallerde genel hükümlerin uygulanması mutlak bir anlam taşımaz. Öğretide, medeni hukuk ve borçlar hukuku ilke ve kurallarının iş hukukunun “özel karakterine aykırı düşmediği ölçüde” ve “işçi işveren ilişkilerinin ağır basan toplumsal yanının elverdiği oranda” uygulanabileceği haklı olarak ileri sürülmektedir.<sup>22</sup>

İş mevzuatında boşluk olan hallerde genel hükümler uygulanırken varılacak sonuç iş hukukunun temel ilkelerine uygun bulunursa ortada bir sorun yoktur, bu hükümler aynen uygulanır. Buna karşılık medeni hukuk ilke ve kurallarının sorunu, iş hukukunun ruhuna ve niteliğine uygun bir biçimde çözümlenmekte yetersiz kaldığı durumlarda bir uyarılma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda medeni hukuk ilke ve kuralları, iş hukuku ile temasa geçince, bu hukukun özelliklerine uygun dönüşüm ve değişime uğrarlar, yeniden biçimlenirler. Gerçekten, İş Yasası'nda olaya uygulanacak bir kuralın bulunmaması, buna karşılık medeni hukuk veya borçlar hukukuna ilişkin ilke ya da kuralın yukarıda açıkladığımız nedenlerle iş ilişkisine uygulanmasının mümkün olmaması halinde bir örtülü veya gerçek olmayan yasa boşluğu ortaya çıkmış olacaktır. Genel hükümlerin dönüştürülerek iş ilişkilerine uygulanmasından, başka bir söyleyişle boşluk doldurmak suretiyle hukuk yaratılmasında hükmün toplumsal amaç ve sonuçlarını nazara alan sosyolojik ve ekonomik koşullar dikkate alınmalıdır. Bunun gibi, boşluk doldururken, yargıca Anayasa ilke ve kuralları hukukun genel prensipleri, adalet ve hukuki güvenlik gerekleri, karşılaştırmalı hukuktaki durum, iş hukukunda yerleşmiş yargısal ve bilimsel içtihatlar yardımcı ve yol gösterici olacaktır. Aynı şekilde sosyal mevzuatın tümüne hakim olan işçinin korunması, çalışma hakkı, ücretin güvencesi, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, iş güvencesi, sendika özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi özerkliği, çalışma barışının korunması vb. temel esaslar yargı organı

tarafından örtülü boşluk doldurulurken göz önünde tutulmalıdır.<sup>23</sup>

## SONUÇ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, telafi çalışmasını düzenleyen 64. maddede örtülü bir boşluk hali söz konusudur. Zira yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, ileride telafi etmek üzere kendi inisiyatifiyle izin kullanan ve fakat yine kendisinden kaynaklanan sebeplere bağlı olarak, söz konusu eksik çalışmalarını telafi edemeyen işçiler için Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda, doktrinde de ifade edildiği üzere, telafi çalışmasına katılmayan, çalışmayan işçi, işi ifa borcuna aykırı davranmıştır ve bu nedenle İş Kanunu'nun madde 25/II (b) fıkrasına göre iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi gibi ağır bir yaptırım yoluna gitmektense, tarafların üzerinde mutabık kaldıkları şekliyle, çalışılmayan, telafi edilmeyen, gün, saat her ne ise onun ücretinin kesilmesi ve bunun karşılıklı rızaya dayalı bir format içinde yapılması taraf menfaatlerine daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

Konunun İş Kanunu madde 62'de düzenlenmiş bulunan “ücretten indirim yapılamayacak haller” hükmüyle de uzaktan yakından bir ilgisi bulunmaması sebebiyle açıklamalarda bu bahse hiç girilmemiştir.

Mazeret izinleri konusu ise, İş Kanunumuzda doğrudan düzenlenmemiş, yalnızca gerek hafta tatiline ve gerekse yıllık ücretli izine hak kazanabilmek bakımından çalışılmış sayılan süreler bahsinde dolaylı olarak geçmiş bulunmaktadır. Hiç şüphesiz iş sözleşmelerinde ve toplu iş sözleşmelerinde ve de işyeri uygulamalarında doğrudan ya da dolaylı olarak taraflar ücretli ya da ücretsiz mazeret izinleri konusunu düzenleyebilirler. Biz açıklamalarımızda kanundan dolaylı olarak kaynaklanan mazeret izinleri üzerinde, herhangi bir tartışmaya girmeksizin bu hususları telafi çalışması dışında tutarak, ilaveten yine iş ya da toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan varsa mazeret izinlerini de dikkate alan bir kurgu üzerinden tartışmaya çalışmaktayız. Bunlar dışında işçiden günün ihtiyaçlarına uygun olarak kaynaklanabilecek mazeret izni talepleri ile, küresel rekabet ortamında artık kaçınılmaz hale



gelmiş bulunan mutlak verimlilik paradigmasını da refere ederek, karşılıklı mutabakata dayalı bir sistem kurgusunun olup olamayacağını incelemeye çalıştık.

Maktu aylık ücretle çalışma, genel anlamda hasta, izinli vb. hallerde dahi sabit ücretle çalışma olarak anlaşılabilir. Birlikte, her ne olursa olsun, her türlü mazeret hallerinde ve buna dayalı olarak çalışmama halinde, çalışanın standart bir ücret alacağı şekilde hiçbir zaman anlaşılabilir.

Zira her türlü mazeret izni taleplerinin ki, bunun ücretli yada ücretsiz olması fark etmemektedir, işverence kabul edilmesi gerektiği gibi bir sonuç çıkaramayız. İşverenin böyle bir kabul yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak işveren, kendisinden talep edilen mazeret izinlerini değerlendirirken, elbette ki objektif hüsnüniyet kaidelerine dayalı olarak talebi değerlendirecektir. Tam da bu nedenle, iş sözleşmesi taraflarının, haftalık 45 saatlik çalışma süresi içinde 4 saat gibi bir süreyi, daha sonra telafi etmek üzere işçinin inisiyatifine bırakmaları ve daha sonra telafi edilme periyot ve dönemini de, kanunun ve içtihatların gelmiş olduğu noktalar dikkate alınmak suretiyle işçinin inisiyatifinde bir formata oturtmalarının günün ihtiyaçlarına yanıt verebilen hukuki bir yaklaşım olduğunu düşünüyoruz.

Bütün bu açıklamaları göz önünde bulundurduğumuzda, tartışmaya açılan modelde mümkün mertebeye telafi çalışmasını düzenleyen kanun, yönetmelik hükümlerine ve de yargı içtihatlarına uyum sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir.

Şöyle ki;

1. Sistem yalnızca işçi tarafından talep edilen ücretli izinlerin, iznin kullanımını takip eden iki ay içinde telafi edilmesine yöneliktir. İşçiden kaynaklanan nedenlerle bu telafi yapılamaz ise ne olacağı sorusuna yanıt aranmaktadır.
2. Günlük çalışma, telafi edici çalışma yapılırsa dahi, 11 saati aşamayacaktır.
3. İşyeri Cumartesi günü çalışmamakta olup, çalışandan Cumartesi günü telafi çalışması beklenmemektedir.

4. Kanuna dayalı mazeret izinleri için telafi çalışması söz konusu değildir.
5. Telafi çalışmasının hangi nedene dayalı olarak yapıldığı ve hangi tarihte yapılacağı bizzat işçi tarafından tayin edilmekte ve dolayısıyla bilinmektedir.
6. İşçi sisteme girip, girmemekte serbest olup, sisteme dahil olanlar daha sonra ayrılacakları gibi, başlangıçta sisteme dahil olmayanlar da daha sonra sisteme girebileceklerdir.

## DİPNOTLAR

- 1 Dr. Sabahattin Şen, Esnek Üretim-Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkileri, Ankara, 2004, sy. 93.
- 2 Birlikte Tedavi ESNEKLİK-MESS yayını, sy. 6-9.
- 3 Dr. Sabahattin Şen, sy. 96.
- 4 Doç. Dr. Erdem Özdemir, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, 6. sayı, sy. 30.
- 5 Dr. Sabahattin Şen, sy. 110.
- 6 Dr. Sabahattin Şen, sy. 110.
- 7 Dr. Sabahattin Şen, sy. 111.
- 8 Dr. Sabahattin Şen, sy. 144.
- 9 Dr. Sabahattin Şen, sy. 145.
- 10 Prof. Dr. Ali Güzel, Çalışma Hayatında Esneklik Seminer Kitabı, 1995, MESS yayını, sy. 17.
- 11 Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu-Yrd. Doç. Dr. Muhittin Astarlı, İş Hukuku, 5. Bası, sy. 404.
- 12 Av. Ergun İnce, Çalışma Hukuku, sy. 138.
- 13 Şahin Çil, İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, 3. Cilt, sy. 2741-2742.
- 14 Av. Ergun İnce, sy. 139.
- 15 Mehmet Kara Durmuş, Baş İş Müfettişi; Maktu Aylıklı Olmanın Avantaj ve Dezavantajları İle Uygulamadaki Çelişkiler, E-Yaklaşım, Haziran 2008, sayı. 186.
- 16 Bektaş Kar-Seracettin Gökteş, MESS Sicil İş Hukuku Sergisi, 6. sayı, sy. 32.
- 17 Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu-Yrd. Doç. Dr. Muhittin Astarlı, sy. 1132.
- 18 Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku, 8. Baskı, sy. 22, 23.
- 19 Prof. Dr. Sarper Süzek, sy. 25, 26.
- 20 Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu-Yrd. Doç. Dr. Muhittin Astarlı, sy. 1131.
- 21 Yargıtay 9. HD. 10.4.1970, 101/3487.
- 22 Prof. Dr. Sarper Süzek, sy. 36, 37.
- 23 Prof. Dr. Sarper Süzek, sy. 38, 39, 41.

Prof. Dr. Murat ŞEN

Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırlık ve Sonuçları

(Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 13.02.2012 Tarihli Bir Kararı Çerçevesinde)

## 1. GİRİŞ

İş sözleşmesinin tam iki tarafa borç yüklemesi ve kişisel ilişki kurması gibi özellikleri, işçinin işverene karşı yerine getirmesi gereken sadakat borcu karşılığında, işverenin de işçiyi koruma ve gözetme borcunu ortaya çıkarmakta hatta bu borca işverenin sadakat borcu da denilmektedir<sup>1</sup>.

Sadakat bağı, işçi açısından işverenin ve işyerinin çıkarlarını korumayı, işverene ekonomik, ticari ve mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmayı; işveren açısından ise işçinin kişiliğini korumayı, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayı gerektirmektedir<sup>2</sup>. Bu nedenle işveren işçiye yardımcı olmak, onun çıkarlarının zedelenmesine yol açabilecek davranışlardan kaçınmak, gördüğü iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almakla yükümlüdür<sup>3</sup>. Başka bir ifadeyle, işveren, bu borç nedeniyle işçinin iyiliği ve çıkarları doğrultusunda davranma, işçiye zarar verebilecek davranışlardan kaçınma, tehlikeleri

önleme yükümlülüğü altına girmektedir<sup>4</sup>.

Genel olarak ifade edilen bu hususların ihlali halinde ne tür yaptırımların mümkün olduğu, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri dışındaki işçinin kişiliğine yönelik ihlaller durumunda ortaya çıkan hukuki imkânların türleri ve bu arada manevi tazminat talebinin söz konusu olup olmayacağı tartışılmalı bir husustur. Bu nedenle Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 13.02.2012 tarih, 2009/42452 Esas ve 2012/3132 Karar sayılı kararı çerçevesinde, işçinin kişilik haklarına aykırılık şeklinde ortaya çıkacak koruma ve gözetme borcu kapsamında manevi tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği bu çalışmada ele alınacaktır.

## II. YARGITAY KARARI

### DAVA

Davacı vekili, ücret, fazla çalışma karşılığı ücret ile manevi tazminatın davalı işverenden tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

## KARAR

### A) Davacı İsteminin Özeti

Davacı vekili, davacı ile davalı şirket arasında belirli süreli yurtdışı iş sözleşmesi yapıldığını, akit uyarınca davalı şirketin Kazakistan'da Tengiz bölgesindeki tesislerinde çalışmaya başladığını, işverenin gerekli emniyet tedbirlerini almaması sebebiyle vuku bulan olayda arkadaşlarının ve kendilerinin yaralandıkları ve zor kurtulduklarını, bundan sonra da gerekli can güvenliğinin sağlanmaması sebebiyle ve bahse konu olaylar neticesinde sözleşmesinin sona erdiğini, maddi ve manevi olarak bundan zarar gördüğünü ve kusuru olmaksızın sona eren hizmet sözleşmesi nedeni ile bakiye ücretlerinden mahrum kaldığını, ödenmeyen ücret ve fazla çalışma ücretleri bulunduğunu belirterek, ücret, fazla çalışma ücreti ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

### B) Davalı Cevabının Özeti

Davalı vekili, davacının çalışma ortamının güvenliğinin sağlandığını, burada kalanların çalışmasına devam ettiğini, davacının yurda dönmek istemesi nedeni ile akdin sona erdiğini ve dolayısı ile akdin davacı tarafından bozulduğunu, kavgadan dolayı işverenin bir kusurunun bulunmadığını, manevi tazminat isteminin de koşullarının oluşmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

### C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti

Mahkemece, manevi tazminat koşullarının oluşmadığı, davacının fazla mesai ücretinin ödendiği, ödenmeyen ücret alacağı bulunduğunun gerekçesi ile 225,49 TL ücret alacağının davalıdan tahsiline, fazla çalışma ücreti ve manevi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

### D) Temyiz

Karar davacı vekili tarafından manevi tazminat isteminin reddi nedeni ile davalı vekili tarafından ise süre tutum dilekçesi ile temyiz edilmiştir.

### E) Gerekçe

1. Miktar ve değeri temyiz kesinlik sınırını aşmayan taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar HUMK.'nun 426/A maddesi uyarınca temyiz edilemez. Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkar) tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.06.1975 gün ve 1975/6-8 sayılı içtihadında, 5521 sayılı Yasada açık düzenleme olmamakla birlikte, bu yasanın 15. maddesindeki düzenleme gereği HUMK.'nun 426/A maddesindeki kesinlik sınırının iş mahkemelerinde verilen kararlarda da uygulanması gerektiği, grup halinde açılan davaların salt iş mahkemelerine özgü bir dava türü olmadığı, bu nedenle seri olarak açılan davalarda her dosya için kesinlik sınırına bakılması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Dosya içeriğine göre davalı vekili tarafından temyize konu edilen miktar karar tarihi itibarı ile 1.400,00 TL kesinlik sınırı kapsamında kaldığından davalı vekilinin temyiz isteminin HUMK.'nun 426/A, 432 maddeleri, uyarınca REDDİNE,

2. Davacı vekilinin temyizine gelince;

İş sözleşmesinin işverene yüklediği gözetme borcu, işçinin iyiliği ve çıkarları doğrultusunda davranma, işçiye zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak, tehlikeleri önlemek borçlarını yükler. İşyerinde iş güvenliği önlemlerinin alınması, işverenin gözetme borcu kapsamında yer alan yükümlülüklerinin sadece bir bölümünü ifade etmektedir. Ancak iş güvenliği hukuku bakımından, işverenin işçiye gözetme borcu, "iş güvenliği önlemlerini alma borcu" anlamında kullanılmaktadır.

Özel hukuk açısından işverenin işçiye gözet-

me, yani iş güvenliği tedbirleri alma borcunu düzenleyen temel hüküm Borçlar Kanunu'nun 332. maddesidir. Madde kapsamına göre, işverenin önlem alma yükümlülüğü;

İşletme tehlikelerine karşı işçinin korunması,

Uygun ve sağlığa uygun çalışma yeri sağlanması,

İşverenle beraber ikamet eden işçi için sağlığa uygun yatacak yer sağlanması, şeklinde üç ana grupta toplanmaktadır. Düzenleme ile özellikle işçinin çalışması sırasında karşılaşacağı tehlikelere karşı korunması göz önünde tutulmuş ve işverenin bu tehlikelerin sebebiyet verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu, önleyici nitelikte kurala bağlanmıştır.

İşverenin kamu hukukuna dayanan işçiyi gözetme borcunu düzenleyen temel kural, 4857 sayılı Kanun'un 77. maddesidir. Bu maddeye göre işverenler, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız olarak bulundurmak, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermek zorundadırlar. İşveren işçinin sağlığını ve hayatını tehlikeye sokacak riskleri ortadan kaldırarak, ona işletme tehlikelerine ve meslek hastalıklarına karşı her türlü tedbirin alındığı bir işyeri ve iş ortamı hazırlamalıdır.

Özel hukukta düzenlenen kurallara uymamanın yaptırımını tazminat ödenmesini öngörürken, kamu hukuku kuralları ise genel olarak idari ve cezai yaptırımlar getirmektedir.

İşverenin işyerinde çalışanları gözetme ve koruma borcunun kapsamında, işçilerin maddi ve manevi vücut bütünlüğünün, şeref, haysiyet ve özel yaşam gibi kişisel değerlerinin korunması da bulunmaktadır.

İşyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle zarar gören işçi, işveren aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açma hakkına sahiptir. Bunun yasal dayanağı Borçlar Kanunu'nun 46 ve 47. maddeleridir. İşverenin işçiyi koruma borcu kapsamındaki, ihmali ya da kusurlu davranışı, bilerek ve

isteyerek hareket etmiş olması ya da bunu istememekle birlikte önlemek için gerekli dikkat ve özeni göstermemesi, başka bir deyimle alınması gereken iş güvenliği önlemlerini almaması biçiminde ortaya çıkar. İşverenin gözetme ve koruma borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, işçi maruz kaldığı zarar durumuna göre, maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunabilir. Ayrıca bu borcun yerine getirilmemesi, işverenin kendisine düşen ifa hazırlıklarını yapmamış olması nedeniyle onun alacaklının temerrüdü durumuna düşmesine yol açabilir.

Borçlar Kanunu'nun 344. maddesi uyarınca, "muhik sebeplerden dolayı gerek işçi gerekse iş sahibi, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakti akti feshedebilir. Ezcümlle, ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnüniyet kaidelelerinden iki taraftan birine artık akti icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder. Bu gibi hallerin mevcudiyetini hakim taktir eder. Fakat işçinin kendi kusuru olmaksızın duçar olduğu nispeten kısa bir hastalığı yahut kısa müddetli bir askeri mükellefiyeti ifa etmesi, muhik sebep olarak kabul edemez." Aynı kanunun 345/1 maddesinde ise; "Muhik sebepler, bir tarafın akite riayet etmesinden ibaret olduğu taktirde, bu taraf diğer tarafa onun akit ile müstahak iken mahrum kaldığı ferî menfaatler de nazara alınmak üzere tam bir tazminat itasıyla mükellef olur. Bundan başka hakim vaktinden evvel feshin mali neticelerini, hali ve mahalli adeti gözönünde tutarak taktir eder" hükmüne yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/I.a maddesi işçiye, "İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması" halinde haklı fesih hakkı vermektedir. Kanunun 26/2 maddesindeki düzenleme işçiye bu nedenle fesihten dolayı tazminat isteme hakkı vermektedir.

Dosya içeriğine göre davacının davalıya ait yurtdışı işyerinde çalışırken, işyerinde yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yaralandığı, işverenin gerekli güvenlik önlemlerini almaması nedeni ile bu saldırı sonunda kişilik haklarının hukuka aykırı şekilde ihlal edildiği, davacının işverenin güvenlik önlemlerini almaması ve kişisel güvenliğinin tehlikede olması nedeni ile



belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği anlaşılmaktadır.

Öncelikle kişilik hakları, beden bütünlüğü iş yerinde gerekli iş güvenliği önlemleri nedeni ile zarara uğrayan, bu nedenle elem ve acı duyan işçinin Borçlar Kanunu'nun 322. Maddesi yolu ile aynı kanunun 47, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77 ve 24/II.a<sup>5</sup> maddeleri yolu ile aynı kanunun 26/2 maddesi uyarınca davacı işçi, davalıya ait işyerinde işverenin gerekli güvenlik önlemleri almaması nedeni ile yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yaralanması nedeniyle acı ve üzüntü duyduğunu belirterek manevi tazminat talep etmiştir. Davalı işverenin çalışanları gözetme ve koruma borcu kapsamında işyerinde gerekli güvenlik önlemleri almadığı, davacının işyerinde yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yaralandığı anlaşıldığından, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre cismani zarara uğrayan kişiye zararın ağırlığına ve diğer tazminat öğeleri dikkate alınarak yargıç tarafından adalete uygun bir tazminat verilmelidir. Mahkemece yazılı gerekçe ile manevi tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi<sup>6</sup>.

## III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Karara konu uyuşmazlık, işverenin işçileri koruma ve gözetme borcunun kapsamı ile buna aykırılık halinde ortaya çıkacak sonuçlara ilişkindir. Bu çerçevede, yerel mahkemenin ve Yargıtay Özel Dairesinin karar ve gerekçelerini özetlemekte yarar vardır.

### A. Yerel Mahkemenin Kararı ve Gerekçesi

Dava konusu uyuşmazlıkta, davacı işçi, işverenin yurtdışında bulunan işyerinde çalışırken, işyerinde çalışan yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yaralanmış, işverenin gerekli güven-

lik önlemlerini almaması ve kişisel güvenliğinin de tehlikede olması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiştir.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla yerel mahkeme, somut olayı işverenin koruma ve gözetme borcu açısından tartışmamış ve manevi tazminat koşulları oluşmadığı için manevi tazminat isteminin reddine karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin söz konusu uyuşmazlığı karara bağlarken gerekçe belirtmeksizin sadece manevi tazminat koşullarının oluşmadığı gibi yalın bir ifadeye yer verdiği görülmektedir.

### B. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bozma Kararı ve Gerekçeleri

Yerel mahkemenin kararı, konumuzu ilgilendiren yönüyle, davacı vekilince, olayda işverenin koruma ve gözetme borcuna aykırılık olduğu ve tazminat yaptırımına hükmedilmesi gerektiği yönüyle temyiz edilmiştir.

Yargıtay, iş sözleşmesinin işverene yüklediği koruma ve gözetme borcunun, işverene işçinin iyiliği ve çıkarları doğrultusunda davranma, işçiye zarar verebilecek davranışlardan kaçınma ve tehlikeleri önleme borçlarını yüklediğini ifade etmiştir. Bu kapsamda işyerinde iş güvenliği önlemlerinin alınmasının, işverenin koruma ve gözetme borcu kapsamında yer alan yükümlülüklerinin sadece bir bölümünü karşıladığı belirtilmiştir. Bu borcun hem Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinde düzenlenen hükümlerle özel hukuka, hem de İş Kanunu'nun 77. maddesinde düzenlenen hükümlerle de kamu hukukuna dayanan yönlerinin bulunduğu vurgu yapılmış; özel hukuka dayanan aykırılıkların yaptırımının, bu tehlikelerin sebep olduğu zararlardan dolayı sorumluluk şeklinde ortaya çıkan tazminat yaptırımı olduğu, kamu hukukuna dayanan kurallara aykırılık halinde ise idari ve cezai yaptırımların uygulanması gerekeceği hususu açıklığa kavuşturulmuştur.

Bu çerçevede işçinin, Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi yoluyla aynı Kanun'un 47, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77 ve 24/I.a maddeleri yoluyla da aynı Kanun'un 26/2 maddesi uyarınca işçinin tazminat istediği belirtilmiş ve işçinin, davalıya ait işyerinde işverenin gerekli güvenlik önlemleri almaması nedeni ile işçi-

## Geniş kapsamlı olan ve somut sınırları bulunmayan işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu, öncelikle işçinin kişiliğine saygı gösterilmesini ve kişiliğinin korunmasını gerektirir.

lerin saldırısı sonucu yaralanması nedeniyle acı ve üzüntü duyduğunu belirterek manevi tazminat talebinin Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi gereği hüküm altına alınması gerekirken alınmamasını bozma nedeni saymıştır.

### C. İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı

Geniş kapsamlı olan ve somut sınırları bulunmayan işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu, öncelikle işçinin kişiliğine saygı gösterilmesini ve kişiliğinin korunmasını gerektirir. Bu kapsama, bir taraftan yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün korunması için gerekli önlemlerin alınması, diğer taraftan da işçiye gerekli bilgi ve belgelerin verilmesi, yol gösterilmesi ve işyerine getirdiği eşyalarının korunması gibi yükümlülükler girer. Bunun yanı sıra koruma ve gözetme borcu ile yoğun bir şekilde iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmesi kastedilse de, işyerinde iş güvenliği önlemlerinin alınması, işverenin koruma ve gözetme borcu kapsamında yer alan yükümlülüklerinin sadece bir bölümünü ifade eder. Ancak belirtelim ki, iş güvenliği hukuku bakımından, işverenin işçiyi gözetme borcu, "iş güvenliği önlemlerini alma borcu" anlamında kullanılmaktadır. Bu kapsamda iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı gereken önlemlerin alınması suretiyle çalışma ortamının sağlıklı ve güvenli bir şekilde rasyonel düzenlenmesi amaçlanmaktadır<sup>7</sup>.

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun kapsamı, mevzuat hükümleri yanında dürüstlük ve iyiniyet kuralları ile belirlenir ve sınırları çizilir<sup>8</sup>.

Görüldüğü üzere, bu borç işverene bir taraftan işçinin kişiliğinin korunması diğer ta-

raftan da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması yükümlülüğü getirmektedir. Bu nedenle her iki hususu da ayrı başlıklar altında kısaca açıklamakta yarar vardır.

#### 1. İşçinin Kişiliğini Koruma

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, işverenin borçlarını sayarken 417/I maddesiyle "İşçinin kişiliğinin korunması"na yer vermiştir. Buna göre, "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür." hükmünü getirmiştir.

İşçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin bu düzenleme, iş kanunlarına tabi tüm iş ilişkilerinde uygulanır. Bu hükmün gerekçesinde "işverenin işçinin kişiliğini koruması, kişiliğine saygı göstermesi, sağlığını gözetmesi, işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleşmesini sağlama yükümlülüğü öngörülmektedir. Gerçekten, işverenin, işçinin sağlığını korumak amacıyla hastalandığında onu çalışmaya zorlamama, tedavisi için gerekli izinleri verme, gerektiğinde işyerinde acil tedavi imkânlarını sağlama gibi yükümlülükleri söz konusudur. Böylece, işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde "ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle" yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Bu yükümlülüğünün diğer bir görünümünü ise, işverenin, işçilerin cinsel tacize uğramamaları için gerekli önlemleri alması oluşturmaktadır. İşveren, bu amaçla, işçilerin derhâl yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlüdür."<sup>9</sup> sözcüklerine yer verilerek örneklerle bu borcun kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır.

Anayasadan doğan bir yükümlülük olan işçinin kişiliğinin korunması ve gözetilmesi

(saygı gösterilmesi) borcu, onun yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve onurunun, kişisel ve mesleki saygınlığının, ahlaki değerlerinin, özel yaşam alanının, genel olarak özgürlüğünün korunmasını içerdiği gibi işyerinde cinsel ve psikolojik tacize (mobbinge) uğramamalarını da gerektirir<sup>10</sup>.

TBK. m. 417'deki düzenlemeyle, işçinin kişiliğinin korunmasındaki kapsamın tüketici bir şekilde düzenlenmediği ve kişisel verilerin hukuka uygun biçimde kullanımının da bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir<sup>11</sup>. Dolayısıyla işveren TBK. m. 419 gereği "işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır." Bu nedenle iş hukuku bağlamında, bilgisayar ortamında veya özlük dosyalarında (İş K. m. 75) saklanan, işçinin özel ve meslek yaşamını da kapsayacak şekilde onunla ilişkili veya ilişkilendirilebilen tüm bilgileri ifade eden, kimlik numarası, adresi, mesleği, medeni durumu, doğum yılı, mahkumiyeti, siyasi veya sendikal faaliyeti, sağlık ve hastalık durumu, e-mail yazışmaları, din, ırk, etnik kökeni ve cinsel tercihi gibi tüm bilgiler kişisel veri olarak kabul edilir; ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri işverenin açıklamaması yükümlülüğü de işçinin kişiliğinin korunması kapsamında değerlendirilir.

Şu halde denilebilir ki, Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi, genel olarak kişilik haklarının korunmasına ilişkin TMK. m. 24'ün, bireysel iş hukukunda genel hizmet sözleşmesindeki özel düzenlemesidir. Ancak TMK. m. 24, kişilik haklarının hukuka aykırı olarak yapılan saldırılara karşı kişiliğin korunmasını düzenlemiş olmasına rağmen, TBK. m. 417, işçinin kişilik haklarını sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde korumaktadır. Bu açıdan biri haksız fiil sorumluluğunu, diğeri ise sözleşmeden doğan sorumluluğu esas almakta ve ispat yükünün dağılımı, yardımcı kişilerin sorumluluğu, kusur ve zamanaşımı süreleri açısından farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır<sup>12</sup>.

## 2. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma

İşverenin koruma ve gözetme borcu kapsamına işçinin kişiliğinin korunmasının yanı sıra işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması da girmektedir. Hatta, işverenin koruma ve gözetme borcu ile daha ziyade iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri kastedilmekte, bu kapsamda iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı gereken önlemlerin alınması suretiyle çalışma ortamının sağlıklı ve güvenli bir şekilde düzenlenmesi amaçlanmaktadır<sup>13</sup>. İşveren işçinin kişilik hakları arasında bulunan yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünü işyeri tehlikelerine karşı korumak zorundadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 30.12.2012 tarihinde yürürlükten kalkarak yerini 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4 ve devamı maddelerine bırakacak olan 77. maddesine göre, "İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.

İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar..." Bu hükme paralel bir düzenleme TBK. m. 417/II'de yer almaktadır: "İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür."

Söz konusu hükümde "her türlü önlemi almak"tan söz edildiği için, iş sağlığı ve güvenliği açısından bir önlemin alınması gerekli ise, işverenler bir sınırlama getirilmeksizin bu önlemin alınmasından sorumlu tutulmuşlardır. Öğreti ve Yargıtay uygulamasında, işverenin sadece mevzuatta yer alan önlemleri alması ile yetinemeyeceği, mevzuatta öngörülmemiş ancak bilimsel ve teknolojik gelişmelerin ge-

rekli kıldığı diğer iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini de alması gerektiği kabul edilmiştir<sup>14</sup>.

Ayrıca bu kapsamda yer almak üzere TBK. m. 418 ile, işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşayan, kusuru olmaksızın hastalık, kaza, gebelik gibi nedenlerle iş görme edimini yerine getiremeyen ve SGK yardımlarından yararlanamayan işçiye belirli sürelerle bakım ve tedavi yükümlülüğü de getirilmiştir. 1 Temmuz 2012 tarihinde yerini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na bırakan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinde de "İş sahibi, akdın hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur..." sözcüklerine yer verilerek işverenin işçiyi koruma borcu kapsamında iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almasına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir.

#### D. İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcuna Aykırılığın Yaptırımı

İşçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında yükümlülüklerini yerine getirmeyen işveren, iş sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü yerine getirmemiş olacağından sözleşmeye aykırı davranmış olur ve kendisinden öncelikle maddi ve manevi zararların giderilmesi istenebilir<sup>15</sup>. TBK. m. 112'ye göre, "Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür." Bu durum ayrıca bir özel hükümle TBK. m. 417/III'de düzenlenmiştir. Buna göre, işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir. Dolayısıyla bu maddeye göre artık doğrudan işçinin kişilik haklarının ihlâlinde işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür<sup>16</sup>.

Bu bağlamda, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümlerle iş mevzuatındaki özel hükümlerde, işçinin kişilik

haklarının ihlal edilmesi halinde bir çok hukuki imkân ve yaptırım söz konusu olabilmektedir. Buna göre, saldırının (tecavüzün) önlenmesi, saldırıya son verilmesi, saldırının hukuka aykırılığının tespiti, saldırının kınanması, bu yöndeki kararların üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması (TMK. m. 25/I-II, TBK. m. 58/II), maddi ve manevi tazminat, manevi tazminat yerine diğer bir giderim biçimi ya da bunun tazminata eklenmesi (TMK. m. 25/III, TBK. m. 58/I-II) gibi imkânların yanı sıra, ayrımcılık tazminatı ve sendikal tazminat (İş K. m. 5/VI, STİSK. m. 25) ile iş sözleşmesinin geçersizliği (TBK. m. 27) ve işçi tarafından sözleşmenin haklı nedenle feshi ve tazminat (İş K. m. 24/II, b, c, d; İş K. m. 26/II) gibi yaptırımlar da mümkündür<sup>17</sup>. Bunun yanı sıra, İş Kanunu'nun 77 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş sağlığı ve güvenliği hükümleri olan kamu hukuku kurallarına aykırılığın yaptırımı genel olarak idari ve cezai yaptırım ise de, bu kapsamda da koruma ve gözetme borcuna aykırılık nedeniyle işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir (İş K. m. 77, 83, İş K. m. 24/1,a). Ayrıca Türk Ceza Kanununun 132 ve devamı maddelerindeki "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" kapsamında kişilik haklarının ihlaline ilişkin yaptırımlar da söz konusu olabilir<sup>18</sup>.

Görüldüğü üzere, işverenin koruma ve gözetme borcu iş sözleşmesinden doğduğundan, işçi iş kazasından doğan vücut bütünlüğünün zedelenmesi nedeniyle açacağı tazminat davasında sözleşmeye aykırılıktan doğan (akdi) sorumluluk hükümlerine dayanabilmektedir (TBK. m. 112). Kural olarak, iş kazası sonucu ölen işçinin yakınlarının destekten yoksun kalma tazminatı açısından haksız fiil hükümlerine dayanması gerekirken, TBK. m. 417/III hükmü gereğince, işçinin ölümü nedeniyle açılacak tazminat davalarında da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk esaslarına dayanma imkânı bulunmaktadır. Aynı düzenlemenin eski Borçlar Kanunu açısından da geçerli olduğu görülmektedir (BK. m. 332/II)<sup>19</sup>. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri, işçinin lehine düzenlemeler getirmekte, TBK. m. 112'de olduğu gibi kusursuzluğun ispatını işverene yüklemekte, bu tür uyumsuzluklarda dava



zamanaşımını da on yıl olarak kabul etmektedir (TBK. m. 146)<sup>20</sup>. Eğer bu durum haksız fiil sorumluluğuna dayandırılırsa, işçinin işverenin kusurunu ispat etmesi aranacağı gibi (TBK. m. 49), dava da iki yıllık haksız fiil zamanaşımına tabi olacaktır (TBK. m. 72).

Kaldı ki, işverenin bu davranışı, işçinin kişiliğın korunmasına ilişkin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki emredici davranış kurallarının ihlali anlamına da geldiği için söz konusu kuralların ihlali aynı zamanda bir haksız fiil oluşturur. Bu durumda, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri ile haksız fiil sorumluluğundan doğan dava haklarının yarıştığı kabul edilir<sup>21</sup>. Bunun sonucu olarak, işçinin zararın tazmini için sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin yanı sıra haksız fiil sorumluluğu hükümlerine de gidebileceği kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Ancak sözleşmeye dayanan sorumluluk hükümlerine başvurusu işçinin yararınadır. Bu husus TBK. m. 417/III'de de emredici bir şekilde düzenlenmiştir: "İşçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir."

### E. İşçinin Korunması ve Gözetilmesi Borcuna Aykırılık Halinde Manevi Tazminat

Yukarıda açıklandığı üzere, işveren, işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırı davrandığı takdirde, maddi ve manevi tazminat yaptırımının yanı sıra diğer bir giderim biçimi ya da bunun tazminata eklenmesi yaptırımına da maruz kalabilir.

Gerçekten de, TMK. m. 25/III'e göre kişiliğine saldırıda bulunulan kişi, maddi tazminat talebinde bulunabileceği gibi manevi tazminat da isteyebilir: "Maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır".

TBK. m. 58'e göre de, "Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir

miktar para ödenmesini isteyebilir. Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."

Şu halde, iş ilişkisinde işçinin kişiliğine yapılan saldırılarda doğrudan manevi tazminata hükmedilmesi mümkündür. Yargıtay da, "... Davacıya, davalı işveren vekili tarafından etkili eylemde bulunulduğu tartışmasızdır. Sözü edilen eylem tek başına BK 49. madde uyarınca kişilik hakkına saldırı olup manevi tazminatı gerektirir. Mahkemece feshin haksızlığının kabulü de bu olguyu doğrulamaktadır. Hiç bir gerekçe işçinin dövülmesini haklı kılmaz, işçinin yalnız maddi varlığı değil manevi varlığı da yasalarca koruma altındadır."<sup>23</sup> sözcükleriyle, işçinin kişilik haklarına yapılan saldırıların manevi tazminatı gerektireceğini karara bağlamıştır. Somut olayda da işçinin kişiliğine saldırıda bulunulduğu, kişilik hakkının zedelenmesi ve zarar gördüğü tartışmasız olduğuna göre, manevi tazminata hükmedilmesi gerekeceği açıktır.

Bu arada belirtilmesi gereken bir husus, TBK. m. 58 hükmünün bir haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hüküm olmasına rağmen burada uygulama alanı bulacağı hususudur. Zira, TBK. m. 114/II hükmüne göre, "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır". Bu nedenle, işverenin koruma ve gözetme borcuna aykırılığa dayandırılan davada, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 49 ve devamında yer alan hükümler yani kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk esasları, müterafik (birlikte) kusur (TBK. m. 52), maddi tazminat (TBK. m. 54), manevi tazminata (TBK. m. 56) ilişkin kurallara da başvurulabilir.

### F. Somut Olay Açısından Değerlendirme

Somut olayda, yerel mahkemece davacının manevi tazminat talebi reddedilirken işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında herhangi bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir.

Yargıtay, yerel mahkemenin kararını bozar-

ken, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu konusunda bir takım gerekçelere yer vermiştir. Yargıtay, 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki hükümleri göz önünde bulundurarak sonuca gitmeye çalışmış ise de gerekçelerinin bazılarında isabet kaydedememiştir. Her ne kadar kararın verildiği 13.02.2012 tarihi itibarıyla henüz yürürlüğe girmemiş ise de, 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin kararda değerlendirilmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Zira, somut uyuşmazlığa ilişkin işverenin işçinin kişiliğini koruma borcunun kapsamı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile daha somut bir şekilde belirlenmiştir.

Yargıtay, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunu özel hukuk ve kamu hukuku kuralları açısından ayrıma tabi tutarak incelemiş; özel hukuk açısından işverenin işçiyi gözetme borcunu, Borçlar Kanunu'nun 332. maddesine dayandırarak iş güvenliği tedbirleri alma kapsamında değerlendirmiş ve madde kapsamına göre, işverenin önlem alma yükümlülüğünün; işletme tehlikelerine karşı işçinin korunması, uygun ve sağlığa uygun çalışma yeri sağlanması ile işverenle beraber ikamet eden işçi için sağlığa uygun yatacak yer sağlanması şeklinde üç ana grupta toplandığını belirtmiştir. Gerçekten de BK. m. 332/I hükmüne göre, "İş sahibi, akdın hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur." Söz konusu düzenleme ile önleyici nitelikte bir kural getirildiği ve özellikle işçinin çalışması sırasında karşılaşacağı tehlikelere karşı korunmasının göz önünde tutulduğu ve işverenin bu tehlikelerin sebebiyet verdiği zararlardan dolayı sorumluluğunun bulunduğuna vurgu yapılmıştır. Bu düzenlemede, işverenin koruma ve gözetme borcu açısından daha ziyade iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yönü ele alınmaktadır. Somut uyuşmazlıkta ise, işin niteliğinin ortaya çıkardığı tehlikelere karşı önlem alınmasından daha çok işçinin

kişiliğinin korunmasına yönelik bir durumun varlığı görülmekte olduğundan bire bir uyuşmamaktadır.

Diğer taraftan Yargıtay, işverenin kamu hukukuna dayanan işçiyi gözetme borcunu düzenleyen temel kuralın ise, 4857 sayılı Kanun'un 77. maddesi olduğunu ifade etmiştir. Bu maddeye göre işverenler, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız olarak bulundurmamak, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. İşveren işçinin sağlığını ve hayatını tehlikeye sokacak riskleri ortadan kaldırarak, ona işletme tehlikelerine ve meslek hastalıklarına karşı her türlü tedbirin alındığı bir işyeri ve iş ortamı hazırlamalıdır. Kamu hukukuna dayanan işçiyi gözetme borcuna ilişkin hükümlerin somut olay açısından uygulanamayacağı görülmektedir. Zira somut olayda işin niteliğinden kaynaklanan bir tehlike değil, işyerindeki diğer kişilerin saldırısından kaynaklanan bir tehlike ve zarar bulunmaktadır.

Temyiz mahkemesi, özel hukukta düzenlenen kurallara uymamanın yaptırımının tazminat ödenmesi olduğunu, kamu hukuku kurallarına aykırılığın ise genel olarak idari ve cezai yaptırım gerektirdiğini ise isabetle belirtmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun kapsamını özel hukuk ve kamu hukuku ayırımına tabi tutarak açıklamasına ve bunların yaptırımlarına yer vermesine rağmen daha sonra, koruma ve gözetme borcu kapsamında, işçilerin maddi ve manevi vücut bütünlüğünün, şeref, haysiyet ve özel yaşam gibi kişisel değerlerinin korunmasının da bulunduğunu belirtmesi, bu düzenlemenin yasal dayanağını açıklamaktan uzak bulunmaktadır. Zira bu husus da koruma ve gözetme borcunun özel hukuktaki kapsamı içine girmekte ve genel ve özel düzenlemelerle korunarak yaptırıma bağlanmaktadır. Dolayısıyla daha sistematik olarak bu hususun da özel hukuk kuralları içinde yer aldığı belirtilmesi ve 6098 sayılı Türk

Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi hükmüne de atıf yapılması isabetli olurdu.

Yargıtay'ın, işyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle zarar gören işçinin, işveren aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açma hakkına sahip olduğunu ifade edip, bunun yasal dayanağının Borçlar Kanunu'nun 46. ve 47. maddeleri olduğunu ifade etmesi ve bunun işverenin kasıt ve ihmal ile gerçekleşebileceğini belirtmesi somut olay açısından geçerliliği olmayan bir bilgi olarak değerlendirilmektedir. Zira, somut olayda, işin niteliğinden kaynaklanan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığına ve buna aykırı davranıldığına ilişkin bir durum bulunmamakta, işçinin aynı işyerindeki yabancı işçiler tarafından saldırıya uğradığı bilinmektedir. Bu durumda ise, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılığın değil, işçinin kişiliğinin korunmasına yönelik hükümlere aykırılığın bulunduğu kuşkusuzdur.

Yüksek Mahkeme, haklı fesih açısından 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 344. maddesi ile 345/I hükümlerine yer vererek, haklı sebep varsa akdin bildirim süresine gerek olmaksızın derhal feshedilebileceğini ve haklı sebebin sözleşmeye aykırılıktan dolayı ortaya çıkması halinde de tazminat istenebileceğini isabetle belirtmektedir. Borçlar Kanunu'nun 344. maddesi ile 345/I maddesindeki hükümler karşılığında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 435. ve 437/I hükümlerine yer verilmiştir. Temyiz mahkemesinin dayandığı her iki hüküm gerek 818 ve gerekse 6098 sayılı Kanunlarda yer alan paralel düzenlemeler olup haklı nedenle feshin yasal dayanaklarını göstermektedir.

Ancak Yargıtay'ın, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/I. a maddesindeki "İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa" hükmüne yer vererek somut olay açısından işçiye haklı fesih imkânı tanıdığını ifade etmesi tartışılacak niteliktedir. Zira söz konusu hükme dayanılabilmesi için, iş sözleşmesinin konusu olan işin işçinin yaşamı veya sağlığı için tehlike yaratması ve bu tehlikenin işin niteliğinden kaynaklanmış bulunması ge-

rekir<sup>24</sup>. Somut olayda ise, yapılan işin niteliğinden kaynaklanan bir nedenle işin yapılmasının işçinin sağlığını veya yaşayışını tehlikeye sokan bir durum bulunmamakta, işçi işin niteliğinden kaynaklanmayan bir şekilde diğer işçiler tarafından saldırıya uğramaktadır. Dosya içeriğine göre davacının davalıya ait yurtdışı işyerinde çalışırken, işyerinde yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yaralandığı, işverenin gerekli güvenlik önlemlerini almaması nedeni ile bu saldırı sonunda kişilik haklarının hukuka aykırı şekilde ihlal edildiği, davacının işverenin güvenlik önlemlerini almaması ve kişisel güvenliğinin tehlikede olması nedeni ile belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğinin anlaşıldığı Özel Dairece belirtmekte ancak isabetsiz bir tarzda bu durumun İş K. m. 24/1,a kapsamında haklı fesih nedeni oluşturduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın, somut olay açısından ileri sürdüğü bu gerekçeye katılma imkânı bulunmamaktadır.

#### IV. SONUÇ

İş hukuku yargılamasında, yukarıda yer verilen Yargıtay kararı, işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında iş kazasından doğan talepler dışında, manevi tazminata hükmedilen ender kararlardan biridir. İşçinin kişilik değerlerine saldırılması halinde, TBK. m. 417'nin açık düzenlemesi gereği, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümleri göz önünde tutularak manevi tazminata hükmedilebilmesi mümkündür.

Yargıtay kararında, karar tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri esas alınmış, gerekçe itibarıyla doyurucu olmayan açıklamalarda bulunmuş ancak isabetli bir sonuca ulaşılmıştır. Oysa ki, karar tarihi itibarıyla kabul edilmiş ve Resmi Gazete'de yayımlanmış olan fakat henüz yürürlüğe girmemiş bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerden yararlanılacak olsa idi, daha doyurucu gerekçelerle isabetli sonuca ulaşmak mümkün olabilirdi. Kaldı ki, sözü edilen Kanun'a dayanılmasa bile, kapsamı çok geniş olan işçiyi koruma ve gözetme borcunun, yukarıda belirtildiği şekilde işçinin kişiliğinin de korunması sonucunu

doğurduğu, buna aykırılık halinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği ve bunun, maddi ve manevi tazminat hakkı kazandıracacağı sonucuna ulaşılabilir.

Somut uyuşmazlıkta, işçinin işyerindeki diğer işçiler tarafından saldırıya uğrayarak kişiliğinin (yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve onurunun, kişisel ve mesleki saygınlığının, ahlaki değerlerinin, özel yaşam alanının, genel olarak özgürlüğünün) korunamadığı tartışmasızdır. Bu nedenle, işçinin korunması ve gözetilmesi borcu kapsamında salt bu gerekçe ile iş sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirilebileceği ve tazminata hak kazanılabileceğinin belirtilmesi gerekirdi. Oysa Yargıtay, borcun kapsamı içerisinde yer alan fakat somut uyuşmazlıkta söz konusu olmayan İş K. m. 24/1, a veya İş K. m. 77 gibi gerekçelerle sözleşmenin feshinin haklı nedene dayandığı ve manevi tazminat istenebileceği sonucuna ulaşmıştır.

Sonuçta, Yargıtay'ın ulaştığı sonucu isabetli buluyorum ancak kararındaki gerekçelere katılmıyorum.

## DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. B., Ankara 2011, s. 624.
- 2 Bkz. Ferit Hakkı Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 483 vd.; Turhan Esener, İş Hukuku, 3. B., Ankara 1978, 156 vd.; Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1987, s. 128-129; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, 3. B., İzmir 1998, s. 205 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 528 vd.; Ercan Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. B., C. I, Ankara 2008, s. 462, vd.; A. Can Tuncay, "İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaşgünü Armağanı, C. II, İstanbul 2001, s. 1043, vd.; Gülsevil Alpagut, "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, Mart 2012, s. 23 vd.; Sarper Süzek, İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku, Türk Borçlar Kanunu HMK ve TTK'na Göre Yenilenmiş 8. B., İstanbul 2012, s. 359-360; Emine Tuncay Kaplan, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 24, Aralık 2011, s. 41; Mahmut Kabakcı, "İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri", TBB Dergisi, s. 86, 2009, s. 255; İbrahim Aydın, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi", Tühis, Kasım 2005, s. 22.
- 3 Süzek, s. 419; Tankut Centel, İş Hukuku, C. I, Bireysel İş Hukuku, 2. B., İstanbul 1994, s. 162
- 4 Emine Tuncay Kaplan, "İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı", Kamu-İş, C. 7, s. 2, 2003, s. 3; Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 41.
- 5 Her ne kadar kararda 24/II. a denilmiş ise de, bunun yazım yanlışlığı olduğu, doğrusunun 24/I. a olması gerektiği kararda yer verilen gerekçe ve ifadelerden anlaşılmaktadır.
- 6 Y. 9. HD., 13.2.2012, E. 2009/42452, K. 2012/3132, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/3, s. 200-203.
- 7 Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 626. Ayrıca bkz. Tankut Centel, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 24, Aralık 2011, s. 13.
- 8 A. Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/ E. Tuncay Senyen-Kaplan, İş Hukuku, 4. B., Ankara 2011, s. 124; Süzek, s. 419.; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 625; Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 41; Kaplan, İşverenin Koruma ve Gözetme Borcu, s. 3.
- 9 Murat Şen, İçtihatlı, Gerekçeli ve Kısa Açıklamalı İş Kanunları Sosyal Güvenlik Kanunları, Ankara 2013, s. 44.
- 10 Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 43-49; Süzek, s. 420.
- 11 Centel, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 14-15.
- 12 Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 42.
- 13 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 25. B., İstanbul 2012, s. 174-175; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 626; Kabakcı, s. 249 vd.
- 14 Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 4. B., İstanbul 2005, s. 128; Süzek, s. 426-427; Y. 10. HD., 01.12.2011, E. 2010/8217, K. 2011/16816.
- 15 Çelik, s. 180.
- 16 Bkz. Hayrunnisa Özdemir, "İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", EÜHFD, C. XIV, S. 1-2 (2010), s. 259; Özlem Bal, "Türk İş Hukukunda Manevi Zarara Sebep Olan Haller", AD., s. 43, 2012, s. 267
- 17 Kaplan, İşverenin Koruma ve Gözetme Borcu, s. 16; Centel, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 15; K. Ahmet Sevimli, "İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat" Çalışma ve Toplum, 2010/1, s. 298-306.
- 18 Aydın, Kişiliğinin Korunması, s. 23-25; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, 2006, s. 69, s. 143; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 638; Süzek, s. 425-426
- 19 Süzek, s. 436.
- 20 Çelik, s. 185; Centel, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 18.
- 21 Süzek, s. 436-437; Kemal Oğuzman, "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu", İ.Ü.H.F. m., C. XXXIV, S. 1-4, 1969, s. 339.
- 22 Süzek, s. 437.
- 23 Y. 9. HD., 26.03.2009, E. 2007/41164, K. 2009/8092, karar ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Sevimli, Manevi Tazminat, s. 295-308.
- 24 Akyiğit, s. 1069-1070; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 724-725; Süzek, s. 709-710; Mustafa Kılıçoğlu, 4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, s. 258-259. İşin niteliğinden kaynaklanan hastalıklar, çoğu zaman meslek hastalıklarıdır. Bkz. Tunçomağ/Centel, s. 201.



Doç. Dr. Fuat BAYRAM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Çağrı Üzerine Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hesabında Fiilen Çalışılan Sürelerin Birleştirilmesi

### T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

**Esas No** : 2012/9-303

**Karar No** : 2012/317

**Tarihi** : 11.04.2012

### ÖZET

Kıdem tazminatının süre olarak hesaplanmasında, çalışılan ve İş Kanununa göre çalışılmış sayılan sürelerin toplamı esas alınmalıdır. Çalışılmayan veya kanun gereği çalışılmış sayılmayan süreler, örneğın işçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Bu anlamda çağrı usulü çalışmada çağrılmayan sürelerin kıdem süresinden sayılma olanağı yoktur.

**İlgili Mevzuat:** 1475 s. Mülga İşK. m. 14, 4857 s. İşK. m. 14

### DAVA

Taraflar arasındaki “işçilik alacağı” dava-

sından dolayı yapılan yargılama sonunda; Çanakkale İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 21.01.2011 gün ve 2009/143 E.-2011/17 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.09.2011 gün ve 2011/24003-33348 sayılı ilamı ile;

(... Davacı vekili, davacı işçinin ücret alacağının ödenmemesi nedeni ile iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanununun 24/II.e maddesi uyarınca haklı nedenle feshettiğini belirterek, ödenmeyen kıdem tazminatı ve ücret alacağının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının kısmi süreli çalıştığını, işe davet edilmesine rağmen gelmediğini ve iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile haklı olarak feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacı vekilinin itirazı üzerine davacının işe girdiği tarihten iş sözleş-

mesinin davacı işçi tarafından feshedildiği tarihe kadar tüm süre üzerinden hesaplanan kıdem tazminatı ve buna göre ödenmeyen aylara ait tüm tam aylık ücret alacağının hesaplayan hesap raporuna itibar edilerek, taraflar arasındaki hizmet akdinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olup, davacının işverenin iradesine göre işyerinde daimi ya da geçici olarak çalıştırıldığı, ancak başlangıçta yapılan hizmet akdine göre sigortalı işçinin 30 gün süre ile çalıştırılmak üzere istihdam edildiği, ücretlerin asgari ücret üzerinden ve aylık olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı, daha sonra işçinin işveren çağırıldıkça işe gitmesinin kendi iradesi dışında işverenin takdirine göre değerlendirilmesi gerektiği, ancak işçinin bu süre içerisinde davalı işverenin sigortalı işçisi olarak işine devam ettiği, 30 gün süre ile işverene bağlı çalıştığı, işçinin işe çağrılıp çağrılmamasının işverenin inisiyatifine kaldığı, bu durumun işçiyi geçici süreli çalışan işçi statüsüne sokmayacağı, ücretlerin zamanında ödenmemesinin sigortalı işçi için haklı fesih sebebi oluşturacağı gibi işe devam etmemesini de haklı göstereceği, ücret alacakları ile kıdem tazminatına davacının hak kazandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş, kıdem tazminatından ıslahla artırılan miktara ıslah tarihinden faiz yürütülmüştür.

Karar davacı vekili tarafından kıdem tazminatına yürütülen faizin başlangıcı yönünden, davalı vekili tarafından ise özellikle fiili çalışma süresine göre kıdem tazminatının hesaplanmasının hatalı olduğu gerekçeleri ile temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II. e maddesi uyarınca ücretleri sözleşme ve kanuna göre hesaplanıp ödenmez ise işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İşçi bu halde bir yıllık kıdem koşulu gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanır.

Kıdem tazminatının süre olarak hesaplanmasında, çalışılan ve İş Kanununa göre çalışılmış sayılan sürelerin toplamı esas alınmalıdır. Çalışılmayan veya kanun gereği çalışılmayan sayılmayan süreler, örneğin işçinin

iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Bu anlamda çağrı usulü çalışmada çağrılmayan sürelerin kıdem süresinden sayılma olanağı yoktur. Keza ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz. 2822 Sayılı Yasa'nın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz. Zira kanunda bu durumlar çalışılmış sayılan günler içinde yer almamıştır.

1. Dosya içeriğine göre davacı işçinin ücretlerinin zamanında ödenmediği, bu nedenle davacı işçi tarafından gerçekleştirilen feshin 4857 sayılı İş Kanununun 24/II.e maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Davacı kıdem tazminatına hak kazanır. Ödenmeyen ücret alacağının da tahsili gerekir. Mahkemece davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı neden olarak nitelendirilmesi ile işveren tarafından kabul edilen ücret alacağına karar verilmesi isabetlidir. Bu nedenle davalının aşağıdaki bentler kapsamında dışında kalan itirazları yerinde bulunmamıştır.

2. Davacının kıdeme esas süresi uyumsuzluk konusudur. Mahkemece hükme esas alınan hesap raporunda tüm süre üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmıştır.

Somut uyumsuzlukta SSK kayıtlarına, tanık anlatımlarına ve özellikle tarafların kabulünde olduğu üzere, davacı işçi özellikle 2004 yılından önce işyeri uygulaması ile iş olduğunda işe çağırılmakta ve çağırıldığı günler için ücret ödenmekte ve SSK primi de çalışılan süreye göre yatırılmaktadır. Davacı işçi iş verilmediği günlerde zamanını işyerinde geçirmemektedir. Davacı işçi İş Kanununda tam olarak karşılansa da çağrı usulü bir çalışma şekline göre çalışmaktadır. Davacının aralıklı çalıştığı kabul edilmelidir. Bu tür çalışmada çalışılmayan günlerin kıdemden sayılma olanağı yoktur. Davacının çalışılan ve çalışılmış sayılan günleri toplamı üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalı ve

hüküm altına alınmalıdır...),

Gereğesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

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

## KARAR

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak

gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

## SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 11.04.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

## Kararın İncelenmesi

**1.** Karar metninden de anlaşıldığı gibi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına konu olayda, işçinin işveren aleyhine açtığı bir işçilik alacakları davası söz konusu olup; işçi ödenmeyen kıdem tazminatı ve ücret alacağının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

İncelememize konu esas uyuşmazlık, davacı işçinin kıdeme esas çalışma süresine ilişkindir. Yerel Mahkeme tarafından hükme esas alınan hesap raporunda tüm süre üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmıştır. Yargıtay davacı işçinin iş olduğunda işe çağırıldığı, çağırıldığı günler için ücret ödendiği ve SGK priminin çalışılan süreye göre yatırıldığı, iş verilmediği günlerde işçinin zamanını işyerinde geçirmedeği, işçinin (İş Kanunu'nda tam olarak karşılamasa da) çağrı usulü bir çalışma şekline göre çalıştığı, bu şekilde işçinin aralıklı olarak çalıştığı kabul edilmesi gerektiği, bu tür çalışmada çalışılmayan günlerin kıdemden sayılma olanağının olmadığı gerekçelerinden hareketle işçinin çalışılan ve çalışılmış sayılan günlerin toplamı üzerinden kıdem tazminatının hesaplanması sonucuna varmış ve yerel mahkeme

kararını bozmuştur. Yeniden yapılan yargılama sonunda, yerel mahkeme kararında direnmiş ve Hukuk Genel Kurulu tarafından direnme kararının bozulması yönünde karar verilmiştir.

**2.** Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak işçinin kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı bir kısmi süreli iş sözleşmesi türüdür (İŞK. m. 14/I). Yazılı şekil zorunluluğu bulunan çağrı üzerine çalışmaya iş sözleşmesinde; hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır (İŞK. m. 14/II). İşçiden iş görme borcunu ifasını çağrı yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi, iş görme edimini ifa ile yükümlüdür. Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır (İŞK. m.14/III).

**3.** Kanunun 14. maddesinin 2 ve 3. fıkrala-

rında geçen “aksi kararlaştırılmadıkça” ifadele-ri; haftalık çalışma süresinin yirmi saat kararlaştırılmış sayılmasına; çağrının en az dört gün önceden yapılmasına ve her çağrıda işçinin en az dört saat üst üste çalıştırılmasının gerekmesine ilişkin hükümlerin yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğunu gösterir<sup>1</sup>. Dolayısıyla çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde, bu yedek hukuk kurallarında yer alan hükümlere kıyasla işçinin daha aleyhine hükümler getirilmesi mümkündür. Bu yönü ile çağrı üzerine çalışmada çalışma sürelerinin uzunluğunun tek taraflı olarak işverene bırakılmış olması işçinin korunması ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır<sup>2</sup>. Ancak İşK. m. 14 hükmünün iptali talebi ile Anayasa Mahkemesi’ne açılan dava reddedilmiştir<sup>3</sup>.

**4.** Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kıdem tazminatı hesabına esas çalışma süresinin hesaplanma yöntemine ilişkin 2000 yılından önceki Yargıtay içtihadı, işçinin fiilen çalıştığı günlerin toplanması yönünde oluşmuştur<sup>4</sup>. Yüksek Mahkeme 2000 yılında bu içtihadını değiştirmiş ve öğretilerdeki kabul edilen görüşe paralel bir biçimde, kıdem hesabında tüm sözleşme süresinin esas alınmasını kabul etmiştir<sup>5</sup>. Gerçekten de 1475 sayılı İş Kanunu’nun halen yürürlükte bulunan 14. maddesinde, kıdem süresinin hesaplanmasında haftanın sadece çalışılmış olan günlerinin dikkate alınmasını emreden bir düzenleme bulunmamaktadır. Maddede yer alan “işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir” hükmü tam gün veya tam hafta ayırımı yapmamış; işçinin sadece çalıştığı günlerin toplanarak kıdeminin hesaplanmasına ilişkin yönteme geçerlilik tanımamıştır<sup>6</sup>. Bu yöntem İşK. m. 13/II hükmünde yer alan ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli işçiye göre farklı işleme tabi tutulamayacağı yönündeki hükme de uygundur<sup>7</sup>. Ayırımı haklı kılan nedenler işin görülmesi sırasında kurulacak ilişki, tecrübe, bilgi, beceri, yetenek ve işletme menfaatleri açısından bir grubun desteklenmesi gereği gibi nedenlerdir<sup>8</sup>. Bu madde anlamında çalışma süresi ve kıdem

de ayırımı haklı kılan bir neden olup olmadığı tartışılabilir. Hatta bizzat kısmi süreli çalışmanın, tam süreli işçi ile kısmi süreli işçi arasında kıdem tazminatı bakımından farklı işlem yapmayı haklı kılan bir neden olduğu söylenebilse de, aşağıda belirteceğimiz gibi Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği’nin 13. maddesi hükmü, bu yorumu dayanaksız bırakmaktadır<sup>9</sup>.

**5.** İş Kanunu’nun gerekçesinde de belirtildiği gibi çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri kısmi süreli iş sözleşmelerinin bir türü olup; kısmi süreli iş sözleşmelerine uygulanacak hükümler kural olarak çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerine de uygulanır. Bu gerçekten hareketle, Yargıtay’ın kısmi süreli iş sözleşmelerine ilişkin içtihatları niteliğine uygun düşüğü ölçüde çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerine de uygulanmalıdır. Hatta 4857 sayılı Kanun öncesi dönemde verilen ve ihtiyaç olunca çağrılan ve haftanın belirli günlerinde “ekstra işçi” olarak çalışan devamlı bir işçinin mevsimlik işçi sayılamayacağı ve bu işçinin kıdem, ihbar ve kötüniyet tazminatları ile izin ücretine hak kazanacaklarına ilişkin kararlar dahi günümüzde uygulama alanı bulmalıdır<sup>10</sup>. Hukuk Genel Kurulu’nun kısmi süreli çalışan işçileri ile ilgili olarak verdiği ve kıdem tazminatının hesabında sözleşme süresinin dikkate alınması gerektiği yönündeki kararında<sup>11</sup> çağrı üzerine çalışma hususuna da değinilmesi ve açıklanması; kısmi süreli işçilerin kıdem hesabı ile ilgili içtihadının, bir kısmi süreli sözleşme türü olan çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerine de uygulanacağına Yüksek Mahkeme tarafından kabul edildiği anlamına gelir<sup>12</sup>.

**6.** İncelememize konu karar ile birlikte Yargıtay’ın, kısmi süreli iş sözleşmelerinin bir türü olan çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri açısından bu içtihadından vazgeçtiğini görmekteyiz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen yaklaşımına göre kıdem hesabında sadece çalışılan ve İş Kanunu’na göre çalışılmış sayılan süreler esas alınmalı; çalışılmayan veya kanun gereği çalışılmayan süreler dikkate alınmamalıdır. Çağrı üzerine çalışma modelinde, işçinin çağrılmadığı döneme ilişkin süreler



de, “askı süreleri” olarak nitelendirilmiş ve kıdem süresinden sayılmamıştır. Yüksek Mahkeme bu yaklaşıma destek olarak ücretsiz izinde, grevde, lokavtta, tutuklulukta ve hükümlülükte geçen sürelerin de kıdem hesabında dikkate alınmaması uygulamasına atıf yapmıştır.

7. Belirtmiş olduğumuz gibi, kısmi süreli iş sözleşmesinde işçinin kıdem tazminatına esas hizmet süresi hesaplanırken iş sözleşmesinin devamı süresinin dikkate alan görüşün temel dayanağı, 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesi hükmüdür ve bu hüküm halen yürürlüktedir. “İşçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir” hükmünde fiili çalışma süresi değil, hizmet akdinin devamı süresi esas alınmıştır. İş sözleşmesinin askıda olduğu dönemde de, sözleşme hukuken vardır ve devam etmektedir. Maddedeki ifadesi ile sözleşmenin devamı süreci içine, askı süreleri de dahildir.

8. Kaldı ki Yüksek Mahkeme’nin kıdem hesabında dikkate alınmayan askı sürelerine ilişkin olarak verdiği örnekler de kanımızca, çağrı üzerine çalışmanın, çalışılmayan dönemi için emsal teşkil etmemektedir. Öncelikle ücretsiz izinler ile, tutukluluk ve hükümlülükte geçen sürelerin kıdeme dahil edilemeyeceğine ilişkin içtihadı öğretide eleştirilmektedir<sup>13</sup>. Grev ve Lokavtta geçen sürenin dikkate alınmaması ise açık kanun hükmüne dayanmaktadır (Mülga 2822 s. K. m. 42/V; 6356 s. K. m. 67/III).

9. Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarında atıf yapılan ve yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan halleri düzenleyen hükümlerinin (1475 s. mülga İşK. m.51; 4857 sayılı İşK. m.55) kıdem tazminatına esas hizmet süresi hesabı ile bir ilgisi yoktur. Kıdem tazminatı hesabında esas alınacak çalışma süresini açıkça düzenleyen hüküm (1475 s. İşK. m. 14/I) ortada iken, yıllık ücretli izin hakkı açısından çalışılmış gibi sayılan halleri düzenleyen hükme öncelik verilmesi kanımızca hatalı ve kendi içinde çelişkili bir yaklaşımdır<sup>14</sup>. Bu çelişki Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği’nin<sup>15</sup> 13. maddesi karşısında daha belirgin bir hale gelmektedir<sup>16</sup>. Anılan madde uyarınca; “Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hak-

kından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışarak kullanır. Yukarıdaki esaslara göre izine hak kazanan kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışan işçilerle tam süreli çalışan işçiler arasında yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konularında bir ayırım yapılamaz”.

## Sonuç

Bu karar iki ihtimal ekseninde değerlendirilebilir. Yargıtay kısmi süreli çalışmaya ilişkin olarak on yılı aşan uygulamasını terk etmektedir veya Yüksek Mahkeme çağrı üzerine çalışma modelini, kıdem tazminatı hesabı açısından kısmi süreli iş sözleşmesinden farklı esaslara tabi olacak derecede ayırık bir çalışma modeli olarak nitelendirmektedir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerle kısmi süreli işçinin kıdem tazminatı hesabında, fiilen çalışılan sürelerin toplanarak hizmet süresinin belirlenmesini isabetli bulmadığımız gibi; temelde kısmi süreli bir iş sözleşmesi olan çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerini, kıdem tazminatı hesabında farklı esaslara tabi tutan yaklaşıma da katılmıyoruz. Kanımızca mevcut yasal düzenlemeler karşısında kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kıdem tazminatı hesabında sözleşme süresinin esas alınması ve özel bir kısmi süreli sözleşme olan çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin, kısmi süreli iş sözleşmeleri ile aynı hukuki rejime tabi olması gerekmektedir.

## DİPNOTLAR

- 1 Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 25. bası, İstanbul 2012, 107; Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 8. bası, İstanbul 2012, 281-282; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. bası, Ankara 2008, 346; Şahlanan, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, Yeni İş Yasası Sempozyumu, Çimento İşveren, İstanbul 2003, 27; Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2009, 70; Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, İHSGHD, 1, Ocak-Mart 2004, 15-56; Sarıbay, Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, 287; Aksi görüş için bkz, Ulucan, 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası, Toprak İşveren, İstan-

- bul 2003, 49, Aydın, Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları, Sicil, 8, 2007, 49.
- 2 Süzek, 281; Mollamahmutoğlu, 346-347.
- 3 AYM, 19.10.2005, 2003/66, 2005/72, RG.24.11.2007, 26710. Maddenin Anayasa'ya aykırılık iddiası için ayrıca bkz.Şakar, İş Kanunu Yorumu, 6. bası, Ankara 2011, 208.
- 4 Ayrıntı için bkz. Çelik, Kısmi Süreli Çalışmada İşçinin Kıdeminin Hesabı, Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002, 4-5.
- 5 "Dairemizin yerleşmiş uygulamalarına göre bu tür çalışmalarda hizmet akdinin başlangıcı ile sona ermesi arasındaki çalışılan ve çalışılmayan günler ayrımı yapılmaksızın tüm süre nazara alınmalı ve alınan son aylık ücret otuza bölünerek günlük ücret bulunmalı ve bu ücret esas alınarak ihbar ve kıdem tazminatı hesaplanmalıdır" (Yarg. 9. HD, 27.9.2000, E. 2000/8184, K. 2000/12733, Kazancı Hukuk Otomasyon, Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası). "Kısmi çalışma Kanunda yer almasına rağmen, kıdem nasıl belirleneceği, ihbar izin gibi haklardan nasıl yararlanacağı, bu haklarla ilgili hesap şekli yine normatif olarak düzenlenmiş değildir. Konu, Yargı kararlarıyla çözüme kavuşturulmaktadır. Buna göre, kısmi çalışma ister haftanın bir veya bazı günleri çalışma şeklinde gerçekleşsin, ister her gün birkaç saat şeklinde olsun, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı hakkının doğabileceği ve izne hak kazanacağı Dairemizce kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 4.06.2001 gün 2001/6848 E., 2001/9525 K). Hesaplama esas alınacak ücret ise işçinin kısmi çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır". (Yarg 9. HD, 02.06.2008, E. 2007/21791, K. 2008/13455, www.legalbank.net; aynı yönde Yarg 9. HD, 08.12.2009, E. 2009/44744, K. 2009/33940, www.legalbank.net).
- 6 Çelik, İş Hukuku Dersleri, 329-330. 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesini değiştiren 1927 sayılı Kanun'un Hükümet Gerekçesinde, kıdem tazminatına hak kazandıracak bir yıllık sürenin sadece işyerinde fiilen çalışılan süreleri değil, işçinin istirahat ve izin gibi iş sözleşmesinin askıda olduğu süreleri de kapsayacağı açıkça belirtilmiştir (Süzek, 765; Mollamahmutoğlu, 805).
- 7 Süzek, 767; Sarıbay, 316. "Kısmi süreli hizmet aktiyle çalışan işçiye, ayrımı haklı kılan bir neden bulunmadıkça salt bu nedenle farklı bir işlem yapılamayacağı Kanunda öngörülmüştür. İşçinin, ücretinin veya diğer parasal haklarının tam süreli emsal işçinin çalışma süresi ve ücretine göre oranlanmak suretiyle belirlenecek olan haklarını talep etmesi mümkündür. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde bu yönde ayırım açık biçimde yaptırma tabi tutulmuş olmakla eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının talep edilmesi de olanaklıdır. Ayırımın sonuçları para veya para ile ölçülebilen menfaatlere dair değilse, sadece eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının ödenmesi gündeme gelecektir" (Yarg 9. HD, 02.06.2008, E. 2007/21791, K. 2008/13455, www.legalbank.net).
- 8 Sarıbay, 295.
- 9 Bkz., Mollamahmutoğlu, 812.
- 10 Bkz., Çelik, Kısmi Süreli Çalışmada İşçinin Kıdeminin Hesabı, 6.
- 11 Yarg. HGK, 12.3.2003, E. 2003/21-143, K. 2003/159, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, 594-597.

