

T.C.  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ  
HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

ÖZEL SAYI



PROF. DR.  
ALİ RIZA OKUR'A  
ARMAĞAN

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**  
**Hukuk Araştırmaları Dergisi**  
**ISSN - 2146-0590**  
**C. 20 S. 1 Y. 2014**

**Sahibi**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. M. Emin Artuk

**Yazışma Adresi**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Tıbbiye Cad. Haydarpaşa/İstanbul  
Tel.: 0216-338 7703  
Faks: 0216-338 7710  
E-posta: hukukdekin@marmara.edu.tr

**Yayına Hazırlayan:** Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. (Sertifika No: 16136)  
Narlıbahçe Sok. Damga Binası No: 11  
Cağaloğlu - İSTANBUL  
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77  
Fax: (0-212) 513 87 05 - 511 36 50  
www.betayayincilik.com

**Baskı:** Acar Basım ve Cilt San. Tic. A.Ş.  
Beysan San. Sitesi Birlik Cad. No: 26  
Acar Binası Haramidere-Avcılar / İSTANBUL  
Tel: 0212 422 18 00 (Sertifika No. 11957)

*Tüm hakları saklıdır.*

*Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır.*

*Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez.*

*Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir.*

## PROF. DR. ALİ RIZA OKUR'A ARMAĞAN HAKEM HEYETİ \*

- Prof. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Mehmet Akad, Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Levent Akın, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Ankara)  
Prof. Dr. Ercan Akyiğit, Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Sakarya)  
Prof. Dr. Mustafa Alp, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İzmir)  
Prof. Dr. Gülsevil Alpagut, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Yusuf Alper, Uludağ Üniversitesi, İİBF (Bursa)  
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Aydın Başbuğ, Gazi Üniversitesi, İİBF (Ankara)  
Prof. Dr. Veysel Başpınar, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Ankara)  
Prof. Dr. Talat Canbolat, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Nuri Çelik, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi E. Öğretim Üyesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Fevzi Demir, Yaşar Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İzmir)  
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Nuray Eksi, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Murat Engin, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Celal Erbay, Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Hasan Erman, Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Ali Güzel, Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Yavuz Kaplan, Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Refik Korkusuz, Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Ankara)  
Prof. Dr. Serkan Odaman, Dokuz Eylül Üniversitesi, İİBF (İzmir)  
Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Coşkun Saraç, Dokuz Eylül Üniversitesi, İİBF (İzmir)  
Prof. Dr. Ali Nazım Sözer, Yaşar Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İzmir)  
Prof. Dr. Melda Sur, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İzmir)  
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer, Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Konya)  
Prof. Dr. Sarper Süzek, Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Ankara)  
Prof. Dr. Murat Şen, Melikşah Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Kayseri)  
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay, Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Ankara)  
Prof. Dr. Caner Yenidünya, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Muhittin Astarlı, Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Ankara)  
Doç. Dr. Fuat Bayram, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Kübra Doğan Yenisey, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Doç. Dr. İsa Döner, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Hediye Ergin, Marmara Üniversitesi, İİBF (İstanbul)  
Doç. Dr. Fulya Erlüle, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Mahmut Kabakçı, Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Yalova)  
Doç. Dr. Ali Cengiz Köseoğlu, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Ankara)  
Doç. Dr. Saim Ocak, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Zeki Okur, Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Adana)  
Doç. Dr. Erdem Özdemir, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Doç. Dr. İbrahim Subaşı, Marmara Üniversitesi, Bank. Sig. Yüksek Okulu (İstanbul)  
Doç. Dr. Sabahattin Yürekli, Erzincan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Erzincan)

\* Hakemler unvanlarına ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Yard. Doç. Dr. Mehmet Emin Alşahin, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Yard. Doç. Dr. Arzu Arslan Ertürk, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Yrd. Doç. Dr. Mustafa Cin, Karadeniz Teknik Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Trabzon)  
Yard. Doç. Dr. Emre Ertan, Marmara Üniversitesi, İİBF (İstanbul)  
Yrd. Doç. Dr. Dilek Eser, Dokuz Eylül Üniversitesi, İİBF (İzmir)  
Yard. Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fak. (İstanbul)  
Yard. Doç. Dr. Ercüment Özkaraca, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Yard. Doç. Dr. İpek Sağlam, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (İstanbul)  
Dr. Ulaş Baysal, Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Ankara)

### DERGİ YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM  
Prof. Dr. Talat CANBOLAT  
Doç. Dr. Mustafa ERKAN  
Yrd. Doç. Dr. Yusuf YAŞAR  
Yrd. Doç. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT  
Yrd. Doç. Dr. Sabah ALTAY  
Ar. Gör. Dr. Gediz KOCABAŞ  
Ar. Gör. Can Yalçın ARMUTCUOĞLU  
Ar. Gör. Zafer İÇER  
Ar. Gör. Canan ÜNAL

### EDİTÖRLER

Prof. Dr. Talat CANBOLAT / Ar. Gör. Canan ÜNAL

### DERGİ DANIŞMA KURULU\*

Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, *Marmara Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Aydın Başbuğ, *Gazi Üniversitesi (Ankara)*  
Prof. Dr. Veyssel Başpınar, *Ankara Üniversitesi (Ankara)*  
Prof. Dr. Talat Canbolat, *Marmara Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu, *Marmara Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Tankut Centel, *Koç Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Nuri Çelik, *Marmara Üniversitesi E. Öğretim Üyesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Fevzi Demir, *Yaşar Üniversitesi (İzmir)*  
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, *İstanbul Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Türhan Esener, *İstanbul Kültür Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Ali Güzel, *Kadir Has Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Refik Korkusuz, *Yeni Yüzyıl Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, *Çankaya Üniversitesi (Ankara)*  
Prof. Dr. Polat Soyer, *Dokuz Eylül Üniversitesi E. Öğretim Üyesi (İzmir)*  
Prof. Dr. Melda Sur, *Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)*  
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer, *Selçuk Üniversitesi (Konya)*  
Prof. Dr. Sarper Süzek, *Atılım Üniversitesi (Ankara)*  
Prof. Dr. Fevzi Şahlanan, *İstanbul Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Murat Şen, *Melikşah Üniversitesi (Kayseri)*  
Prof. Dr. Fatih Uşan, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (Ankara)*

\* Kurul üyeleri soyadlarına göre sıralanmıştır.





## PROF. DR. ALİ RIZA OKUR'UN ÖZGEÇMİŞİ

1942 yılında Kayseri’de doğdu. 1944’de ailesi ile birlikte İstanbul’a göç etti. İlkokulu Fatih Ali Kuşçu İlkokulu’nda tamamladı. 1953 yılında Galatasaray Lisesi giriş sınavını kazanarak burada yatılı olarak orta öğrenimine başladı. 1961 yılında Galatasaray Lisesinden mezun oldu.

Üniversite öğrenimi için Ankara ve İstanbul’da değişik fakültelere başvurdu. Bunlardan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini tercih ederek 1961 Ekim ayında yüksek eğitime başladı. Bu fakülteyi Şubat 1966’da İYİ derece ile bitirdi.

1966’da askerlik görevine başvurdu. Bu görevi, ilk altı ayı İstanbul Piyade Okulunda, son onsekiz aylık bölümü de Amasya Çavuş Eğitim Talimhahında olmak üzere 1968 yılında tamamladı.

28.8.1968’de evlendi. İstanbul Barosuna bağlı olarak avukatlık stajını tamamlayarak 8 Mayıs 1969’da avukatlık hayatına atıldı.

6.8.1970’de İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi’nin açtığı Medeni ve Sosyal Hukuk asistanlık sınavını kazanınca avukatlığı bırakarak akademik hayata geçti.

İstanbul Hukuk Fakültesi’nde yürütmekte olduğu doktora çalışmalarını sürdürerek 29.11.1973’te doktora bilim sınavını verdi ve tez çalışmalarına başladı. “İşçinin Feshe Karşı Korunması” konusunda başladığı tez çalışması, 1976’da Ankara Hukuk Fakültesinde aynı konuda bir tezin kabulü karşısında terk edildi ve “İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi” konulu yeni bir teze başladı. Bu çalışmayı 6.8.1981’de savunup kabul ettirince “Hukuk Doktoru” unvanını aldı.

19 Ekim 1982’de Yardımcı Doçent oldu ve üç yıl Fakülte Yönetim Kurulunda yardımcı doçent temsilciliği yaptı.

Kasım 1984’de Doçentlik Merkezi Yabancı Dil Sınavını, 4 Kasım 1986’da da Sendikal Faaliyetin Gelişimi ve Türleri” konulu tezi ile Doçentlik Bilim Sınavını kazanarak “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku” doçenti oldu. 1987 yılının Şubat-Haziran aylarında rotasyonla gönderildiği Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesinde İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku derslerini yürüttü ve aynı fakültenin Yönetim Kurulu Üyeliğini yaptı. 1987 Temmuz ayında rotasyon görevini tamamlayıp Diyarbakır’dan İstanbul’a döndü.

23 Ekim 1988-23 Ekim 1991 yıllarında M.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dekan yardımcılığı ve Yönetim Kurulu Üyeliği görevlerini yürüttü. 3.3.1992’de “Sağlık Hakkı ve Sağlık Sigortaları” isimli çalışması ile Profesör unvanına layık görüldü.

21 Eylül 1999-21 Eylül 1997 tarihleri arasında Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölüm Başkanlığı yaptı.

15.3.2009 tarihine kadar M.Ü.İİBF’nin Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümünde, M.Ü. Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsünde, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakülte-

sinde, lisans, yüksek lisans ve doktora düzeyinde İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku, Hukuka Giriş ve Sağlık Hukuku konularında ders vermiş olan Ali Rıza Okur 15.3.2009 tarihinde emekli oldu.

Ali Rıza Okur emekli olduktan sonra, kadrolu olarak 2003 yılından beri ek ders görevlisi olarak çalışmakta olduğu Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesine kadrolu olarak geçmiş ve akademik çalışmalarına Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensubu olarak devam etmiştir. Buna paralel olarak 2013 yılına kadar Marmara Üniversitesi ve Kadir Has Üniversitesindeki . ders verme faaliyetlerini sürdürmüştür. Bu tarihten sonra akademik ve ders verme faaliyetlerini Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile sınırlamıştır. Bir süre Yeditepe Üniversitesi Senatöründe senatör olarak görev de yapan Ali Rıza Okur 2014 yılında bu görevden ayrılmıştır. Halen Yeditepe Üniversitesi Etik Kurulundaki görevi yanında Hukuk Fakültesi Yönetim Kurulu Üyeliği görevini de sürdürmektedir.

Ali Rıza Okur'un İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku, Sağlık Hukuku ve Hukuka Giriş alanlarında kitap, makale, gazete makalesi olmak üzere Şubat 2014 itibariyle toplam 216 yayını bulunmaktadır.

#### **Prof. Dr. Ali Rıza Okur'un Yayın Listesi**

1. Doğum Kontrolünün Ortaya Koyduğu Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, İstanbul, 1969 (Köksal Bayraktar ile birlikte hazırlanan bu çalışma 1969'da İstanbul Barosu Bilim Ödülünü kazanmıştır).
2. "Toplu Sözleşme Yapma Yetkisi", İstanbul Barosu Dergisi, Eylül-Ekim 1971, s. 714-813.
3. "Anonim Ortaklıkta Çalışanın Yönetime Katılması", İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, 1973, Sayı: 2, s. 373-405.
4. "Devletler Hususi Hukukunda Kazai Yetki Anlaşması", İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, 1973, Sayı:1.
5. "Grev Oylaması", İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, 1975, Sayı: 2, s. 193-212.
6. "Toplu İş Sözleşmesi ile Sendika Yöneticisi ve Temsilcisine Tanınan Ek Güvencenin Geçerliliği" Karar İncelemesi, İHU, Sen K. 20, No. 12.
7. "Sendika Tüzüğünde Öngörülen Temsilcilik Süresinin Temsilcilik Güvencesine Etkisi", Karar İncelemesi, İHU, Sen. K. 20, No. 14.
8. Sosyal Güvenlik Hukuku Ders Notları, I. Sosyal Sigortalar, İstanbul 1982, teksir.
9. "İşyeri Değişikliği Halinde Kıdem Tazminatı", Karar İncelemesi, İHU, İş K. 14, No. 26.
10. "Kamu Kuruluşlarında Nakil Sırasında Kıdem Tazminatı Ödenmesi, Kıdem Tazminatı Sayılmayan Ödeme", Karar İncelemesi, İHU, İş K. 14, No. 39.
11. "Sosyal Sigorta Primine Esas Olacak Kazanç Sınırları", Yeni İş Dünyası, Aralık 1984.
12. Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 1985 (Doktora Tezi)
13. "Türk Sosyal Güvenlik Kurumlarına İlişkin Bir Karşılaştırma", İktisat ve Maliye Dergisi, Mart 1985, s. 3-13.
14. "Accidents du travail et Maladies Professionnelles, Prestations et Réadaptation", 17-20 Kasım 1985'de Caracas'ta yapılan XI. Uluslar arası İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kongresine gönderilen Rapor (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
15. "Sendika Yönetici ve Temsilcilerinin İş Sözleşmelerinin Feshine Karşı Korunmalarında Sendikal Faaliyetin Rolü", Karar İncelemesi, İHU, Sen K. 30, No. 1.



16. “İşyeri Sendika Temsilcisinin İşyerinin Değiştirilmesi” Karar İncelemesi, İHU, Sen K. 30, No. 2.
17. “Sigortadan Kaçış Var”, Milliyet Gazetesi, 11.10.1985.
18. Sendikal Faaliyetin Gelişimi ve Türleri, İstanbul 1986 (teksir, doçentlik tezi)
19. “Birden Çok Sendikaya Üyelik” Karar İncelemesi, İlmî ve Kazai İctihatlar Dergisi, Ağustos 1986.
20. “İş Kazası (İşyerine Münferit Taşıma)- İşyeri (Araç)”, Karar İncelemesi, İlmî ve Kazai İctihatlar Dergisi, Eylül 1986.
21. İş Uyuşmazlıkları Sosyolojisi, İstanbul 1986 (Jean-Daniel Reynaud’un Sociologie des conflits du travail Paris 1982, kitabının çevirisi, Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
22. “Les fonds de pension volontaires et leurs rapports avec les systèmes obligatoires de sécurité sociale”, 20-23 Eylül 1988’de Madrid’te yapılan XII. Uluslar arası İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kongresine gönderilen rapor (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
23. “Toplu İş Sözleşmesine Daimi ve Muvakkat İşçiler İçin Farklı Hükümler Konması”, Karar İncelemesi, İHU, TSGLK 2, No. 1.
24. Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 1988 (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
25. “Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul 1989, s. 305-343.
26. “Uyarı Yine Kulakardı”, Cumhuriyet Gazetesi, 30.12.1988 (Ali Güzel ve Mustafa Yıldız ile birlikte).
27. “Hükümet hukuku çığnıyor”, Açık Oturum, Cumhuriyet Gazetesi 29.1.1989 (Metin Kutsal, Can Tuncay, Ali Güzel, Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ile birlikte).
28. “Emeklilik mi Yoksulluk mu?”, 21 Şubat 1989’da MÜ. İİBF Çalışma Ekonomisi ve Endüstri ilişkileri Bölümü tarafından düzenlenen “Sosyal Sigortalar Açısından Emeklilik Sistemi ve Sorunları” seminerine sunulan bildiri.
29. “Yurtdışındaki Bedelli Askerliğin Borçlanılması”, Karar İncelemesi, İHU, SSK. 60, No. 6.
30. Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Emeklilik Programları, Sorunları ve Çözüm İçin Bir Model Önerisi TÜSES, İstanbul 1990 (Ali Güzel ve Müjdat Şakar ile birlikte).
31. “Kaldırılması Gereken Bir Hüküm: TCK 438”, Cumhuriyet Gazetesi, 17.2.1990 (Emin Artuk ve Hayrettin Ökçesiz ile birlikte).
32. “Sosyal Güvenlik Politikası Açısından Yaşlıların Korunması Paneli”, İstanbul, 22 Mart 1990, s. 29-32.
33. Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 1990, 2. Bası (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
34. “İşyeri-Konut Dokunulmazlığı”, Milliyet Gazetesi, 18.9.1990 (Emin Artuk ile birlikte).
35. “Bilimsel-Yargısal İctihat Etkileşimi İçin Ortak Seminerler”, Argumentum, Kasım 1990.
36. “Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul 1991, s. 204-234.
37. “Bağ-Kur’un Bugünü ve Yarını”, Cumhuriyet Gazetesi, 9-10-11 Aralık 1990, açık oturum (Ali Güzel ve Müjdat Şakar ile birlikte).
38. Yasalarımız Haklarımız, TÜSİAD, VI. Bölüm, İş Hayatı ve Sosyal Güvenlik, Aralık 1990, s. 189-234.
39. İş Hayatı ve Sosyal Güvenlik, Ajans Tüba, No. 796-797-798, 4,11,18 Şubat 1991, Yasalarımız Haklarımız kitabından aynen alıntı.

40. Uluslararası Boyutlarıyla Türkiye’de Kısmi Çalışma ve Geleceği Paneli, “Hukuki Esasları ve Sosyo Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma”, Ankara 1991, s. 118-125.
41. “Memurun İlaç Bedeline Katkı Oranı”, Cumhuriyet Gazetesi, 9.7.1991.
42. “Göçmen Vatandaşların Yurt Dışındaki Askerliklerini 506, 5434 ve 1479 sayılı Yasalar Açısından Borçlanmaları”, İş Hukuku Dergisi, Ocak-Mart 1992, s. 79-85.
43. Sağlık Hakkı ve Sağlık Sigortaları, Ocak 1992 (teksir, Profesörlük için başlıca araştırma eseri).
44. “Göçmenler ve Askerlik Borçlanmaları”, Cumhuriyet Gazetesi, 22.1.1992.
45. “Sağlık Yardımları Açısından Türk Sosyal Güvenlik Kurumları”, Türkiye İşçi Emeklileri Cemiyeti’nin 19.4.1992’de Ankara’da yapılan Sosyal Güvenlik Kurultayı’na sunulan tebliğ.
46. İşyeri Sendika Temsilcileri için Hukuk Bilgileri, Ankara 1992, Tes-İş Sendikası yayını.
47. “Teknolojik Gelişmeler İstihdam- İş Güvencesi İşsizlik Sigortası” sempozyumu, panel konuşması, 24.4.1992 İstanbul, Kristal-İş Sendikası.
48. “Çalışma Yaşamımızda Temel Hak ve Sorumluluklar”, Kadın İşgücü Merkezi’nin 18.5.1992 tarihli Haklarımız-Sorumluluklarımız seminerine sunulan tebliğ.
49. “İşyeri Sendika Temsilcisinin İşe İade Kararının Kesinliği- İşçi Sayısının Temsilci Sayısına etkisi”, Karar İncelemesi, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1992, s. 266-270.
50. “Hedefsiz Demokrasi”, Denge, Ağustos 1992, s. 10-11.
51. İş Uyuşmazlıkları Sosyolojisi, İstanbul 1992, Çeviri, Ali Güzel ile birlikte, Cep Üniversitesi Dizisi.
52. Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 1992, 3. Bası (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
53. Sosyal Güvenlikte Özerkleştirme, 24.10.1992, Tes-Ar Semineri, Ürgüp.
54. “İşsizlik Sigortası Kanun Tasarısı Hakkındaki Görüş ve Değerlendirmeler”, İstanbul Ticaret Odasına sunulan rapor, 9.12.1992.
55. “Sosyal Güvenlik Uygulamalarına İlişkin Yeni Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi ve Öneriler”, Sosyal Güvenlik Uygulamaları, SSK ve Yeni Yasal Düzenlemeler Sempozyumu, DİSK, 25.12.1992, İTÜ, İstanbul.
56. Sosyal Güvenlik, Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 1993 (Nadaroğlu, Tuncay, Kıbrızlı, Batırel, Güzel, Okur, Doğrusöz, Korkmaz, Kılıçdaroğlu, Selçuk, Ergani). Türkiye Ticaret, sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği.
57. Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sisteminin Sorunları ve Ekonomideki Yeri, İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası tarafından düzenlenen Panel, 24.4.1993, The Marmara.
58. Demokratik Kurumlaşma ve Sendikal Örgütlenme Paneli, “Sendikasılaştırma”, 28.4.1993, İstanbul.
59. “Ev Kadınının Çalışma Sorunu ve Sosyal Güvenliği Paneli”, 24.5.1993, Göztepe, “Ev kadınının sosyal güvenliği”, Argumentum, Mart 1993, s. 549-551.
60. “İşçi-İşveren İlişkilerinde Değişim ve Sendikasılaştırma”, Argumentum, Ocak 1993, s. 501-503 (Şule Necfe ile birlikte).
61. Meslek Örgütlerinin Üyelerine ve Ulusa Karşı Görevleri Paneli, 25.9.1993, Çırağan Oteli, “Meslek Örgütlerinin Siyaset Yapma Yasağı”, Argumentum, Nisan 1993, s. 580-585.
62. Türkiye’de Esnaf-Sanatkar ve Küçük İşletmeler Kesimine Yönelik Sosyal Güvenlik Sisteminin Değerlendirilmesi, “Sosyal Güvenlikte Özerkleştirme (Bağ-Kur Açısından Bir Değerlendirme)”, Ankara 1993, s. 97-121.

63. “Çağdaş Yaşamda Politik Ev Kadını” Paneli, 27.11.1993, Hasköy, CHP Beyoğlu ilçesinde düzenlenen Panel.
64. Yetki (baraj), Disk-Ar, Ocak 1994, s. 13, s.31.
65. İşkolu, Disk-Ar, Aralık 1993, s. 12, s.31.
66. 1993’de Sosyal Hukuk, Ana-Britannica-Yıllık 1993.
67. Kadın Siyaset ve Toplumsal Katılım Paneli, 8.3.1994, Mecidiyeköy, DİSK, “Siyaset Yasağı ve Kadın”.
68. Toplu İş Sözleşmesi, Disk-Ar, Şubat 1994, s. 31.
69. İşletmeci ve Hukuk, Business Woman, Nisan 1994, s. 54.
70. “İşyerinde Cinsel Taciz”, Cinsel Taciz Paneli, 25.4.1993, Göztepe.
71. “İş Hukuku”, Business Woman, Mayıs 1994, s. 48.
72. “İşveren”, Disk-Ar, Mayıs-Haziran 1994, s. 31.
73. Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 1994, 4. Bası (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
74. Taşeron, Disk-Ar, Temmuz-Ağustos, 1994.
75. 1980 Sonrasında Türkiye’de Sosyal Güvenlik, Aralık 1994, İletişim Ansiklopedisi (M. Ufuk Yılmaz ile).
76. “Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Türk Hukukunda Aileyi Etkileyen Düzenlemeler”, Türk Hukukunda Aileyi Etkileyen Düzenlemeler Paneli, 17.3.1995, Göztepe, İstanbul.
77. “Demokrasi ve Siyaset Yasağı”, 21ç4.1995, Kadıköy Kültür ve Sanat Merkezi, konferans.
78. “Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Türk Hukukunda Aileyi Etkileyen Düzenlemeler”, Türk Hukukunda Aileyi Etkileyen Düzenlemeler Paneli, 17.3.1995 tarihli panelin tekrarı, 28.4.1995, Kadıköy Kültür ve Sanat Merkezi.
79. “1980 Sonrasında Türkiye’de Sosyal Güvenlik”, Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi, Çalışma Hayatımız Maddesi, İstanbul 1995, (Ufuk Yılmaz ile birlikte).
80. “Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul 1996.
81. “Kadın Sorunlarına Bakış Paneli”, 8.3.1996, Basisen Kadıköy Şubesi, -Türkiye’de Kadının Sosyal Güvenliği-
82. Yaşlıların Korunması Paneli, “Hukuki açıdan Yaşlıların Korunması”, 23.5.1996, Üzümcü Kültür Merkezi, Kadın İşgücü İstihdamı Araştırma ve Uygulama Merkezi.
83. “Sosyal Güvenlik Çıkmazı”, DİSK-AR, Haziran 1996, Sayı: 10, s. 6-9.
84. 506 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Yasa Tasarısının Sosyal Güvenliğin Temel İlke ve Sorunları Işığında Değerlendirilmesi, Birleşik Metal-İş Sendikasına sunulan rapor (Ali Güzel ile birlikte), Temmuz 1996, Ağustos 1996, İstanbul.
85. İktisatçılar Tartışıyor, “Sosyal Güvenlik Sistemi, Sorunlar, Çözüm Önerileri”, 29.9.1996, Odakule.
86. “Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sorunları ve Özel Sigortalar”, Sigorta Sayı: 89, Eylül 1997, s. 34-35.
87. Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 1996, 5. Bası (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
88. “Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sistemi İçin Yeni Bir Örgütlenme Modeli” tebliğin yorumu, 16.10.1998, Dedeman İstanbul.
89. “Emeklilik Yaşında Kargaşa”, Akşam Gazetesi, 11.3.2001.

90. Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 1998, 6. Bası (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
91. Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 1999, 7. Bası (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
92. “Sigorta Teftiş Kuruluna İlişkin Bir Değerlendirme”, 5.7.2001, SSK Başkanlığı Sigorta Müfettişleri Derneğine Sunulan Rapor; Sosyal Güvenlik Dünyası dergisi, Mayıs-Temmuz 2001, s. 23-34.
93. “Hocamın Askerlik Borçlanması İşyanı”, Akşam Gazetesi, 16.7.2001.
94. “Askerlik Borçlanmasının sigortalılık Süresine Etkisi (Askerlik Borçlanmasında Ne Değişti?)”, Çimento İşveren, Eylül 2001, s. 3-12.
95. “Sosyal Güvenlik Depremi”, I-II, Akşam Gazetesi, 3-4.9.2001.
96. “Okur’dan 619 açıklaması”, Akşam Gazetesi, 27.8.2001.
97. “Yarg. 21. HD’nin 10.7.2000, 3998/5498 sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, İşveren Dergisi, Ekim 2001.
98. “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ile Süper Emekliliğin Yaygınlaşma Olasılığı”, Milliyet Gazetesi, 16.5.1988.
99. “Sosyal Güvenlik Depremi”, Çimento İşveren dergisi, Kasım 2001, s. 3-6.
100. “İş-Kur’un Hukuki Durumu”, İşveren Dergisi, Şubat 2002, s. 33-34.
101. Hukukun Temel Kavramları (Ders notları, fotokopi), İstanbul 2002.
102. “Ölüm Aylığı Bağlanması, Koşulları, Borçlanma”, karar İncelemesi, İşveren Dergisi, Kasım 2001, s. 34-35.
103. “Yaşlılık Aylığının Son Mağdurları”, 9.9.1999-22.5.2002 kuşağı (Ali Güzel ile birlikte), İşveren Temmuz 2002, s. 25-26.
104. “Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, s. 213-285.
105. Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2002, 8. Bası (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
106. Hukukun Temel Kavramları (Ders notları, fotokopi), İstanbul 2003.
107. “Hastalık Sigortasına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları”, Binyılların Kavşığında Türkiye’nin Toplumsal Gerçekleri 1, s. 135-162, Tek-Gıda İş, İstanbul 2003.
108. “Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı”, Resul Aslanköylü’ye Armağan, İstanbul 2003, s. 347-368.
109. Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2003, 9. Bası (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
110. Avukatların Sağlık Sigortası, İstanbul 2003, Rapor (Ali Güzel ile).
111. “Emeklilik Sigortası Sistemi ve Emeklilik Sigortaları Kurumu Kanunu Tasarı Taslağına İlişkin Rapor”, Avukatların Sağlık Sigortası, İstanbul 2003, s. 101-109.
112. Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2004, 10. Bası (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte).
113. “Çok Çatı, Tek Çatı, Yok Çatı”, Türk-İş Dergisi, Temmuz-Ağustos 2004, Sayı: 364, s. 53-55.
114. Hukukun Temel Kavramları (Ders notları, fotokopi), İstanbul 2004.
115. “Şirket Birleşmelerinin Kıdem Tazminatına etkisi”, Şirket Birleşmeleri, Ed. Haluk Sümer/Helmut Pernsteiner, İstanbul 2004, s. 49-71.
116. “Yaş Düzeltme Kararlarının Sosyal Güvenlik Haklarına Etkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/5, s. 119-145.

117. “Sosyal Güvenlikte Neler Oluyor?” Güncel Hukuk, Şubat 2005, Sayı: 14, s. 18-19.
118. “Çatıdan Temele Sosyal Güvenlik Reformu”, İşveren Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2005, s. 83-87.
119. “Genel Sağlık Sigortası”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, 10-11 Haziran 2005, İstanbul.
120. “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006, s. 171-267.
121. Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Çalışmaları, “Kanun Tasarısında Genel Sağlık Sigortası”, 51. Sosyal Siyaset Konferansları, 16.12.2005, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi.
122. “Reform Sonrasında Yaşlılık Aylığı Koşulları”, (Dr. Hediye LAÇİNER ile ), TES – İş Dergisi, Kasım 2006. s. 66-75.
123. Anayasa Mahkemesi’nin 6.1.2005 tarihli E.2001/479, K. 2005/1 sayılı Kararının İncelenmesi (Dr. Hediye LAÇİNER ile birlikte), İşveren Dergisi, C. 44, S. 2, Kasım 2005, Kararlar Eki: s. 3-20.
124. Tek Çatı Tek Yasadan, Tek Çatı Çok Yasaya, (Dr. Hediye ERGİN ile birlikte), İşveren Dergisi, Aralık 2006, s. 32-39.
125. “Sorunları ile Gelen Reform”, Mercek Temmuz 2006, s. 17-30.
126. “Türk Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası”, Türkiye’de ve Almanya’da Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri, Uluslararası İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Türk ve Alman Milli Komiteleri ve Max Planck Yabancı Ülkeler ve Uluslararası Sosyal Hukuk Enstitüsü, 7-8 Aralık 2006, Ankara 2007, s.115- 183.
127. Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/12, s. 1285-1308.
128. “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu”, YHGK’nun 23.11.2005 tarihli, E.2005/10-492, K. 20057646 sayılı Kararına ilişkin bir inceleme, Çalışma ve Toplum, Sayı: 10, 2006/3, s. 101-133.
129. “Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dalları”, Çalışma ve Toplum, 2006/1, s.106-146.
130. “Yaş Düzeltme Kararlarına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2006, Sayı: 9 (Arş. Gör. Emre Ertan ile birlikte).
131. “Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 23.3.2006, İstanbul.
132. “Çok Çatı, Tek Çatı, Yok Çatı”, Birgün Gazetesi, 7.4.2006.
133. “Genel Sağlık Sigortası Uygulamasının Ortaya Çıkaracağı Sorunlar”, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İÜHF İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ile İstanbul Barosu, 26-27 Ocak 2007, İÜHF, İstanbul 2007, s. 172-182.
134. Sosyal Güvenlik Kurumu Bilgi Paylaşım Toplantısı, Anayasa Mahkemesinin İptal Kararından Sonra 5510 sayılı Kanuna ilişkin durumun değerlendirilmesi, 19-20 Ocak 2007, Ankara.

135. “Sosyal Güvenlik Reformu Uygulamaya Geçerken...”, Sosyal Güvenlik Dünyası, Kasım-Aralık 2006.
136. Sağlık Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara Barosu 3.11.2007, “Mevcut Sağlık Sigortası Sistemi”.
137. Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasındaki Gelişmeler, Güncel Hukuk, Aralık 2007, s.17-19.
138. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Yapılması Düşünülen Değişikliklere ilişkin 25.10.2007 Tarihli Taslak metin Hakkındaki Görüşlerimiz, İTO.
139. Türkiye’de Sağlık Reformunun Geçmişi ve Geleceği (Dr. Hediye ERGİN ile birlikte), Prof. Dr. Devrim ULUCAN’a Armağan, İstanbul 2008, 599-699.
140. “5510 Sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25.10.2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi” (Dr. Hediye ERGİN ile birlikte), Legal İSGHD, 2007/16, s. 1441-1470.
141. Yeni Sosyal Güvenlik Yasası Ne Getiriyor, Ne Götürüyor, “Genel Sağlık Sigortası”, 24.1.2008, Arel Üniversitesi, İstanbul.
142. “Lütfen bu tasarımı geri çekiniz, ölü doğmuş yasa yama tutmaz”, İşveren Dergisi, Ocak 2008, s. 66-67.
143. Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası (Prof. Dr. Ali Güzel ve Doç. Dr. Nurşen Caniklioğlu ile birlikte), İstanbul 2008.
144. “Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”, İşveren Dergisi, Mayıs 2008, sy.41-43.
145. “Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sisteminin Sorunları ve Yeni Sosyal Güvenlik Yasası Paneli”, Marmara Üniversitesi Ekonomik Araştırmalar ve Uygulama Merkezi, 8.5.2008
146. “Sigortalılık ve İşyeri ile İlgili Yükümlülükler”, İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor? Semineri, TİSK , yayın no.296.
147. Sosyal Güvenlik Kanunları , Beta Yayınevi, İstanbul 2008 ( Hediye Ergin ile).
148. “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Süreli Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi”, karar incelemesi, Sicil Dergisi, Aralık 2008 .
149. “Genel Sağlık Sigortası”,Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi Değerlendirmeler Sempozyumu, (21.2.2009), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi/İstanbul Barosu, İstanbul, 2010.
150. Sosyal Güvenlik Hukuku, ( Ali Güzel ve Nurşen Caniklioğlu ile ), 12. Bası, İstanbul 2009.
151. “Genel Sağlık Sigortasında sunulan Yardımlar, Sağlık Hizmet Sunucuları, İşverenin sorumluluğu”, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı, Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Uluslararası Sempozyum, 26.4.2009, Yeditepe Üniversitesi.
152. “Genel Sağlık Sigortası”, Sosyal Güvenlik Hukukunun Yeni Esasları Sempozyumu, 28.4.2009, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
153. Sosyal Güvenlik Kanunları, Beta Yayınevi, 2.Bası, İstanbul 2009 ( Hediye Ergin ile).
154. “5510 sayılı Yasa ile Getirilen Yenilikler”, “Sosyal Güvenlik Hukuku ve Güncel Sorunları” Sempozyumu, 27 Nisan 2010, Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
155. “İşe İade Davası ile Yaşlılık Aylığı Talebinin Çakışması”, Karar İncelemesi, Sicil, Mart 2010, s.17, 123-137.
156. “Eski Yasada Olmayıp Yeni Yasada Olan Hükümler ve Yeni Tanımlar”, 19.6.2010, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 14.Yıl Toplantısı.

157. Sosyal Güvenlik Hukuku (Ali Güzel ve Nurşen Caniklioğlu ile), 13. Bası, İstanbul 2010.
158. “Sosyal Güvenlik Hukuku ve Genel Sağlık Sigortası”, Sağlık Hukuku Eğitimi Sertifika Programı, Yeditepe Ü.Tıp Fakültesi, Hukuk Fakültesi ve Ceza Hukuku Derneği, 5 Aralık 2010, İstanbul.
159. “Çalışmanın Gelir ve Aylıklara Etkisi”, Prof.Dr.Sarper Süzek’e Armağan, Ankara 2011
160. “Hekimin Serbest Çalışma Hakkı ve Sınırları”, Prof.Dr.Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul 2011.
161. “Genel Sağlık Sigortasına Geçiş”, ICML, 2011 Uluslar arası Tıp Etiği ve Hukuku Kongresi, 16.10.2011, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul.
162. “Ayrıntılarda Boğulan, Çelişkiler ve Değişikliklerle Yok Olan Bir Sosyal Güvenlik Masalı”, Sosyal Güvenlik Dünyası, Kasım-Aralık 2011, yıl 14, sy.76, s.10-20.
163. “Sağlık Hizmetleri ve Reklam Yasağı”, Prof.Dr.Erhan Adal’a Armağan, İstanbul 2011 (İpek Kocagil ile).
164. “Türkiye’de Serbest Hekimlere Ait Yasal Düzenlemelerin Hekimlerin Çalışma Özgürlüğüne Olan Etkisi ve Bunun Hukuksal Analizi”, Hekim Emeği Çalıştay II, İstanbul Tabip Odası, 11 Aralık 2011.
165. “Muvazzaf askerlik ve Bedelli Askerliğin Hukuki Sonuçları Açısından Karşılaştırılması” Sivil, Mart 2012, sy.25, 14-22.
166. “Bedelli Askerlik ve Kıdem Tazminatı”, Prof.Dr.Nuri Çelik’e Saygı Günü, Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6.4.2012, İstanbul.
167. “İş Sözleşmesi - Hizmet Akti İkilemi Üzerine”, &098 Sayılı Kanun’un Getirdikleri, P anel, İstanbul Barosu, Yeditepe Üniversitesi, 7.4.2012, İstanbul.
168. Sosyal Güvenlik Hukuku, 14.Bası, İstanbul 2012, (Ali Güzel ve Nurşen Caniklioğlu ile).
169. “Sağlık Hizmetlerinde Reklam Yasağı”, Rekabet Ekonomisinde Yeni Fikir, Yeni Ürün ve Mülkiyet Hakkı, 4. Uluslararası İstanbul İktisatçılar Zirvesi, İstanbul İktisatçılar Derneği, İÜ İktisat Fakültesi, Türk Patent Enstitüsü, 9.10.2012, WOW Hotel İstanbul.
170. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu I, Toprak İşveren Sendikası, 15.10.2013-18.10.2013, Antalya, Xanadu Otel, Ali Nazım Sözer’in “Sosyal Güvenlik Hukukunda Yargı Yolu Uyuşmazlıkları” tebliğinin yorumu.

### **Zaman Gazetesindeki Yazılar**

**(20.10.1992-9.61994)**

1. Tanışma, 20.10.1992.
2. İşçi-İşveren İlişkileri ve Uzlaşma, 27.10.1992.
3. Sosyal Güvenlik Çıkmazı, 17.11.1992.
4. Hukuk, Kanun ve Af, 1.12.1992.
5. Ev İşlerinde Çalışanların Sigortalanması, 15.12.1992.
6. Kıdem Tazminatı/Kıdem Tazminatı Fonu/ İşsizlik Sigortası, 29.12.1992.
7. Dikkat! Siyaset Yapmak Tehlikeli ve Yasaktır, 12.1.1993.
8. Sağlık Hakkı ve Genel Sağlık Sigortası, 26.1.1993.
9. MEGA Emeklilik, 9.2.1993.
10. Radyo-TV’de Devlet Tekeli ve Demokrasi, 23.2.1993.

11. SENDİKALILAŞTIRAMADIKLARIMIZDAN mısınız?, 9.3.1993.
12. T.C. Emekli Sandığı ve Göçmen Vatandaşların Askerlik Borçlanması, 23.3.1993.
13. Bu Ne Biçim Konuşan Türkiye, Ağzı ve Gözü Bağlı! 6.4.1993.
14. Laik Devlet- Kurban Derisi- Fitre- Zekat, 20.4.1993.
15. 2. Ulusal Sağlık Kongresi'nin Ardından, 4.5.1993.
16. Vitaminler İlaç Mıdır, Değil Midir? 18.5.1993.
17. Grevin Ertelemesi, 1.6.1993.
18. Demokratik Toplumda Baskı Grupları ve Sendikalar, 15.6.1993.
19. İdarenin Sorumluluğu/Şahsi Kusur/Hizmet Kusuru, 29.6.1993.
20. Konuşuyoruz Ama Nece Konuşuyoruz? 13.7.1993.
21. İşçilerin Direniş Eylemleri, 27.7.1993.
22. Oynatmaya Az Kaldı, Çözüm Nerede? 10.8.1993.
23. Gıda Sanayiinde Özelleştirme, 24.8.1993.
24. Bağ-Kur'lu Prim Ödemiyor! Acaba Niçin? 7.9.1993.
25. Teşkilatı Kuruldu, Sıra Geldi İnsan Haklarını Korumaya! 21.9.1993.
26. Ekonomik ve Sosyal Konsey, 5.10.1993.
27. Tıpta da Terör, 19.10.1993.
28. Anayasa Mahkemesi ve Yürütmenin Durdurulması, 2.11.1993.
29. III. Ulusal Endüstri İlişkileri Kongresi, 16.11.1993.
30. Kıyıları Kimin? 30.11.1993.
31. Demokrasi Platformu, 14.12.1993.
32. Sosyal Yardım Zammı, 28.12.1993.
33. Medya, Suç ve Sorumluluk, 11.1.1993.
34. Bütün Renkler Aynı Hızla Kirleniyordu Birinciliği Beyaza Verdiler, 25.1.1993.
35. Memurlarımız, 8.2.1993
36. Çevre Hakkı, 22.2.1994.
37. Yutmaca Yutturmaca Ücretleri Dondurmaca, 8.3.1994.
38. Tasarruf Bonosundan Zorunlu Tasarrufa.
39. Türk Sosyal Güvenlik Sistemi= Dağınıklık ve Karmaşa, 5.4.1994.
40. İktisat ve Hukuk, 19.4.1994.
41. Tebliğ In, Kanun Out, 3.5.1994.
42. Savcılar Yetişin! Vatandaşın 50 Trilyonu Gitti Gidiyor, 17.5.1994.
43. Mülti Standart, 9.6.1994.



## TEŞEKKÜR

Emekli olan hocalarımıza Armağan çıkarmak güzel bir akademik gelenektir. Bu gelenek İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku alanında büyük bir özenle devam ettirilmektedir. Ali Rıza OKUR hocamızın emekli olması nedeniyle bir Armağan çıkarılması ilk olarak Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR, Prof. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU, Prof. Dr. Talat CANBOLAT, Doç. Dr. Fuat BAYRAM, Doç. Dr. Hediye ERGİN, Yrd.Doç.Dr. Emre ERTAN, Ar. Gör. Halis KARAMAN, Ar. Gör. İpek KOCAGİL ve Ar. Gör. Aksoy YAVAŞ'tan oluşan komisyon tarafından duyuruldu ve gerekli çalışmalar başlatıldı. Kendilerine içten teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Aradan geçen zamandan sonra Prof. Dr. Nuri ÇELİK hocamızın tavsiyesi üzerine bu zevkli görevi tamamlamak bize nasip olmuştur. Kısa süre içerisinde hocalarımız ve meslektaşlarımız büyük bir kadirşinaslık örneği göstererek yayınlanmak üzere bol miktarda makale gönderdiler. Kendilerine içten teşekkürlerimizi ve şükranlarımızı arz ediyoruz.

Armağan, Üniversitelerarası Kurulun belirlemiş olduğu hakemli yayın ölçütlerine uygun olarak çıkarılmıştır. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, "HAKEMLİ", açık erişimli, yılda en az iki defa yayınlanan ve "ULAKBİM" de taranan bir dergidir. Derginin uzun zamandan beri düzenli olarak yayınlanmasını sağlayan ve Prof. Dr. Ali Rıza OKUR'a armağan özel sayısının basımını kabul eden, başta Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. M.Emin ARTUK olmak üzere, Prof. Dr. M.Kamil YILDIRIM, Doç. Dr. Mustafa ERKAN ve tüm yayın komisyonu ile emeği geçenlere içten teşekkürlerimizi sunarız.

Armağan niteliğindeki bu özel sayıda derginin belirtilen özelliklerine riayet edilmiş, tüm makaleler hakem incelemesinden geçirilmiştir. Hakemlik yapan hocalarımıza ve meslektaşlarımıza teşekkürü borç biliriz.

Tashihlerde yardımcı olan Ar. Gör. Seda ARSLAN, Ar. Gör. Aybüke KARACA, Ar. Gör. Zehra YILMAZ, Ar. Gör. Efe YAMAKOĞLU, Ar. Gör. Arkin GÜNAY ve Ar. Gör. Ramazan YÜCEL'e çok teşekkür ederiz.

İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku ve diğer birçok hukuk dallarından çeşitli bilimsel makaleleri ve yazarları bir araya getiren, böyle değerli bir Armağan'ın çıkarılmasına vesile olduğu için değerli Hocamız Prof. Dr. Ali Rıza OKUR'a şükranlarımızı arz ediyoruz. Hocamıza değerli eşi, çocukları ve tüm sevdikleriyle birlikte sağlıklı ve mutlu bir yaşam diliyoruz.

Armağan'ın basılması aşamasına gelindiğinde hiçbir yardımı esirgemeyen Beta Yayıncılık Yönetim Kurulu Başkanı sayın Seyhan SATAR'a ve Armağan'ı büyük bir özenle baskıya hazırlayan Gülgonca ÇARPIK ve tüm Beta çalışanlarına da içten teşekkür ederiz.

İstanbul, 9 Mayıs 2014

Editörler

**Prof. Dr. Talat CANBOLAT/Arş.Gör. Canan ÜNAL**

## SUNUŐ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi olarak Fakóltemize hizmet etmiş Hocalarımıza saygımızın bir göstergesi olarak Armağan çıkarmayı son yıllarda gelenek haline getirdik. Bu kapsamda Prof. Dr. Ali GÜZEL, Prof. Dr. Mehmet AKAD, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ ve Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan yayınladık.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesinde İş Hukuku dersleri vermiş ve Fakóltemize emeği geçen Prof. Dr. Ali Rıza OKUR için Armağan yayınlamanın mutluluğunu Şu anda yaşamaktayız.

Prof. Dr. OKUR, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'in asistanlığını yapmış, uzun yıllar Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesinde, kısmen de Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesinde İş Hukuku dersini vermiştir.

Prof. Dr. OKUR, son derece alışkan, iş hukuku alanında birçok kitap ve makalesi bulunan, üretken, sakin bir kişiliğe sahip, sürekli düşünen, olaylara soğukkanlı olarak yaklaşan bir bilim adamıdır.

Halen Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesinde İş Hukuku derslerini vermekte olan Prof. Dr. Ali Rıza OKUR'un takdire Şayan enerjik bir yapısı vardır.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesine katkıları olan Prof. Dr. OKUR'un anısına yayımlanan bu armağanın hukuk camiası için faydalı olmasını temenni ediyor, Hocamıza eşi, çocukları ve sevdikleri ile birlikte sağlıklı ve huzurlu bir ömür diliyor, bu vesile ile Hocamızı saygı ve sevgiyle anıyoruz.

**Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK**

Dekan



## İÇİNDEKİLER\*

### ANI YAZILARI AKADEMİSYEN ANILARI

**PROF.DR. ALİ RIZA OKUR İÇİN**.....XXXIII  
Prof.Dr. Nuri ÇELİK

**ALİ OKUR, YA DA ERDEMLE ÇALIŞMAK, ERDEMLİ YAŞAMAK** .....XXXV  
Prof.Dr. Köksal BAYRAKTAR

**PROF.DR. ALİ RIZA OKUR İÇİN BİRKAÇ SÖZ**.....XXXIX  
Emeritus Prof. Dr. Erhan ADAL

**HOCAM ALİ RIZA OKUR: BİR ANADOLU İNSANI** ..... XLI  
Prof.Dr. Yusuf ALPER

### AİLE ANILARI

**ALİ RIZA OKUR'UN KIZI OLMAK** ..... XLV  
Mine SİLAHTAR

**BABAM ALİ RIZA OKUR**.....XLVII  
Mehmet Emin OKUR

**DEDEM ALİ RIZA OKUR**.....XLIX  
Ayşe Tuba SİLAHTAR

---

\* Makale ve çeviriler, yazarların unvanları ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

## I. İŞ HUKUKU

### A. BİREYSEL İŞ HUKUKU

|   |     |
|---|-----|
| <p><b>VAKIF ÜNİVERSİTESİ ÖĞRETİM ÜYELERİ İLE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ KONUSUNDAKİ UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ VE DİĞER YARGI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ</b>.....</p> <p><i>(Evaluation of the Judgments of Court of Disputes and Other Judicial Decisions Related to Legal Characteristics of Agreements Made by Academic Members of Foundation Universities)</i></p> <p>Nuri ÇELİK</p> | 3   |
| <p><b>İŞ SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASINDA VE İŞVERENİN YÖNETİM YETKİSİNİN SINIRLANMASINDA DÜRÜSTLÜK (OBJEKTİF İYİNİYET) KURALININ İŞLEVİ ÜZERİNE</b> .....</p> <p><i>(About the Function of Good Faith Principle on Execution of Employment Contract and Limitation of Managerial Authority of the Employer)</i></p> <p>Ali GÜZEL/Deniz UGAN ÇATALKAYA</p>  | 17  |
| <p><b>LİBERAL İŞ HUKUKU MANTIĞI ÇERÇEVESİNDE TÜRK İŞ HUKUKUNDA DENKLEŞTİRME UYGULAMASINA YÖNELİK BAZI TESPİTLER</b> .....</p> <p><i>(Determinations About Balancing Applications in Turkish Labour Law within the Framework of Liberal Labour Law Logic)</i></p> <p>Serkan ODAMAN</p>   | 67  |
| <p><b>BASIN İŞ KANUNUNA GÖRE FAZLA ÇALIŞMA</b>.....</p> <p><i>(Overtime in The Press Labour Act)</i></p> <p>Haluk Hadi SÜMER</p>  | 91  |
| <p><b>YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE İŞ AKDİNİN GEÇERSİZLİĞİ</b> .....</p> <p><i>(Nullity of the Labour Contract in the Framework of the New Obligations Code)</i></p> <p>Sarper SÜZEK</p>   | 123 |
| <p><b>İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA ÇALIŞMA HAKKI</b> .....</p> <p><i>(Right to Work as a Part of Human Rights)</i></p> <p>Murat ŞEN</p>   | 143 |
| <p><b>İŞVERENİN FESİH HAKKI AÇISINDAN İŞÇİNİN İŞYERİNDE ÖZEL AMAÇLARLA İNTERNET KULLANIMI (SANAL KAYTARMA -CYBERLOAFING)</b> .....</p> <p><i>(Cyberloafing in Terms of Termination Right of Employer )</i></p> <p>Fuat BAYRAM</p>   | 163 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>HASTALIK RİSKİNDEN DOLAYI İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ<br/>HAKLI NEDENLE FESHİ</b> .....  | 177 |
| <i>(Employee's Termination of the Employment Contract with Just Cause In Case of Disease Hazard)</i>  |     |
| Hediye ERGİN  |     |
| <b>İŞÇİNİN ARDI ARDINA İKİ İŞGÜNÜ DEVAMSIZLIĞI<br/>(YARGITAY KARARI TAHLİLİ)</b> .....  | 201 |
| <i>[Two Working Days Consecutive Absence of Employee (Evaluation of Judgment of Court of Appeals)]</i>  |     |
| Saim OCAK   |     |
| <b>ÇALIŞMA SÜRELERİNDE GÜVENCELİ ESNEKLİK UYGULAMALARI</b> ....   | 223 |
| <i>(Flexicurity Applications About Working Hours)</i>   |     |
| Gaye BAYCIK   |     |
| <b>ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER ÇERÇEVESİNDE<br/>YABANCILARIN (GÖÇMEN İŞÇİLERİN)<br/>AİLE BİRLEŞİMİ HAKKI</b> .....   | 263 |
| <i>(The Right To Family Reunification of Aliens -Migrant Workers- in the Context of International Conventions)</i>  |     |
| Mustafa CİN   |     |
| <b>İŞ HUKUKU BOYUTUYLA TÜRKİYE'DE PSİKOLOJİK<br/>TACİZ (MOBBING) VE DÜNYADAN ÖRNEKLER</b> .....   | 285 |
| <i>(Psychological Harassment in Turkish Labor Law and Global Applications)</i>  |     |
| Arzu ARSLAN ERTÜRK  |     |
| <b>ÖZEL OKUL ÖĞRETMENLERİ<br/>VE ÖĞRETİM YILINA HAZIRLIK ÖDENEĞİ</b> .....  | 341 |
| <i>(Private School Teachers and Preparation Subsidy for Academic Year)</i>  |     |
| Emre ERTAN  |     |
| <b>KÜÇÜKLERİN ÇALIŞMASINA İLİŞKİN<br/>YASAK VE SINIRLAMALAR İLE BUNLARA AYKIRILIK<br/>HALİNDE İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ SORUNU</b> .....                            | 355 |
| <i>(Regulations about Prohibitions and Restrictions on Child Labour and Problem of Invalidity of Employment Agreement in Case of Contradiction to Such Regulations)</i> |     |
| Ercüment ÖZKARACA/Canan ÜNAL  |     |

|  |     |
|--|-----|
| <b>ÖZEL BEDEN EĞİTİMİ VE SPOR TESİSLERİ YÖNETMELİĞİ'NE TABİ ÇALIŞACAK ANTRENÖR, MASÖR VE DİĞER EĞİTİCİLER AÇISINDAN BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ</b> ..... | 411 |
| <i>(Fixed Time Labor Contract With Coach, Masseur and Other Trainers in Terms of "Private P.e. and Sport Facilities Regulation")</i>                       |     |
| Ümit ORHAN   |     |
| <b>İŞÇİNİN ÖLÜMÜNÜN İŞ İLİŞKİSİ BAKIMINDAN SONUÇLARI</b> .....   | 429 |
| <i>(Consequences of Employee's Death on Employment Relationship)</i>   |     |
| İpek KÖCAGİL   |     |
| <b>İŞ HUKUKUNDA SADAKAT BORCUNUN GENEL BİR DEĞERLENDİRMESİ</b> .....   | 459 |
| <i>(General Evaluation of the Loyalty Obligation in the Employment Law)</i>  |     |
| Hasan KAYIRGAN   |     |
| <b>İŞ HUKUKUNDA ÜCRETSİZ İZİN UYGULAMALARI</b> .....   | 479 |
| <i>(Leave Without Pay Applications in Labour Law)</i>  |     |
| Efe YAMAKOĞLU/Eda KARAÇÖP  |     |
| <b>İŞE İADE DAVASINI KAZANARAK İŞE BAŞLATILAN İŞÇİNİN DURUMU</b> .....   | 507 |
| <i>(Position of the Employee Who Had Being Allowed to Work Upon Winning of Reemployment Lawsuit)</i>   |     |
| Abbas BİLGİLİ  |     |
| <b>B. TOPLU İŞ HUKUKU</b>  |     |
| <b>6356 SAYILI KANUNDA ÖNGÖRÜLEN ÇERÇEVE SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ</b> .....   | 523 |
| <i>(Legal Character of Framework Agreement in the Law Numbered 6356)</i>   |     |
| Talat CANBOLAT   |     |
| <b>4688 SAYILI KAMU GÖREVLİLERİ SENDİKALARI VE TOPLU SÖZLEŞME KANUNU UYARINCA KAMU GÖREVLİLERİ SENDİKALARI ÜYELİĞİ</b> .....                               | 543 |
| <i>(Public Servants' Trade Unions' Membership According to the Law on Public Servants' Trade Unions and Collective Agreements Numbered 4688)</i>           |     |
| Hakan KESER  |     |
| <b>TÜRKİYE'DE İŞ UYUŞMAZLIKLARININ ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI</b> .....  | 567 |
| <i>(Alternative Dispute Resolutions of Labour Issues in Turkey)</i>  |     |
| Melda SUR  |     |



|   |     |
|---|-----|
| <b>TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERKLİĞİ VE YETKİ SORUNU</b> .....        | 581 |
| <i>(Collective Bargaining Autonomy and Authorization Problem)</i> |     |
| Devrim ULUCAN   |     |

|   |     |
|---|-----|
| <b>6356 SAYILI SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ<br/>KANUNU'NA GÖRE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ</b> .....   | 595 |
| <i>(Collective Bargaining According to Labor Unions and Collective<br/>Bargaining Act no. 6356)</i> |     |
| İbrahim SUBAŞI  |     |

### C. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ HUKUKU

|   |     |
|---|-----|
| <b>İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNUNUN<br/>İŞVERENİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA ETKİSİ</b> .....          | 657 |
| <i>(Effect of Occupational Health and Safety Law to the<br/>Legal Responsibility of Employer)</i> |     |
| Levent AKIN   |     |

|   |     |
|---|-----|
| <b>İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİNİN<br/>ALINMASINDA İŞVERENİN SORUMLULUĞU</b> .....       | 675 |
| <i>(Responsibility of Employer in Control of Occupational<br/>Health and Safety Measures)</i> |     |
| Fevzi DEMİR   |     |

|   |     |
|---|-----|
| <b>İŞ GÜVENLİĞİ TEFTİŞİ SULANDIRILMAMALIDIR!</b> .....  | 705 |
| <i>(Labour Safety Inspection Should Not Be Abused!)</i> |     |
| Müjdat ŞAKAR  |     |

|  |     |
|--|-----|
| <b>İŞVERENİN RİSK DEĞERLENDİRMESİ<br/>YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ BOYUTU</b> ..... | 711 |
| <i>(Legal Aspect of Risk Assessment Obligation of Employer)</i>              |     |
| N. Binnur TULUKCU  |     |

|  |     |
|--|-----|
| <b>İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ HUKUKUNDA<br/>ÇALIŞANLARIN GÜRÜLTÜ İLE İLGİLİ<br/>RİSKLERDEN KORUNMASI</b> .....        | 749 |
| <i>(Protection of Employees From the Risks Concerning Noise<br/>As Per the Occupational Health and Safety Law)</i> |     |
| Vedat LAÇİNER  |     |

|   |     |
|---|-----|
| <b>İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU'NA GÖRE<br/>İŞVERENİN GENEL YÜKÜMLÜLÜKLERİ</b> .....              | 767 |
| <i>(According to Occupational Health and Safety Law<br/>General Responsibility of the Employer)</i> |     |
| Seda ARSLAN   |     |

|  |     |
|--|-----|
| <b>İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNUNDA<br/>ÇALIŞANIN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI</b> ..... | 809 |
| <i>(Right to Avoid Working As Per Occupational<br/>Health and Safety Law)</i>          |     |
| Lütfi İNCİROĞLU  |     |

## II. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

|   |     |
|---|-----|
| <b>5510 SAYILI KANUNA GÖRE SOSYAL GÜVENLİK<br/>KURUMUNUN PRİM ALACAKLARINDA ZAMANAŞIMI</b> .....  | 825 |
| <i>(Limitations at Premium Claim of Social Security<br/>Institution According to Law No 5510)</i> |     |
| Nurşen CANİKLİOĞLU  |     |

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| <b>İSLAM'DA SOSYAL GÜVENLİK</b> ..... | 851 |
| <i>(Social Security Islam)</i>        |     |
| A. Can TUNCAY                         |     |

|  |     |
|--|-----|
| <b>5510 SAYILI KANUNDA TANIMLI SOSYAL SİGORTA<br/>STATÜLERİ VE ÇAKIŞAN SİGORTALILIK İLİŞKİSİ</b> .....     | 875 |
| <i>(Defined in the Law of 5510 on Social Insurance Status and<br/>Insurance Conflincting Relationship)</i> |     |
| Mehmet Halis KARAMAN   |     |

|   |     |
|---|-----|
| <b>SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNA YASAL SÜRESİ DIŞINDA<br/>VERİLMESİNE RAĞMEN İDARİ PARA CEZASINA KONU<br/>EDİLMEMEYEN BİLDİRİMLER</b> .....                                    | 895 |
| <i>(Notifications to Social Security Institution Which Cannot<br/>Be Subjected to Administrative Fines in Spite of Being<br/>Submitted After Legal Submission Period)</i> |     |
| Murat ÖZDAMAR/Erden ÇAKAR   |     |