- 12 Çelik, İş Hukuku Dersleri, 107.
- 13 Bkz. Süzek, 765.
- 14 Süzek, 765; Mollamahmutoğlu, 807.
- 15 R.G., 03.03.2004, 25391.
- 16 Bkz. Mollamahmutoğlu, 812.

## KAYNAKLAR

- Aydın, Ufuk: Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları, Sicil 8, 2007, (41-54).
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 25. bası. İstanbul 2012.
- Çelik, Nuri: Kısmi Süreli Çalışmada İşçinin Kıdeminin Hesabı. Kamu-İş. C. 6. S. 4. 2002.
- Eyrenci, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme. İHSGHD 1. Ocak-Mart 2004 (15-56).
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Bası. Ankara 2008.
- Sarıbay, Gizem: Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008 (267-326).
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 8. bası. İstanbul 2012.
- Şahlanan, Fevzi: Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, Yeni İş Yasası Sempozyumu, Çimento İşveren, İstanbul 2003 (20-35).
- Şakar, Müjdat: İş Kanunu Yorumu, 6. bası, Ankara 2011.
- Ulucan, Devrim: 4857 sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası, Toprak İşveren, İstanbul 2003 (35-65).
- www.legalbank.net.
- Kazancı Hukuk Otomasyon, Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası.

Dr. Ulaş BAYSAL

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik

## T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2011/12567

**Karar No** : 2012/12533

**Tarihi** : 05.06.2012

### ÖZET

Personel yönetmeliğinde veya toplu iş sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler, objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir. Somut olayda öncelikle söz konusu Aylık Ücretli Personel Yönetmeliğinin ilgili maddesinin saat ücretli personele de uygulanmasına ilişkin yönetim kurulu kararının işçiye tebliğ edilip edilmediği araştırılmalıdır. Beyaz yakalı aylık ücretli personel hakkındaki uygulamanın mavi yakalı-saat ücretli personel hakkında emsal teşkil etmeyeceği unutulmalıdır. Diğer taraftan işyerinde benzer dü-

zenleme içeren bir toplu iş sözleşmesi hükmü bulunup bulunmadığı belirlenmelidir.

### DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

### KARAR

Davacı işçi iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan davalı işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedildiğini, işyerinde emekliliği

gelen işçilerin objektif ve genel uygulama ile iş sözleşmelerinin sona erdirildiğini ve davacıya tüm haklarının da ödendiğini savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, emekliliğe hak kazanmış olmanın tek başına geçerli fesih sebebi sayılamayacağı, feshin son çare olduğu ilkesinin dikkate alınmadığı gerekçesiyle işe iade kararı verilmiştir. Hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İşyerinde fesih tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Aylık Ücretli Personel Yönetmeliği'nin 13.05/a maddesinde "personelin yürürlükteki mevzuata göre emekliliğe hak kazanması durumunda şirketle ilişkisi kesilir" hükmü yer almaktadır. Ayrıca aylık ücretli personel yönetmeliğinin yaş sınırı emeklilikle ilgili 13.05 maddesinde değişiklik yapılarak şirket genelinde yeknesaklığın sağlanması amacıyla, saat ücretli personelin de aynı uygulama kapsamında değerlendirilmesine karar verilmesine dair 3.7.2006 tarihli yönetim kurulu kararı da bulunmaktadır.

Dosya içeriğine göre davalı işyerinde anılan düzenlemeler kapsamında kalan tüm personelin iş sözleşmelerinin ihbar ve kıdem tazminatları ödenmek suretiyle feshedildiği ileri sürülmüştür. Dairemiz uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesinde

emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedilebileceğine ilişkin düzenlemeler, objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir. Somut olayda öncelikle söz konusu Aylık Ücretli Personel Yönetmeliği'nin ilgili maddesinin saat ücretli personele de uygulanmasına ilişkin yönetim kurulu kararının işçiye tebliğ edilip edilmediği araştırılmalıdır. Beyaz yakalı-aylık ücretli personel hakkındaki uygulamanın mavi yakalı-saat ücretli personel hakkında emsal teşkil etmeyeceği unutulmalıdır. Diğer taraftan işyerinde benzer düzenleme içeren bir Toplu İş Sözleşmesi hükmü bulunup bulunmadığı belirlenmelidir.

Bu noktalar netleştirildikten sonra, mahkemece davalı işverenin Personel Yönetmeliği ve varsa Toplu İş Sözleşmesinde yer alan hükmü tüm personel için objektif ve genel olarak uygulayıp uygulamadığı araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığı değerlendirilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.06.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## 1. UYUŞMAZLIĞA KONU OLAY

Karara konu olan olayda davacı işçi, iş sözleşmesinin geçersiz bir fesihle sonlandırıldığını iddia etmekte ve işe iadesini talep etmektedir. Davalı taraf ise, iş sözleşmesinin geçerli bir sebep ile feshedildiğini, işyerinde emekliliği gelen işçilerin objektif ve genel uygulama ile iş sözleşmelerinin sona erdirildiğini ve davacıya tüm haklarının ödendiğini ifade ederek davanın reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Dosyaya bakan Yerel Mahkeme emekliliğe hak kazanmış olmanın tek başına geçerli fesih sebebi sayılamayacağını, feshin son çare olması ilkesinin dikkate alınmadığını

gerekçe göstererek davanın kabulüne karar vermiştir.

Dosyayı temyizden inceleyen Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, işyerinde aylık ücretli personel hakkında uygulanan personel yönetmeliğinde, emekliliğe hak kazanan personelin şirketle ilgisinin kesileceğine dair bir düzenleme bulunduğunu, söz konusu hükmün saat ücretli personel hakkında da uygulanmasına ilişkin bir yönetim kurulu kararının alındığını ve dosya içeriğine göre bahsi geçen düzenlemelere tabi tüm personelin kıdem ile ihbar tazminatları ödenerek iş sözleşmelerinin feshedildiğinin ileri sürüldüğünü ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme tarafından, personel yönetmeliğinde veya toplu iş sözleşme-



sinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedilebileceğine ilişkin düzenlemelerin objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerli olacağı belirtilmiş, olayda bahsi geçen Aylık Ücretli Personel Yönetmeliği'nin ilgili maddesinin saat ücretli personele de uygulanmasına ilişkin yönetim kurulu kararının işçiye tebliğ edilip edilmediğinin araştırılması gerektiği, beyaz yakalı - aylık ücretli personel hakkındaki uygulamanın mavi yakalı - saat ücretli personel hakkında emsal teşkil etmeyeceği, ayrıca işyerinde benzer düzenleme içeren bir toplu iş sözleşmesi hükmü bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiği dile getirilmiştir. Daire, söz konusu hususlar tespit edildikten sonra, feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığının belirlenebileceğinden hareketle, eksik inceleme gerekçesiyle Yerel Mahkeme kararını bozmuştur.

## II. HUKUKİ SORUN VE DEĞERLENDİRME

İncelemeye konu olayda uyuşmazlık, personel yönetmeliği veya toplu iş sözleşmesi ile emekliliğin geçerli sebep olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı ve personel yönetmeliğinde değişikliklerin nasıl gerçekleştirileceği noktalarında toplanmaktadır.

### 1. Emekliliğin İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Sebep Oluşturması

4857 sayılı İş Kanunu m. 18'e göre "otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır". Söz konusu düzenleme, iş güvencesi kapsamındaki işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmasını şart koşmaktadır. Geçerli sebebin ne olduğu Kanunda düzenlenmemiştir. İş Kanunu

m. 18'in gerekçesinde, kanun koyucu tarafından geçerli sebebin ne olduğu genel hatlarıyla ortaya konmaya çalışılmıştır. Madde gerekçesinde geçerli sebebin geniş kapsamlı bir kavram olduğu ve kanunda geçen "işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep" ifadesiyle kavramın bir ölçüde somutlaştırıldığı ifade edilmiştir. Kanun koyucu gerekçede, işçinin kişiliği ile ilgili olan yeterlilik veya davranışların ne zaman geçerli sebep sayılacağı, ne zaman işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir feshin söz konusu olacağı, zaman içinde yargı kararları ile ortaya konacağını, geçerli sebebin İş Kanunu m. 25'de düzenlenen haklı nedenler ile olan ilişkisi ve farklılıklarının öğretinin de katkısıyla somutlaştırılacağını, İş Kanunu m. 25'de belirtilenler kadar ağırlıklı olmakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerin geçerli sebep oluşturacağını, geçerli sebeplerin, iş görme borcunu ciddi bir biçimde olumsuz etkilemesi ve iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesine olanak vermesi gerektiğini dile getirmektedir. Geçerli sebep açısından gerekçede değinilen bir başka ölçüt ise, işverenden iş ilişkisine devam etmesinin "önemli ve makul ölçüler içinde beklenememesidir.

İş Kanunu m. 18'in gerekçesinde, geçerli sebep kavramını açıklayabilmek bakımından geçerli sebebin türüne göre örneklere yer verilmiştir. "İşyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma"nın dikkate alınabileceğine de işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler arasında değinilmiştir.

Türk hukukunda işçilerin çalışma yaşı ile ilgili olarak üst sınır öngörülmemiş olup, işçinin emekli olsa dahi sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam etmesi mümkündür<sup>1</sup>. Bir işçinin belirli bir yaşa gelmesi kural olarak bir fesih nedeni oluşturmaz; aynı şekilde işçinin emekliliğe hak kazanmış olması veya işyerinde belirli bir kıdemi doldurması da bir fesih nedeni değildir<sup>2</sup>. Söz

konusu esaslar Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin ilk kararlarından biri olan 10.11.2003 tarihli kararında, Yerel Mahkemenin işçinin fesih tarihinde 67 yaşını doldurduğu ve hukukumuzda bu yaşın çalışmak için son sınır olduğu gerekçesiyle verdiği işe iade talebinin reddine ilişkin kararı bozularak, işçinin işe iadesine karar verilmiştir<sup>3</sup>. Yargıtay aynı esası, 11.12.2003 tarihli ve 7.3.2006 tarihli kararında tekrar etmiştir<sup>4</sup>. Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararlardaki yaklaşımının, yaş temeline dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırmayı hedefleyen Avrupa Birliği'nin 2000/78 sayılı Yönergesiyle de uyumlu olduğu söylenmelidir<sup>5</sup>.

Yukarıda değinilen emekliliğin fesih nedeni oluşturmayacağı yönündeki yaklaşımın önemli bir istisnasını, İş Kanunu m. 18'in gerekçesinde belirtildiği üzere, işyerinden kaynaklanan fesihlerde bir sosyal seçim kriteri olarak emekliliğe hak kazanmanın kullanılması oluşturacaktır. Böyle bir kriter belirlenmesi fesihden daha az etkilenecek işçilerin belirlenmesi açısından yararlı olup, tenkiset kurallarında böyle bir kriter belirlenmiş ise hukuken geçerli kabul edilmelidir<sup>6</sup>. Yargıtay'ın da bu doğrultuda çeşitli kararları mevcuttur<sup>7</sup>. Bir ikinci istisna hali ise özel bir Kanunda bu doğrultuda bir düzenleme yapılmış olması halidir. Buna örnek olarak ise 5620 sayılı Kanundaki düzenlemeler gösterilebilir<sup>8</sup>. 5620 sayılı Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasında "Kanunun birinci maddesi kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlarda çalışan geçici işçilerden bu Kanunun yayımı tarihi itibarıyla; bağlı buldukları sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık veya emeklilik aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlardan bu tarih itibarıyla kadınlarda 56, erkeklerde 58 yaşını doldurmuş olanlar, sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmezler, bunların iş sözleşmeleri tüm yasal hakları ödenmek suretiyle sona erdirilir" denilmektedir. Yine Kanunun geçici 1. maddesinin 3. fıkrasında, geçici 1. maddenin birinci ve ikinci fıkraları kapsamına girenlerin bağlı bulunduğu sosyal güven-

lik kurumundan yaşlılık veya emeklilik aylığı bağlanmasına hak kazanacakları tarihte iş sözleşmelerinin, tüm yasal hakları ödenmek suretiyle sona erdirileceği ifade edilmektedir. 5620 sayılı Kanunun değindiğimiz maddelerinde olduğu gibi, Kanunun emekliliği açıkça fesih sebebi olarak düzenlemesi halinde, işçinin iş sözleşmesi emekliliğe hak kazanma gerekçesiyle geçerli olarak feshedilebilir<sup>9</sup>.

## 2. Emekliliğe Hak Kazanmanın Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturacağına Kararlaştırılması

Yukarıda açıklandığı üzere, işçinin iş sözleşmesinin sadece emekliliğe hak kazanması nedeniyle feshedilmesi, belirtilen istisnalar haricinde geçersizlik sonucuyla karşılaşacaktır. Fakat bir toplu iş sözleşmesinde veya personel yönetmeliği gibi iş sözleşmesinin eki niteliğindeki bir kaynakta belirli bir yaşa ulaşma ya da emekliliğe hak kazanma bir geçerli sebep olarak düzenlenmiş ise söz konusu düzenlemeye bağlı olarak yapılan fesihlerin akıbeti tartışmalıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin çeşitli kararlarında<sup>10</sup> ve doktrinde<sup>11</sup> böyle bir durumda iş sözleşmesinin geçerli feshinin mümkün olabileceği dile getirilmiştir. Doktrinde, toplu iş sözleşmesinde veya personel yönetmeliği gibi iş sözleşmesinin eki niteliğindeki bir kaynakta belirli bir yaşa ulaşma ya da emekliliğe hak kazanmanın bir geçerli sebep olarak kararlaştırılmasına dayanılarak yapılan fesihlerin geçerli olduğu savunulurken çoğunlukla Alman hukukuna gönderme yapıldığından, Alman hukukundaki mevcut durumu incelemekte fayda bulunmaktadır.

Türk hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da işçinin belirli bir yaşa gelmesi veya emekliliğe hak kazanması kural olarak tek başına geçerli bir fesih nedeni oluşturmamaktadır<sup>12</sup>. Alman Sosyal Kanunu'nun (Sozialgesetzbuch) 6. kitabının 41. maddesi açıkça, işçinin yaşı nedeniyle emeklilik aylığı başvurusunda bulunmasının, iş sözleşmesinin feshedilmesi için geçerli bir ne-

den oluşturmayacağını düzenlemektedir. Fakat Alman Sosyal Kanunu'nun 6. kitabının 41. maddesi aynı zamanda, belirli koşullar dâhilinde toplu iş sözleşmesi ya da işyeri anlaşması (Betriebsvereinbarung) ile emekliliğe hak kazanma durumunda, iş sözleşmesinin sona ermesi konusundaki düzenlemelerin mümkün olduğunu öngörmektedir. Bu yöndeki bir düzenlemenin geçerli olması için, işçinin emekliliğe hak kazanması veya emekliliğe emeklilik yaşının gelmesinden önce hak kazanılması halinde, yaş sınırına ilişkin düzenlemenin, emekliliğe hak kazanılan tarihten önceki üç yıl içinde kararlaştırılmış ya da bu dönem içinde işçi tarafından onaylanmış olması gerekmektedir.

Sosyal Kanun'un 6. kitabının 41. maddesinde zaman içinde çeşitli değişiklikler yapılmış olmakla birlikte, Alman Federal İş Mahkemesi'nin, söz konusu maddeye dayanarak vardığı, emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin usulüne uygun yapılan düzenlemelerin geçerli olacağı sonucuna ilişkin içtihat sabit kalmıştır<sup>13</sup>. Ancak bu noktada, Alman hukuku ile ilgili olarak, yakın tarihlerde verilmiş bazı yerel iş mahkemesi kararlarında, Genel Eşit İşlem Kanunu'nun (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) da etkisiyle Alman mahkemelerinin konuya ilişkin yaklaşımının değişmekte olduğu göze çarpmaktadır<sup>14</sup>.

Yukarıda verilen bilgilerin ışığında, Alman hukukunda işçinin emekliliğe hak kazanması veya belirli bir yaşa ulaşması sonucu iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin yapılan düzenlemelerin geçerliliğinin, Türk hukukundan farklı bir hukuki gerekçeye dayandığı ve bu nedenle de farklı bir açıdan incelendiği sonucuna ulaşılmaktadır. Alman hukukunda Genel Eşit İşlem Kanunu'ndan sonra bu tür düzenlemelerin geçerliliğinin tartışmalı hale geldiği de göze alındığında, Alman hukukunda hakim olan yaklaşımdan hareket edilerek bu konuda Türk hukuku açısından sonuca ulaşmak isabetli gözükmemektedir<sup>15</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere Türk huku-

kunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlarda, işçinin sadece belirli bir yaşa gelmesinin ya da emekliliğe hak kazanmasının geçerli bir fesih nedeni olmayacağı kabul edilmekle birlikte, Daire işçinin belirli bir yaşa gelmesinin ve emekliliğe hak kazanmasının personel yönetmeliğinde iş sözleşmesinin sone erme sebebi olarak öngörülmesi halinde kural olarak fesihleri geçerli kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme bir kamu bankasının özelleştirilme öncesi yeni bir personel profili yaratmak için emekliliği gelenlerin ve bankada otuz yılını doldurmuş olanların iş sözleşmelerini, sonradan eklenen bir personel yönetmeliği hükmüyle feshetmesini, geçerli fesih ve söz konusu personel yönetmeliği hükmünü de sosyal seçim kriteri olarak değerlendirmiştir<sup>16</sup>. Yargıtay 10.4.2006 tarihli bir kararında ise somut olayda geçersiz fesih sonucuna ulaşılsa da, personel yönetmeliğinde yer alan, emekliliği hak etmiş ve belli bir yaş sınırına gelmiş işçilerin işten çıkarılacağına dair düzenlemelerin, objektif ve genel olarak uygulanmaları halinde geçerli sebep olarak kabul edileceğini açıkça ifade etmiştir<sup>17</sup>. 6.11.2006 tarihli başka bir kararında<sup>18</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işverenin personel yönetmeliği ile 60 yaşına ulaşan ve emekliliğe hak kazanan işçilerin işten çıkarılacağı yönünde düzenleme yapması halinde, söz konusu düzenlemenin İş Kanunu m. 22'ye uygun şekilde bağlayıcılık kazanıp kazanmadığı ile genel ve objektif bir biçimde uygulanıp uygulanmadığının mahkemelerce araştırılması gerektiğini işaret etmiştir<sup>19</sup>.

Yukarıda tam metni verilen karardan, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin, emekliliğe hak kazanan işçiler açısından personel yönetmeliğinde veya toplu iş sözleşmesinde bir fesih düzenlemesi yapılabileceği yönündeki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi içtihatını devam ettirdiği anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından da, personel yönetmeliğinde veya toplu iş sözleşmesinde yer alan, emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilebileceği yönündeki kayıtlar, genel ve objektif bir bi-

çimde uygulanmaları halinde geçerli kabul edilmektedir.

Kanaatimizce toplu iş sözleşmesinde ya da personel yönetmeliği gibi sözleşmenin eki mahiyetindeki kaynaklarda emekliliğe hak kazanma ve/veya belirli bir yaşa gelmenin fesih nedeni olacağına ilişkin bir hüküm bulunması, tek başına işletmenin, işyerinin, işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir feshi mümkün kılmaz<sup>20</sup>. Çünkü işletmeye, işyerine, işe ilişkin nedenlerin geçerli sebep oluşturabilmesi için her şeyden önce, söz konusu nedenlerin işçinin çalıştırılması imkânını ortadan kaldırması gerekir<sup>21</sup>. Çalıştırılacak işçi sayısının azaltılmasını gerektirecek bir işletmesel karar ortada mevcut değilken, emekliliğe hak kazanma ve/veya belirli bir yaşa gelmenin fesih nedeni olacağına ilişkin hükme dayanarak, işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi, hiç kuşkusuz iş güvencesi düzenlemeleri uyarınca geçersiz fesih olacaktır. Bir başka deyişle yaşı ilerlemiş işçilerin yerine genç işçilerle çalışmayı tercih etmek geçerli bir fesih imkânı veren bir işletme gereği değildir<sup>22</sup>. Yine emekliliğe hak kazanma, doğrudan işçinin performans düşüklüğü anlamına gelmeyeceğinden, yetersizlikten kaynaklanan bir fesih olarak da nitelenemez. Ayrıca bilindiği üzere tarafların aralarında anlaşarak toplu iş sözleşmesi ile ya da personel yönetmeliği gibi sözleşmenin eki mahiyetindeki kaynaklarla emekliliğe hak kazanmayı ve/veya belirli bir yaşa gelmeyi geçerli sebep haline getirmeleri mümkün değildir. Çünkü İş K. md 18'de sayılan geçerli sebepler emredici nitelikte olup, geçerli fesih nedenlerinin tarafların anlaşması suretiyle arttırılması mümkün değildir<sup>23</sup>.

Bu nedenlerle Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin eski kararları ile paralellik arzeden, emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilebileceği yönünde personel yönetmeliğinde veya toplu iş sözleşmesinde yer alan kayıtların, genel ve objektif bir biçimde uygulanmaları halinde geçerli kabul edilecekleri yönündeki yaklaşımını isabetli bulmuyoruz.

### 3. İşveren Tarafından Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 05.06.2012 tarihli kararı ile ilgili olarak değerlendirilmesi gereken bir başka husus, işveren tarafından personel yönetmeliğinde değişikliklerin nasıl gerçekleştirileceğidir. Çünkü, yukarıda tam metni mevcut olan kararda açıkça, personel yönetmeliğinde değişiklik yapan yönetim kurulu kararının işçiye tebliğ edilmediğinin araştırılması gereğinden bahsedilmekte, bir başka ifadeyle personel yönetmeliğinde değişiklik yapan kararın işçiye tebliğinin, personel yönetmeliğindeki değişikliğin işçi açısından bağlayıcılık kazanması sonucunu doğuracağı yönünde bir yaklaşım takip edilmektedir.

Personel yönetmeliği (iç yönetmelik) işverenin tek taraflı olarak işyerinde uygulanacak iş koşullarını genel, yeknesak bir şekilde belirlediği düzenlemeleri ifade etmektedir<sup>24</sup>. Özel hukuk düzenleyici işlemi olarak nitelenen personel yönetmelikleri, İş Kanunu m. 22/1'den de açıkça anlaşılacağı üzere "iş sözleşmesinin eki" niteliğini taşımaktadırlar<sup>25</sup>. İş sözleşmesinin eki niteliğinde olmaları dolayısıyla da m. 22'de değiştirilmeleri için özel bir usul öngörülmüştür. İş Kanunu m. 22 uyarınca, personel yönetmeliği ile oluşturulmuş bir çalışma koşulunda esaslı bir değişiklik, durumun işçiye yazılı olarak bildirmesi ve işçi tarafından değişikliğin altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmesi halinde işçi açısından bağlayıcılık kazanacaktır.

Karar konusu olay incelendiğinde, davalı işveren şirket yönetim kurulu tarafından personel yönetmeliğinde değişiklik yapılarak, beyaz yakalılar için uygulanan bir düzenlemenin mavi yakalılar için de uygulanmasının kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak söz konusu değişikliğin bağlayıcılık kazanıp kazanmadığı noktasında dosyada bilgi olmasından dolayı, Yüksek Mahkeme personel yönetmeliğinin ilgili maddesinde değişiklik yapılmasına ilişkin yönetim kurulu kararının işçiye tebliğ edilip edilmediğinin araştırıl-



ması gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu ifadeler, Yüksek Mahkemenin personel yönetmeliğinde işçiyi bağlayacak şekilde değişiklik yapılması için, değişikliğin işçiye tebliğinin yeterli olduğu yaklaşımını savunduğu yönünde bir izlenim oluşturmaktadır. Kanaatimizce yönetim kurulu kararının işçiye tebliğ edilmiş olması, tek başına değiştirilen maddenin işçi açısından uygulanması için yeterli değildir. Olayın gerçekleştiği dönemde yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 315. maddesi uyarınca personel yönetmeliği işçi işe başlarken işçiye bildirilmeli<sup>26</sup>, personel yönetmeliğindeki değişiklikler ise İş Kanunu m. 22 çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. İş Kanunu m. 22 uyarınca geçerli bir değişiklik için ise, işçinin, işveren tarafından yazılı olarak iletilen değişiklik teklifini altı iş günü içerisinde yazılı olarak kabul etmesi gerekmektedir. Aksi halde, düzenlemede belirtildiği üzere, değişiklik işçi açısından bağlayıcılık kazanamayacaktır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen benzer bir olaya ilişkin 2006 tarihli kararda<sup>27</sup> emekliliğin fesih sebebi olmasına ilişkin yapılan personel yönetmeliği değişikliklerinin İş Kanunu m. 22'ye uygun şekilde bağlayıcılık kazanıp kazanmadığının araştırılması gerektiğinin ifade edildiği görülmektedir<sup>28</sup>. Kanaatimizce kararın oluşturulabilmesi için araştırılması lüzumlu olan husus, sadece belirtilen değişikliğin işçiye tebliğ edilmiş olup olmadığı değil, İş Kanunu m. 22'de öngörülen usule uygun bir değişikliğin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir.

### III. SONUÇ

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 05.06.2012 tarihli kararı ile, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedebileceği yönünde personel yönetmeliğinde veya toplu iş sözleşmesinde yer alan kayıtlara geçerlilik tanıyan içtihatını sürdürdüğü görülmüştür. Türk hukuku bakımından, hukuksal dayanakları konusunda ciddi sorunlar içeren yaklaşımın devam ettirilmesi isabetli gözükmemektedir. Ayrıca söz

konusu kararda, personel yönetmeliğindeki değişikliğin bağlayıcı olması hususunda kullanılan ifadelerden, sadece değişikliğin işçiye tebliğ edilmesinin değişikliğin bağlayıcı olması için yeterli görüldüğü kanaati uyanmaktadır. İş Kanunu m. 22'nin açık düzenlemesi karşısında, personel yönetmeliğindeki değişikliğin sadece işçiye tebliğinin, değişikliğin bağlayıcılık kazanması için yeterli olacağı yönündeki bir yaklaşıma katılma imkânı da bulunmamaktadır.

### DİPNOTLAR

- 1 Şahlanan, Fevzi: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayını, Ankara 2010, s. 153.
- 2 Ekonomi, Münir: "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003, C.17, S.2, Özel Ek, s. 9; Süzek, Sarper: "İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshi", A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 572; Akyigit, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 260; Şahlanan, Fevzi: "Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Bir Neden Olması", Tekstil İşveren Dergisi-Hukuk Eki, S. 329, Haziran 2007, s. 2-3.
- 3 Yarg. 9. HD. 10.11.2003, 2003/18926 E., 2003/18920 K., (Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan/Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 434-435).
- 4 Yarg. 9. HD. 11.12.2003, 2003/20222 E., 2003/20604 K., (Legal İHSGHD, S.1, 2004, s. 650); Yarg. 9. HD. 27.03.2006, 2006/5584 E., 2006/7867K. (Çalışma ve Toplum, S. 10, 2006, s. 220-223).
- 5 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayın Dağıtım, 2012, s. 588-589; Baybora Dilek, Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2007, s. 62.
- 6 Akı, Erol: "İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Sebep Olarak, Emeklilik", Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, İzmir 2007, s.10-11; Kar, Bektaş: "Feshin Geçersizliği ve İşe İadeye İlişkin Yargıtay İlke Kararları", İş Hukuku Kavramları ve Yargıtay İlke Kararları, İş Hukuku Toplantıları 12-13 Haziran 2009, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009, s. 43.
- 7 Yargıtay'ın emekliliğin sosyal seçim kriteri olabileceği yönünde bir kararı için bkz. Yarg. 9.HD. 03.04.2006, 2006/4878 E., 2006/8253 K. (Çalışma ve Toplum, S. 10, s. 177 vd.).
- 8 4 Temmuz 2007 tarih ve 5620 sayılı Kanun "Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçir-

- rikmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” adını taşımaktadır (RG. 21.4.2007, S. 26500).
- 9 Aynı yönde bkz. Kar, s. 44.
- 10 Yarg. 9. HD., 19.11.2007, 2007/32998 E., 2007/34482 K. (Tekstil İşveren Dergisi Hukuk Eki, S. 341, Ağustos 2008, s. 4-5).
- 11 Şahlanan, Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Bir Neden Olması, s. 2-3; Ekonomi, Münir: “Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi”, Legal YKİ, Aralık 2006, S. 2, s. 125 vd.; Demir, Fevzi: Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Baskı, s. 257.
- 12 BAG, 28.9.1961, AP KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 1; BAG, 20. 11. 1987, AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 2.
- 13 1.1.1992 tarihinde Alman Sosyal Kanunu’nun 6. kitabının 41. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında bu konuda yapılacak düzenlemelerin geçerliliği, işçinin emekliliğe kazanmadan önceki son üç yıl içinde yapılmış olması ya da bu konudaki düzenlemenin son üç yıl içinde işçi tarafından onaylanmış olması şartına bağlanmış, 41. madde hükmü toplu iş sözleşmesi ile dahi değiştirilemez hale getirilmiştir. Alman Sosyal Kanunu’nun 6. kitabının 41. maddesinin 1.8.1994’de yapılan değişiklikle üç yıllık kısıtlamanın aksinin toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılmasının yolu açılmış ve Federal İş Mahkemesi İçtihatlarını bu yönde tekrar değiştirmiştir. (Bu konuda bkz. Berkowsky, Wilfried: Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, Verlag C.H.Beck, 4. Auflage, München 2005, s. 90).
- 14 Arbeitsgericht Paderborn, 22.03.2006, 3 Ca 1947/05; ArbG Hamburg, 22.9.2009, 21 Ca 352/08. Paderborn İş Mahkemesi kararında, emekliliğe hak kazanmanın veya belirli bir yaşa ulaşmanın işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir feshe imkân verip vermeyeceğini tartışarak ve diğer sorunların yanında, emekliliğe hak kazanmanın işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir feshe dayanak oluşturmayacağı sonucuna ulaşırken, Hamburg İş Mahkemesi ise yukarıda künyesi verilen kararda işyeri yönetmeliğinde bulunan 65 yaşına gelen işçilerin iş sözleşmelerinin sona ereceğine ilişkin düzenlemenin, Genel Eşit İşlem Kanunu’na (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) aykırı olması nedeniyle düzenlemelerin geçerli olmadığı yönünde hüküm oluşturmuştur.
- 15 Baysal, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Adalet Yayınevi, 2011, s. 155-156.
- 16 Yarg. 9. HD. 8.5.2006, 2005/34964 E., 2006/12923 K. (Çil, Şahin: 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt I, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, s. 954 vd.).
- 17 Yarg. 9. HD. 10.4.2006, 2006/5883 E., 2006/9359 K. Karar ve iki farklı değerlendirmesi için bkz: Ekonomi, Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi, s.125 vd.; Alp, Mustafa: “Otuz Hizmet Yılı Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep midir?”, Legal YKİ, S.2, Aralık 2006, s. 141 vd.; yine işverenin yürürlük süresi sona ermiş fakat 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun 6. maddesi uyarınca hizmet akdi hükmü olarak devam eden toplu iş sözleşmesi hükmüne dayanarak 55 yaşına gelmiş ve emekliliğe hak kazanmış işçilerin iş sözleşmelerinin sonlandırmasının geçerli sebep teşkil edeceği Yargıtay tarafından 15.5.2006 tarihli bir kararda tespit edilmiştir. Ancak Yargıtay böyle bir feshin geçerli olması için davalı işverenin, bu hükmü, 55 yaşını dolduran işçilere istisnasız olarak uygulamasını da şart koşmuştur. Kararın metni ve bir değerlendirmesi için bkz. Şahlanan, Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Bir Neden Olması, s. 2-3.
- 18 Yarg. 9. HD. 6.11.2006, 2006/20021 E., 2006/29320 K. Kararın metni ve değerlendirmesi için bkz. Alp, Mustafa: “Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi”, Legal YKİ, S.4, 2007, s. 171-189.
- 19 Yargıtay’ın personel yönetmeliği veya toplu iş sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmelerinin geçerli sebeple feshedebileceğine dair hüküm varsa, bu tip fesihleri “objektif ve genel” uygulanmak kaydıyla geçerli kabul eden başka kararları için bkz. Yarg. 9 HD., 21.7.2008, 2008/21499 E., 2008/20666 K. (Legal İHSGHD, S. 21, Ocak 2009, s. 437-438); Yarg. 9 HD., 20.10.2008, 2008/11058 E., 2008/27690 K. (Legal İHSGHD, S. 21, Ocak 2009, s. 409-410).
- 20 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Baysal, s. 159 vd.
- 21 Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin: İş Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, 2012, s. 894-895; Engin, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileri ile Feshi, Beta Basım Yayım, 2003, s. 35-37; Süzek, İş Hukuku, s. 611-612.
- 22 Alp, Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi, s. 185.
- 23 Akı, s.8-9; Alp, Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi, s. 182; Süzek, İş Hukuku, s. 588.
- 24 Süzek, Sarper: “İş Hukukunda İç Yönetmelikler”, AÜHFD, C.44, Sayı:1-4, Ankara 1995, s.183.
- 25 Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 67-68.
- 26 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu konuda bir eleştiri için bkz. Güneş, Başak/Mutlay, Faruk Barış: Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, S.30, 2011, s. 247-248.
- 27 Yarg. 9. HD., 6.11.2006, E. 20021/2006, K. 29320/2006.
- 28 Söz konusu yaklaşımın isabetli olduğu yönünde bkz. Alp, Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi, s. 177.

## Grev Esnasında Stokların Satılmasının ve İşyeri Dışına Çıkarılmasının Serüveni

Yazının başlığına bakınca, konuyu yakından bilen okuyucularımın “serüveni” sözcüğü ile ne demek istediğimizi anladıklarını düşünüyorum. Gerçekten, 1963 tarihli 275 sayılı Yasa döneminden beri Yargıtay kararları ve doktrin tartışmaları içinde süregelen bu serüvene, 6356 sayılı yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun (SETİSK) bir nokta koyduğunu düşünüyoruz (SETİSK md.64/3). Kanunun ilgili hükmünü açıklamaya başlamadan önce, serüvenin bu güne kadar gelen seyrine değinmekte yarar olduğunu düşünüyoruz.

### 275 ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Dönemi

Bilindiği gibi, 275 sayılı Yasa zamanında bu konuda bir düzenleme bulunmadığı için Yargıtay vermiş olduğu kararlarda; “grevin uygulandığı işyerinde greve katılmayıp da ilgili işlerde çalışmaya devam eden işçilerin ürettikleri ürünlerin” ve daha önce üretilmiş “stokların işyeri

dışına çıkarılabileceğine” ve “bu tür girişimlere işçilerin ve sendikaların engel olamayacağına” karar vermişti<sup>1</sup>. Bu kararlara doktrin de katılmış<sup>2</sup>, 1983 yılında 2822 sayılı Sendikalar Kanunu hazırlanırken 38. maddenin 3. fıkrasında Yargıtay ve doktrin görüşleri doğrultusunda şu maddeye yer verilmişti: “Çalışan işçilerin ürettiği ürünlerle her türlü stokların işveren tarafından işyeri dışına çıkarılmasına ve işyeri için lüzumlu maddelerin araç ve gereçlerin işyerine sokulmasına engel olunamaz. Bu işlerin görülmesinde de 43. madde hükümlerine uyulması şarttır”<sup>3</sup>. Bu arada, 43. maddenin “greve katılan işçilerin yerine başka işçi alma yasağı” ile ilgili olduğunu hatırlatalım...

### 3451 Sayılı Yasa Değişiklikleri Sonrası

Gerçekten, 1988 yılında 2822 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 38. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “her türlü stokların işveren tarafından işyerinden dışarı çıkarılması” cümlecisi, Bakanlar Kurulu’nca da benimsenen Çalışma ve Sos-

yal Güvenlik Bakanlığı Tasarısı'nda yer almadığı halde TBMM tarafından 3451 sayılı Kanun'la metinden çıkarılmış<sup>4</sup> ve fıkra şu şekli almıştır: “Çalışan işçilerin ürettiği ürünlerin satılmasına ve işyeri için lüzumlu maddelerin, araç ve gereçlerin işyerine sokulmasına engel olunamaz. Bu işlerin görülmesinde de 43. madde hükümlerine uyulması şarttır”.

Yasa koyucunun bu değişikliği gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında çok tartışmalar yaratmıştır. Başlangıçta Yargıtay, yasa değişikliğinin hemen akabinde verdiği isabetli bir kararda “Grev ve Lokavt Kanununun 38. maddesinin değişik şekli ile de ürünlerin satışına cevaz vermiş bulunması ve satım tabirinin içerisine emtianın tesliminin de gireceği yolunda anlaşılması gerekeceği cihetle ..... grevden önce üretilmiş olan stoklar da dahil olmak üzere bütün mamul maddelerin greve katılmayan ve işyerinde çalışmasını sürdüren işçiler tarafından dışarı çıkarılabileceği” sonucuna varmıştır<sup>5</sup>.

### Tartışma Yaratan Karar

Aynı Daire, bu karardan iki yıl kadar sonra verdiği bir kararda ise, tartışmalara yol açmıştır: “1988 yılında yapılan değişiklikle ‘her türlü stokların’ sözcükleri fıkra metninden çıkarılmak suretiyle kapsam daraltılmıştır. Bu yeni düzenleme göz önünde tutularak grevin uygulanmasından önce üretilmiş olan mallar açısından ayırım yapmak zorunluluğu vardır. Buna göre, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçilerce üretilmiş olan malların işyeri dışına çıkarılması mümkündür. Buna karşılık greve katılan işçilerce üretilmiş malların ise dışarı çıkarılma olanağı yoktur. Grev sırasında çalışan işçilerin ürettiği ürünlerin satılması, dışarıya sevki yasada açıkça kabul edildiğine göre, yine aynı işçiler tarafından önce(den) üretilmiş mallar bakımından bu olanağın tanınması zorunludur. Yasa koyucunun amacı, greve katılmayıp çalışan işçilerin ürettiği malların ayırık tutulmasıdır. Bu malların grevden önce veya sonra üretilmiş olmalarının hiçbir önemi yoktur... Bütün bu açıklamalara göre; mahkemeye öncelikle greve katılan işçilerle katılmayan ve katılmaktan vazgeçen işçilerin belirlenmesi, daha sonra greve katılmayan veya katılmaktan

vazgeçen işçilerin grevden önce ürettikleri malların gerekirse bilirkişi aracılığı ile saptanması, şayet maddi yönden bu saptama mümkün görülüyorsa, greve katılan ve katılmayan işçilerin oranına göre belirlenmesi yoluna gidilmesi ve böylece greve katılmaktan vazgeçen işçilerin ürettiği malların işyeri dışına çıkarılabileceğinin tespitine karar verilmesi gerekir”<sup>6</sup>.

“Kuyumcu terazisinde” tartışarak verildiği anlaşılan bu kararın “teorik” anlamda isabeti yanında; “pratikte” uygulanma kabiliyetinin zorluklarla karşılaşması kaçınılmaz olduğu gibi, uygulamada da hangi malların greve katılan işçiler hangi malların greve katılmayan işçiler tarafından üretildiği gibi sorunlar çıkarması kaçınılmazdı. Esasen, 3451 sayılı Yasa ile metinden çıkarılan “her türlü stokların işveren tarafından işyerinden dışarı çıkarılması” cümlecığının insanda bıraktığı ilk izlenim, kararda belirtilen “greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçilerin ürettiği malların işyeri dışına çıkarılabileceğinden” de öte; aşağıda karşı oy yazısında da belirtildiği gibi, “stoklardan hiçbirinin çıkarılmayacağı” yolundadır. İsabetsiz olan, 275 sayılı Yasa zamanında doğan boşluğun Yargıtay kararları ile çözüme kavuşturulması ve bilahare bu çözümün başlangıçta 2822 sayılı Yasa ile devam ettirilmesine rağmen, yasa koyucunun 2822 sayılı Yasa'nın 38/3. maddesinde 1988 yılında yaptığı değişikliktir.

### Kararı İsbetli Bulan Görüşler

Nitekim, kararda yazılan “karşı oy” yazısında aslında karara “karşı” (!) değil, yapılan “greve katılan işçiler” ve “greve katılmayan işçiler” ayırımını isabetli bulmayan “radikal” bir görüşle karara “destek” çıkılmaktadır: “Bu düzenlemeye göre sadece greve katılmayan veya önce katılıp sonra vazgeçerek çalışan işçilerin grev sonrasında ürettikleri ürünler (bunlar stok haline dönüşse dahi) 43. madde hükümlerine uymak koşulu ile işveren tarafından satılabilecek ve işyerinden çıkarılabilecektir. Halbuki, grevden önce mevcut olan stokların bundan böyle dışarıya çıkarılması hukuken mümkün değildir. Aksi halde, yapılan yasa değişikliklerinin bir anlamı kalmayacaktır. Zira grevden önce işyerinde mevcut olan stokların çıkarılması amaçlansa idi



bu hususu açıkça düzenleyen sözcüklerin fıkra metninden çıkarılmasına gerek kalmazdı. Yasa koyucunun abesle iştigal etmeyeceği, yapılan değişikliğin belli bir anlam ve amacı olması gerektiği söz götürmez. Buradaki amaç, grevden önce işyerinde bulunan stokların grev devam ederken satılıp dışarıya çıkarılması suretiyle (geçici süre için dahi olsa) grevin etkisiz kılınmasını ve iş barışının sürüncemede kalmasını önlemektir. Böylece greve daha fazla etkinlik kazandırılmak istenmiştir”.

Doktrinde de Yargıtay’ın kararından çok işbu “karşı oy” görüşüne destek çıkmıştır: “Grevden önce çalışan işçilerce üretilmiş ürünlerin de işyerinden dışarı çıkarılması kabul edilirse, bunun yanında greve katılan işçilerce daha önce üretilmiş ürünlerin de dışarı çıkarılması tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Yargıtay’ın belirttiği gibi, mahkemece öncelikle greve katılan veya greve katılmaktan vazgeçen işçilerin grevden önce ürettikleri malların bilirkişi aracılığıyla saptanması kabul edilirse, bu incelemenin bizi sağlıklı sonuçlara götüreceğine inanmak mümkün değildir. Çünkü, her ne kadar greve katılan veya katılmayan işçilerin belirlenmesi mümkün ise de bunların ürettikleri malların ayrı ayrı belirlenmesinin mümkün olacağını sanmıyoruz. Kaldı ki, çoğu zaman bir ürünün üretilmesi karmaşık olduğu için .... o ürünün kimin tarafından üretildiğini belirlemek mümkün olmaz. Yine bir işçinin önce greve katılıp sonradan greve katılmaktan vazgeçerek çalışması durumunda, üretime katılarak bir ürün üretmesi halinde de aynı sorun yine karşımıza çıkabilecektir. Yargıtayın .... greve katılmayan veya katılan işçilerin oranına göre belirleme yapılması yoluna gidilmesi şeklindeki görüşünü de .... haklı kılacak hiçbir hukuki esas yoktur. Böyle bir hesaplama çözüm getirmekten ziyade sorunu daha da çözümsüz hale sokacaktır”. Bütün bu nedenlerle, yasa koyucunun .... “çalışan işçilerin ürettikleri ürünler” ibaresinden “sadece greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçip çalışan işçilerin grev sırasında ürettikleri ürünlerin” anlaşılması gerekir. Stok haline dönüşse dahi, 43. madde koşullarına uymak koşulu ile işveren tarafından satılabilecek ve işyerinden çıkarılabilecek ürünler” sadece bu

ürünlerdir. “Grevden önce çalışan işçilerce üretilmiş olan ürünlerin ise artık işyerinden çıkarılması mümkün olmamalıdır. Yoksa, karşı oy yazısında belirtildiği gibi, yapılan değişikliğin bir anlamı olmayacaktır”<sup>7</sup>.

## Kararı İsabetsiz Bulan Görüşler

Yargıtay kararı ile “karşı oy” ve işbu karşı oya destek çıkan yazarın görüşlerine rağmen, doktrinde genellikle bu görüşlerin aksi görüşler ağırlık kazanmıştır: Gerçekten, işbu görüşlere karşı çıkan EKONOMİ, ayrıntılı ve titiz incelemesinde “Yargıtay’ın grevin uygulanmaya başlamasından önce üretilen malların grev sırasında da işyeri dışına çıkarılabileceğine karar vermesi isabetli, ancak dışarıya çıkarılabilecek stoklar yönünden greve katılan ve katılmayan işçiler tarafından üretilmelerine göre bir ayrımın esas alınacağı yolunda bir sonuca varması uygun değildir” kanısına varmaktadır. Ona göre, “Grev kavram olarak işçilerin işi bırakma eylemi olup, onu hizmet akdi ile üstlendiği iş görme borcundan kurtarmakta ve aynı zamanda baskı da gerçekleştirmeye başlamaktadır. Grevin uygulanmaya başladığı tarihten itibaren işverenin sattığı, piyasaya sürmek istediği ya da işyeri dışında depolamayı amaçladığı stoklanmış veya üretimden henüz çıkmış ürünleri işyeri dışına çıkarma faaliyeti de ürünleri yükleme, taşıma ve teslim etme gibi işlerde çalışan işçilerin işi bırakmaları durumuna göre tamamen durabilir, önemli veya çok az aksayabilir ve ancak bu eylemler kanunun öngördüğü baskıyı oluşturur. Buna karşılık, sözü edilen işlerde iş bırakılmadığı halde stokların işyeri dışına çıkarılmayacağı ve stoklara ilişkin faaliyetlerin yürütülemeyeceği görüşünden hareket edildiğinde, işçinin iradesi dışında zorunlu bir iş bırakma ve iş görme eylemi ortaya çıkar ki, bunu grev kavramı içinde görmek mümkün olmaz. Buna işçilerin işi bırakmadan önceki üretim faaliyetlerine kadar giden bir etkiyi tanımak, grev eylemini adeta işveren üzerine ayrıca baskı kurmayı amaçlayan ek bir iş mücadelesi aracı ile desteklemek anlamını taşır. Böyle bir düşünceyi benimsemek grev kavramının etkisini, hukuki çerçevesini aşan bir alana taşıyarak genişletmek anlamına gelir. Halbuki, 2822 sa-

yılı Yasa'ya göre grevin hukuki sonuçları grevi oluşturan işi bırakma eylemi ile ortaya çıkmakta ve bu eylem dava devam ettiği sürece etkisini göstermektedir. Bu nedenle, işi bırakma eylemi işin görüldüğü dönemdeki faaliyetler, hak ve yükümlülükler yönünden etkili olamaz. Grev, işverenin üretim, ürettiğini pazara ulaştırma ve gerekli diğer işlem ve eylemlerini yasaklayan bir kurum değildir; grev işçinin işi bırakmasıyla üretim ve bağlı diğer faaliyetlerin durması veya aksamasıyla oluşur". Bu görüşlerini yazar şöyle bir sonuca bağlamaktadır: "Bu nedenle işveren grev sırasında gerek işyerinde çalışan işçilerin ürettikleri ürünleri gerekse stokları 43. maddede şartlara uymak suretiyle işyeri dışına çıkarabilecek; ancak, ürünlerin işyeri dışına çıkarılmasını sağlayan işlerde çalışan işçiler de greve katıldıklarında, işveren bunların yerine yeni işçi alamayacağı veya başkalarını çalıştıramayacağı için belirtilen işlerin durması veya aksaması söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda işyerinde eskiden beri yükleme, boşaltma ve nakliye işleri müteahhitler ve dışarıdan tutulan hamallar tarafından yapılıyorsa, grev sırasında da bunlar sözü edilen işleri yürütebileceklerdir"<sup>8</sup>.

Aynı görüşe 2822 sayılı Yasa'nın 38/1. maddesi ile Anayasanın 54/son maddesine dayanarak destek veren ÇELİK şöyle demektedir: "Kanımızca, 38. madde hükmünü Yargıtayca yapıldığı gibi tek başına ve sadece üretimde çalışan işçilerle ilgili olarak ele almamak gerekir. Kanun koyucunun amacı ne olursa olsun, Kanun hükmüne anlam verilirken grev sırasında greve katılmayıp işyerinde çalışmasını sürdüren işçilerin çalışma serbestisini düzenleyen 38. maddenin ilk fıkrası ve bunun Anayasadaki dayanağı olan 54. maddenin son fıkrası gözden kaçırılmaz. Grev sırasında greve katılmayıp işyerinde çalışan işçilere tanınan çalışma serbestisi ve bu işçilerin çalışmasının engellenmemesi esası, normal zamanlarda bu işçilerin yapabilecekleri, stokların dışarıya çıkarılması işi de dahil olmak üzere tüm işleri yapabilmeleri anlamındadır. Şöyle ki, greve katılmayıp üretimle ilgili işlerde çalışanlar bu işi yapmaya devam edebilecek, aynı şekilde üretilen malların sevk edildiği veya stok edildiği yerlerde, mamul ambarında, nakliye, yükleme-boşaltma

ve satış işlerinde çalışanlar da grev öncesinde ve grev sırasında bu yerlerde bulunan veya bu yerlere gelen stoklar dahil olmak üzere, her türlü malın satışı durumunda bununla ilgili işleri yapabilecek ve malları dışarıya çıkarabileceklerdir"<sup>9</sup>. Bu görüşler, doktrinde de geniş kabul görmüştür<sup>10</sup>.

## Yargıtayın Doktrinde Genel Kabul Gören Görüşler Doğrultusundaki Kararı

Yargıtay doktrinde genel kabul gören görüşler doğrultusundaki kararını, 1994 yılında vermiştir. Buna göre, "Grev amacı ve sınırları yasada belirlenmiş bir baskı aracı olup, işverenin bu amaç ve sınırlar dışında zorlanması düşünülemez. 2822 sayılı TİSGLK'nın 38. maddesinin son fıkrasına göre işveren greve katılmayan veya önce katılıp sonra vazgeçerek çalışan işçilerin grev sırasında ürettikleri ürünleri 43. madde hükmüne uymak koşulu ile işyeri dışına çıkartabilir ve satabilir. Bu hüküm, grev uygulaması başlamadan önce üretilmiş stoklarda yer alan ürünlerin dışarıya çıkarılmasını ve satılmasını yasaklamış değildir. Aksi halde grev eylemine uygulanmaya başlamasından önceki dönemde de etki sağlanmış olur ki, bu yasanın ve grevin amacına uygun düşmez. Gerçekten, grevin hukuki sonuçları ve etkisi uygulanmaya başlamakla ortaya çıkmakta ve grev süresince ileriye dönük olarak etkisini göstermektedir. Bu nedenle, grevden önce üretilmiş stokların işyerlerinden dışarıya çıkarılması ve satılması mümkündür. Ancak bunların dışarıya çıkarılması, taşınması ve yüklenmesinde de 43. maddede hükümlerine uymak gerekir. Öğreti de bu görüşü paylaşmaktadır. Dairemizin 07.09.1992 günlü 9380-9273 sayılı kararında greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçilerle evvelce üretilmiş malların işyeri dışına çıkarılması olanağı bulunduğu, buna karşılık greve katılan işçilerce üretilmiş malların dışarıya çıkarılmayacağı görüşü kabul edilmiş ise de, bu çözüm şekli 2822 sayılı Yasanın sistemine ve grevin amacına uygun düşmediği gibi, uygulamada bir çok güçlükler yol açmaktadır. Bu nedenle Dairemiz, münferit bir olayda oy çokluğu ile

verdiği anılan kararında kabul ettiği görüşü sürdürmemiştir”<sup>11</sup>.

Karar üzerine yazdığı ayrıntılı inceleme yazısında SÜMER, karara destek vererek şöyle demektedir: “Yargıtay doktrinde yöneltilen haklı eleştirileri de göz önünde tutarak, grevden önce oluşan stokların sınırlı olarak çıkartılabileceğine ilişkin kararından dönmüş ve 1988 tarihli kararında yer alan görüş doğrultusunda karar vermiştir. Yargıtay’ın bu kararı, 275 sayılı Kanun döneminde stokların işyerinden çıkartılabileceğine ilişkin verdiği kararlara da uygundur. Bu görüşünü doğru buluyoruz. Başka bir ifadeyle, grevden önce oluşan stokların tamamının belli bazı şartlar halinde işyerinden grev sırasında da çıkartılabileceği görüşüne katılıyoruz. Kanunda grevden önce oluşmuş stokların işyerinden çıkarılmasını yasaklayan ve sınırlandıran herhangi bir hüküm yoktur. İşyerinden ürünleri çıkarmakla, taşımakla görevli olan işçilerin grev döneminde çalışmaları halinde söz konusu stoklar işyeri dışına çıkarılabilir. Bu nedenle, ürünlerin çıkarılmasının mümkün olup olmadığının belirlenmesinde grevin amacı, unsurları, greve katılmayan işçilerin çalışma serbestileri gibi hususlar gözönünde tutulmalıdır”<sup>12</sup>.

Bazı kararlarda hammadde ve stokların işyerinden çıkartılmasının denetlenmesi amacıyla açılan tespit davalarının ilke olarak kabul edildiğini<sup>13</sup> belirten SUR, grev esnasında hammadde ve stoklardaki hareketlerin denetim altında tutulmasını öngören yasal bir dayanağa dikkat çekerek Yargıtay kararına bu açıdan da destek çıkmaktadır. Gerçekten, Grev ve Lokavtlarda Mülki İdare Amirlerince Alınacak Önlemlere İlişkin Tüzük hükmüne göre, “Çalışan işçilerin ürettiği ürünlerin satılmasına ve işyeri için gerekli maddelerin, araç ve gereçlerin işyerine sokulmasına engel olunmasına karşı önlemler alınır. Bunlar dışında işyeri için gerekli olmayan maddelerin, araç ve gereçlerin işyerine sokulmasına güvenlik kuvvetlerince izin verilmez” (md.18). Bu nedenle yazar, “herhangi bir ayrıma gidilmeden madde veya stokların giriş çıkışının hiçbir surette engellenmemesi” gerektiğini, “grevin işçilerin bizzat kendi çalışmalarını durdurmalarıyla sınırlı bir eylem” ol-

duğunu, “üretilenlerin satılmasının, hammadde girişi ve stokların çıkarılmasının engellenmesinin grevin sınırlarını aşmış” olacağını, “grevi etkili kılmamanın yolunun işyerinde üretimin tamamen durmasını sağlayacak ölçüde geniş bir katılımın sağlanması” ile “işverenin başka işçi çalıştırma yasağına uyup uymadığının etkili bir denetiminin de önemli” olduğunu, “buna karşılık işyerinde giriş çıkışları engellenmenin hukuk sistemimizin temel ilkeleriyle, özellikle çalışma özgürlüğü ile bağdaşmadığını” belirtmektedir<sup>14</sup>.

### Yargıtay Kararlarında Sapmalar

Yukarıdaki isabetli kararlarına rağmen, Yargıtay’ın 1993 ve 2006 yıllarında verdiği iki kararında sapmalar görülmektedir. Gerçekten, 1993 yılında üçte iki oy çokluğu ile verdiği kararda Yargıtay, “grev esnasında işverenin işi bir başka işverene ait işyerinde yaptırmasının grevin kırılması veya aşılması” anlamına geleceği sonucuna varmıştır<sup>15</sup>. Kararın, özel hukukun genel ilkeleriyle çeliştiği için çok tartışılır nitelikte olduğunu belirten TUNCAY’a göre, “Olayda ne grev esnasında işyeri kapama vardır ne de adres değişikliği, sadece işlerin başka bir işyerinde başka bir işveren tarafından görülmesi söz konusudur, bu da sözleşme özgürlüğü kapsamına giren bir işlemdir” demektir<sup>16</sup>. Gerçekten, Anayasa’ya göre “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir” (md.48). Bu nedenle, grev yapılan işyerinden çıkarılan veya alınan araç, gereç ve malzemeye olmadığı sürece, yapılan işi “çalışma özgürlüğü” ve “özel teşebbüste bulunma” olarak algılamak gerekir. Aksi halde, işverenin işyerinde grev devam ettiği sürece yeni bir işyeri satın alarak veya kiralayarak başka bir işyerinde aynı nitelikte bir işi devam ettiremeyeceği gibi bir sonuca varmak gerekir ki, bu da “teşebbüs özgürlüğüne” aykırı olur.

Yargıtay’ın bu konuda 2006 yılında verdiği bir başka kararında da yine bize göre bir sapma daha olmuştur. Açılan davada işveren grev ve lokavt uygulanan işyerinde mevcut bazı hammadde bedellerini ödeyemediği için bu malları satan firmalara iadesini sağlamak üzere satış yapan firmaların işçileriyle söz ko-

nusu hammaddelerin işyerinden çıkarılmasına tedbiren karar verilmesini istemiştir. Yargıtay, TİSGLK md.38/3 ve md.39/1 çerçevesinde yasada “olayımızla ilgili bir düzenleme bulunmadığından” bahisle; yasada “bazı eşya ve yarı mamul maddelerin korunabilmesi için işveren ce dışarıya çıkartılması veya satılması gibi bir tedbire izin verilmemiştir” diyerek, işverenin “... grevi etkisiz bırakacak şekilde işyerinde bulunan hammaddeleri dışarıya çıkarmak gibi bir eyleme başvurması ve mahkemenin de bu doğrultuda karar vermesi yasaya aykırıdır” sonucuna varmıştır<sup>17</sup>. Doktrinde “basiretli işverenin işletme rizikosuna katlanması” gerektiği ve yasanın “grevci işçilerin yerine hiçbir şekilde daimi veya geçici olarak başka işçi alınamayacağı ve çalıştırılmayacağı” (TİSGLK md.43/1,2) hükmü nedeniyle karara destek çıkmıştır<sup>18</sup>.

Karara titiz ve ayrıntılı bir inceleme ile eleştiri getiren EKMEKÇİ, “işverenin işyerinde mevcut hammaddeleri türlü kılıflar altında işyeri dışına çıkarması” halinde bunun “uygulanan grevi etkisiz bırakmaya yönelik bir eylem olarak kabul edilebileceğini”; bu açıdan değerlendirildiğinde, “Yargıtay’ın vardığı sonucu da kabul etmek gerektiğini” ifade etmektedir. Ancak, yazar devam ederek “Bununla birlikte bunun genel geçerli bir kural olarak ortaya konulması kanımca mümkün değildir. Gerçekten, grev esnasında işyerinde üretim yapılmaması nedeniyle mevcut hammadde bedellerinin ödenmemesi durumu mevcut ise, işverenin bunları iade etmesine doğrudan grevi etkisiz bırakmaya yönelik bir eylem sonucunu bağlamak mümkün değildir. Nitekim yasal bir grev esnasında yasaklanan husus, işyerindeki tüm faaliyetler değil, greve katılan işçilerin yerine başka işçilerin çalıştırılmasıdır. Nitekim, (...) işverenin grev başlamadan önce üretilmiş bulunan ürünleri veya grevci işçilerin ürettiği ürünleri dışarı çıkarmasına ve bunlar üzerinde tasarruf etmesine bir engel bulunmamaktadır. Grev başlamadan önce üretilmiş bulunan ürünlerin dışarıya çıkarılmasına bir engel bulunmayan yasal sistemin bütünlüğü içerisinde, somut olayın özellikleri haklı kılma- dıkça, grev başlamadan önce mevcut hammaddelerin dışarıya çıkarılmasına da grev kısırlılığı sonucunu bağlamak mümkün olmasa gerekir”

demektedir<sup>19</sup>. Görüldüğü gibi, isabetli olarak olayı somut özellikleri içinde değerlendirme gereğine değinen yazar, hammaddenin iadesini grevi etkisiz kılmaya yönelik bir eylem olarak görmemektedir. Yazarın bu görüşü, özellikle hammaddenin grev süresi içinde bozulma ihtimalinin bulunması halinde çok daha önem kazanmaktadır. Bu gibi hallerde hammaddenin işyerinden çıkarılmasında işyeri dışından işçilerin çalıştırılması ile işyerinde greve katılmayan işçilerin çalıştırılması arasında da bir fark olmadığını düşünüyoruz. Aşağıda da açıklayacağımız gibi, hiçbir yasanın amacı gereksiz yere birilerinin “zarar” görmesine yönelik olamaz. Olayımızda da grevin devamına veya bitirilmesine olumlu veya olumsuz hiçbir katkısı olmayacak “işveren zararı” yaratmak yasanın amacı olamaz.

## Serüvenin Sonucu: 6356 Sayılı Yasanın Eksik Düzenlemesi

Kanımızca, yasalardaki düzenlemeler ve Yargıtay kararlarındaki isabetli ve isabetsiz kararlar arasında gidip gelen işyerinde üretilen ürünlerin ve stokların satılması veya işyeri dışına çıkarılması konusundaki tartışmaları kısmen sona erdirecek ve Yargıtay kararlarına istikrar kazandıracak düzenleme 6356 sayılı Yasa’nın getirdiği yeni düzenlemedir: “Grev başlamadan önce üretilen ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına engel olunamaz. Greve katılmayıp çalışan işçilerin ürettiği ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına, işyeri için gerekli maddelerin, araç ve gereçlerin işyerine sokulmasına engel olunamaz. Bu fıkra göre işlerin görülmesinde 68 inci madde hükümleri uygulanır” (md.64/3,4). Bu anlamda 68. maddeye göre de “İşveren, kanuni bir grev veya lokavt süresince (...) iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin yerine, sürekli ya da geçici olarak başka işçi alamaz veya başkalarını çalıştıramaz” (md.68/1).

Görüldüğü gibi, grev başlamadan önce üretilen ürünler ile greve katılmayıp çalışan işçilerin ürettiği ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına hiçbir engel kalmamıştır. İstisnaen de olsa yukarıdaki olayda işverenin mevcut hammaddeleri iade etmesinde olduğu gibi, iş-



yerinde üretim faaliyetini durduran grevi olumsuz etkilemediği sürece grevin başlamasından önce satın alınmış yarı mamul ve hammaddelerin işverence iadesi, satılması veya dışarı çıkarılması da engellenmemek gerekir. Burada özellikle, grev süresince durduğu yerde koca-kak, bozulacak, ekşiyecek yarı mamul ve hammaddelerin iadesi ve geri satışı çok daha önem kazanmaktadır. Çünkü, greve başlama tarihine kadar uzlaşma umudu içinde bekleyen işçilerin de iradeleri son dakikaya kadar yarı mamul ve hammaddelerin de mamul hale getirilerek “paraya çevrilmesi” ve “değerlendirilmesi” yönündedir. Hiçbir işçinin yarı mamul ve hammaddelerin kokması, bozulması ve ekşimesi için işyerine getirildiğini düşünmediğini, hiçbir işçinin yarı mamul ve hammaddelerin kokması ve bozulması için greve başvurduğunu düşünmüyoruz. Bu nedenle, grevin uygulanma tarihine kadar üretilmiş mamuller ile işyerine daha önce alınmış yarı mamul ve hammaddelerin işverenin tasarrufunda satılması veya dışarıya çıkarılması yasaya ve yasa koyucunun amacına aykırı olmadığı gibi, esasen bunu açıkça engelleyen bir hüküm de yoktur.

Buradaki görüşümüze örnek olarak, bir ekmek fabrikasında çalışan işçilerin grevini verebiliriz. Grev süresi içinde daha önce fabrikaya alınan unların çuvallar içinde kurtlanması tehlikesi vardır. Bu gibi hallerde unların geri satışının veya iadesi suretiyle işyeri dışına çıkarılmasının engellenmemesi gerekir. Çünkü grevin amacı üretimin durdurulması suretiyle, grevin başladığı tarihten itibaren işvereni baskı altına almaktır. Yoksa, grev sonrası üretimin durdurulmasıyla hiç ilgisi olmayan, daha önce satın alınmış ve üretilmiş mamul, yarı mamul ve hammaddelere zarar verilmesi suretiyle “grevin etkisini önceye taşımak”, grev olmadığı zamanlarda üretilen mamul ve satın alınan yarı mamul ve hammaddeleri grev sırasında alınmış gibi bir işleme tabi tutarak çelişkili sonuçlara işvereni mahkum etmek, hukukla (hakkaniyetle, nispetle, adaletle) bağdaşmaz kanısındayız. Nitekim, 9. HD.’nin bize göre günümüzde de hala önemini koruduğu 275 sayılı Yasa zamanında verdiği eski tarihli bir kararında; “işverenin sadece her an bozulması mümkün olan bağırsakları

tedbir olarak başka bir buzhaneye nakletmesi ve muhafaza gayesiyle buzhanedeki makineyi bir başka yere nakletmesinin yasaya aykırı olmadığı” sonucuna varmıştır<sup>20</sup>. Bu nedenle, grevin uygulanma tarihine kadar işyerinde mevcut mamul stokları ile yarı mamul ve hammadde stoklarının iadesi, satılması veya dışarıya çıkarılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

## Sorun Yükleme, Boşaltma, Nakliye İşinde

Bize göre burada tartışılması gereken sorun, 6356 sayılı Yasa’nın düzenlemeyi eksik bıraktığı konudur: Üretilen ürünlerin satılmasında ve dışarıya çıkarılmasında yükleme, boşaltma ve nakliye işlerinde çalışan işçilerin greve katılmaları halinde mamul, yarı mamul ve hammaddeleri dışarıya kim ya da kimler taşıyacaktır? Yükleme, boşaltma ve nakliye işlerinde çalışan işçiler greve katılmamış veya katılmaktan vazgeçmişse, bir sorun olmayacağı kuşkusuzdur. Şayet, fabrikada daha önce yükleme, boşaltma ve nakliye işi taşeronlara yaptırılıyor idiyse, yine sorun olmayacaktır. Ancak, yükleme, boşaltma ve nakliye işlerinde çalışan işçilerin greve katılmaları halinde mamul, yarı mamul ve hammaddelerin taşınması işini kim yapacaktır? 6356 sayılı Kanun’un “kanuni grev ve lokavta katılmayacak işçiler” ile ilgili 65. maddesi çerçevesinde çözüm bulmak mümkün olur mu? Kanuna göre, “Hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyalarının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını ya da hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi, kanuni grev ve lokavt sırasında çalışmak, işveren de bunları çalıştırmak zorundadır” (SETİSK md.65/1).

Örneğimizde verdiğimiz ekmek fabrikasında grev sırasında unların bozulmasını engellemenin tek yolu onları dışarı çıkarmak suretiyle iade etmek veya “zararın neresinden dönlse kârdır” diyerek yok pahasına da olsa satış suretiyle elden çıkarmaktır. Ancak, yükleme, boşaltma ve nakliye işleri işyeri işçilerine yap-

tırıldığı, fakat onların da greve katıldığı durumlarda ne olacaktır? Bütün çuvalları dökerek ve unları sererek onların kurtlanmaması için devamlı ilaçlama yapılması zorunluluğu gibi bir yöntem de söz konusu olmadığına göre, “kural olarak” 65/1. maddedeki “hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını ... sağlayacak sayıda işçiyi kanuni grev ve lokavt sırasında” çalıştırmak da mümkün olmayacak demektir. Ancak, “kural” bu olmakla birlikte, “istisnaen” un çuvallarını dışarıya taşıtuncaya kadar bu işçileri 65/1. madde çerçevesinde “çalışmaya mecbur” bırakıp, çuvalların taşınmasından sonra greve devam etmelerini sağlamak mümkün olur mu? Yoksa, unları çuvallar içinde kurtlanmaya bırakacak mıyız? Çünkü, Kanun “işveren, kanuni bir grev veya lokavt süresince (...) iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin yerine, sürekli ya da geçici olarak başka işçi alamaz veya başkalarını çalıştıramaz” (SETİSK md.68/1) dediğine göre, Kanunun “lafzına” bakacak olursak unları kurtlanmaya bırakmaktan başka çare yok!

Kanımızca, burada “lafzi” bir yorumdan ziyade “gayi” bir yorum yaparak hiç yoktan bir zarardan hem işvereni hem de dolaylı yoldan da olsa işçileri kurtarabiliriz. Çünkü, buradaki işçi çalıştırma yasağının yine grevin başlamasından itibaren geleceğe yönelik olarak üretilen mamulleri ve bunları üretmek için alınacak yarı mamul ve hammaddeleri kapsadığına inanıyoruz. Yoksa, işyerinde grev uygulama tarihine kadar işyerinde stoklanmış mamul, yarı mamul ve hammaddelerin satılması ve dışarı çıkarılması konusunda yasal bir sınırlama olmadığına göre, bu ürünlerin dışarıya çıkarılmasında grev ve katılmayan işyeri işçileri varsa onlarla, daha önce taşeronlar bu işi yapıyorlar idiyse onlarla, her ikisi de yoksa işveren dışarıdan temin edeceği işçiler veya taşeronlar aracılığı ile mamul, yarı mamul ve hammaddeleri işyeri dışına taşıyabilecektir<sup>21</sup>. Çünkü, “grev başlamadan önce üretilen ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına engel olunamayacağı” gibi (SETİSK, md.64/3), grev başlamadan önce işyerine alınan işbu ürünlerin “mütemmim cüzü” sayılan yarı mamul ve hammaddelerin de satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına bir engel

bulunmamak gerekir. İşyerinde çalışan yükleme, boşaltma ve nakliye işçileri grev haklarını kullandıkları için, artık kendileri 65/1. madde çerçevesinde taşıma işi bitinceye kadar “çalışma mecburiyetinde” bırakılamayacağına göre, işverenin “ek bir maliyetle” işyeri dışına taşıma işini dışarıdan temin edilen işçiler veya taşeron aracılığı ile yaptırması “işlem temelini çökeren” kaçınılmaz bir “zorlayıcı neden” olmaktadır. Bu nedenle, dışarıdan temin edilen işçiler veya taşeron, sadece grev uygulamasına başlanan tarihe kadar işyerinde mevcut mamul, yarı mamul ve hammaddeleri taşıyacak, taşıma işi bittikten sonra işleri sona erecek, başka bir iş yapmayacaklardır.