## III. DİĞER HUKUK DALLARI

|  |     |
|--|-----|
| <b>YENİ BORÇLAR KANUNUNDA DÜZENLENEN TEHLİKE<br/>SORUMLULUĞU HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ</b> .....        | 919 |
| <i>(An Evaluation of the Provisions Regarding Liability of<br/>Danger Under The New Code of Obligations)</i> |     |
| Erhan ADAL   |     |

|   |     |
|---|-----|
| <b>MÜŞTEREK (PAYLI) MÜLKİYETTE PAY ÜZERİNDE İNTİFA<br/>HAKKI KURULMASININ DİĞER PAYDAŞLARA ETKİSİ</b> .....         | 981 |
| <i>(The Effect of Establishing the Right of Usufruct on Share on the<br/>Other Joint Owners in Joint Ownership)</i> |     |
| Abdülkadir ARPACI   |     |

|   |      |
|---|------|
| <b>DİNİ DEĞERLERİ AŞAĞILAMA SUÇU (TCK m.216/3)</b> .....  | 989  |
| <i>(Crime of Insulting Religious Values)</i>  |      |
| Mehmet Emin ARTUK/Mehmet Emin ALŞAHİN   |      |
| <b>TÜRKİYE’DE SAĞLIK HİZMETİ SUNUMUNDA KATILIM<br/>PAYI UYGULAMASININ ANAYASAYA UYGUNLUĞU</b> ..... | 1013 |
| <i>(Constitutionality of Co-Payment Application While<br/>Providing Health Service in Turkey)</i>   |      |
| Ömer Faruk BATIREL  |      |
| <b>ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜ ENGELLEME SUÇU</b> .....   | 1021 |
| <i>(Crime of Obstructing Working Freedom)</i>   |      |
| Köksal BAYRAKTAR  |      |
| <b>ALMAN İDARİ YARGI HUKUKUNDA İPTAL VE ÖDEV<br/>DAVALARINI İRDELEME</b> .....                      | 1051 |
| <i>(Actions For Nullity and Duty in the German Administrative<br/>Procedural Law)</i>               |      |
| Emin MEMİŞ  |      |
| <b>BİLİM VE HUKUK</b> .....   | 1081 |
| <i>(Science and Law)</i>  |      |
| Ali Nazım SÖZER   |      |
| <b>ARABULUCULUK ASGARİ ÜCRET TARİFESİNİN TAHLİLİ</b> .....  | 1119 |
| <i>(Analysis of Mediation Minimum Wage Tariff)</i>  |      |
| Mustafa Serdar ÖZBEK  |      |
| <b>AVRUPA BİRLİĞİ’NDE UZUN DÖNEMLİ İŞSİZLİK SORUNU</b> .....  | 1157 |
| <i>(Long-Term Unemployment Problem in European Union)</i>   |      |
| Aslan Tolga ÖCAL  |      |
| <b>TÜRK BORÇLAR KANUNU’NDA GENEL BİR KURAL<br/>OLARAK TEHLİKE SORUMLULUĞU</b> .....                 | 1177 |
| <i>(Risk Liability as a General Principle in the Turkish<br/>Obligations Law)</i>                   |      |
| Banu Bilge SARIHAN  |      |

#### IV. ÇEVİRİLER

**1/80 SAYILI ORTAKLIK KONSEYİ KARARININ 6(1). MADDESİNİN  
BİR YILLIK YASAL ÇALIŞMA SÜRESİNİ TAMAMLAYAN TÜRK  
VATANDAŞININ İKAMET İZİNİNİN GEÇMİŞSE ETKİLİ OLARAK  
İPTALİNİ ENGELLEDİĞİNE İLİŞKİN 8 KASIM 2012 TARİHLİ  
AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARININ TERCÜMESİ..... 1199**

*(Translation of the Judgment of the European Court of Justice  
Dated 8 November 2012 Concerning Article 6(1) of the Decision  
No. 1/80 of the Association Council which Precludes the National  
Authorities from Withdrawing the Residence Permit of a Turkish  
Worker with Retroactive Effect after the Completion of the Period  
of One Year of Legal Employment)*

Nuray EKŞİ

**ALMAN KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA VE BELİRLİ SÜRELİ İŞ  
SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA YASA VE ÇEVİRİSİ ..... 1215**

*(German Law on Part Time and Fixed Time Employment  
Agreements and Its Translation)*

Murat Uğur AKSOY

**AVUSTURYA KIDEM TAZMİNAT SİSTEMİNE  
GENEL BİR BAKIŞ..... 1237**

*(An Introduction of the Austrian Severance Indemnity Law)*

Murat ÜNER

# ANI YAZILARI



# AKADEMİSYEN ANILARI





## PROF. DR. ALİ RIZA OKUR İÇİN

Sevgili Ali Rıza Okur ile ilk karşılaştığım kişi kendisinin aşırı ölçüde açık sözlülüğü karşısında konuşma tarzını yadırgayabilir. Gerçekten, Ali Rıza Okur, deyim yerindeyse “dobra dobra” konuşan “içi dışı bir” bir insandır. Kendisi ile tanışanların ilişkileri sürdükçe bu O’nun bu tarzının “yadırganan” değil, “beğenilen” bir duruma dönüştüğü görülür.

Değerli kardeşimin beni çok etkileyen önemli bir özelliği kendisinin imlâ kurallarına düşkünlüğüdür. Beni her yayınımda düşündüren ve dikkatli olmaya sevkeden nokta, bu konuda bir hata yapmaktan kaçınmaktır. Aksi takdirde sevgili kardeşimin haklı olarak en acımasız bir şekilde beni eleştireceğini bilirim. Bu konuda kendisine teşekkür borçluyum.

Sevgili Ali Rıza Okur’un sürdürdüğü hep titizlikle bilimsel çalışmaları son derece tatmin edici bir düzeydedir. Kendisi İş Hukuku yanında Sosyal Güvenlik Hukuku alanına önemli katkılarda bulunan bir bilim adamıdır.

Sevgili Ali Rıza Okur’a ve ailesine bundan sonraki yaşamlarında sağlık ve mutluluklar diliyorum.

**Prof.Dr. Nuri ÇELİK**



## ALİ OKUR, YA DA ERDEMLE ÇALIŞMAK, ERDEMLİ YAŞAMAK

Bu gibi Armağanlarda, Armağanın sunulduğu kişi ile ilgili, öğretim üyeleri, daha çok mesleki faaliyetleri, özellikleri ve üstünlüklerine ilişkin yazılar yazarlar.

Ben de bu yazımda Prof. Dr. Ali Okur ile ilgili aynı şekilde yazabilirdim; ancak kendisi ile altmış yıldan bu yana süregelen dostluğumuz, diğer yazılardan farklı ve ayrı şeyler yazmaya beni zorladı. Bu nedenle öncelikle Prof. Dr. Okur'a, sizlerden farklı olarak sadece "Ali" diyeceğim. Altmış yıllık arkadaşlıkta başka bir nitelme herhalde çok yapay olurdu.

Hemen söyleyeyim; bizim çevrede Ali, Ali Rıza olarak bilinmez. Bu ikili ad, Sultanahmet'te İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'ne asistan olarak girişinde, herhalde resmi işlemlerde kullanıldı; sonra Marmara Üniversitesi'nde gittikçe yaygınlaştı. Yıllarca önce, hiç unutmam, eşimle Fenerbahçe Dalyan – Suadiye arasında hafta sonu yürüyüşlerinden birini yaparken yanıımızdan geçen Yeditepe Üniversitesi'nin o yıllardaki unutulmaz Rektörü Ahmet Serpil (bugün eserleri ile yaşıyor), "Köksal neden bize gelmiyorsun, bak bizde Arıza da var" demişti. Arızanın ne olduğunu anlamadan yüzüne baktığımda "yahu senin arkadaşın Ali Rıza", diyerek gülmüştü. Bu hoş kelime oyunu, Ali'yi katiyen nitelmez; çünkü Ali hep görev adamı olmuştur, hep çalışkan, sessiz, öne çıkmayı sevmeyen, bugün kitabı yirminci basıyı çoktan aşmış seçkin bir insandır.

Ali ile ben, Galatasaray'da sekiz yıl beraber okuduk. O, önce yetiştirici B'de, sonra 6. E.'de idi, bense yetiştirici A ve 6. B.'de idim. Ali, daha sonra E'den bizim sınıfa gelmişti. Sabahları saat 07:00'de başlayan etüde, birkaç kişiye selam verip sert adımlarla sırasına geçer oturur ve hep çalışırdı. Kayserili olması özelliği idi, ama Kayseriliği ile pek ünlenmedi önceleri. Sınıfımızda, çok sevdiğimiz, genç yaşta kaybettiğimiz İsmet (Gözcü), Ali sınıfa girdiğinde hemen "haydi Ali, duvar Ali" diye bağırır, güler ve kendisi ile şakalaşır. Ali böylece sınıfa dahil oldu (intikal etti). Duvar Ali, idi bizim Ali. Bir süre sonra gene İsmet, Ali'nin yeni ismini deklare etti: Reks Ali. İsmet güler yüzü, iri vücudu ile sınıfın önderi idi ve Ali'yi sınıfla kaynaştırıyordu.

Ali daha yedinci sınıfta, Matematikte, Fizikte sınıfın en iyilerindendi, aldığı notlarla sınıfın hep iftihar listesine geçen Vedat (Er-Neciboğlu), ve Tayfun (Uzunova)'yla zaman zaman yarışır. Sekizinci sınıftan itibaren sınıf içinde arka-

daşlıklar daha da yoğunlaşmaya, on yılları çok aşan dostlukların temelleri atılmaya başlamıştı. Ben, Şemsettin (Şerefhanoglu), Ersan (Tezel – Arsever), M. Ali (Birand), Erol (Akyazan), Algun (Ödüklioglu), Ayhan (Arguner) artık ayrılmaz arkadaşlardık. Ali bu grup içinde çok disiplinli, düzenli, daima çalışkan, herkese saygı ve sevgi dolu idi. Her yıl Eylül ortalarında açılan okula, okul başlamadan on gün önce gelir, henüz kapalı olan yatakhane ve sınıfı açtırıp yerini tespit eder, arkadaşlarına da yer ayırırdı.

O kadar düzenli idi ki, sırasındaki defter ve kitaplar aynı renk kağıtlarla sıranın içi de aynı renk ince bir karton ile kaplanırdı. Sanki, sessiz ama muntazaman çalışan bir saatti. Bu düzenliliği ve ciddiyeti ile bir süre sonra, her akşam etüd başlarken, tahtaya yazılan “yarınki dersler ve yapılacak işler – ödevler” programını Şemsettin ya da Vedat’la birlikte Ali yüklenir, sınıfı yönlendirirdi.

Pek çok şakaların, muzipliklerin kaynağında da Ali olurdu. Lisenin ilk yılında, sınıfın Hababam Sınıfını yeni keşfettiği sıralarda, çeşitli tiplemelere uygun ünvanları o dağıtır, çeşitlemelerle sınıfın gündelik yaşayışında onları canlandırır.

Dokuzuncu sınıf biterken, derslerden bunalan bütün sınıfın, Mr. Goodman’ın kimya laboratuvarından kimin getirdiğini bugün hatırlayamadığım, kimyevi maddeleri yakarak etrafında tamtam dansı yaparken sınıfı yakma derecesine getirmesinde Ali’nin de parmağı vardı.

Yıllar birbirini kovalarken, Ali’nin Mehmet Ali’nin ayağından ameliyat olduğu yıl, okula devam edemediği haftalarda yapılan dersleri Cumartesi günleri Göztepe’den Erenköy Ethemefendi’ye, haftalar boyu gidip anlatması; yaz aylarında Erol ve benle birlikte hemen her gün Moda plajına Kadıköy’den yürüyerek gitmemizde, Kadıköy İskelesi’nde saatin altına ilk gelip dakikalarca beklemesi; Lise 11. sınıfta okunan Uzay Geometrisi ve Logaritmayı bütün sınıfa adeta Galatasaray – Fenerbahçe maçını anlatması gibi heyecanca açıklamaları, öğretmesi ve gene yaz aylarında rahmetli annesinin yaptığı ve o tarihlerde İstanbul’da pek bilinmeyen mantı’nın envai çeşidini bizlere tattırması, Ali’nin unutulmaz olaylarıdır. Bugün bile o günleri hatırladığımda, neşeyi, sevinci, çocukluğu, hüznü, kayıp giden yılları birlikte yaşarım.....

Ve İstanbul Hukuk Fakültesi.....O yıl biz Galatasaray Lisesi mezunlarından, 33 kişi Siyasal Bilgiler Fakültesi sınavlarına girmiş, 28 kişi en iyi derecelerle kazanmıştık. Ben ve Ali, İstanbul Hukuk Fakültesini tercih ederek İstanbul’da kalmıştık. Benim numaram 147, Ali’nin numarası da 148’di. Liseden Abdurrahman (Altıncı), Kısmet (Erkiner), Kaya (Örs) ve Ata (Sakmar) ile beraberdik. Dersleri beraber izler, aynı salonlarda sınavlara girer, günü gününe büyük bir şevkle çalışırdık. Ali, Göztepe’den otobüsle, ben Kadıköy’den yürüyerek gelir, birlikte 07:45 veya 08:00 vapuruna biner, sonra otobüsle Beyazıt’a giderdik.

Pratik çalışmalar, dersler, yazılı ve sözlü sınavlar bir yarışma gibi idi. Bütün Galatasaraylılar bir çeşit ateş arabası gibiydik sanki. 1960'larda yeni yeni başlayan siyasal dalgalanmalarda Ali'ye hangi taraftan olduğu sorulduğunda, "hafif sola meyyal gibi bir şey" şeklindeki sözleri epey eleştirilerle, gülmelerle karşılanırsa da Ali'nin ne kadar objektif, yansız ve doğru sözlü olduğunu ortaya koyuyordu. Gerçekten Ali hep bildiği yolda gitti, inanç dünyasında hiçbir sapmaya yönelmedi, düşündüğünü, hissettiğini olduğu gibi söylemekten çekinmedi.

Sonra Fakülte'yi bütün liseliler, başta Abdurrahman'ın üstün başarısı ve bizler de dönem, sınıf kaybetmeden bitirdik.

Ben, İstanbul Hukuk Fakültesi'nde Ceza Hukuku asistanı olmuştum. Ali, Abdurrahman'la beraber yazıhane açtı. Ama bilim hep onu kendi yanına çekiyordu. Bu nedenle İstanbul Barosu'nun düzenlediği bir yarışmaya girdik ve birinci olduk: "Doğum Kontrolü'nün Ortaya Koyduğu Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları". Ne kadar mutluyduk ve dünyayı hep hukuk açısından görüyorduk.

Bu durum Ali'ye de Üniversite yolunu açtı. Sultanahmet İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'nde Prof. Dr. Reşat Kaynar'ın kürsüsüne girdi. Artık Medeni Hukuk asistanı idi, sonra Prof. Dr. Nuri Çelik'in güler yüzlü, bilge, vakur dünyasına yönelip İş Hukukçusu, Sosyal Güvenlikçi oldu. Cent (Yurdakul), Fehim (Üçışık) ve Argun (Köteli) ile yıllarca çalışıp hep bilim merdivenlerinde ağır ağır yükseldi. Hiç yılmadan, bıkmadan, doğrudan ayrılmadan, Akademi'nin dost havasına saygı duyarak, öğrencileri alabildiğine severek.....

Bazı yıllar, Marmara Üniversitesi'nin iki, üç fakültesinde birden haftada 40 saate varan dersler vererek, idari görevleri hiç yüksünmeden, dünyaya pencerelerini kapatarak öğretim üyeliğini, bilim adamlığını sürdürdü. Bu nedenle Ali'yi Erdem Kelimesi ile eşanlamda anmak gerekir. Erdemle çalışmıştır, Erdem içinde yaşamıştır.

Ne mutlu bana ki, son beş yılda bu yaşayışı yakından görüyor ve değerli kardeşimle Yeditepe'de bilimsel çalışmaları paylaşabiliyorum.

Yeditepe Hukuk Fakültesi'ne Galatasaray'daki emekliliğimden sonra geldiğimde Fakülte Dekanı sevgili Haluk'un (Kabaalioğlu) bir armağanı gibi davranışı ile bize tahsis ettiği aynı odayı paylaşmaya başladık. 1960'dan elli yıl sonra, tıpkı aynı sınıfta okur gibi gene yan yanaydık.

Bugün Türk İş Hukuku'nda, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku'nda, Prof. Dr. Ali Okur'un temel kaynak haline gelen ve büyük emekleri ile kaleme aldığı makaleleri ve kitapları ile katkıları bulunmaktadır. Pek çok diğer özellikleri yanında Ali en iyi bu şekilde belirtilebilir.....

**Prof.Dr. Köksal BAYRAKTAR**



## PROF. DR. ALİ RIZA OKUR İÇİN BİRKAÇ SÖZ

Prof. Dr. Ali Rıza Okur'u tam otuz iki sene evvel Marmara Üniversitesi Bahçelievler Kampüsündeki İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde Dekan Yardımcısı olarak atandığı 1980 yılındanberi tanırım.

Prof. Dr. Ali Rıza Okur hakkında anı yazmaya karar verdiğim zaman niteliklerini açıklamada bu kadar zorlanacağımı hiç düşünmemiştim. Ali Rıza Okur hocayı hep iyi insan, kibar insan, kültürlü, mantıklı ve tam bir beyefendi insan olarak tanıdım. Ayrıca kendisinin vefalı bir dost olduğuna da şahit oldum. Otuz iki yıllık arkadaşlığımız süresince daima aynı çizgide kalmayı başarabilmiş, çok saygı duyduğum ve sevdiğim bir «adam gibi adam» görüntüsünü muhafaza etmiştir.

Aklımdan Ali Rıza Okur hocanın isminin baş harflerini onun niteliklerini belirtmek için kullanmak geçti, ben de öyle yaptım. Umarım başarılı bir tanımlama yapabilmişimdir.

A akıllı, alını açık ve yüzü ak;

L lep demeden leblebiyi anlayan bir kavrama yeteneğine sahip;

İ iğne deliğinden Hindistanı seyretmek gibi keskin görüşlü ve kavrayıcı olabilen;

R rüya gibi olan ;

I ışık tutan ;

Z zevki selim sahibi olan ;

A açık kalpli davranan ;

O olduğu gibi görünen ve görüldüğü gibi olan ;

K kalbi temiz, yüreği pak ;

U usta işi görevini başarıyla yapan ;

R rahatlatıcı bir ortam sağlamada başarılı olan.

Çok sevgili kardeşim , dostum, hasm-ı cânım, sana bundan sonraki yaşamında, sonsuz sevgi, saygı, eşin ve aile fertlerinle birlikte mutluluk diliyorum.

**Emeritus Prof. Dr. Erhan ADAL**





# HOCAM ALİ RIZA OKUR: BİR ANADOLU İNSANI

Prof. Dr. Yusuf ALPER\*

Gerçekte ne lisans, ne yüksek lisans ne de doktora eğitimim sırasında öğrencisi olmadım ancak Ali Güzel hoca ile birlikte yazdıkları *tam bir ince işçilik ürünü ve el emeği-göz nuru* sosyal güvenlik hukuku kitabının okuyucusu olarak öğrencisi oldum ve “hocam, Ali Rıza Okur” diye başlık atmak istedim.

Hocam Prof. Dr. Turan Yazgan’dan etkilenerek akademik çalışma alanı olarak seçtiğim sosyal güvenliğin iktisadi ve sosyal boyutu üzerine çalışmayı planlarken, diğer bir çok meslekdaşımın başına geldiği gibi, görev yaptığım üniversitenin şartları beni hukuki boyutu ile de ilgilenmek, önce ders vermek sonra da yazmak zorunda bıraktı. Hiç şikayetim olmadı, hatta çok sevdim. Bu dersi vermek zorunda kalan biri olarak beni en fazla rahatlatan, şüphesiz şimdi 15. Baskısını yapmış, alanında “*bir ders kitabı başyapıtı*” ve “*başucu kitabı*” olarak tanımladığım Ali Güzel-Ali Rıza Okur imzalı Sosyal Güvenlik Hukuku kitabı ve Can Tuncay hocamın kitapları oldu. Ali Rıza Okur hoca ile ilk tanışmamız da yüzyüze görüşerek değil, bu kitap dolayısıyla kendisini aradığım bir telefon konuşması ile gerçekleşti.

İlk yüzyüze görüşmemiz ise 5510 sayılı Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında Ankara’da yapılan bir çalışma toplantısında oldu. Aynı otelde kalmanın verdiği fırsatla çok uzun sohbetlerimiz de oldu. Daha ilk görüşmemizde kendime çok yakın hissettiğim, sanki çok uzun süredir tanıyorum hissine kapıldığım, bunu da bana hissettiren *derviş ruhlu* insanlardan biri olarak tanıdım ve “*Bir Anadolu İnsanı*” ifadesini de bu sıcaklık ve yakınlık hissinden güç alarak kullandım. Yusuf Alper’in gözüyle Ali Rıza Okur; çalışkan, ancak aynı zamanda mütevazı; emeği ve alınteri ile hayata tutunan; nezaketi elden bırakmadan, kırmadan-dökmeden doğru bildiklerini söylemekten ve yazmaktan çekinmeyen; doğruları ve inandıkları için emeğine acımayan; ince eleyip sık dokuyan bir titizlikle üreten; çok samimi ve candan, dost canlısı bir Kayserili, kısacası bir Anadolu insanıdır.

Akademik hayata ve sosyal güvenliğe katkılarınız için teşekkürler.

---

\* Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü



# AİLE ANILARI



## ALİ RIZA OKUR'UN KIZI OLMAK

Hep kitaplar arasında büyüdük biz. Hatırladığım ilk oyuncağım boynu ve bacakları kurşun kalem olan bir tahta hayvandı. Kalem ve kağıda sevgimiz çocukluğumuzda başladı. Çocuk dergilerimiz, çocuk kitaplarımız çoktu. İlk harçlığım beş liraydı. İlk harçlığımıyla aldığım ilk şey ise ciltli bir kitaptı. Yedi yaşındaydım. Kitap okurken kitapların kenarlarını bükemez, kalemi önlü arkalı açamazdık. Bunun kitap ve kaleme saygı olduğunu anladık zamanla. Bize bunu öğreten babamızın kitap sevgisi, okuma aşkı, bizi ve hayatımızı şekillendirdi. Yıllar sonra çocuklarımı büyütürken daha iyi anladım bizi bu ilkelerle yetiştirenlerin değerlerini ve üstünlüklerini...

Hayat hızlı, çok hızlı. Onun hızını azaltan tek şey hayata katılan değerler ki o değerler sonsuz. Babamın adını üstünde gördüğüm her kitap sonsuz değerli benim için. Hayata bu kadar değer katmış birinin kızı olmak benim için tarif edemeyeceğim bir duygu.

Ocak 2014

**Mine SİLAHTAR**



## BABAM ALİ RIZA OKUR

Akademik camiada emekli olan bilim insanlarına; mesai *arkadaşlarının* ve yetiştirdiği öğrencilerin ithaf bir ilmi eser hazırlayıp ona hediye etmesi anlamlı ve vefalı bir gelenektir.

Bu minvalde babam bu esere koymak için bir yazı isteyince geneli hukuk ağırlıklı bir kitapta işletme ile ilgili bir makale konusu düşünürken yazıyı akademisyenlik kimliğimle değil babasını anlatan bir evlat kimliğimle istediğini söyleyince Ali Rıza Hocanın son orijinalliği de ortaya çıkmış oldu.

Tabiidir ki bu yazının özelimizi paylaşmaktan çok, okuyanlara bir mesaj verecek içerik de olması daha anlamlı olacaktır. Bu vesileyle bir akademisyen olarak ilim yolculuğunun deniz feneri kabul ettiğim çocukluk yaşlarındaki iki hatıramı paylaşmak istiyorum.

Birincisi: Ben beş ablam altı yaşlarında iken evde babamın odasında bulduğumuz kalemlerle önümüzdeki kâğıtlara bir şeyler çizerken babam içeri girerek bizi alışkın olmadığımız biçimde şöyle uyardı:

-Bu kalemler devlet işi içindir bir daha dokunulmayacak!

Eskiler bilir önceleri üzerinde D.M.O damgası taşıyan memurların kullanımına verilmiş kalem, silgi ve sarf malzemeleri olurdu. Ben bunları halen kendi memuriyetimde bile kullanırken aynı hassasiyeti hatırlar; ders amfisinden çıkarken ışıkları kapatır, şahsi işlerim için okul telefonunu kullanmam.

İkincisi: Çoğu zaman sabaha karşı o eski daktilonun tok tuş sesleri ile uyanır; babamı ya üzerinde uğraştığı doçentlik tez kitabıyla ya da ilahi mesaj taşıyan kutsal kitabımız Kuran-ı Kerimle hem hal olarak görürdük.

İşte bu haller adeta manevi bir miras gibi; hakka, hukuka, mesleğe bağlılıkla birlikte kamu ve devlet hakkına karşı hassasiyeti de anlatan ser levhalar olarak daima yol haritamızı oluşturmuş ve oluşturacaktır.

Sevgili babama sağlıklı ve hayırlı uzun ömürler dilerken, bu vesileyle tarihe bir vefa kaydı düşüren eserde emeği geçen tüm hocalarıma ve sevenlerine de takdir ve şükranlarımı sunuyorum.

01.02.2014

**Mehmet Emin OKUR**





## DEDEM ALİ RIZA OKUR

Dedemle ilgili ilk anım bebeklik resimlerimden kalma. Onların evinde bir fotoğraf var; ben, dedem ve kardeşim. Ve Kayseri’de çekilmiş fotoğraflar, çok küçüğüm daha, neler olduğunu hatırlamıyorum. Ama fotoğraflarda dedem ve ben varız; annem, babam veya bir başkası yok. Aslında ilk resimlerimin neredeyse hepsinde ya dedem var, ya da onunla beraber olduğumuz bir zamanda çekilmişler. Çikolata horozum olan bir fotoğraf var, o da dedemlerin evinde çekilmiş. Bütün ilk anılarımda; hatırladıklarım veya fotoğraflarda gördüklerim, hepsi dedemle,

Büyüdükçe dedemle geçirdiğimiz zamanlar arttı mı bilmiyorum, ama o zamanları fotoğraflardan değil kendiliğimden hatırlıyorum. İlkokula başlamamla beraber kitapları daha çok sevmeye başladım. Dedemin bunda katkısı çoktu, her hafta sonu onlara yatılı kalmaya giderdim ve evin en sevdiğim yeri dedemin kitap dolu çalışma odasıydı. Evin benim için en gizemli yeri ise sadece yanımda dedem varken çıkabildiğim çatı katı...

En son geçen yaz dedemden 6 veya 7 kitap aldım, çatı katına çıkıp beraber seçtik kitapları. Bir kısmı bitti, bir kısmına daha başlamadım. Ama her birini alırken dedem bana söylediklerini hatırlıyorum. Bazı yazarları ben ona sordum, o kitaplar arasından ‘Bunu oku’ dedi, bazı kitapları ise ‘Bunu oku, çok güzel’ diyerek bana verdi. Dedemin düşünceleri benim için hep çok önemli, çok değerliydi çünkü dedem benim hayatım boyunca örnek aldığım tek insan, Onunla beraber bir yere gittiğimde, onun arkadaşlarıyla tanıştığımda benimle gurur duyması için elimden geleni yaptım hep, bugüne kadarki çalışmalarımda dedeme benzeme çabası, onun beni başarılı görmesi için uğraşmak hep öncelikli. Onun yanındayken veya onu temsil ederken ona yakışır şekilde olmayı seviyorum, dedemi seviyorum çünkü, İyi ki onun gibi bir dedem var, iyi ki Ali Rıza Okur benim dedem, iyi ki varsın dedeciğim.

Torunun,

**Ayşe Tuba SİLAHTAR**



# I. İŞ HUKUKU

---

## A. BİREYSEL İŞ HUKUKU



**VAKIF ÜNİVERSİTESİ ÖĞRETİM ÜYELERİ İLE  
YAPILAN SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ  
KONUSUNDAKİ UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ VE  
DİĞER YARGI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**  
*(Evaluation of the Judgments of Court of Disputes and Other Ju-  
dicial Decisions Related to Legal Characteristics of Agreements  
Made by Academic Members of Foundation Universities)*

**Nuri ÇELİK\***

**ÖZET**

Uyuşmazlık Mahkemesi kararının konusu, vakıf üniversitesindeki öğretim üyelerinin sözleşmelerinin hukuki niteliğidir. Uyuşmazlık Mahkemesine göre vakıf üniversitesindeki öğretim üyelerinin sözleşmeleri bir idari sözleşme- dir. Bu nedenle, sözleşmesinin feshinde idari yargı görevlidir.

Öğretim elemanlarının akademik ilerlemelerinin ve çalışma koşullarının Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Kanımızca bu düzenleme doğru değildir. Ayrıca, vakıf üniversitesi öğretim elemanının sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesi halinde, öğretim elemanları iş güvencesi dışında kalacaktır. İdare, üstün yetkilerini kullanarak çalışma koşullarını belirleyecek ve idari sözleşmeyi her zaman sona erdirebilecektir. Bu nedenle Uyuşmazlık Mahkemesine göre, sözleşmesinin feshinde idari yargı görevlidir.

**Anahtar kelimeler:** Uyuşmazlık Mahkemesi, idari sözleşme, vakıf üniversitesi

***Abstract***

The subject of the Court of Jurisdictional Disputes' judgment is the legal nature of the private university faculty staff's agreement. According to Court of Jurisdictional Disputes, faculty staff's agreement is an administrative agreement. Hence, administrative jurisdiction is authorized about the cases regarding cancellation of these faculty staff's agreement.

Working conditions and academic progresses of faculty staffs are regulated inappropriately as per Foundations of Higher Education Institutions Regu-

---

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi.

lation. It is clear that accepting the agreements of faculty staffs of foundation university as if an administrative agreement result in excluding these faculty staffs from job security.

**Keywords:** Court of Disputes, administrative agreement, foundation university

## **T.C. Uyuşmazlık Mahkemesi**

### **Hukuk Bölümü Kararı**

**5.11.2012, E.2012/189 K. 2012/234**<sup>1</sup>

Karar, vakıf üniversitesinde öğretim üyesi olarak çalışanların iş sözleşmelerinin feshine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği yolundadır.

## **Karar**

Davacı İ.D.

Vekilleri Av.Ş.D., Av.N.D.

Davalı: Bilgi Üniversitesi Rektörlüğü

Vekilleri: Av.Ş.Ç., Av.Y.S.

OLAY: Davacı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İletişim Fakültesi, Görsel İletişim Tasarımı Fotoğraf ve Video Bölümü'nde öğretim üyesi (Prof.Dr.) olarak görev yapmakta iken, sözleşmesi/hizmet akdi rektörlüğün talebi ve müteelli heyetinin kararı ile feshedilmiştir.

Davacı vekilleri Beşiktaş 17. Noterliği'nin 03.01.2011 tarih ve 00067 yevmiye numaralı ihbarnamesine konu, İstanbul Bilgi Üniversitesi'nin müvekkillerinin hizmet akdinin feshine ilişkin idari işlemin iptali istemiyle, idari yargı yerinde dava açmıştır.

Davalı Rektörlük vekilince, davacının iş akdinin feshedilmesinin idari bir işlem olmadığı, dolayısıyla uyuşmazlığın çözümünün idare mahkemelerinin görev alanı dışında kaldığı öne sürülerek görev itirazında bulunulmuştur.

İSTANBUL 8. İDARE MAHKEMESİ: 15.04.2011 gün ve E.2011/200 sayılı ile, 2577 sayılı yasanın 2. maddesinde; "İdari dava türleri, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı açılan iptal davaları; idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları; kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı açılan davalar olarak sayılmış; idari yargının idari eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimini yapmakla görevli olduğu kurala bağlanmış olduğu, davanın, İstanbul

<sup>1</sup> Çalışma ve Toplum, 2013/1, 390-399.

Bilgi Üniversitesi İletişim Fakültesi Görsel İletişim Tasarım Fotoğraf ve Video Bölümü öğretim üyesi olan davacının hizmet akdinin feshedildiğine dair Beşiktaş 17. Noterliği'nin 03.01.2011 tarih ve 00067 yevmiye numaralı ihtarnameye konu işlemin iptali istemiyle açıldığı; idari işlemler hakkındaki yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri iptal edilenler tarafından açılan iptal davalarının; idari dava türlerinden biri olduğu; idarenin, idare hukuku alanında kamu gücüne dayalı olarak re'sen ve tek yanlı irade açıklaması sonucu tesis etmiş olduğu işlemlere, hukuk alanında yeni durumlar oluşturmasıyla idari işlem kimliği kazandırmakta ve kural olarak bu işlemlerin özel yasal düzenlemeler dışında, idari yargı denetimine tabi bulunduğu; davalı idarenin savunma dilekçesinde, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin "Öğretim Görevlileri" başlıklı 23. maddesine göre Vakıf Yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esaslarının 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabi olduğu, bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tabi olduğundan iş mahkemelerine dava açılabilirliği belirtilerek davanın görev yönünden reddi talep edilmiş ise de, davacının öğretim görevlisi olarak görev yaptığı ve ilgili yasa uyarınca kamu personeli sayıldığına açık olduğu, idare ile olan ilişkileri nedeniyle açılacak davalarda işlemin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin idari yargının görev alanında bulunduğu gerekçesiyle; davalı idarenin görev itirazının reddine ve iş mahkemelerinin görevliliğine karar vermiştir.

Davalı idare vekilinin İdare Mahkemesince verilen görevlilik kararının Tebligat Kanununa uygun olarak usulüne uygun şekilde tebliğ edilmediği, dolayısıyla 15 günlük itirazda bulunma süresinin henüz başlamadığı nedeniyle 11.8.2011 tarihinde görev uyuşmazlığı çıkartılması yolunda verdiği dilekçe üzerine dava dosyası Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmiştir.

**YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISI:** Usul bakımından yaptığı incelemede; 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkındaki Kanunun 10. ve 12. maddelerine göre davalı idare vekilinin olumlu görev uyuşmazlığı çıkartılmasına yönelik olarak yetkili başsavcılığa başvurusunun kabul edilebilmesi için, Kanun'un 12. maddesine göre itirazın reddine ilişkin karar verildiği tarihten, şayet bu kararın tebliği gerekiyorsa tebliğ tarihinden, itiraz yolu açık bulunan ceza davalarında ise ret kararının kesinleştiği tarihten başlayarak on beş gün içinde, uyuşmazlık çıkarılmasını istemeye yetkili makama sunulmak üzere iki nüsha dilekçeyi itirazı reddeden yargı merciine vermesinin gerektiği; inceleme, dosyada görev itirazının reddine ilişkin İstanbul 8. İdare Mahkemesi 15.04.2011 günlü 2011/200 E. sayılı kararının davayı vekil ile takip eden dava idareye 02.05.2011 tarihinde tebliğ edilmesine rağmen dosyada vekaletnamesi bulunan vekile tebligat yapılmadığının anlaşıldığı; 2247 sayılı Kanun'un 31. maddesine göre "bu kanun gereğince yapılacak tebligat işlerinde 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır." hük-

mü karşısında 7201 sayılı Tebligat Kanununun 11. maddesine göre tebligatın geçerli olması için vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılmasının gerektiği, dosyada vekile yapılmış bir tebligat bulunmadığına göre, olumlu uyumsuzluk çıkarılması talebi ile yapılan başvuru tarihi öğrenme tarihi kabul edilerek başvurunun süresinde, ilgili makama ileilmek üzere iş mahkemesine yapıldığının ve usule uygun olduğunun kabulüne gerektiği; esas bakımından yapılan incelemede; İstanbul Bilgi Üniversitesi İletişim Fakültesi'nde öğretim görevlisi olarak görev yapan davacının, hizmet sözleşmesine davalı Bilgi Üniversitesi Rektörlüğü tarafından, Beşiktaş 17. Noterliği'nin 03.01.2011 günlü ve 67 sayılı ihbarnamesi ile ihbarnamenin belirtilen şekli ile 4857 sayılı İş Kanununun "İşveren Haklı Nedenlerle Derhal Fesih Hakkı"nı düzenleyen 25. maddesinin II. fıkrasının (b) ve (e) bendi hükümleri uyarınca haklı fesih nedeni ile son verilmesine ilişkin işlemin iptal istemi ile idari yargı yerinde iptal davası açtığı, davalı idarenin görev itirazının reddedilmesi üzerine davanın görünümünde adli yargı yerinde iş mahkemelerinin görevli olduğu iddiası ile olumlu görev uyumsuzluğu çıkartılmasını talep ettiğinin görüldüğü uyumsuzluğun konusunun, Vakıf Üniversitesi olan davalı Bilgi Üniversitesi mütevelli heyeti kararı ile sözleşmeli olarak istihdam edilen davacının sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu 25. maddesine dayanılarak haklı fesih nedeni ileri sürülerek sona erdirilmesi sonucu davacının tekrar işe iadesi ve feshin haksız bulunduğuna ilişkin olduğu; davaya konu işlemin hukuki niteliğinin ve davalı vakıf üniversitesi ile davacının hukuki statülerinin belirlenmesi bakımından mevzuatın incelenmesinin gerektiği, buna göre; davalı Bilgi Üniversitesinin, T.C. Anayasasının 130. maddesi ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Ek-2 ve Ek- 18 maddelerine göre kurulmuş bir Vakıf Üniversitesi olduğu, kuruluş ve faaliyetlerinde yasal mevzuat ile birlikte 2547 sayılı yasa ve 31/12/2005 gün ve 26040 sayılı R.G.'de yayımlanan "Vakıf Yükseköğretim Kurumları "Yönetmeliği" ile üniversitenin iç yönetmelik ve yönergelerinin esas alındığı; Anayasanın "Yükseköğretim Kurumları" başlıklı 130. maddesinin 1. fıkrasında, kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olduğu hüküm altına alınan üniversitelerin devlet tarafından kanunla kurulacağı kurala bağlanmış ve devamı fıkralarda üniversitelerin tabi olacağı hükümler belirtildikten sonra 130. maddenin 2. fıkrasında "Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir." hükmü, son fıkrasında "vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir." denildiği; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa 17.8.1983 tarih ve 2880 sayılı Kanunla eklenen ek 2. maddesi uyarınca "Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim donanılarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu Kanunda gösterilen esas ve Usullere uymak kaydıyla, yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimler-



den birini veya birden fazlasını ya da bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne olmaksızın, ekonominin ihtiyaç duyduğu alanlarda yüksek nitelikli işgücü taşımak amacıyla, bu Kanun hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla meslek yüksekokulu kurabilir. Bu meslek yüksekokulu, kamu tüzel kişiliğini haiz olup, Yükseköğretim Kurulu'nun görüşü alınarak Bakanlar Kurulu kararı ile kurulur. Kurulacak meslek yüksekokullarına, meslek ve teknik eğitim bölgesinde gereksinim iması esastır". Aynı Kanun'un ek 5. maddesine göre "Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının, vakıf yönetim organı dışında en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyeti bulunur. Mütevelli heyet üyeleri, vakıf yönetim organı tarafından dört yıl için seçilir, süresi biten Üyeler yeniden seçilebilir. Mütevelli heyet üyelerinin yaş sınırlaması hariç devlet memuru olma niteliklerine sahip bulunmaları en az üçte ikisinin lisans düzeyinde yükseköğrenim görmüş olması gerekir, mütevelli heyet üyeleri kendi aralarından bir başkan seçer. Mütevelli heyet vakıf yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğini temsil eder. Vakıf yükseköğretim kurumlarının yöneticileri Yükseköğretim Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak mütevelli heyet tarafından atanır. Mütevelli heyet; vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerine uygun gördüğü ölçüde yetkilerini devredebilir. Yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapar, atamaların ve görevden alınmalarını onaylar, yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylar ve uygulamaları izler, ayrıca vakıfça hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre diğer görevleri yürütür hükmünü içermekte olduğu öğretim elemanlarının ve diğer görevlilerinin görevlendirilme şekillerinin ise 2547 sayılı kanununun 31. maddesinde belirtildiği, bu düzenlemeye göre, "Öğretim görevlileri üniversitelerde ve bağlı birimlerinde bu kanun uyarınca atanmış öğretim üyesi bulunmayan dersler veya herhangi bir dersin özel bilgi ve uzmanlık isteyen konularının eğitim-öğretim ve uygulamaları için, kendi uzmanlık alanlarında çalışma ve eserleri ile tanınmış kişiler, süreli veya ders saati ücreti ile görevlendirilebilirler. Öğretim görevlileri, ilgili yönetim kurullarının görüşleri alınarak fakültelerde dekanların rektörlüğe bağlı bölümlerde bölüm başkanlarının önerileri üzerine ve rektörün onayı ile öğretim üyesi, öğretim üye yardımcısı ve öğretim görevlisi kadrolarına atanabilirler veya kadro şartı aranmaksızın ders ücreti veya sözleşmeli olarak istihdam edilebilirler. Öğretim üyesi kadrolarına öğretim görevlileri en çok iki yıl süre ile atanabilirler; bu süre sonunda işgal ettikleri kadroya başvuran öğretim üyesi bulunmadığı ve görevlerine devamda yara görüldüğü takdirde aynı usulle yeniden atanabilirler. Atanma süresi sonunda görevleri kendiliğinden sona erer. Bunların yeniden atanmaları mümkündür denildiği, 36. maddede profesörlerin üniversitede devamlı veya kısmi statüde çalışacaklarının belirtildiği, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23/1 maddesi uyarınca "Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise, 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır" hükmünü içerdiği bu konuda adli yargı ve

idari yargı mercileri arasında kendilerini görevli sayan kararlar verilmekle beraber, anılan mevzuat hükümlerine daha uygun olduğu düşünülen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E:2009/153, K:2009610426 sayılı 13.04.2009 tarih kararında, vakıf üniversitesinde profesör olarak çalışan davacının açtığı iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ve işa iade davasına, idari yargı değil, iş mahkemesinin bakmakla görevli olduğuna karar vermiş olduğu; bu hükme varırken vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişilikleri belirlenirken öğretim üyesi ve görevlilerin istihdamı konusunda özel hukuk hükümlerinin uygulanmasının sözleşmesi kurulmasına engel olmadığı vurgulanırken, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23/2. maddesi uyarınca "Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 25/1 sayılı Kanun'da devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise, 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır" şeklindeki yasal düzenlemenin kararda etkili olduğunun anlaşıldığı, kararda; "Davalı vakıf üniversitesi, kamu hizmeti gören ve kanunla kurulmuş bir üniversitedir. Davacı ise; kanunla kurulmuş bu vakıfta çalışan ve niteliği itibari ile 2547 sayılı Yasa kapsamında kamu hizmetini yürüten bir görevlidir. Burada önemli olan husus, davacının bu görevi neye istinaden yürüttüğü, yani bu görevinde ne şekilde istihdam edildiğidir. İncelenen dosya içeriğine göre davacı davalı üniversitede üstlendiği görevi, davalı vakıf ile yaptığı bir sözleşme gereği yürütmüştür. Anılan sözleşme, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 23. maddesine istinaden ve bu maddenin verdiği yetkiye göre yapılmıştır. Anılan maddeye ve yapılan sözleşmeye göre, davalı ile davacı arasındaki ilişki, özel hukuk kurallarına göre belirlenen özel hukuk ilişkisidir (Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı 18.03.1985 gün ve 1985/2 E., 1985/8 K). Davalı vakıf yükseköğretim mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim ilanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabi olmasının, Özel hukuk hükümlerine göre istihdam edilen davacının Üniversite idaresinden istihdam edildiği alan ile ilgili ya da alan dışı yer ve ya da projelerde görevlendirilmesine yönelik işlemlerin, iş sözleşmesinin uygulanması ve iş kanunu ile sözleşme hükümleri uyarınca feshi gibi işlemlerinde özel hukuk hükümlerine göre değerlendirilmesini gerektirdiği; Uyuşmazlık Mahkemesinin emsal olabilecek ve sorunun çözümünde davacı üniversite öğretim üyesinin kamu görevi niteliğinde olan üniversite öğretim üyeliği görevindeki istihdam şeklinin sözleşmeye dayalı olması nedeniyle, üniversite ile olan ilişkisinin özel hukuk kurallarına tabi olması gerektiğine dolayısıyla uyuşmazlıkların adli yargı yerinde görülmesi gerektiğine dair, Haziran 1985 tarihli, 18792 sayılı RG.de yayımlanan 18.03.1985 gün ve 1985/2 E.1985/8 K. sayılı "Kıdem tazminatı alacağının tahsili istemiyle açılan davanın Adli Yargı yerinde görülmesi gerektiği hk." özet başlıklı emsal niteliğindeki kararının da bu yönde olduğunun anlaşıldığı, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk bölümünün 10/12/2004 tarihli 2004/34 E, 2004/35 K sayılı kararı gerekçesinde vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları yanı sıra mütevellî

heyetleri aracılığı ile işleyişe ilişkin idari ve mali konularda özel hukuk hükümlerine tabi işlemler yapabileceklerine vurgu yapıldığı; açıklanan nedenlerle, davalı İstanbul Bilgi Üniversitesi tarafından davalı öğretim görevlisinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uyarınca haklı fesih nedenine dayanılarak tek taraflı feshi nedeniyle açılan davanın haksız fesih nedeni ile işe iade davası olarak adli yargı yerinde iş mahkemelerinde görünmesi ve çözümü gerektiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle 2247 sayılı kanunun 10 ve 13 maddeleri gereğince olumlu görev çıkarılmasına, dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine karar vermiştir.

Başbakanlıkça, 2247 sayılı Yasanın 13. maddesine göre Danıştay Başsavcısı da yazılı düşüncesi istenilmiştir.

**DANIŞTAY BAŞSAVCISI:** Uyuşmazlığın hangi yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğini ortaya koymak için vakıf üniversitesi ile davacı arasında akdedilen sözleşmenin niteliğinin tespiti, bu tespiti yapmak için de sözleşme konusu olan hizmetin, kamu hizmeti olup olmadığının belirlenmesinin gerektiği, kamu hizmetinin, öğretilerde ve uygulamada devlet ya da diğer kamu tüzel kişi tarafından ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için sunulan sürekli ve düzenli hizmeti olduğu, ister vakıf üniversitesinde ister devlet üniversitesinde olsun öğretim elemanlarına gördürülecek eğitim-öğretim hizmetinin kamu hizmeti olduğunda kuşku bulunmadığından, vakıf yükseköğretim kurumlarınca bu hizmetin yürütülmesi için, istihdam edilen akademik personel vakıf yükseköğretim kurumu arasında akdedilecek sözleşmenin, Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 4.7.1964 günlü,E:1964/4, K:1964/344 sayılı kararı ile Anayasa Mahkemesinin 22.12.1988 günlü,E:1988/5, K: 1988/55 sayılı kararında, taraflardan birisi kamu tüzel kişisi olan, konusu kamu hizmetiyle ilgili bulunan ve düzenleme biçimi ile yürütme yöntemi özel hukuk kurallarından çok kamu hukuku kuralına tabi olması yanında yönetime üstünlük tanıyan hükümler içeren sözleşme için tanımlanan “idari sözleşme” niteliğini taşıdığı: idari sözleşmeden bu uyuşmazlığın çözümünün ise, 2577 sayılı yasanın 2. maddesinin 1. fıkrası (c) bendi ile 2576 sayılı yasanın 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü sözleşmelerden dolayı, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara bakmakla görevli yargı yerine ait bulunduğu gerekçesiyle; dava konusu işlemle ilgili olarak 2247 Kanun'un 13. maddesi uyarınca yapılan başvurunun reddinin uygulanması yolunda yazılı düşünce vermiştir:

#### İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün Serdar Özgül'ün Başkanlığında, Üyeler: Mustafa Aysal, Eyüp Sabri Baydar, Siddık Y. Nurdane Topuz, Sedat Çelenlioğlu ve Mehmet Aydan Al'ın katılımıyla yapılan 5.11.2012 günlü toplantısında:

I- İLK İNCELEME: Başvuru yazısı ve dava dosyası üzerinde 2247 Yasa'nın

27. maddesi gereğince yapılan incelemeye göre, davalı idare vekilinin anılan yasanın 10/2. maddesinde öngörülen yöntemine uygun olarak yaptığı görev itirazının reddedilmesine ilişkin idare mahkemesi kararının, tebligat kanununun 11. maddesi uyarınca vekil vasıtasıyla takip edilen işlerden olmasına karşın, vekile tebliğ edilmediği dolayısıyla 12/1. maddede belirtilen süre içinde başvuruda bulunulduğunun kabulünün gerektiği ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nca, 10. maddede öngörülen biçimde olumlu görev uyuşmazlığı çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Usüle ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığından görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II- ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim Taşkın Çelik'in, davanın çözümünde idari yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mehmet Bayhan'ın davada adli yargının, Danıştay Savcısı Tuncay Dündar'ın ise davada idari yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İletişim Fakültesi, Görsel İletişim Tasarımı Fotoğraf ve Video Bölümü'nde öğretim üyesi olarak görev yapan davacının iş akdinin feshedilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Anayasanın “Yükseköğretim Kurumları” başlıklı 130. maddesinin birinci fıkrasında, “Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler devlet tarafından kanunla kurulur. 2. fıkrasında “Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir.”; 10. fıkrası da “Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenli yönlerinden, devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için anayasada belirtilen hükümlere tabidir.” Hükmüne yer verilmiş; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na 5772 sayılı kanun ile eklenen ve vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumları ile ilgili düzenlemeler getiren Ek Madde 2'de, “Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu kanunda gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla, yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını ya da bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın, ekonominin ihtiyaç duyduğu alanlarda yüksek nitelikli işgücü yetiştirmek amacıyla, bu kanun hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla meslek yüksekokulu kurabilir. Bu meslek yükseköğretim kurumları kamu tüzel kişiliğini haiz olup, yükseköğretim kurulunun

görüşü alınarak bakanlar kurulu kararı ile kurulur. Kurulacak meslek yüksekokullarına, meslek ve eğitim bölgesinde gereksinim duyulması esastır.” denilmiş; (Ek 5’de madde: 17.08.1983- 2880/32 md.) (Değişik fıkra: 28.12.1999-4498/1). Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının, vakıf yönetim organı dışında en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyeti bulunur. Mütevelli heyet üyeleri ve yönetim organı tarafından dört yıl için seçilir, süresi biten üyeler yeniden seçilebilir. Mütevelli heyet üyelerinin yaş sınırlaması hariç. Devlet memuru olma niteliğine sahip bulunmaları en az üçte ikisinin lisans düzeyinde yüksek öğrenim görmüş olması gerekir. Mütevelli heyet üyeleri kendi aralarından bir başkan seçer.

Mütevelli heyet vakıf yükseköğretim kurumunun tüzelkişiliğini temsil eden vakıf yükseköğretim kurumlarının yöneticileri yükseköğretim kurulunun görüşü alınarak mütevelli heyet tarafından atanır. Mütevelli heyet, vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerine uygun gördüğü ölçüde yetkilerini devreden yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ve diğer personelin sözleşmelerini yapar, atamalarını ve görevden alınmalarına ve yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylar ve uygulamaları izler, ayrıca hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre diğer görevleri yürütür.

Mütevelli heyetin toplantı nisabı ve karar alınması ile ilgili bu hususlarda kanunun 61. maddesi hükmü uygulanır.”kuralına; aynı yasada ek madde 8’de ise, “(Ek madde: 17.08.19832880/32 md). Vakıfça kurulacak yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar, devlet yükseköğretim kurumlarındaki diğer organlar gibi düzenlenir ve onların görevlerini yerine getirir. Öğretim elemanlarının nitelikleri devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının nitelikleri aynıdır. Devlet yükseköğretim kurumlarında çalışmaları yasaklanmış veya bu kurumlardan çıkarılmış kişiler, vakıf yükseköğretim kurumlarında alamazlar.” Kuralına yer verilmiştir.

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “Öğretim elemanları başlıklı 3. maddesinde ise, “Öğretim elemanlarının seçimi, değerlendirilmeleri, seçilenlerin uygun görülen akademik ünvanlarla görevlendirilmeleri ve yükseltilmeleri yürürlükteki kanun ve yönetmelik hükümlerine uygun olarak yükseköğretim kurumunun yetkili akademik organlarınca yapılır. Öğretim elemanlarının atamalarında, devlet yükseköğretim kurumlarındaki elemanlar için gördüğü şartlar da aranabilir.

Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise “4857 sayılı iş kanunu hükümleri uygulanır” kuralı yer almıştır.

Davalı İstanbul Bilgi Üniversitesi de anılan mevzuat hükümleri çerçevesinde 2809 sayılı “Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu”na 4142 sayılı Yasa ile eklenen Ek 38. madde ile vakıf yükseköğretim kurumlarına ilişkin hükümlere tabi olmak üzere kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulmuştur.

İdari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye'nin idari yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçülerden birisidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konuları ise kamu hizmetidir. Bu bağlamda, Kamu Tüzel Kişileri, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstte ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabilirler. Bu nedenle de personeli kamu hukukuna tabidir.

Kanunla kurulma ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın yanısıra, devlet üniversitelerinde olduğu gibi vakıf üniversitelerinin de anayasal güvence altına alınmış olan "Bilimsel Özerkliğe sahip olmaları" bir diğer ayrıcalığıdır. Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amaç, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamaktır. Bu nedenle de, bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, ünvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarını kanunla düzenleneceği konusu, anayasal teminat altına alınmıştır.

Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte incelendiğinde; davalı üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davacının statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, idare hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bu açıdan davacının, iş akdinin feshine ilişkin işleminin de 2577 sayılı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde tanımlanan iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem niteliği taşıdığı; bu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminin de, anayasayla bu denetim için oluşturulan İdari Yargı'nın görev alanında bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının başvurusunun reddi gerekmiştir.

**SONUÇ:** Davanın çözümünde İDARİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının BAŞVURUSUNUN REDDİNE, 5.11.2012 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.

## Kararın İncelenmesi

### I- Giriş

Uyuşmazlık mahkemesinin kararı, bundan önce verilmiş olan Danıştayın kararlarına<sup>2</sup> uygun olmakla birlikte, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararı<sup>3</sup> dışında Yar-

<sup>2</sup> Bu kararlar için bkz. **Başterzi**, Fatma: Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı için Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme, Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan, II, İstanbul 2011, 1301-1305.

<sup>3</sup> Yarg. 22. HD, 1.3.2013,E.2012/15013 K.2013/4250, Çalışma ve Toplum, 2013/3, 633-637. Dairenin aynı yöndeki önceki kararları ve **Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Ada**'nın bu kararı isabetsiz bu-

gıтай kararlarına<sup>4</sup> ters düşmektedir. Bu incelememizde sözkonusu yargı kararları ortaya konulduktan sonra, öğretime bu konudaki eleştiriye yer verilmek suretiyle bir değerlendirme yapılacaktır.

## II- Uyuşmazlık Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

### 1- Genel olarak

Uyuşmazlık mahkemesi ile buna uygunluk gösteren daniştayın kararları, yarıgıтай kararlarına ters düşüğü için eleştiriye açık bir durum ortaya çıkmış bulunmaktadır.

### 2- Değerlendirmemiz

Değerlendirme yapabilmek için öncelikle, yargı kararlarının ana çizgileriyle ortaya konulması gerekir.

a) Uyuşmazlık mahkemesi kararının değerlendirilebilmesi için yukarıda açıklanan kararın sonuç bölümünün belirtilmesinde yarar vardır. Karara göre, Anayasanın “Yükseköğretim Kurumları” başlıklı 130. maddesinin birinci fıkrasında, “Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler devlet tarafından kanunla kurulur.”; 2. fıkrasında, “Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmak şartı ile vakıflar tarafından, devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir.”; 10. fıkrasında “Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için anayasada belirtilen hükümlere tabidir.” hükmüne yer verilmiş, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na 5772 sayılı Kanun ile eklenen ve vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumları ile ilgili düzenlemeler getiren Ek Madde 2’de, “Vakıflar kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu Kanunda gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla, yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını ya da bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın, ekonominin ihtiyaç duyduğu alanlarda yüksek nitelikli işgücü yetiştirmek amacıyla kurulur, denilmiştir.

lan görüşleri için bkz. Yazarların “4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yarıgıтай Uygulaması” adlı eseri, Ankara 2013, 20 vd.

<sup>4</sup> Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, İstanbul, 2013, 102 dn.46.

b) Danıştay 8. Dairesi, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23. maddesinin 2. fıkrasında son cümlesinde yer alan "özlük hakları" ifadesinin yürürlüğünün durdurulması ve öğretim üyesi arasında yapılmış olan sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Karara karşı yapılan itiraz üzerine Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nca verilen kararda, Anayasa Mahkemesi'nin kararına gönderme yapılarak, "Aynı kamu hizmeti görenlerin bir bölümünün üniversite ile olan ilişkilerinde kamu hukukuna, diğerlerinin de özel hukuk hükümlerine tabi tutulması başlı başına bir eşitsizlik oluşturur. Çünkü eşit durumda bulunan ve devletin başta gelen öğrenim ve eğitim gereksinmesini sağlamak üzere görevlendirilmiş olan kişilerin değişik hukuk kurallarına bağlanmaları da hiçbir haklı neden yoktur ve gösterilemez" görüşlerine yer verdikten sonra, mesleğini kaybetme kuşkusu içinde olan ve kendisini güvencede görmeyen bir öğretim üyesinden bilimin gereklerinin beklenemeyeceğini; bilimsel çalışmanın mesleki güvenceye sahip akademik personel tarafından yapılabileceğini vurgulamıştır" ifadelerine yer vermiş, yüksek mahkeme kararında, kamu hizmeti yerine getiren akademik personelin mesleki güvenceleri yönünden bir kısmının üniversite ile ilişkilerinde kamu hukukuna bir kısmının özel hukuka tabi olmasına olanak sağlayan bir düzenlemenin Anayasa ve 2547 sayılı yasada bulunmadığını, öğretim elemanlarının tamamının kamu hukuku kurallarına tabi olduğunu birçok kez belirtmiştir. Danıştay söz konusu kararında ayrıca "Anayasa'nın 13. maddesinde belirtile vakıf yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konular yönünden devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumlarından farklı olması, vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen akademik personelin mesleki güvenceden yoksun kılınması sonucuna yol açamaz" görüşüne de yer vermiştir<sup>5</sup>.

c) Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarına karşı, Yargıtay, 2004 yılından itibaren aksi yönde kararlar vermiştir.