Kanımızca, grev ile amaçlanan işvereni grev uygulama tarihinden sonra baskı altına alarak toplu iş sözleşmesi imzalamasını sağlamaktır. Greve başlamadan önceki döneme ait mamul, yarı mamul ve hammaddelere zarar verecek bir uygulama Kanunun lafzına da ruhuna da aykırı olacaktır. Greve çıkan işçilerin yerine başka işçi çalıştırma yasağı da grev başlama tarihinden sonra üretilen mamul ve satın alınan yarı mamul ve hammaddelerin satışı ile işyeri dışına çıkarılmasına ilişkin bir yasaktır. Bu tarihten önceki mamul, yarı mamul ve hammaddeler üzerindeki işverenin mülkiyet ve tasarruf yetkisi devam etmekte; grevci işçilerin grev uygulama tarihinden önceki mamul, yarı mamul ve hammaddelerin satışı ile dışarıya çıkışını engelleme yetkisi bulunmamaktadır. Doğal olarak, kendilerinin de “grev hakkını” sonuna kadar kullanmaları “analarının ak sütü gibi helal” yasal ve meşru bir haktır. Bu nedenle taşıma işini işverenin onlara yaptırma yetkisi de hakkı da yoktur. Ancak her an kokmaya, bozulmaya, ekşimeye maruz kalabilecek mamul, yarı mamul ve hammaddeleri, işverenin dışarıdan temin ettiği işçilere veya taşerona “ek bir maliyet” ödeyerek dışarı çıkarmasına da engel olunmamak gerekir.

Kaldı ki, grev sırasında greve katılmayan veya sonradan vazgeçen işçiler varsa, onların ürettiği ürünlerin de taşınmaya devam etmesi kaçınılmazdır (SETİSK md.64/4). Greve katılmayan işçilerin ürettiği ürünlerin de grev süresi içinde özellikle kokma, bozulma ve ekşime

tehlikesi bulunuyorsa; buna karşılık yükleme, boşaltma ve nakliye işçileri greve katılmış ise, bu ürünlerin de dışarıdan temin edilen işçiler ve taşeronlar aracılığı ile işyeri dışına taşınması gerekir. Çünkü, yasanın kendilerine verdiği hakkı kullanarak greve katılmayan ve işyerinde çalışarak üretim faaliyetinde bulunan işçiler, herhalde koksun, bozulsu ve ekşisin diye üretim faaliyetinde bulunmamaktadırlar. Aksi halde, greve katılmayarak üretim faaliyetinde bulunma hakkı “fiilen” kullanılmaz hale gelecektir. Bu nedenle, işyerinde yükleme, boşaltma ve nakliye işçileri greve katılmışlar ise, greve katılmayan işçilerin ürettikleri ürünlerin de dışarıdan temin edilecek işçiler veya taşeron aracılığı ile taşıtılmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz.

## DİPNOTLAR

- 1 9.HD. tarafından 20.06.1966 gün ve E.1966/4954, K.1966/5537 sayılı kararı ile onanan İstanbul 13. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 06.05.1966 gün ve E.1966/399, K.1966/813 sayılı kararı- M. K. OĞUZMAN, Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, 2.B., İstanbul, 1967, s.216; Aynı yönde 9.HD., 15.12.1966, E.1966/12407, K.1967/11612; 9. HD., 14.12.1967, E.1967/10163, K.1967/12426-B.S. ORHANER, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara, 1969, s.678, 687; 9. HD., 15.06.1972, E.1972/38977, K.1973/20111-M. K. OĞUZMAN, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Olaylar-Kararlar, 4.B., İstanbul, 1983, s.174; 9.HD.'nin 05.10.1988 gün ve E.1987/10134, K.1988/9127 sayılı kararı ile onanan Ankara 2. İş Mahkemesi'nin 19.09.1988 gün ve E. 1988/486, K. 1988/39 D. İş sayılı kararı-A. BERKSUN/İ. EŞMELİOĞLU, Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Ankara 1989, s.582-583.
- 2 K. TUNÇOMAÇ, İş Hukuku, C. II, Kırklareli-Vize, 1980, s.344; S. REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 2.B., Ankara 1975, s.393; K. OĞUZMAN, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, Olaylar-Kararlar, 2.B., İstanbul, 1978, s.203, 216; M. K. OĞUZMAN, Grev ve Lokavt, s.124; N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 5.B., İstanbul, 1980, s. 468.
- 3 M. K. OĞUZMAN, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, 4. B. İstanbul, 1987, s.237; S. REİSOĞLU, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, s.332 vd.; M. EKONOMİ, Grevin Uygulanması Sırasında Stokların İşyeri Dışına Çıkarılması, İş Hukuku Dergisi (İHD), Temmuz-Eylül/1993, C.III, S.3, s. 325-326.
- 4 M. EKONOMİ, İHD, Temmuz-Eylül/1993, s.326.
- 5 9.HD.'nin 05.10.1988 gün ve E.1987/10134, K.1988/9127 sayılı kararı ile onanan Ankara 2. İş Mahkemesi'nin kararı-Çimento İşveren D., Mart 1990, s.22; A. BERKSUN/İ. EŞMELİOĞLU, Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Ankara 1989, s.582-583.
- 6 9.HD., 07.09.1992, E1991/9380, K.1992/9273-Çimento İşveren D. Kasım 1992, s.38; YKD, Mayıs 1993, s.705-710; H. H. SÜMER, Karar İncelemesi, Çimento İşveren D. Ocak 1996, s. 25 vd.; Ş. ERTÜRK, Karar incelemesi, Çimento İşveren D. C.7, S.5, Eylül 1993, s. 35.
- 7 Ş. ERTÜRK, Karar incelemesi, Çimento İşveren D. C.7, S.5, Eylül 1993, s. 35.
- 8 M. EKONOMİ, İHD, Temmuz-Eylül/1993, s.330 vd.
- 9 N. ÇELİK, Yargıtay 1992 Yılı Kararları Semineri, s.122; İş Hukuku Dersleri, 11. B., İstanbul, 1992, s.492-493; 22.B., 2009, s.639.
- 10 H. H. SÜMER, Karar incelemesi, Çimento İşveren D. Ocak 1996, s.28-29; K. OĞUZMAN, Yargıtay 1992 Yılı Kararları Semineri, s.135-136; B. ERGİN, Yargıtay 1999 Yılı Kararları Semineri, s.250-251.
- 11 9. HD., 26.12.1995, E.1994/18347, K. 1994/18558-İşveren D. Ocak 1995, s.15.
- 12 H. H. SÜMER, Karar incelemesi, Çimento İşveren D. Ocak 1996, s.28-29.
- 13 9.HD., 04.02.1999, E.1999/995, K.1999/1481-YKD, Mart 2000, s.367.
- 14 M. SUR, İş Hukuku, Toplu İlişkiler, 4. B. Ankara 2011, s.442.
- 15 9.HD., 15.06.1993, E.1993/992, K.1993/10241- Yargıtay 1993 Yılı Kararları Semineri, kararı isabetli bulan Ü. NARMANLIOĞLU incelemesi, s. 158-159.
- 16 A. C. TUNCAY, Toplu İş Hukuku, 2.B. İstanbul, 2010, s.318.
- 17 9. HD, 03.10.2006, E.24785/25725, Çalışma ve Toplum, 2007/1, s.218; LEGAL İHD, 2007/1, S.13, s.317.
- 18 M. SUR, Yargıtay 2006 Yılı Kararları Semineri, Ankara 2009, s.246 vd.
- 19 Ö. EKMEKÇİ incelemesi, LEGAL YKİ, 2007/3, s.9.
- 20 9.HD, 07.03.1977, E.1977/11857, K.1977/15916-S. REİSOĞLU, TİSGLK Şerhi, s.332; Ö. EKMEKÇİ, LEGAL, YKİ, 2007/3, s.16.
- 21 Aksi görüş; M. EKONOMİ, İHD, Temmuz-Eylül/1993, s.330 vd.; N. ÇELİK, Yargıtay 1992 Yılı kararları Semineri, s.122; İş Hukuku Dersleri, 11. B. s. İstanbul, 1992, s.492-493; 22.B. 2009, s.639; H. H. SÜMER, Karar incelemesi, Çimento İşveren D. Ocak 1996, s.28-29; M. SUR, Yargıtay 2006 Yılı Kararları Semineri, Ankara 2009, s.248.

Prof. Dr. Melda SUR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Grev Hakkı

## Giriş

Türk hukukunda grev hakkı ilk kez 1961 Anayasası ile anayasal teminat altına alınmıştır. Bunun üzerine toplu iş ilişkilerini düzenleyen 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile birlikte 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu 1963 yılında yürürlüğe girdikten sonra, ülkemizde çalışma yaşamı hareketli bir döneme geçmiştir.

1982 Anayasası ise daha ayrıntılı esaslarla grev hakkını gene tanımakta, aynı zamanda da bu anayasal hakkın alanını nispeten daha dar bir çerçeve içinde tutarken, lokavta da yer vermektedir. 1983'de yürürlüğe giren 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı TSGLK, gene "ikiz yasalar" olarak Anayasa hükümleri doğrultusunda düzenlemeler içermekteydi.

Yaklaşık 30 yıldır, bazı değişikliklere uğrayarak da olsa yürürlükte kalan 2821 sa. SK ile 2822 sa. TSGLK'nun yerini, 7 Kasım 2012 günü yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu almış bulunmaktadır<sup>1</sup>. 83

madde, 6 geçici madde ve işkollarını sayan bir cetvelden oluşan bu yeni yasamızın 11'inci bölümü "Grev ve Lokavt" başlığını taşımakta olup, 58-75. maddelerinde grev ve lokavtı düzenlemektedir. "Çeşitli ve Son Hükümler" başlıklı 12. bölümün 78. maddesinde de ceza hükümleri yer almıştır.

Belirtmeliyiz ki, önceki kanunlara dayanarak çıkarılmış tüzük ve yönetmelikler hakkında geçici madde 3 hükmü şöyledir: "Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenlemeler, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde yürürlüğe konulur. Bu düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar, mülga 2821 ve 2822 sayılı Kanunlara dayanılarak yürürlüğe konulan düzenlemelerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur".

İncelememizde ilk önce grev konusunda Uluslararası Çalışma Örgütünce oluşturulan bazı temel ilkelere kısaca yer verilmelidir (I). Daha sonra 2010 yılında getirilen değişikliklerle birlikte grev hakkına ilişkin Anayasa hükümlerine değinilecek (II). 6356 sayılı Kanun'un grev ve



lokavt hakkında getirdiği yeni hükümler ise, ilk önce grevin tanımı ve yasal grevin koşulları (III); sonra da grevin uygulanması (IV) açısından ele alınacaktır.

## 1. Uluslararası Çalışma Örgütü organlarının grev hakkında ilkeleri

Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde grev hakkını açıkça öngörüp tanıyan hiçbir uluslararası çalışma sözleşmesi yoktur. Oysa başka uluslararası belgelerde grev hakkına yer verilmiştir. Bu bakımdan Avrupa Sosyal Şartı (1961) m.6 ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (1996) m.6; BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (1966) m.8; Sosyal Güvencele İlişkin Amerikan Şartı (1948) m.27 zikredilebilir. Bununla birlikte, UÇÖ, uzun bir geçmişe dayalı olarak grev hakkını da örgütlenme hakkı içinde kabul etmektedir. Özellikle Uluslararası Çalışma Konferansı 1957 yılında aldığı bir kararla “grev hakkı dâhil sendikal hakların çalışanlar tarafından fiilen ve kısıtlamasız olarak kullanılmasını sağlayacak yasaların” çıkarılmasını -eğer bu yasalar henüz mevcut değilse- istemiştir<sup>2</sup>. Ayrıca, 1970 tarihli bir kararla Genel Konferans, grev hakkına özel bir vurgu yaparak, sendikal haklara en geniş şekilde saygı gösterilmesini sağlayacak yeni tedbirleri değerlendirmeye ve bu amaçla Örgüt Genel Direktörünü görevlendirmeye Yönetim Kurulunu davet etmiştir<sup>3</sup>.

Uluslararası Çalışma Örgütü, bilhassa 1948 tarihli Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi'nin 3. maddesine dayanarak yaptığı denetim faaliyetinde çeşitli vesilelerle grev hakkını tanıyıp korumuştur. 87 sayılı UÇ Sözleşmesi'nin 3. maddesinde, işçi sendikalarının herhangi bir kısıtlama olmaksızın genel olarak “yönetim ve faaliyetlerini düzenleme ve eylem programlarını belirleme” hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Sözleşme ve Tavsiyelerin Uygulanmasının Denetimi Uzmanlar Komisyonu ve Sendika Özgürlüğü Komitesi, baştan beri ve sürekli olarak grev hakkının bu maddede zımnen de olsa güvenceye alındığı görüşünü benimsemekte olup, sendikaların faaliyetleri arasında grev

hakkının da bulunduğunu kabul etmektedir<sup>4</sup>.

Belirtmeliyiz ki, benzer şekilde, işverenlerin lokavta başvurmaları da uluslararası örf ve âdet kuralı olarak tümüyle reddedilmemesi gereken ve aşırı kısıtlamalara uğramayacak bir hak sayılmalıdır<sup>5</sup>.

Grev hakkında yıllar içinde oluşan “içtihat”tan çıkarılan bazı ilkeler şöyledir<sup>6</sup>:

**1.** Grevin amacı, çalışanların ekonomik ve sosyal çıkarlarının geliştirilmesi ve korunması olmalıdır. Dolayısıyla “salt siyasal grevler” bu hakkın dışında kalır; bir başka deyişle, çalışanların ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerine ilişkin olmayan grevler yasa dışı sayılabilecektir. “Genel grevler” hakkında da benzer nüanslı yaklaşım hâkimdir. Bununla birlikte, ILO organlarına göre grev hakkı sadece toplu iş sözleşmesi yapılması amacıyla da sınırlanamaz<sup>7</sup>. Öte yandan, işi yavaşlatma, verim düşürme türü eylemler Komiteye göre ancak barışçı niteliklerini kaybettikleri takdirde yasaklanabilecektir<sup>8</sup>.

**2.** Memurlar bakımından grev ise, ancak devlet adına otorite işlevleri görenler için yasaklanabilir<sup>9</sup>. 87 sayılı Sözleşme m. 9/1, silahlı kuvvetler ve polise grevin yasaklanmasına açıkça cevaz vermektedir. Bunun dışında, grevin genel bir şekilde yasaklanması kabul edilemez. Kamu görevlilerinden ancak devlet adına kamu otoritesi kullananlar grev hakkı dışında tutulabilir. Bu bağlamda öğretimizde işaret edildiği üzere, devletin aslî ve sürekli kamu hizmetlerinde kamu otoritesini kullanma yetkisi olanları diğer kamu görevlilerinden ayırmak ve ayrı bir statüye bağlamak gereklidir. Diğerlerine ise grev hakkı tanınmalıdır<sup>10</sup>.

**3.** Grev yasakları ise ancak dar anlamıyla “temel hizmetler” hakkında söz konusu olabilir. Bu hizmetler, kesintiye uğraması hâlinde halkın tümü veya bir kısmının yaşamı, güvenliği veya sağlığını tehlikeye atabilecek nitelikteki hizmetler olarak tarif edilmektedir<sup>11</sup>. Örneğin, sayım sınırlayıcı olmamak üzere, hastaneler, elektrik, su, telefon, itfaiye, polis, silahlı kuvvetler, cezaevleri, hava trafik kontrolü hizmetleri “temel hizmetler” olup bu alanlarda grev yasaklanabilir<sup>12</sup>. Buna karşılık, eğitim, şehir içi taşımacılık ve genel olarak taşıma işleri, madenler, posta ve bankalar gibi hizmetler bu nitelikte değildir<sup>13</sup>.

Bununla birlikte, ulusal koşullar itibariyle belli ülkelerde bazı hizmetler yaşamsal bir önem taşıyabilir. Bazen de uzun süren grevlerde ve eylemin yaygınlığı dolayısıyla kimi hizmetlerin kesintiye uğraması sonucu halkın sağlığı, güvenliği veya yaşamı tehdit altına girebilir (örneğin çöp toplama işlerinde). Bu durumlarda bir “asgarî hizmet” tesis edilebilecektir<sup>14</sup>.

4. Grev yapılamayan hâllerde, tarafların çıkarlarının savunulabilmesi için, güvenlerini kazanmış, hızlı işleyen, bizzat kendilerinin de katıldığı tarafsız ve bağımsız uzlaştırma, arabulma ve tahkim gibi yöntemler öngörülüp, bu süreçte varılan çözümler bağlayıcı ve hızla uygulanır olmalıdır.

5. Grev bir ön bildirimle tâbi tutulabilir. Grevden önce, hızlı ve tarafsız olmak kaydıyla, tarafların da katıldığı bir barışçı aşamadan geçilmesi zorunlu tutulabilir. Bir grev oylamasına gidilmesi de öngörülebilir<sup>15</sup>.

6. Toplu iş sözleşmesi devam ettiği sürece grev yapılmaması esası (barış borcu) hiç şüphesiz geçerli sayılmalıdır. Hak grevlerine cevaz verilmemesi de doğaldır; zira bu tür uyuşmazlıkların çözüm yeri yetkili mahkemelerdir<sup>16</sup>.

7. Yasal bir greve katılmaktan dolayı çalışanlar hiçbir ayırım gözetici işlem ve yaptırıma tâbi tutulamaz. Yasa dışı grev hâlinde ise, eylemin barışçıl olduğu hâllerde hürriyeti kısıtlayıcı cezalar verilmemeli ve cezalar işlenen fiille orantılı kalmalıdır<sup>17</sup>.

## II. Anayasa hükümleri ve 2010’da getirilen değişiklikler

Anayasamızın “Grev hakkı ve lokavt” başlıklı 54. maddesi 2010 yılında 5982 sayılı Kanun’la değişikliğe uğramıştı. Yapılan değişiklikle, madde- nin III. ve VII. fıkraları Anayasadan çıkarılmıştır:

1. “Grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu, grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddî zarardan sendika sorumludur” ifadesini taşıyan III. fıkra hükmü kaldırılmıştır. Esasen sorumluluk ilkelerine de ters düşebilen bu hükmün anayasa metninden çıkarılması isabetli olmuştur.

2. Bazı grev ve eylem türlerini yasaklayan Anayasa hükmü (VII. fıkra) de kaldırılmıştır: “Siyasî amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve

lokavtı, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi ya-vaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler yapılamaz” hükmünün Anayasadan çıkarılmasıyla, yasa koyucuya bu konuda düzenleme serbestisi verilmektedir. Bu yasaklamaların bizzat Anayasada yer alması aslında gereksizdir ve ayrıca İLO denetim organlarının daha nüanslı yaklaşımı karşısında yadırganacak nitelikteydi. Özellikle “salt siyasî” sayılmayıp, çalışanları ilgilendiren ekonomik ve sosyal politikaları protesto amaçlı grevlerin de bu yasağın kapsamına girebilmesi, eleştirilere kolaylıkla hedef oluyordu.

Buna karşılık, hâlen Anayasada grev hakkının tanınma alanı belli bir çerçevede kalmaktadır ve kayda değer sınırlamalar varlığını korumaktadır:

1. Grev hakkı Anayasamızda “toplu iş sözleşmesi yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde” işçilere tanınmaktadır (m.54/I). Böylece, grev hakkının anayasal tanınma alanı belirli bir çerçevede kalıp, sınırlıdır. Bununla birlikte, kanımızca kanun koyucu bu hakkın kapsamını genişletebilir. Örneğin 2010’da gerçekleşen Anayasa değişikliğinden sonra yasa koyucunun siyasî grevlere kısmen cevaz vermesine bir engel olmadığı kanısındayız<sup>18</sup>.

2. “Grev hakkı ve lokavt, iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz.” (Anayasa, m.54/II). Anayasada yer alması aslında gereksiz görünen bu hüküm, hukukun temel prensipleri yoluyla da (hakkın kötüye kullanılmayacağı ilkesi) karşılığını bulabilir.

3. Grev ertelenmesi hâlinde, erteleme- nin sonunda uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulunca çözümlenmesi hükmü korunmuştur (m.54/IV ilk cümle); oysa bu düzenleme Uluslararası Çalışma Örgütü’nün başlıca eleştiri konularından- dır. Anayasada bu hükmün yer almaması daha isabetli olacaktır.

## III. 6356 sayılı Kanun’da yasaya uygun grev

### A. Grevin ve yasal grevin tanımları ve çerçevesi

1. Grev ve yasal grev: Anayasa’da yapılan de-

ğişiklikler doğrultusunda, 2822 sa. TSGLK'daki bazı grev türlerini ve eylemleri yasaklayan hükümler (siyasî grev, genel grev, dayanışma grevi ile işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler) yeni yasamızda artık yer almamaktadır<sup>19</sup>. Bununla birlikte, 6356 sayılı Kanunda gerek bizzat grev tanımı, gerek kanunî grevin tanımı önceki yasaya nazaran değişmiştir (m.58). Grevin tanımında “toplucu çalışmamak” ve “işin bırakılması” esastır; grev tanımı ve kanuna uygunluk koşulları (toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması) aynı kaldığı için, temel sistemimiz değişmiş değildir. Önceden olduğu gibi, bundan böyle de siyasî grevler, genel grevler ve dayanışma grevleri kanuna aykırı olmaya devam etmektedir<sup>20</sup>. İşin bırakılması dışındaki işi yavaşlatma gibi toplu eylemler de grev tanımına girmedikleri için grev hakkının koruma alanı dışında kalmaktadır.

6356 sa. STİSK m.58 gerekçesinde bu hususlara özel vurgu yapılmaktadır: “...Kanunî grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışı grev sayılacağından grevin unsurlarının bulunmadığı durumlar ayrıca sayılmamıştır. Genel grev, siyasî amaçlı grev ve dayanışma grevi ile işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişlerin Kanunda belirtilmemiş olması bunları kanuna uygun hâle getirmez. Belirtilen eylem ve direnişleri yapma hakkını veren veya hukuka uygun hâle getiren hukukî bir dayanak da yoktur. Aksine anayasada, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde işçilerin grev hakkına sahip olacakları belirtilmiş, bu hakkın kullanılmasının usul ve şartlarının kanun ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Kanunî bir grev için resmî arabuluculuk aşamasının tamamlanması ve grev kararı süresi içerisinde alınmış ve uygulanmaya konmuş olması gerekeceğinden, genel grev, siyasî amaçlı grev ve dayanışma grevini yasal iş mücadelesi aracı olarak görmek mümkün değildir. İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler aynı zamanda işçilerin bağıllık borcu ile iş görme borcuna aykırılık oluşturacaktır.”

**2. Yaptırımlar:** Buna karşılık kayda değer değişiklik yaptırımlar, özellikle cezaî yaptırım yö-

nünden uygulamayı etkileyebilecek niteliktedir:

**a)** İşi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler: 2822 sayılı TSGLK m.25/III “İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyideleri uygulanır” hükmünü içerirken, 6356 sa. Yasada benzer bir hüküm yoktur. Böyle olunca, durum daha nüanslı değerlendirilip kanımızca her olayın özelliğine göre sonuca bağlanabilir. Böyle bir yaklaşımla, eylemin işleniş biçimi, tipi ve ağırlığına göre, haklı nedenle fesih, geçerli nedenle fesih, daha hafif bir disiplin cezası ya da bazen hiçbir yaptırım uygulanmaması cihetine gidilebilecektir.

Buna karşılık, işi yavaşlatma, verim düşürme ve diğer direnişler için 2822 sa. TSGLK m.72/IV'de öngörülen ve kanun dışı greve katılmaya nazaran daha ağır olan cezaî yaptırım<sup>21</sup> artık söz konusu değildir.

**b)** Yasal olmayan grevler: Yasal olmayan grev türlerinde ise işveren iş sözleşmelerini “haklı nedenle feshedebilir” (6356 sa. K, m.70/1)<sup>22</sup>.

Cezalar bakımından ise, siyasî grev, genel grev ve dayanışma grevleri hakkında 2822 sayılı TSGLK m.72'den farklı olarak, spesifik ve daha ağır cezalara gidilmeyip, genel olarak ortak yaptırımlar getirilmektedir: 6356 sa. Kanun m.78/g uyarınca, “kanunî bir grev veya lokavt kararının bu Kanunda yazılı usul ve esaslar dışında uygulanması hâlinde, bu kararı uygulayanlar, uygulanmasına veya devamına zorlayanlar veya teşvik edenler beşbin TL” idarî para cezası ile cezalandırılır. Bu cezaları, gerekçesi belirtilmek üzere Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürü verecektir (m.78/3). Grev ve lokavtın “mahkeme kararıyla sürekli veya geçici, tamamen veya kısmen yasaklanmasına” (...) uymayanlar fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde beşbin TL ile cezalandırılır (m.78/ğ). Ayrıca, işyerinin grev ve lokavt esnasında terk edilmemesi hâlinde, daha ağır bir cezayı gerektirmemesi takdirde yediyüz TL idarî para cezası öngörülmektedir (m.78/h).

Böylece UÇÖ denetim organlarının görüşlerine uygun olarak, hapis cezaları kaldırılmış, hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine idarî para cezaları getirilmiştir. Diğer yandan, önceki 2822

sa. TSGLK m.70-77 hükümlerinde yapılan çeşitli ayrımlar ve eylem türüne göre ağırlaşan cezalar sistemi de terk edilmiştir.

## B. Grev yasakları

Yeni STİSK'da (m.62) grev ve lokavt yasakları tek maddede toplanarak düzenlenmektedir. Grev yasakları azaltılırken, bir kısmının korunduğu görülmektedir:

Daha önce grev ve lokavtın yasak olduğu iş ve yerlerin bir kısmı yasak kapsamından çıkarılmıştır. Böylece, noterlik, termik santralleri besleyen linyit üretimi, aşı ve serum imal eden müesseseler, eczaneler, eğitim ve öğretim kurumları, çocuk bakım yerleri ve huzurevlerinde grev yasağı kalkmıştır. Hava taşıma işinde son zamanlarda getirilen grev yasağından da vazgeçildiği görülmektedir. Öte yandan, "klinik, sanatoryum, prevantoryum, dispanser gibi sağlıkla ilgili işyerleri" artık zikredilmeksizin sadece hastanelerde grevin yasak olduğu belirtilmektedir.

Buna karşılık birçok yasak devam etmektedir (m.62/1). Can ve mal kurtarma işlerinde, cenaze işlerinde ve mezarlıklarda, şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde grev yasaktır. Bankacılık hizmetlerinde, Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde, kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve şehir içi toplu yolcu taşıma hizmetlerinde ve hastanelerde de grev ve lokavt yapılamaz.

Böylece bir kısım yasakların kaldırılmasına karşılık hâlâ UÇÖ organlarının eleştirilerine hedef olacak bazı grev yasakları mevcudiyetini korumaktadır. Özellikle, bankalar<sup>23</sup>, petrokimya işleri ve şehir içi toplu yolcu taşıma işlerinde varlığını koruyan grev yasakları ileride gene eleştiri konusu olabilecektir<sup>24</sup>.

"Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz" (m.63/3) esaslı devam etmektedir.

Geçici yasaklara ilişkin hüküm ise şöyledir (m.62/2): "Bakanlar Kurulu, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürür-

lükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavt yasaklayabilir. Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı işgünü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavt uygulamasına devam edilir". Hükümde artık "savaş hâlinde genel ve kısmî seferberlik süresi"nden söz edilmeyip, sadece doğal olayların yer aldığı görülmektedir.

## C. Grev ertelenmesi

Grevin Bakanlar Kurulu kararıyla ertelenmesi devam etmektedir (m.63). Bu konudaki düzenleme ana hatlarıyla korunmuştur. Yeni Yasada artık açıkça belirtilmemesine karşın<sup>25</sup> Bakanlar Kurulu'nun erteleme kararına karşı Danıştay'a gidilebileceğinde şüphe yoktur. Olağanüstü hâlde yürütmenin durdurulması kararı alınmayacağına dair özel hükme de yeni Yasada artık yer verilmemiştir.

Erteleme döneminde uyuşmazlığın çözümü bakımından, Yasadaki arabuluculuk hakkında m.60/7 hükmüne gönderme yapılmaktadır. Buradaki düzenleme uyarınca, "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı uyuşmazlığın çözümü için bizzat arabuluculuk yapabileceği gibi, bir kişiyi de arabulucu olarak görevlendirebilir". Önceki olağanüstü arabuluculuğa nazaran bazı farklar görülmektedir: 2822 sa. TSGLK m.34/I uyarınca Bakan "resmî arabulucu listesinden seçeceği bir arabulucu yardımı ile erteleme süresince her türlü gayreti gösterir" anlatımından farklı olarak, artık Bakan tek başına arabuluculuk yapabilecektir; arabulucuyu da resmî liste dışından da seçilebileceği anlaşılmaktadır.

Erteleme süresi sonunda anlaşma sağlanmazsa, önceden de olduğu gibi, greve gidilemez: 6356 sa. STİSK m.63/3 uyarınca, bu durumda taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür; aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer. Bu düzenleme, muhafaza edilen Anayasa m.54/IV hükmünün bir gereği olarak yeni yasamızda yerini korumuştur. Erteleme sonunda greve gidilemeyip zorunlu tahkimin devreye girmesi UÇÖ denetim organları tarafından eleştirilen bir konuydu. Zira bu aşamada tarafların serbest toplu pazarlık sonucu bir toplu sözleşme yapabilmelerine olanak tanınması daha doğru olacaktır. Grev erteleme-



sinin düzenleniş tarzı UÇÖ tarafından çeşitli yönlerden eleştirilmektedir: Sendika Özgürlüğü Komitesine göre, erteleme kararını yürütme organı değil, bağımsız bir organ vermelidir. Erteleme süreci sonunda ise zorunlu tahkim değil, greve gidilebilmesi esastır<sup>26</sup>.

6356 sa. Yasada erteleme sonunda Yüksek Hakem Kuruluna başvuracak olan Çalışma Bakanı değil, taraflardan biridir. Böyle bir başvuru olmadığı takdirde ise toplu iş sözleşmesi oluşamayacak demektir<sup>27</sup>.

## IV. 6356 sayılı Kanun'da grev kararı ve uygulanması

### A. Kararın usul şartları

6356 sayılı Kanun m.60'da greve gidilmesi kolaylaşmıştır: Artık uyuşmazlık tutanağının tebliğinden sonra 6 işgünü beklemek gerekmeyp, grev kararının da bundan itibaren de 6 işgünü içinde alınması da zorunlu değildir. Buna karşılık grev kararı alınması ve uygulanması 60 günlük süre içinde olmalıdır. Grevin uygulanacağı tarih de altı işgünü içinde karşı tarafa bildirilmiştir<sup>28</sup>. Bildirilen tarihte başlamayan grev hakkı veya lokavt düşer.

Hükümün gerekçesinde belirtildiği üzere, düzenleme, aynı zamanda grev kararı ve grev uygulaması süresini birleştirerek taraflara anlaşabilmeleri için son bir ek süre vermektedir. Yukarıdaki süre içinde grev kararının alınmaması veya uygulanacağı tarihin karşı tarafa bildirilmemesi hâlinde ise toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi düşecektir.

Ayrıca, süresi içinde grev kararı uygulamaya konulmamışsa ve alınmış bir lokavt kararı da yoksa veya lokavt da süresi içinde uygulamaya konulmamışsa, yetki belgesinin hükmü kalmaz (m.60/4). Bu hükümle, lokavta gidilmesi hâlinde yetkinin her şeye karşın devam etmesi sağlanmaktadır.

Anılan yeni hükümler isabetlidir. Önceki yasadaki aşırı formalite koşulları yerine nispeten sade hâle gelen grev kararı ve uygulamaya konulmasında gene esas amaç korunmaktadır: grev, belli bir zaman diliminde (60 gün) kararlaştırılıp uygulamaya konulacak ve sürpriz

grevlerin önüne geçilmesini sağlayacak bir ön bildirim yapılacaktır. Bu tür koşullar, yukarıda değinildiği üzere, ILO organları tarafından da kabul görmektedir.

### B. Grev sırasında Bakanın arabuluculuk faaliyeti

6356 sayılı Yasa'nın 60. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, kanunî grev kararı alınan herhangi bir uyuşmazlıkta, Bakan bizzat arabuluculuk yapabileceği gibi, "bir kişiyi" de arabulucu olarak görevlendirebilecektir. Geçmişte kamuyu ilgilendiren bazı önemli grevlerde bir bakanın veya valinin devreye girerek tarafları çözüme ulaştırmaya çalıştığı görülebiliyordu. Yapılan düzenleme bu tür uygulamalara yasal dayanak sağlamaktadır. Ancak belirtmeliyiz ki, Bakanın her yasal grevde devreye girebilmesi, greve müdahale olarak da değerlendirilebilir; bu bakımdan getirilen hüküm ihtiyatla uygulanmalıdır.

### C. Grev oylaması

Grev oylaması, geniş kesimleri ilgilendirecek grevin uygulanıp uygulanmaması yönünde bir demokratik katılım sağladığı için önemlidir. Bu konuda yeni Yasa bazı değişiklikler içermektedir:

2822 sayılı TSGLK uyarınca grev oylaması başvurusu mahallin en büyük mülkî amirine yapılırken, yeni yasada bu talep görevli makama (yani Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü; birden fazla İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerleri için de Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına) yapılacaktır.

Grup toplu iş sözleşmelerinde oylama talebi grubun her işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yapılır. Grev oylaması isteyen işçilerin sayısının yeterli orana ulaşip ulaşmadığının tespiti ile grev oylamasının sonuçları her işyeri için ayrıca belirlenir (m.61/5). Böylece önceki uygulama ve Yargıtay içtihadına uygun bir düzenlemeyle konuya açıklık getirilmiştir.

Oylamada aranacak oy oranında kayda değer bir değişiklik dikkat çekmektedir: 2822 sa. TSGLK m.35'e göre, grev ilanının yapıldığı tarihte "işyerinde çalışan işçilerin salt çoğunluğu grevin uygulanmaması" yönünde oy kullanırsa

greve gidilemezken, yeni yasaya göre (m.61/3) “oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde” oy kullanırsa grev yapılmaz. Anlaşıldığı üzere, greve oylamayla engel olunması nispeten kolay hâle gelmiştir; zira tüm işçilere değil daha sınırlı sayıda bir kesime (oy kullananlara) nazaran çoğunluğun greve engel olması mümkün olmuştur. Oylamanın düzenlenmesi ise yönetmeliğe bırakılmaktadır.

## D. Grevin uygulanması, stokların durumu ve zarardan sorumluluk

### 1. Pankart ve çadırlar

2822 sa. TSGLK'da grevin uygulanması sırasında grevcilerin davranışlarını kısıtlayan bazı hükümler mevcuttu. Örneğin, “Grev gözcüleri” başlıklı m.48'de, “bu işyerinde grev vardır” ibaresinin dışında afiş, pankart gibi ilan vasıtalarını asmak ve yazılar yazmak yasaktı; ayrıca, işyeri ve çevresinde kulübe, baraka ve çadır gibi barınma vasıtaları kurulması da yasaklanmıştı. Bu tür kısıtlamalara yeni yasada yer verilmemiştir.

### 2. İşçi alma ve başka işe girme yasağı

Greve katılanlar yerine başka işçi çalıştırma yasağı benzer şekilde devam etmektedir. Bunun denetimi konusunda ise önceki TSGLK m.43/I'de yer alan “grev gözcülerinin” başvurusundan söz edilmeksizin, sadece taraf sendikandan görevli makama başvurusu öngörülmektedir (m.68/1).

Grev ve lokavt dolayısıyla iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin başka bir işte çalışmaması esası yumuşatılmıştır: 2822 sa. TSGLK m.43/III uyarınca bu işçiler “başka bir iş tutamazlar” yerine, isabetli olarak, “başka bir işverenin yanında çalışamaz” denilmektedir. Grev ve lokavt süresince gelirinden yoksun kalacak işçinin hiç olmazsa kendi hesabına çalışabilmesi, tarla ve bahçesinde toprağını işleme ve meyve toplaması gibi faaliyetlere cevaz verilmesi sosyal yönden isabetlidir<sup>29</sup>.

Kısmî süreyle çalışanlar hakkında da bir açıklık getirilmiştir: “kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, kanunî haftalık çalışma süresini tamamlayacak süreyi aşmamak üzere başka bir işverenin işyerinde çalışabilir”. Hükümün gerek-

çesinde belirtildiği üzere, tam gün süreli işçilerle paralellik sağlanması için haftalık çalışma süresi olan 45 saati tamamlayacak süre kadar başka işverenin yanında çalışılabilecektir. Örneğin, işyerinde haftada 20 saat çalışan işçi greve katıldığı anda 25 saate kadar başka bir işverenin yanında kısmî süreli olarak çalışabilecektir.

### 3. Grevin konut haklarına etkisi

İşçiyi koruyan bir başka değişiklik de grevin konut haklarına etkisine ilişkindir: 2822 sa. TSGLK m.44'de yasal bir grev ve lokavt süresince işverenin sağladığı konutlardan işçinin yararlanma hakkı 90 günlük bir sınırlamaya tâbi olup, grev ve lokavt bu süreyi aştığında işveren işçinin konuttan çıkmasını isteyebilirken, yeni Kanunda 90 günlük sınırlama kaldırılmıştır (m.69). Böylece grev ne kadar sürerse sürsün, işçi bu konutta kalabilecektir.

İşçinin grev ve lokavt süresince yararlanmaya devam ettiği bu konutların giderleri ve rayiç kirasını “işverene ödemek zorundadır” yerine de, işveren bu meblağları “talep edebilir” şeklinde bir anlatım tercih edilmektedir.

### 4. Ürün ve stokların durumu

2822 sa. TSGLK m.38/IV'deki düzenlemenin daha önce uğradığı değişiklikler sonucu farklı anlamlara gelebilecek “çalışan işçilerin ürettiği ürünlerin satılmasına ve işyeri için lüzumlu maddelerin, araç ve gereçlerin işyerine sokulmasına engel olunamaz” dışında başka bir açıklık bırakılmamıştı. Bu hüküm, geçirdiği evrim nedeniyle farklı yorum ve içtihatlarla yol açmıştır<sup>30</sup>.

Yeni STİSK m.64/3-4 hükümleri ise geçmişteki tartışmalı hususlara açıklık getirmektedir: “Grev başlamadan önce üretilen ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına engel olunamaz” (3. fıkra). Sonraki (m.64/4) “greve katılmayıp çalışan işçilerin ürettiği ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına, işyeri için gerekli maddelerin, araç ve gereçlerin işyerine sokulmasına engel olunamaz” hükmü 3. fıkrayla birlikte kapsayıcı anlatımıyla birleşince, artık geçmişteki tartışmalar son bulacaktır. Bizim katıldığımız ve Yargıtay'ın bazı kararlarında benimsenmiş anlayışa uygun olarak, grevin etkilerinin grevden önceki bir döneme uzatıl-

ması doğru olmayacaktır<sup>31</sup> ve daha da genel bir şekilde de, işyerinin ablukaya alınmasına cevaz verilemez<sup>32</sup>.

### 5. Zarardan sorumluluk

a) Grev esnasında kusurlu hareketlerden doğan zararlar: Yeni Yasaya göre: “Grev esnasında greve karar veren sendikanın kusurlu hareketi sonucu grev uygulanan işyerinde neden olunan maddî zarardan sendika sorumludur. Yetkili işçi sendikasının kararı olmadan işçi ya da yöneticilerin bireysel eylemlerinden kaynaklanan zararlardan kusuru olan yönetici ya da işçi sorumludur” (m.64/5).

Böylece artık tüzel kişi sendikanın sorumlu tutulabilmesi için bizzat sendikanın kusurlu hareketi aranmaktadır. Daha önce 2822 sayılı Yasada yer alan (m.47/IV) “grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddî zarardan” sendikanın sorumluluğu esas, Anayasa değişikliklerine de uygun olarak, kaldırılmıştır. Belirtmek gerekir ki, sendikaların toplu eylemlere yön vermeleri ve işçilerin kişisel davranışlarını da bir ölçüde dizginleyebilmeleri açısından, kuruluşların yükümlülük ve sorumlulukları biraz arka plâna itilmiş görünmektedir. Ancak temelde daha âdil ve sorumluluk ilkelerine uygun çözüm olan kusurlu fiili kim işlemişse sorumluluğun bu kişiye yüklenmesi tercih edilmektedir.

Hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere, “... düzenleme ile, greve katılan ancak kendi üyesi olmayan sendikasız veya başka sendikanın üyesi olan işçilerin neden olduğu zararlardan grev kararını uygulayan sendikanın sorumlu tutulmaması amaçlanmakta, sorumluluğu düzenleyen özel hukuk genel esaslarına aykırılık giderilmiş olmaktadır. Ancak eylem sendikanın bu doğrultuda verdiği bir talimat sonucu gerçekleşmişse, kusurlu olan sendika işyerinde meydana gelen maddî zarardan sorumlu tutulacaktır”. Hükmünde öngörülen zarar ise kanunî bir grev nedeniyle işyerinin çalışmaması ve üretim yapmamasına bağlı olarak ortaya çıkan zarar değil, kanunî grev esnasında kusurlu olarak işçilerin işyerine verdikleri maddî zarardır.

b) Yasa dışı grevden doğan zararlar: Yasa

dışı grev hâllerinde sorumluluk önceki Kanun düzenlemesine benzer şekilde devam etmektedir (m.70/2): “Kanun dışı grev yapılması hâlinde bu grev nedeniyle işverenin uğradığı zararlar, greve karar veren işçi kuruluştur veya kanun dışı grev herhangi bir işçi kuruluşunca kararlaştırılmaksızın yapılmışsa, bu greve katılan işçiler tarafından karşılanır”.

### Sonuç

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hazırlanırken Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organlarının ortaya koyduğu esas ve görüşler dikkate alınmış ve sendikal haklar serbesti yönünde geliştirilmiştir. Bu bağlamda grev ve diğer barışçıl eylemlerin bir ölçüde daha özgür hâle getirildiği söylenebilir. Bununla birlikte sosyal tarafların görüşleri de dikkate alınarak son şekliyle “ılımlı” sayabileceğimiz, dengeleri gözetten bir metin ortaya çıkmıştır.

Özellikle sendika yöneticileri ve işyeri sendika temsilcilerini etkili bir şekilde gözetten ve sendika tüzüklerine genişçe bir alan bırakan hükümlere karşılık grev konusunda temel değişiklik olmadığı<sup>33</sup> ve sistemin korunduğu kanısındayız. Bu nedenle, 2010 yılında Anayasanın toplu iş sözleşmesi ve grev hakkındaki maddelerinde (m. 53-54) yapılan değişikliklerin yarattığı beklentinin (ya da endişenin) boşa çıktığı söylenebilir. Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organlarının standartlarına nazaran grev hakkının hâlâ biraz geride kaldığı söylenebilecektir<sup>34</sup>. Geniş kısıtlamalara tâbi olan kamu görevlilerinin kolektif hakları yönünden ise öğretimizde önerilen ayrıma gidilerek dar anlamda “devlet memuru” dışında kalanlar için daha geniş haklar tanınması, bizleri çağdaş uluslararası sosyal normlara daha da yakınlaştıracaktır. Sonuç olarak, grev hakkının çerçevesi genişletilmiştir; ancak Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından önceden eleştirilen kısıtlamaların bazılarının devam ettiği söylenebilir.

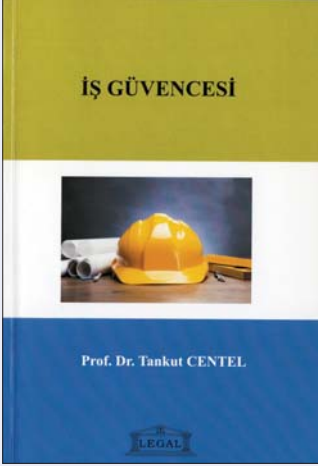
### DİPNOTLAR

- 1 Kabul tarihi: 18.10.2012, RG’de yayım tarihi: 7.11.2012, Sayı: 28460.
- 2 BIT, Compte rendu des travaux, Conférence internationale du Travail, 40è session, Genève 1957, s.813.

- 3 BIT, Compte rendu des travaux, Conférence internationale du Travail, 54<sup>e</sup> session, Genève 1970, s.797-798.
- 4 Sendika Özgürlüğü Komitesi 1952'den beri, Sözleşme ve Tavsiyelerin Uygulanması Uzmanlar Komisyonu da 1959'dan bu yana grev hakkının uygulanmasını denetlemektedir.
- 5 GERNIGON, Bernard – ODERO, Alberto – GUIDO, Horacio: Les Principes de l'OIT sur le droit de grève, Revue Internationale du Travail, Vol 137, 1998, No.4, 2000 baskısı, s.8. Nitekim Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı m.6'da işçilerin yanında, işverenlere de "ortak hareket hakkı" tanınmaktadır.
- 6 BIT: La liberté syndicale, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, 5<sup>e</sup> éd. révisée, 2006 Genève, p.113-141, No. 520-676; GERNIGON/ODERO/GUIDO, agm.; HODGES-AEBERHARD, Jane - ODERO DE DIOS, Alberto: Les principes du Comité de la liberté syndicale relatifs aux grèves, Revue internationale du Travail, vol.126, No.5, septembre-octobre 1987, s.611 vd.;
- 7 Recueil 2006, No.531.
- 8 Recueil, No. 545.
- 9 Recueil, No. 574.
- 10 KUTAL, Metin: Toplu İş Hukuku Açısından T.C. Anayasası'nda Yapılan Son Değişiklikler (2010), Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan, II, İstanbul 2011, s.1583-1595.
- 11 Recueil, No. 576.
- 12 Recueil, No. 585.
- 13 Recueil, No. 587.
- 14 Recueil, No. 615 vd.
- 15 Recueil, No. 547-549.
- 16 Recueil, No. 532.
- 17 Recueil, No. 668, 671-672.
- 18 Karş. KUTAL, agm, s.1593-1594.
- 19 Mamafih, işyeri işgali hâlinde 6356 sa. Kanun'da bir para cezası öngörülmektedir (6356 sa. K m.78/h).
- 20 Belirtmeliyiz ki, 2822 sa. TSGLK m.25/son fıkrasında yer verilen "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, millî egemenliğe, Cumhuriyete, millî güvenliğe aykırı amaçla grev yapılamaz" hükmü yeni yasada yer almıyorsa da, bu grevlerin m.58 hükümleri karşısında yasa dışı olacağında şüphe yoktur.
- 21 2822 sa. TSGLK m.70 ve m.72'deki cezalar arasında önemli farklar mevcuttu. Bu yasada, grev dışında sayılan direnişlere katılanlar hakkında hapis cezaları öngörülmekteydi.
- 22 2822 sa. Kanun m.45'deki "feshi ihbarına lüzum olmadan ve herhangi bir tazminat ödemeye mecbur bulunmaksızın feshedebilir" anlatımı yerine "haklı nedenle feshedebilir" ifadesinin kullanılması, hükmün gerekçesine de bakıldığında, bir anlam farkı getirmektedir.
- 23 UÇÖ Sendika Özgürlüğü Komitesi, 303. Rapor, Türkiye'de bankalarda grevin yasaklanmasının eleştirildiği Olay No.1830, par.62.
- 24 Bkz. KUTAL, Metin: Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme (31.01.2012 Tarihli Kanun Tasarısı) Sicil, Mart 2012, s.176. Yazar, özellikle petrol üretimi, naftadan başlayan petrokimya işleri, bankacılık hizmetleri, askerî işyerleri, kamu kuruluşlarınca yürütülen şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde öngörülen grev yasaklarının İLO denetim organlarında eleştirilmeye devam edeceğine işaret etmektedir.
- 25 Bu açıklığa yer verilmemesi, M. Kutsal tarafından eleştirilmiştir: KUTAL, Tasarı, s.159 vd., s.172.
- 26 Sendika Özgürlüğü Komitesi, 335. Rapor, Olay No.2303, par.1377 ve 338. Rapor, Olay No.2329, par.1279.
- 27 Bu yönden de yeni düzenleme tarzı öğretimizde eleştirilmektedir: KUTAL, Tasarı, s.172.
- 28 Yeni Yasamız, 2822 sa K'da yer alan (m.28) grev kararının 6 işgünü içinde "karşı tarafa tebliğ edilmek üzere notere tevdi"nden ve görevli makama tevdiinden de söz etmemektedir.
- 29 Böyle bir ayırım yapılması yönünde, örneğin: TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 4. bası, İstanbul 2005, s.474; aynı görüşe katılan SUR, Melda: İş Hukuku, Toplu İlişkiler, Günc. 4. Bası, Ankara 2011, s.439.
- 30 1988'de yapılan değişiklikte, daha önce 2822 sa. Yasada yer alan "...ve her türlü stokların işveren tarafından işverinden çıkarılmasına..." engel olunamaz ibaresi kaldırılınca farklı yorumlar ortaya çıkmıştır. Bu değişiklik sonucu çalışmaya devam edenlerin ürettikleri dışında ürün ve malzemenin çıkarılmasının engellenebileceği anlaşıldığı gibi, bir diğer yoruma dayanan, grevden önce üretilen stoklardan çalışmaya devam eden kesimin ürettiğine tekabül eden kısmın işyerinden çıkarılabileceği, diğer bölümün ise engellenebileceği yönünde bir çözüme de gidilmiştir (9 HD. 7.9.1992, 9380/9273, YKD Mayıs 1993, s.705 ve karşı oy yazısı). İşyerinde kalan hammaddelerin iade amacıyla çıkışının dahi engellenebileceği anlamına gelebilecek bir başka karar: 9.HD 3.10.2006, 24785/25725, Çalışma ve Toplum 2007/1, s.218 ve değerlendirilmesi: SUR, Melda: 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s.246 vd.
- 31 9. HD., 26.12.1994, 18347/18558, İşveren, Mart 1995 ve H. H. Sümer'in incelemesi, Çimento İşveren, Ocak 1996, s.25 vd.
- 32 Bu konuda bkz. öz.: EKONOMİ, Münir: Grevin Uygulanması Sırasında Stokların İşyeri Dışına Çıkarılması, İş Hukuku Dergisi, Temmuz-Eylül 1993, s.325 vd.; EKONOMİ, 1994 Yılı Kararları Semineri, s.99-100; SUR, İş Hukuku Toplu İlişkiler, s.441-443.
- 33 Benzer yönde, NARMANLIOĞLU, Ünal: 19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri, Sicil, Eylül 2012, s.139-155, s.153.
- 34 Uzmanlar Komisyonunun son 2011 Gözlemleri için bkz: Observation (CEACR) adoptée 2011, publiée 101<sup>ème</sup> session CIT (2012).



# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Tankut Centel tarafından hazırlanan “**İş Güvencesi**” adlı eser Ekim 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulüyle beraber 158 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi doğrultusunda iş güvencesi hükümleri ilk kez en geniş ölçüde benimsenmiştir. Bu hükümler öğretide özellikle uygulama alanının darlığı konusunda eleştirilmektedir. Öğretideki görüşlerin yargı kararlarına önemli ölçüde destek sağladığı söylenmelidir. Öyle ki, son 10 yıldaki yayınların büyük bir kısmı iş güvencesi hükümlerine ilişkindir.

Eserde çeşitli kaynakların yanı sıra yaklaşık 10 yıllık süreçteki öğretideki görüşleri ve yargı kararları gözden geçirilmiş ve günümüzde ulaşılan nokta araştırılarak gerekli değerlendirmeler yapılmıştır.

İki bölümden oluşan eserin ilk bölümünde iş güvencesinin içeriği, iş güvencesinin kapsamı, feshin geçerli nedene dayandırılması, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenler, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler ve son olarak işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenler anlatılmaktadır. Eserin ikinci bölümünde ise iş sözleşmesinde feshi ihbar usulü, feshin geçersizliğinin tespiti, feshin geçersizliği karşısında tarafların tutumu, değişiklik feshinin uygulanması ve işçileri belli nedenlerle topluca işten çıkarma konuları ele alınmaktadır.



Yrd. Doç. Dr. N. Binnur Tulukçu tarafından hazırlanan “**İş Hukukunda Dinlenme Hakkı**” adlı eser Ekim 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

Kitabın birinci bölümde genel olarak dinlenme hakkı kavramının iş ilişkilerindeki önemi vurgulandıktan sonra, hukuki niteliği, hukuki, sosyal ve ekonomik açıdan önemi ayrıntılı bir biçimde ele alınmış, daha sonra dinlenme hakkına ilişkin uluslararası belgelerdeki düzenlemeler belirlenmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde ise dinlenme hakkına ilişkin İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler ülkemizdeki tarihsel gelişimi ile birlikte ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Eserin sonuç bölümünde ise, dinlenme hakkına ilişkin olarak uluslararası belgelerdeki düzenlemelerle, Türk iş mevzuatındaki düzenlemeler, genel olarak kıyaslanmak suretiyle değerlendirilmiştir.

Doç. Dr. Aydın BAŞBUĞ

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre Sendika Üyeliği

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, daha şimdiden birçok soru işareti ve tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu çalışmamızda sendika üyeliği açısından konuyu ele alarak, yeni kanunun hükümlerini değerlendirmeye gayret edeceğiz.

### 1. Üyelik İşlemi ve Hukuki Niteliği

Üyelik, iki taraflı bir hukuki işlemdir. Bu hukuki işlem, sendika ile işçi veya işveren arasında sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi kurmaktadır. Söz konusu borç ilişkisi, kişiler hukukuna özgü bir borç ilişkisidir. Tüzel kişilik hukuku sözleşmesi çerçevesinde kurulan sözleşme, önceden belirli olan sendika tüzüğüne ilhak (katılma) şeklindedir<sup>1</sup>.

Sendika tüzüğüne ilhak ile kurulan bu sözleşmenin diğer sözleşme ile kurulan borç ilişkilerinden farklıdır. Sözleşme, karşılıklı edim ilişkisine dayanır. Oysa üyelik, üyenin tüzel kişiye karşı yükümlü olduğu edim ve edim dışı yükümlülükleri ile sahip

olduğu bazı haklardan kuruludur. Bu nedenle karşılıklı edim ilişkilerine dayanan Borçlar Kanunu'nun sözleşme hükümleri doğrudan değil, kıyas yoluyla uygulanması gerekir. Çünkü borçlar hukukunun hukuki işlemlere dayanan borç ilişkilerine ilişkin genel hükümleri uygun düştüğü ölçüde bütün özel hukuk ilişkilerine uygulanmak zorundadır (MK. m. 5).

Üyelik sözleşmesi, üyenin katılma yönünde icap irade beyanını sendika yönetim kurulunca kabul edilmesi ile kurulur. Üye sendikaya başvurduğunda, sendika tüzüğünde belirtilen hak ve yükümlülükleri kabul etmiş demektir.

Kural olarak kişi topluluklarında sözleşme kurma özgürlüğü vardır. Üyenin başvurusu üzerine, icap beyanının kabul edip etmemede tüzel kişilik serbesttir. Ancak bu serbestiye sendikalar açısından bir sınırlama getirilmiştir. Sendikayı diğer kişi topluluklarından ayıran özellik de budur. Sendika, haklı bir neden<sup>2</sup> bulunmadığı sürece icap irade beyanını,

üyelik başvurusunu kabul etmek zorundadır.

Sözleşme hukuku ilkelerine göre kurulan bu hukuki ilişkide, karşılıklı hak ve yükümlülükler tüzükte önceden belirtilmiştir.

Tüzel kişilik hukuku sözleşmesi, gereğince ortaya çıkan karşılıklı hak ve yükümlülüklerde “instuis personae (kişiye bağımlı olma)” unsuru vardır. Yani üye ile sendika arasında kurulan bu hukuki ilişkide, üyenin niteliklerinin önemli olduğu bir ilişki söz konusudur. Bu hukuki ilişki ölüm veya bir başka hukuki sebeple üçüncü kişilere geçmez.

Sendikalarda, derneklerde olduğu gibi olağan üyeler yanında, fahri üyelik ilişkisi bulunmamaktadır. Fahri üye, derneğin imkânlarından yararlanan ancak oy hakkı bulunmayan üyelere dir. Yine kanunda organlarda görev alanlar dışında, doğal üyelikten de söz edilmemiştir. Herhangi bir işlem yapılmaksızın, tüzükteki şartları gerçekleştiren herkesin üye kabul edildiği bir sistemi hukukumuz benimsememiştir.

## 2. Üyelik Sözleşmesinin Şekli ve Kurulması

Sendika ile üye arasındaki sözleşme ilişkisi kurulurken, genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Buna göre icap ve kabul irade beyanlarının uzlaşması ile sendika üyelik ilişkisi kurulmuş olacaktır.

Üyelik başvurusu, sendika tarafından otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik talebi kabul edilmiş sayılacaktır (SveTİSK. m. 17/V). Sendika, otuz gün içinde ancak haklı bir neden göstererek üyelik başvurusunu kabul etmeme hakkına sahiptir. Haklı bir neden gösterilmeden üyeliği kabul edilmeyenler, bu kararın kendilerine tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahallî mahkemede dava açabilecektir. Yargılama sonunda mahkemenin davacı lehine karar vermesi halinde üyelik ret kararının alındığı tarihte kazanılmış sayılacaktır (Sve TİSK. M. 17/V).

Tam fiil ehliyetine sahip olmayan sınırlı ehliyetsiz olan çocuğun sendika üyeliği,

anne ve babasının onay vermesine bağlıdır. Anne ve babanın onay vermesine kadar üyelik askıda geçersizdir. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki askıda geçersizlik, genç işçi için geçerli olup, sendika açısından ise bağlayıcıdır. Yani sendika askıda geçersizliği ileri sürerek üyelik ilişkisinin kurulmadığını iddia edemez.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 17. maddesine göre üyelik, e-devlet sistemi üzerinden yapılmak zorundadır. Bir sözleşmenin kurulmasında kural olarak şekil serbestisi ilkesi vardır. Kanun istisnai olarak bir şekil şartı öngörebilir. Bu şekil şartına uyulmaması da sözleşmeyi butlan kılabilir. Borçlar Kanunu'nun geçerliliğe bağladığı şekil şartları ya adi yazılı veya resmi yazılı ya da resmi sözlü şekildedir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, sözleşme hukukunda daha önce olmayan şekli; elektronik şekli öngörmüştür<sup>3</sup>.

Sendika kurucuları, kuruluş işlemi bittikten sonra kendiliğinden üyelik sıfatını kazanacaktır. Kuruluşa kadar “tüzel kişilik kurma” işlemi, bir sözleşme ilişkisi kurmamaktadır. Ancak sendika kurulduktan sonra kurucuların bu sözleşme ilişkisi ve üyelik sıfatı ortaya çıkmaktadır. Böylece Kanunun öngördüğü elektronik şekil şartına bir istisna getirilmiştir.

Kanaatimizce, üye olmayı kolaylaştırmak amacıyla getirilmiş olan bu sistem ortaya çıkardığı sorunlar karşısında üye olmayı zorlaştırıcı nitelik de kazanabilmektedir. Bu bakımdan sendikal hakkın ihlali söz konusu olabilecektir. Elektronik şekil şartının uygulanmasında, aşağıdaki hususlarda uygulama sorunlarının çıkacağını tahmin etmekteyiz.

Buna göre;

Her şeyden önce uygulanacak olan sistem, kanunun üye olma hakkı verdiği kişilerin üyelik başvurusunda, kanunda bulunmayan ek koşullar öngörmemelidir. Hazırlanmakta olan sistemin sigorta bildirimleri üzerinden yapılacak olması, daha en başından üyelikle ilgili ciddi sıkıntıların yaşanabileceğini göstermektedir. Çünkü sigorta kaydı bulunmayan kişilerin üyelik başvurusu da gerçekleş-

tirilemeyecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Kanun, sendika hakkını sadece iş sözleşmesi ile çalışanlara vermemektedir. İş sözleşmesi dışında, nakliye, vekalet, eser, komisyon, yayın ve adi ortaklık sözleşmeleri ile iş gören kişilere de üye olma hakkı tanımaktadır. E-devlet sistemi bu kişilerin üyelik başvurusuna kapalıdır. Alternatif bir üyelik yolu da gösterilmiştir. Bu soruna ek olarak, sadece sigortaya bildirilmiş kayıtlı olan kişilerin üyelik başvurusu yapabilecek olması da başlı başına ciddi bir sorundur.

Kanun, iş sözleşmesine göre çalışan herhangi bir işçinin sendikaya üye olabileceğini öngörmüş; sigortalılık ilişkisinin varlığını aramamıştır. Belirtmek gerekir ki, sigortalılık ilişkisi kanunun öngördüğü sonuç olarak kendiliğinden kurulan bir hukuki ilişkidir<sup>4</sup>. Sigortalı olabilmek için iş sözleşmesi ile iş görmek şart olmadığı gibi iş sözleşmesiyle çalışanların da 4a, 4-b, 4-c gibi değişik statülere tabi olmaları ya da tamamen veya kısmen kapsam dışında bulunmaları mümkündür. Örneğin, ikili sosyal güvenlik anlaşmalarına göre Türk mevzuatından istisna tutulan yabancılarda olduğu gibi. Sendikaya üyelik için kanunen kendiliğinden doğan sigortalılık ilişkisi aranmadığı halde Kanun, daha da daraltıcı bir işleme tabi tutularak sadece bildirilmiş, kayıtlı olan sigortalıların sendikaya üye olma imkânını getirilmiştir. Oysa yine iş sözleşmesiyle çalışan ve bildirilmeyen, kayıtsız kaçak sigortalıların sendikaya üyeliğini engelleyerek bildirim işlemini gerçekleştirilmeyen işverene karşı zayıf konumda olan çalışanların sosyal ve hukuki destek amacıyla sendikaya üye olmalarının önü kapanmıştır.

Hazırlanmakta olan elektronik ortamda üyelik sisteminin bir diğer sorunu da işkolunun tespitini tamamen Bakanlığa bırakarak işkolu tartışmalarına yol açmasıdır. Böylece üyeliğin önünde işkolunun tespiti sorununun önemli bir mesele olarak yer aldığını görmekteyiz. Sendikaya üye olmak isteyen işçi veya işveren elektronik ortamda kimlik numarasını girerek sisteme girdiğinde (sigortalı olarak kayıtlı ise), aynı zamanda hangi işkoluna

tabi olduğu belirlenmiş olacaktır. Bakanlık, işkollarının tespitinde yukarıda değindiğimiz gibi Türk iş hukukuna yabancı NACE istatistik sistemindeki sınıflandırmayı esas alacaktır. Bu ise Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun sistemiyle taban tabana zıt bir uygulamayı ortaya çıkaracaktır.

Kanun, Bakanlığın yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan işçi bildirimlerini esas alacağını öngörmektedir (SveTİSK. m.41/VII). Görüldüğü gibi sosyal güvenlik kayıtları hem sendika üyeliği hem de toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi bakımından tek başına belirleyici bir unsur değildir. Zaten aksi durum, üyelik sözleşmesi hukukunun ağır bir ihlali olacaktır.

Elektronik ortamdaki üyelikte ortaya çıkabilecek bir başka sorun, alt işveren işçilerinin üye olabileceği işkolunun tespitinde ortaya çıkmaktadır. Alt işverenin işyeri, asıl işyerine bağlı olarak bildirilmesine rağmen çalışan işçiler asıl işyerinden bildirildiğinde alt işverenin işyeri, asıl işyerinin girdiği işkoluna tabi tutulacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki sadece bu şekilde bir değerlendirme yaparak işkolu tespiti yerinde değildir. Alt işverenin yaptığı iş özelliği gereğince asıl işin girdiği işkoluna girebileceği gibi farklı bir işkolu da olabilir. Alt işveren, işçilerini iş aldığı işyeri dışında kendi işyerinde bildirilmiş ise, bu durumda bu işyerinin gireceği işkoluna göre karar verilecektir. Oysa işkolu işçinin nereden bildirildiğine bağlı bir sorun değildir.

Görülmektedir ki elektronik ortamda üyelik gerçekleştirilmesi, sendika hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak yerine yeni engelleri ortaya çıkarmaktadır. Kanun bu yönüyle sendika özgürlüğü açısından olumsuz özelliklere sahiptir.

### 3. İşçi veya İşveren Sendikasına Üye Olabilecek Kişiler

15 yaşını doldurmuş ve SveTİSK'ya göre işçi sayılanlar, işçi sendikalarına üye olabilirler (SveTİSK. m. 17/I). Bir iş sözleşmesine



göre ücret karşılığı çalışan gerçek kişiler ile iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız bir mesleki faaliyet olarak yürüten kişiler de işçi sayılmaktadır (SveTİSK. m. 2/IV).

İşçi, İş Kanunumuzun 2. maddesine göre, “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi”ye denilmektedir. İşçi sıfatından bahsedilebilmesi için sözleşmenin niteliğinin iş sözleşmesi olması yeterlidir.

İş sözleşmesi dışında, ücret karşılığı bir iş görülmesinin söz konusu olduğu sözleşmeler arasında vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi, nakliye sözleşmesi gibi sözleşme türleri yer almaktadır. Bu sözleşmeleri iş sözleşmesinden ayıran önemli unsur bağımlılık ilişkisidir. Bağımlılık ilişkisi, işin görülme yöntemi, işin kiminle görüleceği, zamanı ve yerini iş sahibinin emir ve talimatı olmadan bağımsız bir şekilde karar verememe halidir. Bağımlılık ilişkisinin söz konusu olmadığı halde diğer iş görme sözleşmelerinden bahsedilebilecek, ancak bu ilişkinin iş sözleşmesi olduğu söylenemeyecektir.

İşin gerçekleştirilme yöntemi hususunda iş sahibinin karar alma yetkisi çerçevesinde gözetim ve denetimini altında iş görülmesi halinde bağımlılık ilişkisi söz konusu olacaktır. Bu durumda ücret karşılığı iş gören, işçi olarak nitelenecektir. Tarafların bunun aksini kararlaştırmış olması durumu değiştiremeyecektir.

İş sözleşmesini diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayırmada zaman unsuru da bağımlılık ilişkisinin tespit edilemediği hallerde tamamlayıcı bir unsur olarak bulunmaktadır. Örneğin bir avukatın işçi mi, yoksa vekalet sözleşmesine göre çalışan mı olduğu hususundaki tereddüt zaman unsuru ile çözülmektedir. Eğer iş gören, belirli olaylar ve davalar için emeğini sunmakta ise vekalet sözleşmesi olduğu; sözleşme ile üstlenilen işin belirli olaylarla sınırlanmadığı, avukatın her ay düzenli olarak ücret alması durumunda iş sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmelidir.

İş sözleşmesi ile bir işin görülmesi ve işçi

sıfatının kazanılması ancak gerçek kişiler için söz konusudur. Gerçek olmayan (tüzel) kişi ile yapılan iş görme borcu doğuran bir sözleşme, iş sözleşmesi dışındaki diğer iş görme borcu sözleşmeleri (vekalet, eser sözleşmesi gibi) olabilir.

İşçilik sıfatının kazanılması için ücretin bizzat işveren tarafından ödenmesi şart değildir. Ücret, üçüncü kişiler tarafından da ödenebilir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre işçi kavramı daha geniş tutulmuştur. İş sözleşmesi dışında, ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız bir mesleki faaliyet olarak yürüten kişiler de işçi sayılmaktadır (SveTİSK. m. 2/IV).

Aslında SveTİSK, “işçi benzeri” çalışanları sınırlı sayıda tutmamıştır. Yukarıda sayılan sözleşme türleri ya da karma sözleşmelerle sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde kurulabilecek ücret karşılığı iş görme ilişkilerindeki kişiler de işçi kabul edilecektir. Demek ki kanun, sendika bakımından işçi kavramını sanıldığından daha geniş kapsamda tutmuştur.

Eski 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda da iş sözleşmesi dışında bazı iş görme sözleşmeleri ile çalışanlar, İş Kanunu kapsamında olmasa dahi işçi sayılmıştı. İş sözleşmesi ile çalışmayan ancak; bedenen çalışmayı konu alan nakliye sözleşmesi ile çalışan serbest hamallar, neşir sözleşmesi ile iş gören ve sürekli olarak bir yayıncıya yazı ya da haber vermeyi borçlananlar, bedenen çalışmasını sermaye payı olarak koyan ve bu şekilde çalışmanın aynı şartlara sahip herkese açık olduğu adi şirket sözleşmesine göre iş gören ortak da işçi sayılmaktaydı (2821 sayılı eski SK. m. 2/I-II).<sup>5</sup>

Eski düzenlemede işçi sayılanlar içinde adi şirket sözleşmesine göre bedenen çalışmayı sermaye payı olarak koymak yeterli değildir. Bu şekilde çalışmanın şartları gerçekleştiren herkese açık olması gereklidir. Uygulamada böyle bir adi ortaklık bulunmamasına rağmen uzun yıllar mevzuatı meşgul etmiştir.

Yeni düzenlemede ise bütün adi şirket ilişkisinde bedenen çalışmayı sermaye payı olarak koyan herkes, işçi kabul edilmiştir.

Nakliye sözleşmesiyle çalışanlar da geniş tutulmuştur. Sadece bedenen çalışan hamallar değil, kendi aracı ile nakliyecilik yapanlar da işçi kabul edilmiştir.

İşçi sayılmayı gerektirecek durumlardan en geniş, eser veya vekalet sözleşmesine göre ücret karşılığı iş görenler olmuştur.

Kanaatimizce sendikal haklardan yararlanma ve üyelik bakımından işçi kabul edilecek kişilerde, yukarıda sayılan sözleşme türleri ile iş görmekle birlikte yanlarında ücret karşılığı işçi çalıştırmama şartı aranmalıdır.

Kamu işyerlerinde son dönemlerde yaygınlaşmaya başlayan ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (c) bendine dayanarak istihdam edilen ve uygulamada "4/c'li çalışan" olarak tanımlananlar işçi sendikasına üye olamaz. Bu kişilerin atanması bir idari işleme dayandığı için yargı, idare mahkemelerini yetkili görmektedir.

Yargının 4-c lilerle ilgili bu değerlendirmesine kısmen katılmadığımızı ifade etmek isterim. Bu statüde çalışanlara ilişkin değerlendirme yapma zarureti doğmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi, kamuda istihdam edilenlerin hukuki niteliğini tespit etmektedir. Buna göre 4-a'lılar memur, 4-b'liler sözleşmeli ve 4-d'liler iş sözleşmesi ile çalışan işçi olarak çalıştırılacağı belirtilmiştir. 4-c statüsü ise, "Geçici personel: Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Dairesinin ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kişiler" olarak tanımlanmıştır. Bu çalışanların özlük haklarını Bakanlar Kurulu belirlemektedir. Uygulamada kamuda uygulanan 4-c statüsünde çalışma, yasanın amacını aşmaktadır. Bizce, 4-c statüsünde çalıştırılan birçok kişi ile kurulan hukuki ilişki, bağımlılık ilişkisi nedeniyle bir özel hukuk sözleşmesidir ve bağımlılık unsuru nedeniyle iş sözleşmesi ile çalışan işçidir<sup>6</sup>.

İşveren sendikasına üye olabilmek için işveren olmak veya işveren sayılmak yeterlidir.

Bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek ya da tüzel kişi ile tüzel kişiliği olmayan (Bakanlıklarda, Başbakanlıkta çalışanlarda olduğu gibi) kurum ve kuruluşlara işveren denir.

Türk iş hukukunda işveren kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir." şeklinde aynı kanun cümlesinde hem işçi hem işveren hem de iş ilişkisi birbiri ile bağlantılı olarak tanımlanmıştır.

İşverenin tüzel kişi olması halinde, tüzel kişiliğin ortaklarının ya da tüzel kişinin yönetim kurulunun işveren sıfatını kazanması mümkün müdür? Türk hukuku bakımından bir ticari ortaklığın tüzel kişiliğinin aşılacak ortaklarının ya da icra ve temsile yetkili organlarının işveren sıfatını kazanması imkânsızdır.

Tüzel kişi işverenin işverenlik sıfatının soyut, yönetim kurulunun ise somut işveren olduğu ileri sürülmüşse de bunun Türk iş hukuku bakımından hukuki bir sonucu bulunmamaktadır. Tüzel kişi işverenlerinde doğrudan tüzel kişi adına yetki kullanan organ ya da kişiler somut işveren, adına yetki kullanılan tüzel kişiye ise soyut işveren ayrımının yapılmasının Türk iş hukukunda karşılığının olmadığı bunun sosyolojik bir ayırım olduğu kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Bu sonuca göre ortaklık içindeki sermaye payı ve ortaklığı temsildeki rolü ne olursa olsun şirket ortağının işveren sıfatı bulunmamaktadır.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre, bu Kanuna göre işveren vekili olan kişiler de işveren sayılmaktadır (SveTİSK. m. 2/I-e ve II ile 17/II). İşveren sayılan işveren vekili, işveren adına işletmenin bütünü yöneten kişidir. İşveren vekili vekalet, iş sözleşmesi veya memur statüsüne göre iş gören kişidir.

2821 sayılı eski Sendikalar Kanunu, askeri

## Alt işverenin işyerinin hangi işkoluna girdiği, geçmiş dönemde çözülememiş bir sorun olarak yeni dönemde de devam eden bir sorun olarak kalmaktadır.

şahısların sendikalara kurucu ve üye olamayacaklarını öngörmüştü (2821, sayılı Sendikalar Kanunu m. 21). Askeri işyerlerinde iş sözleşmesi ile işçi olarak çalışanlar bu sınırlamadan ayrı tutulmuştu. 5363 sayılı SveTİSK ise, eski düzenlemeye benzer bir sınırlama getirmemiştir.

### 4. İşkolu Esasına Göre Üyelik

Sendikaya üye olma hakkına sahip olan işçi ve işçi sayılanlar, iş gördükleri işkolunda; işverenler ise, işyerinin girdiği işkolunda kurulu bulunan bir sendikaya üye olabilirler.

İşçinin çalıştığı işkolunda olması şartıyla, o işkolunda kurulu bulunan sendikalardan birisine üye olmak serbesttir. İşçi, bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz. Böyle bir davranış, bireysel sendika özgürlüğünün ihlalidir.

İşçi sayılanların sendikaya üye olabileceği belirtilmiş; ancak işkoluna ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Kanaatimizce işçi sayılanlar, nakliye, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi ortaklık sözleşmesi ile hangi işkolunda iş görüyorsa, o işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilirler. Örneğin bir gıda işyerinde sürekli olarak vekalet sözleşmesi ile iş gören avukat, sadece o işyerine gelen kamyonları indiren ve boşaltan hamal, sadece o işyeri için taşıma yapan taşıyıcı ve bu gıda işyeri ile sürekli olarak eser sözleşmesi ile iş yapan reklamcı, tamir ustası, tercüman vs. gibi iş gören kişiler de gıda işkolunda kurulu bulunan bir sendikaya üye olabilirler.

İşyerinde yardımcı işlerde çalışan işçiler de işyerinin girdiği işkolunda kurulu bulunan bir sendikaya üye olabilirler (SveTİSK. m. 17/V).

Alt işverenin işyerinin hangi işkoluna girdiği, geçmiş dönemde çözülememiş bir so-

run olarak yeni dönemde de devam eden bir sorun olarak kalmaktadır. Kanaatimizce alt işverene bırakılan işler, asıl işle doğrudan veya dolaylı olarak teknik bağ kurulmuş olan yardımcı işler olduğu için, bu işyeri asıl işyerinden tamamen bağımsız bir işyeri olmayıp, fer'i nitelikte bir işyeridir. Bu işyerinin ayrı bir işyeri olarak kaydedilmesi, tamamen faaliyetin kayıt altına alınmasını sağlayan hukuki bir nitelendirme olup, bu kayıt altına alma, başlı başına bu faaliyetin bulunduğu yeri tamamen bağımsız bir işyeri olarak nitelendirmeye yeterli değildir.

### 5. Birden Fazla Sendikaya Üyelik

İşçiler, işçi sayılanlar ve işverenler, birden çok sendikaya üye olabilirler.

Öncelikle işçi ve işçi sayılanlar, birden fazla işkoluna giren işyerlerinde iş görüyorlarsa; işveren de birden fazla işyerine sahip olup bu işyerleri farklı işkollarında faaliyet gösteren işyerleri ise, bu kişiler, değişik işkollarında faaliyette bulunan sendikaya üye olmak suretiyle birden fazla sendikaya üye olabilirler.

İşçi ve işçi sayılanlar ile işverenler, aynı işkolunda da birden fazla sendikaya üye olabilirler. Yeter ki birden fazla üyelik aynı işyerinde oluşmasın. Kanun, abes bir biçimde olumsuz cümle ile başlayarak, bir işkolunda birden çok sendikaya üye olunabileceğini, "İşçi veya işverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamazlar. Ancak aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlerin işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilirler" (SveTİSK. m. 17/III) ifadesi ile açık bir biçimde ortaya koymuştur.

Anayasa'da 2010 yılı değişikliği ile sendikal hakka ilişkin olarak birden fazla sendikaya üyelik yasağı kaldırılmıştır. Bu çerçevede Anayasanın 51. maddesinde yer alan "aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz" ifadesi madde metninden çıkarılmıştır<sup>8</sup>.

Öncelikle Türk sendika mevzuatı açısından bir yanlışı düzeltmek gereklidir. Eski 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre, bir-

den fazla sendikaya üye olmak yasak değildi. Yani işçi mevcut sisteme göre birden fazla sendikaya üye olabilmekteydi. Eski 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 22. maddesine göre "İşçi veya işverenler aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olamazlar. Birden çok sendikaya üye olunması halinde, sonraki üyelikler geçersizdir." hükmü yasağı sadece aynı işkolu için getirmekteydi.

Bu hükme göre işçi, bir işkolunda A sendikasına üye iken, farklı bir işkolunda da çalışması halinde o işkolunda kurulu bulunan B sendikasına da üye olabilmekteydi.

Anayasamızın 51. maddesindeki yasak daha önce "aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olunamaz" şeklinde iken bu düzenlemenin 87 sayılı Sözleşme'ye aykırı olduğu kabul edilerek 3.10.2001 tarihinde yapılan değişiklik ile "ve aynı işkolunda" kelimesi eklenerek, birden fazla sendikaya üye olmanın önü, aynı işkolu hariç açılmıştır.

Kanaatimizce, aynı işkolunda birden fazla sendikaya üyelik halinde sonraki üyeliği otomatik olarak sona ermesi esası, Anayasa değişikliğine rağmen korunmalıydı<sup>9</sup>. Aksi durum çalışma hayatında sonu alınamayan yetki karmaşasına yol açacağı gibi işyerlerindeki barışı da bozucu nitelikte olacaktır.

Nitekim 6356 sayılı SveTİSK'in 17/III hükmü gereğince, "aynı işkolunda ve aynı işyerinde" aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olma yasağı korunmuştur. Böyle bir durumda sonraki sendika üyeliği geçersiz olacaktır.

Sözü edilen hüküm, bazı yeni sorunları da beraberinde getirmektedir. Aynı işkolundaki iki farklı işyerinde iki ayrı işçi sendikasına üyelik durumunda, bu işyerlerinden birinde her iki sendikanın da üye kaydederek çoğunluğu sağlamak istediğinde üye, aynı işyerinde birden fazla sendikaya üye olmuş olacaktır. Esasen tek bir üye olarak kalsa dahi, işin doğası gereği aynı işçinin aynı işyerinde birden fazla sendikaya üyeliği söz konusu olacaktır.

Yukarıda değindiğimiz durumda işçinin üyeliğini düşürmek mümkün olmayacaktır.

Ancak çoğunluk tespiti ve işyerinin devri durumlarında işçinin üyeliğini nötr olarak kabul etmek zarureti doğacaktır. Bu durumda işçinin ilk üye olduğu sendikanın çok uzun yıllara dayanması, diğerinin yakın bir döneme gelmesi ihtimali düşünülecek olduğunda ilk üyeliğin gerçekleştiği sendika üyeliğinin nötr kabul edilmesi, o sendika açısından bir haksızlık meydana getirecektir. Örneğin 40 işçinin çalıştığı bir işyerinde yıllarca bir üye ile (21 işçi) yetkiyi alabilen sendika, işçinin aynı zamanda üyesi bulunduğu diğer sendikanın işyerinde üye kaydederek yarıdan fazla çoğunluğu geçmesi (iki sendikaya da üye olan üye ile birlikte 21 üye) ihtimali karşısında doğacak sorunu gidermek için bu İşçinin üyeliğini nötr kabul etmek, her iki sendikanın da yetkisiz kalması gibi bir sonuç meydana getirecektir. Bu sonuç yıllarca o işyerinde örgütlenen ve üye kaydeden sendikaya haksızlık olacaktır.

Yine aynı şekilde bu işyerlerinden birinin diğerine tamamen veya kısmen devri halinde de aynı sorun ortaya çıkmaktadır. Bu durumda aynı işyerinde aynı anda birden fazla sendikaya üyelik hali meydan gelecektir. Bu durumda en son üyeliğin, devralan işyerindeki üyelik olması halinde, asıl işyeri konumundaki bu yerde üyeliği kendiliğinden sona ermiş olacaktır. Bu üyeliğin e-Devlet sisteminde kendiliğinden sona ereceğini düşünürsek, işçinin üyeliğini kaybettiği ve toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkının bulunmadığını bilmesinin de güç olacağı açıktır.

## 6. Üyelik Hak ve Borçları

Sendikaya üyelik ile birlikte kurulan, "tüzel kişilik hukuku sözleşmesi" gereğince karşılıklı hak ve borçlar doğar<sup>10</sup>. Sendika tüzüğü, bu hak ve borçların kapsamını belirler. Çünkü tüzüğün en önemli işlevlerinden birisi de üye ile sendika arasındaki karşılıklı hak ve borçları belirleyen hukuk metni olmasıdır. Üye ile sendika arasında, katılma (iltihak) sözleşmesinin metni, sendika tüzüğüdür.

Üyenin sahip olduğu ve sendika tüzüğünde belirlenen hakların yanında Kanun, çalışma şartlarından doğan uyuşmazlıklarda



mahkemelerde, üyenin başvurusu üzerine sendikanın üyeyi temsil yetkisi olduğunu kabul etmiştir (SveTİSK. m. 26/II). Sendika bu hakkını, üyenin sendikaya yapacağı yazılı başvuru ile kullanabilecektir. Sendika, mahkemede üyeyi bizzat temsil edebileceği gibi, sendika üyeye adli yardımda da bulunabilecektir.

Üyelik haklarının kullanılmasında “instus personae (kişiye bağımlı olma)” unsuru vardır. Yani üye-sendika ilişkisinde, kişinin niteliklerinin önemli olduğu bir ilişki söz konusudur. Bu ilişki ölüm ile sona erer, mirasçılara geçmez. Hatta oy kullanma gibi bazı hakların kullanılması dahi üçüncü kişilere veya bir başka üyeye devredilemez. Kanun, üyeliğin haklarının kişiye bağlı olma ilkesine bir istisna getirmiştir. Üyenin ölümü durumunda, üyenin çalıştığı döneme ilişkin iş sözleşmesi ya da çalışma şartlarından veya sosyal güvenlik haklarından doğan uyumsuzluklarda mirasçıların da tıpkı üye gibi başvuru üzerine sendikanın mahkemelerde temsil yetkisi bulunmaktadır. Mirasçılar ücret ile ilgili alacak iddialarında 5 yıl, tazminat alacağı iddialarında da 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde her zaman sendikaya başvurarak bu temsil yetkisini verebilir. Çünkü kanun, mirasçıların bu hakkı kullanması için bir süre sınırlaması getirmemiştir.

Hukukumuzda üyelik hakları bakımından mutlak bir eşitlik ilkesi kabul edilmiştir. Üyeler arasında eşitliği bozan ve bazı üyelere ayrıcalık tanıyan haklar tanınmaz. Ancak eşitlik ilkesinin anlamı sebepsiz olarak bazı üyelerin üyelik hakları yönünden kötü bir duruma düşürülmemesidir. Sendika tüzüğünde ve uygulamasında objektif ölçüler getirilerek üyeler arasında farklı haklar tanınabilir. Sendikanın amacına uygun olmayan ayrımcılık yasaklanmıştır. Bununla birlikte seçme hakkı bakımından mutlak bir eşitlik sözü konusu olup, oy kullanma hakkı herhangi bir ek şarta bağlanamaz. Örneğin aidat borcunu ödemeyen üyelerin oy kullanması yasaklanmaz. Seçilme hakkı bakımından ise durum farklıdır. Objektif olmak ve keyfilikten uzak olmak şartıyla seçilme hakkının kullanılabil-

mesi bazı şartlara bağlanabilir. Örneğin delege olmayan üyenin aday olabilmesi için delegelerin belli bir çoğunluğunca aday gösterilme ve delege olmayanın oy kullanmaması gibi ayrıcalıklar tanınmaktadır.

Üyenin sendika tesislerinden yaralanma hakkı bulunmaktadır. Sendikanın lokalinden, misafirhanesinden yararlanma gibi. Bu hakkın kullanılmasıyla münferit özel borç ilişkileri doğabilir. Örneğin misafirhanede kalan üyenin yer ve kahvaltı parası ödemesi borcu gibi. Bu şekilde üyelik hakkının kullanılması, sendika lehine bir alacak hakkı doğurur.

Her üyenin, derneğin en yüksek organı olan genel kurulun aldığı Kanuna ve derneğin tüzüğüne aykırı olan kararlarına karşı itiraz hakkı bulunmaktadır. Bu itiraz hak düşürücü süre içinde iş mahkemesinde yapılır. Genel kurul dışındaki diğer organların kararına karşı da itiraz hakkı bulunmaktadır. Ancak bu itiraz hakkı mahkemeye yönelik değildir. Üyenin öncelikli olarak genel kurula karşı itirazda bulunması zorunludur. Sendika içi itiraz yolları tüketilmeden, yargı yoluna başvurmak kabul edilmemiştir. Bununla beraber gecikmesinde sakınca görülen hallerde, iç itiraz yolları tüketilmeden yargıya başvurmak, istisnai olarak kabul edilmiştir. Örneğin genel kurul tarihine uzun bir zaman kalmasına rağmen, merkez veya şube organlarında görev alan kişilerin üyeliklerinin sona erdirilmesinde, gecikmesinde sakınca olan bir durum olduğu kabul edilmektedir.

Üyelik borçlarının başında aidat ödeme borcu yer alır. Üyelik aidatı ve dayanışma aidatının miktarı sendikanın tüzüğünde belirtilen usul ve esaslara göre genel kurul tarafından belirlenir (SveTİSK. m. 18/I)<sup>11</sup>. Böylece Kanun, üyelik aidatı bakımından bir üst sınır çizmemiştir. Dolayısıyla sendika, vereceği sağlık, spor, eğitim gibi çeşitli hizmetler için üyelik aidatı yanında yeni aidatlar alabileceği gibi, üyelik aidatı miktarını arttırarak, bu ödemeleri aidat içinde tahsis edebilir.

Aidat ödeme borcunun doğumu üyelik ilişkisinin devamına bağlı olup, üyenin gelir elde edip etmesine ya da herhangi bir yerde çalışıp çalışmasına bağlı değildir. İş sözleş-

mesinin askıda olduğu sürede ya da üyenin işsiz olduğu dönemde de aidat ödeme borcu devam eder. Sendika tüzüğünde üyenin işsizliği, iş sözleşmesinin askıda olması, iş yerinde toplu iş sözleşmesi olup olmadığına göre farklı aidat miktarları belirlenebilir. Yeter ki objektif ve önceden belirli olan bir ölçü kullanılarak keyfilikten uzak olunsun.

Dayanışma aidatı miktarı da üyelik aidatı miktarını geçmemek üzere tüzükle belirlenecektir (SveTİSK. m. 39/V). Dayanışma aidatı üyelik aidatı miktarı kadar olabileceği gibi daha az bir miktar da olabilecektir.

Aidatın toplanma usulü bakımından Kanun, sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi aldığı andan itibaren üyelik ve dayanışma aidatlarının ödenmesi için, işverene yazılı başvurulması üzerine işçinin ücretinden kesilmek suretiyle sendikanın banka hesabına yatırılmasını öngörmektedir (SveTİSK. m. 18/II). Bu bildirim üzerine sendikaya ödenmesi gereken üyelik ve dayanışma aidatını kesmeyen veya kesmesine rağmen bir ay içinde sendikaya ödemeyen işveren, bildirim koşulu aranmaksızın aidat miktarını bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödemekle yükümlüdür.

Aidatların toplanması bakımından Kanun, tam anlamıyla bir "check-off" sistemini benimsememiştir. Çünkü bu sistemde bütün üyelerin aidatlarının, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi olup olmadığına bakılmaksızın, işçinin ücretinden kesilerek sendikaya ödenmesi söz konusudur. Oysa Kanun, bu hali sadece yetki belgesi alınan ve toplu iş sözleşmesi yapılan işyerleri için öngörmüştür. Toplu iş sözleşmesi yetkisi olmayan işyerleri ile, işçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu, işverenin ücret ödeme borcunun bulunmadığı dönemlerde aidat borcunun nasıl ödeneceği sendika tüzüğünde belirlenecektir.

Üyenin sendika aidatı ödeme borcu dışında, sendikaya karşı sadakat ve sendika tüzel kişiliğinin kişilik hakkını ve düzenini koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün hukuki temeli Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesidir. Üye haklarını kullanırken de TMK. m. 2 de öngörülen dürüstlük kuralı gere-

ği, haklarını dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmak zorundadır. Bu bakımdan olağanüstü genel kurul talep etme, sendikadan adli yardım talep etme ve sendika tesislerinden yararlanma hakkını dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmalıdır. Dürüstlük kuralına aykırı davranışı hukuk himaye etmez. Üyenin dürüstlük kurallarına aykırı davranışı, üyelikten çıkarma dahil çeşitli disiplin cezalarına konu olabilir.

Her bir sendika üyesi, sendikanın amacına uygun davranmak ve amacın gerçekleşmesi için bilgi ve emeğini birleştirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük esasında sadakat borcunun bir sonucudur. Üye, sendikanın amaçlarını gerçekleştirmesini güçleştirici veya engelleyici söz ve davranışlardan kaçınmak zorundadır.

## 7. Üyeliğin Sona Ermesi ve Askıya Alınması

### 7.1. Üyelikten Ayrılma

İşçi veya işveren, sendikada üye kalmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlanamaz. Üyelikten ayrılma (istifa- çekilme) serbesttir. Her üye, e-Devlet sistemi üzerinden çekilme talebinde bulunmak suretiyle üyelikten çekilme hakkına sahiptir. E-Devlet sistemi üzerinden yapılan çekilme bildirimini elektronik ortamda eşzamanlı olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na ve sendikaya ulaştır.

Üyelikten ayrılma işlemi, hukuki niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanımıdır. Bu nedenle tek taraflı olarak kullanılır. Karşı tarafa ulaştığı anda çekilme hukuki sonuç meydana getirir. Şarta bağlanamaz, açık ve anlaşılır olmalıdır. Çekilme hakkını ortadan kaldıran hükümler konulamaz. Ancak özellikle yetki başta olmak üzere, sendikanın bazı haklarını korumak için, iş sözleşmesinde bulunduğu gibi, çekilmenin sonuç meydana getirmesi bir süreye bağlanmıştır. Üyelikten ayrılma, elektronik ortamda gerçekleştiği andan itibaren bir ay sonra geçerlidir (SveTİSK. m. 19/II-III). Bu bir aylık süre içinde üye ile sendika arasındaki sözleşme ilişkisi bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte devam eder. Bir aylık süre uzatılıp,

kısaltılamayacağı gibi, bu haktan da feragat edilemez. Süre kamu düzeni ile ilgilidir.

Sendika üyeliğinden ayrılan işçi veya işverenin bu bir aylık süre içerisinde başka bir sendikaya üye olması halinde yeni üyelik, bu sürenin bitimi tarihinde kazanılır.

Uygulamada sendikadan istifa ederek bir aylık süre içinde başka bir sendikaya üye olan kişinin bir aylık süre dolmadan ikinci sendikadan da istifa ederek ilk sendikaya tekrar üye olduğu sıklıkla görülmektedir. Böyle bir durum, istifadan vazgeçme olarak değerlendirilmekte ve ikinci sendika üyeliğinden istifa için bir aylık sürenin yeniden hesaplanması söz konusu olmamaktadır.

## 7.2. Sendika Üyeliğinden Çıkarılma

Sendika üyeliğinden çıkarılma (ihraç) kararı ancak genel kurul tarafından verilir (SveTİSK. m. 19/IV). Üyenin bu karara karşı dava açma hakkı bulunmaktadır. Üye, kararın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Üyenin dava açması durumunda, üyelik ilişkisi mahkeme kararı kesinleşinceye kadar devam eder.

Çıkarma kararı, sendika tarafından e-Devlet sistemi üzerinden Bakanlığa elektronik ortamda bildirilir ve çıkarılana yazı ile tebliğ edilir. Ancak sendikanın elektronik ortamda üyeliğin sona erdirilmesi bildirilmesine rağmen, dava açılmış ise, üyeliğinin de devam ettirilmesi gerekecektir. Aksi durumda elektronik ortamda üyeliği sona eren işçi bir yandan çıkarıldığı sendika ile dava süresince ilişkisi devam ederken diğer yandan da ikinci bir sendikaya üye olabilecektir.

Çıkarılma kararına karşı üye, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahallî mahkemeye itiraz edebilir. Mahkeme iki ay içinde kesin olarak karar verir. Üyelik, çıkarılma kararı kesinleşinceye kadar devam eder.

## 7.3. Üyeliğin Kendiliğinden Sona Ermesi

İşçi ve işveren niteliğinin kaybedilmesi, üyeliğin kendiliğinden kaybına yol açar<sup>12</sup>. Bu

durum dışında üyeliği kendiliğinden sona erdiren nedenlerin başında, işçinin veya işverenin işkolu değiştirmesi yer almaktadır (SveTİSK. m. 19/VII). Bir kişi aynı andan birden fazla işkolunda çalışabilir. Bu durum üyeliği sona erdirmez. Ancak bir iş sözleşmesi sona erdikten veya bir ekonomik faaliyet tamamen terk edildikten sonra başka bir işkolunda iş sözleşmesi kurulması veya ekonomik faaliyete geçilmesi durumunda işkolu değişeceği için üyelik de kendiliğinden sona erecektir.

İşçinin işsiz kalması sendika üyeliğini sona erdirmez. Ancak işsizlik bir yılı aştığı takdirde üyelik, kendiliğinden sona erecektir (SveTİSK. m. 19/IX). Mevsimlik işçilerin, mevsim geldiği halde çağrılmaması, uygulamada sorun yaratmaktadır. Bu durumda işçinin üç dönem arka arkaya çağrılmaması durumunda iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilmektedir. Bu üye işçi, aynı işkolunda başka bir işyerinde çalışmamışsa, işsizlik süresi bir yılı aşacağı için üyelik kendiliğinden sona erecektir.

İş sözleşmesinin sona ermesi ya da ekonomik faaliyetin terki, elektronik ortamda Bakanlığa bildirileceği için, elektronik ortamda da üyeliğin kendiliğinden sona ermesi gerekecektir. Kanaatimizce mevsimlik işçilerin durumu özellik arz etmektedir. Kural olarak mevsimlik işçinin iş sözleşmesi askıdadır. İşçinin iş sözleşmesinin asıda olduğu dönemlerde ikinci ve farklı bir işkolunda çalışması mümkündür. İşte bu durumda işkolunun değişmesinden bahsedilemeyecektir. Elektronik ortamda sendika üyeliğinin sona ermemesi için askı süresince de sigortalılık ilişkisinin bildirimi sağlanmadığı sürece uygulama sorun çıkaracaktır. Ayrıca uygulamada bazı mevsimlik işçilerin iş sözleşmesinin mevsimle sınırlı olarak belirli süreli yapıldığı ve mevsim sonunda iş sözleşmesi sona erdirilerek gelecek mevsimde iş sözleşmesinin tekrar kurulduğu görülmektedir. Bu tür sözleşmelerde hukuken kendiliğinden belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşme söz konusudur. İşte bu durumu elektronik ortamın takip etmesi mümkün olmayacağından, iş sözleşmesinin askıda kabul edildiği dönem-

de ikinci bir işte çalışılması halinde üyelik kendiliğinden sona erecektir. Sendika özgürlüğünün kullanılmasını kolaylaştırmak amacıyla kurulan elektronik ortamda üyeliğin, bu hakkın kullanılmasını güçleştirecek yeni engeller çıkarmaması, bu özel ilişkiyi göz önünde bulundurması gerekmektedir.

İşveren veya işveren vekili sıfatının kaybedilmesi de, sendika ve üst kuruluşlardaki üyelikleri ve görevleri, bu sıfatı kaybettikleri tarihte kendiliğinden sona erdirmektedir (SveTİSK. m. 19/V). Ancak unutulmamalıdır ki, tüzel kişiliği temsilen işveren sendikasına üye olan işveren vekilinin bu sıfatını kaybetmesiyle sadece işveren vekilinin üyeliği sona ermekte; tüzel kişiliğin üyeliği devam etmektedir. Sendika veya üst kuruluşun organlarında görev alan işveren vekilinin üyeliğinin kendiliğinden sona ermesi ile birlikte sendika ve üst kuruluş organlarındaki görevi de kendiliğinden sona erer.

Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan yaşlılık, malullük aylığı veya toptan ödeme alarak işten ayrılan işçilerin sendika üyeliği de kendiliğinden sona ermektedir (SveTİSK. m. 19/VI). Ancak sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenlerin üyeliği devam eder.

Sendika veya şubelerinin yönetim, denetim ve disiplin kurullarına seçilme üyeliği sona erdirmez. Ayrıca sendika veya şubelerinin yönetim, denetim ve disiplin kurullarındaki görevleri sırasında yaşlılık, malullük aylığı veya toptan ödeme alanların üyeliği görevleri süresince ve yeniden seçildikleri sürece de devam eder<sup>13</sup>.

#### 7.4. Üyeliğin Askıya Alınması

Herhangi bir askeri ödev nedeniyle silâh altına alınan üye işçinin üyelik ilişkisi bu süre içinde askıda kalır<sup>14</sup> (SveTİSK. m. 19/X). Kanunda askerlik dışında üyeliği askıya alan başkaca herhangi bir durum sayılmamıştır. 2821 sayılı Kanun'da, asker kişilerin sendikaya üye olamayacağı açıkça hükme bağlanmıştı. Bu hükümden hareketle, üyeliğin askıya alınması anlamlıydı. Ancak bu yasağın kaldırıldığı bir ortamda, askerliğin sendika

üyeliğini askıya almasının hukuki temelini belirlemek güç olacaktır. Tutukluluk hali de, tutukluluk süresince üyenin borcunu yerine getirmesini ve haklarını kullanmasını engelleyen bir durum olmasına rağmen, üyeliği askıya alan bir durum olarak görülmemiştir.

Sendika tüzüğünde, Kanunda sayılan nedenler dışında askı hali düzenlenebilir. Bu durum şartları ve hükümleri açıkça düzenlenmesi koşuluyla geçerli kabul edilmelidir.

Medeni Kanun'da veya Dernekler Kanunu'nda üyeliğin askıya alınmasından bahsedilmemektedir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda ise (SveTİSK. m. 19/X), herhangi bir askerlik ödevi nedeniyle silah altına alınan üyeliğinin askıda olacağı belirtilmiştir. Ancak askı halinde hak ve yükümlülüklerin konusunda ayrıntılı bir açıklama yapılmamıştır. Zira Borçlar Kanunu'nda da bir sözleşmenin askı hali düzenlenmemiştir.

İş sözleşmesinin askıya alınması hali ile üyeliğin askıya alınması farklı kavramlardır. İş sözleşmesinin askıya alınmış olan bir işçini sendika üyeliği ve sendikadaki hak ve borçları bundan etkilenmez. Bu bakımdan mevsimlik işçinin de aidat ödeme borcu ve seçimlerde oy kullanma ve aday olma hakkı vardır. İş sözleşmesinin askıya alınmasının hüküm ve sonuçlarının kıyasen sendika üyeliğinin askıya alınmasına uygulanması ihtiyacı bulunmaktadır. Sözleşmenin askıya alınması, işçinin borçları bakımından haklı bir ifa engellidir. Askı hali işveren bakımından düşünülmemiştir<sup>15</sup>.

Sendika üyeliğinin askıya alınmasında, üye bakımından sendika tüzel kişiliğine karşı haklı görülen bir ifa engeli hali ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle de askı hali üye açısından öngörülmüştür. Ayrıca askı hali, üyelikten doğan bütün hak ve borçlar açısından ortaya çıkan bir ifa engeli değildir. Askı halinde de olsa, tıpkı iş sözleşmesinde olduğu gibi asli yükümlülük dışındaki yükümlülük ve hakların devam ettiği kabul edilmelidir.

Kanaatimizce askı hali, üyenin sadece aidat ödeme borcunu ortadan kaldırmaktadır. Üyelik sözleşmesinden doğan diğer asli edim



dışındaki yan edim yükümlülükleri ile haklar devam etmektedir. Üye, sendika tesislerinden yararlanabilir, adli yardım talep edebilir. Buna karşılık üyenin dürüstlük kuralından ve tüzükten doğan diğer yükümlülükleri devam edebilir. Yine bu süre içinde üye seçimlere katılabilir, seçimlerde aday olabilir<sup>16</sup>.

## DİPNOTLAR

- 1 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, Hüseyin; Kişiler Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.133 vd. Aynı Yazar, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1979, s. 2-27. Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay, Saibe; Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s.181 vd. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 51-52.
- 2 Kanaatimizce, genel olarak sendikal haklar veya üye olunmak istenen sendika aleyhine söz ve davranışlarda bulunmuş, suç işlemiş ya da insan haklarını ağır bir şekilde ihlal etmiş kişilerin üyeliği reddedilebilir.
- 3 Yargıtay'a göre sendikaya üyelik şekline ilişkin düzenlemeler kamu düzeni ile ilgilidir. Başkaca bir şekil kullanılamaz. Sendika üyeliği tanıkla ispat edilemez. Üyelik doğmamıştır. Y 9 HD., 5.4.1989, E. 1989/2660, K. 1989/3136, Yargıtay Kararları Dergisi, Ocak 1990, s. 52-53.
- 4 Bkz. Uşan, Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s.74-75.
- 5 Aktay, A. Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E. Tuncay; İş Hukuku, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2012, s. 338. Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 468- 470. Şahlanan, Fevzi; Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s. 150-153. Günay, Cevdet İlhan; Sendikalar Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s. 364 vd. Tuncay, Can; Toplu İş Hukuku, Alfa Yayınları, İstanbul 1999, s. 60,62.
- 6 Yargıtay aksi yönde karar vermektedir. Yargıtay 4-c personelin İş Kanunu kapsamında olmadığı ve ilgili uyumsuzluk yerinin idare mahkemesi olduğunu ifade etmiştir. (Bkz. Y. 9. HD., 2.5.2011, E. 2009/1230, K. 2011/12876, Çalışma ve Toplum, 2012/1, sayı 32, s. 410). 657 sayılı Kanun'da 4-c ifadesini geçmesi, bu kişilerin 657'ye tabi olduğunu göstermez. Nitekim 4-d'liler de iş sözleşmesi ile çalışan işçidir. Kanunun bu kişilerden bahsetmiş olması onları 657'ye tabi personel kılmaz.
- 7 Konuya ilişkin geniş bilgi için bkz; Engin, Murat; Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, 1993, s. 43 vd. 59 vd. 135 vd. Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin; İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.164-165. Kaplan (Aktay/Arıcı/Kaplan), s. 30. Çelik, s. 41-42, Başbuğ, (İş ve Hukuk), s. 63. Tuncay, s. 60, 62.
- 8 Çelik, s. 471. Arıcı (Aktay/Arıcı/Kaplan), s. 339 dipnot 5.
- 9 Kanaatimizce Anayasa'da özel sınırlama sebebi bulun-

madığı için bu düzenleme dahi Anayasa'ya aykırı olacaktır. Bu husus ya değişiklik ile ya da hazırlanacak yeni Anayasa'da yer almalıdır.

- 10 Hatemi, s. 163. Arıcı (Aktay/Arıcı/Kaplan), s. 345-348. Şahlanan, s. 172-176. Çelik, s. 475-478.
- 11 Kanun 2821 sayılı Kanun'da olduğu gibi, aidat miktarına bir sınır getirmemiştir. Böylece üyelik aidatı dışında, herhangi bir suretle aidat kesilmesine ilişkin tartışmalar sona ermiştir.
- 12 Çelik, s. 479. Şahlanan, s. 188-192.
- 13 Emeklilik nedeniyle üyeliğin kendiliğinden sona ermesi, önceleri üyeliğe bağlı olarak sendika, sendika şubesi veya konfederasyon organlarındaki üyeliğinin de sona ereceğini hükme bağlamıştı. Ancak bu düzenleme bir haksızlığa yol açmaktaydı. Şöyle ki, emeklilik hakkını elde eden ve sendika organlarında görev almayan üye, hem emekli olabilir, hem de aylıklık aylığı alabilirken; sendika organlarına seçilen üye emeklilik hakkını kullanamamaktaydı. Her ne kadar, sigorta primleri sendika tarafından ödense de bu durum kuşkulara yol açmakta ve hatta bazı yazarlar, sigorta ilişkisi nasıl sürdürülürse sürdürülsün sendika organlarına seçilenlerin görevlerinin sona ereceğini ileri sürülmekteydi (bkz. Şahlanan, s. 192). Kanun koyucu bu haksızlığa, 4.4.1995 tarih ve 4101 sayılı değişiklik Yasası ile son vermiştir. Bu değişiklik ile kanunkoyucu 25/VI hükmünü değiştirerek, sendika yönetimine seçilen üye ile sendika yönetimine seçilmeyen üye arasında bir ayırım getirmiştir. Aylıklık aylığına hak kazanan üyenin iradesi ile, isterse çalışmaya devam etme imkânı karşısında, aynı imkânlarla sahip olamayan sendika yönetimine seçilen üyenin, emeklilik nedeniyle sendika üyeliğinin kendiliğinden sona ermesini kabul etmemiştir. Yani emeklilik, sendika yöneticileri için üyeliği sona erdiren bir neden olarak kabul edilmemişti (Eski 2821 sayılı Sen. K. m25/VI son cümle). Üyelik yöneticilik süresince ya da yeniden seçildikleri sürece devam edecekti.
- 14 Çelik, s. 480. Günay, s. 416. Arıcı (Aktay/Arıcı/Kaplan), s. 329-330. Şahlanan, s. 187-188.
- 15 Süzek, Sarper; İş Sözleşmesinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara 1989, s. 58 vd. Kaplan (Aktay/Arıcı/Kaplan), s. 155. Tuğ, Adnan; Toplu İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları, Türk Kamu-Sen, Mart 1988, s. 6-15.
- 16 Aksi görüş bkz. Arıcı (Aktay/Arıcı/Kaplan), s. 330.

Dr. A. Eda MANAV

Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi

## Sendikal Faaliyetlerden Yararlanmada Toplumsal Cinsiyet Eşitliği

### GİRİŞ

Her toplum kadın ve erkeğe ekonomik, kültürel, sosyal ve kurumsal birtakım nedenlerle bir cinsiyet rolü yüklemektedir. Kadın ve erkeğe yüklenen bu roller yaşanan coğrafyaya ve zamana göre değişmektedir. Toplumsal cinsiyet de söz konusu roller sonucu ortaya çıkmış sosyolojik bir olgudur. Kadınlar işgücünün ve bu bağlamda çalışma hayatının bir parçası olmasına rağmen, toplum içinde kadınlara ve erkeklere yüklenen sorumluluklar ve kadın ve erkekten beklentiler farklıdır. Erkekler ile kadınlara farklı standartlar uygulanması, eğitim ve kendini geliştirme konularında kadınlara sınırlı olanaklar tanınması, farklı ücret uygulamaları, kadınların karar alma mekanizmalarına daha az katılımının sağlanması toplumsal cinsiyet ayrımcılığının bir göstergesi olmakla birlikte, söz konusu durum sendikal faaliyetlerden yararlanma bakımından da karşımıza çıkmaktadır. Sendikalarda kadın üyelerin,

yöneticilerin sayısının azlığı bu durumu doğrulamaktadır.

Toplumsal Cinsiyet Ulusal Eylem Planı (2008-2013) ile çalışma hayatına ilişkin düzenlemelerde toplumsal cinsiyet eşitliğini temel alacak yenilikler yapılması planlanmaktadır. Bu bağlamda 18.10.2012'de kabul edilen ve 07.11.2012'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile getirilen, kuruluşların faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetmek durumunda olduklarına ilişkin düzenlemenin değerlendirilmesinin faydalı olacağı düşünülmüştür.

Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, toplumsal cinsiyet ayrımcılığı, bu bağlamda toplumsal cinsiyet kavramı ve toplumsal cinsiyet eşitliği açıklanmaya çalışılmıştır. Daha sonra sendikal faaliyetlere katılımında toplumsal cinsiyet eşitliği, bu konudaki düzenlemeler ve sendikal faaliyetlere katılımında toplumsal cinsiyet ayrımcılığı yapılmasının yaptırımları incelenmiştir.

## 1. EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

### A. Genel Olarak

Eşitlik sözcüğü “iki veya daha çok şeyin eşit olması”, “kanunlar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmaması” anlamına gelmektedir<sup>1</sup>. Eşitlik ilkesi ise aynı durumda bulunan kişilerin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması, aynı davranışlara muhatap olmasını ifade etmektedir<sup>2</sup>. Ayrımcılık kavramı, sözlük anlamı itibariyle bir kimsenin herhangi bir kişisel özelliği nedeniyle mağdur edilmesidir. Diğer bir ifade ile, bir kimseye sahip olduğu bireysel bir özelliği nedeniyle diğer kimselerden farklı davranılması, söz konusu ayrıcalıklı muamele nedeniyle bazı kişilerin mağdur edilmesi anlamına gelmektedir<sup>3</sup>. Aynı konumdaki iki kişiye ya da gruba farklı, farklı konumdaki iki kişiye ya da gruba aynı davranılması halinde ayrımcılıktan söz edilir<sup>4</sup>. Ayrımcılık yapılmasında pozitif ayrımcılık hariç, her zaman olumsuz nitelikte bir davranış söz konusudur.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı genellikle aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Ayrımcılık yasağı kavramı eşitlik ilkesi ile birlikte kurallaştırılarak, uygulamada eşitlik ilkesinin içini dolduran bir terim olmuştur<sup>5</sup>. Eşitlik ilkesinin temelinde adalet ve hakkaniyet düşüncesi bulunmaktadır ve adalet düşüncesi ile eşitlik ilkesi çoğu zaman aynı anlamı ifade eden terimler olarak kabul edilmektedir<sup>6</sup>.

Eşitlik, iki şeyin aynı ya da özdeş olduğu şeklinde anlaşılmasına karşın, hukuki eşitlik, gerçek eşitlikle aynı şey değildir. Bu nedenle eşitlik ilkesinden söz ederken, doğadaki hiçbir şeyin veya durumun birebir aynı olmadığını bilmekte, eşitsizliğin varlığı da doğal olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda mutlak eşitlikten söz edilemez. İnsanın içinde bulunduğu durumu, özellikleri, nitelikleri ve ihtiyaçları açısından farklılıklar vardır. Eşitlikten söz ederken, bir kişiyi diğerlerinden ayıran özellikleri ve birbirleriyle benzerlikleri, kişi ya da grupları birbirinden ayırıcı

ölçütleri ayrı ayrı değerlendirmek gerekir<sup>7</sup>. Diğer bir ifade ile, aynı veya benzer durumda olan kişilere farklı davranılmaması ve ayrıcalık tanınmaması, farklı durumda olanlara farklı işlem yapılabilmesi eşit davranma yükümlülüğünün bir gereğidir<sup>8</sup>.

Ayrımcılık genellikle insanların diğerlerine göre eşit olmayan durumda veya dezavantajlı durumda bulunması ile ortaya çıkar. Ayrımcılığa maruz kalanlar; kadınlar, engelliler, yaşlılar, çocuklar, sendikal haklarını kullananlar, cinsel tacize ya da psikolojik tacize uğramış olanlar ya da cinsel yönelime sahip olan insanlar olabilir. Bu grupların hepsi ayrımcılıktan zarar görebilir. Eşit muamele veya ayrımcılık yasağı ilkelerinin amacı, bu durumu düzeltmek ve önlemektir. Bir başka ifade ile, ayırım yasağına ilişkin kurallar kişileri bazı özellikleri ve tercihleri nedeniyle birtakım menfaatlardan yoksun bırakılmaya veya söz konusu sebeplerle olumsuz davranışa maruz kalmaya karşı koruyucu normlar olarak kabul edilir<sup>9</sup>.

### B. Ayrımcılık Nedenleri

Ayrımcılıkla ilgili düzenlemelere (AY. m. 10, İş K. m.5, TCK. m.122, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi K. m.25 (eski Send. K. m.31), Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında K. m.14) bakıldığında, cinsiyet, dil, ırk, renk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep, özürllülük-engellilik, sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetler ayrımcılık nedenleri olarak görülmektedir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi K. m. 26/3'e göre, “Kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür.” Bu bağlamda sendikaların üyelerine sendikal faaliyetlerden yararlanma bakımından ayrımcılık yapmaması gerekmektedir. Sendikal faaliyetin tam olarak neyi ifade ettiğinin tespiti de önem taşıyan bir husustur. Sendikaların, tüm üyelerinin söz konusu faaliyetlerden eşit şekilde, yukarıda belirtilen ayrımcılık nedenleri dolayısıyla farklı bir muameleye maruz kalmaksızın yararlanma-

larını sağlama yükümlülüğü vardır.

### C. Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Düzenlemeler

Anayasa'nın 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir... Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır." denilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi'ne göre eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez<sup>10</sup>.

Anayasa'nın 50. maddesinde "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. ..." kuralıyla kadınların çalışma koşulları bakımından küçüklerle birlikte özel olarak korunacağı belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu ile bir taraftan işverenlerin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü öte yandan bazı ayrımcılık yasakları özel olarak düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında genel anlam-

da; dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımcılık yasağı hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında sözleşme türü nedeniyle ayrımcılık, 3. fıkrasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yasaklanmıştır. İş K. m.5/2 ile getirilen sözleşme türü nedeniyle ayrımcılık, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından Kanunun 12. maddesinde, kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri bakımından ise Kanunun 13. maddesinde kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nda düzenlenen bu ayrımcılık halleri dışında Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi K. m.25 (eski Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi) ile sendikal nedenlere dayalı ayrımcılık, 5378 s. Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 14. maddesi ile de özürllük (engellilik) nedeniyle yapılan ayrımcılık yasaklanmıştır.

### D. Uluslararası Mevzuatta Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Düzenlemeler

Uluslararası mevzuata baktığımızda, pek çok uluslararası belgede eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına ilişkin düzenlemeler olduğunu görmekteyiz. 26 Haziran 1945'te imzalanan ve Türkiye tarafından da kabul edilen Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nde<sup>11</sup>, Ekonomik, Kültürel, Sosyal Haklar Sözleşmesi'nde<sup>12</sup> ayrımcılık yasaklarına ve eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

Ülkemizin de onayladığı 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı, 1935 tarih ve 45 sayılı Maden Ocaklarında ve Yer Altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme, 1951 tarih ve 100 sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Çalışma Sözleşmesi, 1958 tarih ve 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayırım Hakkında Uluslararası Çalışma Sözleşmesi ve Tavsiye Kararı, 1952 tarih ve 102 sayı-



lı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşme ile 1964 tarih ve 122 sayılı İstihdam Politikası Hakkında Sözleşme ve Tavsiye Kararı da, kadınları koruyan uluslararası sözleşme ve tavsiye kararlarındanır.

Yukarıda belirttiğimiz hükümlerin yanı sıra istihdam alanında eşitlik ilkesi ile ilgili pek çok Avrupa Birliği direktifi de bulunmaktadır. 75/117 sayılı “İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Direktif”<sup>13</sup>, 97/80 sayılı “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Davalarında İspat Yüküne İlişkin Direktif”, 2000/43 sayılı “İrk veya Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yapılmamasına İlişkin Direktif”<sup>14</sup>, 2000/78 sayılı “İş ve Meslekte Eşit Davranmaya İlişkin Direktif”, 2006/54 sayılı “Kadın ve Erkekler İçin İstihdam Alanında Eşit Fırsatlar ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif” bu düzenlemeler arasında sayılabilir.

Türkiye; Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyi'nin kadın-erkek eşitliğini hedefleyen belgelerine taraf olmuş ve Avrupa Birliği'ne cinsiyet eşitliğini gerçekleştirme konusunda taahhütlerde bulunmuş, bu bağlamda toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin bakış açısını yasal düzenlemelerine yansıtmayı kabul etmiştir. Bu çerçevede İstihdamda Kadın-Erkek Eşitliği Kanunu'nun çıkarılması isabetli olabilir. Ancak şu anda böyle bir yasa olmadığı için ilgili kanunlarda bu hususta değişiklikler yapılması gerekmektedir<sup>15</sup>.

## II. TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ

### A. Toplumsal Cinsiyet Kavramı ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği

#### 1. Toplumsal Cinsiyet Kavramı

Toplumsal olarak baktığımızda, kadın ve erkeklerin farklı olduğu eğiliminin çok yaygın olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Bireyin cinsiyetinin o kişinin yapabilecekle-

rini, yapamayacaklarını ve ilgi alanlarını belirleyici olduğu düşünülür. Ancak cinsiyet sadece bireyin biyolojik özellikleri hakkında bilgi verir<sup>16</sup>.

Toplumsal cinsiyet, farklı kültürlerde, farklı zamanlarda, farklı yerlerde kadın ve erkeklere toplumsal olarak yüklenen roller ve sorumluluklar ile ortaya çıkan cinsiyet kimliklerini ifade eder<sup>17</sup>. Cinsiyet terimi kadın ve erkek olmanın biyolojik ve fizyolojik yönünü belirtmek üzere kullanılırken, toplumsal cinsiyet terimi ile toplumun kadın ve erkekten beklentileri kastedilir<sup>18</sup>. Bu kavram cinsiyet terimi tanımının biyolojik temelli olarak sınırlandırılmasından kurtulmak amacıyla kullanılmaktadır<sup>19</sup>. Bu bağlamda toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetten farklı olarak kadın ve erkeğin kamusal ve özel alanın her düzeyinde eşit haklar, eşit fırsatlar ve eşit sorumluluklara sahip olması anlamına gelir<sup>20</sup>.

Toplumsal cinsiyet kavramı 1970'lerin başından itibaren kullanılmaya başlanmış ve böylelikle cinsiyet ve toplumsal cinsiyet şeklinde ayrım yapılmıştır<sup>21</sup>. Toplumsal cinsiyet kavramının temeli aslında 19. yüzyıl feminist hareketlerine dayanmaktadır<sup>22</sup>. Bu kavramı ilk kullananlar arasında olan Ann Ockley'e göre cinsiyet (sex) biyolojik olarak kadın-erkek ayrımını ifade eden bir terim iken, toplumsal cinsiyet (gender) kadın-erkek arasında toplumsal bakımdan eşitsiz bölünmeyi ifade eder. Diğer bir ifade ile, toplumsal cinsiyet bir kültür sorunudur ve kadınların dişil, erkeklerin eril olarak sosyal sınıflandırılmasını içerir<sup>23</sup>. Kadın-erkek eşitliği kavramının yerini toplumsal cinsiyet eşitliği kavramının alması, söz konusu eşitliğin sağlanması için kadın odaklı politikardan ziyade toplumun genelini kapsayacak politikaların gerçekleştirilmeye başlanması sonucunu doğurmuştur<sup>24</sup>.

Toplumsal cinsiyet kavramı aslında “belirlenme-öğrenme-değişme” olmak üzere üç temel öğeden oluşur. Kadın ve erkekler için hangi davranışların doğru, hangilerinin yanlış olduğu ve kadınlar ile erkeklerin hangi işleri yapıp, hangilerini yapamayacakları

toplumsallaşma sürecinde belirlenir ve toplumsal kültür içinde öğrenilir. Bu bağlamda kadın ve erkeğe toplum içinde yüklenen roller de zaman içinde mekana ve kültüre göre değişir<sup>25</sup>.

## 2. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği

Toplumsal cinsiyet eşitliği modern demokrasinin ve insan haklarının temel prensiplerinden biridir<sup>26</sup>. Avrupa Birliği'nde toplumsal cinsiyet eşitliği yaklaşımı 1999 yılında Amsterdam Anlaşması ile oluşmuştur. Bu anlaşma, toplumsal cinsiyet kavramının istihdam alanına yansımaları için önemli bir araç olmuştur<sup>27</sup>. 2000 yılında Lizbon'da toplanan Avrupa Konseyi, çalışma hayatında cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele fikrini şekillendirmiş ve toplumsal cinsiyet eşitliği fikri 2005 yılında Lizbon Stratejisi ile istihdam alanında daha da gelişme göstermiştir. Ekonomik, sosyal, kültürel ve sivil hayatta ve daha pek çok alanda kadın ve erkeklerin karar alma mekanizmalarına katılmaları konusunda eşitlik sağlanmıştır<sup>28</sup>.

2006 tarihli Yeni Eşit Muamele Direktifi (2006/54 sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif) toplumsal cinsiyetin istihdam alanında gelişmesinde en önemli düzenlemelerden birisidir. Direktifin amacı, "meslek ve istihdam konularında kadın ve erkeğe eşit muamele ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlamaktır." Direktifin 27. maddesine göre, "Üye devletler, eşit muamele ilkesinin sağladığı koruma bakımından bu Direktifte yer alanlardan daha elverişli hükümler koyabilirler veya bunları muhafaza edebilirler."

Toplumumuza baktığımızda, kadınların erkeklere göre kimi durumlarda ikinci planda kalması toplumsal cinsiyet ile ilgili bir husustur. Toplumsal, ekonomik ve siyasi olarak karar alma süreçlerine kadınların katılımı daha az olmaktadır. Bu durum da cinsiyetler arası hiyerarşik ayrımcılık yapılmasına neden olabilmektedir<sup>29</sup>. Bu ayrıcalıklar kadın ve erkek arasındaki biyolojik temelli

cinsiyet ayrımcılığından ziyade, toplumun kadın ve erkeğe yüklediği roller ile bağlantılıdır. Nitekim kadının özel yaşamdaki konumu, kamusal alana katılımının önünde engel oluşturabilmektedir. Aile içi birtakım sorumlulukların kadına yüklenmesi; erkeğin kamusal alana katılımını özendirirken, kadınlar açısından kimi zaman olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir.

Türkiye'de kadınların istihdama katılımda erkeklerin gerisinde olduğu görülmektedir. Kadınların sosyal ve ekonomik gelişmelerden yararlanabilmeleri, çalışma hayatına katılımları ile yakından ilgilidir. Nitekim çalışma yaşamı kadınlara bir taraftan ekonomik özgürlük sağlarken, diğer taraftan kadınların özgüvenlerini ve toplumsal saygınlıklarını artırmakta, aile içindeki konumlarını iyileştirmektedir<sup>30</sup>. Yasal düzenlemelere bakıldığında, kadınların işgücüne katılımında herhangi bir ayırım olmamasına rağmen, aile yaşamındaki sorumlulukları, onları çalışma hayatından uzaklaştırmakta, çalışma hayatına girebilen kadınların da işinden ayrılmasına ya da kariyerinde yükselebileme ve potansiyelini ortaya koyabilmesinin önünde engel oluşturabilmektedir.

2004/113 sayılı Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadınlar ve Erkeklere Eşit Muamele Prensibinin Uygulanması Direktifinin 12. maddesine göre, "Üye devletler, cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmadan bütün insanlara eşit muamele yapılmasını destek, teşvik ve izlenmesi için bir organ ya da organlar oluşturacaktır." 2006/54 sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif'in 20. maddesine göre de, "Üye devletler; cinsiyet temelinde ayrımcılık yapılmaksızın bütün insanlara eşit muamele edilmesini teşvik ve analiz etmek, gözetlemek ve desteklemek için bir organ veya organları görevlendirir ve bunun için gerekli düzenlemeleri yapar." Bu bağlamda toplumsal cinsiyet eşitliği kurumu taslak modeli oluşturulması konusunda çalışmalar yapılmaktadır.

## B. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı (2008-2013)

Eylem Planı, Türkiye’de 2008-2013 döneminde kadın ve erkeklerin yaşamlarının çeşitli alanlarında toplumsal cinsiyet eşitliğinin geliştirilmesi amacıyla hedef ve uygulama stratejilerinin yanı sıra temel politika yapıcılarını da tanımlayan entegre politika dokümanı olarak ortaya çıkmıştır. Eylem planının temel amacı kadına karşı ayrımcılığı önlemek ve kadınların sosyal ve ekonomik konumlarını iyileştirmektir. Bununla birlikte, Ulusal Eylem Planı’nın ülkemizde yasalar önünde sağlanmış olan kadın erkek eşitliği anlayışına rağmen uygulamada varlığını sürdüren toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin giderilmesinde önemli bir araç olması planlanmaktadır<sup>31</sup>.

Bu eylem planı çerçevesinde işgücü piyasasında var olan cinsiyet ayrımcılığı ile mücadele edilerek, kadın ile erkek arasında ücret farklılıklarının azaltılması hedeflenmektedir. Bu bağlamda “İş Kanununun toplumsal cinsiyet eşitliğini temel alacak tanımları da içerecek şekilde yeniden gözden geçirilmesi, kadınlar ve erkekler arasında eşit işte farklı ücret uygulamalarına ilişkin veri üretimi, kadınlar ve erkekler arasında ücret farklılıklarının giderilmesine yönelik çalışmalar yapılması, kadınların istihdama girişte ve çalışma hayatında karşılaştığı her türlü ayrımcılığa karşı gerekli önlemlerin alınması” strateji olarak belirlenmiştir<sup>32</sup>.

## III. SENDİKAL FAALİYETLERE KATILIMDA TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ

### A. Genel Olarak

Kadın ve erkekler arasında yapılan toplumsal cinsiyet ayrımcılığı, kadınların sendikalarda üye olabilmesi ya da karar alma mekanizmalarında etkin olabilmesini olumsuz etkilemektedir. Bu bağlamda sendikalarda kadın delege ya da kadın yönetici kotası getirilmesi, yönetim kurulunda mutlaka kadın-

ların da olması, ayrımcılığı önleyici uygulama olarak düşünülebilir. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, aslında kadınlar lehine pozitif ayrımcılık yapılmasını gerektiren bir durumdur.

2000/43 (m.5) ve 2000/78 (m.7) sayılı Avrupa Birliği direktiflerinde olumlu eylem ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Olumlu (pozitif) ayrımcılık, belli alanlarda az temsil edilen gruplara, fırsat eşitliğini sağlayabilmek için olumlu anlamda bazı ayrımcılıklar yapılmasını sağlayan program veya politikalar<sup>33</sup>. Burada belirli bir grup lehine ayrımcılık yapılmaktadır. Olumlu ayrımcılıkta ayrımcılık yaratan durum, eşitlik ilkesini zedelememektedir. Nitekim lehine ayrımcılık yapılan kimseler daha önceki aşamalarda belli nedenlerden dolayı ayrımcılığa maruz kalmış ve diğer bireylerle aralarında olması gereken eşitlik bozulmuştur. Dolayısıyla olumlu ayrımcılıkla izlenen amaç bu kimseleri sanki maruz kaldıkları ayrımcılık hiç mevcut olmamışçasına diğer bireyler veya gruplarla eşit hale getirmektedir<sup>34</sup>.

Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanabilmesi açısından kadınlar lehine bir ayrımcılık yapılması gerekir. Bu noktada pozitif ayrımcılık, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamak için yapılmaktadır. Nitekim toplumsal cinsiyetin temelinde kadının içinde bulunduğu sosyolojik, kültürel konum, toplumun kadına yüklediği rol bulunmaktadır. Maalesef ki, toplumun kadından beklentileri ile erkekten beklentileri kadının çalışma hayatında kimi alanlarda ikinci planda kalmasına sebep olabilmektedir.

İstihdam alanında kadın erkek eşitliği, bu bağlamda toplumsal cinsiyet eşitliği tam olarak sağlanıncaya kadar kadın istihdamını artırıcı, teşvik edici birtakım önlemlerin alınması da pozitif ayrımcılık olarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede söz konusu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği denetiminin yapılabilmesi için sendikalara toplumsal cinsiyet eşitliği planları yapma ve kadın-erkek yönetici, delege oranlarına ilişkin istatistiki veri tutma zorunluluğunun getirilmesi isabetli olacaktır<sup>35</sup>.

## B. Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Sendikal Faaliyetlere Katılım

Sendikal faaliyet, sendika üyesi olsun ya da olmasın sendikaların ortak ekonomik, sosyal hak ve menfaatlerini gerçekleştirme amacıyla düzenlenen herhangi bir etkinliğine katılma olarak tanımlanabilir<sup>36</sup>. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi K. m.26'ya göre, "(1) Kuruluşlar, tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyette bulunur. (2) Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir."

Maddede kuruluşların faaliyetleri düzenlenmiştir. Ancak kuruluşların hangi faaliyetlerde bulunabileceklerinin belirlenmesinde eski Sendikalar Kanunu'nda olduğu gibi tek tek bu faaliyetlerin sayılması yerine, bu konu kuruluşun tüzüklerine ve çalışma programlarına bırakılmış ve kuruluşların serbestçe faaliyette bulunması esası getirilmiştir. Ancak kuruluşlar faaliyetlerini üyeleri arasında eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasaklarına uymak suretiyle yerine getirmek zorundadır<sup>37</sup>.

Ülkemizde kadınların belirli sektör ve mesleklerde çalışabileceği düşüncesi, toplumsal cinsiyet rolleri ile kadınlara yüklenen aile içi sorumluluklar da kadınların örgütlenmesinin önünde engel oluşturmaktadır<sup>38</sup>. Kadınların sendikal sürece katılmalarının önündeki engellerden birisi kadının toplumsal cinsiyet rolünden dolayı "evinin kadını, eş" olarak görülmesi olmakla birlikte, kadının ücretli istihdama geç katılması, daha çok sendikalaşmanın olmadığı sektörlerde istihdam edilmesi, sendikaların erkek egemen yapıları da kadın katılımını engellemiştir<sup>39</sup>.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 2009 verilerine göre sendikalı işçi sayısı 3 milyon 232 bin 679'dur. Toplam üye sayısının % 17'si kadındır. Kadın üye sayısının

en fazla olduğu sektör ise tekstildir. Son derece düşük olan kadın üye oranının ise sendikalarda yönetsel temsile yansımadağı görülmektedir<sup>40</sup>. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın verilerine göre, 28 iş kolunda faaliyet gösteren 91 sendikanın başkanlarından yalnızca beşi kadındır. Toplam 481 Yönetim Kurulu üyesinin ise sadece 32'si kadındır<sup>41</sup>.

Günümüzde toplumsal cinsiyet bağlamında işçi sendika ve konfederasyonlarının faaliyetlerine bakıldığında, söz konusu sendika ve konfederasyonların tamamına yakınının 8 Mart günü kadına yönelik çeşitli faaliyetler yaptıkları görülmektedir. Bu faaliyetler kadınlara yönelik eğitimler, grevdeki kadın işçilerle dayanışma toplantıları ve ziyaretleri, kadın çalışanların haklarına ilişkin broşürler çıkartılması gibi toplumsal cinsiyet bilincini artırmaya ve kadın dayanışmasını yükseltmeye yönelik etkinliklerdir. Ancak çoğu sendikanın kadın üyelerine yönelik faaliyetleri yalnızca yılda bir gün gerçekleştirilmesi, sendikaların cinsiyet eşitliği politikalarını program ve faaliyetlerine dâhil etmemelerinden kaynaklanmaktadır<sup>42</sup>.

Örneğin İngiltere'ye baktığımızda, İngiltere'nin kamu sektöründe örgütlü en büyük sendikası Kamu Çalışanları Sendikası (UNISON)'dır ve UNISON'un temel amacı cinsiyet eşitliğini sağlamaktır. Sendika bu amaçla bütün seçilmiş yapılarda kadınların üyelikleri oranında temsil edilmesini bir hedef olarak görmektedir. Bu durum aynı zamanda sendika içinde üye dağılımını (part-time, full-time, siyah, kadın, lezbiyen, özürlü vb.) yansıtan "geniş bir temsili" de sağlama olanağı vermektedir. Bu temsil oranının yanı sıra, kadınların ve diğer grupların toplu pazarlık gündeminin oluşturulması ve sendikal yapılara aktif olarak katılması da önemli bir husustur<sup>43</sup>.

Kadın işçilerin örgütlenmesini teşvike yönelik faaliyetler yapılması, kadın (cinsiyet eşitliği) büroları kurulması, kadın konferansları düzenlenmesi, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamayı amaçlayan sendika eğitimleri verilmesi, sendika tüzüklerinde ve toplu iş sözleşmelerinde toplumsal cinsiyet



ayrımcılığını önlemeye yönelik düzenlemeler yapılması, yönetsel düzeyde kadınların temsilini artırmayı amaçlayan olumlu eylem programları geliştirilmesi gibi her tür sendikal faaliyet toplumsal cinsiyet eşitliğinin önemini ve farkındalığını artıracaktır<sup>44</sup>. Toplumsal cinsiyet bakış açısı, kadına yüklenen geleneksel rolleri değiştirmeksizin, kadınların işgücüne ve sendika üyeliğine katılımını artırmayı sağlayacaktır<sup>45</sup>.

Kadın komiteleri kurulması, konferanslar yapılması, kadınları geliştirme ve eğitme sempozyumları verilmesi de bu bağlamda örgütlenmenin önemini gösterecektir. Kadınların kendi önceliklerini oluşturması, sorun ve taleplerini paylaşmaya yönelik toplantı yapılması; sendika düzeyinde ve kendi örgütlerinde kendi temsilcilerini seçmesi, iletişim, tanıtım, bilgisayar, eğitim ve öğretimi içeren fonlara sahip olması, sendikal faaliyetlere katılımının teşvik edilmesi, dezavantajlı üyelerin tam katılımı için olanaklar sağlanması da toplumsal cinsiyet eşitliğini gösterir<sup>46</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz bilgiler ışığında, kadın çalışanların sorunlarını inceleyen ve ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik öneriler hazırlayan, kadınların sendikalarda karar alma sürecine katılımını özendirilen ve fırsat eşitliğini teşvik eden faaliyetler gerçekleştirilmesi, sendikaların bir kısmının yönetim kademelerinde kadın komiteleri kurulması, toplumsal cinsiyet eşitliği anlayışını yerleştirmeye yönelik birimlerin oluşturulması önemli ve giderilmesi gereken bir ihtiyaçtır. Ülke düzeyinde oldukça güçlü ve yaygın örgütlenmeye sahip sendika ve konfederasyonlarda kadın komitelerinin, platformlarının yaygınlaştırılması, güçlendirilmesi ve etkin bir yapıya kavuşturulması toplumsal cinsiyet eşitliği anlayışının geliştirilmesini sağlayacaktır<sup>47</sup>. Bu bağlamda işçi-işveren sendika ve konfederasyonlarında var olan kadın birimlerin etkinliğinin artırılması ve kadın birimleri olmayan işçi-işveren sendika ve konfederasyonları ile meslek odalarında bu birimlerin kurulması Ulusal Eylem Planı çerçevesinde strateji olarak belirlenmiştir<sup>48</sup>.

## IV. SENDİKAL FAALİYETLERE KATILIMDA TOPLUMSAL CİNSİYET AYRIMCILIĞINI ÖNLEMeye YÖNELİK DÜZENLEMELER VE TOPLUMSAL CİNSİYET AYRIMCILIĞI YAPILMASI DURUMUNDA UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

### A. Sendikal Faaliyetlere Katılımda Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığını Önlemeye Yönelik Düzenlemeler

Günümüzde kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olmaları, insan haklarının bir gereği olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda kadınların siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik hayata katılımını sağlayacak tüm haklardan erkeklerle eşit şekilde yararlanmaları gerektiği kabul edilmektedir<sup>49</sup>. Uluslararası insan hakları belgelerinde, uluslararası sözleşmelerde, yasalarda yer almasına rağmen, kadınlar için hala hayatın temel alanları olan eğitim, sağlık, çalışma hayatı, siyaset ve karar alma mekanizmalarına katılım açısından fırsat eşitliğinin sağlanamadığı görülmektedir<sup>50</sup>. Bu bakımdan da toplumsal cinsiyet eşitliğinin Türkiye’de uzun bir geçmişi olmakla birlikte günümüzde önemi daha da artmış bulunmaktadır. Bu amaçla bu konuda yasal düzenlemelerin çerçevesi genişletilmiş ve kadınların toplumdaki önemini artırmayı hedefleyen devlet politikaları yaygınlaştırılmıştır.

Bu kapsamda başta Anayasa’da olmak üzere Türk Ceza Kanunu’nda, Türk Medeni Kanunu’nda ve İş Kanunu’nda pek çok düzenleme yapılmıştır. Şiddetle mücadeleye ilişkin 2006/17 sayılı Başbakanlık Genelgesi de bu konuda atılmış en önemli adımlardan biridir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi K. m. 26/3’e göre, “Kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve

ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir.” Maddenin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi “Avrupa Birliği'nin İş Hayatında Ayrımcılıkla Mücadeleye İlişkin 2006/54 sayılı direktifi ve kuruluşların faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetmesi“ gereği dikkate alınarak komisyonca eklenmiştir<sup>51</sup>.

Eski Sendikalar K. m.33/son'a göre, “Sendika ve konfederasyonlar faaliyetlerinden yararlandırmada, üyeleri arasında eşitliğe uymak zorundadır.” Bu çerçevede sendika faaliyetlerinden yararlandırmada eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Sendikaların üyeleri arasında makul ve gerekli olmak koşuluyla ayırım yapabilmemesi mümkündür; ancak AY. m.10 çerçevesinde dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre sınıf bakımından ayrımcılık mutlak olarak yasaklanmıştır<sup>52</sup>.

Eşitlik ilkesi mutlak anlamda tüm sendika üyelerine eşit davranma anlamına gelmemektedir. Bu ilke keyfi ayrımları önlerken, örneğin sendikaya üyelik tarihi vb. nedenler üyelerin toplu iş sözleşmesinden farklı şekilde yararlanması sonucunu doğurabilir (Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi K. m.39)<sup>53</sup>.

Sendika üyelerinin lokal, kütüphane, misafirhane, sağlık, dinlenme ve spor tesisi, seminer, kurs faaliyetlerinden yararlanma hakları vardır (Eski Sendikalar K. m.32-33)<sup>54</sup>. Sendika üyelerinin sendikal faaliyetlerden yararlanma hakkı olduğu gibi sendikaların da sendika ve konfederasyonların faaliyetlerinde ayrımcılık yasağına ve toplumsal cinsiyet eşitliğine uygun işlem yapma yükümlülükleri bulunmaktadır. Sendika üyeleri sendika yönetiminden mevzuat, sözleşme ve tüzükte öngörülen ilke ve kurallara uyulmasını isteme hakkına da sahiptir; ki bu hak aynı zamanda üyelerin eşit işlem görme hakkını da kapsamaktadır<sup>55</sup>.

## **B. Sendikal Faaliyetlere Katılımda Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı Yapılması Durumunda Uygulanacak Yaptırımlar**

Sendikaların üyelerini sendikal faaliyetlerden yararlandırmada toplumsal cinsiyet

ayrımcılığı yapmalarının spesifik bir yaptırımını mevzuatımızda bulunmamaktadır. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu sendikal ayrımcılık konusunda bir yaptırımını özel olarak düzenlemiştir. Ayrıma maruz kalan üye, sendikal nedenle ayrımcılığa uğramışsa söz konusu Kanun'un 25. maddesinde belirtilen sendikal tazminatı talep edebilir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi K. m.25'e göre, “(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır. (3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz. (4) İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir. (7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.” Kanun koyucu sendikal nedenlerle ayırım yapılmasını yasaklayıcı söz konusu düzenlemeyi getirirken cinsiyete dayalı herhangi bir ayrıma gitmemiş, kadın ve erkek bütün işçiler bakımından söz konusu nedenlerle ayırımı yasaklamıştır.

Toplumsal cinsiyet ayrımcılığına maruz kaldığını ileri süren üyenin hangi yaptırımlardan yararlanabileceğine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte, İş Kanunu m.5 te düzenlenen ayrımcılık tazminatı bu bağlamda bir yaptırım olarak düşünülebilir. Nitekim toplumsal cinsiyete yönelik yapılan ayrımcılık da ayrımcılığın bir türünü oluşturmaktadır.

Bu bağlamda İş K. m.5'e göre, “İş ilişkisin-

de veya sona ermesinde ayrımcılık yasaklarına aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümleri saklıdır. 20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlere aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

Söz konusu maddede eşit işlem yapma borcuna aykırı davranışın yaptırımı düzenlenmiştir<sup>56</sup>. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi K. m.26/3 çerçevesinde kuruluşların faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet ayrımcılığı yapmaları da ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirilebileceği için, sendikal faaliyetlerden yararlanmada toplumsal cinsiyet ayrımcılığına maruz kalan üyelerin bu düzenlemeden yararlanabilecekleri düşünülmektedir.

## SONUÇ

Sendikal faaliyet, genel olarak, sendikalara kanundaki ve sendika tüzüğündeki düzenlemeler ile tanınmış ve yasalarla yasaklanmamış faaliyetlerden her birini ifade etmektedir. Sendikalar faaliyetlerini yaparlarken üyeleri arasında ayırım yapmamak, eşit davranma ve toplumsal cinsiyet eşitliği ilkelerine uygun davranmak ile yükümlüdür.