Değişik yargı kararları karşısında, öğretilde isabetli bir şekilde ortaya konulan görüşe göre, vakıf üniversitesi öğretim elemanı ile yapılan sözleşme idari sözleşme kabul edildiğinde ise, yönetime üstünlük tanınan, iş güvencesinden yoksun bir meslek grubu yaratılacak, idare üstün yetkilerini kullanarak çalışma koşullarını istediği yönde belirleyecek, idari sözleşmeyi her zaman sona erdirebilecektir. 4857 sayılı yasanın 18 vd. Maddelerinde olduğu gibi, idari sözleşmelerde öğretim elemanını koruyucu hükümler getirilmediği takdirde idarenin her zaman tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirebileceği ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ile Anayasa Mahkemesi kararlarında özellikle dikkat çekilen husus olan mesleki güvencenin sağlanmasının daha da zorlaşacağı açıktır. Yönetmelikle öğretim elemanlarının akademik ilerlemeleri ile istihdamına ilişkin koşulların iki farklı yasaya tabi olduğu ifa-

<sup>5</sup> Başterzi, 130-1302.



de edilmeye çalışılmaktadır. Bu bağlamda, Yönetmeliğin yasada dahi öngörülmemiş olan idari sözleşmelere ilişkin bir göndermede bulunduğunu ileri sürmek isabetli olmayacaktır<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Sırasıyla Yarg. 9. HD, 30.12.2004, E. 2004/25674 K. 2004/30027, **Çankaya/Günay/Göktaş**, 328; 18.10.2005, E.2005/13271 K. 2005/33823, Legal HD, Aralık 2005, 4315-4316; yardımcı doçent ile ilgili olarak, 9.5.2006,E. 2006/11556 K. 2006/13082, Çalışma ve Toplum, 2006/3, 149-151; 28.6.2010, E.2009/20382 K. 20010/22662, Toprak İşv. Aralık 2010, 20-23. Kararlarda, 2547 sayılı Kanunun 4584 s.lı Kanunla değişik 47. maddesine göre yardımcı doçentlik kadrosunda görev yapanlar için çalışma sürelerindeki kısıtlamanın kaldırılmış olduğuna dikkat çekilmektedir; aynı yolda, 20.4.2011, E. 20101048 . 2011/12070, Çalışma ve Toplum, 2011/4, 253-257; Yargıtayın üniversite öğretim üyesi ile ilgili başka bir kararına göre, geçerli bir sözleşme olarak bağtlanmış olan belirli süreli iş sözleşmesinin işverence süresinin bitiminden bir ay önce yenilenmeyeceğinin bildirilmemesi nedeniyle sözleşme yenilenmiş sayılır ve bakiye süreye ait ücretin BK'nun 325. maddesi uyarınca tazminat olarak hükmedilmesi gerekir (Yarg.9. HD, 16.2.2006,E. 2005/20682 K. 2006/3771, Legal HD, Nisan 2006, 1129); Yargıtaya göre, öğretim görevlileri ile 2547 sayılı Kanunun 31. maddesi uyarınca en çok iki yıl için belirli süreli sözleşme yapılabilir, sözleşme daha sonra belirsiz süreliye dönüşür (4.6.2007,E. 2007/7323 K.2007/17668, ag dergi,2007/4,224-226); vakıf üniversitesinin yüksek öğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabi olması öğretim elemanlarının iş sözleşmesi ile çalışma olgusunu ortadan kaldırmaz (13.4.2009, E. 2009/2153 K. 2009/10426, **Çil**, İlke Kararları, 2009, 8-10) (**Çelik**, a.g.e.,aynı yer).



# İŞ SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASINDA VE İŞVERENİN YÖNETİM YETKİSİNİN SINIRLANMASINDA DÜRÜSTLÜK (OBJEKTİF İYİNİYET) KURALININ İŞLEVİ ÜZERİNE

*(About the Function of Good Faith Principle on Execution of Employment Contract and Limitation of Managerial Authority of the Employer)*

Ali GÜZEL\*  
Deniz UGAN ÇATALKAYA\*\*

“*Summum jus summa injuria*”<sup>1</sup>

## ÖZET

İşçinin iş ve gelir güvencesi karşılığında işverene bağımlı çalışmayı kabul ettiği sıra dışı bir sözleşmesel ilişki olan iş ilişkisinde, işçinin korunması ihtiyacı doğrultusunda İş Hukuku bağımsız bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmıştır. Kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken doğru, namuslu ve makul davranmaları anlamına gelen ve Roma Hukukundan günümüze, hukukun her alanında uygulanan dürüstlük ilkesi, iş ilişkisinde de önemli işlevlere sahiptir. Bu işlevler özellikle işveren açısından doğan yan yükümlülükler ve işverenin yönetim yetkisinin sınırlandırılmasında önem kazanmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Dürüstlük kuralı, iş sözleşmesinin uygulanması, işverenin yönetim yetkisi

## *Abstract*

Labor law has been established as an independent area of law due to necessity of protection of employee in the employment contract which is an extraordinary contractual relationship and which requires acceptance of employee for working under the authority of employer for safeguarding of job and

\* Prof Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Araş. Gör., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Cicéron: De officiis, L.I, X, 33. “Bir hakkın kullanılmasında sınırların aşılması (hakkın aşırıya varan kullanımı), aşırı adaletsizliği doğurur” biçiminde tercüme edilmesi olanaklı olan Cicero’nun bu ifadesi, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının temelindeki felsefeyi ortaya koymaktadır.

revenue. Good faith principle, which is being used in all areas of law since the Roman Law era, has critical functions in the job relationship. This principle requires persons to deal honestly, fairly, and in good faith in using their rights and discharging their obligations. These functions are more significant in accessory obligations and limitation of managerial authority of the employer.

**Keywords:** Good faith principle, execution of employment contract, managerial authority of the employer

## I. GİRİŞ

İş Hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişim evrelerinde, bu hukuk dalına özgü normlar, esas olarak yasa ve sözleşme ekseninde oluşturulmuştur. Gerçekten, ilk evrede bireyci hukuk anlayışının da belirleyici etkisiyle işçi-işveren arasındaki ilişkinin yegane kaynağı iş sözleşmesi olarak kabul edilir, Devletin bu alana müdahalesi mutlak olarak reddedilir. Ne var ki, böylesi bir hukuk düzeninin çalışanlar ve toplum açısından doğurduğu olumsuzluklara tepki olarak Devletin, çoğu kez mutlak emredici kurallar koyarak, işçi-işveren ilişkilerine müdahale ettiği ikinci evre yaşanacaktır. Denebilir ki, bu süreç 1840'lı yıllardan 1980'li yıllara kadar farklı ölçeklerde de olsa tüm dünyada varlığını ve ağırlığını hissettirecektir. Yüzyılı aşan bu evrede, çoğu kez sosyal kamu düzeni niteliğindeki normlarla çalışma ilişkilerinin her alanının düzenlendiği ve Anglosakson ülkeleri istisna tutulursa, ülkemiz de dahil diğer tüm Avrupa ülkelerinde kapsamlı bir iş mevzuatının oluştuğu gözlemlenmektedir. Sendikal hak ve özgürlüklerin pekiştiği 1950'li yıllardan itibaren sosyal tarafların özerkliği çerçevesinde, Devletin koyduğu kurallar yanında toplu sözleşmelerin de işçi-işveren ilişkilerinin düzenlenmesinde önemli bir işlev üstlendiği, ayrıca belirtilmelidir.

Ne var ki 1980'li yıllardan itibaren, özellikle Devletin koyduğu ve iş hukukunun temellerini oluşturan bu kuralların çok katı olduğu, işçi-işveren ilişkilerinde, tarafların iradelerine dayalı kural oluşturma yönteminin benimsenerek, esnek bir düzenin oluşturulması savlarının yoğunluk kazandığı bir sürece girildiğini söyleyebiliriz. Bu savın etkisiyle, az önce açıklanan ikinci evrede işçi-işveren ilişkisini düzenleyen kapsamlı yasal düzenlemeler yanında ikinci planda kalan iş sözleşmesinin, belirtilen yıllardan itibaren yeniden canlandığını, ön plana geçtiğini ve bunun pozitif düzenlemeler ile yargı kararlarına da yoğun biçimde yansındığını görmekteyiz<sup>2</sup>.

Ancak iş sözleşmesinin ön plana çıkmış olması ve dolayısıyla taraf iradeleriyle oluşmuş kuralların varlığı da, giderek karmaşık hale gelen hukuki sorunların çözümünde yetersiz kalmıştır. Bu nedenledir ki, 1980'li yıllardan itibaren iş sözleşmesi hükümlerinin ve işverenin yönetim yetkisinin kullanılması aşamasında Avrupa ül-

<sup>2</sup> Ayrıntı için bkz. *Bossu*, B.: "Les méthodes de production des normes en droit du travail", **Standards, Principes et Méthodes en Droit du Travail**, sous la direction de Bernard Teyssié, Economica, Paris 2011, 167 vd.

kelerinde ve ülkemizde yargı organının, eski bir hukuk ilkesi olan dürüstlük ilkesine sıklıkla başvurma ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Bilindiği üzere, bütün hakların kullanılmasında ve borçların ifasında uygulanması gereken kural, Medeni Kanunun 2. maddesinde ifade edilen dürüstlük ilkesidir: “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*”. Bu ilke, kanun hükümlerinin katı uygulanmasının, adalete, hakkaniyete ve ahlak anlayışına uymayan sonuçlar doğurmasını önleyecek nitelikte bir temel hukuk ilkesi olarak değerlendirilmektedir. Görüldüğü gibi ilkenin işlevi ve hakime verdiği yetkinin kapsamı dikkat çekicidir. Bu nedenle işlevi ve etkisi ile doğru orantılı olarak ilkeye başvurmada büyük bir özen ve dikkat gösterilmesi gerekmektedir. Zira her hukuki sorunla karşılaşıldığında, bu konuya çözüm getiren pozitif bir düzenleme olup olmadığı kontrol edilmeksizin dürüstlük ilkesine başvurmak, hukuk güvenliğini de ortadan kaldırma riski taşır<sup>3</sup>. Bu yönüyle adeta keskin bir bıçak gibi etkin ancak tehlikeli bu araca iş hukukunda da başvurulurken aynı hassasiyetin gösterilmesi gerektiği gibi, iş hukukunun kendine özgü yapısı da devreye girdiğinde, gereken dikkat ve özenin derecesi, bir kat daha artmalıdır. Bunun da gerekçesi elbette, işçinin, iş ve gelir güvencesi karşılığında, bağımsızlığından ödün vermeyi kabul ettiği iş sözleşmesinin, klasik bir sözleşmesel ilişki olmanın çok ötesine geçmesidir.

İş ilişkisinin bu yönü, esasında iş hukukunun doğması ve gelişmesini sağlamıştır. İş hukukunun ortaya çıkmasına kaynaklık eden işçinin korunması ihtiyacının bugün belki daha da güçlenerek varlığını koruması karşısında, iş ilişkisi açısından uygulama alanı bulacak her kural ve ilke gibi, dürüstlük ilkesi de iş hukukunun mihenk taşı niteliğindeki işçinin korunması düşüncesini göz ardı edemeyecektir. Böylece, dürüstlük kuralı, iş ilişkisinde uygulama alanı bulduğu noktalarda –sözleşmenin yorumunda, tarafların haklarının ve borçlarının ve özellikle işverenin yönetim yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde- işçinin korunması düşüncesinin süzgecinden geçerek üstlendiği önemli işlevi yerine getirecektir.

Dürüstlük kuralının, iş sözleşmesinin uygulanması ve özellikle işverenin yönetim yetkisinin sınırlanması açısından işlevini ele aldığımız bu incelememizde, bir medeni hukuk ilkesinin iş ilişkisine yansımalarına değinilirken, iş hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olma özelliğine dikkat çekme gereği de duyulmuştur. Bunun nedeni, sözleşmesel bir ilişki niteliği taşıdığı ve bu nedenle, iş mevzuatında

<sup>3</sup> Bu konuda Schwarz'ın uyarısına kulak vermek gerekir: Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının “ (...) önemi çok büyüktür; fakat hukukî meselelerin haline bunlarla başlamayıp her meseleye ona taallük eden hususî hükmü tatbik etmek ve umumî esasları da fevkalâde zarurî olan hallerde sırf itnâm ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lâzımdır. Hukuk tahsiline yeni başlayanların bu hususta ne kadar dikkat nazarı çekilse yeridir; zira müptediler çok kolay fakat tehlikeli bir yol karşısında çok zor, zahmetli fakat daha emin ve kat'i bir vasıtayı istimal etmeyi öğrenmek mecburiyetindedirler.” (Schwarz, A. B.: **Medenî Hukuka Giriş** (Çev. Hıfzı Veldet), İstanbul 1942, 197-198).

boşluk bulunan hallerde borçlar hukukundaki genel hükümlere tabi olduğu inkar edilemez olan iş ilişkisinin, aynı zamanda işverenin ekonomik üstünlüğü ve sahip olduğu tek taraflı yetkilerle baskın konumda bulunduğu bir güç ilişkisi olmasıdır. Ayrıntılı olarak değinileceği üzere, Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı prensibinin aksine, kural koyma, uygulama ve gerektiğinde disiplin yaptırımları uygulama yetkilerinin tek elde, işverende toplandığı ve bu nedenle hiç de demokratik bir yapı sayılamayacak olan işyerinde işçinin korunması ihtiyacının en ön planda olduğu bu ilişkinin, herhangi bir sözleşmesel ilişki gibi algılanamayacağı, bu nedenle de farklı bir bakış açısıyla değerlendirilip, farklı kurallara tabi olması gerekeceği açıktır. Dürüstlük kuralının iş ilişkisine yansımaları ele alınırken de, diğer sözleşmesel ilişkilerden farklı niteliği nedeniyle sıra dışı olan iş ilişkisine dair bu esasın vurgulanması ihtiyacı doğmuştur.

Diğer yandan dürüstlük kuralının iş sözleşmesinin uygulanmasına ve özellikle işverenin yönetim yetkisine etkisinin doğru tespit edilebilmesi, başlı başına bu kuralın kaynağını nereden aldığı, farklı hukuk sistemlerinde nasıl ifade edildiği ve günümüzde bu kuralın medeni hukuk ve borçlar hukukunda nasıl bir işlev üstlendiğinin de doğru anlaşılmasına bağlıdır. Bu doğrultuda, incelememizin devamında, Roma Hukukundan günümüze "*bona fides*"in gelişimine ve dürüstlük ilkesinin – iyiniyet kavramı ile farkı da ortaya konularak- uygulama alanına değinilmesi uygun görülmüştür.

Kişilerin, doğru, namuslu ve makul davranması gerekliliğine işaret eden dürüstlük kuralı, elbette güvene dayalı, işçinin işverene bağımlı çalışmayı kabul ettiği iş ilişkisinde de önemli işlevlere sahiptir. Çalışmamızın odak noktasını oluşturan bu işlevler de, iş sözleşmesinin yorumu ve tarafları açısından ele alınmış, iş hukukunun başta işçinin korunması ilkesi olmak üzere temel ilkeleri de göz önünde bulundularak, dürüstlük kuralının özellikle işverenin borçları ve yetkilerine olan etkisi üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda işverenin disiplin yetkisinin, kural koyma yetkisinin, çalışma koşullarında değişiklik yapma ve işçinin kişilik haklarına müdahale olanağının sınırları çizilmeye çalışılmıştır.

Dürüstlük kuralının, sadece özel hukukla sınırlı kalmayıp, tüm hukuk sistemi içinde uygulama alanı bulan bir kural olması yanında, iş ilişkisinin de kurulmasından sona ermesine kadar her aşamasında işlevsel olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle dürüstlük kuralının, iş ilişkisinin bütünü üzerindeki etkisinin incelenmesi, bu çalışmanın sınırlarını fazlasıyla aşacaktır. Belirtelim ki, çalışmamızda, bu derece geniş bir uygulama alanına sahip olan kuralın iş sözleşmesinin uygulanması ve özellikle işverenin yönetim yetkisinin sınırlandırılmasına etkisi incelenmeye çalışılmış olup, iş ilişkisi açısından diğer işlevleri çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

## II. İŞ HUKUKUNUN BAĞIMSIZ HUKUK DALI NİTELİĞİNDEN MEDENİ HUKUK İLKELERİNE GERİ DÖNÜŞ MÜ?

### A. Mecelle'den İş Kanunlarına Bağımsız İş Hukukunun Kısa Öyküsü...

#### 1. Çalışma Yaşamında Karanlık Bir Tablo

Sanayileşmenin gereği olarak ortaya çıkan çağdaş anlamdaki işçi ve işveren kavramları ile iş hukuku, klasik ekonomik liberalizmin, herkesin özgür ve eşit olduğu varsayımından hareket eden sözleşme özgürlüğü ilkesinin hakim olduğu bir ortamda ve buna bir tepki doğmuştur<sup>4</sup>. Çalışma ilişkilerinin kendi doğal akışına bırakılması ise, işçi ve işverenin eşit ekonomik güce sahip olması önkoşulunun varlığını zorunlu kılar; bu koşulun var olmadığı ve hiçbir zaman var olmayacağı olgusunun kavranması ise uzun bir süreci gerektirmiştir<sup>5</sup>. Nitekim her sözleşmenin taraflarının özgür ve eşit olduğu varsayımının gerçeğe uygun olmadığı, işverenlerce tek taraflı olarak belirlenen ağır çalışma koşullarına boyun eğmek zorunda kalan işçilerin, sefalet ücreti olarak adlandırılan düşük ücretler karşılığında, her türlü iş sağlığı ve güvenliği önleminde yoksun, ağır işlerde, günlük on altı saate varan sürelerle çalışmak zorunda bırakılması ve bu koşulların neden olduğu iş kazaları ve meslek hastalıklarının korkutucu boyutlara ulaşmasından anlaşılmıştır. Bu nedenledir ki devlet, pasif tutumunu terk ederek işçi-işveren ilişkilerine müdahale gereği duymuş, insan onuruna yakışır yaşam koşullarını sağlamayı amaç edinerek gerekli önlemleri alma, iş ilişkilerinin normatif çerçevesini çizen asgari kuralları koyma yoluna gitmiştir<sup>6</sup>. İş hukukunun doğması ve gelişmesinin temelinde iş ilişkisinin zayıf tarafı olan işçiyi koruma amacının yattığının söylenmesinin nedeni bu gelişmelerdir.

Ülkemizde, çalışma ilişkilerinin taraflarının ekonomik anlamda eşit konumda olmadıklarının anlaşılması, endüstriyel ilişkiler sisteminin, ekonomik ve siyasal sistemin yürüngesinde gelişebilmesi nedeniyle, Batı ülkelerine oranla daha geç gerçekleşebilmiştir<sup>7</sup>. Osmanlı İmparatorluğu'nun endüstrileşme sürecine giremeyerek, tarım ülkesi olarak kalması ve böylece çalışma yaşamının tezgah ve el işlerine dayalı

<sup>4</sup> *Saymen*, F.H., **Türk İş Hukuku**, İstanbul 1954, 2 vd.; *Süzek*, S.: **İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Beta, İstanbul 2013, 6-7; *Çelik*, N.: **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 26. Bası, Beta, İstanbul 2013, 3 vd.; *Mollamahmutoğlu*, H./*Astarlı*, M.: **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu – 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu – 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşlenmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, 25 vd.; *Auzero*, G./*Dockès*, E.: **Droit du travail**, 28e édition, Dalloz, Paris 2014, 7; *Peskine*, E./*Wolmark*, C.: **Droit du travail**, 8e édition, Dalloz, Paris 2014, 7 vd.

<sup>5</sup> *Güzel*, A.: "3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, Sosyal Siyaset Konferansları, 35-36. Kitap, İstanbul 1986, 169.

<sup>6</sup> *Çelik*, 5; *Süzek*, 8; *Auzero/Dockès*, 9 vd.; *Peskine/Wolmark*, 7 vd.; *Lokiec*, P.: **Droit du travail Tome I Les relations individuelles de travail**, PUF, Paris 2011, 4.

<sup>7</sup> *Güzel*, "3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri", 171.

çalışmalar olarak kalması bu konuda etkili olmuştur<sup>8</sup>. İş ilişkilerine dolaylı olarak yer verilen genel nitelikli yasaların başında “Mecelle” (1877) gelmektedir. Bununla birlikte Mecelle’de işçi-işveren ilişkileri her türlü müdahaleden uzak, liberal bir ekonomik anlayışla ele alınmış ve dahası bu anlayış en ilkel biçimiyle yansıtılarak çalışma ilişkileri bir köle-efendi ilişkisi gibi değerlendirilmiş, hizmet sözleşmesi “icare-i âdemi” (adam kirası) başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak Meşrutiyet döneminde de, yabancı sermayenin elindeki işyerlerindeki ağır çalışma koşullarına tepki olarak grev hareketlerinin patlak vermesi nedeniyle, sendikaların kurulmasına yasak getiren “Tatil-i Eşgal Kanunu” çıkarılmıştır.

## 2. Karanlık Tabloya Tepki: Devletin İş İlişkilerine Müdahalesi... İş Yasasına Doğru...

Cumhuriyet’in ilanından önceki Meclis Hükümeti döneminde, tüm çalışma ilişkilerini kapsayacak nitelikte bir yasanın hazırlanması konusu gündeme gelmiş olsa da, bu durumun geri kalmış iş alanlarının gelişmesine engel olabileceği savunularak, belirli bölge ve işkolunda çalışan işçilere yönelik düzenlemeler getirilmiştir. 114 sayılı “Zonguldak ve Ereğli Havza-i Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanun” ile 151 sayılı “Ereğli Havza-i Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanun”, bu düşüncenin ürünü olarak hazırlanmıştır. Cumhuriyetin ilanından sonra ise on bin ya da daha fazla nüfuslu kentlerde çalışmakta olan işçiler için haftada bir gün tatil öngören 394 sayılı “Hafta Tatili Kanunu” çıkarılmış; Mecelle’den sonra işçi-işveren ilişkilerini dolaylı da olsa ele alan genel nitelikli ikinci yasa olan 1926 tarihli Borçlar Yasası da kabul edilmiş olmakla birlikte, yine liberal bireyci görüşe bağlı kalmıştır<sup>9</sup>. İzleyen yıllarda da, ülke ve halk sağlığının genel olarak korunması amacıyla çıkarılan “Umumî Hıfzısıhha Kanunu”, çocuk ve kadın işçilerin çalıştırılmasına bazı sınırlar getirmiştir. Ne var ki, yapılan düzenlemelere rağmen, liberal ve bireyci bu dönem, çalışma koşullarının sözleşme özgürlüğü ile işverenin inisiyatifine bırakıldığı, bu nedenle işçinin asgari sağlık, güvenlik ve iş güvencesi koşullarından yoksun olduğu bir dönem olmaktan öteye gidememiştir<sup>10</sup>. Ülkenin iç koşullarının da itici gücüyle, devletin ekonomik alanda etkinliğini arttırmaya karar vermesi ve devletçiliğin benimsenmesi, buna uygun bir çalışma düzenininin kurulmasını kaçınılmaz kılmıştır. Böylece ilk İş Yasamız, Türk ulusunun kaynaşmış bir toplum olduğuna ve toplumsal güçlerin sınıflara ayrılması yerine, millî birlik içinde bütünleşmesi gereğine inanan temel düşüncelerin etkisiyle hazırlanmıştır<sup>11</sup>. 1924 yılından itibaren genel bir iş yasası çıkarılması fikri hakim olmaya

<sup>8</sup> **Çelik**, 5; Güzel, “3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, 171.

<sup>9</sup> **Çelik**, 9; **Gülmez**, M.: **Türkiye’de Çalışma İlişkileri** (1936’dan önce), Ankara 1983, 147 vd.; **Gülmez**, M.: “Ellinci Yılında Birinci İş Yasası Üzerine Bazı Notlar”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 19, S. 2, Haziran 1986, 141; Güzel, “3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, 173.

<sup>10</sup> **Gülmez**, 147 vd.; **Güzel**, “3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, 174.

<sup>11</sup> **Gülmez**, “Ellinci Yılında Birinci İş Yasası Üzerine Bazı Notlar”, 127; Güzel, “3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, 175.



başladığından, 3008 sayılı Yasanın kabulüne kadar, 1924, 1927, 1929, 1932 tarihli tasarılar hazırlanmış, son olarak 1934 yılında tekrar başlanan hazırlık çalışmaları sonunda, 3008 sayılı İş Kanunu, 15 Haziran 1936 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmış, yayımından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. 1950 yılında 5518 sayılı Yasa ile önemli ölçüde değiştirilen 3008 sayılı Yasa, 931 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 1967 yılına kadar çalışma ilişkilerini düzenleyen temel yasa olmuştur. 3008 sayılı Yasayı izleyen dönemde ise, 1945 yılında Çalışma Bakanlığı’nın kurulmasıyla birlikte, 1947 yılında 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun, 1952 yılında 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 1954 yılında da 6379 sayılı Deniz İş Kanunu çıkarılmış, bu Kanun daha sonra gözden geçirilerek 1966 yılında yeni bir Deniz İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. 1961 Anayasası ile birlikte 1963 yılında 274 sayılı Sendikalar Kanunu ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu kabul edilmiş; bilindiği gibi 1982 Anayasasının ardından bu yasaların yerini de 2821 ve 2822 sayılı Yasalar almış ve son olarak bu iki yasa tek bir metinde birleştirilerek 2012 yılında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu olarak son şekline kavuşmuştur.

Bireysel iş ilişkileri açısından da 931 sayılı İş Kanununun Anayasa Mahkemesince şekil yönünden iptalinin ardından, kanunda yalnızca birkaç hükmün değiştirilmesiyle 1475 sayılı İş Kanunu hazırlanmış ve 1971 yılında kabul edilmiştir. 1982 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü Konferansınca kabul edilen “Hizmet İlişkilerine İşverence Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşme”nin, 1994’te ülkemizde onaylanması sonucunda, buna uyum sağlanabilmesi için 2002 yılında 4773 sayılı Kanun ile iş güvencesi getirilmiş; yine ILO ve AB normlarına uyum sağlama kaygısıyla yeni bir iş yasası hazırlanması ihtiyacı duyulduğunda da, 4773 sayılı Yasanın büyük bölümünü içeriğine alan 4857 sayılı İş Kanunu 2003 yılında çıkarılarak yürürlüğe konulmuştur.

İş ilişkilerinin yasalarla düzenlenmesindeki gelişim, toplu iş ilişkilerinde 5018 sayılı Yasadan 6356 sayılı Yasaya, özellikle de bireysel iş ilişkilerinde 3008 sayılı Yasadan 4857 sayılı Yasaya gelinceye dek, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve politik koşulların etkisiyle pozitif düzenlemeler getirildiğini; hiçbir yasanın sosyo-ekonomik koşullardan ve birbirinden bağımsız olmadığını; iş hukukunun adeta bu pozitif düzenlemelerin birbirine aktardığı mirasın etkisiyle geliştiğini ve kendine özgü bir mevzuata, sisteme, araçlara sahip bağımsız bir hukuk dalı olma özelliği taşıdığını ortaya koymaktadır. İş ilişkisini köle-efendi ilişkisi kapsamında, işçiyi ise nefisini kiraya veren kişi olarak nitelendiren Mecelle ve sözleşme özgürlüğü prensibine dayalı Borçlar Kanunu gibi düzenlemelerin çok ötesinde, iş ilişkilerinin ve yaşamın –kimi zaman ağır ve acımasız- koşullarını gerçekçi bir bakış açısıyla algılayarak pozitif dayanaklar oluşturan, giderek kökleşen bir içtihat geliştiren ve söz konusu koşulların daha iyiye gitmesi için çabalayan, tartışan bir öğretiyeye sahip olan iş hukukunun, bu nedenle halen medeni hukuk ağacının bir yaprağı olarak görülmesi

olanaksız olup; köklerini inkar etmeyen, medeni hukuk ağacının bir meyvesi olarak doğmuş cılız bir fidandan görkemli bir ağaca dönüştüğünün kabulü kanımızca isabetli olacaktır.

Gerçekten tarihsel gelişimin gözler önüne sermiş olduğu üzere, sosyal barış içindeki toplumsal düzenin sağlanması için aranan denge, işçi ve işvereni eşit varsaymakla değil; iş ilişkisinin yapısı ve kendine özgü niteliği göz ardı edilmeksizin, ilişkinin zayıf tarafının korunması ile -üstelik yalnızca ekonomik olarak değil, kişiliğinin, sağlığının, vücut bütünlüğünün ve onurunun korunması ile- sağlanabilecektir<sup>12</sup>. Her ne kadar hareket noktası işçinin korunması da olsa, iş hukuku elbette gerek ülke ekonomisini, gerek işletmeler düzeyindeki mali ve teknik zorunluluklar ile üretim ve verim gerekliliklerini göz ardı edemeyecek, “sosyal olan” ile “ekonomik olan” arasındaki dengeyi<sup>13</sup> kurması gerekecektir.

Bu nedenle iş hukukunun, başlıca iki gereklilikle doğmuş ve gelişmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır: ekonomik etkinlik ve işçinin korunması<sup>14</sup>. Amaç, bir yandan hukuki bağımlılık ilişkisi içinde bulunan işçiyi, yasa ve toplu iş sözleşmesi ile belirlenmiş bireysel ve toplu hakları güvenceye kavuşturmak suretiyle korumak, öbür yandan, işletmenin ekonomik organizasyonuna katkı sağlamaktır. Bu iki amaç arasındaki çelişki sadece görünürdedir. Çünkü, iş hukuku, her şeyden önce pazar ekonomisine karşı değildir ve olmamalıdır da, bir anlamda, iş hukukunun pazarı düzenleyici işlevi de bulunmaktadır. Her pazarın sağlıklı işlemesi için hukuk kurallarına gereksinimi bulunmaktadır. Öte yandan iş hukuku, işçileri korumak ve haklarını güvenceye kavuşturmak için belirli ölçüde emredici ve sosyal kamu düzenine<sup>15</sup> ilişkin kuralları da içermek zorundadır.

### 3. Bağımsız Bir Hukuk Dalı Olarak İş Hukuku ve İş Hukukunun İşlevleri Üzerine

20. yüzyılda iş hukukunun işlevi üzerine iki zıt anlayış karşı karşıya gelmiştir: İlkine göre iş hukuku yalnızca ve tamamen işçinin korunmasına hizmet etmeli, işletme işçilerin menfaatleri doğrultusunda bir sosyal gelişme aracı olarak görülmeli iken; Marksist akım olarak adlandırılan diğer anlayışa göre ise iş hukuku, kapitalizmin sürekliliğini sağlama amacıyla bilinçli olarak bazı ödünlerin verildiği bir oyun-

<sup>12</sup> Bkz. *Süzek*, 16 vd.; *Çelik*, 5; *Lokiec*, 3 vd.

<sup>13</sup> *Süzek*, 18.

<sup>14</sup> *Perulli*, A.: “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie”, in Couturier, G./Perulli, A.: “Droit des contrats et droit du travail (2e partie)”, *RDT 2007 No 6*, 9. (<http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=REVTRAV#TargetSgmlIdREVTRAV/CHRON/2007/0113>).

<sup>15</sup> Kavram için bkz. *Lyon-Caen*, G.: “Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine (Bir Yaklaşım)”, çev. Doç. Dr. Ali GÜZEL, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi Sosyal Siyaset Konferansları*, 32-33. Kitap, İstanbul 1983, 283 vd.

la, hakim sınıfın hegemonyasının maskelenmek istendiği bir aldatmacadan ibaretir<sup>16</sup>. Günümüzde üçüncü bir iş hukuku anlayışının doğduğundan söz etmek yanlış olmayacaktır: İdealize edilmemiş hukuki bir mantık temeline dayanan iş hukuku, çizdiği hukuki çerçeve, getirdiği düzenlemeler ile işletmede bir tür somut eşitlik yaratmaktadır. İş hukuku böylece sadece bir baskı unsuru değil, işletme bünyesindeki ilişkilerin, işçinin hayatı boyunca işveren ve devletle olan ilişkilerinin düzenleyicisi olarak ortaya çıkmaktadır. Amacı iş ilişkilerinin düzenlenmesiyle sosyal barışa ulaşmak olan iş hukuku bu nedenle, sadece iş sözleşmesinin taraflarının iradelerinin egemenliği altında olamayacak; dürüstlük kuralının içerdiği sosyal ahlak, bu amaca ulaşmada bir araç olacaktır<sup>17</sup>.

Gerçekten, iş sözleşmesi ile kurulan işçi-işveren ilişkisinde emredici kurallar tarafından sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması, diğer sözleşmelerden farklı biçimde ortaya çıkar<sup>18</sup>. Kişilerin özgür iradeleriyle hukuki ilişkiler kurduğundan ve sözleşmenin taraflarının eşit olduğundan hareket eden medeni hukuk ve borçlar hukuku, bu nedenle işçinin işverene bağımlı olarak, onun emir ve otoritesi altında iş görmeyi kabul ettiği, işverenin ekonomik olarak sahip olduğu üstünlük nedeniyle ona ekonomik ve kişisel anlamda bağımlı çalışan işçinin daha güçsüz olduğu iş ilişkilerinin düzenlenmesinde yetersiz kalmıştır. İş sözleşmesine diğer iş görme sözleşmelerinden farklı bir nitelik kazandıran bağımlılık unsuru –irade özerkliği ilkesi yerine işçinin iradesinin bağımlı oluşu<sup>19</sup>- ve işçinin korunması kaygısı, iş hukukunun borçlar hukukundan bağımsız mekanizmalar geliştirerek, bağımsız bir hukuk dalı haline gelmesini sağlamıştır<sup>20</sup>. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararda, Alman Hukukunda iş ilişkilerinde, Medeni Kanun dışında pek çok ayrı yasanın uygulama alanı bulduğunu belirterek; iş hukukunun, medeni hukuk yanında, bağımsız bir hukuk dalı olarak geliştiğinin altını çizmiştir<sup>21</sup>.

Nitekim öğretilerde isabetle ifade edildiği gibi “İş hukuku, iş ilişkisi içinde tarafların kuramsal anlamda eşit kabul edilmesinin yarattığı haksız ve adaletsiz sonuçların reddinden doğmuştur”<sup>22</sup>. Gerçekten, iş hukukunun doğmasının, medeni hukuk kurallarının sonuçlarını sınırlama anlamını taşıdığını söylemek hatalı olmayacak, mülkiyet hakkı ve girişim özgürlüğü gibi kurumların, insanların yazgısı söz konusu olduğunda varlıklarını aynı şekilde sürdürmeleri olanaklı görülmeyecektir<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> *Urban*, Q.: “La ‘bonne foi’, un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail”, **Le droit social – Le droit comparé Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt**, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg 2003, 335; ayrıca bkz. *Pasukanis*, E.B.: **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (çev. Onur Karahanoğulları), Birikim Yayınları, İstanbul 2002, 83 vd.

<sup>17</sup> *Urban*, “La ‘bonne foi’, un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail”, 336.

<sup>18</sup> *Süzek*, 30.

<sup>19</sup> *Süzek*, 33; *Peskine/Wolmark*, 28 vd.

<sup>20</sup> *Auzero/Dockès*, 6, 29 vd.; *Lokiec*, 3 vd.

<sup>21</sup> *Rémy, P./Krause, R.*: “Droit des contrats et droit du travail (suite et fin)/Allemagne” in Grodin, J.R./Rémy, P./Krause, R.: “Droit des contrats et droit du travail (suite et fin)”, **RDT 2007 No 7**, 5.

<sup>22</sup> *Süzek*, 33.

<sup>23</sup> *Lyon-Caen*, “Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine (Bir Yaklaşım)”, 263, 265.

İş ilişkilerinde, iş sözleşmesinin sözleşme niteliği gereği medeni hukuk ve borçlar hukuku ilkelerinin uygulama alanı bulmasının yanında, iş hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmasının somut bir göstergesi olması açısından, Fransız Hukukunda dürüstlük kuralına ilişkin hükmün İş Koduna alınması biçimindeki gelişme önem arz etmektedir. Bu kapsamda iş sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun ifasına ilişkin aşağıda yer verilen Fransız Yargıtayı içtihadının daha sonra pozitif düzenlemeye kavuşturulmuş olması dikkat çekicidir. Gerçekten, dürüstlük kuralı, 17 Ocak 2002 tarihli “Sosyal Modernizasyon” (*la modernisation sociale*) Yasası olarak adlandırılan bir yasayla İş Kodu'nun m.1222-1 hükmü olarak düzenlenmiştir<sup>24</sup>. Bu hüküm Medeni Kod (Code Civil) m. 1134 hükmünü, bir anlamda İş Koduna dahil etmektedir. Bu yeni düzenlemeye göre, “iş sözleşmesi dürüstlük kuralına uygun (*bonne foi*) ifa edilir”. Zaten bilinen ve iş sözleşmesine de uygulanması konusunda herhangi bir kuşku duyulmayan dürüstlük kuralının, Fransız Hukukunda ayrıca İş Koduna dahil edilmesiyle yasa koyucu tarafından ne tür bir amaç güdüldüğü sorusu akla gelmektedir. Medeni Hukukun genel bir ilke ve kuralının özel bir yasayla İş Koduna dahil edilmesiyle nasıl bir değişiklik ortaya çıkacaktır? Örneğin, Fransız Yargıtayı kararlarında her iki hükme aynı anda yer vermekten çekinmemektedir. Esasında, belirtilen yöndeki düzenleme, işçi-işveren arasındaki sözleşmesel ilişkiye vurgu yapmış olmakta; böylece, iş ilişkisinde sözleşme hukukuna önemli bir yer verilmiş bulunmaktadır. Çünkü sözleşme hukukuna ilişkin esaslar, anılan ilişkide belirli sorunların hukuki değerlendirilmesinde önemli bir işlev üstlenmiş bulunmaktadır. Bunun yanında, iş ilişkisinin taraflarının da haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralına uygun hareket etmek zorunda olduklarına ilişkin düzenlemeye İş Koduna yer verilmesi, artık bu konuda genel hükümlere başvurma gerekliliğini ortadan kaldırmış; adeta iş hukukunun bağımsız niteliğinin vurgulanmasını sağlamıştır.

## B. Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku İlkelerinin İş Hukukundaki Yansımaları

İş Hukukunun belirtilen amaçlarını gerçekleştirebilmesi, belirli bir denge ve uzlaşma temeline yaslanmasını gerekli kılar. İş hukukunun bu denge sağlayıcı işlevi açısından, medeni hukukun kavram ve kuralları, önemli bir kaynak oluştururlar<sup>25</sup>.

Bahsi geçen niteliklerinden dolayı iş ilişkisi sadece bir sözleşmesel ilişkiye indirgenemeyecek<sup>26</sup> olmakla birlikte, işverenin sahip olduğu tek taraflı yetkilerin

<sup>24</sup> *Vigneau*, C.: “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, **Dr. soc.** 2004 No 7/8, 706.

<sup>25</sup> *Perulli*, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie”, 9.

<sup>26</sup> *Mazeaud*, A.: “Contrat de travail (Exécution)”, **Dalloz rép. de droit du travail**, 2013, §3, (<http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY%2fTRAV%2fRUB000036%2fINDEX#Ta rgetSgmlldENCY/TRAV/RUB000036>); *Perulli*, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie”, 9.

hakim olduğu bir sözleşmesel ilişki olarak düşünüldüğünde, sözleşmeler hukukuna ilişkin ilkeler, iş ilişkisinde de –gerektiğinde bu ilişkinin kendine özgü yapısına uyarlanarak<sup>27</sup>- uygulama alanı bulabilecektir<sup>28</sup>.

Sözleşmeler hukukunun en temel ilkelerinden biri olan “sözleşme ile bağlılık” ilkesi, doğal olarak iş sözleşmesi açısından da aynen geçerli olacaktır. Anılan ilkenin iş sözleşmesinde de geçerli olması, İş Hukukunun işçiyi koruma amacına da katkı sağlayacaktır. Çünkü bu sayede işçiye, işverenin sözleşmede tek yanlı iradesiyle değişiklik yapamaması yönünde önemli bir güvence ve koruma sağlayacak, işverenin iş sözleşmesinin esaslı koşullarında değişiklik yapabilmesi işçinin onayına bağlı olacaktır. İşçiye güvence sağlama işlevini üstlenmiş bu ilke, günümüz iş hukuklarında sözleşme modelinin ön plana çıkması sonucunu doğurmaktadır<sup>29</sup>. Sözleşme ile bağlılık kuralı, bazı hukuk sistemlerinde pozitif düzenleme konusudur. Nitekim, Fransız Medeni Kodunun (Code Civil), 1134. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre, “*yasaya uygun olarak yapılmış olan sözleşmeler, sözleşmeyi yapanlar açısından yasa hükmü yerine geçerler*”. Bu kuralın doğal uzantı ve sonucu aynı maddenin ikinci fıkrasında, “*sözleşmeler ancak tarafların karşılıklı iradeleriyle sona erdirebilirler*” biçiminde düzenlenmiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi, Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi, Medeni kanunda yer alan ve sözleşmelere ilişkin bu temel ilkeyi, iş sözleşmesinde esaslı değişiklik ve iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması açısından da dikkate almaktadır<sup>30</sup>.

Bu kapsamda, iş sözleşmesinde işverenin sahip olduğu tek taraflı yetkilerin sınırlarının çizilmesi için bazı hukuki araçlara ihtiyaç duyulmakta, bir diğer medeni hukuk ve borçlar hukuku ilkesi olan dürüstlük kuralı ise bu aşamada devreye girmektedir. Zira sözleşme hukukunun temelinde yer alan, iş hukuku açısından ise sadece bir kurgu olmaktan öteye gidemeyen irade özerkliği ve tarafların eşitliği kavramlarının, işverenin baskılayıcı ve güçlü konumunu gizlemesinin engellenebilmesi için, yine sözleşmeler hukukundan doğan bazı fren mekanizmalarına ihtiyaç duyulmuştur. Sosyal gelişme ve işçinin statüsünün iyileştirilebilmesi, irade özerkliğine katı bir bağlılığın ötesine geçilmesini gerekli kılmaktadır; dürüstlük ilkesi de

<sup>27</sup> Gerçekten öğretilde, iş hukukunun bağımsızlığından söz edilebilmesi için iş hukukuna mekanik bir biçimde aktarılan medeni hukuk kavramlarının terk edilmesi gerektiği vurgulanmıştır (Lyon-Caen, “Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine (Bir Yaklaşım)”, 261). Nitekim Medeni Kanunumuz’un 5. maddesinde, genel hükümlerin özel hukuk ilişkilerine “uygun düştüğü ölçüde” uygulanması esaslı öngörülmüştür. Medeni hukuk ve borçlar hukuku ilke ve kurallarının iş hukukunun özel karakterine aykırı düşmediği ölçüde uygulanabileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Çelik, 15; *Süzek*, 36 vd.; *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, 59; Fransız Hukukunda medeni hukuk ilkelerinin iş sözleşmesindeki bağımlılık unsuruna uyarlanması ihtiyacına ilişkin olarak bkz. *Auzero/Dockès*, 31.

<sup>28</sup> Bkz. *Lokiec*, 54 vd.

<sup>29</sup> *Couturier* G.: “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / France”, in *Couturier, G./Perulli, A.*: “Droit des contrats et droit du travail (2e partie)”, *RDT 2007 No 6*, 2.

<sup>30</sup> *Couturier*, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / France”, 2.

bu gelişmenin araçlarından biri niteliğindedir. Gerçekten, sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun ifa edilmesi kuralının, sözleşme ile bağlılık ilkesinin ardından, sözleşmeler hukukunda etkili olmaya başlayan bir ilke olarak 20. yüzyılın ikinci yarısına damgasını vurduğu belirtilmektedir<sup>31</sup>.

### III. ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE:

*Bona Fides... Bonne Foi, guter Glaube / Treu und Glauben, İyiniyet / Dürüstlük*

#### A. Dinsel ve Ahlaki Temelli Bir Kavramdan Pozitif Hukuk Kuralına...

##### 1. Tanrıça *Fides*

*Bona fides* hukukun en eski ve köklü kavramlarından biridir. Kavramın ortaya çıkması ve gelişiminde, iki önemli dönemin etkili olduğu söylenmektedir: Bunlardan ilki, MÖ. 3. yüzyıl ile MS. 6.-7. yüzyıllar arasında kalan Roma Hukuku dönemi; ikincisi ise 19. yüzyıldan günümüze kadar geçen ve kavramın yeniden doğduğu süreçtir<sup>32</sup>.

Roma'da *bona fides*'in dini bir kaynağı vardır: Tanrıça *Fides*<sup>33</sup>. Verilen söz tanrıçası olarak adlandırılan *Fides*, insanın sağ elinde var olduğuna inanılan ve bu nedenle sözleşen kimselerin el sıkışmakla, *Fides*'in tanıklığında sorumluluk altına girdikleri düşünülen tanrıçadır. *Fides*, cumhuriyet döneminde Roma'da toplumsal düzenin temel değerleri arasında yer almış; bu inanıştan kaynağını alan borçlar nedeniyle ve dini, ahlaki, toplumsal ve giderek hukuki konularda uygulanması sonucu, dini bir anlam taşımaktan uzaklaşmıştır. Kökleri tanrıça *Fides*'e uzanan *bona fides* kavramı ise hukuki bir kavram olup, verilen söze bağlılık ve dürüst bir kişinin davranış biçimi olarak açıklanmaktaydı<sup>34</sup>. Bu kavram, çıkış noktası dini ya da ahlaki de olsa, Roma medeni hukuk uygulamasında temel bir işlev kazandı: *Bona fides* davaları (*bona fidei iudicia*)<sup>35</sup>. Roma vatandaşlarının yabancılarla olan ticari ilişkileri, bu ilişkilerde karşılıklı güvenin ve sadakatin sağlanabilmesi ihtiyacı, Roma vatandaşları arasında var olan dar hukuk davalarının yanında, *bona fides* davalarının ortaya çıkmasına neden oldu. Bu ticari ilişkilerde borçlar, *Fides*'in gerektirdiği biçimde ifa edilmeliydi. Bu nedenle taraflar arası uyuşmazlıkların çözümünde,

<sup>31</sup> *Couturier*, "Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / France", 2.

<sup>32</sup> *Jaluzot*, B.: La bonne foi dans les contrats, Études comparatives de droit français, allemand et japonais, Dalloz, Paris 2001, 19.

<sup>33</sup> Ayrıntı için bkz. *Jaluzot*, 20 vd.; *Le Tourneau*, P./*Poumarède*, M.: "Bonne foi", *Dalloz rép. de droit civil*, 2013, 5; *Umur*, Z., *Roma Hukukunda İktisabi Müruru Zamanda Hüsnüniyet*, İstanbul Üniversitesi Yayını No: 696, Hukuk Fakültesi No: 144, 1956, 7; *Ateş*, D.: "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, 2007, 81.

<sup>34</sup> *Jaluzot*, 23; *Ateş*, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", 81.

<sup>35</sup> *Umur*, 6-7; *Tabiroğlu*, B., *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2005, 112; *Jaluzot*, 24 vd.

*formula*'da “*ex fide bona*” -*bona fides* neyi gerektirirse- ona hükmedilmekteydi. Rızai sözleşmeler<sup>36</sup> olarak adlandırılan *bona fides* sözleşmeleri ise, bahsi geçen davalardan hareketle ortaya çıkmıştır. Roma Hukukunda daha önce borcun kaynakları olarak yalnızca maddi bir değişimden (*mancipatio*) ve tek taraflı borç kaynaklarından bahsedilmesine rağmen, karşılıklı iradelerin uyuşması sonucu her iki taraf için de yükümlülükler doğuran rızai sözleşme kavramı ile Roma Hukukunda karşılıklı borç kavramı yerleşmiştir<sup>37</sup>. Bu sözleşmelerin en önemli özelliği, diğer sözleşmeler gibi şekil kurallarına tabi olmamaları ve herhangi bir yasal dayanak gerektirmeden, hakime, *bona fides* gerektirdiği ölçüde -*ex bona fide*- taraf beyanlarının ardındaki iradeyi arama, tarafların düzenlemediği, öngörmediği noktaları tamamlama ve hatta sözleşmenin lafzının katılığından dolayı tarafların mağdur olmasını önleme görevlerini vermesi; dolayısıyla sözleşmeden doğan borçların hakim tarafından evrensel bir dürüstlük, güven ve şeref kavramı ile değerlendirilmesini sağlamasıdır<sup>38</sup>.

Orta Çağ ise, *bona fides*'in hristiyan Avrupa ülkeleri hukuklarında (*jus commune*) egemen hale gelmesine tanıklık etmiştir. Böylece salt tarafların iradelerinin uyuşması ile kurulan sözleşmeler istisna olmaktan çıkmış; adeta tüm sözleşmeler rızai sözleşme halini almıştır<sup>39</sup>. Ayrıca yüzyıllar içinde, ticari ilişkiler ve özellikle uluslararası ticarete, *lex mercatoria*, “*bona fides*” ve “*aequitas*” (hakkaniyet) kriterleri üzerine kurulmuştur<sup>40</sup>. Nitekim Roma İmparatorluğu dönemi sonunda, *bona fides* ile Constantin tarafından Roma hukuk düzeninin temel ilkesi olarak nitelendirilen *aequitas* ilkeleri birbirine yaklaşmış, benzer işlevlere sahip ilkeler haline gelmiştir<sup>41</sup>.

## 2. ... Ve Nihayet Bir Pozitif Hukuk Kuralı

*Bona fides* kavramının oluşumunda en önemli etkiye sahip ikinci dönem ise, pozitif düzenlemeye kavuştuğu XIX. ve XX. yüzyıllardır. 1804 yılında Fransız Medeni Kodunun yürürlüğe girdiği dönemde, doğal hukuk anlayışının baskın olması neticesinde, kişilerin iradesi ile değiştirilemeyecek nitelikte olduğu ve hatta kaynağını Tanrıdan aldığı kabul edilen ilke, Fransız Devrimi sonrasında gelişen öğretiler- özellikle E. Kant ve A. Comte- tarafından doğal hukuk anlayışının eleştirilmesi sonucunda dayanağını yitirmiş görünse de, 1896 yılında Alman Medeni Kanunu'nda da yer bulmuştur<sup>42</sup>. Alman Hukukunda önceleri Serbest Hukuk Ekolü tarafından,

<sup>36</sup> *Tabiroğlu*, 112 vd.; *Jaluzot*, 29 vd.

<sup>37</sup> *Tabiroğlu*, 113-115.

<sup>38</sup> *Tabiroğlu*, 115; *Jaluzot*, 30; *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 5; *Urban*, “La ‘bonne foi’, un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail”, 333.

<sup>39</sup> *Jaluzot*, 32; *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 5.

<sup>40</sup> Ayrıntı için bkz. *Jaluzot*, 1 vd.; *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 8.

<sup>41</sup> Alman ve Fransız Hukuklarında, *bona fides* kavramına bakış açısı farklılığının temelinde, bu kavramın *aequitas* ile özdeş kabul edilip edilmemeye bağlı olduğuna ilişkin açıklama ve ayrıntı için bkz. *Jaluzot*, 33-34.

<sup>42</sup> *Jaluzot*, 39-41; Alman Medeni Kanunu (BGB) §242'de yer verilen bu temel düzenleme ve açıklaması için bkz. *Pédamon*, M.: *Le contrat en droit allemand*, 2e édition, LGDJ, Paris 2004, 131 vd.

hukuk kurallarının esnetilmesi, somut olayın koşullarına uygun yorumlanması için yararlanılan bir araç olarak nitelendirilen ilke, Hitler döneminde Nasyonal-Sosyalist hukuk anlayışı içinde bu anlayışın menfaatleri doğrultusunda şekillendirilmiş, sözleşmeler hukukunda önemli bir kontrol kriteri olarak kabul edilmiştir<sup>43</sup>.

### 3. Terminoloji

Tarihi gelişim süreci içinde kavram, tarihsel ve ideolojik etkenler sonucu, farklı rollere bürünmüş, yeni anlamlar kazanmış, hatta ikili bir içeriğe kavuşmuştur. Farklı hukuk sistemlerindeki pozitif düzenlemelerde değişik terimlerle ifadesini bulan kavram, taşıdığı anlam ve işlevi itibariyle de her hukuk sistemine özgü özellikler göstermektedir. Belirtelim ki günümüzde halen yürürlükte olan 1804 tarihli Fransız Medeni Kodunda, “*bona fides*” kavramı, “*bonne foi*” olarak ifade edilmekte ve aynı terim hem -özellikle eşya hukukunda- bazı olguların görünüşüne inanan bir kimsenin ruh halini ifade etmekte kullanılmakta, hem de Medeni Kanun’un 1134. maddesinin 3. fıkrasında, sözleşmelerin dürüst şekilde ifa edilmesi kuralında yer almaktadır<sup>44</sup>. Bu iki farklı durum için Fransız Hukukunda tek bir terimin (*bonne foi*) kullanılması tercih edilmişken<sup>45</sup>, Alman Hukukunda -özellikle Savigny’nin çalışmalarının etkisiyle<sup>46</sup>- kavramın taşıdığı ikili anlamın birbirinden açıkça ayırt edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Bundan hareketle, ilkinde bir kişinin ruh haline dayanıldığından sübjektif nitelik taşıyan -ve daha çok eşya hukukunda karşımıza çıkan- kavram için “*guter Glaube*” (iyi niyet) terimi tercih edilmiş; kişiden kişiye değişmeyen ve objektif nitelik arz eden ikinci hal için ise “*Treu und Glauben*” (bağlılık ve güven) terimi kullanılmıştır<sup>47</sup>. Önemle belirtelim ki, Ünlü Alman Hukukçusu, Larenz’ın etkisiyle<sup>48</sup>, bu ilkeye, başka bir ilke olan “güven ilkesi” kaynaklık etmiştir.

<sup>43</sup> *Jaluzot*, 46-49.

<sup>44</sup> *Malaurie*, P./*Aynès*, L.: *Cours de Droit Civil, Tome VI Les Obligations*, 4e édition mise à jour le 20 juillet 1993, Éditions Cujas, Paris 1993-1994, 339; *Bénabent*, A.: *Droit civil Les obligations*, 9e édition, Dalloz, Paris 2003, 208; *Le Tourneau/Poumarède*, “*Bonne foi*”, 3 vd.; *Jaluzot*, 7; Lemoine, E.: “Les principes civilistes dans le contrat de travail”, *Petites affiches*, 15 Juin 2001, no 119, 3 (www.lextenso.fr); *Akyol*, Ş.: *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İkinci Bası*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, 1 vd., 5. Gerçekten, “*Bonne foi*”, 1. *Honnêteté d'une personne dans la conclusion ou l'exécution d'un contrat* (Bir sözleşmenin kurulması ve ifasında bir kimsenin dürüstlüğü). 2. *Conviction sincère, mais erronée, d'agir conformément au droit* (Hukuka uygun davranıldığına ilişkin samimi ancak hatalı kanı, kanaat) olarak iki farklı anlam taşımaktadır (*Bissardon*, S.: *Guide du langage juridique*, 2e édition, LexisNexis Litec, Paris 2005, 146).

<sup>45</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “*Bonne foi*”, 3 vd.; Vigneau, “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, 707; Vasseur-Lambry, F.: “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, *Petites affiches*, 17 Mars 2000, no 55, 1 (www.lextenso.fr).

<sup>46</sup> *Jaluzot*, 7.

<sup>47</sup> *Pédamon*, 131 vd.; *Jaluzot*, 7; *Arslan Ertürk*, A.: *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, XII Levha, İstanbul 2010, 20.

<sup>48</sup> Gerçekten *Larenz*, basit bir düşünceden hareket eder ve “Toplumda hiç kimsenin birbirine güvenmemesi, gizli bir savaş ortamı yaratır” tespitinde bulunur (bkz. *Witz*, C.: *Le Droit Allemand*, Dalloz, Paris 2013, 102).



Görüldüğü gibi Fransız Hukukunda *bonne foi* kavramı iki farklı anlam taşımakla birlikte, Alman Hukukunda bu iki anlamın iki farklı hukuki kurum teşkil ettiği kabul edilmektedir. Ancak her iki hukuk düzeninin de ortak noktası, kavramın yasal bir tanımı verilmemesine karşın, sözleşmeler açısından iyi niyet, bağlılık, doğruluk, dürüstlük kurallarının varlığının benimsenmiş olmasıdır. Ekleyelim ki Alman Hukukunun da etkisiyle, İkinci Dünya Savaşı sonrası kavram, Japon Medeni Kanununa da 1947 yılında girmiş, bu hukuk sisteminde de ikili ayırım tercih edilerek objektif ve sübjektif nitelik taşıyan iki durum için iki farklı terim kullanılması yoluna gidilmiştir<sup>49</sup>.

Hukukumuz açısından ise terminoloji yönünden, Alman Hukukuna benzer bir tercih yapılarak, Roma Hukukunda -objektif ve sübjektif- her iki işlevi de bünyesinde bulunduran *bona fides* kavramı karşılığında iki farklı terimin -*dürüstlük kuralları* (MK m.2) ve *iyiniyet* (MK m. 3)- kullanılması uygun görülmüştür<sup>50</sup>. Ancak belirtelim ki, önceki Medeni Kanunumuzda her iki kavramın da “hüsnüniyet” terimi ile ifade edilmiş olmasından kaynaklanan karmaşanın önlenmesi için öğretilerde, iyiniyetin karşılığı olarak “sübjektif hüsnüniyet”; dürüstlük kuralının karşılığı olarak ise “objektif hüsnüniyet” terimlerinin kullanılması tercih edilmekteydi<sup>51</sup>. 4721 sayılı Medeni Kanunumuz ise, bu ayırımı netleştirerek dürüstlük kuralı ve iyiniyet kavramlarına yer vermiş bulunmaktadır.