Sendikal faaliyetlerden yararlanma bakımından toplumsal cinsiyet ayrımcılığı yapılmamasına ilişkin olarak Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile getirilen hüküm yeni bir düzenlemedir. 1970'lerin başından itibaren kullanılmaya başlanan bu kavram, cinsiyet kavramından farklılık arz etmektedir. Cinsiyet, biyolojik olarak kadın-erkek ayrımını ifade ederken, toplumsal cinsiyet bir kültür sorunudur ve kadın ve erkeğin kamusal ve özel her alanda eşit haklar, fırsatlar ve sorumluluklara sahip olması anlamına gelmektedir.

Toplumumuza baktığımızda ekonomik,

sosyal ve siyasi karar alma süreçlerine kadınların katılımının oldukça az olduğu görülmektedir. Bu durum da toplumsal cinsiyet ayrımcılığı ile bağlantılıdır. Toplumun kadına yüklediği rol, kadından beklentileri kimi yerlerde kadını çalışma hayatından, sendika üyeliğinden, sendikada yönetici pozisyonunda olmaktan uzaklaştırmaktadır. Toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin giderilmesi bakımından sendikalarda delege ve yöneticilik konusunda kadın kotası getirilmesi, sendikaların yönetim kurullarında mutlaka kadınlara da yer verilmesi, kadın komiteleri kurulması, toplu iş sözleşmesinin yapılmasında ve toplu pazarlık sürecinde kadın katılımının sağlanması, toplumsal cinsiyet eşitliğinin önemini vurgulayıcı eğitimler verilmesi, sempozyumlar düzenlenmesi, sendika tüzüklerinde ve toplu iş sözleşmelerinde toplumsal cinsiyet ayrımcılığını önlemeye yönelik düzenlemeler yapılması gibi faaliyetler toplumsal cinsiyetin önemini ve farkındalığını artıracaktır. Bu bağlamda toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, aslında kadınlar lehinde pozitif ayrımcılık yapılmasını gerektiren bir durumdur.

Sendikaların üyelerini sendikal faaliyetlerden yararlandırmada toplumsal cinsiyet ayrımcılığı yapmalarının spesifik bir yaptırımı mevzuatımızda bulunmamakla birlikte, sendikal nedenle ayrımcılığa maruz kalan üyeler Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi K. m.25 çerçevesinde sendikal tazminat talep edebilir. Toplumsal cinsiyet ayrımcılığına maruz kalanlar, söz konusu ayrımcılık da ayrımcılığın bir türü olduğu için, İş K. m.5 çerçevesinde ayrımcılık tazminatı talep edebilir.

## DİPNOTLAR

- 1 Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s.30. Ayrıca bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.8, 59.
- 2 Yıldız, s.31.
- 3 Yıldız, s.69.
- 4 Agata Brzezinska, Gender Equality in the Case Law of the European Court of Justice, 2009, s.8. Bkz. <http://ebookbrowse.com/ies-working-paper-2-2009-agata-brzezi%C5%84ska-pdf-d419534706>.

- 5 Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, 2006/4, s.63; Yıldız, s.69.
- 6 Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul 2012, s.471; Hamdi Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Ankara 2012, s.658; Tuncay, Eşit Davranma, s.10-11; Ertuğrul Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Ankara 2012, s. 12.
- 7 Sibel İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, 2006/4, s.49-50.
- 8 Süzek, s.472; Mollamahmutoglu/Astarlı, s.654. Ayrıca bkz. Tuncay, Eşit Davranma, s.5, 23; Yıldız, s.65.
- 9 Süzek, s.471.
- 10 Bkz. Yuvalı, s.40; İnceoğlu, s.53-54.
- 11 Beyannamenin 1. maddesine göre, "Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar." 2. maddesine göre, "Herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin Bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir."
- 12 Sözleşmenin 7. maddesine göre, a) "Hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın, özellikle kadınların, erkeklerin çalışma şartlarından daha alt düzeyde olmayan şartlarda çalışmalarının güvence altına alınması, eşit işe eşit ve adil ücret verilmesi, b) Herkese işinde daha yüksek mevkilere atanma sırasında, kıdem ve ehliyetten başka bir ölçüye tabi olmaksızın eşit imkânlar sağlanması" gerekmektedir.
- 13 Bu Direktif 23.09.2002 tarihinde çıkarılan 2002/73 sayılı Direktif ile değiştirilmiştir.
- 14 Direktifin 17/2 maddesine göre, "Komisyon raporu; sosyal taraflar ve ilgili sivil toplum örgütlerinin yanı sıra uygun görülen hallerde İrkçılık ve Yabancı Düşmanlığı Avrupa İzleme Merkezi'nin görüşlerini dikkate alacaktır. Toplumsal cinsiyetin (gender) toplumsal yaşamın gündem maddelerinden birini teşkil etmesi ilkesi ile uyumlu olarak bu rapor; diğer hususlar arasında, kadın ve erkekler hakkında alınan önlemlerin yarattığı etkilerinin değerlendirilmesine de olanak sağlayacaktır. Komisyon'a ulaştırılan bilgiler ışığında bu rapor, gerekirse, bu Direktifin gözden geçirilmesi ve güncelleşmesi için önerileri ihtiva edecektir."
- 15 Kadriye Bakırcı, "İstihdamda Cinsiyetlerarası Eşitlik ve İş Mevzuatında Yapılması Gereken Değişiklikler", Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, 2010, s.264.
- 16 Meltem Çiçeklioğlu, "Toplumsal Cinsiyet", Geniş Ufuklar-Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, İzmir, 2012, s.17.
- 17 Melek Bütün, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Perspektifinden Çocuk Bakım Hizmetleri: Farklı Ülke Uygulamaları, Ankara 2011, s.11.
- 18 Müge Toker Erdoğan, Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Sağlanmasında Medya Okuryazarlığının Rolü, Ankara 2010, s.9; Çiçeklioğlu, s.19.
- 19 Bütün, s.11.
- 20 Gülsün Büker, Türkiye'de Kadının Statüsü ve Kadın Erkek Eşitliği, [http://library.atilim.edu.tr/kurumsal/pdfs/110329\(2\)-sunum.pdf](http://library.atilim.edu.tr/kurumsal/pdfs/110329(2)-sunum.pdf).
- 21 J. Whelehon Pilcher I 2004, 50 Key Concepts in Gender Studies, London, 2004, s.56; naklen Erdoğan, s.9.
- 22 Brzezinska, s.5.
- 23 K. Bhasin, Toplumsal Cinsiyet, Bize Yüklenen Roller, İstanbul 2003; naklen Bütün, s.11.
- 24 Meryem Meltem Tatlıer Baş, Avrupa Birliği'nde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Ana Plan ve Politikalara Yerleştirilmesi: Hollanda, Romanya ve Türkiye Örneklerinin İrdelenmesi, Ankara 2011, s.15.
- 25 Bütün, s.12; Tatlıer Baş, s.15; Çiçeklioğlu, s.20.
- 26 Brzezinska, s.5.
- 27 Brzezinska, s.12.
- 28 Brzezinska, s.5.
- 29 Erdoğan, s.10-11; Bütün, s.13.
- 30 Bkz. T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013, Ankara 2008, s.14; [http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski\\_site/Pdf/TCEUlusalEylemplanı.pdf](http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/TCEUlusalEylemplanı.pdf).
- 31 Bkz. T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013, Ankara 2008, s.6; [http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski\\_site/Pdf/TCEUlusalEylemplanı.pdf](http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/TCEUlusalEylemplanı.pdf).
- 32 Bkz. T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013, Ankara 2008, s.41; [http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski\\_site/Pdf/TCEUlusalEylemplanı.pdf](http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/TCEUlusalEylemplanı.pdf).
- 33 Yuvalı, s.91.
- 34 Yıldız, s.83-84.
- 35 Bakırcı, s.264.
- 36 Yıldız, s.148.
- 37 Madde gerekçesi için bkz. Tez-Koop-İş Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kasım 2012.
- 38 Çağla Ünlütürk Ulutaş/Hatice Zuhul Pala, "Sendikalarda Kadın Sesi:Türkiye'de Sendikalar ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği", <http://www.sosyalhaklar.net/2012/Bildiriler/UnluturkUlutas-Pala.pdf>, s.293.
- 39 Ayşe Alican, "Kamu Memur Sendikalarında Çalışan Yönetici Kadınlar", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İsparta 2007, s.94.
- 40 Ulutaş/Pala, s.294-295. Kadınların sendikalardaki temsiline ilişkin olarak üç işçi konfederasyonunun (DİSK, TÜRK-İŞ ve HAK-İŞ) merkez yönetim kurulunda kadın üye bulunmadığını görmekteyiz. Bkz. Ulutaş/Pala, s.294-295.
- 41 Bkz. T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013, Ankara 2008, s.50; [http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski\\_site/Pdf/TCEUlusalEylemplanı.pdf](http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/TCEUlusalEylemplanı.pdf).



- 42 Ulutaş/Pala, s.296.
- 43 Betül Urhan, “Görünmezlerin Görünür Olma Mücadeleleri:Çalışan Kadın Örgütlenmeleri”, Çalışma ve Toplum, 2009/2, s.96.
- 44 Ulutaş/Pala, s.294.
- 45 Ulutaş/Pala, s.298.
- 46 Urhan, s.96.
- 47 Bkz. T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013, Ankara 2008, s.23; [http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski\\_site/Pdf/TCEUlusaleylemplani.pdf](http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/TCEUlusaleylemplani.pdf).
- 48 Bkz. T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013, Ankara 2008, s.51; [http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski\\_site/Pdf/TCEUlusaleylemplani.pdf](http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/TCEUlusaleylemplani.pdf).
- 49 Bkz. T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013,Ankara2008,s.9; [http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski\\_site/Pdf/TCEUlusaleylemplani.pdf](http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/TCEUlusaleylemplani.pdf).
- 50 Bkz. T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013,Ankara2008,s.9; [http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski\\_site/Pdf/TCEUlusaleylemplani.pdf](http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/TCEUlusaleylemplani.pdf).
- 51 Madde gerekçesi için bkz. Tez-Koop-İş Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kasım 2012.
- 52 Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2009, s.128.
- 53 Sur, s.165.
- 54 Can Tuncay, Toplu İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010, s.78-79.
- 55 Tuncay,Toplu İş, s.79.
- 56 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, s.328 vd; Yuvalı, s.222 vd.

## KAYNAKLAR

- ALİCAN, Ayşe, “Kamu Memur Sendikalarında Çalışan Yönetici Kadınlar”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2007.
- BAKIRCI, Kadriye, “İstihdamda Cinsiyetlerarası Eşitlik ve İş Mevzuatında Yapılması Gereken Değişiklikler”, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, 2010.
- BAŞ, Meryem Meltem Tatlıer, Avrupa Birliği’nde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Ana Plan ve Politikalara Yansıtılması: Hollanda, Romanya ve Türkiye Örneklerinin İrdelenmesi, Ankara 2011.
- BRZEZINSKA, Agata, Gender Equality in the Case Law of the European Court of Justice, 2009 Bkz. <http://ebookbrowse.com/ies-working-paper-2-2009-agata-brzezi%C5%84ska-pdf-d419534706>
- BÜKER, Gülsün, Türkiye’de Kadının Statüsü ve Kadın

Erkek Eşitliği, [http://library.atilim.edu.tr/kurumsal/pdfs/110329\(2\)-sunum.pdf](http://library.atilim.edu.tr/kurumsal/pdfs/110329(2)-sunum.pdf).

- BÜTÜN, Melek, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Perspektifinden Çocuk Bakım Hizmetleri: Farklı Ülke Uygulamaları, Ankara 2011.
- ÇİÇEKLİOĞLU, Meltem, “Toplumsal Cinsiyet”, Geniş Ufuklar-Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, İzmir, 2012.
- ERDOĞAN, Müge Toker, Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Sağlanmasında Medya Okuryazarlığının Rolü, Ankara 2010.
- İNCEOĞLU, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 2006/4.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Ankara 2012.
- SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2009.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul 2012.
- T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013, Ankara 2008, [http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski\\_site/Pdf/TCEUlusaleylemplani.pdf](http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/TCEUlusaleylemplani.pdf).
- TUNCAY, Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982 (Eşit Davranma).
- TUNCAY, Can, Toplu İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010 (Toplu İş).
- ULUTAŞ, Çağla Ünlütürk/PALA, Hatice Zuhul, “Sendikalarda Kadın Sesi:Türkiye’de Sendikalar ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği”, <http://www.sosyalhaklar.net/2012/Bildiriler/UnluturkUlutas-Pala.pdf>.
- URHAN, Betül, “Görünmezlerin Görünür Olma Mücadeleleri:Çalışan Kadın Örgütlenmeleri”, Çalışma ve Toplum, 2009/2.
- YENİSEY, Kübra Doğan, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 2006/4.
- YILDIZ, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.
- YUVALI, Ertuğrul, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Ankara 2012.

## Selçuk KOCABIYIK

MESS Müşavir Avukatı

# 6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yetki Tespiti ve Yetki Tespitine İtiraz

## GİRİŞ

Çalışma hayatını ve endüstri ilişkilerini yakından ilgilendiren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 7 Kasım 2012 tarih ve 28460 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 6356 sayılı Kanun'la; 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu yürürlükten kaldırılmış, bu kanunlarda yer alan esaslar tek bir kanun altında toplanmıştır.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile getirilen değişikliklere genel olarak bakıldığında; sendikaların kuruluşuna ve faaliyetlerine ilişkin birçok konunun düzenlenmesinin sendika tüzüklerine bırakıldığı, bazı işkollarının birleştirilerek işkollarının sayısının azaltıldığı, işçi sendikasına üyelik ve üyelikten ayrılmada noter şartının kaldırıldığı (Kanun'un yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir), sendika yöneticilerinin ve işyeri sendika temsilcilerinin sendikal güvencelerinin artırıldığı, %10'luk işkolu barajının düşürüldüğü, işlet-

me toplu iş sözleşmelerinde işletme barajının indirildiği, grev kararı alma sürecinin kısaltıldığı görülmektedir.

Değerlendirmemizde 6356 sayılı Kanun çerçevesinde yetki tespiti ve yetki tespitine itiraz hususları, 2822 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri ile mukayese edilerek, ele alınmaya çalışılacaktır.

## 1. YETKİ TESPİTİ

Toplu iş hukuku bakımından yetki, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olan ve sözleşmeyi vücuda getirecek olan tarafların tartışması gereken yasal şartları ifade eder. Yetki konusu 6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte Kanunun Geçici 6. maddesinde yetki tespitine ilişkin geçiş hükümlerine yer verilmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda olduğu gibi, 6356 sayılı Kanun'da da ikili baraj sistemi yer almaktadır. Bunun sonucu olarak bir işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi alabilmesi için hem

kurulu bulunduğu işkolunda, hem de yetkinin kapsayacağı işyeri/işletmede belirli sayıda üyeye sahip olması gerekmektedir.

İşveren tarafının yetkisi açısından herhangi bir şart aranmamıştır. Bununla birlikte Kanun'un 41. maddesinin 4. fıkrasında bir işveren sendikasının üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerleri, sendika üyesi olmayan bir işverenin ise kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sonucu olarak işveren sendikası üyesi bir işveren toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olamamaktadır. İşçi tarafının yetkisini ise işkolu ve işyeri/işletme barajları bakımından ayrı ayrı ele almakta yarar görmekteyiz.

### 1.1. İşkolu Barajı:

İşkolu barajı toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin belli bir kısmını temsil etmesi anlamına gelmektedir. İşkollarının neler olduğu Kanun'un 4. maddesi delaletiyle, Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilmiştir. 6356 sayılı Kanun'la bazı işkolları birleştirilerek işkollarının sayısı 28'den 20'ye düşürülmüştür.

2822 sayılı Kanun'daki %10'luk işkolu barajı, 6356 sayılı Kanun'la %3'e indirilmiştir. Bununla birlikte Kanun'un Geçici 6. maddesinde %3'lük işkolu barajının uygulanmasına ilişkin geçiş hükümlerine yer verilmiştir. Geçici 6. maddenin 1. fıkrasına göre %3'lük işkolu barajı, Ekonomik ve Sosyal Konsey'e üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikaları için, 2013 yılı Ocak ayına ait işkolu istatistiklerinin yayımlanmasından itibaren 1 Temmuz 2016'ya kadar %1, 1 Temmuz 2016'dan 1 Temmuz 2018'e kadar %2 ve 1 Temmuz 2018'den itibaren de %3 olarak uygulanacaktır.

Geçici 6. maddenin 3. fıkrasına göre, 2013 yılının Ocak ayında Bakanlık tarafından yayımlanacak işkolu istatistiklerine kadar yapılacak yetki tespiti müracaatlarında Temmuz 2009 istatistikleri esas alınacak ve 2822 sayılı Kanun'un "Yetki" başlıklı 12. maddesi hükümleri çerçevesinde bir sendikanın yetkili olup olmadığı tespit edilecektir. Bu hükmün işkolu barajı bakımından anlamı, Ocak 2013 istatistikleri yayımlanana kadar yapılan yetki tespiti müracaatlarının, Temmuz 2009 istatistiklerine ve %10'luk işkolu

barajına göre sonuçlandırılacak olmasıdır.

Taraf oldukları toplu iş sözleşmeleri Kanunun yürürlük tarihi olan 7 Kasım 2012'den önce imzalanmış ve Ocak 2013 istatistiklerinin yayımından sonra sona erecek sendikalarının yapacakları yetki tespiti başvurularında da; bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak kaydıyla, Temmuz 2009 istatistiklerine göre %10'luk işkolu barajı uygulanacaktır. Bir başka deyişle toplu iş sözleşmesi tarafı olan bu sendikalar 2013 yılından itibaren yayımlanacak olan işkolu istatistiklerine göre işkolu barajının altında kalsalar dahi bir dönem daha toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olacaklardır.

Yine Geçici 6. maddenin 2. fıkrasında, en son yayımlanan 2009 istatistiğinden sonra, ancak 15 Eylül 2012 tarihine kadar kurulmuş ve Ekonomik ve Sosyal Konsey'e üye konfederasyonlara üye olmuş işçi sendikaları için ayrık bir hüküm getirilmiştir. Bu sendikaların, Kanunun yürürlük tarih olan 7 Kasım 2012'den Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlanacağı tarihe kadar, yapacakları yetki tespiti başvurularında işkolu barajı aranmayacak, işyeri veya işletme çoğunluğu şartlarına göre yetki tespit başvuruları sonuçlandırılacaktır.

2822 sayılı Kanun'dan farklı olarak, avcılık, balıkçılık, tarım ve ormancılık işkolunda işkolu barajı aranmayacağına ilişkin hükme 6356 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir.

İşkolu istatistiklerinin yayımlanması ve istatistiklere itirazla ilgili olarak 2822 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemelere 6356 sayılı Kanun'da da yer verilmiştir. Buna göre, bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünün tespitinde Bakanlıkça her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde her bir işkolundaki toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayıları yer alır. Yayımlanan istatistik, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanıncaya kadar geçerlidir. Yetki belgesi almak üzere başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilemez (STİSK md. 41/5).

Yayımdan itibaren on beş gün içinde itiraz edilmeyen istatistik kesinleşir. İstatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle bu süre içinde An-

kara İş Mahkemesine başvurulabilir. Mahkeme bu itirazı on beş gün içinde sonuçlandırır. Mahkemece verilen karar, ilgililerce veya Bakanlıkça temyiz edilebilir. Yargıtay temyiz talebini on beş gün içinde kesin olarak karara bağlar (STİSK md. 41/6).

## 1.2. İşyeri/İşletme Barajı:

Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen bir işçi sendikasının yetki alabilmesi için gerekli olan bir diğer şart; yetki kapsamında yer alacak işyerinde veya işletmede çoğunluğa sahip olmasıdır. 2822 sayılı Kanun'da işyeri ve işletme bakımından bir ayırım yapılmaksızın, işçi sendikasının işyerinde veya işletmede yarından fazla çoğunluğa sahip olması gerektiği düzenlenmişti. 6356 sayılı Kanun'da ise sendikanın yetki alabilmesi için, işyeri toplu iş sözleşmelerinde işyerinde çalışan işçilerin yarından fazlasının, işletme toplu iş sözleşmelerinde ise işletme kapsamındaki işyerlerinde çalışanların yüzde kırkının sendikanın üyesi bulunması gerektiği düzenlenmiştir.

6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (d) fıkrasında, bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayan sözleşme olarak tanımlanan işletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınacak ve yüzde kırk çoğunluk buna göre hesaplanacaktır. İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşme yapmaya yetkili sendika olarak kabul edilecektir. Çoğunluk tespitinde başvuru tarihinin esas alınacağına ilişkin 2822 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeye 6356 sayılı Kanun'da da yer verilmiştir.

Kanun'un Geçici 6. maddesinin 3. fıkrası, işkolu barajında olduğu gibi işletme barajının uygulanmasına ilişkin de geçiş hükümleri içermektedir. Bu düzenlemelere göre, Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlanacağı tarihe kadar yapılan yetki tespiti başvuruları 2822 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre ve Bakanlıkça yayımlanmış Temmuz 2009 istatistiklerine göre sonuçlandırılacaktır. Ocak 2013 istatistikleri yayımlanmaya kadar yapılan işletme sözleşmelerine ilişkin yetki tespiti başvurularında, işçi sendikasının

çoğunluğu sağlayabilmesi için işletmede çalışanların yarısından fazlasının üyeliğine sahip olması gerekmektedir.

Yine aynı fıkrada, yukarıda da belirtildiği üzere, taraf oldukları toplu iş sözleşmeleri Kanunun yürürlük tarihi olan 7 Kasım 2012'den önce imzalanmış ve Ocak 2013 istatistiklerinin yayımından sonra sona erecek sendikalarının yapacakları yetki tespiti başvuruları da; bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak kaydıyla, Bakanlıkça yayımlanmış olan Temmuz 2009 istatistiklerine göre ve 2822 sayılı Kanun'da yer alan hükümlere göre sonuçlandırılacaktır. Bu düzenleme, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası açısından hüküm ifade etmektedir. Bu nedenle, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce imzalanmış ve Ocak 2013 istatistiklerinin yayımından sonra sona erecek toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikalarının, bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak üzere, yapacakları yetki tespiti başvuruları 2822 sayılı Kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmak gerekirken, aynı işyerinde teşkilatlanmak isteyen aynı işkolunda kurulu bir başka sendikanın yetki tespiti müracaatı ise 6356 sayılı Kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmak gerekecektir. Söz konusu bir işletme toplu iş sözleşmesi ise; bağitlanan son toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası için işletme barajı yarından fazla çalışanın üye yapılması iken, aynı işyerinde yetki almak isteyen aynı işkolunda kurulu bir başka sendika için işletme barajı çalışanların %40'ının üye yapılmasıdır. Bir başka ifadeyle, yürürlüğü Ocak 2013 istatistiklerinin yayımından sonra sona erecek toplu iş sözleşmesinin tarafı olmayan ve o işletmede teşkilatlanmak isteyen bir sendika genel kural gereği %40'lık işletme barajına tabi olacaktır. Düzenlemenin ortaya çıkardığı bu sonucun hakkaniyet ve eşitlikle bağdaştığını söylemek güçtür.

Anılan düzenlemeyle ilgili akla gelen bir başka soru da metinde yer alan "bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak üzere" ifadesinden kaynaklanmaktadır. Bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle kastedilen sadece mevcut sözleşmenin sona erdiği tarihi takip eden tarihten başlayacak ilk sözleşme midir? Yoksa Kanun'daki bu düzenleme, arada işletmede herhangi bir sen-



dikanın yetki alamadığı bir dönem olursa, bundan sonra yapılacak ilk toplu iş sözleşmesini de kapsamakta mıdır? Kapsamakta ise işletmede yetkili bir sendikanın olmadığı dönemin uzun bir süre olması halinde, bu süreye ilişkin bir sınırlama getirilebilir mi? Bu soruların cevapları zaman içinde oluşacak yargı içtihatlarıyla ortaya çıkacaktır. Aynı sorular işkolu barajı bakımından da düşünülebilir. Kanaatimizce Geçici 6. maddenin 3. fıkrasındaki bu düzenleme ileride bazı ihtilaflara mahal verebilecek niteliktedir.

6356 sayılı Kanun'un "Yetki" başlıklı 41. maddesinin 7. fıkrasında ise Bakanlığın yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan işçi bildirimlerini esas alacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm 2822 sayılı Kanun'a da 5951 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile eklenmişti. Şüphesiz ki Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde kendisine yapılan resmi bildirimleri esas alacaktır, bunun aksi düşünülemez. Bununla birlikte, işçi veya işveren tarafının yasal bildirim yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması, yani yetkiye esas işyeri veya işletmedeki fiili durumun SGK ve Bakanlık kayıtlarına yansımamış olması, Bakanlığın yapacağı idari işlemi etkilese de hukuken yetkili sendikanın belirlenmesinde etkili değildir.

### 1.3. Yetki Tespiti İçin Başvuru:

Yetki prosedürü, yetki tespiti için Bakanlığa yapılan müracaatla başlar. Yetki tespit talebini kapsayan işyeri veya işletmede yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi bulunmadığı takdirde, yetki tespiti için her zaman müracaat edilebilir. Eğer yetki tespit talebi kapsamındaki işyeri veya işletmede yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi varsa, başvuru en erken toplu iş sözleşmesinin sona ereceği tarihten yüzyirmi gün önce yapılabilir. Toplu iş sözleşmesinin süresinin bitmesinden önceki yüzyirmi gün içinde yetki işlemlerine başlanabileceğine ilişkin 2822 sayılı Kanun'da yer alan esas, 6356 sayılı Kanun'da da korunmuştur (STİSK md. 35/4).

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda, 2822 sayılı Kanun'dan farklı ola-

rak, işçi ve işveren tarafının yetki tespiti başvuruları tek bir madde altında düzenlenmiştir. Kanun'un 42. maddesinin 1. fıkrasında işçi ve işveren tarafının Bakanlığa yetki tespiti için başvuruda bulunabileceği düzenlenmiştir. İşçi sendikası gibi işveren sendikası da üyesi olan işverenlere ait işyeri veya işletmeler için yetki tespiti başvurusunda bulunabilir. İşveren sendikası üyesi işverenler ise yetki tespit başvurusunda bulunamazlar.

2822 sayılı Kanun'un 13. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, işçi sendikasının kendisinde bulunan üyelik fişlerini Bakanlığa yetki için başvurduğu tarihten itibaren üç işgünü içinde işverene vermek zorunda olduğuna ilişkin düzenlemeye 6356 sayılı Kanun'da yer verilmiştir. Bu düzenleme yürürlükteyken de sendikalar bu zorunluluğa genellikle uymaktaydılar. Bu düzenlemeye aykırılık 2822 sayılı Kanun'da da bir yaptırıma bağlanmamıştı. Yargıtay da bu konuyla ilgili verdiği bir kararında, işçi sendikasının üyelik fişlerini işverene vermemiş olmasının, sırf bu sebeple yetki tespitinin iptalini gerektirmeyeceği; bu zorunluluğun, işverenin yetki tespitinde sağlıklı bir sonuca varabilmesi ve itirazına dayanak yapabilmesi için öngörülmüş bir husus olduğu sonucuna varmıştı.<sup>1</sup>

Yetki tespiti için yapılan başvurunun ardından Bakanlık, toplu iş sözleşmesi yapılmak istenen işyeri veya işletmenin, başvuruda bulunan sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda yer alıp almadığını, bu işyeri veya işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi bulunup bulunmadığını araştırmalıdır.<sup>2</sup> Bundan sonra yetki koşullarının üzerinde durulması gerekir. Bakanlık, başvuru tarihi itibarıyla yetki tespitine konu olan işyeri veya işletmede, toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili ve ehliyetli bir işçi sendikasının olup olmadığını araştırarak bir tespitte bulunur. Yetki tespiti için yapılan başvurunun sonucunu Bakanlık ilgililere bildirir.

Yetki tespiti için başvuran işçi sendikasının başvuru tarihi itibarıyla Kanunda aranan ehliyet ve yetkiye sahip olduğu sonucuna varılması halinde; Bakanlık, olumlu yetki tespit yazısı düzenleyerek, toplu iş sözleşmesi kapsamına girecek işyeri veya işletmedeki işçi ve

üye sayısını, o işkolunda kurulu bulunan işçi sendikalarıyla taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene başvurunun alındığı tarihten itibaren altı iş günü içinde başvuru tarihindeki kayıtlara göre bildirir. Bakanlığa tanınan altı iş günlük cevap süresi kanun koyucunun bir direktifi niteliğinde olup, buna uyulmamasının başvuru açısından herhangi bir farklı sonucu olmayacak, cevabın beklenmesi gerekecektir.<sup>3</sup>

İşçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığı ya da işyerinde yetki şartlarına sahip bir sendika bulunmadığının tespiti halinde, bu bilgiler sadece başvuruyu yapan tarafa bildirilir (STİSK md. 42/3). Yetki tespiti için yapılan başvuruya olumsuz cevap alınması, başvuruda bulunan tarafın yeni bir yetki tespiti için Bakanlığa müracaatta bulunmasına engel değildir. Bununla birlikte ilgili tarafın yeni bir başvuruda bulunabilmesi için öncelikle menfi nitelikteki ilk yetki tespitinin kesinleşmesi gerekir.

Yetki tespiti için başvuruyu düzenleyen 42. maddenin dördüncü fıkrasında sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılmayanların yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir. İşverenin işe giriş veya işten ayrılış bildirelerini yasal süresi içinde SGK'ya vermemesi, Bakanlık kayıtlarını, dolayısıyla yetki tespit işlemlerini etkileyecektir.

Bu fıkrada yer alan düzenleme gereği dikkate alınmayacak olan ve Sosyal Güvenlik Kurumu'na yasal süresi içinde yapılmayan bildirimlerin yetki tespit müracaatından sonra yapılan bildirimler olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira sosyal güvenlik mevzuatı gereği yasal süresi içinde yapılmamakla birlikte, yetki tespit başvurusundan önce Bakanlığa ulaşılmış olan bildirimlerin yetki tespitinde dikkate alınmaması Kanun'un ruhuna ters düşer. 6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, başvuru tarihinde çalışan işçilerin esas alınacağına ilişkin amir hüküm de bizi bu sonuca götürmektedir. Yetkili işçi sendikasının belirlenmesinde hukuken önemli olan başvuru tarihinde işyerinde veya işletmede çalışan sayısı

ve başvuruda bulunan sendikanın üye sayısıdır.

## 2. YETKİ TESPİTİNE İTİRAZ

Yetki tespitine itiraz konusu 6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinde düzenlenmiştir. Kendilerine 42. madde uyarınca gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir. Yetki tespitine itirazın sebebi, işçi sendikasının gerekli çoğunluk şartlarını taşımadığı yönünde olabileceği gibi, işyerinde yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesi olması halinde yetki başvurusunun toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki 120 gün içinde yapılmadığı, üyelik fişlerinin gerçeğe aykırı olduğu gibi hususlar da itiraza konu edilebilir.

Kanununun 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm gereği, yeni bir toplu iş sözleşmesi süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici mesele yapılamaz. 6356 sayılı Kanun'la getirilen bu hükümlerle yetki itirazı ile birlikte ileri sürülen işkolu itirazları, mahkeme tarafından bekletici mesele yapılmayacaktır.

Yetki tespitine itiraz dilekçesi görevli makama kaydedildikten sonra mahkemeye verilir. Görevli makam Kanun'un 2. maddesinin (c) fıkrasında tanımlanmıştır. Bu hükme göre görevli makam; işyeri toplu iş sözleşmesi için işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi için işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, aynı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerleri için yapılacak grup toplu iş sözleşmelerinde bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsayacak grup toplu iş sözleşmesi için ise Bakanlığa ifade eder. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre yetki tespitine itiraz dilekçesinin ilgili idari mercilere kaydedilmemesi

itirazın reddini gerektirir.<sup>4</sup>

6356 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar, iş davalarına bakmakla görevli ve yetkili mahkemelerde görülür (STİSK md. 79). Hükmün devamında toplu iş sözleşmesi hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, görevli makamın bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkili olduğu düzenlenmiştir.

Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamaz. Ancak, Kanunun Geçici 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenleme gereği bu fıkradaki %3'lük işkolu barajı, Ekonomik ve Sosyal Konsey'e üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikaları için Ocak 2013 istatistiğinin yayımı tarihinden 1 Temmuz 2016 tarihine kadar %1, bu tarihten 1 Temmuz 2018'e kadar %2 olarak uygulanacaktır.

Yetki tespitine itiraz davalarıyla ilgili olarak 2822 sayılı Kanun'da yer alan esaslar genel olarak 6356 sayılı Kanun'da da korunmuş, bununla birlikte yetki itirazı yapılırken itiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması halinde itirazın incelenmeksizin reddedileceğine dair bir düzenlemeye yer verilerek; yetki tespitine itiraz davalarının çabuklaştırılması amaçlanmıştır. Buradaki incelenmeksizin hükmü, yeterli kanıtların sunulmaması halinde işin esasına girilmemesi anlamında yorumlanmalıdır.<sup>5</sup> Yetki itirazı ile birlikte ileri sürülmesi gereken somut delillerden ne anlaşılması gerektiği yargı kararlarıyla şekillenecektir.

İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve karar temyiz edildiği takdirde Yargıtay tarafından on beş gün içinde kesin karara bağlanır (STİSK md. 43/3). Yetki tespitine itiraz gerçek anlamda bir itiraz olup, dava sayılmaz. Hukuk usulü anlamında bir dava olmadığı halde biçimsel yönden mahkemeler, bu itirazlara dava yöntemleri uygulamışlardır. Mahkeme kararlarında da herhangi bir hükümden farklı olmayan unsurlara yer verilmiştir.<sup>6</sup>

Olumlu yetki tespitine itirazın kabul edilmesi

halinde Bakanlığın olumlu yetki tespitine ilişkin işlemi iptal edilmiş olacaktır. Olumlu tespite itiraz reddedilmişse, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren altı iş günü içinde Bakanlık tarafından yetki belgesi verilmesi gerekir (STİSK md. 44).

Olumsuz yetki tespitine itirazla ilgili yargılamaya ilişkin olarak ise 6356 sayılı Kanun'da yeni bir düzenleme yer almaktadır. 2822 sayılı Kanun uygulamasında; olumsuz yetki tespiti sadece başvuruda bulunan tarafa bildirildiğinden, olumsuz tespite itiraz davası itiraz eden tarafla Bakanlık arasında görülmekteydi. Olumsuz tespite itirazın kabulü halinde, Bakanlığın yapmış olduğu olumsuz tespite ilişkin işlem iptal olmakla birlikte, bu iptal hükmü sadece Bakanlık ve itiraz eden taraf hakkında hüküm doğurmaktaydı. İtirazın kabulüne ilişkin karar, işyerinde veya işletmede çoğunluğa sahip bir sendikanın olduğu anlamına gelmekte ve Bakanlığın bu sendika lehine olumlu tespit yazısı düzenlemesini ve bu yazıyı o işkolunda kurulu bulunan diğer sendikalar ile işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene tebliğ etmesini gerektirmekteydi. Zira olumsuz yetki tespiti ve bu tespite itirazdan o işkolunda kurulu bulunan diğer sendikalar ile işveren tarafının haberdar olması mümkün değildi. Olumlu tespit yazısının düzenlenmesinin ve ilgililere tebliğinin ardından işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren ile o işkolunda kurulu bulunan diğer sendikalar, olumlu yetki tespitine karşı yasal süresi içinde itirazda bulunabilmekteydi.

Yukarıda da değinildiği üzere işçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığına ya da işyerinde yetki şartlarına sahip bir sendika bulunmadığının tespiti halinde, bu bilgiler sadece başvuruyu yapan tarafa bildirilir (STİSK md. 42/3). Olumsuz yetki tespiti; başvuran işçi sendikası ise sendikaya, yetki tespiti için müracaat eden işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren ise ilgili tarafa bildirilecektir. Bakanlığın olumsuz yetki tespitine de itiraz yolu açıktır. Olumsuz yetki tespitine itirazın tarafları idari işlemi yapan Bakanlık ve olumsuz tespite itiraz eden sendikadır.

6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin 4. fıkrası

sında yer alan düzenlemeye göre, kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikası, altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilir. Mahkeme açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünü (Kanununun Geçici 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenleme gereği bu fıkradaki %3'lük işkolu barajı, Ekonomik ve Sosyal Konsey'e üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikaları için Ocak 2013 istatistiğinin yayımı tarihinden 1 Temmuz 2016 tarihine kadar %1, bu tarihten 1 Temmuz 2018'e kadar %2 olarak uygulanacaktır.) üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Bu bildirim yapılan itirazın ihbarı niteliğindedir. Böylelikle olumsuz yetki tespitinden ve bu tespite karşı yapılan itirazdan ilgililerin haberdar olması sağlanacak, ilgililer diledikleri takdirde davanın tarafı olabileceklerdir.

Bu düzenleme neticesinde, olumsuz yetki tespitine itiraz davalarında itirazın mahkeme tarafından kabul edilmesi, Bakanlığa yetki belgesi düzenleme yükümlülüğü getirecektir. Nitekim yetki belgesini düzenleyen 44. maddede, kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen sendikanın itirazı sonucunda, itiraz eden sendikanın yetki şartlarına sahip olduğunu tespit eden kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde Bakanlıkça yetki belgesi verileceği düzenlenmiştir.

2822 sayılı Kanun'da olduğu gibi, 6356 sayılı Kanun'a göre de yetki tespitine itiraz, mahkeme kararı kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur.

### 3. DEĞERLENDİRME

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun yetki tespitine ilişkin hükümleri genel olarak Ocak 2013 işkolu istatistiklerinin yayımlanmasının ardından uygulama olanağı bulacaktır. 7 Kasım 2012 tarihinden önce imzalanmış ve Ocak 2013 istatistiklerinin yayımından sonra sona erecek toplu iş sözleşmelerinin tarafı olan sendikaların bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak üzere yapacakları yetki tespiti başvuruları da mülga 2822 sayılı Kanun hükümlerine göre ve Temmuz 2009 istatistiklerine göre sonuçlandırılacaktır.

İşkolu barajının Ekonomik ve Sosyal Konsey'e üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikaları için 2013 Ocak istatistiğinin yayımından başlayarak 1 Temmuz 2016 tarihine kadar %1 ve bu tarihten 1 Temmuz 2018 tarihine kadar %2 olarak uygulanmasına ilişkin düzenleme, uluslararası düzenlemeler ve Anayasa'nın 51. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.<sup>7</sup>

Kanun'da ikili baraj sisteminin muhafaza edilmesi kanaatimizce güçlü sendikacılığın teşviki açısından olumludur. Bunun yanı sıra işkolu esasına göre sendikalaşma ilkesinin korunması da yerinde olmuştur. Bazı işkollarının birleşmesi nedeniyle, birleşen işkollarındaki çalışan sayısı ve dolayısıyla işkolu barajına esas işçi sayısı artmıştır. Buna bağlı olarak önümüzdeki dönemde bazı sendikaların birleşmesi söz konusu olabilecektir.

İşletme toplu iş sözleşmelerinde işletme barajının %40'a indirilmesi, özellikle yurt çapında faaliyet gösteren ve farklı şehirlerde işyerleri olan işverenlere ait işletmelerde sendikaların çoğunluğu sağlamasını kolaylaştırmak için getirilmiş bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu düzenleme neticesinde; bir işletmede aynı anda iki sendikanın birden %40 veya daha fazla çoğunluğa sahip olması gibi bir durumla karşı karşıya kalınabilecek, sendikalar arası yetki mücadeleleri işletme kapsamındaki işyerlerindeki çalışma barışını olumsuz yönde etkileyebilecektir. Geçici maddelerde yer alan hükümlerin bazıları da önümüzdeki dönemde ihtilaflara yol açabilecek niteliktedir.

### DİPNOTLAR

- 1 Y. 9. H. D., T. 18.05.1990, E. 1990/5562, K. 1990/6040.
- 2 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2009, sh: 526.
- 3 REİSOĞLU, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, sh: 184.
- 4 Y. 9. H. D., T. 08.10.1984, E. 1984/9606, K. 1984/8682, Y. 9. H. D., T. 17.01.2002, E. 2001/20688, K. 2002/325.
- 5 ALPAGUT, 6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum, Legal İHSGHD, Cilt: 9, Sayı: 35, İstanbul, 2012, sh: 40.
- 6 GÜNAY, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara, 2001, sh: 592-593.
- 7 ALPAGUT, a.g. m., sh: 38.



# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Nuri Çelik tarafından hazırlanan “**İş Hukuku Dersleri**” adlı eserin yenilenmiş 25. basısı Eylül 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

1968 yılında ilki yayımlanan “İş Hukuku Dersleri” bireysel ve toplu iş hukuku mevzuatı yanında, yargı kararlarını ve bilimsel yayınları da yansıtmaktadır. Öğrencilere yarar sağlama amacının yanı sıra iş hukuku ile ilgili çevrelere de yarar sağlayacak olan bu eserde, uygulama sorunları ele alınarak değerlendirilmiştir.

Değişik alanlardaki fakülte, yükseköğretim ve bölüm öğrencilerinin farklı ders programları göz önüne alınarak, bazı yerler büyük puntolu olarak gösterilmiştir.

2011 yılında iş hukukunu ilgilendiren üç temel kanun çıkarılmıştır. Bunlar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’dur. Eserde 1 Ekim 2011’de yürürlüğe giren 6100 sayılı Kanunla ilgili değişikliklere ve 2010 ve 2011 yıllarında İş Kanunu’nda değişiklikler yapan 6009 ve 6111 sayılı Kanunlarla ilgili esaslara da yer verilmiş bulunmaktadır.

Eserin birinci kısmında genel bilgiler, ikinci kısmında bireysel iş hukuku ve üçüncü kısmında ise toplu iş hukuku konuları ayrıntılı şekilde incelenmiştir.



Prof. Dr. A. Can Tuncay ve Prof. Dr. Ömer Ekmekçi tarafından hazırlanan “**Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**” adlı eserin güncelleştirilmiş 15. basısı Ekim 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser sırasıyla; sosyal güvenliğin genel esasları, Türk sosyal güvenlik sistemi, sosyal sigortaların özellikleri, finansmanı ve işveren yükümlülükleri, sosyal sigortaların kapsamı ve isteğe bağlı sigortalılık, sosyal sigorta türleri itibariyle kısa vadeli sigorta kolları, sosyal sigorta türleri itibariyle uzun vadeli sigorta kolları, genel sağlık sigortası ve işsizlik sigortası, hizmetlerin birleştirilmesi ve borçlanma yoluyla değerlendirilmesi, bireysel emeklilik sistemi, katılsız sosyal güvenlik sistemi bölümlerinden oluşmaktadır.

Dünyada en hızlı gelişen mevzuat olan sosyal güvenlik hukuku mevzuatında son bir yıl içerisinde yapılan önemli değişiklikleri, yeni Yargıtay kararları ile Anayasa Mahkemesi kararlarının da incelendiği eser, öncelikle öğrencilerin ders kitabı ihtiyacını karşılamak için hazırlanmış olmakla birlikte, uygulayıcı ve araştırmacılar için de kaynak kitap niteliği taşımaktadır. Kitapta yabancı hukuk sistemlerindeki gelişmelere de yer verilmiştir.

## Resul ASLANKÖYLÜ

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

# 5510 Sayılı Kanun'a Göre Kendi Adına ve Hesabına Çalışanların Sigortalı Olma Koşulları

## I. GENEL OLARAK

Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanların sigortalı sayılma koşulları 5510 sayılı Kanun'un birinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenmiştir. Bunlara uygulamada "4-b"liler denmektedir. Köy ve mahalle muhtarlarıyla tarımda kendi adına ve hesabına çalışanların sigortalılığı da (4-b) bendi kapsamına alınmıştır.

## A- AMAÇ

5510 sayılı Kanun'un amacı birinci maddede belirtilmiştir<sup>1</sup>. Bu bağlamda (4-b) bendinin amacı, köy ve mahalle muhtarlarıyla kendi adına ve hesabına çalışan bireyleri sosyal sigorta kapsamına almaktır. Diyelim ki ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek ya da basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, anonim şirketin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, şirket ortakları, donatma iştirakinin tüm ortakları, kendi adına ve hesabına tarımsal faaliyette bulunanlar sigortalı sayılmıştır.<sup>2</sup>

(4-b) bendine göre sigortalı sayılma koşul-

ları üç bölüme ayrılarak açıklanacaktır. Bunlar köy ve mahalle muhtarlarının sigortalılığı, tüm kendi adına ve hesabına çalışanların sigortalı sayılması için ortak koşullar, nihayet sigortalıların sigortalı sayılmalarına ilişkin özel koşullardır.<sup>3</sup>

## B- KÖY VE MAHALLE MUHTARLARININ SİGORTALI SAYILMA KOŞULLARI

Köy ve mahalle muhtarları ilk defa 2108 sayılı Kanun'la Bağ-Kur sigortalısı sayılmış, son olarak da 5510 sayılı Kanun'un (4-b) bendi kapsamına alınmıştır. Bunların sosyal sigorta hakları Bağ-Kur'ca sağlanmakta idi. Köy ve mahalle muhtarları 5510 sayılı Kanun kapsamına alındığından, kendilerini Bağ-Kur sigortalısı sayan 2108 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi yürürlükten kaldırılmıştır.

Köy ve mahalle muhtarlarının sigortalı sayılmalarına ilişkin olarak 5510 sayılı Kanun

ile Bağ-Kur Kanunu ve 2108 sayılı Kanun arasında tek fark vardır. Bu fark şudur: Bağ-Kur Kanunu'nun değişik 25. maddesinin (f) bendi hükmüne göre muhtarlar gelir vergisi mükellefi değıller ise hizmet akti ile çalışmaya başladığı tarihte Bağ-Kur sigortalıkları sona eriyor ve SSK. sigortalılıkları başlıyordu. Benzer bir hüküm de Bağ-Kur Kanunu'nun 25. maddesinde yer almakta idi. Oysa bu hüküm 5510 sayılı Kanun'un (4-b) bendi kapsamına alınmamıştır. Muhtarlar, bu sıfatları devam ettiği süre içinde (4-b) sigortalısı sayılır; (4-a) sigortalısı sayılmaz.

Muhtarların sigortalılıkları 4. maddenin (b) bendinde özel olarak düzenlenmiş, bu bendin alt bentlerine dahil edilmemiştir. Muhtarların (4-b) bendine göre sigortalı sayılmaları zorunlu olup isteğe bağlı değildir. Bunlar 4. maddenin diğer fıkralarına ve bentlerine göre sigortalı sayılmalarını isteyemezler. Muhtarlık görevi sona erenler koşullar oluşmuş ise (4-a), (4-c) ve (4-b)'nin diğer alt bentlerine göre sigortalı olabilirler. 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce muhtarlık görevi sona erenler primlerini ödemek suretiyle Bağ-Kur ile ilişkilerini sürdürebilmekte idiler. Ne ki bu kural 5510 sayılı Kanun'a dahil edilmemiştir. Keza bu kanun yürürlüğe girmeden önce, daha önce muhtarlık yapanlar eski hizmetlerini borçlanabilmekte idi. Oysa 5510 sayılı Kanun ile muhtarlara borçlanma hakkı tanınmamıştır.

Muhtarlar, yürürlükteki yasalar uyarınca sigortalı olma hakkını kazanmış iseler, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra kazanılmış olanların bu haklarına dokunulamaz.

Bağ-Kur Kanunu ile 2108 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde verilen Yargıtay kararları uygun düştüğü ölçüde 5510 sayılı Kanun bakımından da geçerlidir. 21. HD.'ye göre Bağ-Kur Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde muhtarla başka bir sosyal güvenlik kanununa tabi iseler, 2108 sayılı Kanun gereğince Bağ-Kur sigortalısı sayılamaz<sup>4</sup>. Keza 10. HD.'ye göre, başka sosyal güvenlik kanunlarına tabi olmayanlar, 2108 sayılı Kanun gereğince Bağ-Kur Kanunu kapsamına alınmıştır. Bu durumda Bağ-Kur Kanunu'na göre isteğe bağlı sigortalı olan muhtarlar 2108 sayılı Kanun uya-

rınca zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olamazlar<sup>5</sup>.

## II. 5510 SAYILI KANUN'UN 4. MADDESİNİN BİRİNCİ FIKRASININ (b) BENDİNE GÖRE KENDİ ADINA VE HESABINA BAĞIMSIZ ÇALIŞANLARIN SİGORTALI SAYILMALARININ ORTAK KOŞULLARI

Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanların sigortalı sayılmalarına ilişkin iki koşul öngörülmüştür. Birincisi ortak koşullar, ikincisi ise özel koşullardır. İlk önce ortak koşullar açıklanacaktır.

### A- BAĞIMSIZ ÇALIŞMA KOŞULU

5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamına girenlerin sigortalı sayılmaları için kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmaları gerekir. Biz bu koşulu ortak koşul diye adlandırdık. Diğer bütün koşullar gerçekleşmiş olsa bile kişi kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmıyorsa (4-b) sigortalısı sayılamaz.

Tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar 2926 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce Bağ-Kur sigortalısı sayılmıyordu. Bunlar anılan yasa kapsamına alındıktan sonra bağımsız çalışmak koşuluyla Bağ-Kur sigortalısı sayılmıştır. Nihayet anılan kişiler 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra aynı Kanunun birinci fıkrasının (4) numaralı bendi gereğince sigortalı sayılmıştır. Ancak burada da bağımsız çalışmış olmak şarttır. Ortak koşullar bakımından, Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesi ile 2926 sayılı Kanun ve 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (4-b) bendi biririne koşul hükümler içermektedir.

### B- HİZMET AKDİ İLE ÇALIŞMAMIŞ OLMA KOŞULU

(4-b) bendi kapsamında sigortalı sayılmanın diğer bir ortak koşulu hizmet akdi ile çalışmamış olmak koşuludur. Birey hizmet akdi

ile çalışıyor ve diğer koşullar da oluşmuş ise (4-a) bendi kapsamında sigortalı sayılır. Bireyin hizmet akdi ile çalışıp çalışmadığı eski BK.'nın 313 vd. maddelerine göre belirlenir. 4. maddede geçen “hizmet akdi ile bağlı olmaksızın” kavramının katı yorumlanmaması gerekir. Yorumlamada 5510 sayılı Kanun'un 53. maddesi dikkate alınmalıdır.

Kişi ağırlıklı olarak kendi adına ve hesabına çalışırken arızı şekilde bir işverenin işyerinde çalışmış ise yine de (4-b) sigortalısı sayılmalıdır. Çenberci ve Uygur, Bağ-Kur Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde aynı görüşü savunmuştur<sup>6</sup>.

Ne var ki kişi uzun bir süre hizmet akdi ile çalışmış ise çalıştığı süre ile sınırlı olmak üzere (4-a) sigortalısı sayılmalıdır. Her ne kadar Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinde “...herhangi bir işverene hizmet akti ile bağlı olmaksızın” denmiş ise de bu deyim birden ziyade işvereni de kapsar. Çenberci ve Uygur, kendi bürosunda muhasebe işi yapan kişinin haftanın ve ayın belirli günlerinde herhangi bir işverenin işyerine gidip çalışması halinde Bağ-Kur sigortalılığının sona ermeyeceği görüşündedir<sup>7</sup>. Biz de aynı görüşteyiz.

Keza serbest çalışan bir hekim muayenehanesinde sürekli çalışırken kısa aralıklarla başka bir işverenin işyerinde çalışmış olsa bile (4-b) sigortalılığı devam eder.

### C- KANUNLA VE KANUNLARIN VERDİĞİ YETKİYE DAYANILARAK KURULU SOSYAL GÜVENLİK KURULUŞLARI KAPSAMINDA SİGORTALI OLMAMA KOŞULU

Önemle belirtmek gerekir ise Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinde yer alan “diğer sosyal güvenlik kuruluşları kapsamında olma” koşulu 5510 sayılı Kanun'un birinci fıkrasının (4-b) bendi kapsamına alınmamıştır. Bunun nedeni eski sosyal güvenlik kuruluşlarının, 5502 sayılı Kanun'la kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu kapsamına alınmış olmasıdır. Başka bir anlatımla eski Sosyal Güvenlik Kuruluşları tek çatı altında toplanmıştır.

Diyelim ki Bağ-Kur Kanunu'nun 24. madde-

sinin ikinci fıkrası hükmüne göre, kanunla ve kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmayanlar diğer koşullar da oluşmuş ise Bağ-Kur sigortalısı sayılmıştır.

5510 ve 5502 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemde kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşları, T.C. Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur ve SSK.'nun geçici 20. maddesi gereğince kurulan emekli sandıkları idi.

“Kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan” deyimini hem o kuruluşlara tabi olanları, hem isteğe bağlı sigortalıları hem de başka sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık alanları amaçlamaktadır. Ne var ki 24. maddenin üçüncü fıkrasının (c) bendine göre bazı sigorta kollarından gelir veya aylık alanlar, Bağ-Kur sigortalısı olabilmektedirler. O nedenle kişinin sigortalılığının belirlenmesinde, anılan (c) bendi dikkate alınmalıdır.

Diğer taraftan yukarıda kısaca değinildiği üzere, eski sosyal güvenlik yasaları ve kurumları tek çatı altında toplandığından Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “kanunla ve kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ve kesenek ödeyenler ile malullük ve yaşlılık aylığı ile daimi tam iş göremezlik geliri almakta olanlar sigortalı sayılmazlar.” hükmü az önce belirtildiği gibi doğal olarak 5510 sayılı Kanun'un (4-b) bendi kapsamına alınmamıştır.

Şayet bir kimse 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemde, Emekli Sandığı iştirakçisi, SSK. sigortalısı veya geçici 20. maddeye göre sigortalı ise Bağ-Kur sigortalısı sayılamaz.

Türk sosyal güvenlik mevzuatında aynı zaman kesiti içinde bireyin birden ziyade sosyal güvenlik kurumuna tabi olması mümkün değildir.

Esasen toplumun muhtelif kesimleri değişik zamanlarda sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınmışken, bireyin aynı zaman kesiti içinde birden ziyade sosyal güvenlik kuruluşlarından yardım görmesi bize göre sosyal güvenlik hu-



kukunun sistemine aykırıdır. Bu konuya fazla önem vermemizin nedeni bireylerin sigortalı sayılmalarının o dönemde yürürlükte olan sosyal güvenlik yasaları ile belirlenecek olmasıdır.

Bizim saptamalarımıza göre 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemde aynı zaman kesiti içinde SSK. sigortalılığı ile Bağ-Kur sigortalılığının çakışması halinde hangi sigortalılığa değer verileceği konusu öğretide ve uygulamada tartışmalı idi. Bir görüşe göre önceden başlayan sigortalılığa değer verilmelidir. 21. HD. bu görüştedir. 10. HD. ise ağır basan çalışmaya önem verilmesi gerektiği görüşündedir.

Öbür yandan, yürürlükten kaldırılan Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasının (II) numaralı bendinde kimlerin Bağ-Kur sigortalısı olamayacakları belirtilmiştir.

Bağ-Kur sigortalısı olamayacaklar anılan (II) numaralı bendin (a), (b), (c) ve (b) alt bentlerinde gösterilmiştir. (b) bendi değiştirilmeden önce yabancı uyruklular, Bağ-Kur sigortalısı sayılmıyorlardı. Ne var ki sözü edilen (b) bendi bilahare yürürlükten kaldırılmış, böylece yabancı uyrukluların sigortalı sayılacakları kabul edilmiştir. Ancak yabancı uyrukluların sigortalı olabilmeleri bazı yasal koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Burada daha fazla ayrıntıya girilmemiştir.

Öbür yönden diğer bütün yasal koşullar oluşsa bile 18 yaşını bitirmeyenler de hem Bağ-Kur Kanunu'na hem de 5510 sayılı Kanun'a göre Bağ-Kur ve (4-b) sigortalısı olamazlar. Bunlar kazai rüşt kararı almış olsalar bile sigortalı sayılamazlar. Bağ-Kur Kanunu'nun ilk metninde 18 yaş sınırı getirilmemiş ise de, bu sınır 19.4.1979 tarihli ve 2229 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile getirilmiştir. Sonraki tüm değişikliklerde anılan kanunun 7. maddesi ile kabul edilen 18 yaş sınırına dokunulmamıştır.

Acaba 2229 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce 18 yaşını bitirmediği halde Bağ-Kur sigortalısı olanların sigortalıkları devam edecek midir? Bize göre devam etmesi gerekir.

Ancak tersi de düşünülebilir. Yasal dayanak ortadan kalktığı için 2229 sayılı Kanun'un 7. maddesi yürürlüğe girmekle birlikte önce-

ki sigortalılığın da sona erdiği görüşü benimsebilir. Başka bir deyişle anılan 7. maddenin yürürlüğe girmesiyle birlikte 18 yaşını bitirmeyenler sigortalı olamaz. Ne var ki bu konuya 2229 sayılı Kanun'la eklenen ek geçici 5. madde ile açıklık getirilmiştir. Ek geçici 5. maddeye göre 2229 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce 18 yaşını bitirmemelerine karşın Bağ-Kur sigortalısı sayılanların kazanılmış hakları saklı tutulmuştur. Ancak ek geçici 5. madde de önceden başlayan sigortalılığın 2229 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra da devam edeceğine ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Hal böyle olunca sigortalılığın devam etmeyeceği görüşünü savunanların görüşleri ağırlık kazanmaktadır.

Keza ek geçici 5. maddede, önceden başlayan sigortalılığın 2229 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihteki dönem sonuna kadar devam edeceği ifade edildiğinden, kişinin Bağ-Kur sigortalılığı dönem sonunda sona erer. Örneğin 2229 sayılı Kanun 1.5.1979 tarihinde yürürlüğe girmiş ise, kişinin sigortalılığı 31.12.1979 tarihine kadar devam eder.

Oysa önceden başlayan sigortalılığın aynen devam etmesi sosyal güvenlik hukukunun temel ilkelerine uygun düşerdi.

### III. 5510 SAYILI KANUN'A GÖRE TARIMSAL FAALİYETTE BULUNANLARIN SİGORTALI SAYILMA KOŞULLARI

5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendine göre tarımsal faaliyette bulunanlar diğer yasal koşullar da gerçekleşmiş ise (4-b) sigortalısı sayılmıştır. Bize göre tarımsal faaliyette bulunanlar deyiminin yerine tarım işi yapanlar ibaresinin kullanılması daha isabetli olurdu. Zira bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemde tarımsal faaliyette bulunanlar deyiminin yerine "tarım işi yapanlar" ibaresi kullanılmıştır. Ne var ki tarımsal faaliyet denmesi herhangi bir çelişkiye neden olmaz.

Bir kimsenin anılan (4) numaralı bent kapsamında sigortalı sayılması için kendi nam ve hesabına tarımsal faaliyette bulunması ve

5510 sayılı Kanun'un 6. maddesinde belirtilen sigortalı sayılmayanlar gurubuna girmemesi gerekir<sup>8</sup>.

## A- HANGİ FAALİYET TARIMSAL FAALİYET SAYILIR?

Tarımsal faaliyetin ne olduğu 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 19 sayılı bendinde tanımlanmıştır. Oradaki tanım 4. maddenin (4) numaralı bendinin uygulanmasında bağlayıcıdır. 2926 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (b) bendinde de tarımsal faaliyet tanımlanmıştır. Bazı farklar dışında anılan kanunun 3. maddesinde yer alan tanımla 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (19) numaralı bendindeki tanım birbirine koşuttur. Aradaki farklar şunlardır: 2926 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (b) bendinde ifade edilen avlanmasını avcılar... veya bu ürünlerden sair şekilde faydalanmak suretiyle kendi adına ve hesabına faaliyette bulunan" deyimini yer aldığı halde 5510 sayılı Kanun'un (19) numaralı bendinde bu deyim yer verilmemiştir.

Ne var ki "avlanmasını" ve "avcılar" sözcüklerine (19) numaralı bentte yer verilmiş olması 2926 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (b) bendindeki tanımla 3. maddenin (19) numaralı bendinde ifade edilen tanım bakımından arada herhangi bir fark yoktur. Zira sözü edilen (29) numaralı bentte avlanma ve avcılar deyimlerinin yerine "...doğrudan doğruya tabiatından istifade etmek suretiyle bitki, orman hayvan ve su ürünleri elde edilmesini" deyimini kullanılmıştır. Ne var ki sözü edilen 2926 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (b) bendinde yer alan "... sair bir şekilde faydalanmak suretiyle kendi adına ve hesabına faaliyette bulunanların deyimlerinin (19) numaralı bent kapsamına alınmaması önemli bir farktır. Zira 2926 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (b) bendinde "... sair şekilde faydalanmak" deyimini kullanılmış olmakla tarımsal faaliyet kavramı sınırlandırılmamıştır.

Başka bir anlatımla sözü edilen (b) bendinde belirtilen tarımsal faaliyet kavramı örnekleme niteliğinde olup orada ifade edilmeyen herhangi bir faaliyet dahi tarımsal faaliyet olarak değerlendirilebilir.

Diyelim ki 2926 sayılı Kanun'un üçüncü maddesinde yer alan "sair surette" deyimini 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (19) numaralı bendinin kapsamına alınmadığından 5510 sayılı Kanun açısından tarımsal faaliyetler sınırlandırılmış olup anılan (19) numaralı bentte belirtilmeyen faaliyetler tarımsal faaliyet sayılamaz.

Anılan 3. maddenin (19) numaralı bendinde belirtilen "tarımsal faaliyet" ibaresi yukarıda değinildiği gibi 4. maddenin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinin uygulanmasında bağlayıcıdır.

Tarımsal faaliyet kavramı üzerinde çıkan uyuşmazlıklar anılan (19) numaralı bende göre çözümlenmelidir.

Diğer taraftan 2926 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (b) bendi ile 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (19) numaralı bendi arasındaki diğer bir fark ise 2926 sayılı Kanun'da tarım ürünlerinin üreticileri tarafından pazarlanması tarımsal faaliyet sayılmadığı halde, 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (19) numaralı bendine göre tarımsal faaliyet sayılmıştır. Ancak başkasının tarım ürününü pazarlayan kişi tarımsal faaliyette bulunmuş sayılmaz. Zira pazarlanan ürünü kendisi üretmemiştir.

Yine yukarıda değinildiği gibi kişinin sigortalılığı o tarihte yürürlükte olan yasalarca belirlenir. Bu bağlamda 2926 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu dönemde tarımsal faaliyette bulunanların sigortalılığı anılan Kanun hükümlerince, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde ise bu Kanun hükümlerine göre belirlenir. Ne ki 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce tarım sigortalısı sayılanların sigortalıkları 5510 sayılı Kanun'un geçici birinci maddesine göre aynı şartlarla devam eder.

## IV. 5510 SAYILI KANUN'UN 4. MADDESİNİN BİRİNCİ FIKRASININ (4-b) BENDİ KAPSAMINDA SİGORTALI SAYILMANIN ÖZEL KOŞULLARI

Yukarıda (4-b) bendine göre sigortalı sayıl-

manın ortak koşulları açıklanmıştır. Şimdi ise özel koşullar açıklanacaktır.

5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1), (2), (3) numaralı alt bentleriyle (4) numaralı bendinde kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanların sigortalı sayılma koşulları hükme bağlanmıştır. Bu şekilde sigortalı olanların unvanları birbirinden farklıdır. Örneğin "gelir vergisi mükellefi" olanlar, "Esnaf ve Sanatkâr Siciline Kayıtlı Olanlar" "anonim şirketlerin yönetim kurulu üyeleri", "tarımsal faaliyette bulunanlar" gibi. Biz bu şekilde sigortalı sayılma koşullarını özel koşullar diye adlandırdık.

Tarımsal faaliyette bulunanların sigortalı olma koşulları az önce açıklandığından burada tekrardan kaçınılmıştır.

## A- GELİR VERGİSİNDEN MUAF OLANLARIN SİGORTALI SAYILMA KOŞULLARI

5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendine göre, gelir vergisinden muaf olup da Esnaf ve Sanatkâr Siciline kayıtlı olanlar sigortalı sayılmıştır.

Öbür yönden sözü edilen (2) numaralı bendin karşılığı olan Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde, esnaf ve sanatkârların ne şekilde sigortalı sayılacakları belirtilmiş, gelir vergisinden muaf olanlardan Esnaf ve Sanatkâr Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarına usulüne uygun olarak tescili olanlar sigortalı sayılmıştır. Keza sözü edilen (a) bendine göre, ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olan esnaf ve sanatkârların da sigortalı sayılacakları öngörülmüştür<sup>9</sup>.

Ancak gelir vergisi mükellefi olan esnaf ve sanatkârların da sigortalı sayılacaklarına ilişkin bu hüküm 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (4-b) bendi kapsamına alınmamıştır. Aksi takdirde esnaf ve sanatkârların sigortalı olma koşulları tekrar edilmiş olurdu.

Diğer taraftan (4-b) bendinin (2) numaralı alt bendinde, "gelir vergisinden muaf olup Es-

naf ve Sanatkâr Siciline kayıtlı olanlar" denmiş "esnaf ve sanatkârlar" deyimine yer verilmemiştir.

Hal böyle olunca acaba esnaf ve sanatkâr esnaf ve sanatkâr niteliğini taşımayıp da Esnaf ve Sanatkâr Siciline kayıtlı, aynı zamanda gelir vergisinden muaf ise sigortalı sayılabilecek midir? Bize göre Esnaf ve Sanatkâr Siciline sadece esnaf ve sanatkârlar tescil edildiğinden bu niteliği taşımayanlar (4-b) bendinin (2) numaralı alt bendi gereğince<sup>10</sup> sigortalı sayılamaz.

Şayet yasal koşullar oluşmuş ise bunlar elbette (4-b) bendinin diğer alt bentlerine göre sigortalı sayılabilirler. Başka bir deyişle anılan (2) numaralı alt bent hükmü gelir vergisinden muaf olan esnaf ve sanatkârların nasıl sigortalı olacaklarına ilişkindir. Nitekim (2) numaralı alt bendin karşılığı olan Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde "esnaf ve sanatkârlar" deyimine yer verilmiştir. Ne var ki (2) numaralı alt bendin lafzına göre, esnaf ve sanatkâr niteliğini taşımayıp da bağımsız çalışan bir kimsenin Esnaf ve Sanatkâr Siciline tescil edilmesi mümkün ise kendisi sigortalı sayılabilir.

Önemle belirtmek gerekir ise Esnaf ve Sanatkâr Siciline kayıtlı olmak sigortalı sayılmanın hem geçerlik hem de ispat şartıdır.

Gelir vergisi mükellefi olmayan kimse sigortalı sayılmanın diğer koşullarına sahip olsa bile Esnaf ve Sanatkâr Siciline kayıtlı değil ise anılan (4-b) bendinin (2) numaralı alt bendine göre sigortalı sayılamaz<sup>11</sup>. Bunlar koşullar oluşmuş ise diğer alt bentler uyarınca elbette sigortalı sayılabilir.

Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinin yürürlükten kalkmadan önceki son metnine göre, gelir vergisinden muaf olan esnaf ve sanatkârların sigortalı sayılmaları, Esnaf ve Sanatkâr Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşuna usulüne uygun olarak tescili olmalarına bağlı idi. Burada Esnaf ve Sanatkâr Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşuna usulüne uygun olarak kayıtlı olmak yukarıda değinildiği gibi sigortalı sayılmanın hem geçerlik hem de ispat şartıdır. Bu koşullar oluşmamış ise kişi sigortalı sayılmıyordu.

Hemen ifade etmek gerekir ise ileride yeri

geldikçe açıklanacağı üzere gelir vergisinden muaf olan esnaf ve sanatkârların sigortalı sayılmalarına ilişkin koşulların ağırlaştırılmış olması bir çok hak kaybına neden olmuştur. Örneğin, esnaf ve sanatkâr kaydı, ile meslek kuruluş kaydı usulüne uygun değil ise kişi sigortalı sayılmıyordu. Hatta yıllarca sonra sigortalık iptal ediliyordu. Hatta Esnaf ve Sanatkâr Siciline kayıtlı olan kişi ayrıca meslek kuruluşunda kayıtlı değil ise sigortalı olamıyordu. Nitekim bu sakıncayı fark eden yasa koyucu 5510 sayılı Kanun'un (4-b) bendinin (2) numaralı alt bendini 5754 sayılı Kanun'la değiştirmiş, kişinin sigortalı sayılması için diğer koşulların yanında salt Esnaf ve Sanatkâr Sicilinde kayıtlı olmasını yeterli görmüştür. Bu değişiklik bizce de isabetlidir.

Öbür yandan Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "usulüne uygun olarak kayıtlı olanlar" deyiminin (4-b) bendinin (2) numaralı bendine dahil edilmemesi de isabetlidir. Yapılan kayıta usulsüzlük tespit edilse bile diğer yasal koşullar oluşmuş ise kişi sigortalı sayılacaktır.

Esnaf ve sanatkâr sicil kaydı çalışma dönemini içermiyorsa birey sigortalı sayılamaz. Örneğin birey çalışma dönemi sona erdikten sonra sicile tescil edilmiş ise tescil işlemi geriye yürütülemez.

### **a- Esnaf ve Sanatkâr Siciline Kaydolma Zorunluluğu ve Yöntemi**

17.7.1964 tarihli ve 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanunu 7.6.2005 tarihli ve 5362 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır. Bu konuda halen geçerli olan Kanun, 5362 sayılı Kanun'dur. Her ne kadar her iki kanunun konusu aynı ise de 5362 sayılı Kanun'la bazı değişiklikler yapılmış ve yasanın adı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu olarak değiştirilmiştir. Bu kanun yürürlüğe girmeden önce Esnaf ve Sanatkâr Sicilleri 507 sayılı Kanun'a göre tutulmakta idi. Artık bundan böyle Esnaf ve Sanatkâr Sicilleri 5362 sayılı Kanun gereğince tutulacaktır. Bu kanunun amacı, esnaf ve sanatkârlar ile bunların yanlarında çalışanların mesleki ve teknik ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin

genel çıkarlarına uygun olarak gelişmelerini ve mesleki eğitimlerini sağlamak; meslek mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak gibi hususlardır. Anılan yasaya göre kurulan esnaf ve sanatkâr odaları ile bunların üst kuruluşu olan birlikler federasyon ve konfederasyon ile tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğindedirler. 5362 sayılı Kanun'un kapsamı 2. maddesinde belirtilmiştir. Esnaf ve sanatkârların yasa gereğince kurulan odalar ile bu odaların üst kuruluşunu teşkil eden birlikler, federasyon ve konfederasyonun çalışma usul ve esasları sözü edilen kanunda düzenlenmiştir. Esnaf ve Sanatkâr Sicili, teşkilat, çalıştırılacak personele ilişkin hükümler 67. maddede, sicile kayıt işlemleri 68. maddede düzenlenmiştir. Esnaf ve sanatkârlar çalışmaya başladıkları tarihten itibaren 30 gün içinde bağlı buldukları Esnaf ve Sanatkâr Siciline başvurup kayıtlarını yaptırmak zorundadır. Ayrıca tescil işleminin Esnaf ve Sanatkâr Sicil Gazetesinde ilan edilmesi zorunludur. Bu yükümlüklerini yerine getirmediği saptananlar, birlik tarafından ruhsat vermekle yetkili, ilgili kurum ve kuruluşlara bildirilir. İlgili kurum ve kuruluşlar, tescil işlemi yapıncaya kadar bunların faaliyetlerini durdurur. Tescil işlemi gerçekleşmedikçe kişinin sigortalılığı başlamaz. Ayrıca 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu kapsamına alınanlar ile mesleklerinde faaliyette bulunacak olan esnaf ve sanatkârlardan sicile kaydedilmeden önce meslek dalı ile ilgili ustalık belgesi istenir. Keza esnaf ve sanatkârların sicile kayıtları esnasında vergi mükellefi veya ergiden muaf olduklarını belgelemeleri istenir.