Bilindiği gibi 10 Aralık 1907 tarihinde Federal Meclis tarafından kabul edilen ve 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girmiş olan İsviçre Medeni Kanunu (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Code Civil Suisse*), Türk Medeni Kanunu açısından mehzaz teşkil etmektedir<sup>52</sup>. 1912 yılından itibaren önemli değişikliklere uğrayan mehzaz kanundaki bu değişikliklerin büyük bölümü, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş olan yeni Türk Medeni Kanununda dikkate alınmıştır. İsviçre Medeni Kanununun 2. maddesinde, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken uyması gerekli olan kural, Fransızca metinde “*règles de la bonne foi*” biçiminde, Almanca metninde de “*Treu und Glauben*” olarak ifade edilmiştir. Mehzaz kanunun 3. maddesinde, bir hakkın doğması ya da etkilerini doğurması için aranan ve var olduğu farz edilen kavram ise Fransızca metinde yine “*la bonne foi*” terimi ile ifade edilmişken, aynı maddenin Almanca metninde bu kavram için bu kez “*Treu und Glauben*” terimi değil, “*guter Glaube*” terimi kullanılmıştır. Dolayısıyla, Fransız Hukuku ile Alman Hukuku açısından var olan farklılık, İsviçre Medeni Kanununun Fransız-

<sup>49</sup> Japon Hukukunda, sübjektif olarak bir kimsenin sahip olduğu haklı kanı, inanç için “zen i”; objektif olarak dürüst davranma kuralına karşılık olarak ise “*shingi seijitsu no gensoku*” terimlerinin kullanılmasına ilişkin bkz. *Jaluzot*, 6-8, 50 vd.

<sup>50</sup> *Oğuzman, M. K./Barlas, N.*: Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, 243-246; *Dural, M./Sarı, S.*: Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, 222-223.

<sup>51</sup> *Oğuzman/Barlas*, 243.

<sup>52</sup> Ayrıntı için bkz. *Oğuzman/Barlas*, 22-25.

ca ve Almanca metinleri arasında da mevcut bulunmaktadır. 4721 sayılı Medeni Kanunumuzda ise yukarıda ifade edildiği gibi Alman Hukukuna paralel biçimde, tercüme aşamasında 2. maddede, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde uyulması gereken kural olarak dürüstlük kuralı; 3. maddede ise kanunun iyiniyete sonuç bağladığı hallerde asıl olanın iyiniyetin varlığı olduğu öngörülmüş ve iki farklı terim kullanılmıştır.

Bu incelememizde biz de, Yasada ve öğretilerde yerleşik olarak kullanılan ifadeleri kullanacak olmakla birlikte, açıklığa kavuşturmak gerekir ki, çalışmamızın konusunu teşkil eden dürüstlük kuralı, “*objektif iyiniyet kuralı*” anlamını taşımaktadır. Bu noktanın vurgulanmasının gerekliliği ise, birbirinden farklı iki kavram olan “dürüstlük” ve “iyiniyet” ifadelerinin doğru biçimde kullanılmasının taşıdığı öneme karşın öğretilerde ve bazı Yargıtay kararlarında terminoloji hatalarına rastlanılmasından doğmuştur. Aşağıda farklı uygulama alanları üzerinde durulduğunda açıklık kazanacağı üzere, iki farklı hukuki kavram (terminoloji) olan dürüstlük ilkesi ve iyiniyet kavramının aynı esasları ifade ediyormuşçasına bir arada kullanılması isabetli olmamaktadır<sup>53</sup>. Sözleşmenin taraflarının, haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken doğru, namuslu ve makul davranması gerekliliğinden bahsedildiğinde, MK m.2 hükmünde ifadesini bulan ve objektif iyiniyet anlamına gelen “dürüstlük kuralı” ifadesinin kullanılması yerinde ve yeterli olacaktır.

## B. Dürüstlük Kuralı ve İyiniyet Kavramının Uygulanma Alanı

### 1. Dürüstlük ve İyiniyet

İsviçre Medeni Kanunu'nun Ön Tasarısı ve Hükümet Tasarısı'nda önce yalnızca hakkın kötüye kullanılması yasağı öngörülmüşken, Kanun'un hazırlayıcısı *Huber*'in gayretleri sonucu mehz kanunun 2. maddesinin son halinde hem dürüstlük kuralı, hem de hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiştir<sup>54</sup>. 2002 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi de, “dürüstlük kuralı” ve “hakkın kötüye

<sup>53</sup> Bkz. *Çelik*, 395, dn.13a'da yer verilen Yargıtay kararı (Yarg. 9HD., 15.9.2008 t. E.2008/17451 K.2008/23727). Söz konusu 15.9.2008 tarihli Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında, “Objektif iyi niyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralını düzenleyen madde, bütün hakların kullanılmasında iyi niyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını hak kaybına uğratmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanılmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir.” ifadelerine yer verilerek, isabetsiz olarak bu iki kavram bir arada kullanılmıştır. Buna karşın belirtelim ki Yargıtay'ın, dürüstlük kuralını doğru biçimde kullandığı ve iyiniyet kavramı ile ayırt edilebilmesi için “objektif iyiniyet” olarak ifade ettiği isabetli kararları da mevcuttur: “Objektif iyiniyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralını düzenleyen madde, bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanılmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir.” (Yarg. 9HD., 6.4.2009 t. E.2009/13501 K.2009/9655; Yarg. 9HD., 1.4.2013 t. E.2012/35856 K.2013/10606, www.kazanci.com).

<sup>54</sup> *Akyol*, 3-4.

kullanılması yasağı” biçiminde iki ilkeye yer vermektedir<sup>55</sup>. Bu hükme göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. / Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”. Öğretide ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da, bu iki ilkenin bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlı olduğu kabul edilmekte<sup>56</sup>; bir hakkın kullanılmasında dürüstlük kuralına uyulmamasının, bu hakkın kötüye kullanıldığına işaret ettiği ve bu nedenle de hukuken korunmayacağı belirtilmektedir. Bununla beraber, dürüstlük kuralının uygulama alanı zamanla genişlemiş; hakların kullanılması ve borçların ifası açısından sahip olduğu işlevin yanında, yorum ve tamamlama kuralı işlevi de kazanmıştır<sup>57</sup>.

Fransız ve Alman hukuklarında olduğu gibi Yasada tanımı yapılmamış olan dürüstlük kuralı kavramı, öğretide, kişilerin taraf oldukları hukuki ilişkilerde, dürüst, namuslu, ahlaklı ve diğer kişilerde yaratılan güvenle tutarlı biçimde davranmaları olarak ifade edilmektedir<sup>58</sup>. Diğer bir ifadeyle dürüstlük kuralı, bir kimseden namuslu, dürüst ve makul biri olarak davranmasını beklemektir<sup>59</sup>.

Bu yönüyle dürüstlük kuralının temelinde, iyiniyet kavramına özdeş biçimde namuslu, doğru ve dürüst davranma düşüncesi yer almaktadır<sup>60</sup>. Roma Hukukunda her iki kavramın da ortak bir terimle, “*bona fides*” terimiyle ifade edilmesinin nedeni de bu olmakla birlikte; hakların kullanılması ve borçların ifasında geçerli davranış kuralları herkes açısından uygulanacağından bu halde “*bona fides*” (dürüstlük kuralı) objektif bir nitelik taşımakta; bir kimsenin bir hukuki sonucun gerçekleşmesine engel teşkil eden durumu bilip bilmemesi değerlendirilirken aranan “*bona fides*” (iyiniyet) ise subjektif bir ölçü özelliği göstermektedir<sup>61</sup>.

## 2. Medeni Hukuk ve Borçlar Hukukunda Dürüstlük Kuralının İşlevi

Hakların kullanılması ve borçların ifasında genel ve objektif bir sınırlama biçiminde dürüstlük kuralının yasa da öngörülmesinin temelinde, pozitif hukuk tarafından, hayatın sonsuz ihtimallerinin tümünün en ince ayrıntısıyla düzenlenmesinin olanaksız olması yatmaktadır<sup>62</sup>. Bu nedenle dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, hakların kullanılması ve borçların ifa edilmesinde genel nitelikte bir sınırlama öngören kurallar biçiminde karşımıza çıkmaktadır.

<sup>55</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Akyol*, 26 vd.; *Oğuzman/Barlas*, 257 vd.; *Dural/Sarı*, 264 vd.

<sup>56</sup> *Oğuzman/Barlas*, 257 ve dn. 278; *Dural/Sarı*, 229, dn. 269; *Barlas*, N.: “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, İHFM, C. LV, S. 3, 1997, 192, dn.1.

<sup>57</sup> *Dural/Sarı*, 230.

<sup>58</sup> *Dural/Sarı*, 230.

<sup>59</sup> *Oğuzman/Barlas*, 258.

<sup>60</sup> *Dural/Sarı*, 222-223; *Oğuzman/Barlas*, 244.

<sup>61</sup> *Oğuzman/Barlas*, 244-246; *Dural/Sarı*, 222-223. İyiniyet ve dürüstlük kuralının karşılaştırması için ayrıca bkz. *Akyol*, 11.

<sup>62</sup> *Dural/Sarı*, 229; *Oğuzman/Barlas*, 258; *Arslan Ertürk*, 21.

İsviçre Medeni Kanunu'nda ve dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nda ifade-sini belirtilen şekilde bulan dürüstlük kuralı, aşağıda açıklanacağı üzere, hakların kullanılması ve borçların ifası yanında da yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Ne var ki, bu kurala, Fransız<sup>63</sup>, Alman<sup>64</sup> ve İtalyan Medeni Kanunlarında sadece sözleşmelerin yorumu ve borçların ifası noktasında yer verilmiş, uygulama alanı daha dar biçimde belirlenmiştir. Bununla birlikte dürüstlük ilkesinin, Fransız Medeni Kodunun sistematığı içinde bulunduğu yer nedeniyle, ilk bakışta yalnızca sözleşmelerin ifası aşamasında uygulama alanı bulacağı zannedilebilecek olsa da, ilke Fransız Yargıtayının içtihadı ve öğreti görüşleri doğrultusunda sözleşmenin kurulmasından sona ermesine dek geçerli bir ilkeye dönüşmüştür<sup>65</sup>. Benzer biçimde Alman Hukukunda da BGB §242 hükmü, yasa da bulunduğu konumdan bağımsız olarak, genel bir hüküm ve hatta hukuki etik ilkesi haline dönüşmüş; yalnızca borçlar açısından değil, kişiler arasındaki tüm hukuki ilişkilerde hakkaniyet ve adaletin sağlanmasının önemli bir aracı olma özelliği kazanmıştır<sup>66</sup>.

Dürüstlük kuralının uygulama alanı, ilk olarak yasa hükümlerinin yorumlanmasında karşımıza çıkmaktadır. MK m. 1 gereği, bir yasa hükmünün anlamının tespitinde, hükmün lafzı ve ruhu göz önünde bulundurulurken; hükmün ruhunun araştırılması için yapılacak değerlendirme ve dolayısıyla hükümde öngörülen hakkın kapsamının belirlenmesi için yapılacak yorum dürüstlük kuralı temelli olacaktır<sup>67</sup>. Ayrıca, kanuna karşı hilenin uğrayacağı yaptırım konusunda –öğretide görüş birliği bulunmama ile birlikte- kanuna karşı hile halinde dürüstlük kuralına aykırı davranıldığı kabul edilmektedir<sup>68</sup>. Gerçekten, kanunun emredici bir hükmünün

<sup>63</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 5 vd.; Vasseur-Lambry, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 1.

<sup>64</sup> *Pédamon*, 131 vd.; Dürüstlük kuralının Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenme biçimi ve Alman kanun koyucusunun kuralı parçalı olarak birden fazla hükümde düzenlemesine karşın, dürüstlük kuralının esas olarak düzenlendiği BGB §242 hükmünün yasanın sistematığında bulunduğu yer itibarıyla sadece dar anlamda borç ilişkilerine münhasır olmasının eleştirisi ve ayrıntılı bilgi için bkz. *Barlas*, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, 200 vd. Yazar, dürüstlük kuralına birden fazla hükümde (BGB §242, §157, §162, §320, §815) yer verilmesi ve BGB §242 hükmünün kanun sistematığı içinde “Borç İlişkileri Hukuku” başlıklı kitabın “Borç İlişkilerinin İçeriği” başlıklı birinci kısmında yer almasından dolayı, kuralın yalnızca borç ilişkilerine münhasır olduğu izleniminin yaratılmış olması nedeniyle Alman Medeni Kanunundaki düzenlemeyi eleştirmekte; İsviçre ve Türk kanun koyucusunun kuralı düzenleyiş biçiminin hem sistematik, hem de içerik yönünden daha isabetli olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bkz. Akyol, 4.

<sup>65</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 9 vd.

<sup>66</sup> *Pédamon*, 131; *Witz*, 102.

<sup>67</sup> *Dural/Sarı*, 231; *Oğuzman/Barlas*, 284.

<sup>68</sup> Öğretide ileri sürülen bu görüşe göre, kanuna karşı hile halinde, kanun hükümlerinden yararlanma hakkının kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır (*Oğuzman/Barlas*, 285-286). Günümüzde yaygın olarak kabul gören bir diğer görüşe göre ise, kanuna karşı hile oluşturan işlemler, doğrudan ilgili hükmün sözüne aykırılık taşımamakla birlikte, onun özü ve amacına aykırı olduklarından, dolaylı şekilde dahi olsa söz konusu hükmü ihlal etmiş sayılmalıdır. Bu nedenle dürüstlük kuralına başvurmaya gerek olmaksızın aynı yaptırım uygulanabilecektir (*Dural/Sarı*, 233).

amacına aykırı bir sonuca varmak için kanunun başka hükümlerinden yararlanılmışsa, söz konusu hükümlerden yararlanma hakkının kötüye kullanılması gerekçeyle, bu hile ile amaçlanan hukuki korumadan yoksun kalınacağı belirtilmektedir.

Dürüstlük kuralının bir diğer ve geniş uygulama alanını da sözleşmeler oluşturmaktadır. Dürüstlük kuralı, sözleşmelerin kurulması, içeriğinin belirlenmesi, hükümleri ve sona ermesi aşamalarında değişik roller oynamaktadır. Şöyle ki, kural olarak irade serbestisinin geçerli olduğu borçlar hukukunda, bu kuralın istisnalarından biri dürüstlük kuralından kaynağını almaktadır. Buna göre, herhangi bir pozitif düzenlemenin bulunmadığı bazı durumlarda dahi, bir tarafın icabını, diğer tarafın dürüstlük kuralı gereği kabul etme zorunluluğu -sözleşme yapma zorunluluğu- söz konusu olabilecektir<sup>69</sup>. Bunun yanında, yine sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla, taraflar arasında meydana gelen ve karşılıklı güvene dayanan hukuki ilişkinin temelini de dürüstlük kuralı oluşturur<sup>70</sup>. Sözleşme görüşmeleri sırasında, dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülüklere aykırı davranılması ise, sözleşme müzakeresinde kusurlu davranış (*culpa in contrahendo*)<sup>71</sup> teşkil eder. Bilindiği gibi, sözleşmenin kurulması için karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olması aranmaktadır. İrade beyanlarının birbirine uygunluğuna ya da bir irade beyanının varlığından söz edilip edilemeyeceğine ilişkin uyumsuzluklarda da, irade beyanları, dürüstlük kuralına dayanan güven teorisi çerçevesinde yorumlanarak, çözüm yoluna gidilecektir<sup>72</sup>.

Dürüstlük kuralı yalnızca sözleşmenin kurulması aşamasında değil, devamında da, taraf iradelerine verilecek anlama ilişkin yorum uyumsuzluğunun çözümünde etkili olacak, bu kez sözleşme hükümlerinin ne anlama geldiği, tarafların ortak arzularının ne yönde olduğunun tespitinde rol oynayacaktır<sup>73</sup>. Daha da önemlisi, dürüstlük kuralı gereği, sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri yanında, başka borçların da doğması olanaklıdır. Yan borçlar biçiminde ifade edilen<sup>74</sup> bu borçlar, yasa tarafından düzenlenmiş veya taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olabilecekleri gibi, yasa ya da taraflarca öngörülmemiş olsalar dahi dürüstlük kuralından kaynaklanabilirler. Bir kısmı asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmesine

<sup>69</sup> Ayrıntı için bkz. *Dural/Sarı*, 235; *Oğuzman/Barlas*, 295 vd.; *Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A.*: Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, 507-508.

<sup>70</sup> *Dural/Sarı*, 235; *Oğuzman/Barlas*, 299 vd.; *Serozan, R.*: **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, 265; *Oğuzman, M. K./Öz, M. T.*: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, 38, 79 vd.

<sup>71</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Oğuzman/Öz*, 408 vd.

<sup>72</sup> *Oğuzman/Öz*, 72; *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 132-135; *Dural/Sarı*, 236-237; *Oğuzman/Barlas*, 287.

<sup>73</sup> *Dural/Sarı*, 237-238; *Oğuzman/Barlas*, 287 vd.; *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 333; *Oğuzman/Öz*, 194 vd.

<sup>74</sup> *Oğuzman/Öz*, 4; *Dural/Sarı*, 238 vd.; *Oğuzman/Barlas*, 296-299; *Pédamon*, 132; *Witz*, 103.

hizmet etmelerinden ötürü, bağımsız olarak ifa, talep ve dava edilemediklerinden bağımlı yan borçlar olarak adlandırılmakta; bir kısmı ise yalnızca asli edim yükümlülüğünün amacına ulaşmasına yardım ettikleri için tek başlarına ifa, talep ve dava konusu olabilen ve bağımsız yan borçlar biçiminde nitelendirilmekte olan söz konusu yan borçlar, sözleşmenin karşı tarafının şahsının, malının korunması, belirli konularda bilgi/belge verme, borcun ifasında işbirliği içinde bulunma, sır saklama, rekabet etmeme biçiminde ortaya çıkabilmektedir<sup>75</sup>.

Sözleşmelerde değişiklik yapılması veya sözleşmenin sona erdirilmesinde dürüstlük kuralının oynadığı rol, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen 138. madde hükmü nedeniyle, 818 sayılı eski Borçlar Kanunumuz döneminden farklılık arz etmektedir<sup>76</sup>. 818 sayılı Kanun döneminde, sürekli borç ilişkilerinin sonradan ortaya çıkan nedenlerle, taraflardan biri tarafından yeni koşullara uyarlanmasını veya sona erdirilmesini isteme hakkını öngören genel nitelikte bir hüküm mevcut olmadığından; sözleşmede ya da kanunda bu olanağı sağlayan düzenleme bulunmadığında, nasıl bir çözüm yolu tercih edileceği sorusu gündeme gelmekteydi. 818 sayılı BK döneminde dürüstlük kuralı, bu sorunun çözümüne dayanak teşkil eden genel kural niteliğinde kabul edilmekte; sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen beklenmedik nedenlerle edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde bozulması durumunda, borcun mevcut sözleşme şartlarına uygun ifasını talep dürüstlük kuralına aykırı düşüyorsa, Yargıtay'ın aradığı diğer koşulların da gerçekleşmesiyle, borçlunun mahkemeden sözleşmenin uyarlanmasını ya da sona erdirilmesini isteyebileceği belirtilmekteydi<sup>77</sup>. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu ise, aşırı ifa güçlüğü kenar başlığını taşıyan 138. maddesinde şu düzenlemeyi getirmiş bulunmaktadır: “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. / Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır”. Tüm sürekli edimli borç ilişkilerinde uygulama alanı bulabilecek bu hüküm ile soruna çözüm getirilmiş olması, artık çözümün hukuki dayanağının dürüstlük kuralına dayalı iç-

<sup>75</sup> Dural/Sarı, 239; Witz, 103.

<sup>76</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, 568 vd.; Öz, M. T.: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, 20.

<sup>77</sup> Oğuzman/Öz, 568-571; Oğuzman/Barlas, 302-307; Dural/Sarı, 240; Küçükgüngör, E./Emiroğlu, H.: “Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)”, AÜHFD, C.53, S.1, 2004, 78, dn.2.

tihatlarda aranmasını gereksiz kılmış; bunun yerine isabetli olarak madde içeriğinde dürüstlük kuralına atıfta bulunulmuştur<sup>78</sup>.

Yukarıda uygulama alanına değinilen, yasada herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralına uyması gerektiği biçiminde ifade edilen dürüstlük kuralı, sözleşmesel bir ilişki olan ancak kendine özgü nitelikler arz eden iş ilişkisinde de, yukarıda ele alınan işlemlere sahip olacak; iş hukukundaki işçinin korunması temel ilkesi göz ardı edilmeksizin hem sözleşmenin yorumunda hem de tarafların borçlarının tespiti ve özellikle işverenin yetkilerinin sınırlanmasında önemli etkiler doğuracaktır.

#### IV. GÜVENE DAYALI BİR İLİŞKİ OLAN İŞ İLİŞKİSİNDE DÜRÜSTLÜK KURALININ İŞLEVI

Çıkış noktası dinsel ya da ahlaki olan ancak günümüz hukuk sistemlerinde pozitif düzenlemeye kavuşmuş bir hukuk kuralı haline gelmiş olan dürüstlük kuralının<sup>79</sup>, sözleşme hukukunun bütününe hakim bir ilke olması sonucunda, tarafları yönünden karşılıklı borçlar doğuran iş sözleşmesi açısından da uygulama alanı bulacağını belirtmiştik. Gerçekten güvене dayalı sözleşmesel ilişkiler arasında yer alan iş ilişkisinde de, dürüstlük kuralı ve bunun uzantısı niteliğindeki yükümlülükler yoğun biçimde etkisini gösterecektir<sup>80</sup>. İşçi ve işveren de, iş sözleşmesinden doğan haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralının gereği olarak, dürüst, namuslu, makul davranma yükümlülüğü altındadır. Ancak iş sözleşmesi tarafları açısından bu yükümlülüğün sınırlarının belirlenmesi önem taşır. Zira dürüstlük kuralı, yukarıda uygulama alanı incelenirken yer verildiği gibi, sözleşmenin yorumlanması ve taraf iradeleri ile şekillendiği biçimiyle ifasının sağlanmasından öte işlemlere de sahiptir. Sözleşmenin yorumlanması aşamasında dürüstlük ilkesi hakimin sözleşmeye müdahale etmesini sağlarken; aynı zamanda sözleşmenin taraflarının davranışlarının denetlenmesine hizmet etmektedir, böylece ilke sözleşmenin uygulanmasında hakimin rolünü güçlendirmektedir<sup>81</sup>. Böylece ilke, işlevsel bir yaklaşımla, iş ilişkisinin somut bir uyumsuzlukta arz ettiği özelliklerin gelişimi doğrultusunda, hakimin sözleşmesel adaleti sağlamasına; sözleşme metnine sıkı sıkıya bağlı kalınması sonucunda ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçların giderilmesi hizmet etmektedir<sup>82</sup>. Ayrıca Fransız öğretisinde isabetle vurgulandığı ve aşağıda

<sup>78</sup> Alman Hukukundaki paralel gelişim süreci için bkz. *Pédamon*, 134 vd.

<sup>79</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 6.

<sup>80</sup> *Vigneau*, “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, 706; *Vasseur-Lambry*, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 5.

<sup>81</sup> *Urban*, “La ‘bonne foi’, un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail”, 338; *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 17; *Mazeaud*, “Exécution”, 9, 11; *Vasseur-Lambry*, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 8.

<sup>82</sup> *Vigneau*, “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, 708; *Urban*, “La ‘bonne foi’, un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail”, 339; *Vasseur-Lambry*, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 5; *Arslan Ertürk*, 22.

yer verileceği üzere, niteliği gereği ilkenin esnek içeriğe (*contenu plastique*) sahip olması terminolojik bir çeşitliliğe neden olmakta ve ilke kimi zaman sadakat borcu, kimi zaman işbirliği içinde olma, bazen de özen borcu ifadeleriyle karşımıza çıkmaktadır<sup>83</sup>.

### A. İş Sözleşmesinin Yorumunda Dürüstlük Kuralının İşlevi

Klasik anlamıyla dürüstlük ilkesinden, sözleşmenin yorumunda yararlanılmaktadır. İş sözleşmesinin yorumlanması ihtiyacı ortaya çıktığında da, sözleşmede kullanılan terimlere bakılmaksızın, tarafların gerçek ortak iradeleri tespit edilmelidir<sup>84</sup>. Bunun için dürüstlük kuralına dayanan güven teorisi çerçevesinde, makul ve dürüst kişiler oldukları varsayılan tarafların, karşı tarafın irade beyanına verebileceği anlam belirlenmelidir. Ortak iradenin saptanamaması durumunda ise, iş hukukunun temel ilkelerinden olan işçi lehine yorum ilkesi<sup>85</sup> doğrultusunda sözleşmenin ilgili hükmüne atfedilmesi gereken anlam belirlenecektir.

Fransız Medeni Kodunun, sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun ifa edileceğine ilişkin m.1134/III hükmünün de ilk olarak yalnızca bu teknik işleve sahip olduğu düşünülmekteydi. Hükmün amacının, Roma Hukuku'ndaki sözleşmenin lafzına katı biçimde bağlı kalınan sözleşmelerden, hakimin yorumuna açık olan rızai sözleşmelere (*bona fides* sözleşmelerine) geçişi vurgulamak olduğu kabul ediliyor, bu nedenle Medeni Kodda öngörülen yorum kurallarının (m. 1156 vd.) dayanağı olarak nitelendiriliyordu<sup>86</sup>. Ne var ki sözleşmelerden doğan borçların, yalnızca sözleşmede ifade edilen borçları değil, bu borçların niteliği gereği hakkaniyet, örf ve adet ile yasadan kaynaklanan borçları da kapsadığına ilişkin 1135. madde hükmüne dayanarak geliştirilen içtihat, sözleşme tarafları için güvenliği sağlama, bilgilendirme gibi yan borçların varlığının kabul edilmesini sağlamıştır<sup>87</sup>. Bunun üzerine, dürüstlük ilkesinin salt olanı ve olması gerekeni yorumlamakla yetinemeyeceği; irade özerkliği ilkesi, sözleşmenin yalnızca taraflarca değiştirilebilmesine olanak tanısa da, dürüstlük ilkesinin artık yargıç tarafından dinamik biçimde uygulanarak, sözleşmenin sürekliliğinin sağlanabilmesi için devreye girebileceği kabul edilmiştir. Bunun en canlı örneğini ise, aşağıda açıklanacağı üzere, yapılan işin değişmesi nedeniyle, işverenin işçinin iş sözleşmesini feshetmesi yerine, işçisini işe adapte etme yükümlülüğünün yargıç tarafından öngörülmesi teşkil etmektedir<sup>88</sup>.

<sup>83</sup> **Bénabent**, 208; **Terré, F./Simler, P./Lequette, Y.:** **Droit civil Les obligations**, 9e édition, Dalloz, Paris 2005, 47.

<sup>84</sup> **Süzek**, 28.

<sup>85</sup> **Çelik**, 20; **Süzek**, 28.

<sup>86</sup> **Terré/Simler/Lequette**, 442-443; **Le Tourneau/Poumarède**, "Bonne foi", 18.

<sup>87</sup> **Malaurie/Aynès**, 340; **Bénabent**, 210; **Le Tourneau/Poumarède**, "Bonne foi", 19.

<sup>88</sup> Cass. soc. 25 févr. 1992, no 89-41.634, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldActio n=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007028220&fastReqId=1777046808&fastPos=16>).



## B. İş Sözleşmesinin Tarafları Açısından Dürüstlük Kuralının İşlevi

İş sözleşmesinin kurulmasından (ve hatta sözleşme görüşmelerinden itibaren) sona ermesine kadar tüm süreçte işçinin ve işverenin her tutum ve davranışı, dürüstlük kuralı hakimiyeti altındadır.

Fransız Medeni Kodununun 1134. maddesinde ifadesini bulan bu kuralın, sözleşmeler açısından sadakat borcu<sup>89</sup> (*obligation de loyauté*) ve sözleşmenin ifasında işbirliği yapma borcu (*obligation de coopération*) biçiminde somutlaştığı belirtilmektedir<sup>90</sup>; Alman Hukukunda ise sadakat borcunun, BGB §242 hükmündeki bağlılık ve güven ilkesinden kaynağını aldığı kabul edilmekle birlikte, bu borcun daha geniş bir içeriğe sahip olabileceği konusunda da öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir<sup>91</sup>. Bağlılık ya da sadakat borcunun ise farklı görünümleri söz konusu olabilmektedir: Sözleşmeye bağlılık ya da sadakat borcundan kaynağını alan ilk borç elbette sözleşmeden doğan borcun tam olarak ifa edilmesi gerekliliğidir. Bunun yanında, borcun ifası esnasında şeffaf davranma yükümlülüğü, sözleşmenin dürüstlük kuralına uygun ifasına engel olabilecek her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğü de sözleşmeye bağlılığın görünümülerindedir<sup>92</sup>. Sözleşmenin ifasında işbirliği yapma borcu ise, sözleşmenin ifasına engel teşkil edebilecek davranışlardan kaçınma, sözleşmenin karşı tarafını bilgilendirme, çelişkili davranışlarda bulunmama ve benzeri yükümlülükleri doğurabilir.

Ne var ki dürüstlük kuralından doğan yükümlülükler açısından, işçi ve işveren için tam bir karşılıklılık esasından söz edilemeyecektir<sup>93</sup>. Zira ilkenin iş ilişkisine etkisi, işçinin sadakat borcuna bazı davranış yükümlülüklerinin eklenmesi biçiminde ortaya çıkmakla birlikte, esasında işveren açısından doğan yan borçlar ve işverenin yönetim yetkisinin sınırlanması açısından büyük önem taşımaktadır.