Ayrıca esnaf ve sanatkâr, birden ziyade meslek sahibi ise her bir meslek için odaya ayrı ayrı kayıt yaptırmaması gerekir.

Keza elektronik ortamda Bakanlıkça "esnaf ve sanatkâr veri tabanı" oluşturulur. Esnaf ve sanatkâr kayıt beyannamelerinde meydana gelen değişiklikler en geç 30 gün içinde sicil memurluğuna bildirilir.

Diğer taraftan esnaf ve sanatkârlar kural olarak kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt yaptırmaya zorlanamaz. Ne var ki 5362 sayılı Kanun'un 68. maddesinin



dördüncü fıkrasında yer alan koşullar oluşmuş ise esnaf ve sanatkâr kayıtları sicil memurluğu aracılığı ile ticaret siciline aktarılır. Esnaf ve sanatkârın faaliyeti sona ermekle birlikte ilgilinin talebi üzerine sicildeki kayıt terkin edilir.

Görüldüğü gibi Esnaf ve Sanatkâr Siciline sadece esnaf ve sanatkârlar tescil edilir. Bunların yanlarında çalışanlar sicile kaydedilmez. Yukarıda değinildiği gibi Esnaf ve Sanatkâr Siciline kaydolmaksızın (4-b) sigortalısı sayılamazlar. Bunlar sicil gazetesinde ilan edilmemiş olsalar bile tescille birlikte sigortalılıkları başlar.

Keza sicil kaydı terkin edilmekle birlikte kişinin (4-b) sigortalılığı sona erer.

## B-GELİR VERGİSİ MÜKELLEFI OLANLARIN SİGORTALI SAYILMA KOŞULLARI

5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendine göre, ticari kazanç veya serbest kazanç nedeniyle gerçek ya da basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar diğer ortak koşullar da oluşmuş ise (4-b) sigortalısı sayılırlar. Bu iki kazanç türünden sadece birisinden dolayı gelir vergisi mükellefi olmak sigortalı sayılmak için yeterlidir. Zira anılan (1) numaralı alt bentte "ticari kazanç" veya "serbest meslek kazancı dolayısıyla vergi mükellefi" olmaktan söz edilmektedir.

Burada "veya" bağlacı iki kazanç türünü birbirinden ayırmaktadır. Esasen bir kimsenin aynı zaman kesiti içinde hem ticari kazanç hem de meslek kazancı dolayısıyla gelir vergisi mükellefi olması olağan değildir<sup>12</sup>.

### a- Gelir Vergisi Mükelleflerinin Belirlenmesi

Bağımsız çalışma şartıyla gelir vergisi mükellefi olanların zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılabacakları ilk defa 14.4.1982 tarihli ve 2654 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile kabul edilmiştir. Bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı olmak için gelir vergisi mükellefi olmak şart değildi. Gelir vergisi mükellefiyetinden dolayı sigortalı olmayı öngören 2654 sayılı Kanun'la getirilen bu hükme Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinde bilahare yapılan tüm değişiklik-

lerde dokunulmamıştır. İşin esasına girmeden önce vergi hukuku açısından kimlerin gelir vergisi mükellefi olduğu konusu hakkında kısaca ve özetle açıklama yapma gereği duyulmuştur.

Vergi Usul Kanunu'nda gelir vergisi mükellefi şöyle tanımlanmıştır: "Vergi Kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüp eden gerçek ve tüzel kişidir" (VUK. m. 8/1). Kırbas, vergi mükellefi olmanın en önemli unsuru sayılan vergi borcunun ödenmesinin önem taşıdığını, buna "maddi vergi mükellefiyeti" dendiğini, vergi mükellefinin, vergi borcunun ödenmesi dışında bazı biçimsel ve usule ilişkin ödevlerinin, de bulunduğunu ifade etmektedir<sup>13</sup>.

Uluatam da aynı görüşü paylaşmakla birlikte bazı durumlarda tüzel kişiliği olmayan bir kısım ortaklıkların ve kuruluşların vergi mükellefi ya da vergi sorumlusu olabileceklerine gerek VUK'da gerekse diğer vergi kanunlarında işaret edildiğini ifade etmektedir<sup>14</sup>.

Tuncer, vergi mükellefini vergi sorumlusu olarak adlandırmaktadır<sup>15</sup>. Öncel/Kumrulu/Çağan üçlüsü vergi yükümlüsünü, tam yükümlülük, dar yükümlük diye ikiye ayırmaktadırlar. Buna göre tüm yükümlülük, yabancı ülkelerden ve yurtdışından elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi dar yükümlük ise Türkiye'de elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi ve ödenmesidir<sup>16</sup>. Neumark, vergi mükellefine "vergi süjesi" demektedir, vergi süjesinden asıl amacın "vergi borçlusu" olduğunu, başka bir deyişle mükellefiyet doğurucu olayı, kendisi ile vergi konusu arasındaki ilişkinin teşkil ettiği kişi olarak tanımlamaktadır<sup>17</sup>. Tuncer, vergi mükellefi ile vergi borçlusunun aynı anlama gelmediği görüşündedir. Tuncer'e göre vergi mükellefi hukuki ve soyut bir kavram olduğu halde, vergi borçlusu geniş ve somut bir kavramdır. Ayrıca her vergi mükellefinin vergi borçlusu olduğu (olması) gerekmez. Hal böyle olunca vergi mükellefi vergi borçlusu olmasa bile (4-b) sigortalısı sayılabilir<sup>18</sup>.

Bize göre bir kimse vergi ödemese bile vergi mükellefi olabilir.

### b- Ticari Kazanç Nedir?

GVK'nın 37. maddesine göre, ticari kazanç "her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan

kazançtır". Türk Ticaret Kanunu'nda ticari faaliyetin ne olduğu tanımlanmamış ise de "ticari iş" ve "ticari işletme" kavramları hükme bağlanmıştır. Böyle olunca da ticari faaliyet ticari işletmeye bağlı olarak TTK.'nın 11. maddesi, ticarethaneler, fabrikalar ve ticari şekilde işletilen diğer müesseseleri ticari işletme olarak vasıflandırılmıştır. TTK.'nın 11, 12 ve 13. maddelerinde ifade edilen deyimler sayılı ve sınırlı olmayıp örnekleme niteliindedir<sup>19</sup>.

### c- Serbest Meslek Kazancı Nedir?

Bireyler serbest meslek kazancıyla da vergi mükellefi olabilir. GVK.'nın 65. maddesinde serbest meslek faaliyetinin ne olduğu belirtilmiştir. Buna göre, sermayeden çok kişisel faaliyete, bilimsel ve mesleki bilgiye veya uzmanlığa dayanan ticari iş niteliğinde olmayan, işin bir işverene bağlı olmaksızın kişisel sorumluluk altında kendi adına ve hesabına yapılmış olmasına serbest meslek faaliyeti denmektedir. Bu şekilde elde edilen kazançlar ise serbest meslek kazancıdır. Ne var ki böylece elde edilen kazancın az çok süreklilik arz etmesi gerekir.

Aksi takdirde elde edilen gelir arızı olarak kazanılan serbest meslek kazancı düzeyinde kalır. Bunlar vergi hukuku açısından diğer kazanç ve iratlar arasında vergilendirilmeye tabi tutulur.

### d- Basit Usulde Vergi Mükellefiyeti

4369 sayılı Kanun'la, götürü usul sistemi büyük ölçüde yürürlükten kaldırılmış, onun yerini "basit usulde vergi mükellefi" kavramı almıştır.

Basit usulde vergi mükellefiyetinin belirlenmesi için mükellefler GVK.'nın 47. ve 48. maddelerinde öngörülen koşulları yerine getirmek zorundadır. Basit usulde ticari kazanç bir hesap dönemi içinde elde edilen hasılat ile giderler ve satılan malların alış bedelleri arasındaki müspet farktır. Bu fark Vergi Usul Kanunu'nun gerektirdiği belgelerde gösterilen miktara göre hesap edilir. Böylece tespit edilen kazanç vergi tarhına esas alınır.

Basit usule göre vergilendirilenler, kazancın tespiti ve VUK.'un defter tutma yükümlüğü dışında ikinci sınıf tacirlere ilişkin hükümlere tabidir. Az önce değinildiği gibi götürü usulde

vergi uygulamasına Türk vergi sisteminde geniş ölçüde başvurulmakta iken, bu sisteme 4369 sayılı Kanun'la son verilmiş ise de vergi matrahının belirlenmesine ilişkin bazı unsurlar götürü olarak saptanmaktadır<sup>20</sup>. Örneğin gayrimenkul sermaye iradı gibi. Gelir Vergisi Kanunu'nun 51. maddesinde hangi faaliyetin götürü usulde vergilendirilmeyeceği ifade edilmiştir. Örneğin, kolektif şirket ile komandit şirketlerin komandite ortaklarının kazançları gibi<sup>21</sup>.

### e- (4-b) Sigortalısı Olmak İçin Vergi Dairesinde Kayıtlı Olmak Şart mıdır?

Kimlerin gelir vergisi mükellefi olduğu yukarıda açıklanmıştır. Gerek GVK.'da gerekse Vergi Usul Kanunu'nda, gelir vergisi mükellefi sayılmak için vergi dairesinde tescilli olma şartı getirilmemiştir. Tescil şartı getirilmiş olsa idi vergi ödemek bireylerin keyfine bırakılmış olurdu. Kişi vergi ödememek için vergi dairesine tescilini yaptırmazdı. Nitekim (4-b) bendinde tescilden söz edilmemiş "vergi mükellefi" deyimine yer verilmiştir.

Bu durumda kendi adına ve hesabına çalışan ve vergi dairesinde tescilli olmayan bir kimse gelir vergisi mükellefi olduğunu iddia ederek Kuruma başvurup sigortalılığını tescil ettirebilecek midir? Mahkemenin önüne böyle bir uyuşmazlık geldiğinde hakim bir vergi hukukçusu gibi araştırma ve inceleme yapıp kişinin vergi mükellefi olup olmadığını saptayabilecek midir?

Kuşkusuz bireyin vergi dairesinde kaydı varsa, aksi iddia ve ispat edilmedikçe hakim kişinin vergi mükellefi olduğunu kabul edecektir. Kurum, sigortalıyı tescil etmeden önce vergi kaydı ister. Vergi kaydı olmaksızın sigortalıyı tescil edemez. Ne var ki kişi vergi kaydı ibraz etmese bile vergi mükellefi olduğunu geçerli bir belge ile kanıtlarsa kuruma sigortalı olarak tescil etmek zorundadır.

Yargıtayımız, önceki yıllarda vergi kaydı olmayanların da Bağ-Kur sigortalısı olacağına ilişkin kararlar vermiş ise de daha sonraları bu görüşünden dönmüş ve sigortalı olmak için vergi kaydının şart olduğu görüşüne gelmiştir. Az önce belirtildiği gibi bize göre bir kimsenin vergi kaydı olmasa bile vergi mükellefi olduğu

nu kanıtlarsa sigortalı olabilir. Vergi mükellefliliği konusunda herhangi bir uyuşmazlık çıkarsa hakim durumu Maliye Bakanlığı'ndan sormalı Bakanlıktan menfi cevap geldiği takdirde idari yargıya gitmek için taraflara önel vermeli ve sonucuna göre hüküm tesis edilmelidir. Güzel/Okur ikilisi de bağımsız çalışmasına karşın vergide tescili olmayanların Bağ-Kur sigortalısı sayılmayacağı görüşündedir<sup>22</sup>. Uygulamada, Bağ-Kur sigortalısı olmak isteyen kişi, giriş beyannamesiyle birlikte vergi kaydını da Kuruma ibraz etmekte, bunun üzerine Kurum sigortalılığı tescil etmekte, vergi kaydı yoksa tescil etmemektedir.

### f- 5510 Sayılı Kanun'a Göre Şirket Ortakları ile Şirketin Yönetim Kurulu Üyelerinin Sigortalı Sayılma Koşulları

5510 sayılı Kanun'un (4-b) bendinin (3) numaralı alt bendine göre ayrık durumlar dışında şirket ortakları sigortalı sayılmıştır. Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinde sigortalı sayılan şirket ortakları ayrı ayrı belirtilmiş iken, (4-b) bendinin (3) numaralı alt bendinde şirket ortaklarının tümü ayrı ayrı sayılmamış, bazı şirket ortakları belirtildikten sonra "...diğer şirket ortakları" denmiştir.

Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinde kolektif şirket ortakları, adi komandit şirketlerin komandite ve komanditer ortakları, limited şirket ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, donatma iştiraki ortakları ve anonim şirketlerin kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyesi olan ortakları Bağ-Kur sigortalısı sayılmıştır. Az önce değinildiği gibi burada şirket ortakları sayılı ve sınırlı olarak belirtilmiştir.

5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (4-b) bendinde ise Bağ-Kur Kanunu'nda olduğu gibi anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları (4-b) bendi kapsamında sigortalı sayıldığı halde, anonim şirketin kurucu ortakları sigortalı sayılmamıştır. Oysa Bağ-Kur Kanunu'na göre kurucu ortaklar da Bağ-Kur sigortalısı sayılıyordu. (4-b) bendinin (3) numaralı bendinde geçen "diğer şirket ortakları" deyiminin

kapsamına adi şirket ortakları da girer mi? Aksi düşünülebilirse de, bizce diğer şirket ortakları deyiminin kapsamına adi şirket ortakları da girer.

Diyelim ki 5510 sayılı Kanun'a göre anonim şirketlerin kurucu ortakları (4-b) sigortalısı sayılmadığına göre bizce bunlar yasal koşullar oluşmuş ise (4-a) sigortalısı olabilirler.

### DİPNOTLAR

- 1 Aslanköylü Resul, Bağ-Kur Kanunu ile Karşılaştırmalı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi 2010, Ankara, s. 115.
- 2 Aslanköylü Resul, 2010, s. 175.
- 3 Aslanköylü, 2010, s. 175.
- 4 21. HD. 28.10.2008 T., 2007/22383 E., 2008/K. 16663.
- 5 10. HD. 14.4.2007 T., 2006/16807, E. 2007/K. 5636. Not: Zorunlu sigortalık söz konusu ise birey isteğe bağlı sigortalı olamaz. O nedenle karardaki görüşe katılmıyoruz.
- 6 Çenberci Mustafa, Uygur Turgut, Bağ-Kur Kanunu Şerhi 1979, s. 173.
- 7 Çenberci-Uygur, 1979, s. 84.
- 8 Aslanköylü, 2010, s. 184.
- 9 Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen, 2008, İstanbul, s. 635.
- 10 Aslanköylü Resul, 2010, s. 187.
- 11 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 2008, s. 635.
- 12 Aslanköylü, 2010, s. 190.
- 13 Kırbaş, Sadık, Vergi Hukuku 2002, Ankara, s. 76.
- 14 Uluatam, Özhan, Vergi Hukuku 1995, Ankara, s. 94.
- 15 Tuncer Selahattin, Vergi Hukuku ve Uygulaması, Fenerbahçe, 2003, s. 125.
- 16 Öncel Mualla/Kumrulu Ahmet/Çağan Nami, Vergi Hukuku, Ankara, s. 129.
- 17 Neumark, Savran/Tuncer'den naklen, 2003, s. 129.
- 18 Tuncer, 2003, s. 129.
- 19 Uluatam/Methibay, Ankara, 1995, s. 270.
- 20 Kırbaş, Ankara 2002, s.108.
- 21 Aslanköylü 2010, Ankara, s. 193.
- 22 Güzel/Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 2004, s. 532.

**Murat UĞUR**

İstanbul/Gaziosmanpaşa Sosyal Güvenlik Merkezi Müdür Yardımcısı

# Çalışma Yaşamında Kadınlara Sosyal Güvenlik Mevzuatına Göre Sağlanan Haklar

## 1- GİRİŞ

2008 yılında yürürlüğe giren sosyal güvenlik reformuyla birlikte, hayatımızda pek çok şey değişti. Kimi haklarda değişikliğe gidilirken, doğum borçlanması gibi bazı haklarla da ilk defa tanıştık.

Anayasa'nın 10. maddesine göre; Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir.<sup>1</sup> Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.<sup>2</sup> Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağını hüküm altına almış bulunmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ise cinsel ayrımcılığı yasaklamış olup Türkiye'nin 1985 yılında imzaladığı TBMM'nin de 2002'de onayladığı Birleşmiş Milletlerde Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW), erkeklerle kadınların

eşit haklara sahip olmasını öngörmektedir.

Ancak 5510 sayılı<sup>3</sup> Kanun'un 41. maddesinin a bendine göre yapılacak borçlanmalar ve aynı Kanunun dördüncü bölümünde uzun vadeli sigorta kollarına tabi sağlanan haklar ile, sosyal güvenlik sistemimizin kadınlarımız için bazı özel düzenlemeler getirdiği genel olarak hepimiz tarafından bilinmektedir.

## II- YARDIMCI ÜREME YÖNTEMİ GİDERLERİ

Evli olmakla birlikte çocuk sahibi olamayan genel sağlık sigortalısı kadın ise kendisinin, erkek ise karısının; yapılan tıbbî tedavileri sonrasında normal tıbbî yöntemlerle çocuk sahibi olamadığının ve ancak yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olabileceğinin Sosyal Güvenlik Kurumu'nca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben mümkün görülmesi, 23 yaşından büyük, 39 yaşından küçük olması, son 3 yıl içinde diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınamamış olduğunun Sosyal Güvenlik Kuru-



munca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından belgelenmesi ve uygulamanın yapıldığı tıbbî merkezin Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşme yapmış olması, şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde en fazla iki deneme ile sınırlı olmak üzere yardımcı üreme yöntemi tedavileri ile bir hastalığın tedavisinin başka tıbbî bir yöntemle mümkün olmaması ve Sosyal Güvenlik Kurumu'nca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben zorunlu görülmesi halinde yardımcı üreme yöntemi tedavileri genel sağlık sigortası kapsamında Sosyal Güvenlik Kurumu'nca karşılanmaktadır.

Ancak bu yardımdan yararlanılabilmesi için en az 5 yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olunması ve 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının bulunması gerekmektedir.

### III- ANALIK SİGORTASINDAN SAĞLANAN HAKLAR

5510 sayılı Kanun'da; hizmet akdine tabi veya kendi adına ve hesabına bağımsız çalışan sigortalı kadının gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk 8 haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk 10 haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve özürülük halleri analık hali olarak kabul edilmektedir.

Analık hali bağımsız çalışan kadınlar için ilk defa 5510 sayılı Kanun'la getirilmiştir.

Hizmet akdine tabi olarak çalışan kadınlar ile kendi adına bağımsız çalışan kadınlarımıza analık sigortası kapsamında emzirme ödeneği ve istirahatlı kaldıkları dönemdeki gelir kayıplarını telafi edebilmek amacıyla geçici iş göremezlik ödeneği verilmektedir.

Hizmet akdine tabi olarak veya hizmet akdine tabi olmaksızın kendi adına bağımsız çalışan kadına veya sigortalı olmayan karısının doğum yapması nedeniyle sigortalı erkeğe ya da kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadın sigortalılar ile gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşine her çocuk için yaşaması şartıyla doğum tarihinde geçerli olan tutar üzerinden emzirme ödeneği verilmektedir. Emzirme ödeneği doğum yapılan

tarihe göre farklılık göstermektedir.

Sigortalı kadına veya sigortalı olmayan eşinin doğum yapması nedeniyle sigortalı erkeğe emzirme ödeneği verilebilmesi için, hizmet akdine tabi çalışanlar için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş olması, hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına bağımsız çalışanlar için ise 120 gün prim ödeme şartının yanı sıra genel sağlık sigortası primi dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şartı aranmaktadır.

Ayrıca, sigortalılığın sona erdiği tarihten başlamak üzere 300 gün içinde çocukları doğan, doğum tarihinden önceki 15 ay içinde en az 120 gün prim ödeyen sigortalı kadına veya eşi analık sigortası hakkından yararlanacak olan sigortalı erkeğe de emzirme ödeneği verilmektedir.

Hizmet akdiyle çalışan veya bağımsız çalışanlar kapsamındaki köy ve mahalle muhtarları, vergi ve oda kayıtlarına göre sigortalı olanlar ile tarım sigortalısı kadınlar; doğumdan önceki bir yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş ve bağımsız çalışanlar için de ayrıca prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şartıyla geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanmaktadır.

### IV- ERKEN DOĞUM YAPAN KADINA İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİ

Geçici iş göremezlik ödeneği hekimin vereceği istirahatata bağlı olarak doğumdan önceki ve sonraki 8 haftalık sürede, çoğul gebelik halinde doğumdan önceki 8 haftalık süreye 2 haftalık süre ilave edilerek 10 haftalık çalışılmayan her gün için ödenmektedir. Sigortalı kadının isteği ve hekimin onayı ile doğuma 3 hafta kalıncaya kadar çalışması halinde, doğum sonrası istirahat süresine olan 8 haftalık süreye çalışılan süre eklenmektedir. Bu sürelerin eklenebilmesi için doğumdan önceki 3 haftaya kadar çalışmasının uygun olduğuna dair sağlık raporu sosyal güvenlik kurumunun anlaşmalı olduğu sağlık tesisleri tarafından düzenlenmiş olması gerekmektedir.

5510 sayılı Kanun'un 18. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde yer alan "sigortalı kadının isteği ve hekimin onayı ile doğuma 3 hafta kalıncaya kadar çalışması halinde," ibaresi "6111 sayılı Kanun'la 5510 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle sigortalı kadının, erken doğum yapması halinde doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler ile isteği ve hekimin onayıyla doğuma 3 hafta kalıncaya kadar çalışması halinde," şeklinde değiştirilmiştir olup; doğum öncesi 8 (7x8=56 gün) veya çoğul gebelik halinde 10 (7x10=70 gün) haftalık istirahata ayrılan veya 3 hafta kalıncaya kadar çalışabileceğine dair rapor alan ancak daha önce erken doğum yapan kadın sigortalıya doğum yapacağı tarihten önce (erken doğum nedeniyle) kullanamadığı günler doğum sonuna ilave edilerek geçici iş görmezlik ödeneği ödenmektedir.

## V- ANALIK HALİNDE SAĞLIKTAN FAYDALANMA

Sigortalılığı yeni başlaması nedeniyle sağlık yardımlarından yararlanabilmesi için aranan 30 gün prim ödeme şartını yerine getiremeyen kadın sigortalının analık sebebiyle ayakta veya yatarak hekim tarafından yapılacak muayene, tetkik ve tahliller, tıbbi müdahale ve tedaviler, sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbi bakım ve tedavileri, 30 günlük prim ödenip ödenmediğine veya bağımsız çalışanlarda prim borcu olup olmadığına bakılmaksızın genel sağlık sigortası kapsamında karşılanmaktadır.

## VI- DOĞUM YAPAN KADIN SİGORTALIYA BORÇLANARAK 4 YIL DAHA ERKEN EMEKLİ OLABİLME İMKÂNI

1 Ekim 2008'de yürürlüğe giren reform ile kadın sigortalıların; ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladıkları tarihten sonra iki defaya mahsus olmak üzere doğum yaptıkları tarihten itibaren geçen en fazla 2 yıl-

lık süreleri, bu sürede adlarına prim ödenmemiş olması kaydıyla ve çocuklarının yaşaması şartıyla borçlanabilmektedirler. Söz konusu düzenleme ile doğum nedeniyle çalıştığı işinden ayrılmak zorunda kalan kadın sigortalılara doğumdan sonra sigortasız geçirdikleri belli süreleri borçlanarak hizmet olarak değerlendirilme imkânı sağlanmıştır. Sigortalı kadının doğumdan sonraki 8 haftalık, çoğul gebelik halinde ise 10 haftalık süreleri, doğuma 3 hafta kalıncaya kadar çalışması halinde, doğum sonrası istirahat süresine eklenen süre dahil toplam istirahat süresinde adına prim ödenmemiş olması kaydıyla bu sürelerle birlikte toplam 2 yıllık süre borçlandırılabilir. Prim ödenmiş ise bu süreler 2 yıllık süreden düşülerek kalan süre borçlandırılabilir.

5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi kadın sigortalıların çeşitli İş Kanunları (854, 4857, 5953 ve diğer İş Kanunları) gereğince kullandıkları ücretsiz doğum ya da analık izin süreleri işyerinden alacakları belgelerle birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurmaları halinde borçlandırılmaktadır.

## VII- UZUN YAŞAM ERKEN EMEKLİLİK

Ülkemizde ortalama hayat süresinin kadınlarda 74 erkeklerde 69 olduğu istatistiklerde yer almaktadır. 8.9.1999 tarihinden önce işe giren bir bayan emeklilikte kademelî geçiş tabi olmakla birlikte, erkeklerden 5 yıl, bu tarihten sonra işe girenlerse 2 yıl daha önce emekli olmaktadır.

## VIII- KADIN KAÇ YAŞINDA OLURSA OLSUN YETİM SAYILMAKTADIR

Ölen sigortalının erkek çocuklarına üniversite okumaları şartıyla en çok 25 yaşına kadar aylık bağlanmaktadır, bu yaştan sonra aylığının devam edebilmesi için erkek çocuğun malul sayılmayı gerektirecek kadar işgücü kaybı olması gerekmektedir. Ancak kadınlar kaç yaşında olursa olsun evli olmadıkları

sürece ölüm aylığından yararlanabilmektedirler. Ana/babasından dolayı aylık bağlanana Genel Sağlık Sigortası kapsamında Kurumca sağlık yardımı yapıldığından ilerleyen yaşlarda sağlıktan ücretsiz yararlanmanın ne kadar önemli olduğu ortadadır.

### A-Çocuklara aylık bağlama şartları<sup>4</sup>

Ölüm aylığı bağlanmasında evlilik bağı içinde doğan çocuklar ile sigortalı ve eşi tarafından evlat edinilmiş, tanınmış veya nesebi düzeltilmiş yahut babalığı hükme bağlanmış çocuklar da hak sahibi sayılmaktadır. Ölüm aylığına hak kazanma şartları yönünden çocuklar için ortak koşul;

Hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutuklevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortasına tabi çalıştırılan hükümlü ve tutuklular,

Haklarında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası hükümleri uygulanan, 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler; haklarında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanan meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 46. maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, 5510 sayılı Kanun'un 82. maddesine göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının 30 katından fazla olmayanlar,

Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan ve haklarında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanan kursiyerler,

hariç olmak üzere, Kanun veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmama veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olmasıdır.

Çocuklara ilişkin diğer koşullar, çocuğun kız veya erkek veya malul olmasına göre farklılıklar göstermektedir.

### B- Erkek çocuklar

Erkek çocuklara ölüm aylığı bağlanabilmesi için öğrenci değilse 18, orta öğrenim yapması halinde 20, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurmamış olması şarttır.

Orta öğrenimin 20, yüksek öğrenimin ise 25 yaşından önce bitirilmesi halinde, ölüm aylıkları bu yaşlar beklenmeden kesilecek, erkek çocukların evlenmesi halinde aylıkları kesilmeyecektir.

### C- Kız çocuklar

Kız çocuklarının yaşları ne olursa olsun evli olmaması, evli olmakla birlikte sonradan boşanması veya dul kalması şarttır. Kız çocukların hak sahibi olma şartları içerisinde belli yaşlara kadar öğrenci olma şartı aranmamaktadır.

## IX- EVLENME ÖDENEĞİ

Hak sahibi olarak ölüm geliri veya ölüm aylığı alan kız çocuklarının evlenmeleri halinde talepte bulunmaları şartıyla almakta oldukları gelir veya aylıklarının iki yıllık tutarı bir defaya mahsus olmak üzere evlenme ödeneği olarak peşin ödenmektedir.

Evlenme ödeneği alan hak sahibinin aylığının kesildiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde yeniden hak sahibi olması halinde ise iki yıllık sürenin sonuna kadar gelir veya aylık bağlanmamakta, ancak bu durumda olanlar genel sağlık sigortalısı sayılmaktadırlar.

Evlenmesi nedeniyle almakta olduğu gelir veya aylığı kesilen kız çocuğuna evlenme ödeneği verilmesi halinde, diğer hak sahiplerinin gelir veya aylıkları, evlenme ödeneği verilen sürenin bitimini takip eden ödeme döneminden itibaren kalan hak sahipleri itibarıyla yeniden belirlenmektedir.

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce görevde olan kamu görevlilerinin hak sahibi eş ve kız çocuklarına bir yıl üzerinden evlenme ödeneği verilmektedir. 2008 yılı Ekim ayından itibaren ilk defa kamu görevlisi olan sigortalıların hak sahibi kız çocuklarına yukarıda belirtildiği şekilde 2 yıl üzerinden evlenme ödeneği ödenmektedir.

## X- MALUL ÇOCUĞU BULUNAN KADIN SİGORTALILARA ERKEN EMEKLİLİK

Yeni Sosyal Güvenlik Yasası ile anneye sağlanan ve çok da anlamlı olan bir diğer hak, malul çocuğu bulunan annelerin daha erken yaşta emekli olabilmeleridir. Yürürlüğe giren reform ile getirilen yeni bir düzenlemeye göre; başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul çocuğu olan ve emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalıların 1 Ekim 2008'den sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına eklenmekte ve eklenen bu süreler emeklilik yaş hadlerinden de indirilmektedir. Malul çocuğun ölümü veya bakıma muhtaçlığının kalkması halinde, 1 Ekim 2008'den ölüm tarihine veya bakıma muhtaçlığın kalktığına karar verilen Sağlık Kurulu Rapor tarihine kadar geçen hizmetlerin dörtte biri prim ödeme gün sayısına eklenerek emeklilik yaş hadlerinden indirilmektedir. Bu hak, diğer bir ifade ile sigorta prim gün sayısına ilave edilecek süre, malul çocuğun ölmesi, maluliyet halinin ortadan kalkması, kadın boşanmış ise velayetin babaya verilmesi, malul çocuğun 828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümlerine göre koruma altına alınması ya da çocuğun bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz sürekli ve yatılı olarak faydalanması halinde sona ermektedir.

## XI- YURTDIŞI BORÇLANMASI YAPACAKLARDA ÇALIŞMA ŞARTI ARANMAMAKTADIR

Erkeklerin yurt dışında geçen süreleri borçlanarak emekli olabilmesi için hizmet akdi kapsamında fiilen bir işte çalışması ve bunu belgelendirmesi gerekirken; kadınlar için böyle bir şart bulunmamaktadır. Kadınlar 18 yaşını doldurduktan sonra yurt dışında geçen sürelerin tamamını veya diledikleri kadarını herhangi bir şart aranmaksızın borçlanabilmektedir.<sup>5</sup>

## XII- GELİR VERGİSİNDEN MUAF KADIN SİGORTALILARA İNDİRİMLİ İSTEĞE BAĞLI PRİM ÖDEME HAKKI

Kanun'un geçici 16. maddesinin üçüncü fıkrasında 6111 sayılı<sup>6</sup> Kanun'un 50. maddesiyle yapılan düzenlemeyle 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 9. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinde belirtilen vergiden muaf işleri hizmet akdiyle herhangi bir işverene tabi olmaksızın sürekli ve kazanç getirici nitelikte yaptıklarını vergi dairelerinden alacakları yazılar ya da Kurum'un denetim ve kontrolle görevli memurları tarafından düzenlenen raporlar ile tespit ettiren kadınlar isteğe bağlı sigortalı olarak primlerini 2011 yılında % 18 olmak üzere ve her yıl birer puan artırılabileceklerdir.

Bu düzenleme ile 1/10/2008 tarihinden önce kayıt ve tescili yapılan isteğe bağlı sigortalılar ile 25/2/2011 tarihinden itibaren tescilleri yapılan kadınların bu madde kapsamında prim ödemek istemeleri durumunda vergiden muaf işleri 1/10/2008 tarihinden önce veya sonra yaptıkları araştırılmayacak, vergiden muaf işleri yaptıklarını belgelemeleri halinde isteğe bağlı sigortalılık talep tarihini takip eden günden itibaren başlatılacaktır. Ancak, 6111 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce talepte bulunup 1/10/2008 tarihinden sonra vergiden muaf işleri yapmaları nedeniyle sigortalılıkları başlatılmayanlardan yeniden talep bulunmaları gerekmektedir.

### A- Yararlanma hakkı olanlar

5510 sayılı Kanun'un geçici 16. maddesi ile getirilen uygulamadan;

- 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Kanunlara göre sigortalı/iştirakçi olarak tescilleri yapılmış olup zorunlu sigortalılıkları ya da isteğe bağlı sigortalılıkları sona eren,

- 01/10/2008 tarihinden önce 506 ve 1479 sayılı Kanunlara tabi olarak isteğe bağlı sigortaya prim ödeyen,

Gelir vergisinden muaf kadın sigortalılar yararlanacaktır.

Bu düzenleme ile 1/10/2008 tarihinden



önce kayıt ve tescili yapılan isteğe bağlı sigortalılar ile 25/2/2011 tarihinden itibaren tescilleri yapılan kadınların prim ödemek istemeleri durumunda vergiden muaf işleri yaptıklarını belgelemeleri halinde isteğe bağlı sigortalılık talep tarihini takip eden günden itibaren başlatılacaktır.

## B- İsteğe bağlı sigortalılık sürelerinin değerlendirilmesi

### a- 01/10/2008 Tarihinden Sonra İsteğe Bağlı Sigortalılık Statüsü

5510 sayılı Kanun'un 51. maddesi gereğince 01/10/2008 tarihinden itibaren ilk defa isteğe bağlı sigortalı olanlar ile 506, 1479 ve 2926 sayılı Kanunlara tabi isteğe bağlı sigorta primi ödeyen sigortalıların 01/10/2008 tarihinden sonra isteğe bağlı sigorta primi ödenmiş süreleri malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulamasında 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul edilmektedir.

### b- 01/10/2008 Tarihinden Önce Geçen Hizmetlerin Değerlendirilmesi

01/10/2008 tarihinden önce;

- 506 sayılı Kanun'un mülga 85. maddesine tabi isteğe bağlı sigorta primi ödenmiş süreler 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi,

- 1479 sayılı Kanun'un mülga 79. maddesine tabi isteğe bağlı sigorta primi ödenmiş süreler 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi,

- 2926 sayılı Kanun'un mülga 60. maddesine tabi isteğe bağlı sigorta primi ödenmiş süreler 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi,

- 5434 sayılı Kanun'un mülga 12. ve geçici 218. maddelerine göre isteğe bağlı iştirakçiliği sağlananlar ile 01/10/2008 tarihinden sonra mülga 12. madde gereğince isteğe bağlı iştirakçiliği sağlanacakların prim ödenmiş süreleri 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi

kapsamında hizmet olarak değerlendirilir.

## C- İsteğe bağlı sigorta primlerinin hesabı ve ödenmesi

Gelir vergisinden muaf olması nedeniyle prim ödeyecek kadın sigortalılar, 5510 sayılı Kanun'un 82. maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının %32'sidir bunun %20'si malullük yaşlılık ve ölüm sigortası %12'si genel sağlık sigortası primidir. 2011 yılında 18 olmak üzere ve her yıl birer puan artırılmak suretiyle otuz katını geçmemek üzere malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası primi ödeyebileceklerdir.

## Ç- Sağlıktan faydalanmaları

5510 sayılı Kanun'un 60. maddesine istinaden bu Kanun veya bu Kanun'dan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alan kişiler ile 01/10/2008 tarihinden itibaren isteğe bağlı sigortalılar genel sağlık sigortalısı sayılmış olup Kanun'un 52. maddesi gereğince isteğe bağlı sigortalılar bakmakla yükümlü olunan kişi dahi olsalar genel sağlık sigortası primini ödemekle yükümlüdürler.

İsteğe bağlı sigortalılar ile bunların hak sahiplerinin genel sağlık sigortası yardımlarından faydalanmaları için sağlık hizmeti sunucusuna başvurdukları tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası primi ödemiş olmaları ayrıca prim ve prime ilişkin borçlarının bulunmaması gerekmektedir.

## D- Emeklilik şartları

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği 96. maddesine göre İsteğe bağlı sigorta primi ödenmiş süreler, malullük, vazife malûllüğü, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulamasında dikkate alınır ve bu süreler 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin, birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılık (Bağ-Kur) süresi olarak kabul edilmektedir.

5510 sayılı Kanun'a tabi malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına prim ödeyenlerin, sigorta kollarından yapılması gereken yardımlara hak kazanıp kazanmadıklarının tespitinde, sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısı ve yaş

faktörüne bakılmaktadır.

Sigortalılık süresi, sigortalının malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına bağlı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarih ile tahsis yapılması için yazılı istekte bulunduğu tarih, ölen sigortalılar için de ölüm tarihi arasında geçen süre olarak dikkate alınmaktadır. Bu sürenin tamamen çalışarak ya da prim ödenerek geçirilmiş olması koşul olmadığı gibi, bu sürenin başlangıç ve sonu arasında sigortalının aralıklı ya da birden çok sigortalılık haline tabi çalışmasının, sigortalılık süresinin belirlenmesinde bir önemi bulunmamaktadır.

5510 sayılı Kanun'un 38. maddesine göre, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı; sigortalının, mülga 5417, 6900, 506, 1479, 2925, 2926, 5434 sayılı Kanunlar ile 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıklara veya 5510 sayılı Kanun'a tâbi olarak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edilecektir. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklıdır.

Gerek genel koşullara, gerekse özel koşullara göre aylık bağlanabilmesi, 4 (a) sigortalıları için çalıştığı işinden ayrılması, 4 (b) sigortalıları için tarım işlerinde kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar hariç sigortalılığa esas faaliyetine son verip vermeyeceğini beyan ettikten sonra, yazılı istekte bulunması gibi bir ortak koşulun gerçekleşmesine de bağlı bulunmaktadır.

### **XIII- KIZ ÇOCUKLARININ GENEL SAĞLIK SİGORTASINDAN FAYDALANMASI**

Genel sağlık sigortalısının;<sup>7</sup>

18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu'nda belirtilen aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın 5510 sayılı Kanun'a göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklarına bakmakla yükümlü

olduğu 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 10/b fıkrasında belirlenmiş olup, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte ilgili kanunları (mülga kanunlar) gereği bakmakla yükümlü olunan kız çocukları bu Kanun (5510 sayılı Kanun) gereğince de bakmakla yükümlü olunan kişi sayılmaktadır. Ancak, durumlarında değişiklik olduğunda (evlenme, boşanma, işe girme, işten çıkma) sağlık hizmetlerinden yararlanma koşulları bu Kanun hükümlerine göre yeniden belirlenmektedir. Kız çocuklarının durum değişikliklerinin ortadan kalkması halinde, bu kişiler tekrar ilgili kanunlarına göre bakmakla yükümlü olunan kişi sayılmaktadırlar.

Örnek: Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte anne/babası üzerinden sağlık yardımlarından yararlanma hakkı bulunan kız çocuğu (X) 01/01/2009 tarihinde evlenmesinden dolayı durum değişikliği nedeniyle anne/babası üzerinden sağlık yardımlarından yararlanamaz iken 01/04/2010 tarihinde eşinden boşanması ve durum değişikliğinin ortadan kalkması ile Kanun'un geçici 12. maddesinde yapılan değişikliğe göre anne/babası üzerinden yeniden bakmakla yükümlü olunan kişi olarak sağlık hizmetlerinden yararlandırılacaktır.

Kanun'un yürürlük tarihinden önce bakmakla yükümlü kız çocuğu kapsamında olmayıp Kanun'un yürürlük tarihinden sonra durum değişikliklerinin ortadan kalkması halinde, bu kişiler tekrar ilgili kanunlarına göre bakmakla yükümlü olunan kişi sayılacaklardır.

Örnek: 01 Haziran 2007 tarihinde 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayan sigortalının bakmakla yükümlü olduğu 25 yaşından büyük bekar/dul kız çocuğu, 01 Haziran 2008 tarihinde sigortalı olarak çalışmaya başlamıştır. Söz konusu kız çocuğu, 1 Mayıs 2011 tarihinde işinden ayrılması halinde sigortalı olan anne ya da babası üzerinden yeniden bakmakla yükümlü olunan kişi olarak değerlendirilecektir.

Kanun'un yürürlük tarihinden önce ilgili kanunları gereği sigortalılığı sona eren bir kişi, söz konusu Kanun'un yürürlük tarihinden sonra Kanun'un 60. maddesi kapsamında yeniden genel sağlık sigortalısı olması halinde Kanun'un yürürlük tarihinden önce bakmakla

yükümlü olduğu kız çocukları yaşlarına bakılmaksızın bu Kanun'a göre de bakmakla yükümlü olunan kişi olarak değerlendirilecektir.

Örnek: 01 Haziran 2008 tarihinde 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olarak işe giren (A), 3 Mart 2009 tarihinde işten ayrılmıştır. Aynı sigortalının 2010 Ağustos ayından itibaren yeniden sigortalı olarak işe girmesi halinde, bu şahsın 25 yaşından büyük kız çocuğu 01/03/2011 tarihinden sonra bakmakla yükümlü olunan kişi olarak değerlendirilecektir.

Kanun'un yürürlük tarihinden sonra ilk defa genel sağlık sigortalısı olanların sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan, 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nda belirtilen aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde mesleki eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın malul olduğu Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilen evli olmayan kız çocuklarının sağlık hak sahiplikleri oluşturulacaktır.

Kanun'un yürürlük tarihinden önce ilgili kanunlara göre bakmakla yükümlü olunan kız çocuğu olmasına rağmen sağlık hak sahiplikleri oluşturulmayan kişiler, sağlık yardımı talep ve taahhüt formu veya talep formundaki bilgileri ve taahhütleri taşıyan dilekçesi ile Kuruma müracaat etmesi halinde sağlık hak sahiplikleri oluşturulacaktır.

Örnek: 30/04/2008 tarihinde boşanmasına rağmen sağlık yardımı için Kurum'a müracaat etmeyen kız çocuğunun 01/10/2008 tarihinden sonra müracaat etmesi halinde, müracaat tarihi itibarıyla durumunda değişiklik olmaması veya durum değişikliğinin sona ermesi şartıyla genel sağlık sigortası hak sahipliği oluşturulacaktır.

#### XIV- SONUÇ

Kişilerin başkalarına muhtaç olmadan yaşamlarını teminat altına almayı amaçlayan sosyal güvenlik hakkı, Anayasamız ve kanunlarla belirlenmiş vazgeçilemez bir insan hakkıdır.

Sosyal güvenlik reformu çerçevesinde ha-

yata geçirilen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'yla; sigortalılar arasında ayrımcılığa yol açan farklılıklara son verilerek, kişinin kamu ya da özel sektörde, bir işverene bağlı ya da bağımsız çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın, bütün vatandaşların eşit hak ve yükümlülüklerle tabi tutulduğu, hakkaniyete uygun bir sistem hayata geçirilmiştir.

5510 sayılı Yasa'dan önce kadınlara sağlanan tek hak, yurtdışında ev kadını olarak geçirilen süreleri borçlanabilme imkânı var iken, 5510 sayılı Kanun ile birlikte annelerimize sosyal güvenlik hukukumuzda daha önce olmayan doğum borçlanması imkânı; malul çocuğu bulunan annelere erken emekli olma hakkı ve erken doğum yapmış kadın sigortalıya kullanmadığı analık izin sürelerini kullanma hakkı verilmiş bulunmaktadır.

Dikkat edilirse, annenin çocuğunu büyütebilmesi için işini bırakmış veya işine gitmemiş olması gerektiğinden hareketle sigortalının işten ayrıldıktan sonra 300 gün içinde doğum yapması halinde borçlanma yapma hakkı verilmişken, son yapılan düzenleme ile bu kısıtlamada anneler lehine kaldırılmış durumdadır. Bir çocuk için 2 yıla kadar borçlanma hakkının verilmesi ise, çocuğun ilk 2 sene anneye en çok ihtiyaç duyduğu, annenin sütü ile bebeğini beslediği bir zaman dilimi olması nedeniyle sağlıklı nesillerin yetiştirilmesinde katkı sağlamakta olduğu da bir gerçektir.

#### DİPNOTLAR

- 1 7/5/2004 tarih, 5170 sayılı Kanun'un 1. md.
- 2 12/9/2010 tarihli, 5982 sayılı Kanun'un 1. md.
- 3 16/06/2006 tarih, 26200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 4 22.07.2011 tarih, 2011/58 sayılı Genelge.
- 5 6.6.2011 tarih, 2011/48 sayılı Genelge.
- 6 25.02.2011 tarih, 27857 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 7 13.06.2011 tarih, 2011/50 sayılı Genelge.

## Faruk YÜKSEL

Sosyal Güvenlik Kurumu Başmüfettişi

# Kısmi Süreli Çalışanların Sigorta Bildirimlerini 30 Güne Tamamlama Yolları

## GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu<sup>1</sup> ile belirlenen iş sözleşmesi türlerinden biri de kısmi süreli iş sözleşmesidir. İşverenler tarafından çalışanlar adına yapılan sigorta bildirimlerinin çalışma sürelerine uygun olarak yapılması gerektiğinden, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiler adına yapılan sigorta bildirimleri aylık 30 günün altında yapılmaktadır. Bu durumdaki işçilerin kendilerine aylık bağlanması için gereken gün sayısını tamamlamalarının zor olması gibi sorunlar yaşanmaktadır.

6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>2</sup> ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun<sup>3</sup> 41. ve 51. maddelerinde de yeni düzenlemeler yapılmış, kısmi süreli çalışanların adlarına aylık 30 günden az yapılan bildirimleri 30 güne tamamlayabilmeleri ile

ilgili yenilikler getirilmiştir. Yazımızda 6111 sayılı Kanun ile getirilen bu değişiklikler çerçevesinde, eksik gün bildirimlerinin hangi yollarla 30 güne tamamlanabileceği hakkında bilgi verilecektir.

## 1. KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA VE KISMİ SÜRELİ ÇALIŞANLARIN SİGORTA GÜN SAYILARI

4857 sayılı Kanun'un 13. maddesi kısmi süreli iş sözleşmesini, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlendiği iş sözleşmesi olarak tanımlamıştır. İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin<sup>4</sup> 6. maddesine göre ise kısmi süreli çalışma, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışmadır.

İş Kanunu'nun 63. maddesi, genel bakımdan çalışma süresini haftada en çok 45



olarak belirlemiştir. Genel olarak haftalık çalışma saati 45 saat olduğuna göre; işçinin haftalık 30 saate kadar çalıştırılacağına yönelik iş sözleşmeleri kısmi süreli iş sözleşmesi, bu sözleşmelere uygun olarak yapılan çalışmalar kısmi süreli çalışma olarak kabul edilebilir.

Kısmi süreli iş sözleşmelerinde çalışma süresi saat veya gün olarak belirlenebilir. Örneğin, bir özel okulda ders saati üzerinden ücret alarak çalışan ve aylık ders saat sayısı 70 olan bir öğretmenin çalışması kısmi süreli çalışmadır. Aynı şekilde işçinin haftanın üç günü işyerinde çalışacağını düzenleyen iş sözleşmesi de kısmi süreli sözleşmedir.

Bilindiği üzere işverenler çalıştırdıkları sigortalılar adına yaptıkları bildirimleri, sigortalının ay içerisinde işyerinde çalıştığı gün sayısı üzerinden yapmaktadır. Haftalık 45 saat çalışma süresini dolduran sigortalılar adına, bildirim yapılan ayın kaç takvim günü olduğuna bakılmaksızın, 30 gün üzerinden bildirimde bulunmaktadır. Kısmi sürelerle çalışan sigortalılar adına yapılan sigorta bildirimleri ise ilgili ay içerisinde işyerinde çalıştıkları gün sayısı üzerinden yapılacaktır.

Çalışma süresinin gün sayısı olarak belirlendiği kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan sigortalılar adına yapılacak bildirimler işe geldikleri gün sayısı üzerinden olmalıdır.

### Örnek:

Bir işyerinde haftanın Salı ve Perşembe günlerinde çalıştırılan (A)'nın çalışma gün sayısı, 2013 yılının Ocak ayında 10 gün ve 2013 yılının Şubat ayında 8 gün olacaktır.

Çalışma süresinin saat üzerinden belirlendiği iş sözleşmesi ile çalıştırılan sigortalıların aylık çalışma gün sayıları ise, aylık çalışma saatlerinin günlük çalışma süresi olan 7,5 saate bölünmesi yoluyla bulunacaktır. Bulunacak gün sayısı tam sayı olmadığında ise yukarı yuvarlanacaktır.

### Örnek:

İşyerinde bir ay içerisinde 75 saat çalışan (B)'nin çalışma gün sayısı  $75 / 7,5 = 10$  gündür.

### Örnek:

Bir dershanede bir ay içerisinde 63 saat ders veren bir öğretmenin çalışma gün sayısı şöyle hesaplanacaktır.

$$63 / 7,5 = 8,4$$

Elde edilen 8,4 sayısı yukarı yuvarlanarak çalışma gün sayısı 9 olarak kabul edilecektir.

## 2. KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMALARIN 30 GÜNE TAMAMLANMASI

Kısmi süreli çalışmalarını nedeniyle adına yapılan bildirimler aylık 30 günden az olan sigortalılar, bu bildirimleri isteğe bağlı sigortalı olarak veya hizmet borçlanması yaparak 30 güne tamamlayabilirler. Aşağıda yapılan son değişiklikler kapsamında bu yollar açıklanacaktır.

### 2.1. Eksik Günlerin İsteğe Bağlı Sigortalı Olarak 30 Güne Tamamlanması

5510 sayılı Kanun'un 50. maddesinde isteğe bağlı sigortalı olabilecek kişiler sayılmıştır. Anılan maddenin ikinci fıkrasının a bendine göre sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışan ya da tam gün çalışmayan kişiler yani kısmi sürelerle çalışanlar da isteğe bağlı olarak sigorta primi ödeyebileceklerdir.

Kısmi süreli çalışanlar, isteğe bağlı sigorta primi ödediklerinde primi ödenen süreler işveren tarafından adlarına yapılan bildirim sürelerine ilave edilecektir. Ancak bu sürelerin toplamı 30 günü geçemeyecektir. Yani sigortalılar adlarına yapılan bildirim gün sayıları ile isteğe bağlı sigortalı gün sayılarının toplamı 30 günü geçmeyecek kadar isteğe bağlı sigorta primi ödeyebilirler.

### Örnek:

Kısmi süreli çalışması 8 gün olan sigortalı (B), 22 gün karşılığı isteğe bağlı sigorta primi ödeyerek aylık sigorta gün sayısını 30'a tamamlayabilecektir.

İsteğe bağlı sigorta primi oranı %32'dir.

Bunun % 20'si malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi, % 12'si genel sağlık sigortası primidir. Yani isteğe bağlı sigortalılık günleri hem uzun vadeli sigorta kolları bakımından hem de genel sağlık sigortası bakımından değerlendirilecek, sigortalı ve hak sahipleri sağlık yardımlarından yararlanacaktır.

İsteğe bağlı sigorta primi ödemek isteyen sigortalılar, prime esas kazançlarını kendileri belirleyebilirler. Bu kazanç 5510 sayılı Kanun'un 82. maddesi gereğince sigortalının yaşına uygun asgari ücret ile 16 yaşından büyük kişiler için geçerli olan asgari ücretin 6,5 katı arasında bir tutar olabilir. Kısmi süreli çalışanların isteğe bağlı sigorta primlerinin nasıl hesaplanacağını aşağıdaki örnekle açıklayalım.

#### **Örnek:**

Adına 13 gün bildirimde bulunulan (A), gün sayısını 30'a tamamlamak için isteğe bağlı sigorta başvurusunda bulunmuş ve prime esas kazancını 1.200.-TL. olarak belirlemiştir.

#### **İsteğe bağlı prim ödenecek gün sayısı:**

$$30 - 13 = 17$$

#### **30 gün karşılığı prim tutarı:**

$$1200 \times \%32 = 384.-TL.$$

#### **1 gün karşılığı prim tutarı:**

$$384 / 30 = 12,80.-TL.$$

#### **Ödenecek isteğe bağlı sigorta primi tutarı:**

$$12,80 \times 17 = 217,60.-TL.$$

Daha önce kısmi süreli çalışanların, aylık gün sayılarını 30'a tamamlamak üzere yaptıkları isteğe bağlı sigorta primi ödemeleri 5510 sayılı Kanun'un 4-1/b maddesi (Bağ-Kur) kapsamında değerlendiriliyordu. Ancak 6111 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile 5510 sayılı Kanun'un 51. maddesi değiştirilmiştir. Bundan böyle kısmi süreli çalışanların isteğe bağlı sigorta süreleri 5510 sayılı Kanun'un 4-1/a maddesi (SSK) kapsamında değerlendirilecektir. Sigortalıların lehine olan bu önem-

li düzenleme sayesinde isteğe bağlı prim ödenen bu süreler işsizlik sigortası uygulamasında da dikkate alınacaktır.

## **2.2. Eksik Günlerin Hizmet Borçlanması ile 30 Güne Tamamlanması**

6111 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 5510 sayılı Kanun'un Sigortalıların Borçlanılabileceği Süreler başlıklı 41. maddesi de değiştirilmiştir. Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01/03/2011 tarihinden sonraki dönemlere ilişkin kısmi süreli çalışmalardan kaynaklanan eksik günler borçlanılabilecektir. Borçlanmanın yapılabilmesi için gerekli şartlar şunlardır:

a) Borçlanılacak eksik günler kısmi süreli çalışmadan kaynaklanmış olmalıdır.

b) Borçlanılmak istenen eksik günler 01/03/2011 tarihinden sonraki bir döneme ait olmalıdır.

İsteğe bağlı sigortada olduğu gibi hizmet borçlanmasında da prim oranı %32'dir ve borç tutarı yine talep sahibinin belirleyeceği prime esas kazanç üzerinden hesaplanacaktır.

#### **Örnek:**

Kısmi süreli çalışmaları nedeniyle adına toplam olarak 420 gün eksik bildirimde bulunulmuş olan sigortalı (A), eksik günlerini borçlanmak üzere başvuruda bulunmuş ve prime esas kazancını 1.000.-TL. olarak belirlemiştir.

#### **30 gün karşılığı prim tutarı:**

$$1000 \times \%32 = 320.-TL.$$

#### **1 gün karşılığı prim tutarı:**

$$320 / 30 = 10,67.-TL.$$

#### **Borçlanma tutarı:**

$$10,67 \times 420 = 4.481,40.-TL.$$

Şayet borçlanılacak süre ile ilgili olarak genel sağlık sigortası primi ödenmiş ise borçlanmada uygulanacak prim oranı %20 olacaktır. Bu durumu da bir örnekle açıklayalım.

**Örnek:**

Kısmi süreli çalışmaları nedeniyle adına toplam olarak 350 gün eksik bildirimde bulunulmuş olan sigortalı (A), genel sağlık sigortası primini ödemediği eksik günlerini borçlanmak üzere başvuruda bulunmuş ve prime esas kazancını 1.200.-TL. olarak belirlemiştir.

**30 gün karşılığı prim tutarı:**

$$1200 \times \%20 = 240.-TL.$$

**1 gün karşılığı prim tutarı:**

$$240 / 30 = 8.-TL.$$

**Borçlanma tutarı:**

$$8 \times 350 = 2.800.-TL.$$

Kısmi süreli çalışmalar nedeniyle yapılan eksik gün bildirimlerinin borçlanması ile ilgili olarak bilinmesi gereken diğer hususlar şöyledir.

a) Borçlanma talebi sigortalı tarafından yapılabileceği gibi hak sahipleri tarafından da yapılabilir. Böylece ölen sigortalının hak sahipleri borçlanma yoluyla ölüm aylığına hak kazanabilirler.

b) Borçlanılan tutarın ilgililere tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde ödenmesi gerekmektedir. Aksi halde borçlanma talebi geçersiz sayılacaktır. Ancak aynı süreler için yeniden borçlanma talebinde bulunulabilir.

c) Borçlanılan süreler 5510 sayılı Kanun'un 4-1/a maddesi (SSK) kapsamında değerlendirilecektir.

**SONUÇ**

İşyerlerinde haftalık 30 saate kadar çalışmaları olan sigortalıların çalışmaları kısmi sürelerle çalışmadır ve kısmi sürelerle çalışanların sigorta bildirimleri 30 günün altında kalmaktadır. Daha önce kısmi süreli çalışanlar, eksik günlerini sadece isteğe bağlı sigorta yöntemiyle 30 güne tamamlayabiliyorlardı ve isteğe bağlı prim ödenen bu süreler 5510 sayılı Kanun'un 4-1/b maddesi (Bağ-Kur) kapsamında değerlendiriliyordu. 6111 sayılı Kanun ile bu sürelerin 5510 sayılı Kanun'un 4-1/a maddesi (SSK) kapsamında değeri-

dirileceği hükme bağlanmıştır. Böylece işyerindeki çalışmaların ayrı bir statüde (SSK) ve isteğe bağlı sigortalılığın ayrı bir statüde (Bağ-Kur) değerlendirilerek, aynı kişinin sigorta gün sayılarının birden fazla statüde değerlendirilmesinden kaynaklanan sorunlar ortadan kaldırılmıştır.

6111 sayılı Kanun ile getirilen bir yenilik de kısmi süreli çalışmalardan kaynaklanan eksik günlerin sigortalı veya hak sahipleri tarafından borçlanılabilecek olmasıdır. Borçlanılan tutarın ilgiliye tebliğinden itibaren bir ay içerisinde ödenmesi gerekmektedir. Borçlanılan süreler, 5510 sayılı Kanun'un 4-1/a maddesi (SSK) kapsamındaki çalışmalar gibi değerlendirilecektir.

**DİPNOTLAR**

- 1 10/06/2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 2 25/02/2010 tarih ve 27587 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 3 16/06/2006 tarih ve 26200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 4 06/04/2004 tarih ve 25425 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Vakkas DEMİR

Sosyal Güvenlik Kurumu Müfettişi

# Limited Şirket Ortaklarının 5510 Sayılı Yasa Kapsamındaki Sigortalılıklarının Nasıl Sona Ereceğinin Açıklanması

## I. GİRİŞ

5510 sayılı Kanun'un "Sigortalı Sayılanlar" başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasının b) bendinin üç numaralı alt bendinde yer alan; "... diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları... sigortalı sayılırlar." hükmüne istinaden, limited şirketlerin tüm ortakları 5510 sayılı Kanun kapsamında zorunlu olarak 4/b sigortalısı sayılmışlardır.

1 Ekim 2008 tarihinden itibaren limited şirket ortaklarının 4/b sigortalılıklarının hangi şartlarda neye göre sona erdirileceğiyle ilgili uygulamalar, 5510 sayılı Kanun'un "sigortalılığın sona ermesi" başlıklı 9. maddesi, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin<sup>1</sup> (SSİY) 4. maddesi ve SGK'nın konuyla ilgili diğer ikincil mevzuat hükümlerine göre yapılmaktadır.

Limited şirket ortaklarının sigortalılıklarının sona erdirilmesinin tek bir şekli olmayıp, ortakların ve şirketin içinde bulunduğu durumlara göre sigortalılığın sona ermesi durumu da değişmektedir. Bu çalışmamızda, limited şirket

ortaklarının sigortalılıklarının hangi kayıt ve belgelere göre, ne zaman ve nasıl sona erdirilmesi gerektiğini, ortakların ve şirketin farklı durumlarını göz önünde bulundurarak ilgili mevzuat hükümlerine göre açıklamaya çalışacağız.

## II. HİSSE DEVRİ YAPAN ORTAKLARIN SİGORTALILIK DURUMLARI

Limited şirket ortağı olanların şirketteki hisselerini devrederek ortaklıktan ayrılabilmesi için, şirketteki hisselerinin tamamını devretmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde limited şirket ortaklarının ortağı oldukları şirkette yüzde 1 miktarında hisseleri olsa bile, şirket ortaklığından dolayı 4/b sigortalılıkları devam eder.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 14. maddesine göre, şirketteki hissesinin tamamını bir başkasına devrederek limited şirket ortaklığından ayrılan kişilerin şirket ortaklıklarından dolayı kurulan 4/b sigortalılıkları, hisse



## 1 Ekim 2008'den sonra ortağın şirketteki hisselerini devrettiği için 4/b sigortalılığı sona erdirilirken, şirkete ait vergi kayıtları ile ticaret odası kayıtlarının istenilmesi ve bunlara göre karar verilmesi uygulaması kaldırılmıştır.

devriyle ilgili alınan ortaklar kurulu karar tarihi itibariyle sona ermektedir.

Sosyal Güvenlik Kurumu, şirketteki hissesini devrettiği için ortaklar kurulu karar tarihi itibariyle sigortalılığı sona erdirilmesi gereken kişilerin 4/b sigortalılıklarını sona erdirirken bir takım belgeler istemektedir.

Şirketteki hissesini devrederek ortaklıktan ayrılan kişi, hissesini devrettiğini ticaret sicil memurluğuna tescil ettirmiş ise, söz konusu tescilin ticaret sicil gazetesinde ilan edildiği nüshasını Sosyal Güvenlik Kurumu'na ibraz ettiği takdirde, başka hiçbir belgeye gerek kalmaksızın şirketteki hissesini devreden ortağın 4/b sigortalılığı, ortaklar kurulu karar tarihi itibariyle sona erdirilmektedir.

Şirketteki hissesini devrederek ortaklıktan ayrılan kişi, hissesini devrettiğini ticaret sicil memurluğuna tescil ettirmemiş ise, böyle bir ortağın sigortalılığı, şu üç belgenin Sosyal Güvenlik Kurumu'na (SGK) ibraz edilmesi şartıyla sona erdirilmektedir. Bunlardan birincisi; hisse devrine ilişkin alınan ortaklar kurulu kararı, ikincisi; hisse devrine ilişkin tanzim edilen noter devir sözleşmesi, üçüncüsü ise; hisse devrinin şirket pay defterine işlendiği ilgili sayfanın bir suretidir. Bahse konu üç belgenin tamamının SGK'ya "birlikte" ibraz edilmesi gerekmektedir.

Limited şirketteki hissesini devrederek ortaklıktan ayrılan kişilerden SGK tarafından her ne kadar üstte belirttiğimiz söz konusu kayıt ve belgeler istense de, bu durumdaki şirket ortaklarının sigortalılıkları her halükarda ortaklar kurulu karar tarihi itibariyle sona erdirilmektedir. Bu belgelerin istenmesinin amacı, usulsüz ve asılsız hisse devirlerinin önlenmesi ve

ortağın şirketteki hissesini gerçekten devredip etmediğini görmek içindir.

1 Ekim 2008'den önce yapılan Bağ-Kur uygulamalarında, limited şirketteki hissesini devrederek ortaklıktan ayrılan kişilerin Bağ-Kur sigortalılıkları sona erdirilirken, Bağ-Kur tarafından ilgili kişilerden, şirketin vergi kayıtları ve ticaret odası kayıtları da istenilmekteydi. Ancak, söz konusu yönetmelik (SSİY) hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, 1 Ekim 2008'den sonra ortağın şirketteki hisselerini devrettiği için 4/b sigortalılığı sona erdirilirken, şirkete ait vergi kayıtları ile ticaret odası kayıtlarının istenilmesi ve bunlara göre karar verilmesi uygulaması kaldırılmıştır.

### III. İFLAS, TASFİYE VE MÜNFESİH DURUMDA OLAN LİMİTED ŞİRKETLERİN ORTAKLARININ DURUMU

Limited şirket ortaklarının sigortalılıklarının sona erdirilmesi konusunda en çok sıkıntı yaşanan ve içinden çıkılmaz gibi gözükten durum, şirketin iflas, tasfiye ve münfesihi durumunda olduğu zamanlarda, ortaklarının sigortalılıklarının nasıl ve hangi tarihten itibaren sona erdirileceğiyle ilgilidir. 5510 sayılı Kanun ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde de bu konu ele alınırken açık ve net bir dil kullanılmadığından dolayı, ilgililerin durumu anlamaları daha güç bir hale gelmiştir.

Biz bu bölümde, limited şirketin iflas, tasfiye ve münfesihi durumunda olduğu dönemlerde ortağın 4/b sigortalılığının nasıl sona erdirileceği hususunu, kanun ve yönetmelikteki karmaşık ve anlaşılması güç olan ifadeleri aynen tekrarlamak yerine alt başlıklar halinde duruma açıklık getirmeye çalışacağız.

#### a) Şirket İflas Durumunda İken Ortakların Sigortalılıklarının Sona Ermesi

Bilindiği üzere, alacaklı olan, şirketteki alacaklarını alamazsa ya da şirket alacaklısına borcunu ödemezse, alacaklı, icra dairesine yapacağı bir iflas talebiyle borcunu takibe başlar.<sup>2</sup> İcra dairesince borçluya (limited şirket)

## Hakkında mahkeme tarafından iflas açılmış olan limited şirketin ortakları, şirket ortaklığına istinaden kurulan 4/b sigortalılıklarını SGK'dan talep etmeleri halinde, mahkemece iflasın açılmasına karar verilen tarihte sona erdirirler.

bir iflas ödeme emri gönderilir. Borçlu borcunu öderse takip son bulur. Borçlu borcunu ödemezse, alacaklı ticaret mahkemesine iflas davası açarak, borçlunun iflasına karar verilmesini talep eder. Mahkeme tarafından borçlu hakkında iflas kararı verildiği anda, mahkemece iflasın açılmasına karar verilmiş demektir.

Alacaklılar tarafından seçilen iflas idaresi tarafından, iflasın açılmasına karar vermiş olan ticaret mahkemesine müracaat edilerek, iflasın kapatılmasına karar verilmesi talep edilir. Ticaret mahkemesi de, yapacağı inceleme neticesinde iflas tasfiyesinin kanun hükümlerine uygun olarak yapıp bittiğini tespit ederse, borçlu (limited şirket) hakkında iflasın kapatılmasına karar verir.

İşte, hakkında mahkeme tarafından iflas açılmış olan herhangi bir limited şirketin ortakları, şirket ortaklığına istinaden kurulan 4/b sigortalılıklarını SGK'dan talep etmeleri halinde, mahkemece iflasın açılmasına karar verilen tarihte sona erdirirler. Buna yönelik taleplerinin olmaması halinde ise limited şirket ortaklığından dolayı kurulan 4/b sigortalılıkları, mahkemece iflasın kapatılmasına karar verilen tarihte sona erdirilir.

### **b) Şirket Tasfiye Durumunda İken Ortakların Sigortalılıklarının Sona Ermesi**

Bilindiği üzere şirketin tasfiyesi; herhangi bir nedenle faaliyetine son veren şirketin alacaklarının tahsili, borçlarının ödenmesi ve eğer geriye mal varlığı kalırsa bunun ortaklar arasında dağıtılmasıdır. Limited şirketin tasfiye

süreci şirketin sona ermesiyle başlar ve tasfiye, şirketin sona ermesine son noktayı koyar. Limited şirketlerde iki şekilde tasfiye kararı alınır. Bunlardan birincisi; kanun ve şirket ana sözleşmesinde yazılı hallerin meydana gelmesi veya ortaklar kurulu kararı ile tasfiyenin başlamasıdır. İkincisi ise, ticaret mahkemesi tarafından tasfiyenin açılmasına karar verilmesidir.

Limited şirketin tasfiyesine uygulamada genelde ortaklar kurulu karar vermekte olup, şirket hakkında tasfiyenin açılmasına mahkemece karar verilmesine çok nadir rastlanılmaktadır. Limited şirketlerin tasfiyesi şirketin ortaklar kurulunca ticaret sicil memurluğuna tescil ve ilan ettirilir. İnfisahın ticaret siciline tescil ve ilan ettirildiği tarih şirket hakkında tasfiyenin başlangıç tarihi olarak kabul edilir.

Tasfiyesine başlanan limited şirketin tasfiyesini yapmak üzere, şirketin kendi içinden ya da dışarıdan bağımsız tasfiye memuru atanır.<sup>3</sup> Şirket hakkında tasfiye işlemlerini yapan tasfiye memurlarının birden fazla olması durumunda, bunlara tasfiye kurulu, bunların şirketin tasfiyesi ile ilgili aldıkları kararlara ise tasfiye kurulu kararları denilmektedir. Tasfiye kurulunda görevli memurlar tasfiye sürecinde şirketin kanuni temsilcileri sayıldıkları için, bunların aldıkları kararların ticaret sicil memurluğuna tescil ettirilmesi gerekmektedir.

Limited şirketlerde tasfiye süreci, tasfiye işlemlerinin tamamlanmasından sonra şirket kaydının ticaret sicilinden silinmesine kadar devam etmektedir.<sup>4</sup> Limited şirketin tasfiyesinin sonuçlandığına dair tasfiye kurulu bir karar alır ve tasfiyenin sona erdiğine ilişkin bu karar ticaret sicil memurluğuna tescil ettirilir.

Limited şirketlerin tasfiyesi ile ilgili bu bilgileri verdikten sonra şimdi tasfiye sürecindeki şirketin ortaklarının 4/b sigortalılıklarının nasıl sona erdirileceğini izah edelim.

Herhangi bir limited şirket hakkında tasfiyenin açılmasına mahkemece karar verilmiş ise, SGK'dan talep edilmesi halinde şirket ortağının sigortalılığı, mahkeme tarafından tasfiyenin açılmasına karar verildiği tarihte sona erer. Şirket ortağının eğer SGK'dan böyle bir talebi yoksa, şirketin tasfiyesinin sonuçlandığına dair tasfiye kurulu kararının ticaret sicil memurlu-

## Limited şirketin münfesihe duruma düşmesi demek, şirketin kendiliğinden sona ermesi ya da şirketin kendisini sona erdirmesi demektir.

ğuna tescil edildiği tarih itibarıyla sona erer.

Limited şirket hakkında tasfiyeye başlanılmasına şirketin ortaklar kurulu tarafından karar verilirse, böyle bir durumdaki şirket ortağının SGK'dan talep etmesi halinde sigortalılığı, tasfiyenin başlamasına şirketin ortaklar kurulunca karar verilen tarihte sona erer. Şirket ortağının SGK'dan böyle bir talebi yoksa, şirketin tasfiyesinin sonuçlandığına dair tasfiye kurulu kararının ticaret sicil memurluğuna tescil edildiği tarih itibarıyla şirket ortağının sigortalılığı sona erer.

### c) Şirket Münfesihe Durumda İken Ortakların Sigortalılıklarının Sona Ermesi

Limited şirketin münfesihe duruma düşmesi demek, şirketin kendiliğinden sona ermesi ya da şirketin kendisini sona erdirmesi demektir. Belli bir amaç ya da belirli süreler için kurulan limited şirketler amaçlarını tamamlayıp sürelerini doldurduklarında, faaliyetleri sona erer ve münfesihe duruma düşmüş olurlar.

Örnek olarak, bir baraj yapımı için 10 yıllığına kurulan limited şirket 10 yıllık süre dolduğunda kendiliğinden münfesihe duruma düşmüş olur. Şirketin tasfiyesine başlanması için ortaklar kurulu kararı ya da mahkemeye tasfiyenin açılmasına karar verilmesi gerekmekte iken, şirketin münfesihe duruma düşmesi için ortaklar kurulu kararına ya da mahkemeye gerek yoktur. Limited şirket münfesihe duruma düşünce, şirketin tasfiye süreci daha sonra başlar ve şirketin tasfiyesi (b) alt başlığında anlattığımız şekilde yapılır.

İşte, münfesihe duruma düşen herhangi bir limited şirketin ortağının sigortalılığı, sigortalının (şirket ortağının) SGK'dan talepte bulunması halinde, şirketin münfesihe duruma düştüğü tarih itibarıyla sigortalılığı sona erer. Şirket

ortağının SGK'dan böyle bir talebi yoksa, şirketin tasfiyesinin sonuçlandığına dair tasfiye kurulu kararının ticaret sicil memurluğuna tescil edildiği tarih itibarıyla şirket ortağının sigortalılığı sona erer.

## IV. ŞİRKET ORTAKLIĞI DEVAM EDERKEN FARKLI STATÜDE ÇALIŞMAYA BAŞLAYANLARIN DURUMLARI

Limited şirket ortakları 5510 sayılı Kanun kapsamında zorunlu olarak 4/b sigortalıdır. Limited şirketin iflas ve tasfiye hali ile münfesihe durumda bulunmadığı ve şirketin normal işleyiş sürecinde olduğu bir süreçte olsa dahi, 4/b sigortalısı olan şirket ortağı 4/c kapsamında (kamu idarelerinde) çalışmaya başlarsa, 5510 sayılı Kanun'un 53. maddesi gereği, 4/b sigortalılığı sona erer ve 4/c kapsamında sigortalı olur.

İflas ve tasfiye hali ile münfesihe durumda bulunmayan ve normal işleyişine devam eden bir limited şirketin ortağı, şirket ortaklığına istinaden kurulan 4/b sigortalılığı devam ederken, 4/a sigortalısı (hizmet akdi ile çalışanlar) olursa, 4/b sigortalılığı sona erer.

Hakkında mahkeme kararıyla iflas ve tasfiye açılan bir limited şirketin ortağı, şirket bu haldeyken 4/a sigortalısı olarak hizmet akdiyle çalışmaya başlarsa, şirket ortaklığına istinaden kurulan 4/b sigortalılığı sona ermektedir.

Limited şirket hakkında ortaklar kurulu kararı ile tasfiyeye başlanılmasına karar verilmişse bu durumdaki bir şirketin ortağı da 4/b sigortalılığı devam ederken hizmet akdiyle 4/a sigortalısı kapsamında çalışmaya başladığında, 4/b sigortalılığı hizmet akdiyle çalışmaya başladığı tarih itibarıyla sona erer.

Ayrıca, münfesihe duruma düşen bir limited şirketin 4/b sigortalısı olan ortağı, hizmet akdiyle 4/a sigortalısı kapsamında çalışmaya başladığında, 4/b sigortalılığı hizmet akdiyle çalışmaya başladığı tarih itibarıyla sona erer.

İflas ve tasfiye hali ile münfesihe durumda bulunan limited şirketlerin ortakları, 4/a ve 4/c kapsamında sigortalı olarak değil de, 4/b si-

## Limited şirket ortaklarının sigortalılıkları sona erdirilirken, eski Bağ-Kur mevzuatından farklı olarak, şirket ortaklarından SGK tarafından şirkete ait vergi kayıtlarına ve ticaret odası kayıtlarına göre sigortalılık sonlandırma işlemleri yapılmayacaktır.

gortalısı olmayı gerektirecek şekilde başka bir şirketin ortağı olduklarında ya da gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olduklarında dahi, sigortalılık statüleri değişmediğinden dolayı, yine 4/b sigortalılıkları devam eder ve 5510 sayılı Kanun'un 5754 sayılı Kanunla<sup>5</sup> değişik 80. maddesi 2. fıkrası (c) bendi gereğince, bunlardan sadece birisinden dolayı prim öderler.

### V. SONUÇ

Ülkemizde en sık rastlanılan şirket türünün limited şirketler olduğunu söyleyebiliriz. 5510 sayılı sosyal güvenlik reform yasasında 4/b sigortalısı olarak kabul edilen limited şirket ortaklarının sigortalılıklarının sona erdirilmesinde 1 Ekim 2008'den itibaren bazı önemli değişiklikler yapıldı. Bu çalışmamızda 5510 sayılı Kanunla bu konuda yapılan değişiklikleri izah etmeye çalıştık.

Limited şirket ortaklarının sigortalılıkları sona erdirilirken, eski Bağ-Kur mevzuatından farklı olarak, şirket ortaklarından SGK tarafından şirkete ait vergi kayıtlarına ve ticaret odası kayıtlarına göre sigortalılık sonlandırma işlemleri yapılmayacaktır.

Ayrıca, 1 Ekim 2008'den önce Bağ-Kur'da uygulaması yapılan mevzuata göre, bir limited şirket iflas veya tasfiye halindeyse ya da münfesihi durum düşmüşse, bu şirketin mahkeme tarafından tasfiyesine ya da iflasına karar verilmediği sürece, ortaklarının sigortalılığı mahkeme kararı tarihine kadar sona erdirilemiyordu.

Dolayısıyla bu durumdaki şirketlerin ortaklarına sanal bir sigortalılıktan dolayı yüklü miktarlarda prim borcu çıkartılıyordu.

5510 sayılı Kanunla birlikte bu sıkıntı giderilmiş ve iflas ve tasfiye hali ile münfesihi durumda bulunan limited şirketlerin ortakları, SGK'dan yazılı olarak talepte buldukları takdirde, mahkeme sonucunu ya da tasfiye kurulu kararının ticaret sicil memurluğunca tescil edildiği tarihi beklemeden, tasfiyenin/iflasın mahkemece açıldığı tarihte ya da tasfiyenin başlamasına ortaklar kurulunca karar verildiği tarihte veyahut da şirketin münfesihi duruma düştüğü tarihten itibaren sigortalılıklarını sona erdirebileceklerdir.

### DİPNOTLAR

- 1 28.08.2008 tarihli ve 26981 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
- 2 2004 sayılı İcra ve iflas Kanunu'nda sayılan bazı durumlarda icra takibine başvurulmadan doğrudan doğruya ticaret mahkemesinde de iflas davası açılabilir.
- 3 Tasfiyenin açılmasına mahkemece karar verilen limited şirketlerde tasfiye memurunu mahkeme belirler. Tasfiyenin açılmasına ortaklar kurulunca karar verilen durumlarda ise tasfiye memurunu ortaklar atarlar.
- 4 Limited şirkette tasfiyenin sona erdiği tarih, şirketin ticaret unvanının ticaret sicilinden silindiği tarih değil, son bilanço ve hesap durumunun onaylanması üzerine tasfiye memurlarının ibra edildiği genel kurul kararı tarih olarak kabul edilmektedir.
- 5 08.05.2008 tarihli ve 26870 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.



Yrd. Doç. Dr. Saim OCAK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Yurtdışı Hizmet Borçlanması Sürelerinin 5510 Sayılı Kanun'un m. 4/1, a Hükümü Kapsamında Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu

1. Bilindiği gibi, yurtdışı hizmet borçlanmalarında birçok uyumsuzluk yaşanmaktadır. Bu uyumsuzlıklardan birisi de, yurtdışı hizmet borçlanması suretiyle sigortalılıktan saydırılmak istenilen sürelerin, hangi statüde değerlendirileceğine ilişkindir. Sözü edilen uyumsuzluk yargıya intikal etmiştir. Ankara 1. İş Mahkemesi'nin "Tespit, İş (Kurum İşleminin İptali)" konulu, 19.10.2011 tarih ve E. 2011/610, K. 2011/605 sayılı kararından anlaşıldığı kadarıyla, yurtdışı borçlanma talebinde bulunan kişinin borçlandığı süre, daha önce Türkiye'de herhangi bir sigortalılığı olmadığı için Kurum tarafından 5510 sayılı Kanun'un m. 4/1,b kapsamında değerlendirilmiştir. Davacı taraf ise, bunun yerinde olmadığını, Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'nin m. 29/4 hükmü uyarınca, borçlanma talebinin m. 4/1,a kapsamında geçerli olduğunun tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Sözü edilen Ankara 1. İş Mahkemesi'nin kararında özetle, davacı yurtdışında geçen çalışmalarının m. 4/1,a kapsamında kabul edilme-

sini talep etmiştir. Yerel Mahkeme davacının talebini kabul etmiş ve karar temyiz edilmiştir.

Ankara 1. İş Mahkemesi'nin 19.10.2011 tarih ve 2011/610 E., 2011/605 K. sayılı kararı aşağıdaki şekildedir:

"...Mahkememizde görülmekte bulunan Tespit, İş (Kurum İşleminin İptali İstemli) davasının yapılan açık yargılamasının sonunda, GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacı vekili 30/05/2011 tarihinde işlem gören dilekçesinde özetle; Müvekkilinin 26.03.2010 tarihli dilekçesiyle yurt dışında geçen çalışmalarının yeter bölümünü borçlanmak için davalı kuruma müracaat ettiğini, kurum bu talebi davacının Türkiye de hiç bir sosyal güvenlik kurumuna tabi çalışması bulunmadığı sebebiyle 5510 sayılı Yasa'nın 4/1,b maddesi kapsamında (Devredilen Bağ-Kur kapsamında) değerlendirilerek borçlanmayı tahakkuk ettiğini ve bu işlemi 3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle 5. maddesi çerçevesinde gerçekleştirdiğini, yapılan işlemlerin hatalı olduğunu beyan ederek kurum işleminin iptali ile ilk sigortalılık

başlangıç tarihi olan 15.11.1978 tarihinin Türk-Alman sosyal güvenlik sözleşmesinin 29/4 maddesine göre Türkiye hizmet başlangıcı tarihi olarak kabulüne ve davacının 26.03.2010 tarihli borçlanma talebinin 4/1,a kapsamında geçerli olduğunun tespitine karar verilmesini dava ve talep etmiştir.

Davalı kurum vekili cevap dilekçesinde özetle, davacının talep tarihinde Türkiye de sigortalılığı bulunmadığı bu nedenle 5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin 1. fıkrasının b bendi kapsamında işlem yapıldığını ve yapılan işlemlerde bir hatanın bulunmadığını beyan ederek açılan davanın reddini savunmuştur.

Davacının şahsi sicil dosyası SGK İzmir sosyal güvenlik merkezinden istenilerek dosyaya konmuş, taraflarca mahkememize ibraz edilen tüm belgeler alınmıştır.

Tarafların iddia ve savunmaları, dosyaya alınan belge içerikleri göz önüne alındığında; Davacanın yurt dışında geçen bir kısım hizmetlerini borçlanması için davalı kuruma müracaat ettiği, kurumca davacının Türkiye de hiç bir sosyal güvenlik kurumuna tabi çalışmasının olmadığı gerekçesiyle 5510 sayılı yaşanan 4/1,b maddesi kapsamında değerlendirilerek işlem yapıldığı, Türk-Alman sosyal güvenlik sözleşmesinin 29. maddesinin 4. bendine göre bir kimsenin Türk sigortasına girişten önce bir Alman Rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant sigortasına girişi Türk sigortasına girişi olarak kabul edilir hükmüne göre davacının 26.03.2010 tarihli borçlanma talebinin 4/1,a kapsamında geçerli olduğunun tespitine ve davanın kabulüne karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

**HÜKÜM:** Yukarıda açıklanan nedenlerle;

Davanın kabulü ile:

Davacının sigorta başlangıç tarihinin 15/11/1978 olduğunun tespitine. 26/03 2010 tarihli borçlanma talebinin kabulüne,

Aksine kurum işlemlerinin iptaline,

Davalı kurum harçtan muaf olduğundan harç alınmasına yer olmadığına, davacı tarafından peşin yatırılan 36,80 TL karar kesinleştiğinde ve talep halinde davacıya iadesine,

Davacı kendilerini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan avu-

katlık ücret tarifesi nazara alınarak takdiren 1.100,00 TL vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

Davacının yapmış olduğu yargılama giderleri, harç hariç, tebligat posta masrafı ve yazışma olmak üzere toplam 30.00 TL'nin takdiren tamamının davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

taraf vekillerinin yüzüne ve 8 gün içinde Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanlığı'na temyiz nedeni ile başvurma yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup anlatıldı... 19/10/2011".

Ankara 1. İş Mahkemesi'nin sözü edilen kararı temyiz edilmiş ve Yargıtay 10. Hukuk Dairesi yerel mahkemenin kararını onamıştır.

**2.** Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin, 26.12.2011 tarih ve E. 2011/18418, K. 2011/20014 sayılı kararında<sup>1</sup> aşağıdaki yönde hüküm kurmuştur: "...Dava, sigortalılık başlangıç tarihinin Alman Rant Sigortasına giriş tarihi olan 15.11.1978 tarihinin, hizmet başlangıcı olarak kabulü ve 26.03.2010 tarihli borçlanma talebinin geçerli olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı Kurum avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayanağı maddî delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, 26.12.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi".

**3.** Burada öncelikle Yerel Mahkemenin ve Yüksek Mahkemenin kararlarındaki ifadelere vurgu yapmak yerinde olacaktır.

Yerel Mahkemenin kararında gerekçe kısmında, davacının vekilinin, müvekkilinin, 26.03.2010 tarihli dilekçesiyle yurt dışında geçen çalışmalarının yeter bölümünü borçlanmak için davalı kuruma müracaat ettiğini, kurum bu

talebi davacının Türkiye de hiç bir sosyal güvenlik kurumuna tabi çalışması bulunmadığı sebebiyle 5510 sayılı Yasa'nın 4/1,b maddesi kapsamında (Devredilen Bağ-Kur kapsamında) değerlendirilerek borçlanmayı tahakkuk ettiğini ve bu işlemi 3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle 5. maddesi çerçevesinde gerçekleştirdiğini, yapılan işlemlerin hatalı olduğunu beyan ederek kurum işleminin iptali ile ilk sigortalılık başlangıç tarihi olan 15.11.1978 tarihinin Türk-Alman sosyal güvenlik sözleşmesinin 29/4 maddesine göre Türkiye hizmet başlangıcı tarihi olarak kabulüne ve davacının 26.03.2010 tarihli borçlanma talebinin 4/1,a kapsamında geçerli olduğunun tespitine karar verilmesini dava ve talep ettiği belirtildikten sonra, Türk-Alman sosyal güvenlik sözleşmesinin 29. maddesinin 4. bendine göre bir kimsenin Türk sigortasına girişten önce bir Alman Rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant sigortasına girişi Türk sigortasına girişi olarak kabul edilir hükmüne göre davacının 26.03.2010 tarihli borçlanma talebinin 4/1,a kapsamında geçerli olduğunun tespitine ve davanın kabulüne karar verildiği ifade edilmiştir.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla, davacı taraf, ilk sigortalılık başlangıç tarihi olan, yani Almanya'daki sigortalılık başlangıç tarihi olan 15.11.1978 tarihinin Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin m. 29/4 hükmüne göre Türkiye hizmet başlangıcı tarihi olarak kabulüne ve ayrıca, 26.03.2010 tarihli borçlanma talebinin 4/1,a kapsamında geçerli olduğunun tespitine karar verilmesini talep ettiği anlaşılmaktadır.

Yerel Mahkeme kararının gerekçesinde, davacının taleplerine yer verdikten sonra, davacının 26.03.2010 tarihli borçlanma talebinin m. 4/1,a kapsamında geçerli olduğunun tespitine ve davanın kabulüne karar verildiği görülmektedir. Yerel mahkemenin gerekçedeki açıklamalarında, davacı tarafın her iki talebine yer verilerek davanın kabulüne karar verildiği belirtilmekte ise de, sigorta başlangıcının 15.11.1978 tarihi olarak kabulü hususunda açıklama bulunmamaktadır.

Yerel Mahkeme kararının hüküm kısmın-

da ise, davanın kabulüne ve davacının sigorta başlangıç tarihinin 15.11.1978 olduğunun tespitine, 26.03.2010 tarihli borçlanma talebinin kabulüne, aksine kurum işlemlerinin iptaline karar verildiği yönünde hüküm kurulmuştur. Kararın hüküm kısmında, davacının borçlanma talebinin m. 4/1,a kapsamında sayılması yönünde bir ifade bulunmamakla birlikte, yukarıda belirtildiği gibi, bu hususa gerekçede yer verilmiştir. Öte yandan hüküm kısmında, davanın kabulü yönünde karar verildiği görülmüştür. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, davacı, diğer hususların yanı sıra, yurtdışı hizmet borçlanması sürelerinin m. 4/1,b kapsamında değil, m. 4/1,a kapsamında sayılması gerektiği yönünde talepte bulunmuştur. Ayrıca, kararın hüküm kısmında, Kurumun (davacının borçlanma sürelerini m. 4/1,b kapsamında değerlendiren) işleminin iptaline karar verdiği görülmektedir. Yerel Mahkeme kararının gerekçesi ile hüküm kısmı birlikte değerlendirildiğinde, davacının borçlanma talebinin m. 4/1,a kapsamında sayılması yönünde karar verildiği anlaşılmaktadır.<sup>2</sup> İlk bakışta, Yerel Mahkeme ve Yüksek Mahkeme kararlarında, ikili sözleşmeye sigorta başlangıcı bakımından mı yoksa sigortalılık statüsünün değerlendirilmesi bakımından mı, yoksa her ikisi bakımından mı atıf yapıldığı tam olarak anlaşılammamaktadır. Ancak, tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde, her iki bakımdan da ikili sözleşme hükmüne dayanıldığı görülmektedir.

Yargıtay'ın onama kararında da, davanın, sigortalılık başlangıç tarihinin Alman Rant Sigortasına giriş tarihi olan 15.11.1978 tarihinin hizmet başlangıcı olarak kabulü ve 26.03.2010 tarihli borçlanma talebinin geçerli olduğunun tespiti istemine ilişkin olduğu ve yerel mahkemenin davanın kabulüne karar verdiği belirtildikten sonra, uygun olan hükmün onanmasına karar verildiği görülmektedir. Yerel Mahkemenin ve Yüksek Mahkemenin kararları birlikte değerlendirildiğinde, kararların gerekçesinin ve hüküm kısımlarının yeteri kadar açık olmadığı, yanlış anlaşılmaya neden olacak şekilde eksik kaleme alındığı görülmektedir.

Yanlış anlaşılmaların önlenmesi, gerekçe ile hüküm arasında ve yerel mahkeme kararı ile

Yüksek Mahkeme kararı arasında çelişki olmaması için, olayların, iddia ve savunmaların, gerekçe ve hükümlerin daha açık ve ayrıntılı yazılması her bakımdan yerinde olacaktır.

Bilindiği gibi, Kurum uygulamada, yurtdışındaki sigortalılık başlangıcını Türkiye’de geçerli kabul etmemektedir. Hukuk Genel Kurulu, uluslararası ikili sosyal güvenlik sözleşmelerinde hüküm bulunması halinde, diğer ülkedeki sigortalılık başlangıcının Türkiye’de geçerli olduğu yönünde kararlar vermekteydi<sup>3</sup>. Kurum uygulamalarını sürdürmekte ve uyuşmazlıklar yargıya intikal etmekte iken, konuyla ilgili olarak, 3201 sayılı Kanun’un 5. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Belirtilen hükümde, “Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz.” denilmektedir<sup>4</sup>. Ancak belirtilen düzenlemeden önceki dönemde olduğu gibi, sonraki dönemde de, Hukuk Genel Kurulu, uzun zamandan beri uluslararası ikili sosyal güvenlik sözleşmelerde yer alan hükümlere üstünlük tanınması gerektiğini, Kanun hükümlerinde önce dikkate alınması ve uygulanması gerektiğini belirterek, ikili sözleşmelerde hüküm bulunması halinde, diğer ülkedeki sigortalılık başlangıcının Türkiye’de geçerli olduğu yönünde karar vermektedir<sup>5</sup>.

İlk bakışta, somut olayda davacının Kuruma borçlanma talebinde bulunduğu, davalı Kurumun borçlanılan süreleri m. 4/1,b kapsamında değerlendirdiği, bunun üzerine davacı tarafın, yerel mahkemeden, Kurum işleminin iptali ve borçlanmanın m. 4/1,a kapsamında sayılmasının ve sigortalılık başlangıcının 15.11.1978 olarak tespitine karar verilmesini talep ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Yerel Mahkeme, davacının 26/03/2010 tarihli borçlanma talebinin kabulüne karar verilmesi yönünde hüküm kurmuş, bu husus Yüksek Mahkeme tarafından da tekrar edilerek onanmıştır. Davalı Kurumun, davacının borçlanma talebini reddetmediği, sadece borçlanılacak süreleri farklı şekilde değerlendirdiği görülmektedir.

Yanlış anlaşılmanın önlenmesi, gerekçe ile hüküm arasında ve yerel mahkeme kararı ile

Yüksek Mahkeme kararı arasında çelişki olmaması için, olayların, iddia ve savunmaların, gerekçe ve hükümlerin daha açık ve ayrıntılı yazılması her bakımdan yerinde olacaktır.

4. Yerel Mahkemenin ve Yüksek Mahkemenin kararlarında açık bir şekilde belirtilmemekle birlikte, ikili sözleşmelerle yurtdışındaki sigortalılık başlangıç tarihinin Türkiye’de geçerli olduğunun belirtildiği durumlarda, yurtdışındaki sigortalılığın Türkiye’de m. 4/1,a kapsamında sayılacağı kabul edildiği görülmektedir.

Yerel Mahkeme kararının gerekçesinde, Türk-Alman sosyal güvenlik sözleşmesinin 29. maddesinin 4. bendine göre bir kimsenin Türk sigortasına girişten önce bir Alman Rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant sigortasına girişi Türk sigortasına girişi olarak kabul edilir hükmüne göre davacının 26.03.2010 tarihli borçlanma talebinin 4/1,a kapsamında geçerli olduğunun tespitine ve davanın kabulüne karar verildiği belirtilmektedir.

3201 sayılı Kanun’un m. 5/IV hükmüne göre, “Yurtdışı hizmet borçlanmasına ait süreler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’na göre hangi sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağı belirlenmesinde; Türkiye’de sigortalılıkları varsa borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre, sigortalılıkları yoksa aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilir.”

Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik’te de konuyla ilgili olarak, Kanun’daki düzenlemeye benzer bir hüküm yer almaktadır. “Yurtdışında hizmet borçlanmasına dair sürelerin 5510 sayılı Kanun kapsamında hangi sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağı belirlenmesinde söz konusu süreler, başvuru sahiplerinin Türkiye’de sigortalılıkları varsa borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre, sigortalılıkları yoksa 5510 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilir” (m. 12/II).

Sosyal Güvenlik Kurumu’nun 2011/48 sayılı



Genelgesi'nde de benzer hükümlere yer verilmiştir. "Yurtdışı hizmet borçlanmasına ait sürelerin 5510 sayılı Kanun'a göre hangi sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağına belirlenmesinde; Türkiye'de sigortalılıkları varsa borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre, sigortalılıkları yoksa aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi/hizmet olarak kabul edilecektir. Ancak, 5510 sayılı Kanun'un geçici 7 nci maddesinin 2. fıkrasına göre, Ekim/2008 ayı başından sonra Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanların bu tarihten önceki yurtdışı borçlanma süreleri de, aynı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilecektir" (Genelge, m. 8.1.6).

Belirtilen düzenlemelere göre, borçlanılan süreler, borçlanma yapan kişilerin Türkiye'de sigortalılıkları varsa borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre değerlendirilmekte, Türkiye'de sigortalılıkları olmayanlar için, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilmektedir<sup>6</sup>.

**5.** Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Konusunda Yapılan Sözleşme'nin m. 29/IV hükmünde, "Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk Sigortasına giriş olarak kabul edilir".

Yerel Mahkeme sözü edilen düzenlemeye dayanarak, yurtdışındaki sigortalılık başlangıcının Türkiye'de geçerli olmasının yanı sıra, buna dayalı olarak borçlanmanın da m. 4/1,a kapsamında sayılması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.

Yukarıda belirtildiği üzere, sözü edilen hüküm Hukuk Genel Kurulu tarafından, Almanya'daki sigortalılık başlangıcının aynı şekilde Türkiye'de de geçerli olmasına yönelik kararlarında gerekçe olarak kullanılmaktadır. Ancak, söz konusu hükmün, sigortalılık statüsü bakımından da dikkate alınıp alınmayacağı uyuşmazlık konusu olmaktadır. Burada tartışmaya neden olan husus, belirtilen hükümden

yurtdışındaki sigortalılık statüsünün aynı şekilde Türkiye'de geçerli sayılmasına olanak sağlayıp sağlamadığı noktasında toplanmaktadır. Öte yandan, diğer bir tartışma da yurtdışındaki sigortalılık statüsünün farklı olması halinde dahi Türkiye'de farklı statüde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda da bir tartışma yaşanmaktadır.

Yerel Mahkeme kararı ile Yargıtay kararına bakıldığında, açık bir şekilde belirtilmemekle birlikte yurtdışında işveren olarak faaliyet gösteren kişi ile işçi olarak çalışan kişinin borçlanması bakımından bir fark olmayacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, Almanya'daki sürelerin borçlanılması halinde, borçlanma sürelerinin m. 4/1,a statüsü kapsamında değerlendirileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

**6.** Denizli 2. İş Mahkemesi'nin 16.04.2010 tarih ve 2009/586 E., K. 2010/170 sayılı Kararı'na konu olayda, davacı, 01.08.1974-31.07.1977 tarihleri arasında Almanya'da çalıştığını, Türkiye'de ise 06.05.1988 tarihinde Bağ-Kur sigortalısı olduğunu, 13.06.1980 tarihinde doğum yaptığını, doğum borçlanması için Kuruma başvurduğunda talebinin reddedildiğini belirtecek Kurum işleminin reddini ve kendisine doğum borçlanması hakkı tanınmasını talep etmiştir. Davalı Kurum doğum borçlanmasının 5510 sayılı Kanun'un m. 4/1,a bendi kapsamındakilere tanındığını, ise davacının Bağ-Kur sigortalısı olduğunu, m. 4/1,b kapsamındakilerin borçlanma hakkının bulunmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel Mahkeme, Türkiye ile Almanya arasındaki ikili sözleşme uyarınca, Almanya'daki sigortalılık başlangıcının Türkiye'de geçerli sayılması gerektiğini, davacının, sigorta başlangıcının 01.08.1974 olacağını ve doğumun 13.08.1980 tarihinde gerçekleştiğini, 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesindeki şartları taşıdığını belirterek, davalı Kuruma yaptığı doğum borçlanması talebinin geçerli sayılması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.

Yerel Mahkeme kararında açıkça belirtilmemekle birlikte, 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesinde düzenlenen ve Kanun'un m. 4/1,a kapsamındakilere tanınan doğum borçlanması hakkını davacının yararlanması gerektiği yö-

nündeki karardan, davacının yurtdışı borçlanmasını Kanun'un m. 4/1,a bendi kapsamında kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Sözü edilen Yerel Mahkeme kararı, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 24.01.2012 tarih ve E. 2009/586, K. 2010/170 sayılı Onama Kararı ile kesinleşmiştir<sup>7</sup>.

7. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin<sup>8</sup> 04.07.2012, E. 2012/9969, K. 2012/13423 sayılı kararında farklı yönde karar verildiği görülmektedir<sup>9</sup>. Sözü edilen karara konu dava, sigortalılık başlangıç tarihinin, yurtdışında çalışmaya başlanılan 25.07.1972 olduğunun tespiti ile, yurtiçi çalışması ve sigortalılık tescili bulunmayan davacının, 3201 sayılı Kanun kapsamında yaptığı borçlanma süresinin ve 01.06.2009 tarihi itibarıyla bağlanan yaşlılık aylığının, 5510 sayılı Yasa'nın 4/1,a kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin tespiti istemlerine ilişkindir.

Yerel Mahkeme, davacının ilk sigortalılık başlangıcının Alman Rant Sigortasına giriş tarihi olan 25.07.1972 olduğunun tespitine ve 3201 sayılı Yasa kapsamında yapılan borçlanma ile, 01.06.2009 başlangıç tarihli tahsis işleminin, 5510 sayılı Yasa'nın 4/1,a maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin tespitine karar vererek davayı kabul etmiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, Yerel Mahkemenin, sigortalılık başlangıç tarihinin, yurtdışında çalışmaya başlanılan 25.07.1972 olduğunun tespitine ilişkin kararını, Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4. maddesi, keza yönteminde yürürlüğe konulmuş Uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olacağını ve uygulama önceliği bulunduğunu düzenleyen T.C. Anayasası'nın 90. madde hükümleri uyarınca yerinde bulmuştur.

Yüksek Mahkeme ise, Yerel Mahkemenin 3201 sayılı Yasa kapsamında yapılan borçlanma ve tahsis işlemlerinin 5510 sayılı Yasa'nın 4/1,a maddesi kapsamında değerlendirilmesine ilişkin kararını yerinde bulmayarak bozmuştur.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla, yurtiçi çalışması bulunmayan davacı, 13.04.2009 günlük borçlanma başvurusuyla, Almanya'da geçen 25.07.1972-31.08.2008 tarihleri arası çalışmalara-

rından, tahsise yetecek kadarı olan 31.08.1993-31.08.2008 tarihleri arası 5401 günlük hizmetini 3201 sayılı Yasa'yla ve 4/1,b kapsamında 18.05.2009 günlük ödemeye borçlanmış ve 25.05.2009 günlük tahsis başvurusu üzerine de, 01.06.2009 tarihinden itibaren, 5510 sayılı Yasa'nın 4/1,b kapsamında kendisine yaşlılık aylığı bağlanmıştır.

Belirtilen davada uyumsuzluk, yurtiçi çalışması ve sigortalılık kaydı bulunmayan, 25.02.1972 tarihinden itibaren Almanya'da hizmet akdine dayalı olarak çalışan ve Almanya'da geçen çalışma sürelerini 3201 sayılı Kanun'a göre ve 5510 sayılı Yasa'nın 4/1,b kapsamında borçlanarak 01.06.2009 tarihinden itibaren Bağ-Kur'dan yaşlılık aylığı bağlanan davacının; 3201 sayılı Yasa kapsamındaki borçlanma süresinin ve dolayısıyla yaşlılık aylığının 5510 sayılı Yasa'nın 4/1,a kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir.

Yüksek Mahkeme kararında uyumsuzluk tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan, 3201 sayılı Kanun'un 3. maddesine 17.04.2008 tarihli 5754 sayılı Kanun'un 79. maddesiyle yapılan değişiklikle getirilen, "Bu Kanunun 1. maddesinde belirtilenler ile, yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri sigortalının Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa, Sosyal Güvenlik Kurumuna, Türkiye'de çalışması varsa, en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar. Sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanların borçlanma işlemleri aylık aldıkları sosyal güvenlik kuruluşunca yapılır" hükmü ile 5754 sayılı Kanun'la 3201 sayılı Kanun'un 5. maddesine 4. fıkra hükmü olarak eklenen düzenlemede, "Yurtdışı hizmet borçlanmasına ait süreler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre hangi sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağına belirlenmesinde; Türkiye'de sigortalılıkları varsa, borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre, sigortalılıkları yoksa, aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsa-

mında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilir.” denilmektedir.

Yüksek Mahkemenin kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Anılan 5754 sayılı Yasa ile, 3201 sayılı Yasa’da yapılan değişiklikler ve getirilen ek düzenlemelere birlikte bakıldığında; başvurulacak kuruluşların belirlenmesinde, eski 3. maddede öngörülen değişik hallerden tümüyle vazgeçilmiş ve sadece; Türkiye’de sigortalılıkları varsa, borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre, sigortalılıkları yoksa, aynı Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak değerlendirileceği öngörülmüştür. Yasanın bu açık hükmü karşısında, artık borçlanılan sürelerin, mülga diğer sosyal güvenlik kanunları kapsamında bir sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesi imkânı ortadan kalkmıştır. Yani, Türkiye’de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması bulunmayan kişilerin, 3201 sayılı Yasa’ya dayalı borçlanma sürelerinin 5510 sayılı Yasa’nın 4/1,b kapsamında sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesi yasal bir zorunluluk haline gelmiştir.

Öte yandan, Anayasamızın 90/son maddesi uyarınca, yöntemince yürürlüğe konulmuş Uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde olduğu gibi, normlar hiyerarşisi yönünden, uluslararası sözleşme kurallarına; uygulamada, yasal güç tanınmakta ve bu kuralların uygulanma önceliği haiz bulunmaktadır.

Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinde, Türk sigortasına giristen önce, Alman rant sigortasına girilmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin, Türk Sigortasına giriş tarihi olarak kabul edileceği yönünde açık hüküm bulunurken; söz konusu Uluslararası sözleşmede, yurtdışında geçirilen çalışma sürelerinin, akit ülke mevzuatına göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesi aşamasında, hangi sigortalılık niteliğine göre borçlanılabileceği konusunda açık ve özel bir düzenleme yer almamaktadır.

Bu durumda, 3201 sayılı Yasa kapsamında yapılan borçlanma ile, 01.06.2009 tarihinden itibaren bağlanan yaşlılık aylığının, 5510 sayılı Yasa’nın 4/1,b maddesi kapsamında değer-

lendirilmesi gerekmekte olup; aksini öngören mahkeme kabulü yerinde değildir...”

Yüksek Mahkemenin sözü edilen kararında 3201 sayılı Kanun’a dayanılarak yapılan borçlanma işlemlerinde, Türkiye’de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması bulunmayan kişilerin, 3201 sayılı Yasa’ya dayalı borçlanma sürelerinin 5510 sayılı Yasa’nın 4/1,b kapsamında sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesinin yasal bir zorunluluk olduğu belirtilerek, m. 4/1,a kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

**8.** Yüksek Mahkemenin ilk kararına konu Yerel Mahkeme kararının gerekçesi ile hüküm kısmının yeteri kadar açık olmadığını, bu yönüyle, Yüksek Mahkemenin söz konusu Yerel Mahkemenin kararını onayan kararının da tam olarak anlayamadığını, ancak sonuç itibariyle gerekçesinde Türkiye’de sigortalılığı bulunmayan kişinin yurtdışı borçlanmasının m. 4/1,a kapsamında sayılması gerektiği yönündeki bir Yerel Mahkeme kararının onanmış olduğunu belirtmiş bulunuyoruz.

Yargıtay’ın sonraki diğer kararında ise konu açık bir şekilde değerlendirilerek, yurtdışı hizmet borçlanması yapılması halinde, Türkiye’de daha önce herhangi bir sigortalılığın bulunmaması ve ikili sözleşmede hüküm bulunmaması halinde, borçlanmanın 5510 sayılı Kanun’un m. 4/1,b kapsamında sayılması yönünde karar verdiği görülmektedir.

**9.** a) Burada yaşanan tartışma ile ilgili olarak farklı görüşler öne sürülebilecektir. İlk olarak, sigortalının lehine olanın esas alınması gerektiği, sosyal güvenlik haklarının niteliği ve sosyal devlet ilkesi dikkate alınarak, m. 4/1,a kapsamındaki sigortalılığın lehe olması nedeniyle, borçlanmaların bu statüde kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Bu görüş kabul edilecek olursa, ikili sosyal güvenlik sözleşmelerinde hüküm olsun ya da olmasın, yurtdışı hizmet borçlanması yapılması durumunda, yurtdışındaki sigortalılık statüsünün aynı şekilde Türkiye’de de geçerli olması gerekecektir. Öte yandan aynı bakış açısıyla, birden fazla sigortalılık statüsünün bulunması halinde de yine sigortalının lehine olan statüye üstünlük tanınabileceği de benimsenebilecektir.

b) Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesinde<sup>10</sup> de konuyla ilgilisi bulunan hükümler yer almaktadır. Aşağıda belirtilen hükümler ve bunların yanı sıra Sözleşmede yer alan diğer düzenlemeler konuyla ilgili olarak ışık tutacak niteliktedir: "...m) «İşçi» terimi, bu sözleşmede aksine sarahat yoksa, ilgili Akit Tarafın mevzuatına göre, bir işveren tarafından çalıştırılan veya kendi hesabına çalışan veyahut bu kimse gibi işlem gören kimse anlamına gelir...s) «Sigortalılık süreleri» terimi, hangi mevzuata göre geçmişse, o mevzuata göre sigortalılık süresi olarak tanımlanan veya öyle tanınan prim ödeme süreleri, çalışma süreleri, meslekî faaliyet süreleri veya ikamet süreleri veyahut, bu mevzuata göre sigortalılık süresine muadil süre olarak kabul edildikleri ölçüde, diğer bütün süreler anlamına gelir...t) «Çalışma süreleri» ve «meslekî faaliyet süreleri» terimleri, hangi mevzuata göre geçmişse o mevzuata göre çalışma süresi veya meslekî faaliyet süresi olarak tanımlanan veya tanınan sürelerle bu mevzuata göre çalışma veya meslekî faaliyet sürelerine muadil süreler olarak kabul edildikleri ölçüde diğer süreler anlamına gelir..."

Türkiye ile Almanya arasında yapılan ikili sosyal güvenlik sözleşmesinin m. 29/IV hükmünde "Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk Sigortasına giriş olarak kabul edilir" denilmektedir. Belirtilen hükme göre, Türk Sigortasına girişi de Almanya'daki statüye göre olacaktır. İkili sözleşmenin 32. maddesinde, "Akit taraflardan birinin mevzuatına göre geçmiş olmamakla beraber, bu akit taraf mevzuatına göre nazara alınması gereken sigortalılık süreleri diğer akit taraf mevzuatına göre de sigortalılık süresi olarak kabul edilir" hükmü yer almaktadır. O halde, bu hükme göre, Almanya'da geçirilen statüdeki sigortalılık süresi Türkiye'de aynı statüde kabul edilecektir. İkili sözleşmenin 14. maddesinin ikinci fıkrasında, "...Türk mevzuatının uygulanmasında, yetkili Türk sandığı, ilgili kimsenin son defa bağlı bulunduğu sandıktır. Türk mevzuatına göre hiçbir Türk sandığı yetkili değil ise, bu takdirde, Sosyal Sigortalar Kurumu yetkilidir"

denilmektedir. Görüldüğü üzere, 5510 sayılı Kanun'dan önceki dönemde iş sözleşmesine tabi çalışan sigortalıların tabi olduğu Sosyal Güvenlik Kurumu'na atıf yapılmıştır. Sözleşmenin diğer bazı hükümlerinde de benzer düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

5510 sayılı Kanun'un 105. maddesindeki hükmün değerlendirme yapılırken dikkate alınması gerekecektir. Zira, belirtilen düzenlemede yer alan, "21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesi, 26/10/1990 tarihli ve 3671 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi ile 10/7/1987 tarihli ve 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5 inci maddesinin onbirinci fıkrası hariç olmak üzere, diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz" hükmü konuyla doğrudan ilgilidir. Kanun hükmünde, belirtilen diğer istisnalar hariç "...diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz" denilmekte olup, bu düzenleme, 3201 sayılı Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, Türkiye'de sigortalılıkları bulunmayanların yurtdışı hizmet borçlanmasına ait sürelerin 5510 sayılı Kanun'un m. 4/1,b bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edileceğine ilişkin düzenlemenin uygulanması bakımından duraksamaya neden olmaktadır.

Burada bir hususa daha vurgu yapmak yerinde olacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, ikili sözleşmede yer alan, bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk Sigortasına giriş olarak kabul edileceğine ilişkin hükme dayanarak verdiği, yurtdışındaki sigortalılık başlangıcının Türkiye'de geçerli sayılmasına ilişkin olarak verdiği yukarıda sözünü ettiğimiz kararlarında, emeklilik talebi reddedilen kişilerle ilgili olarak, 506 sayılı Kanun'un geçici 81. maddesinin uygulanmasına karar verdiği görülmektedir. Bilindiği gibi, 506 sayılı Kanun'un sözü edilen hükmü, 506 sayılı Kanun'un kapsamındaki bakımından uygulanmaktadır. Bu bağlamda, m. 4/1,b kapsamındaki için 1479 sayılı Kanun'un geçici 10. maddesinin uygulanması gerekmektedir.

Belirtilen düzenlemeler ve yargı kararları



birlikte değerlendirildiğinde, Almanya'da sigortalı işçi olarak çalışan birisinin 3201 sayılı Kanun kapsamında hizmet borçlanması yapılması halinde 5510 sayılı Kanun kapsamında da m. 4/1,a kapsamında sigortalı sayılması gerekecektir<sup>11</sup>. Zira belirtmek gerekir ki, ikili sözleşmede, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri ve buradaki statülerle ilgili doğrudan bir düzenleme yapılmamıştır.

c) Burada belirtmek gerekir ki, yurtdışı hizmet borçlanmalarına ilişkin olarak, işçi olarak çalışanların yanı sıra, ev kadını olarak geçirilen süreler ile işveren olarak faaliyette bulunulan süreler bakımından bir farklılık olmayıp, 3201 sayılı Kanun'da bunlar aynı hükümlere tabi tutulmaktadır. Ayrıca, yurtdışında doğum çocuk bakımı nedeniyle sigortalılık da söz konusu olabilmektedir<sup>12</sup>. Sözü edilen mahkeme kararları dikkate alındığında, ikili sözleşme hükmü uyarınca, işçilerin borçlanmasının yanı sıra, işveren ve bazı hallerde ev kadını olarak geçirilen süreler borçlanıldığında da, yurtdışındaki sigorta başlangıcı Türkiye'de geçerli olacağı gibi, yurtdışında geçirilen sürelerin m. 4/1,a kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Zira, işveren olarak Alman Rant Sigortasına girilmesi ya da ev kadınlarının doğum yapılması gibi nedenlerle Alman Rant Sigortasına girişi sağlayan bir sigortalılık durumunun gerçekleşmesi halinde, Alman Rant Sigortasına giriş tarihi Türkiye'de geçerli olacağı gibi, borçlanılan süreler m. 4/1,a kapsamında değerlendirilerek, m. 4/1,a kapsamında sigortalı olunacaktır.

d) Diğer bir görüş olarak, borçlanmanın hangi statüde sayılacağına açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiği, mevcut düzenlemeye göre 3201 sayılı Kanun uyarınca, Türkiye'de daha önce bir sigortalılığın bulunmaması halinde, borçlanma m. 4/1,b kapsamında değerlendirilmektedir. Almanya ile yapılan sözleşmede borçlanmanın hangi statüden sayılması gerektiği hususunda açık bir düzenleme bulunmadığı, sözleşmede sadece Almanya'daki sigortalılık başlangıcının Türkiye'de de geçerli olduğu ifade edildiği, ikili sözleşmede yurtdışındaki statünün diğer ülkede de aynı şekilde geçerli olacağına ilişkin açık bir düzenleme ol-

ması durumunda sözleşme hükmüne üstünlük tanınması gerektiği, ancak, Almanya ile yapılmış olan ikili sözleşmede yer alan hükmün, sigortalılık süresinin başlangıcına ilişkin olup, sigortalılık statüsü bakımından geniş bir şekilde yorumlanacak nitelikte olmadığı, mevcut düzenlemeler karşısında, 3201 sayılı Kanun hükmünün uygulanması gerektiği ileri sürülebilir.

e) Diğer bir çözüm yolu ise, birden fazla sigortalılık statüsünün bulunması halinde, hangi statüde daha fazla kalınmış ise o statünün dikkate alınması ya da sigortalının lehine olan statüye üstünlük tanınması da tercih edilebilir.

f) Bunların yanı sıra, ikili sözleşme olmayan durumlarda ve ikili sözleşme olmakla birlikte konuyla ilgili hüküm bulunmadığı hallerde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği de tartışılabilir. Yerel Mahkemenin onanan kararında ikili sözleşmeye dayanıldığı görülmektedir. Bu yönüyle, ikili sözleşmede hüküm olmayan hallerde, daha önce Türkiye'de herhangi bir sigortalılık yoksa borçlanmanın m. 4/1,a kapsamında sayılmasına olanak bulunmayacaktır. Ancak, bu yönde oluşacak farklı uygulamaların çok da adil olacağı söylenemeyecektir.

g) Olması gereken hukuk bakımından, Türkiye'de daha önce herhangi bir sigortalılıkları bulunmayan ve yurtdışında işçi olarak çalışanların, borçlanma yapımları durumunda, borçlanılan sürelerin m. 4/1,a kapsamında değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır. Yaşamakta olan tartışmaya son verilmesi bakımından, konunun mevzuatta açık bir şekilde düzenlenmesi sağlanmalıdır. İşçi olarak çalışanlar dışındaki işveren ve ev kadını gibi kişilerin ise, borçlanmalarının m. 4/1,a mı yoksa m. 4/1,b kapsamında mı değerlendirileceği ayrıca tartışılabilir. Zira, Türkiye'de işveren ve ev kadını olarak isteğe bağlı sigortalı olan kişiler m. 4/1,b kapsamında sigortalı sayılmaktadırlar.

h) Uygulamada, yurtdışındaki çalışmasının dışında Türkiye'de herhangi bir sigortalılığı bulunmayanlar ve m. 4/1,b sigortalılığı bulunanlar ya da m. 4/1,a kapsamında sigortalılığı bulunmakla birlikte son sigortalılığı m. 4/1,b kapsamında olanlar, borçlanma yapmadan önce Türkiye'de, kısa bir süre m. 4/1,a kapsa-

mında gerçekten eylemli/fiili çalışmaya dayalı olarak sigortalı olduktan sonra borçlanma talebinde bulunarak borçlanılan süreyi m. 4/1,a kapsamında saydırmaktadır. Öte yandan uygulamada, herhangi bir fiili/eylemli gerçek bir çalışma olmaksızın, bir işyerinde çalışılmış gibi (gerçeğe aykırı kayıtlarla sahte sigortalı olarak) görüldükten sonra borçlanma talebinde bulunarak borçlanılan süreyi m. 4/1,a kapsamında sayıldığı da duyulmaktadır. Elbette gerçek dışı uygulamaların yerinde olduğu söylenemez.

Yaşanan sorunların nedeni, Kanunda m. 4/I (a), (b), (c) şeklinde, farklı statülerden kaynaklanan farklı sigortalılıklara yer verilmesidir. Bilindiği gibi, m. 4/1,a kapsamındaki sigortalılar az prim ödeyerek daha kısa sürede emekli olmakta ve daha fazla maaş almaktadır. Esas itibarıyla, önemli olan, mümkün olduğu ölçüde belirtilen sigortalılık türleri arasındaki farkın ortadan kaldırılmasıdır. Bu fark giderilemediği sürece sorunlar yaşanmaya devam edecektir.

## DİPNOTLAR

- 1 <http://www.evcen.av.tr/iscilerin-yurt-disi-borclanmasi.html>.
- 2 Buradaki açıklamalarımız, gerekçede yer alan davacının borçlanma sürelerinin m. 4/1,a kapsamında sayılması gerektiği yönündeki ifade ile hüküm kısmında yer alan davanın kabulü ile Kurum işleminin iptaline ilişkin ifade birlikte ele alınarak, Yerel Mahkemenin, davacı tarafından borçlanılan sürelerin m. 4/1,a kapsamında sayılması gerektiği yönünde karar verdiği kabul edilerek yapılmıştır. 1982 Anayasası'nın 142. maddesinde, "Bütün mahkemelelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" denilmektedir (m. 142/III). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, 297. maddesinin ikinci fıkrasında, "Hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümlerle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir" denilmektedir. Aynı husus, anılan Kanun'un 359. maddesinin ikinci fıkrasında tekrar edilmektedir.
- 3 YHGK.'nın, 21.3.2001 tarih ve E. 2001/10-232, K. 2001/272 sayılı kararı (<http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=73662>). YHGK, 13.07.2011 tarih ve E. 2011/10-307, K. 2011/366 sayılı kararı; Yargıtay 10. HD.'nin 27.12.2010 tarih ve E. 2010/7189, K. 2010/17542 sayılı kararı, (<http://www.isvesosyalguvenlik.com/yargi/ygk25.htm>). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve ilgili dairelerinin bu yönde birçok kararı bulunmaktadır.
- 4 Kanunun 5. maddesinde yer alan konuyla ilgili diğer hükümler şunlardır: "Yurt dışındaki sigortalılık sürelerinin tespitinde, bunu belirten ve istek sahibinin ibraz edeceği ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere gün sayıları esas alınır, bu tespit 1 yıl 360 gün, 1 ay 30 gün hesaplanır. Sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmetleri olanların, borçlandıkları gün sayısı, prim ödeme gün sayıları ile ilgili hizmetlerine katılır. Sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler borçlanılmış ise, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür. Sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunmayan istek sahiplerinin sigortalılıklarının başlangıç tarihi, borçlarını tamamen ödedikleri tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülen tarihtir... (m. 5/I-III)".
- 5 YHGK.'nin 13.07.2011 tarih ve E. 2011/21-430, K. 2011/512 sayılı kararı; (<http://www.isvesosyalguvenlik.com/yargi/ygk25.htm>). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve ilgili dairelerinin bu yönde birçok kararı bulunmaktadır. Aynı hususun vurgulandığı, YHGK'nın 29.09.2010 tarih ve E. 2010/10-472, K. 2010/440 kararın değerlendirilmesi için bkz. Canbolat, Talat; Yurt dışında Hizmet Borçlanması Yapılanlar Da Kademeli Geçişten Yararlanırlar ve Sigortalılığın Başlangıç Tarihi İkili Sosyal Güvenlik Anlaşmalarına Göre Belirlenir, Sarper Süzek'e Armağan, C.2, İstanbul 2011, 2243 vd.; ayrıca bkz, Ocak, Saim; Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2011/2, 311 vd.; OCAK, Saim; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında 29.09.2010 Tarihli Kararın İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/2, 311-323.
- 6 OCAK, Saim; Hizmet Borçlanmalarında Talep Tarihindeki Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi, MESS Sicil Dergisi, 2010/20, 153-170.
- 7 Yayımlanmamış karar.
- 8 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/5510/mlinklist-m.htm>.
- 9 Yüksek Mahkeme özet olarak şu sonuca varmıştır: "ÖZET: Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması bulunmayan kişilerin, 3201 sayılı Yasa'ya dayalı borçlanma sürelerinin 5510 sayılı Yasa'nın 4/1,b kapsamında sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesi yasal bir zorunluluk haline gelmiştir. Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinde yurtdışında geçirilen çalışma sürelerinin, akit ülke mevzuatına göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesi aşamasında, hangi sigortalılık niteliğine göre borçlanılabileceği konusunda açık ve özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, 3201 sayılı Yasa kapsamında yapılan borçlanma ile aylık aylığının, 5510 sayılı Yasa'nın 4/1,b maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir".
- 10 [http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc059/kanuntbmmc059/kanuntbmmc05902023.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc059/kanuntbmmc059/kanuntbmmc05902023.pdf).
- 11 Aynı yönde, YEŞİLOĞLU, Gülşah; Türkiye'de Çalışması Olmayan Ancak Yurtdışında Çalışan İşçilerin 4/1-A Kapsamında Emekli Olması (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 2012/9969 E. 2012/13423 K. sayılı İlamı), Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, 408-41 (<http://www.ankarabarusu.org.tr/sites/ankarabarusu/tekmakale/2012-3/14.pdf>).
- 12 Konuyla ilgili olarak, Sosyal Güvenlik Kurumunun, "Almanya'daki Çocuk Yetiştirme Süreleri" konulu. 25.05.2010 tarih ve 2010/68 ve 08.12.2010 tarih ve 2010/129 sayılı Genelgelerine bakınız.

Doç. Dr. Adnan GERÇEK

Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Bireysel Emeklilik Sistemine Yönelik Yeni Vergisel Teşviklerin Değerlendirilmesi

## 1. GİRİŞ

Ülkemizde on yıldır uygulanan bireysel emeklilik sisteminin temel amacı; kamunun sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak, bireylerin emekliliğe yönelik tasarrufların yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek bir gelir sağlanması, ekonomiye uzun vadeli kaynak yaratılarak devletin emeklilik sistemine ilişkin yükünün hafifletilmesidir. Bir başka deyişle bireysel emeklilik sistemi hem bireylere, hem de devlete önemli avantajlar sağlayacağı beklentisi ile kurulmuştur. Bu nedenle sistemin başarılı olması için devlet tarafından vergi avantajları şeklinde bireysel ve kurumsal teşvikler sağlanmış, ancak istenen başarı yakalanamamıştır. Bu kapsamda, bireysel emeklilik sisteminin yeniden düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmış ve 6327 sayılı Kanun ile bireysel emeklilik sisteminde temel değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin bazıları eski sistemdeki bariz hukuka aykırılıkların düzeltilmesi, bazıları ise sistemin kapsamının genişle-

tilmesi amacıyla gündeme gelmiştir.

Bireysel emeklilik sistemindeki yeni düzenlemelerin temelinde de katılımcılara vergisel avantajlar sağlanarak bu sisteme girmelerini teşvik etmek yatmaktadır. Peki, yeni sistem gerçekten katılımcılara önemli vergisel avantajlar sağlamakta mıdır? Bu makalede öncelikle bireysel emeklilik sistemindeki yeni düzenlemeler hakkında bilgi vermek ve daha sonra yeni sistemin vergisel avantaj ve dezavantajlarını ortaya koymak amaçlanmıştır.

## II. BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİNDEKİ YENİ DÜZENLEMELER

### A. Bireysel Emeklilik Sistemine Devlet Katkısı Getirilmiştir

6327 sayılı Kanun<sup>1</sup> ile Bireysel Emeklilik Sistemi (BES) ile ilgili yapılan en önemli değişikliklerden birisi sisteme yatırılan katkı paylarının ücretlilerin veya yıllık beyanname

verenlerin vergi matrahlarından indirilmesi uygulamasına son verilmesi, buna karşılık işveren tarafından ödenenler hariç, tüm katılımcılar için %25 doğrudan Devlet katkısı getirilmesidir.

### 1. Devlet katkısı miktarı ve sınırı

Bireysel emeklilik hesabına katılımcı tarafından ödenen katkı paylarının %25'ine karşılık gelen tutar, bireysel emeklilik şirketleri tarafından emeklilik gözetim merkezine iletilen bilgiler esas alınarak emeklilik gözetim merkezi tarafından Devlet katkısı olarak hesaplanacaktır. Devlet katkısı olarak hesaplanan tutar Hazine Müsteşarlığı bütçesine konulacak ödenekten katılımcıların ilgili hesaplarına bireysel emeklilik şirketleri aracılığı ile aktarılmak üzere emeklilik gözetim merkezine ödenecektir. Devlet katkısı, katkı payı ödemelerinden ayrı olarak takip edilecek ve Müsteşarlıkça belirlenen yatırım araçlarında yatırıma yönlendirilecektir. Yani, Devlet katkısının yatırıma yönlendirilmesinde katılımcının herhangi bir inisiyatifi olmayacaktır<sup>2</sup>.

**Örneğin;** bireysel emeklilik sistemine 200 TL aylık katkı payı ödemesi yapan katılımcı adına 50 TL de Devlet katkısı hesaplanacaktır. Ancak katılımcının işvereni tarafından aynı hesaba katkı payı ödenmesi durumunda, söz konusu tutar için Devlet katkısı hesaplanmayacaktır. Diğer taraftan, bir katılımcı için bir takvim yılında ödenen ve Devlet katkısı tutarının hesaplanmasına esas teşkil eden katkı paylarının toplamı, ilgili takvim yılına ait hesaplamaya ilişkin dönemin sona erdiği tarihte geçerli brüt asgari ücretin hesaplama dönemine isabet eden toplam tutarını aşamayacaktır.

Katılımcının birden fazla emeklilik sözleşmesi olsa dahi faydalanabileceği devlet katkısı üst sınırı değişmeyecektir. **Örneğin;** bir emeklilik sözleşmesine istinaden aylık 1.000 TL katkı payı ödeyen katılımcı da, iki emeklilik sözleşmesine istinaden 1.000'er TL'den aylık 2.000 TL katkı payı ödeyen katılımcının da faydalanabileceği devlet katkısı tutarı aylık 235 TL olacaktır<sup>3</sup>.

Yeni düzenlemeye göre BES'e katılmak için herhangi bir işyerinde çalışma veya mükellef

olarak yıllık beyanname verme zorunluluğu ortadan kaldırılmaktadır. Bir başka deyişle artık ev hanımları dahi BES'e prim ödeyebilecek ve emekli olabilecek. Böylece sistemin kapsamı önemli ölçüde genişletilecektir.

### 2. Katılımcıların devlet katkısına hak kazanması

Bireysel emeklilik sistemi katılımcılarının, devlet katkısı ve getirilerine hak kazanabilmeleri için 01.01.2013 tarihinden itibaren sistemde en az 3 yıl kalmaları gerekmektedir. Katılımcıların devlet katkısı ve getirilerine hak kazanmaları aşağıda belirtildiği şekilde olacaktır;

- En az üç yıl sistemde kalanlar Devlet katkısı ve varsa getirilerinin %15'ine,
- En az altı yıl sistemde kalanlar Devlet katkısı ve varsa getirilerinin %35'ine,
- En az on yıl sistemde kalanlar Devlet katkısı ve varsa getirilerinin %60'ına,
- Emeklilik hakkı kazananlar ile sistemden vefat veya maluliyet nedeniyle ayrılanlar Devlet katkısı ve getirilerinin %100'ne, hak kazanacaklardır.

Bu sürelerin hesabında emeklilik sözleşmesi esas alınacaktır. Devlet katkısı ve getirilerinden hak kazanılan tutarlar sistemden ayrılma veya emeklilik durumunda katılımcıya ödenecek, hak kazanılmayan tutarlar ise genel bütçeye gelir kaydedilecektir. Buna göre sistemde üç yıldan az kalınması halinde devlet katkısı tutarından hiç bir pay alınamayacaktır.

Ocak 2013 tarihinden itibaren matrahtan indirme şeklindeki destek yerine doğrudan katkı tutarı üzerine Devlet katkısı getirilmekte, ancak katkıya hak kazanmada süre sınırı getirilerek eski uygulamanın gerisinde kalınmaktadır. Yeni BES'deki destek unsuru ancak emeklilik halinde tam bir destek sağlamaktadır. **Örneğin;** BES'e 400 TL katkı tutarıyla dahil olan bir katılımcının söz konusu katkı tutarının %25 üzerinden 100 TL Devlet katkısı sisteme Devlet tarafından ödenecektir. Sistemden 5 yıl sonra ayrılan katılımcı 400 TL anapara ile anaparanın getiri tutarı ve 100 TL Devlet katkısının %15'i olan 15 TL ile bu tutarın getirisine hak kazanacaktır<sup>4</sup>.



### 3. Katılımcıların devlet katkısına hak kazanmada geçiş düzenlemesi

1 Ocak 2013 tarihten önce sisteme girmiş olan katılımcıların BES’de geçirdikleri sürelerin bir kısmının Devlet katkısına hak kazanmaya esas sürelerin tespitinde dikkate alınması sağlanmıştır. Buna eski katılımcıların 01.01.2013 tarihinden itibaren üç yıl sistemde kalması durumunda, Devlet katkısına hak kazanmaya esas süreler, sistemde kaldıkları toplam sürenin;

- 3 yıldan fazla 6 yıldan az bulunması durumunda 1 yıl,
- 6 yıldan fazla 10 yıldan az bulunması durumunda 2 yıl,
- 10 yıldan fazla olması durumunda 3 yıl eklenecektir.

Bu çerçevede, 01.01.2013 tarihinden başlamak üzere en az 3 yıl sistemde kalmak şartıyla bu tarih itibariyle bireysel emeklilik sisteminde olanlar açısından devlet katkısına hak kazanılması için gerekli süreler dikkate alınmak üzere, sistemde kalış süreleri ile doğru orantılı olarak ekleme yapılacaktır. Bu eklemelerle birlikte, devlet katkısına hak kazanılması oranları izleyen şekilde farklılaşmaktadır<sup>5</sup>.

BES’e katkı payı ödeyen katılımcının 01.01.2013 ile 31.12.2014 tarihleri arasında sistemden çıkması halinde, ödeyeceği katkı payları için herhangi bir Devlet katkısı ödenmeyecektir<sup>7</sup>. Demek ki katılımcıların Devlet katkısı almaya hak kazanabilmesi için her halükarda 01.01.2013 tarihinden itibaren 3 yıl sistemde kalmaları gerekmektedir. Tabii ki bu sistemde “3 yıl kal ve ayrıl”<sup>8</sup> anlamına da gelmemektedir. Katılımcı BES’de ne kadar uzun kalırsa Devlet katkısı ve getirilerinden o kadar fazla yararlanmış olacaktır.

## B. Gelir Vergisi Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler

### 1. Katkı paylarının gelir vergisi matrahından indirilmesi uygulaması sona ermiştir

Bireysel Emeklilik Sisteminin eski uygulamasında, sisteme katılan katılımcılara ödemiş oldukları katkı tutarını, asgari ücretin brüt tutarını ve ödemenin yapıldığı ayda elde edilen ücretin % 10’unu aşmamak üzere, ilgili ay vergi matrahından düşme imkânı verilmiş idi.

01.01.2013 Tarihinden Önceki Süreler (A)	01.01.2013 Tarihinden Sonraki Süreler (B)	İlave Süre Hesabına Esas Toplam Süre (A+B)	İlave Edilecek Süreler (C)	Katkı Payına Esas Toplam Süre (A+B+C)	Katkı Payı Oranı
1 yıl	3 yıl	4 yıl	1 yıl	5 yıl	%15
3 yıl	4 yıl	7 yıl	2 yıl	9 yıl	%35
6 yıl	5 yıl	11 yıl	3 yıl	14 yıl	%60
2 yıl	8 yıl 5 ay	10 yıl 5 ay	3 yıl	13 yıl 5 ay	%60

**Örneğin;** 01.01.2006 tarihinden itibaren bireysel emeklilik sistemine katkı payı ödeyen katılımcının 01.01.2018 tarihinde birikimlerini almak suretiyle bireysel emeklilik sözleşmesini sonlandırması durumunda, 01.01.2013 tarihinden itibaren sistemde 5 yıl kaldığından Devlet katkısının %15’ine hak kazanmasına rağmen, önceki dönemde de sistemde 7 yıl kaldığı için toplam süre 12 yıl olması nedeniyle hak kazanılan 3 yıllık sürenin de eklenmesi sonucunda, Devlet katkısına hak kazanmaya esas süre toplamı 8 yıl olacak ve Devlet katkısının ve getirilerinin %35’ini almaya hak kazanacaktır<sup>6</sup>.

Yeni sistemde bu uygulamaya son verilmekte olup, 01.01.2013 tarihinden itibaren BES’e ödenen katkı tutarına ilişkin belgeler çalışılan işyerine verilmeyecek ve ödenen katkı tutarı (prim) vergi matrahından indirilemeyecektir. Benzer şekilde GVK’nın 89. maddesinde yapılan düzenlemeyle gelir vergisi beyannamesi veren mükelleflerin bireysel emeklilik sistemine ödedikleri katkı paylarının yıllık beyanname üzerinden indirilebilmesi uygulamasına da 01.01.2013 tarihinden itibaren son verilmektedir<sup>9</sup>.

Yıllık beyanname veren mükellefler tarafın-

dan 2012 yılında bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları 1-25 Mart 2013 tarihleri arasında 2012 takvim yılına ilişkin olarak verilen yıllık beyannameye gelir vergisi matrahının tespitinde indirim konusu yapılabilecektir<sup>10</sup>.

## **2. Katılımcılara yapılacak ödemelere ilişkin menkul sermaye iradı istisnası kaldırılmıştır**

GVK'nın 6327 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile değiştirilmeden önceki 22. maddesine göre, bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, maluliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin %25'i gelir vergisinden istisna olup, istisna edilen tutar üzerinden GVK 94/1-15 maddesi uyarınca tevkifat yapılmamaktaydı.

6327 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile GVK'nın 22. maddesinin (1) numaralı bendinde yapılan değişiklik ile söz konusu istisna kaldırılmış olup, bireysel emeklilik sisteminden ayrılanlara yapılacak irat ödemelerinin tamamı gelir vergisi tevkifatına tabi hale gelmiştir.

Sistemden ayrılmalar esnasında yapılacak vergilendirmenin daha basit ve anlaşılır olması için Türkiye'de kain ve merkezi Türkiye'de bulunan sigorta şirketlerince tek primli yıllık gelir sigortalarına ilişkin yapılan ödemelerin tamamı gelir vergisinden istisna tutulması ile ilgili uygulama devam etmektedir<sup>11</sup>. İstisna edilen bu tutar üzerinden GVK'nın 94. maddenin birinci fıkrasının (15) numaralı bendine göre tevkifat yapılmaz.

## **3. Katılımcıların ödediği katkı payları menkul sermaye iradı kapsamında çıkarılmıştır**

Gelir vergisinin amacı gerçek kişilerin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarını vergilendirmektir. Gelirin unsurlarından biri de menkul sermaye iradı olup; sahibinin ticari, zırai veya mesleki faaliyeti dışında nakdi sermaye veya para ile temsil edilen değerlerden oluşan sermaye dolayısıyla elde ettiği kâr payı, faiz, kira ve benzeri iratlar olarak tanımlanmıştır (GVK md. 75/1). Bir başka

ifade ile sermayenin (anaparanın) kendisi değil sadece getirisi menkul sermaye iradı olarak kabul edilmektedir. Yatırıma yönlendirilen sermayenin (anaparanın) vergilendirilmesi, gelir vergisinin ruhuna uymamakta ve GVK hükümleri ile bağdaşmamaktadır.

Nitekim, bireysel emeklilik sisteminden herhangi bir nedenle ayrılan katılımcılara yapılan ödemelerin tamamının irat olarak kabul edilerek gelir vergisi tevkifatına tabi tutulması, katılımcılar tarafından dava konusu yapılmıştır. Nihayetinde Danıştay tarafından verilen bir kararda<sup>12</sup> "... sigorta şirketince yapılan ödemelerin tamamı değil, bu ödemenin anapara dışında kalan kısmı menkul sermaye iradı niteliğinde" olduğu vurgulanarak katkı payına isabet eden tutar için yapılan gelir vergisi kesintileri iptal edilmiştir.

6327 sayılı Kanun ile getirilen diğer bir önemli yenilik de, bireysel emeklilik sisteminden herhangi bir nedenle ayrılan katılımcılara yapılan ödemelere ilişkin gelir vergisi tevkifat matrahının değiştirilmesi olmuştur. Bu Kanunun 6. maddesi ile GVK'nın 75. maddesinin ikinci fıkrasının 15 numaralı bendi değiştirilmiş, aynı fıkraya 16. bent eklenmek suretiyle bireysel emeklilik şirketleri tarafından katılımcılara yapılan ödemelerde yalnızca getiriler üzerinden vergilendirme yapılması sağlanmıştır.

GVK'nın 75. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen 16. bendine göre, bireysel emeklilik sisteminden;

a- On yıl süreyle katkı payı ödemediği ayrılanlar ile bu süre içinde kısmen ödeme alanlara yapılan ödemelerin içerdiği irat tutarı (Devlet katkılarının hak kazanılan kısmına isabet eden irat tutarı dahil),

b- On yıl süreyle katkı payı ödemiş olmakla birlikte emeklilik hakkı kazanmadan ayrılanlar ile bu süre içinde kısmen ödeme alanlara yapılan ödemelerin içerdiği irat tutarı (Devlet katkılarının hak kazanılan kısmına isabet eden irat tutarı dahil),

c- Emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, maluliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin içerdiği irat tutarı (Devlet katkılarının hak ka-

zanılan kısmına isabet eden irat tutarı dahil) menkul sermaye iradı olarak kabul edilmiştir.

Bireysel emeklilik sistemi kapsamında yapılan ödemelerde menkul sermaye iradı tutarı, hak kazanılan Devlet katkısı ve getirileri dahil ödemeye konu toplam birikim tutarından, (varsa ertelenmiş giriş aidatı indirilmeksizin) ödenen katkı payları ve Devlet katkısının hak edilen kısmı indirilerek hesaplanır<sup>13</sup>.

6327 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile GVK'nın 94. maddesinde yapılan değişiklik ile yukarıda bentler halinde belirtilen menkul sermaye iratlarının Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek oranlar çerçevesinde tevkiyata tabi tutulması sağlanmıştır. Söz konusu tevkifat nihai vergilendirme olup, söz konusu menkul sermaye iratları için yıllık beyanname verilmez, başka gelirler için beyanname verilmesi halinde de bu gelirler beyannameye dahil edilmez. Böylece, eski BES'in en önemli eksikliği olan ve sisteme olan güveni sarsan uygulamadan vazgeçilmiş ve sistemin işleyişi hukuka ve GVK'nın ruhuna uygun hale getirilmiştir.

**Örneğin;** BES'e 100.000 TL katkı payı ödeyen ve üzerinden 20.000 TL nema hesaplanan bir kişinin sistemden kanuni değişiklikten önce ayrılması halinde, ödenmesi gereken toplam 120.000 TL üzerinden vergi kesintisi yapılırken, kanuni değişiklikten sonra sadece 20.000 TL'lik nema tutarı üzerinden vergi kesintisi yapılacaktır.

Buna göre eski ve yeni sistemde yapılan vergi kesintileri ve kişiye ödenecek tutar karşılaştırılmalı olarak şu şekilde gösterilebilir<sup>14</sup>:

	Eski Sistem	Yeni Sistem
İrat Türü	Sistemden yaralananlara yapılan anapara dahil tüm ödemeler	Sistemden yaralananlara anapara hariç yapılan ödemeler
Anapara	100.000 TL	100.000 TL
Nema Tutarı	20.000 TL	20.000 TL
İrat Tutarı	120.000 TL	20.000 TL
Hesaplanan Vergi	18.000 TL (120.000 x %15)	3.000 TL (20.000 x %15)
Ödenecek Tutar	102.000 TL	117.000 TL

#### 4. İşverenler tarafından yapılan katkı payı ödemelerinin gider yazılmasındaki üst sınır artırılmıştır

6327 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile GVK'nın 40. maddesinin birinci fıkrasının (9) numaralı bendinde yapılan değişiklikle işverenler tarafından ücretliler adına bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payı tutarının üst sınırı %10'dan %15'e çıkarılmaktadır. 01.01.2013 tarihinden itibaren işverenler tarafından bireysel emeklilik sistemine ödenen ve ücretle ilişkilendirilmeksizin ticari kazancın tespitinde gider olarak indirim konusu yapılacak katkı paylarının toplamı, ödemenin yapıldığı ayda elde edilen ücretin %15'ini ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamayacaktır.

Gerek işverenler tarafından bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları, gerekse GVK'nın 63. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi kapsamında indirim konusu yapılacak prim ödemelerinin toplam tutarı, ödemenin yapıldığı ayda elde edilen ücretin %15'ini ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamayacaktır<sup>15</sup>.

GVK'nın 40. maddesinin birinci fıkrasının (9) numaralı bendi kapsamında yapılacak indirim, işverenler tarafından hizmet erbabına yönelik olarak sadece BES'e ödenen katkı paylarını içermekte olup, şahıs sigorta primlerini içermemektedir.

### III. BES'DEN AYRILMIŞ OLANLARIN ANAPARA TUTARLARI ÜZERİNDEN YAPILMIŞ TEVKİFATLARIN İADESİ

BES'in kuruluş aşamasında; bir taraftan sektörün başarılı olması için katkı tutarlarının gelir vergisi matrahından indirilmesi suretiyle vergi teşviki sağlanırken, diğer taraftan sistemden ayrılanların toplam birikimlerinin tamamı üzerinden vergi kesintisi yapılması gibi tamamen verginin mantığına aykırı bir düzenleme yapılarak BES'e köstek olunmuştur. Toplam ödemeler üzerinden yapılan vergi kesintisi haklı olarak dava konusu edilmiş ve mahkemelerce

kesintinin hukuki olmadığı yönünde kararlar verilmiştir<sup>16</sup>.

Yukarıda da açıklandığı gibi 6327 sayılı Kanun ile GVK'nın 75 ve 94. maddelerinde yapılan değişikliklerle, BES'den çeşitli nedenlerle ayrılanlar için tevkifat matrahı değiştirilmiş ve sadece getiri tutarı üzerinden tevkifat yapılması öngörülmüştür. BES'den ayrılanlara ödenen anapara üzerinden vergi alınması uygulamasını dava konu eden ve etmeyen mükelleflerin haklarını eşitlemek amacıyla da 6327 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Buna göre 07.10.2001 tarihinden sonra akdedilmiş bireysel emeklilik ve şahıs sigorta poliçeleri ile ilgili olarak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce emeklilik ve sigorta şirketleri tarafından yapılan ödemeler üzerinden tevkif edilerek ödenen vergilerin, anapara ödemelerine isabet eden kısımları 28.08.2012 tarihinden itibaren bir yıl içinde hak sahiplerince tevkifatın yatırıldığı vergi dairelerine başvurulması ve dava açılmaması veya açılmış davalardan vazgeçilmesi şartıyla, VUK'un düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca red veya iade edilecektir.

Hak sahiplerince yapılan red ve iade talepleri, VUK'un düzeltme zamanaşımı hükümleri dikkate alınarak yerine getirilecektir. Bu konu ile ilgili açıklamalar 83 nolu Gelir Vergisi Sirkülerinde<sup>17</sup> yapılmıştır. Ancak, bu sirkülerde yapılan açıklamadan, iade ve red işlemlerinin VUK'un düzeltme zamanaşımı hükümlerine göre yapılacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda yapılan red ve iade talepleri, son beş yıl içinde sistemden ayrılan hak sahipleri için söz konusu olacaktır. Bunun anlamı da 28.08.2013 tarihine kadar başvuruda bulunacak olanlar için 01.01.2007 tarihinden sonra bireysel emeklilik sisteminden ayrılmış olanlar yararlanabileceklerdir. Ülkemizde bankacılık ve sigortacılık faaliyeti ile uğraşan şirketler İstanbul'da bulunan Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı bünyesinde faaliyette bulunmaktadır. Bu nedenle 01.01.2007 tarihinden sonra bireysel emeklilik sisteminden ayrılan mükelleflerin bu vergi dairesine başvuruda bulunmaları gerekmektedir<sup>18</sup>.

Ülkemizde 2011 yılı sonu itibarıyla 1.873.741

adet sözleşme BES'in kurulduğu tarihten itibaren sonlandırılmıştır. Bunların yaklaşık 900.000 adedi 2007 yılından sonra sona eren sözleşmelerden oluşmaktadır<sup>19</sup>. 2012 yılı da dikkate alındığında bu sayı yaklaşık 1.000.000 adedi bulabilecektir. Bu da tek bir vergi dairesi için oldukça büyük bir sayıdır.

Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı'nın internet sitesinde yapılan açıklamada, "Uygulama, 07.10.2001 tarihinden sonra akdedilen poliçelerle ilgili olarak 29.08.2012 tarihinden önce yapılan kesintileri kapsamaktadır. Ancak söz konusu kesintilerin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca düzeltme zamanaşımına da uğramamış olması gerekmektedir"<sup>20</sup> denilmek suretiyle son beş yıl içinde yapılan kesintilerin iade edilebileceği, 01.01.2007 öncesi yapılan kesintilerin iade edilemeyeceği açık olarak belirtilmiştir. Bizce BES bir bütün olarak düşünölmeli, geçmişte yaşanan sorunlar sistemin geleceğini de etkileyeceğini dikkate alarak, 07.10.2001 tarihinden itibaren haksız bir şekilde yapılan tüm kesintilerin katılımcılara iade edilmesi hakkaniyete uygun olacaktır<sup>21</sup>.

#### IV. YENİ BES'İN AVANTAJLARI VE DEZAVANTAJLARI

Ülkemizde BES aracılığıyla tasarrufların artırılması için sistemde yapılan en büyük yenilik devlet katkısının getirilmesidir. Eski sistemde ödenen katkı payları elde edilen ücretin veya gelirin % 10'unu ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşmamak üzere, ücretlerinin veya yıllık beyanname verenlerin vergi matrahından indirilebiliyordu. Yeni BES'de ise sisteme katılan herkes için Devlet, katılımcı tarafından yatırılan katkı payının yüzde 25'i kadar katkı yapacak. Devlet katkısı, katılımcı adına açılacak ayrı bir hesapta birikecek ve yıllık asgari ücretin yüzde 25'i ile sınırlı olacaktır. Böylece eski sistemden sadece ücretliler ve beyanname veren vergi mükellefleri tarafından yararlanılabilen vergi avantajı yerine herkesin yararlanabileceği bir avantaj getirilmiştir. Eski sistemde avantajdan katılımcıların sadece yüzde 35'inin yararlanabildiği gerçeği de göz önüne alındığında, avantajın tüm bireysel emeklilik sistemi katılımcılarını kavrayan bir hale getirilmesiyle,



katılım süreci avantajlarından yararlanamayan büyük çoğunluğun da yararlanması sağlanmış olacaktır. Ayrıca herkesin BES'e prim ödeyebilecek ve emekli olabilecek olması da sisteme katılımın genişlemesine yol açacak önemli bir değişikliktir.

Buna karşılık, eski sistemde vergi avantajından ücretliler aylık, beyanname verenler ise yıllık olarak yararlanabiliyordu. Yani katılım aşamasında daha az vergi ödemek suretiyle katkı paylarının bir kısmını aylık ve yıllık olarak geri alabiliyorlardı. Yeni sistemde ise, devletin katılım sürecinde sağladığı ve katılımcının cebinde kalan vergi avantajı, artık katılımcının cebinde kalmayacak ve birikimine eklenecektir. Katılımcının Devlet katkısından yararlanabilmesi ise ancak 3 yıl sonra mümkün olacak. Dolayısıyla katılımcıların katkı paylarının ancak belli süreler geçtikten sonra çekilebilecek olması yeni sisteme yönelik en büyük eleştiridir. Yeni sistem sayesinde 2013-2015 yılları arasında Devlet, hiçbir devlet katkısı ödemesi de yapmayacağı için çok büyük bir kaynağa kavuşmuş olacaktır. Katılımcılar açısından sistemde bu 3 yıl kalmak ve ayrılmak da yine mantıklı değildir. Çünkü Devlet katkısının tamamından yararlanmayı düşünenler emeklilik hakkı kazanıncaya kadar sistemde kalmaları gerekmektedir.

Katkı paylarının sistemde kalış süresine göre belirlenen oranlarda alınabilecek olması, BES'in kısa vadeli yatırım aracı olmaktan ziyade uzun vadeli bir yatırım aracı olduğunu göstermektedir. Sistem, özellikle tasarruf yapmakta zorlanan düşük gelir grubu için hem tasarruf disiplini oluşturmayı, hem de katılımcının yaptığı tasarrufun yüzde 25'i kadar devlet katkısı sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle sisteme kısa vadeli düşünenlerin girmesi doğru değildir.

Eski BES'de katılımcıların ödemiş oldukları primler ile bunların getirileri menkul sermaye iradı kabul edilerek, sistemden ayrılmaları halinde tamamı üzerinden gelir vergisi tevkifatına tabi tutulması zaten gelir vergisinin ruhuna aykırı olduğu için mahkemeler tarafından iptal edilmişti. Bu nedenle yeni BES'de sadece katkı paylarının irat tutarları üzerinden gelir vergisi

tevkifatı yapılması, sistemin işleyişini hukuka ve GVK'nın ruhuna uygun hale getirmiştir.

Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde, yeni sistemin vergi avantajlarından azami ölçüde yararlanmayı ve devlet katkısının tamamını hak etmeyi düşünen katılımcıların emeklilik yaşı olan 56 yaşını beklemeleri gerekmektedir. BES'e en az 10 yıl katılım payı ödenmesi gerekliliğini göz önüne alırsak en kısa süre içerisinde en avantajlı şekilde BES'in imkânlarından yararlanmayı düşünen kişilerin 45-46 yaşında sisteme dahil olmaları en doğrusudur. Bu durumda 10 yıl prim ödedikten sonra 56 yaşında yatırmış oldukları anapara ve değerlendirilen tutarları ile devlet katkısının tamamını ve değerlendirilen tutarlarını alma imkânına kavuşacaklardır.

## V. SONUÇ

Ülkemizde düşük olan tasarruf düzeyinin arttırılması sağlamak amacıyla BES'e katılımın teşvik edilmesi ve uzun vadeli tasarruf bilincinin oluşturulması için 6327 sayılı Kanun ile BES'de yeni bir döneme geçilmiştir. BES'de yapılan değişiklikler ile sistemin tabana yayılarak tüm bireylerin yararlanması ve eşit haklara sahip olması hedeflenmiştir.

BES'in başarılı olması için yeni düzenleme ile vergi avantajı uygulaması kaldırılarak, işveren tarafından ödenenler hariç, katılımcı adına bireysel emeklilik hesabına ödenen katkı paylarının yüzde 25'i kadar Devlet katkısı sağlanması benimsenmiştir. Ancak yeni teşvik unsuru olarak getirilen Devlet katkısı tutarının hak edilmesinde konulan süre sınırlamaları sisteme erken yaşlarda girişlere engel olacak gibi görünmektedir. Devlet katkı tutarının tamamının ancak emeklilik ve ölüm halinde alınması ve diğer hallerde en fazla %60'ının alınması sistemin eksi yönü olarak belirtilebilir.

Diğer taraftan, BES'den herhangi bir nedenle ayrılan katılımcılara yapılan ödemeler, katkı payı ve getiri olarak ayrılmaksızın toplam ödeme tutarı üzerinden vergilendirilmeden vazgeçilerek sadece anapara ve Devlet katkısı üzerinden elde edilen iratların vergilendirilmesi yeni sistemin en önemli avantajıdır. Ayrıca daha önce BES'den herhangi bir nedenle ay-

rılanlara yapılan ödemelerden tevkif yoluyla alınan vergilerin katkı payına isabet eden kısmının katılımcılara iade edilmesi de sistemin artı yönü olarak dikkat çekmektedir.

## DİPNOTLAR

- 1 6327 sayılı Bireysel Emeklilik ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 29.06.2012 tarih ve 28338 sayılı Resmi Gazete.
- 2 Umut Varlı, "Bireysel Emeklilik Sisteminde Yeni Teşvik Unsuru: Devlet Katkısı", Yaklaşım, Sayı 236, Ağustos 2012, s. 45.
- 3 01.07.2012 - 31.12.2012 tarihleri arasında geçerli olan aylık asgari brüt ücret tutarı olan 940.50 TL dikkate alındığında bir katılımcının faydalanabileceği yıllık devlet katkısının üst sınır  $(940,50 * 12 * \%25 =)$  2.821,50 TL, aylık üst sınır ise 235 TL olacaktır.
- 4 Selahattin Gökmen, "Bireysel Emeklilik Sisteminde Yeni Dönem Başlıyor", Vergi Sorunları, Sayı 287, Ağustos 2012, s. 146.
- 5 Mustafa Çolak, "Bireysel Emeklilikte Geçiş Düzenlemesinin Vergi ve Katkı Payı Boyutu", Yaklaşım, Sayı 237, Eylül 2012, s. 44.
- 6 Varlı, a.g. m., s. 46.
- 7 Ata Diliçikık, "Bireysel Emeklilik Sisteminde Yeni Düzenlemeler", Vergi Dünyası, Sayı 374, Ekim 2012, s. 87.
- 8 Çolak, a.g. m., s. 44.
- 9 Gökmen, a.g. m., s. 145.
- 10 23.10.2012 tarih ve GVK-85/2012-7/Bireysel Emeklilik Sistemi-4 sayılı Gelir Vergisi Sirküleri/85.
- 11 Zeynullah Gider, "6327 Sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununun Amacı ve Bireysel Emeklilik Sisteminden Elde Edilen Gelirin Vergilendirilmesinde Meydana Gelen Değişiklikler", Vergi Dünyası, Sayı 374, Ekim 2012, s. 135.
- 12 Danıştay Dördüncü Dairesi, 24.1.2011 tarih ve E: 2009/8882, K: 2011/269 sayılı kararı.
- 13 23.10.2012 tarih ve GVK-85/2012-7/Bireysel Emeklilik Sistemi-4 sayılı Gelir Vergisi Sirküleri/85.
- 14 Fırat Mumcu, "Bireysel Emeklilik Sisteminde Yeni İrat Sistemi ve Anapara Üzerinden Kesilen Vergilerin İadesi", Yaklaşım, Sayı 237, Eylül 2012, s. 91.
- 15 Diliçikık, a.g. m., s. 90.
- 16 Gökmen, a.g. m., s. 149.
- 17 04.07.2012 tarih ve GVK-83/2012-5/Bireysel Emeklilik Sistemi-3 sayılı Gelir Vergisi Sirküleri/83.
- 18 Fatih Gündüz, "Bireysel Emeklilik Sisteminden Ayrılanlara Stopaj İadesi ve Yaşanması Muhtemel Sorunlar", E-Yaklaşım, Sayı 239, Kasım 2012, (01.12.2012).
- 19 Emeklilik Gözetim Merkezi A.Ş., "Bireysel Emeklilik Sistemi 2011 Gelişim Raporu", <http://www.egm.org.tr/>

bes2011gr/bes2011gr\_tr.pdf, (01.12.2012).

- 20 BMVDB, "Bireysel Emeklilik ve Şahıs Sigortası Geri Ödemelerinden Yapılan Kesintilere İlişkin Önemli Duyuru", <http://www.bmvdb.gov.tr/tr/index.php>, (01.12.2012).
- 21 Diliçikık, a.g. m., s. 92.

## KAYNAKLAR

- BMVDB, "Bireysel Emeklilik ve Şahıs Sigortası Geri Ödemelerinden Yapılan Kesintilere İlişkin Önemli Duyuru", <http://www.bmvdb.gov.tr/tr/index.php>, (01.12.2012).
- ÇOLAK Mustafa, "Bireysel Emeklilikte Geçiş Düzenlemesinin Vergi ve Katkı Payı Boyutu", Yaklaşım, Sayı 237, Eylül 2012.
- Danıştay Dördüncü Dairesi, 24.1.2011 tarih ve E: 2009/8882, K: 2011/269 sayılı kararı.
- DİLİÇİKİK Ata, "Bireysel Emeklilik Sisteminde Yeni Düzenlemeler", Vergi Dünyası, Sayı 374, Ekim 2012.
- Emeklilik Gözetim Merkezi A.Ş., "Bireysel Emeklilik Sistemi 2011 Gelişim Raporu", [http://www.egm.org.tr/bes2011gr/bes2011gr\\_tr.pdf](http://www.egm.org.tr/bes2011gr/bes2011gr_tr.pdf), (01.12.2012).
- GİDER Zeynullah, "6327 Sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununun Amacı ve Bireysel Emeklilik Sisteminden Elde Edilen Gelirin Vergilendirilmesinde Meydana Gelen Değişiklikler", Vergi Dünyası, Sayı 374, Ekim 2012.
- GÖKMEN Selahattin, "Bireysel Emeklilik Sisteminde Yeni Dönem Başlıyor", Vergi Sorunları, Sayı 287, Ağustos 2012.
- GÜNDÜZ Fatih, "Bireysel Emeklilik Sisteminden Ayrılanlara Stopaj İadesi ve Yaşanması Muhtemel Sorunlar", E-Yaklaşım, Sayı 239, Kasım 2012, (01.12.2012).
- MUMCU Fırat, "Bireysel Emeklilik Sisteminde Yeni İrat Sistemi ve Anapara Üzerinden Kesilen Vergilerin İadesi", Yaklaşım, Sayı 237, Eylül 2012.
- VARLI Umut, "Bireysel Emeklilik Sisteminde Yeni Teşvik Unsuru: Devlet Katkısı", Yaklaşım, Sayı 236, Ağustos 2012.
- 6327 sayılı Bireysel Emeklilik ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 29.06.2012 tarih ve 28338 sayılı Resmi Gazete.
- 04.07.2012 tarih ve GVK-83/2012-5/Bireysel Emeklilik Sistemi-3 sayılı Gelir Vergisi Sirküleri/83.
- 23.10.2012 tarih ve GVK-85/2012-7/Bireysel Emeklilik Sistemi-4 sayılı Gelir Vergisi Sirküleri/85.



## “SİCİL” / “MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad : .....

Adres : .....

Tel. : .....

e-posta : .....

İmza : .....

**SİCİL / MERCEK** dergisine abone olmak istiyorum.

2013 yılı abonelik bedeli olan 70 TL'yi ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

**MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi**  
**Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL**  
**Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19**

**TÜRKİYE İŞ BANKASI** Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)  
**Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81**

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)

Prof. Dr. Haluk KABAALIOĞLU

İktisadi Kalkınma Vakfı Yönetim Kurulu Başkanı

## Sosyal Avrupa ve Türkiye'nin AB Üyelik Süreci

Avrupa Birliği, Avrupa Toplulukları olarak kurulduğu 1950'lerden bu yana sosyal alandaki politikalarını geliştirmiş ve genişletmiştir. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması'nda üzerinde durulan en önemli konulardan biri dört temel özgürlük arasında yer alan emeğin serbest dolaşımını gerçekleştirmeye yönelik hükümlerdir. Örneğin bir İtalyan işçinin diğer bir AB üyesi olan Hollanda'da iş aramasını, çalışmasını ve daha sonra o süre zarfında kazanmış olduğu sosyal güvenlik haklarını transfer edebilmesini sağlayan, yıllık izin hakkını garanti altına alan, kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücret prensibini getiren bir sistem oluşturulmuştur. Ancak bunun ötesinde sosyal politika ve işçi-işveren ilişkileri üye devletlerin ulusal tercihlerine bırakılmıştır.

Avrupa bütünleşme süreci ilerledikçe sosyal alanda yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. İşe alım ve çalışma koşullarında milliyete ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın bertaraf edilmesi, çalışma koşulları ve sosyal haklar açısından haksız rekabetin önlenmesi, tüm üye devlet

çalışanları için iş sağlığı ve güvenliğini garanti altına alacak asgari standartların sağlanması; sosyal politika alanında Avrupa Topluluklarının yeni yasalar çıkardığı konuları oluşturmuştur. 1970'li yıllarda temeli atılan Avrupa Sosyal Diyaloğu, Komisyon Başkanı Jacques Delors zamanında Avrupa Sosyal Alanı inisiyatifi ile hayata geçirilmiş ve Avrupa düzeyinde işçi ve işveren temsilcilerinin bir araya gelmesi suretiyle Avrupa sosyal politikasının itici gücü olmaları sağlanmıştır.

1985 yılında, Avrupa Komisyonu Avrupa Tek Pazarı'nı tamamlamaya yönelik bir Beyaz Kitap yayımlamış ve en önemli hedefi 1992 yılına kadar gerekli yasal önlemleri almak olarak ortaya koymuştur. İç pazarın tamamlanması projesinin önemli bir ayağını da işçilerin serbest dolaşımı ve Avrupa Topluluğu genelinde sosyal hakların garanti altına alınması oluşturmuştur. Bu doğrultuda 1989 yılında "İşçilerin Temel Sosyal Haklarına İlişkin Topluluk Şartı" İngiltere dışında, o zamanki 11 üye devlet tarafından kabul edilmiştir.



1993 Maastricht Antlaşması ile sosyal politikanın yasal tabanı geliştirilmiş, İngiltere sosyal alandaki çekincesini koruduğu için İngiltere dışındaki tüm üye devletleri bağlayacak şekilde bir sosyal politika anlaşması Antlaşma'ya eklenmiştir. 1997 yılında İngiltere'de Tony Blair'in başkanlığında İşçi Partisi'nin başa gelmesi ile İngiltere'nin sosyal politikaya koyduğu çekince kaldırılmıştır. 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile istihdam da AB'nin politika alanlarına dahil edilmiş ve istihdam stratejilerine AB düzeyinde eşgüdüm içinde şekil verilmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

2001 yılında kabul edilen ve 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'nın ekinde yer alan, Temel Haklar Şartı da AB vatandaşlarının sahip olduğu hak ve özgürlükleri sıralamakta, medeni ve siyasi hakların yanında Avrupa sosyal modelinin temelini oluşturan ekonomik ve sosyal hakları içermektedir. Bu haklar şu şekilde sıralanmaktadır:

- Meslek seçme ve çalışma hakkı,
- AB içinde tüm üye devletlerde çalışma, iş arama, yerleşme ve hizmet sunma özgürlüğü,
- AB üyesi devletlerde çalışma iznine sahip üçüncü ülke vatandaşları için AB vatandaşları ile eşit çalışma koşulları,
- Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellik, dil, din veya inanç, siyasi veya diğer görüş, ulusal azınlık mensubiyeti, mülkiyet, doğum, engelli olma, yaş veya seksüel yönelime dayalı ayrımcılığın ve Kurucu Antlaşmalar kapsamında milliyete dayalı ayrımcılığın yasaklanması,
- (Az temsil edilen cinsiyetin yararına özel avantaj sağlamaya yönelik önlemler alınmasını engellemeyecek şekilde) İstihdam, iş ve ücret dahil olmak üzere tüm alanlarda kadın ve erkek arasında eşitliğin sağlanması,
- Çocukların refahları için gerekli korunma ve bakımı görme hakkı,
- Yaşlıların onurlu ve bağımsız bir hayat sürme ve sosyal ve kültürel hayata katılma hakkı,
- Engelli kişilerin bağımsızlıklarını, sosyal ve mesleki entegrasyonlarını ve toplum hayatına katılımlarını sağlayacak önlemlerden yararlanma hakkı,

- İşletmelerde işçilerin bilgilendirilme ve danışma hakkı,
- İşçiler için toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkı, çıkarlarını koruyabilmek için grev dahil olmak üzere toplu eylem hakkı,
- Ücretsiz olarak işe yerleştirme hizmetine erişim hakkı,
- Haklı gerekçeye dayanmayan işten çıkarmalara karşı korunma hakkı,
- Sağlık, güvenlik ve onura saygılı koşullarda çalışma hakkı,
- İşçilerin azami çalışma saatlerinin sınırlandırılması, günlük ve haftalık dinlenme süreleri ve yıllık ücretli izin kullanma hakkı,
- Çocuk işçiliğinin yasaklanması, çalışan gençlerin yaşlarına uygun çalışma koşullarına sahip olması,
- Aile ve profesyonel yaşamın uyumlaştırılması için, herkesin annelik, ücretli annelik izni hakkı ve doğum veya evlat edinmeyi takiben ebeveyn izni ile ilişkili bir nedenden dolayı işten çıkarılmaya karşı korunma hakkı,
- Doğum, hastalık, iş kazaları, bağımlılık veya yaşlılık ve iş kaybı durumlarında sosyal güvenlik ve sosyal hizmetlerden yararlanma hakkı, sosyal dışlanma ve yoksullukla mücadele için sosyal yardım ve konut yardımı hakkı,
- Önleyici sağlık bakımına erişim ve tıbbi tedaviden yararlanma hakkı.

Günümüzde AB sosyal politikası yukarıda sayılan bu hakları güvence altına almayı amaçlamaktadır. Sosyal politika ve istihdam başlığı altında genel çalışma ve yaşam koşullarının iyileştirilmesi, istihdamın artırılması, sosyal güvenliğin geliştirilmesi, sosyal ortaklar arasında diyalogun teşvik edilmesi, insan kaynaklarının geliştirilmesi, sosyal dışlanma ve yoksulluk ile mücadele, kadın ve erkekler için eşit fırsatlar sağlanması hedeflerine yönelik girişimlerde bulunulmakta ve AB yasa araçları oluşturulmaktadır.

AB projesinin başarısı bir bakıma Avrupa sosyal modeline yaptığı katkı ile ölçülmelidir. AB'nin sadece sermaye veya büyük iş çevrelerinin çıkarlarına hizmet etmediği, sıradan vatandaşın refahını da olumlu şekilde etkilediğinin en önemli kanıtı sosyal alandaki başarıla-

## 2008'de başlayan küresel krizden olumsuz etkilenen AB'de bugün en büyük yapısal sorunlardan biri işsizlik, özellikle de genç işsizliğidir.

rıdır. Bu açıdan, çalışanların haklarını gözeten, sosyal güvenliğin kapsamlı ve kaliteli olduğu, sosyal hizmetlerin sağlandığı bir AB, Avrupa halklarının desteğini almak ve verimli bir işgücü piyasasına sahip olmak açısından da büyük önem taşımaktadır. AB'nin küresel rekabet gücü eğitilmiş, dinamik ve verimli bir işgücü alt yapısına bağlıdır.

Öte yandan günümüzde hızla ilerleyen küreselleşme olgusu, ülkeler ve bloklar arasındaki rekabeti artırmakta, tüm aktörler işgücü maliyetlerini aşağı çekmek, fiyatları düşürmek ve yeni piyasalara ulaşmak açısından birbirleriyle çekişmektedir. Böyle bir ortamda refah devletin doğum yeri olan Avrupa'da da tüm hükümetler sosyal devlet imkânlarını sürdürmekte zorlanmaktadır. AB'nin en büyük projelerinden olan ekonomik ve parasal birlik de kamu harcamalarının aşağıya çekilmesi yönünde bir baskı yaratmakta ve Maastricht kriterlerine uymaya çalışan ülkeler sosyal harcamaları kısmak için halkı sıkıntıya sokan yeni önlemler almaktadır. 2008'de başlayan küresel krizden olumsuz etkilenen AB'de bugün en büyük yapısal sorunlardan biri işsizlik, özellikle de genç işsizliğidir. AB istatistik kurumu Eurostat verilerine göre, Ekim 2012 itibarıyla, 27 AB üyesi devlette yaklaşık 26 milyon kişi (25.913 milyon) işsiz durumdadır. AB ülkelerinin sosyal modellerinin koruyabilmeleri için krizden çıkışı bir an önce gerçekleştirerek ekonomik büyümeyi yeniden yoluna koymayı başarmaları gerekmektedir.

### Türkiye'nin sosyal alanda AB'ye uyumu

Türkiye'nin, 2005 yılında başlayan ve 2006 yılında AB Konseyi'nin kararı ve daha sonra Fransa ve GKRY gibi üye devletlerin tek taraflı blokajları ile sekteye uğrayan AB üyelik müzakereleri sürecinde 13 fasıl müzakerelere açılmış olup, tek bir fasıl müzakerelere geçici

olarak kapatılabilmıştır. Halihazırda müzakereye açılması mümkün olan 3 fasıldan birini de sosyal politika ve istihdam faslı oluşturmaktadır. Bu fasılda müzakerelerin açılması için AB tarafından iki adet açılış kriteri bildirilmiştir. İlki, sendikal haklar ile ilgili olup, sendikal hakların AB ve ILO standartları ile uyumlu olmasının sağlanmasıdır. İkinci olarak belirlenen açılış kriteri ise, ilgili AB müktesebatının, yani AB'nin bugüne kadar sosyal politika alanında kabul etmiş olduğu tüm yönergeler, kararlar, sözleşmeler ve yargı kararlarının iç hukuka aktarılması, uygulanması ve yürütülmesini öngören bir eylem planının AB'ye sunulmasıdır. Açılış kriterlerinin yerine getirilmesi amacıyla Türkiye, sendikal haklar ile ilgili iki kanunu bu yıl içinde kabul etmiş ve istenen eylem planını da Nisan 2010 tarihinde Avrupa Komisyonu'na sunmuştur. Özellikle sendikal haklar ile ilgili olarak hala AB ve ILO standartları ile karşılaştırıldığında bazı eksiklik ve kısıtlamaların varlığı eleştiri konusu olsa da, bu alanda Türkiye'nin açılış kriterlerini büyük ölçüde yerine getirdiği söylenebilir.

1998 yılından bu yana her yıl Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan AB İlerleme Raporları Türkiye'yi sosyal politika ve istihdam açısından değerlendirmektedir. Bu raporlarda öne çıkan bazı konular şunlardır:

- Türkiye'de özellikle KOBİ'lerde ve tarım sektöründe kayıt dışı istihdamın yüksek oranda olması (yaklaşık yüzde 40) ve bunun özellikle sosyal koruma ve çalışanların hakları açısından doğurduğu sakıncalar,
- Özellikle kayıt dışı sektörlerde olmak üzere çalışanların iş sağlığı ve güvenliği koşullarının yetersizliği, ölüm ile sonuçlanan iş kazalarının sayısının AB ortalamasının üzerinde olması,
- AB sosyal politikasında önemli bir yer tutan sosyal diyalog mekanizmasının Türkiye'de tam anlamıyla işlerlik kazanmamış olması,
- Sendikalaşma düzeyinin düşük olması, toplu sözleşme yapma barajının yüksek olması, grev hakkının oldukça kısıtlı olarak uygulanması, sendikaya katılma ve sendika kurma haklarının kısıtlanması,
- Kadınların istihdama düşük oranda katılımı

## Sendikal haklar ile ilgili olarak hala AB ve ILO standartları ile karşılaştırıldığında bazı eksiklik ve kısıtlamaların varlığı eleştiri konusu olsa da bu alanda Türkiye'nin açılış kriterlerini büyük ölçüde yerine getirdiği söylenebilir.

mı, çalışma koşulları açısından ayrımcılığın önlenmesi, çalışma ve aile hayatı arasındaki dengenin sağlanmasına yönelik önlemler ve kadınların ekonomik ve sosyal alanda daha fazla katılımının sağlanması gereği,

- Engellilerin işgücü piyasasına katılımının sağlanması,
- İşsizlik sigortasının kapsamının sınırlı olması,
- Sosyal olarak korunmaya muhtaç grupların güvence altına alınması ve yoksullukla mücadele konularında yeterli ilerlemenin sağlanamaması,
- Özellikle tarımda ve küçük işletmelerde olmak üzere çocuk işçiliğinin devam etmesi.

Bazı eksikliklere ve AB ile karşılaştırıldığında uyumsuzluklara rağmen, Türkiye'nin aday ülke olarak AB'ye uyum amacıyla önemli reformları gerçekleştirdiği unutulmamalıdır. Bu kapsamda, Kamu Görevlileri Sendikalarına ilişkin Kanun Nisan 2012'de, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Haziran 2012'de, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ise 18 Ekim 2012'de TBMM'de kabul edilmiştir. İstihdamın artırılması, kayıt dışı ekonomi ile mücadele, kayıtlı istihdamın teşvik edilmesi konularında son yıllarda önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. İşsizlik önemli bir sorun olmaya devam etse de bazı AB ülkeleri ile karşılaştırıldığında yeni istihdam yaratma kapasitesi oldukça iyi durumdadır. 2011 yılında işsizlik oranı yüzde 9 olarak kaydedilmiştir. Sosyal güvenlik sisteminin kapsamı artmaya devam ederken, zorunlu genel sağlık sigortası sistemi uygulamaya koyulmuştur. Meclis'te Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu kurulmuş, Mart 2012'de Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine İlişkin Ka-

nun kabul edilmiştir. Atılan olumlu adımların yanında, kayıt dışı istihdamın önlenmesi, her türlü ayrımcılığın engellenmesi, toplumsal cinsiyet eşitliği prensibinin çalışma hayatının her alanında gözetilmesi, sosyal güvenlik sisteminin etkinliği ve kapsamının artırılması ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi gibi alanlarda idari ve yasal altyapının tamamlanması, eksiksiz bir şekilde uygulanması ve genel bir farkındalığın yaratılması hususlarında yapılması gerekenler bulunmaktadır.

Türkiye'nin tam anlamıyla bir sosyal devlet olması, genel yaşam standartlarının ve çalışma koşullarının iyileşmesi Türkiye'nin genel olarak kalkınması ve modernleşmesi ile doğru orantılı olduğu gibi, karar alıcıların politika tercihlerine de büyük ölçüde bağlıdır. Büyüyen ve gelişen bir Türkiye sosyal alanda da daha kapsayıcı politikalar uygulamak, çalışanların haklarını korumak ve işçi-işveren ilişkilerini karşılıklı fayda ekseninde geliştirmek durumundadır. Ancak Türkiye'nin sanayi üretimi, işçi verimliliği ve küresel rekabet gücünün de bu konular ile çok yakından ilişkili olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Amacımız AB ve ILO standartları ile uyumlu bir çalışma ortamına sahip olan, endüstriyel ilişkilerin çatışmadan çok barış ve uyum içinde geliştiği, genel refahın gerçekleştiği bir Türkiye olmalıdır. İşçisi ve işvereni ile hepimizin aynı gemide olduğumuz unutulmamalıdır.

**Burak TÜRKMEN**

MESS Müşavir Avukatı

**İşe Alım Safhasında Ayrımcılık****AVRUPA TOPLULUĞU  
ADALET DİVANI'****Karar Tarihi** : 19.04.2012**Karar Sayısı** : C-415/10**Uyuşmazlık konusu olay**

Galina Meister, Rus vatandaşı ve 7 Eylül 1961 doğumludur. Sistem mühendisliği dalında Almanya tarafından denkliği tanınan ve Rusya'dan edinilmiş lisans derecesi vardır.

Speech Design firması "tecrübeli yazılım geliştirici" pozisyonunda eleman arandığına dair bir gazete ilanı vermiştir. Bu ilana Bayan Meister 5 Ekim 2006 tarihinde başvurmuştur. 11 Ekim 2006 tarihinde Speech Design, Bayan Meister'ın başvurusunu kendisini iş görüşmesine çağırılmadan mektupla reddetmiştir. Kısa bir süre sonra, içeriği aynı olan ikinci bir iş ilanı firma tarafından

internette yayımlanmıştır. 19 Ekim 2006 tarihinde Bayan Meister tekrar iş başvurusunda bulunmuş, ancak başvurusu Speech Design tarafından yine iş görüşmesine çağırılmadan ve iş başvurusunun kabul edilmeme nedenleri kendisine açıklanmadan reddedilmiştir.

Bahsedilen ilanda aranılan nitelikleri karşıladığını düşünen Bayan Meister, cinsiyeti, yaşı ve de etnik kökeni dolayısıyla benzer durumda olan başka birine göre daha az lehte olan bir uygulamaya maruz kaldığını düşünmektedir. Bu sebeple Bayan Meister Alman İş Mahkemesi'nde Speech Design aleyhine dava açmış ve öncelikle iş ayrımcılığı konusunda tazminat talep etmiş ve ikinci olarak da işe alınan kişinin bilgilerini içeren dosyayı istemiştir. Böylelikle işe alınan kişiden daha kalifiye olduğunu kanıtlayacağını düşünmektedir.

Bayan Meister'ın davası ayrıma maruz kaldığına dair yeterli delil gösterememesi



sebebiyle ilk derece mahkemesince reddedilmiştir ve Bayan Meister söz konusu kararı Yüksek Derece İş Mahkemesi olan Landesarbeitsgericht'te temyiz etmiş, fakat temyiz istemi Yüksek Derece İş Mahkemesi tarafından da aynı sebeple reddedilmiştir. Bunun üzerine Bayan Meister Federal İş Mahkemesi Bundesarbeitsgericht'e başvurmuştur.

Federal Mahkeme, Bayan Meister'in iş görüşmesine çağırılmadığı için, aynı iş başvurusuna başvuran diğer adaylara kıyasla daha az lehe olan bir davranışa maruz kaldığını kabul etse de, davacının iş görüşmesine çağırılmamasının birçok başka sebeple de açıklanabileceğini, kendisinin bu davranışın cinsiyet, etnik köken, yaş gibi sebeplere dayandığını ispatlaması gerektiğini ifade etmiştir.

Davalı Speech Design, davacının yeterli delil gösterememesi nedeniyle davanın reddedilmesi gerektiğini iddia etmektedir.

Ancak davacının iddialarını ispatlamamasının sebebi, aslında davalı Speech Design firmasının istenilen bilgileri verememesidir. Federal Mahkeme bunun üzerine başvurusu olumsuz sonuçlanan davacının davalıyı kimi, hangi sebeplerle iş aldığını açıklamaya zorlayıp zorlayamayacağı konusunda Avrupa Birliği mevzuatını yorumlamada güçlük çektiği için; durumu bekletici mesele yapıp ATAD'a sormaya karar vermiştir.

### **Federal Mahkeme tarafından ATAD'a yöneltilen sorular**

Yapılan başvuru üzerine Federal İş Mahkemesi bu durumu bekletici mesele yapmış ve Avrupa Adalet Divanı'na Bayan Meister'ın 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı AB Yönergeleri'ne dayanarak bilgi talep edip edemeyeceğini ve eğer edebilecek ise Speech Design'ın bu bilgiyi vermeyi reddetmesinin sonuçlarının ne olacağını sormuştur.

Bu çerçevede, Federal İş Mahkemesi, Avrupa Adalet Divanı'na aşağıdaki soruları yönelmiştir:

1. 2006/54 sayılı Yönerge'nin 19(1), 2000/43 sayılı Yönerge'nin 8(1) ve 2000/78 sayılı Yönergenin 10(1) maddeleri, işçinin işveren tarafından verilen ilanda aranılan koşulları karşılması ve buna rağmen işe alınmaması halinde; işverenden başvuran başka birini işe alıp almadığı ve eğer aldıysa söz konusu maddelerin işe alımın hangi kriterlere göre yapıldığı konusunda bilgi talep etme hakkı olduğu şeklinde mi yorumlanmalıdır?

2. Eğer ilk sorunun cevabı olumlu ise:

İşverenin talep edilen bilgiyi sağlamamasının, işçinin iddia ettiği ayrımcılığın gerçekleştiği yönündeki bir varsayıma yol açacağı ileri sürülebilir mi?

### **ATAD'ın kararı**

Avrupa Adalet Divanı, davalının bilgi vermeyi reddetmesinin, 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Yönergeler ile amaçlanan hedeflere ulaşılmasını tehlikeye düşürme ve de hükmün etkisini azaltabilme olasılığına yol açmayacağını savunmuştur.

Divan açıklamasında, Üye Devletlerin, Birliğin hedeflerine ulaşılmasının ve Yönergelerde yer alan maddelerin uygulanmasının sağlanması için gerekli önlemleri almaları ve zorunlulukları yerine getirmeleri gerektiğini hatırlatmıştır. Divan bunun yanı sıra; mevcut davada Speech Design firmasının, Bayan Meister'ın bilgi edinme talebini reddetmesinin, doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıp yapılmadığının belirlenmesi ile ilgili olarak 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Yönergeler ile amaçlanan hedeflere ulaşılmasının Divan'a başvuran Alman Federal İş Mahkemesi'nin sorumluluğunda olduğunu belirtmiştir. Divan özellikle, Alman Federal İş Mahkemesi'nin önüne gelen davada, önceki süreçte edinilen bulguların doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılmış olma ihtimalini ortaya koyacak yeterlilikte olup olmadığını tespit etmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Divan, yukarıdaki bilgiler ışığında karar verirken; 1. soruya ilişkin olarak; iş ilanında

belirtilen şartları karşıladığını makul bir biçimde ortaya koyan, ancak başvurusu reddedilen işçinin, işverenin başka bir başvuruyu değerlendirdiğine ilişkin bilgiyi talep etme hakkı olmadığı yönünde hüküm kurmuştur.

Ancak, davalının bilgi vermeyi reddetmesinin de doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıldığına dair bir unsur olabileceği gerçeğinin göz ardı edilemeyeceğini; bu durumun değerlendirilmesinin, kendisine başvuran mahkemenin önüne gelen davada, önceki süreçte edinilen bulgulara göre yapılması

gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, son olarak söz konusu Yönergele- rin, iş başvurusunda belirtilen bütün kriterle- re haiz olmasına rağmen iş başvurusu kabul edilmemiş olan adayın, işvereni hangi işçiyi hangi kriterlere göre işe aldığı konusunda kendisine açıklama yapmaya zorlayamayaca- ğını vurgulamıştır.

Divan, 1. soruya verilen cevaba istinaden, ulusal mahkeme tarafından yönlendirilen 2. soruyu cevaplama gereğinin olmadığını be- lirtmiştir.

## Kararın incelenmesi

### 1. Yöneltilen sorular

İlk soruda, ATAD'a başvuran Alman Federal İş Mahkemesi'nce, 2006/54 sayılı Yönerge- nin 19(1), 2000/43 sayılı Yönergenin 8(1) ve 2000/78 sayılı Yönergenin 10(1) maddelerine göre işçinin işveren tarafından verilen ilanda aranılan koşulları karşıladığını göstermesi duru- munda ve işe alınmadığı takdirde; işverenden başka birini işe alıp almadığı ve eğer aldıysa işe alımın hangi kriterlere göre yapıldığı konusun- da bilgi talep etme hakkı olup olmadığı sorul- maktadır. 1. sorunun cevabının olumlu olması halinde ATAD'a; işverenin talep edilen bilgiyi sağlamasının işçinin iddia ettiği ayrımcılığın gerçekleştiği yönünde bir varsayıma yol açıp açmayacağı konusundaki ikinci soru da yönel- tilmektedir.

### 2. İlgili Yönergeler ışığında Avrupa Adalet Divanı'nın verdiği kararın incelenmesi

Kararın incelenmesine geçmeden önce, yu- karıda sayılan Yönergelerden kısaca bahsetmek gerekmektedir.

- 2006/54/EC sayılı 5 Temmuz 2006 tarihli Yönerge<sup>2</sup>, iş ve istihdamda kadın ve erkekler arasında eşit imkânlar ve eşit davranma ilke- lerinin yerleştirilmesi;

- 2000/43/EC sayılı 29 Haziran 2000 tarihli Yönerge<sup>3</sup>, kişiler arasında ırk ve etnik köke- ne dayanılmaksızın eşit davranılması ilkesinin hayata geçirilmesi;

- 2000/78 sayılı 27 Kasım 2000 tarihli Çerçeve Yönerge<sup>4</sup> ise; din, inanç, özürllülük, yaş ve cinsel tercihe dayalı ayrımın yasaklanmasına ilişkindir.

2006/54 sayılı Yönergenin 19(1), 2000/43 sayılı Yönergenin 8(1) ve 2000/78 sayılı Yö- nergenin 10(1) maddelerinde ise ispat yükümlülüğüne ilişkin ortak düzenlemeler var- dır. Bu düzenlemelere göre; Üye Devletlerin kendi ulusal yargı sistemleri ile uyumlu ola- cak şekilde, mahkeme ya da yetkili makam önünde eşit davranma ilkesinin kendilerine uygulanmadığını savunan kişilerin, doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılık yapıldığı ihti- malini güçlü bir biçimde ortaya koyması du- rumunda, böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etme yükümlülüğünün davalı tarafa yük- letilmesini sağlamaları gerektiği belirtilmiştir.

2006/54/EC sayılı Yönergede yer alan "doğrudan ayrımcılığın tanımı"nda; bir kişinin diğer cinse mensup başka bir kişiye oranla daha olumsuz davranışa maruz kalmasına işa- ret edilmiştir. Davranışın mutlaka olumsuz ol- ması yetmeyip, daha az lehe olması yeterlidir.

ATAD karar gerekçesinde benzer bir konu- da önlerine gelen bir karara (C-104/10 Kelly)<sup>5</sup> işaret etmiştir. Buna göre Bay Kelly sosyal bilim- ler dalında yüksek lisans derecesi için

İrlanda'da bir üniversiteye başvurmuş, fakat başvurusu kabul edilmemiştir. Bunun üzerine davacı cinsiyet ayrımı iddiasıyla 97/80/EC sayılı Yönergenin 4. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak davalı üniversiteden elindeki başvuruları ve bunlara ilişkin belgeleri ve diğer başvuruların puan belgelerini talep etmiştir.

Kelly davasında 97/80 sayılı Yönergenin 4(1) maddesini yorumlayan ATAD, eşit davranma ilkesinin kendilerine uygulanmadığını savunan insanların, doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılık yapıldığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu öncelikle kendilerinin ortaya koyması gerektiğini, davalı tarafınsa ancak bundan sonra böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacağını belirtmiştir.

Divan ayrıca, doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılık yapıldığı ihtimalini güçlü bir biçimde göstermesi gereken durumun değerlendirmesinin, ulusal hukuk ve uygulamaya uygun olarak ulusal yargı ve diğer yetkili makamlara ait olacağını belirtmiştir. Bu husus 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Yönergelerin içeriğinde de açıkça ifade edilmektedir.

Divan söz konusu kararında (C-104/10 Kelly) 97/80 sayılı Yönergenin 1. maddesine göre diğer yetkili mercilere başvurduktan sonra dahi eşit davranma ilkesinin kendilerine uygulanmadığını savunan insanların hukuki sürece devam edebilme imkânını Üye Devletlerin sağlaması gerektiğini vurgulamıştır. 2006/54 sayılı Yönergenin 19(1), 2000/43 sayılı Yönergenin 8(1) ve 2000/78 sayılı Yönergenin 10(1) maddelerinin de aynı prensip doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Kelly kararında ATAD, 97/80 sayılı Yönergenin 4(1). maddesini şu şekilde yorumlamıştır:

“Eşit davranma ilkesinin kendilerine uygulanmadığını savunan kişilerin, edinecekleri bilgi ile doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıldığını belirleyebileceklerini belirtmeleri, kendilerine bilgi talep etme hakkı doğurmaktadır. Ancak davalının bu bilgiyi vermeyi reddetmesinin, söz konusu Yönerge ile amaçlanan hedeflere ulaşılmasını tehlikeye dü-

şürebileceği ve hükmün etkisini azaltabilme olasılığına yol açabileceği de yadsınamaz.”

Bu bilgiler ışığında Divan, mevcut davayı değerlendirirken, öncelikle 97/80 sayılı Yönergenin 2006/54 sayılı Yönerge ile değiştirildiğini hatırlatmıştır. Ancak, hakkında soru yöneltilen 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Yönerge hükümlerinin 97/80 sayılı Yönergenin 4(1). maddesi hükmü ile ne kadar benzer olduğu değerlendirilecek olursa Avrupa Birliği yasa koyucusunun 97/80 sayılı Yönergenin 4(1). maddesindeki ispat yüküne ilişkin hükümleri değiştirmek istediğine dair bir kanıya varmanın mümkün olmadığı da belirtilmiştir. Divan ayrıca, Kelly davasındaki görüşünü de değiştirmiş ve davalının bilgi vermeyi reddetmesinin, 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Yönergeler ile amaçlanan hedeflere ulaşılmasını tehlikeye düşürme ve hükmün etkisini azaltabilme olasılığına yol açmayacağını hüküm altına almıştır.

Divan açıklamasına, Üye Devletlerin, Birliğin hedefleri ve Yönergelerine uygun davranmayı sağlamak için gerekli önlemleri almaları ve zorunlulukları yerine getirmeleri gerektiğini hatırlatarak; mevcut davada Speech Design firmasının, Bayan Meister'ın bilgi edinme talebini reddetmesinin, doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıp yapılmadığının belirlenmesinde 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Yönergeler ile amaçlanan hedeflere ulaşılmasını tehlikeye düşürmemesini sağlamanın Divan'a başvuran Alman Federal İş Mahkemesi'nin sorumluluğunda olduğunu belirterek devam etmiştir. Divan özellikle, Alman Federal İş Mahkemesi'nin önüne gelen davada, önceki süreçte edinilen bulguların doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılmış olma ihtimalini ortaya koyacak yeterlilikte olup olmadığını tespit etmesi gerektiğini vurgulamıştır.

## Türk İş Hukukunda Durum

### 1. Eşitlik kavramı

Eşit işlem borcu, işverenin iş akdinden doğan borçlarından biridir. İşverenin eşit işlem borcunun hukuksal dayanaklarından biri; Anayasa'nın 10. maddesidir. Bu madde ile eşit

işlem borcu; hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı<sup>6</sup> temeline yerleştirilmiştir. Anayasa'ya göre, herkes dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Söz konusu madde, hem dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ortaya çıkabilecek ayırım yapma yasağını, hem de bunun dışında kalan hallerde de genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemektedir. Anayasa'nın 10. maddesine 2004 yılında eklenen ikinci fıkraya göre ise, kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptirler. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörölmüş olan eşitlik ilkesi 4857 sayılı Kanun'un "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 5. maddesi ile özel olarak hüküm altına alınmıştır. Genel ayrımcılık yasağına ilişkin İş Kanunu m. 5/1'de "iş ilişkisinde" dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerden dolayı genel bir ayırım yasağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık, konunun önemi nedeniyle ayrı incelenmiş olup; "iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde" doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasına göre; iş ilişkisinde veya sona ermesinde eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilmektedir. İşçi, eşit davranma ilkesine aykırı bir şekilde çalıştığı ya da çalışmadığı süre zarfında yararlanamadığı haklarından ve bunun dışında ek olarak iş mahkemesi tarafından tayin edilecek 4 aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat tutarından yararlanacaktır. Söz konusu fıkranın son cümlesi ile; sendikaya üye olup olmama güvencesini düzenleyen 2821 sayılı mülga Sendikalar Kanunu'nun 31. madde hükümleri saklı tutulmuştur. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi; 7 Kasım 2012 tarihinde yayımlanan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile yürürlük-

ten kaldırıldığından; söz konusu düzenlemeye yapılan atıf, 6356 sayılı Kanun'un 81/b maddesi uyarınca; adı geçen Kanun'un "Sendika özgürlüğünün güvencesi" başlıklı 25. maddesine yapılmış sayılacaktır. Söz konusu madde ile; işçinin sendika üyesi olup olmaması kriterine göre işçilere karşı eşit davranma ilkesi hükümlerine aykırı hareket edilmesi halinde, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedileceği düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında saklı tutulan söz konusu tazminat; bu hüküm uyarınca, ayrımcılık tazminatı ile eş zamanlı olarak da talep edilebilecektir.

Türkiye'de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının gelişiminde, uluslararası hukuk düzenlemelerinin de büyük etkisi vardır.<sup>7</sup> Ülkemizce de onaylanan Ayrımcılık (İş ve Meslekte) Haklarında 111 sayılı ILO Sözleşmesi de işe alımda ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal köken bakımından kişiler arasında ayırım yapılmasını yasaklamıştır. Sözleşme, bu hükmün yaptırımını ve bu politikanın uygulanmasını her üye devletin kendi ulusal mevzuatına bırakmıştır<sup>8</sup>. Eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 14. maddesinde ise "Bu sözleşmede tanınan herhangi bir hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasi ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır." düzenlemesi yer almıştır.

Bunun yanısıra; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Ayrımcılık" başlıklı 122. maddesi ve 5378 sayılı Özürlüler Kanunu'nun "İstihdam" başlıklı 14. maddesinde de eşitlik konusunda düzenlemeler mevcuttur. Söz konusu düzenlemeler, aşağıda 3.3. kısmında, ayrıntılı olarak incelenecektir.

## 2. İşe alım safhasında eşitlik

### 2.1. İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında

Yukarıdaki hükümler ışığında, iş ilişkisinde ve işe son vermede ayrımcılık yapılamayaca-



ğı açık bir şekilde görülmekle birlikte, işe alım aşamasında aynı açıklıktan bahsetmek mümkün değildir. Eşit davranma ilkesini düzenleyen İş Kanunu'nun 5. maddesi "iş ilişkisinde" ibaresine yer vermek suretiyle, ayrımcılığa ilişkin yaptırımların uygulanmasını iş ilişkisinin varlığına bağlamış, yani iş ilişkisinin kurulmasından sonraki dönem ile ilişkilendirmiş bulunmaktadır. İş Kanunu m. 5/1'de yalnızca iş ilişkisinden bahsedilmekte ve aynı maddede işe alımlarda ayrımcılık hali için tazminat öngörülmemektedir.

Doç. Dr. Kübra D. Yenisey'e göre, "İş ilişkisinde ve işe son vermede ayrımcılık yapılmayacağı açık olsa da işe alımlarda ayrımcılık yasağı biraz daha tereddütlü bir görünüm taşımaktadır. İş K. m. 5/1'de yalnızca iş ilişkisinden bahsedilmesi ve m. 5/son'da işe alımlarda ayrımcılık hali için tazminat öngörülmemiş olması bu şüphelerin temelinde yatmaktadır. Kanımızca ayrımcılık yasaklarının temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkisi dikkate alındığında, işe alımlarda da kanunda belirtilen nedenlere dayalı olarak işverenin ayırım yapması yasaktır. Bu aynı zamanda Anayasanın 10. maddesinin de bir gereğidir. Ancak bu yasak sadece cinsiyet, gebelik ve özürllülük nedeniyle yapılan ayrımcılık halleri için özel olarak belirtilmiştir. İş K. m. 5/son'da işe alımlarda yapılan ayrımcılığa tazminat yaptırımının öngörülmemiş olması da maddede getirilen yasağın etkinliğini azaltmıştır."<sup>9</sup>

Prof. Dr. Sarper Süzek "...her ne kadar İş Kanunu'nun 5. maddesinin gerekçesinde işverenin "işe almadan başlayarak" tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğünden söz edilmekteyse de, anılan yasanın 5. maddesinin 1. fıkrasında "iş ilişkisinde" ayırım yapılamayacağı ifade edilmiştir. "İş ilişkisi" ibaresi, bu ilişkinin kurulmasından öncesini değil, kurulmasından sonrasını kapsayan bir anlam taşır. Aynı şekilde, ayırım yapmama borcunun yaptırımını düzenleyen İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında da "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" denilmek suretiyle hükümde öngörülen yaptırımın iş ilişkisinin doğumundan sonra uygulanacak bir yaptırım olduğu hükme bağlanmıştır. Belirtilen

İK m. 5/1 ve 5/6 hükümlerinin işverenin "işe almada" ayırım yapma yasağının bulunmadığı görüşünü desteklediği söylenebilir." diyerek aynı yöndeki görüşünü ifade etmiştir. Prof. Dr. Tankut Centel'e göre işverenin eşit davranma borcunun uygulanma koşulları arasında işçilerin aynı işyerine ait olması koşulunun yanı sıra işveren ile eşit davranılmasını isteyen işçi arasında bir hukuki ilişkinin bulunması şarttır. Söz konusu ilişki, kural olarak, bir iş ilişkisidir. Nitekim, İş K. m. 5/1, "iş ilişkisinde" haksız ayırım yapılmamasını öngörmüş ve İş K. m. 5/VI c. 1 hükmü de, "iş ilişkisinde" bu esasa aykırı davranan işverenin tazminat ödemek zorunda kalacağını belirtmiştir.<sup>10</sup> Prof. Dr. A. Can Tuncay da, 4857 sayılı Yasa'nın öngördüğü eşit davranma ilkesinin, "sözleşmenin kurulmasından sona ermesine kadar, iş sözleşmesinin her aşamasına yaymaktadır" diyerek, ilkenin sağladığı korumanın iş sözleşmesinin biçimsel olarak kurulmadığı aşamayı kapsamadığı görüşündedir.<sup>11</sup>

Prof. Dr. Tankut Centel, 2010 Yılı İlerleme Raporu ve Türk Çalışma Yaşamı'nı değerlendirdiği makalesinde<sup>12</sup> Avrupa Komisyonu'nun söz konusu rapordaki eşit davranma ilkesinin uygulanışına yönelik görüşlerini ele almıştır. Centel'in makalesinde "Raporda, ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin AB müktesebatının iç hukuka aktarılması konusunda ilerleme kaydedilmediği belirtildikten sonra, ".. İş Kanunu, bir iş sözleşmesinin yapılmasından önceki dönemi kapsamamaktadır. Türk mevzuatında doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımı yoktur. Irk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim temelindeki ayrımcılıkla ilgili AB müktesebatı iç hukuka aktarılmamıştır .." denilmektedir<sup>13</sup>.

Bu yazarların aksine; konuyla ilgili olarak öğretide; "Ayrımcılık yasaklarının temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkisi dikkate alındığında, işe alımlarda da kanunda belirtilen nedenlere dayalı olarak işverenin ayırım yapmasının yasak olduğu"<sup>14</sup> şeklinde farklı görüşe sahip yazarlar da bulunmaktadır.

İş K. m. 5 hükmünde, Prof. Dr. Tankut Centel'in de bahsetmiş olduğu gibi; ayrımcılığın sadece doğrudan ayrımcılık yerine, dolay-

lı ayrımcılığı da içerdiğine ilişkin herhangi bir açıklığa ve tanıma da rastlanmamaktadır. Ancak, bu tür bir tanımın, İş K. m. 5 hükmünde mutlaka bulunması gerekmez. Bu hususun, yargı kararları yoluyla sağlanması da hukuken mümkündür. Görebildiğimiz kadarıyla da, böyle bir tanıma ve açıklığa yargı kararlarında, henüz yer verilmiş değildir.

## 2.2. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamında

Ayrımcılık yasağı konusunda getirilmiş bir diğer önemli düzenleme de; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun yukarıda da bahsedilen "Sendika özgürlüğünün güvencesi" başlıklı 25. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında; işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı düzenlenmiş; maddenin devamında ise iş ilişkisinin devamında ve sona erdirilmesinde işçinin sendikalı olup olmamasına göre ayrımcılık yapılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Maddede ayrıca, işverenin bu maddede yer alan eşit davranma ilkesi hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedileceği de düzenlenmiştir. Bu tazminat, İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan ve eşit davranma ilkesine aykırılık halinde hükmedilen dört aylık ücret tutarındaki tazminattan farklı, özel bir düzenlemedir.

## 2.3. Diğer Kanunlar kapsamında

İşe alımlarda ayrımcılık yasağına ilişkin en açık ve geniş düzenlemeye 5378 sayılı Özür-lülük Kanunu'nda yer verilmiştir. Nitekim söz konusu Kanunun 14. maddesinin 1. fıkrasında "İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özür-lülük aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamayacağı" hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanun'un 2. fıkrasında ise çalışan özür-lülüklerin aleyhinde sonuç doğuracak

şekilde özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamayacağı özel olarak belirtilmiştir. Bu hükümle de, iş ilişkisinin devamı ve sona erdirilmesinde ayrımcılık yasaklanmaktadır. Ancak hem işe alımda, hem de iş ilişkisinin devamı ve sona erdirilmesinde ayrımcılık yasağı getiren 14. maddede söz konusu yasalara aykırı davranılması halinde herhangi bir yaptırım öngörülmemiş olması, maddeyle amaçlanan sonuçların elde edilmesini güçleştirmektedir. Ancak her halde özür-lülük, İş Kanunu m. 5/1'de belirtilen "ve benzeri sebepler" arasında değerlendirilebilecek bir nedendir. Bu nedenle iş ilişkisi sırasında ve sözleşmenin sona ermesinde özür-lülük nedeniyle ayrımcılık yapılması halinde 5. maddede belirtilen tazminat talep edilebilecektir<sup>15</sup>. Ancak unutulmalıdır ki; 14. maddeyle getirilen koruma sadece özür-lülük bakımından geçerlidir. Diğer kişiler bakımından işe alımda ayrımcılık yasağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

İşe alım safhasında ayrımcılık ile ilgili önemli düzenlemelerden bir diğeri de; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında yer almaktadır. Nitekim 5237 sayılı Kanun'un "Ayrımcılık" başlıklı 122. maddesi uyarınca;

"Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;...kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan...

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir."

Türk Ceza Kanunu'nun bu hükmü karşısında işveren işe almada dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, din gibi nedenlerle ayrımcılık yapamayacaktır. Ancak söz konusu hükümde sadece dil, ırk, renk, cinsiyet, özür-lülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak işe alınmama durumu suç olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle ceza hukuku açısından uygulanacak yaptırım sadece işe alma ya da almama ile sınırlıdır. İş ilişkisinin devamında ve sona erdirilmesinde, yukarıda sayılan sebepler çerçevesinde ayırım yapılması halinde ceza hukuku açısından bir yaptırım öngörülmemiştir.

Söz konusu madde uluslararası düzeyde de

bazı sorulara sebebiyet vermiştir. Nitekim; Ayrımcılık (İş ve Meslekte) Hakkında 111 sayılı ILO Sözleşmesi ile ilgili ILO Uzmanlar Komitesi'nin 2010 yılı Gözlemi'nde; işe alınmada ayrımcılığa maruz kalan kişilerin TCK'nın 122. maddesine göre yargıya başvurup başvuramayacakları ve tazminat talep edip edilmeyecekleri sorulmaktadır. TCK 122. madde; ayrımcılık yasağına aykırı hareket eden kişilere yönelik olarak hapis veya adli para cezası verilmesi konusunu düzenlemektedir. Bu madde kapsamında ayrımcılığa maruz kalan kişilerin tazminat istemeleri mümkün görülmemektedir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında öngörülen işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatı ise sadece iş ilişkisinin kurulmasından sonra veya sona ermesinde uygulanacağından, işverenin işe almada ayırım yapmasının hukuki yaptırımını İş Kanunu'nda yer almamaktadır.

### 3. İspat yükü

İş Kanunu'na göre işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığını kural olarak işçi ispat etmek zorundadır (İK 5/son). Ancak yasa koyucu bu konudaki ispat güçlüğüne göz önünde bulundurarak ispat yükününün belirli durumlarda işverene geçebileceğini hükme bağlamıştır. Gerçekten İş Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrası gereğince "20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."<sup>16</sup>

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre ise ispat yükü; sendikal nedenle ayrımcılık yasağının ihlalinin fesih yoluyla işlenmesi ya da fesih dışında yapılması hallerine göre değişmektedir. Söz konusu Kanunun 25/6 ve 25/7. maddelerine göre, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür. Fesih dışında işverenin sendikal

ayrımcılık yaptığı iddiasını ise; İş Kanunu'nun 5. maddesindeki düzenlemeye benzer şekilde işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacaktır.

### Sonuç

Gerek Anayasa'nın 48. maddesi ile garanti altına alınan dilediği ile sözleşme yapma ve ekonomik girişimlerde bulunma özgürlüğü, gerekse borçlar hukukuna egemen olan sözleşme serbestliği ilkesinin sağladığı hak ile hangi işçiyi işe alıp hangisini almayacağı, işi hangi işçiyle en verimli, kârlı biçimde yürütebileceğini belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamındadır.

İşveren kural olarak, belirli kriterlere uyan bir kimseyi sırf bundan dolayı işe almak, bu kişiyle iş sözleşmesi yapmak zorunda değildir, ancak işverenin adaylar arasında seçim yaparken takdir hakkını kullanması halinde bu yetkisi veya personel seçimi konusunda izlediği politikalar ve uyguladığı yöntemler cinsiyet ayrımı ve bunun gibi diğer ayırım yasaklarını ihlal eden bir nitelik taşıyamaz. İşveren istediği adayla iş sözleşmesini kurabilir, ancak bunu yaparken, hukukun temel ilkelerini, Anayasa'nın ve yasaların emredici kurallarını, iş hukukunda kabul edilen mutlak ayırım yasaklarını ihlal edemez.

İş ilişkisinin kurulması aşamasında eşitlik ilkesi (eşit işlem isteme hakkı) ile sözleşme özgürlüğü ilkesi (kişinin dilediği kişi ile sözleşme yapma hakkı) birbiriyle neredeyse çakışan iki ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ikisi de Anayasa ile garanti altına alınmış temel haklardır. Bir kimsenin henüz işe alınmadan eşit davranılmasını isteme hakkı olup olmadığı sorusu doktrinde hemen hemen herkes tarafından olumsuz yönde cevaplandırılmaktadır. Bir kısım yazarlar, bunu sözleşme serbestisi ilkesinin eşit davranma ilkesinden önce geldiğini savunurken, bir kısmı ise işçi ile işveren arasında hukuki bir ilişkinin kurulmuş olması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu durum, işverene işe alım safhasında dilediği gibi davranma serbestisini vermez. Cinsiyet ve gebelik, özürsüzlük veya sendikal nedenlerle işverenin ayırım

yapma yasağını düzenleyen yukarıda belirtilen hükümler, işverenin işe almada ayırım yapabileceği kuralının birer istisnasını değil, aksine bu konuda genel olarak varolan ayırım yapma yasağının değişik yasalarda özel olarak düzenlenmiş hallerini oluştururlar.

Bu sayılan sebeplerle ayrımcılık yapıldığını ispat yükü işçide olmakla birlikte, işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiğini ispat edemese bile, bir ihlalin varlığını güçlü bir şekilde gösteren bir durumu ortaya koyması gerekmektedir. Ancak bu durumda ispat yükü yer değiştirecek ve işveren, böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispatlamakla yükümlü olacaktır.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında ülkemiz mevzuatına göre eşit davranma ilkesinin uygulanma koşulu; işçi ile işveren arasında iş ilişkisinin mevcudiyetidir. Buna göre, iş başvurusu kabul edilmeyen, yani henüz iş ilişkisi kurulmamış kişinin İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında, işverenin eşit davranma ilkesi kurallarını ihlal ettiği iddiası ile bu maddede yer alan yaptırımlardan yararlanma talebinde bulunması mümkün değildir. Bu durumda işe almada ayırım yapılması iddiası halinde, izlenecek yol konusunda genel hükümlere gitmek gerekmektedir. Bu kişilerin ancak genel hükümlere göre, şartları oluştuğunda, maddi ve/veya manevi tazminat talebinde bulunma haklarının mevcut olduğu söylenebilecektir.

Bu çerçevede; ATAD kararına konu olan olayda da iş ilişkisi henüz kurulmamış olduğundan ve ilgili Yönergeler kapsamında işverenin herhangi bir ispat veya bilgi verme yükümlülüğü söz konusu olamayacağından; ATAD'ın kararının özellikle iş ilanında belirtilen şartları karşıladığını makul bir biçimde ortaya koyan, ancak başvurusu reddedilen işçinin, işverenin başka bir başvuruyu değerlendirdiğine ilişkin bilgiyi talep etme hakkı olmadığı ve işvereni hangi işçiyi hangi kriterlere göre işe aldığı konusunda kendisine açıklama yapmaya zorlayamayacağına ilişkin kısımlarına katılıyoruz.

id=1614000.

- 2 2006/54/AB sayılı İş ve İstihdamda Eşit Davranma İlkesinin Hayata Geçilmesine İlişkin Yönerge, ATRG, 2006, L 204/23.
- 3 2000/43/AB sayılı Kişiler Arasında Irk ve Etnik Kökene Dayanılmaksızın Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine Dair 29 Haziran 2000 tarihli Yönerge, ATRG, 2000, L 180/22.
- 4 2000/78/AB sayılı İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin 27 Kasım 2000 tarihli Çerçeve Yönerge, ATRG, 2000, L 303/16.
- 5 Case C-104/10 Kelly [2011] ECR I-0000, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-104/10>.
- 6 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri (2005), s. 166; Sarper Süzek, İş Hukuku (2005), s. 362; A. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, s. 58-61.
- 7 Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, (Eşitlik İlkesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, sayı 11, 2006/4, s. 64.
- 8 [http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo\\_111.htm](http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_111.htm).
- 9 Kübra Doğan Yenisey, a.g. m., s. 67-68.
- 10 Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, s. 138.
- 11 A. Can Tuncay, a.g.e., s. 153-155.
- 12 Tankut Centel, 2010 Yılı İlerleme Raporu ve Türk Çalışma Yaşamı, Sicil Dergisi Mart 2011, Sayı 21, s. 278-283.
- 13 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, s. 71.
- 14 Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku (2005); s. 431.
- 15 Gülsevil Alpagut, "Özürüler Hakkında Kanun ve Özürü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler", Mercek, S. 40, s. 155.
- 16 Yargıtay 9. HD., 14.02.2011, E. 2009/4160, K. 2011/2530; Yargıtay 9. HD., 25.07.2008, E. 2008/27309, K. 2008/22094.

## DİPNOTLAR

- 1 Söz konusu karar özet olarak tercüme edilmiştir. Kararın İngilizce tam metni için Bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121741&pageIn dex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&c>



# ABONELİK SİSTEMİ

## “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi”



4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümlerinin içeriğine ve uygulanmasına yönelik bilgiler ile yerli ve yabancı mahkeme kararlarına yer verilen “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” adlı yayıncımız, çalışma yaşamında yaşanan gelişmeleri yakından takip ederek kullanıcılarına yeni bilgileri zamanında ulaştırmayı hedeflemektedir. Bu nedenle, güncel bilgileri içeren föyler “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” abonelerine düzenli olarak gönderilmektedir.

**MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi**'ne abone olabilmek için formu doldurup, MESS Merkez adresimize posta veya faks yoluyla gönderebilirsiniz.

### “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” Abonelik Formu

Ad/Soyad : .....

Adres : .....

Tel. : .....

Faks : .....

e-posta : .....

İmza : .....

**MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi**'ne abone olmak istiyorum:

Maliyet bedelini ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

**MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi**

**Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL**

**Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19**

**TÜRKİYE İŞ BANKASI** Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)

**Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81**

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)