### 1. Dürüstlük Kuralının İşçinin Borçlarına Etkisi

İşçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcuna dürüstlük kuralının nasıl bir etkisi olacaktır? Her sözleşmede olduğu gibi, iş sözleşmesinde de işçi sözleşmeden doğan borçlarını dürüstlük kuralına uygun biçimde ifa etmelidir. Hukukumuz açısından bu esas, kaynağını MK m.2 hükmünden almakta ise de Fransız Hukukunda Medeni Kodda yer alan hüküm İş Koduna L. 1222-1 maddesi olarak aktarılmış ve bu konuda genel hükümlere gitme ihtiyacı ortadan kaldırılmıştır. İş görme edimi-

<sup>89</sup> Türk iş hukukunda sadakat borcu kavramı için bkz. *Arslan Ertürk*, 7 vd.

<sup>90</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 22; *Terré/Simler/Lequette*, 443.

<sup>91</sup> Alman Hukukunda sadakat borcunun, doğruluk ve güven ilkesi ile ilişkilendirilmesi hk. açıklamalar için bkz. *Arslan Ertürk*, 27 vd.

<sup>92</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 23.

<sup>93</sup> Mazeaud, “Exécution”, 9; Couturier, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / France”, 3; Vasseur-Lambry, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 5; Lemoine, “Les principes civilistes dans le contrat de travail”, 3.

nin dürüstlük kuralına uygun ifasından anlaşılması gereken ise, mesleki bilinç, özen ve doğruluk olarak ifade edilmektedir<sup>94</sup>. Bu kapsamda işçinin tutumunun dürüstlük kuralına uygunluğunun, medeni hukuk ve Roma hukukundaki iyi aile babası (*bonus pater familias*) kavramına kıyasla tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>95</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki, işçinin dürüstlük kuralına aykırı tutum ve davranışları, genellikle iş sözleşmesinden doğan borcunun ihlali olarak nitelendirilebileceğinden, Kanun, toplu iş sözleşmesi ya da bireysel iş sözleşmesinin bir hükmüne aykırılık teşkil edecek, dürüstlük kuralına başvurulmasına gerek kalmaksızın iş sözleşmesinin geçerli ya da haklı feshi sonucunu doğurabilecektir. Fransız Hukukunda, dürüstlük kuralının bu noktadaki işlevinin ise, işçinin sözleşmenin feshi için geçerli ya da haklı neden oluşturmayan tutumları açısından istisnai bazı hallerde ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir: Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi, çalışma saatlerinin bittiği gerekçesiyle, boşaltmakta olduğu kamyonunda kalan son iki koliyi indirmeyi reddeden işçinin bu tutumunu dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirmiş ve işveren tarafından yapılan feshin geçerli olduğu sonucuna varmıştır<sup>96</sup>.

İş sözleşmesinden doğan temel borç olan iş görme ediminin yanında, dürüstlük kuralı, yargı kararlarıyla şekillenen, üstü örtülü ve işletmenin menfaatlerinin korunması amacını taşıyan, sadakat borcu, rekabet etmeme, özen ve sır saklama borcu gibi bazı yükümlülüklerin doğmasına neden olabilecektir. Önemle belirtelim ki bu borçlar da kaynağını dürüstlük ilkesinden almakta ise de hukukumuzda artık pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. Gerçekten 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun özen ve sadakat borcu kenar başlıklı m.396 hükmü uyarınca, "İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır./ İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür./ İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girmez./ İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş surları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür". Fransız Hukukunda da, işçinin dürüst davranma, rekabet etmeme ve sır saklama yükümlülüklerinin, dürüstlük kuralından doğan borçları arasında dikkat çektiği belirtilmektedir<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> *Vigneau*, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", 708; *Urban*, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", 342.

<sup>95</sup> *Urban*, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", 342.

<sup>96</sup> Cass. soc. 7 juillet 1982, no 79-42.735, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007010652&fastReqId=520409475&fastPos=6>).

<sup>97</sup> *Urban*, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", 342.

İşçi ve işveren için dürüstlük kuralından doğan borçlar, mutlak bir paralellik arz etmemekle beraber, Hukukumuzda olduğu gibi, Alman ve Fransız Hukuklarında da işçinin bu kapsamdaki borçları, işverene zarar verecek olası davranışlardan kaçınma, özellikle de rekabet etmeme borcu yönünden ön plana çıkmaktadır<sup>98</sup>. Son yıllarda, Fransız Yargıtayının bu konudaki kararları, iş sözleşmesinin askıda kaldığı durumlarda, askı süresince işçinin borçlarına ilişkin bulunmaktadır: Bu kararların ortaya koyduğu esaslara göre, iş sözleşmesinin askıya alınması sözleşmeden doğan borçları nötralize ettiği için, askı süresi içinde işçinin sadakat borcuna –dürüstlük kuralına- aykırı davranışı dışında hiçbir davranışı, iş sözleşmesinden doğan borçlarının ihlali biçiminde değerlendirilemeyecektir<sup>99</sup>. İşçinin işverenin otoritesi altında olmadığı bu süreçte Fransız Yargıtayının işçinin borçlarına sınırlayıcı bir yaklaşım sergilediği, bu borçları isabetli olarak dar yorumladığı görülmektedir.

Hukukumuzda da, iş görme ediminin dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmesi hususuna değinilen Yargıtay kararlarında, -ve isabetsiz olarak somut olayın dürüstlük kuralı ile doğrudan bağlantısı olmadığı durumlarda da- işçinin asli edim yükümlülükleri yanında dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülüklerinden bahsedilmektedir. Bu kararlarda yer verilen ifadeye göre, “İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerinin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, *keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir*<sup>100</sup>.”

Dürüstlük kuralının, iş sözleşmesinin ekonomik açıdan üstün tarafı olan işverenin borçları ve yönetim yetkisine etkisi ise daha kapsamlıdır.

## 2. Dürüstlük Kuralının İşverenin Borçlarına Etkisi

Öteden beri, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki eşitsizliğin dengelenmesindeki yegane araç, kamu düzenine ilişkin emredici hükümler olarak görülse de, işverenin iş sözleşmesini dürüstlük kuralına uygun ifasının da bu kapsamda değerlendirildi-

<sup>98</sup> *Rémy/Krause*, “Droit des contrats et droit du travail (suite et fin)/Allemagne”, 8; *Couturier*, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / France”, 3.

<sup>99</sup> Cass. soc. 21 mars 2000, no 97-44.370, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT0000070421548&fastReqId=20498931348&fastPos=3>).

<sup>100</sup> Yarg. 9HD., 12.5.2008 t. E.2007/35921 K.2008/12018; Yarg. 9HD., 23.6.2008 t. E.2007/42733 K.2008/17109; Yarg. 9HD., 20.4.2008 t. E.2007/35822 K.2008/10336; Yarg. 9HD., 13.6.2013 t. E.2013/1522 K.2013/18228; Yarg. 9HD., 7.3.2013 t. E.2012/29826 K.2013/8170; Yarg. 9HD., 6.6.2013 t. E.2013/5219 K.2013/17425; Yarg. 9HD., 11.10.2010 t. E.2009/27693 K.2010/28547 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

rilebilecek bir nitelik arz ettiği söylenebilecektir<sup>101</sup>. Kaynağını, tarafların eşitliği varsayımına ve irade serbestisine dayalı borçlar hukukundan alan dürüstlük ilkesinin, iş hukukunda, sözleşmenin tarafları arasındaki eşitsizliği dengeleme aracı olarak nitelendirilmesi bir paradoks gibi algılanabilecektir. Ne var ki daha önce belirtildiği üzere, dürüstlük ilkesinin bu işlevi, gerektiğinde medeni hukuk ve borçlar hukuku kavramlarının iş hukukuna uyarlanarak aktarılması gerekliliğinin bir sonucudur. İş Hukukundaki denge arayışı dürüstlük ilkesinin de bu arayış doğrultusunda devreye girmesini sağlayacaktır.

İş sözleşmesinin ifası ya da uygulanması, büyük ölçüde işverenin tek yanlı yetkilerinin etkisi altındadır. Bu noktada, hukukçu, tek yanlı yetki ve ayrıcalıkları belirli bir çerçeveye oturtacak bazı hukuki teknikleri araştırmak zorundadır. İşte bu doğrultuda medeni hukuk ve borçlar hukukunun bazı kuralları, özellikle *dürüstlük kuralı*, işverenin tek yanlı karar ve tercihlerinin hukuki temelini oluşturmada ön plana çıkmış bulunmaktadır. Dürüstlük kuralının, işçilerin korunması ve açık (*ab externo*) bir yasal düzenlemenin mevcut olmadığı konu ve durumlarda işverenin tek yanlı karar ve yetkilerini sınırlama yönünde bir içerik ve anlam kazandığı dikkati çekmektedir<sup>102</sup>. Belirtilen bu çerçevede dürüstlük kuralı, iki yönlü bir işlev üstlenmektedir: bunlardan ilki, sözleşmenin geçerlilik koşullarıyla sağlanan denetime eklenen bir mekanizma oluşturmak ve böylece sözleşmenin geçerliliği için öngörülebilir hususlara yeni bir sınır getirmek, öbür yandan, açık yasal normların mevcut olmadığı durumlarda, makul ölçüler dahilinde işverenin yetki ve ayrıcalıklarını sınırlamak. Böylece, dürüstlük kuralı, işverenin yetkilerinin denetimi ve belirli bir çerçeveye oturtulması açısından iş hukukunda geniş bir uygulama alanına sahip olmuştur<sup>103</sup>. Gerçekten denilebilir ki dürüstlük ilkesi, yargıç için, işverenin, işçinin iş ilişkisindeki hukuki durumuna karşı daha dikkatli, daha hassas olmasını sağlayabilecek çok önemli bir hukuki araç niteliği taşımaktadır<sup>104</sup>.

### a) İşverenin fesih olanağının sınırlanması ve iş ilişkisinin sürekliliği

Tarafların sözleşmenin uygulanmasında işbirliği içinde olmaları bazı sözleşmelerin niteliğinden doğan bir gerekliliktir. Buna göre işveren için işçinin işe uyumunu sağlama borcu, işverenin dürüstlük kuralından doğan en dikkat çekici borcudur<sup>105</sup>.

Nitekim Fransız İş Koduna L.1222-1 madde hükmü ile iş sözleşmelerinin

<sup>101</sup> *Mazeaud*, "Exécution", 11.

<sup>102</sup> *Vigneau*, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", 711; *Perulli*, "Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie", 9.

<sup>103</sup> *Perulli*, "Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie", 9.

<sup>104</sup> *Vigneau*, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", 711.

<sup>105</sup> *Vigneau*, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", 713; *Urban*, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", 344; *Vasseur-Lambry*, "La bonne foi dans les relations individuelles de travail", 7.

dürüstlük kuralına uygun ifa edilmesi gerektiğine ilişkin hükmün eklenmesinden önce dahi, 25 şubat 1992 tarihli, büyük yankı uyandıran *Expovit* Kararı ile Sosyal Daire, işverenin iş sözleşmesini dürüstlük kuralına uygun ifası borcundan hareketle, yapılan işin değişmesine paralel olarak işverenin işçilerini işe adapte etmek, uyumlarını sağlamak borcu altında olduğu sonucuna varmıştır<sup>106</sup>. Nitekim bu sonuç daha sonra İş Kodu'nun m. L. 6321-1 hükmü olarak pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur. Buna göre, işveren işçilerinin yaptıkları işe uyumlarını sağlama yükümlülüğü altındadır. İşyerinde işe yönelik teknolojik ve organizasyondaki gelişmeler doğrultusunda bir işi yapma kapasitelerini korumakla yükümlüdür. İşçilerin becerilerinin gelişmesine katkı sağlayacak mesleki eğitim programlarını önermek zorundadır<sup>107</sup>. O halde, iş sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun ifası, aynı zamanda iş sözleşmesinin sürekliliğini gözetmek anlamına da gelmektedir<sup>108</sup>. Hukukumuzda olduğu gibi, Fransız Hukukunda da feshin son çare olması ilkesi (*ultima ratio*) gereği, işverenin, iş sözleşmesini fesih yoluna, diğer tüm ihtimallerin tükenmesi halinde başvurabileceği kabul edilmekte; dürüstlük ilkesi, işveren için, öncelikle işçiye işin gelişimi doğrultusunda eğitim verilmesi ya da işçinin başka bir birimde çalıştırılması yükümlülüklerini getirmektedir<sup>109</sup>.

Dürüstlük kuralı, iş sözleşmesinin sürekliliğini gözetmek gibi, işveren için sözleşmenin ifasını kolaylaştırma yükümlülüğü de doğurmaktadır<sup>110</sup>. Diğer bir deyişle, sözleşmeyle bağlılık ve işbirliği borcu, işverenin işçinin iş görme borcunu yerine getirmesini zorlaştıracak ya da buna engel olacak tutumlardan kaçınmasını da gerektirmektedir. Bu noktada işverenin işçiye zarar verme niyeti olmasa dahi, dürüstlük kuralına aykırı her davranışı sorumluluğunu doğuracaktır<sup>111</sup>. Buna göre, Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi, işveren tarafından, işin niteliği gereği on yıldır değişken saatlerde çalışmakta olan işçiye sağlanan ulaşım imkanının birden ortadan kaldırılmasını, bir anlamda işçinin iş görmesini imkansız hale getirdiği için dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur<sup>112</sup>.

<sup>106</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 24; Mazeaud, “Exécution”, 12; *Couturier*, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / France”, 3; *Vigneau*, “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, 713; *Vasseur-Lambry*, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 7; *Picod*, Y.: “Contrats et Obligations – Effet obligatoire des conventions – Exécution de bonne foi des conventions”, *Jurisclasseur Civil Code Art. 1134 et 1135*, Cote 04, 2013, §94.

<sup>107</sup> *Couturier / Perulli*, 12, dn.15.

<sup>108</sup> *Vigneau*, “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, 713.

<sup>109</sup> *Urban*, “La ‘bonne foi’, un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail”, 345; *Güzel*, A.: “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Fesihle Son Çare (*ultima ratio*) İlkesinin Gözetilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, 2005/1, 159 vd.; *Güzel*, A.: “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde *Ultima Ratio* (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, *Prof. Dr. A. Can Tuncay’a Armağan*, İstanbul, Legal, 2005, 57 vd.

<sup>110</sup> *Terré/Simler/Lequette*, 445.

<sup>111</sup> *Vigneau*, “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, 711.

<sup>112</sup> Cass. soc. 10 mai 2006, no 05-42.210, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051882&fastReqId=465327299&fastPos=1>).

### b) İşverenin yönetim yetkisi ve yetkinin sınırlanması

İş ilişkisi, bir güç ilişkisi olarak ifade edilmektedir<sup>113</sup>. Bunun nedeni, Montesquieu'nün yasama, yürütme ve yargı olarak adlandırılan kuvvetler üçlemesinin, iş ilişkisine de, işverenin düzenleme yapma yetkisi, yönetim yetkisi ve disiplin yaptırımı uygulama yetkisi biçiminde yansımaları olarak görülse de; iş ilişkisinde kuvvetler ayrılığı prensibinin aksine tüm bu yetkilerin tek bir kişide toplandığı gerçeğinin altı çizilmelidir. Bu yönüyle işletme, demokratik bir yapıya sahip değildir<sup>114</sup>.

İş ilişkisinde, işçinin iş görme edimi ile ilgili tüm faaliyetlerinin önceden ayrıntılı olarak belirlenmesinin olanaksızlığı nedeniyle, işverenin yönetim yetkisinin, iş ilişkisinin niteliğinden doğduğu kabul edilmektedir<sup>115</sup>. Öğretide yönetim yetkisi, işverenin vereceği talimatlarla işin görülmesi ve işçilerin davranışlarını düzenleyebilmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>116</sup>. Fransız öğretisinde de işverene tanınan talimat verme, tek taraflı hukuki işlemler yapma ve karar alma olanağı olarak ifade edilen yönetim yetkisinden, işverenin disiplin yetkisi ile kural koyma yetkisinin doğduğu kabul edilmektedir<sup>117</sup>. Fransız Hukukunda belirttiği biçimiyle, işverenin işyeri iç yönetmeliği gibi genel ve sürekli kurallar koyma yetkisi, disiplin yaptırımları öngörerek uygulama yetkisi ve işçilere emir ve talimat verme yetkisini bütün olarak kapsadığı anlaşılan yönetim yetkisinin, işverenin geniş anlamda yönetim yetkisi olarak adlandırılmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz. Zira işverenin kural koyma ve disiplin yetkisi de, iş ilişkisinin niteliğinden doğan işverenin geniş anlamda yönetim yetkisi kapsamında yer alsın da; hukukumuzda işverenin yönetim yetkisi kavramı, söz konusu geniş kapsamı değil; yalnızca anayasa, yasa, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iç yönetmelik, işyeri uygulaması gibi çalışma koşullarını öngören kaynaklar ile düzenlenmemiş olan konularda işverenin emir ve talimat verme yetkisi

<sup>113</sup> *Peskine/Wolmark*, 151.

<sup>114</sup> *Peskine/Wolmark*, 151.

<sup>115</sup> *Çelik*, 123; *Süzek*, 70; *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, 530; *Süzek*, S.: "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 1998, 225 vd.; *Peskine/Wolmark*, 151; *Auzero/Dockès*, 636; *Lokiec*, 175 vd.; *Favennec-Héry*, F./*Verkindt*, P.-Y.: *Droit du travail*, 4e édition, LGDJ, Paris 2014, 237 vd. Yönetim hakkının hukuki dayanağı hk. ayrıca bkz. Taşkent, S.: İşverenin Yönetim Hakkı, doktora tezi, İstanbul 1981, 29 vd.; *Başbuğ*, A.: İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008, 5 vd.; *Baycık*, G.: *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2011, 101 vd.; yönetim hakkının, işverenin belirlenmesinde en etkin kistas olduğuna ilişkin bkz. *Engin*, E. M.: *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren*, BASİSEN yayını, İstanbul 1993, 70; *Sevimli*, K.A.: "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi", Sicil, Haziran 2008, S.10, 55.

<sup>116</sup> *Çelik*, 123; *Süzek*, 70; *Eyrenci*, Ö./*Taşkent*, S./*Ulucan*, D.: *Bireysel İş Hukuku*, Yenilenmiş 4. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, 100; *Alp*, M., *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, 107; *Başbuğ*, 1; *Doğan Yenisey*, K.: "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Beta, İstanbul 2001, 1177.

<sup>117</sup> *Auzero/Dockès*, 759 vd., 784 vd.; *Peskine/Wolmark*, 151 vd.

biçiminde dar kapsamdaki yönetim yetkisini ifade etmektedir. Yargıtay içtihadında yer verilen yönetim yetkisi kavramı da, işverenin bu kapsamdaki dar anlamdaki yönetim yetkisidir<sup>118</sup>. Dolayısıyla iş görme ediminin ana hatlarının çizildiği ve yönetim yetkisinin sınırını teşkil eden söz konusu kaynaklarla düzenlenmiş konularda işverenin talimat verme yetkisi bulunmadığı gibi, bu kaynaklarda düzenleme altına alınmamış noktalara ilişkin vereceği talimatların da belirtilen kaynaklara aykırılık taşımaması gerekir. O halde dar anlamda yönetim yetkisi, diğer hukuki kaynaklarla önceden şekillenmemiş olan alanlarda düzenleme ihtiyacı doğduğunda devreye girebilecektir. Bunun yanında işveren, bu kısıtlı alanda kullanabileceği yönetim yetkisi kapsamında, TBK m.27 gereği ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı, konusu imkansız olan talimatlar veremeyecek; her hak için geçerli olduğu üzere, yönetim yetkisini MK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanmakla yükümlü olacaktır.

İşveren hem MK m.2 hem de TBK m.399 gereği yönetim yetkisini, işçilere talimat verme yetkisini kötüye kullanmamalıdır. Gerçekten işçinin işverenin talimatlarına uyma borcunu pozitif düzenlemeye kavuşturmuş bulunan 6098 sayılı Borçlar Kanununun 399. madde hükmüne göre, **“İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar”**. Dolayısıyla işverenin yönetim yetkisi, bu hakkın kendi amacıyla da sınırlı olup<sup>119</sup>, işveren işyerinin ihtiyaçları ve görülen işin adetine uygun yapılması gerekliliği kapsamında<sup>120</sup> talimat verebilecek; böylece yukarıda belirtilen hukuk kaynakları yanında dürüstlük kuralı da işverenin yönetim yetkisinin sınırını oluşturacaktır.

Dürüstlük kuralının, iş hukukunda en belirgin uygulanma alanı, işveren yetkilerinin belirsiz koşullarda somutlaştığı durumlardır. Bunlar, tümüyle işverenin takdirine dayalı durumlar, örneğin işçilerin işlerinin değerlendirilmesi veya işlerin işçiler arasında dağıtımı, mesleki ilerleme aşamalarında işçiler arasında seçim yapıldığı durumlar biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durum ve konularda, dürüstlük kuralı; işverenin, keyfi değil, daha önce belirlenmiş ve karşılaştırmaya elverişli kurallara uygun olarak hareket ettiğini, karar aldığını veya işçinin onurunu zedeleyici bir sonuç doğurmaması açısından bir işlev üstlenmektedir<sup>121</sup>. Dürüstlük kuralı, belirtilen tüm bu durumlarda, işverenin işçiler arasında yaptığı seçim

<sup>118</sup> “İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.” (Yarg. 9HD., 19.1.2009 t., E.2007/34216 K.2009/111; Yarg. 9HD., 13.12.2010 t., E.2009/39668 K.2010/37397, www.kazanci.com).

<sup>119</sup> **Süzek**, 74; aynı yazar, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, 231.

<sup>120</sup> **Çelik**, 142; **Sevimli**, “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi”, 56.

<sup>121</sup> **Perulli**, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie”, 10; **Rémy/Krause**, “Droit des contrats et droit du travail (suite et fin)/Allemagne”, 7.

veya değerlendirmelerin makul sınırlar dahilinde olup olmadığının ve uygulanan araçlarla elde edilmek istenen yarar arasında yine makul bir dengenin ve giderek yapılan tercihlerin ölçüsü olmaktadır<sup>122</sup>.

### aa) İşverenin disiplin yetkisi

İşverenin geniş anlamdaki yönetim yetkisinin en uç noktası olan disiplin yetkisi, işverenin belirli koşullarda, kurallara uymayan işçilere disiplin yaptırımları uygulaması yetkisi olarak ortaya çıkar. Bu haliyle kötüye kullanılma olasılığı yüksek olan işverenin bu yetkisine ve yetkinin sınırlanmasına ilişkin olarak hukukumuzda genel ve yeterli bir pozitif düzenlemenin bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Oysa Fransız Hukukunda, 5 Şubat 1932 tarihli Yasa ile işverenin işçilere para cezası verebilmesinin yasaklanmasıyla başlayan süreçte, son noktada 4 Ağustos 1982 tarihli yasa ile işverenin disiplin yetkisinin sınırlarının çok katı biçimde belirlendiği; işçinin bir disiplin yaptırımıyla karşılaşması prosedürünün ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir<sup>123</sup>. Buna bağlı olarak getirilen kontrol mekanizması uyarınca yargıcın, işçiye uygulanan yaptırımın hukukiliğini dört aşamalı olarak denetleyeceği öngörülmüştür: İşçinin belli bir kuralı ihlal etmiş olduğu kesin olarak tespit edilecek; öngörülen yaptırımın, ihlal ile ölçülü olması aranacak; verilen cezanın, parasal nitelikte, ayrımcılık teşkil eden ya da iç yönetmelikte öngörülmeyen hukuka aykırı bir ceza olup olmadığı denetlenecek; son olarak da işverenin bu yaptırımı uygularken yasada öngörülen prosedüre uygun hareket edip etmediği tespit edilecektir<sup>124</sup>. Bu denetimin herhangi bir aşamasında aykırılık tespit edildiğinde ise, yargıç uyuşmazlık konusu disiplin cezasını iptal edecektir. Hukukumuz açısından Fransız Hukukuna benzer biçimde bir disiplin hukukunun oluştuğu, işverenin tek tarafı olarak kullanabileceği bir yetki olmasından dolayı kötüye kullanılması riski taşıyan bu yetkinin yeteri kadar sınırlandırıldığı söylenemeyecektir. Bu nedenle, sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin olan İşK. m.18/I ve m.25/II hükmü ile işverenin toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinde gösterilen nedenler dışında işçiye ücret kesme cezası veremeyeceği öngörülen İşK. m. 38 hükmü haricinde iş yasalarında bir hüküm bulunmadığından, genel hükümler bu noktada da önem kazanacaktır<sup>125</sup>.

Hakların dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılmasına ilişkin MK m.2 hükmü elbette, işverenin gerek iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden gerek işyeri iç yönetmeliğinden doğabilecek söz konusu disiplin yetkisinin de sınırını teşkil

<sup>122</sup> *Perulli*, "Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie", 10.

<sup>123</sup> Bkz. *Brégou*, P.: Le pouvoir disciplinaire de l'employeur, Editions Liaisons, Paris 2012, 13 vd.; *Peskine/Wolmark*, 155 vd.; *Auzero/Dockès*, 784 vd.; *Favennec-Héry/Verkindt*, 244 vd.; *Lokiec*, 183 vd.

<sup>124</sup> *Brégou*, 119 vd.; *Peskine/Wolmark*, 163-164; *Auzero/Dockès*, 809-815; *Favennec-Héry/Verkindt*, 248 vd.; *Lokiec*, 184-192.

<sup>125</sup> Bkz. *Süzek*, S.: "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", *Çalışma ve Toplum* 2011/1, 10 vd.; *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, 534 vd.



edecektir. Ayrıca İş Kanununda belirtilen haller dışında işçiye disiplin cezalarının uygulanabilmesinin hukuki dayanağı olabilecek olan işyeri iç yönetmeliği ile getirilebilecek düzenlemelerin denetiminin ise, öğretide TBK m. 20 ve devamında öngörülen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlere göre yapılması gerektiği belirtilmektedir<sup>126</sup>. Nitekim genel işlem koşullarında içerik denetimine ilişkin TBK m.25 hükmü, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağını öngörmektedir.

Bunun yanında, disiplin cezalarının yargı denetimine tabi olmasına karşın yine Fransız Hukukundan farklı olarak, yargıcın işverence verilen disiplin cezasını iptal ederek, işvereni bu yönde bir işlem yapmaya zorlaması hukukumuz açısından, Yargıtay içtihadı dikkate alındığında söz konusu olamayacaktır<sup>127</sup>. Zira Yargıtay'a göre, "*Hukukumuzda açık bir düzenleme bulunmadığı için, iş mahkemesince işverenin verdiği disiplin cezasının iptali ve işvereni bir işlem yapmaya zorlayıcı nitelikte karar verilmesi mümkün değildir. Mahkemece işlemin hatalı olduğunun belirtilmesi yetinilmeli, işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması anlamına gelecek şekilde hüküm kurulmamalıdır*"<sup>128</sup>. Yargıtay'ın aynı yöndeki bir diğer kararına göre de, "*İş hukukunda işverenin düzenleyici işlemlerde bulunmasını zorlayıcı nitelikte karar verilmesi olanağı yoktur. Mahkemece davacıya verilen ihtar cezası sonucu, terfi ettirilmeme işleminin, hatalı olduğunun karar yerinde belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, terfinin yapılması ve intibakının gerçekleştirilmesi şeklinde hüküm kurularak işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması, iş hukukunun ilkeleri ile bağdaşmaz. O halde karar bu nedenle de bozulmalıdır*"<sup>129</sup>.

## bb) İşverenin kural koyma yetkisi

İşverenin geniş anlamdaki yönetim yetkisinin kural koyma biçiminde ortaya çıkması, işverenin sahip olduğu yönetim yetkisinin en açık görünümlerinden biri olmakla birlikte; yetkinin söz konusu kurallarla adeta sınırlarının çizilmesi, şeffaflaşmasını, öngörülebilir olmasını sağlamakta ve keyfi olarak kullanılmasına engel teşkil etmektedir<sup>130</sup>. İşyerindeki genel çalışma koşullarının her iş sözleşmesinde ayrıntılarıyla düzenlenmesinin pratik olmayacağı düşüncesiyle, işverenin iş sözleşmesinin eki niteliğinde bazı düzenlemeler yapabileceği kabul edilmekte; bu konu İş Kanununda açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın; İK m.22'de yer verilen "*iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar*" ifadesinden hareketle işverenin tek taraflı olarak düzenlediği bazı belgelerin, belli koşullarla ça-

<sup>126</sup> *Celik*, 118; *Süzek*, 115.

<sup>127</sup> *Süzek*, 118; *Süzek*, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", 14.

<sup>128</sup> Yarg. 9HD., 6.12.2010 t., E. 2010/33308 K. 2010/36162 (www.legalbank.net).

<sup>129</sup> Yarg. 9HD., 14.5.1996 t., E. 1996/1014 K. 1996/10093 (www.legalbank.net).

<sup>130</sup> *Peskine/Wolmark*, 171; ayrıca bkz. *Auzero/Dockès*,759 vd.; *Favennec-Héry/Verkindt*, 241 vd.; *Lokiec*, 177 vd.

İşma koşulları açısından bağlayıcılık kazanacağı belirtilmektedir<sup>131</sup>. Yargıtay da, işyeri iç yönetmeliğini/personel yönetmeliğini, iş sözleşmesinin eki olarak nitelendirmekte, bu yönetmeliğin işçinin örtülü ya da açık kabulüyle bağlayıcı hale geleceğini karara bağlamakta, ayrıca personel yönetmeliğinin kural olarak işçiye, iş ilişkisinin kurulduğu anda bildirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır<sup>132</sup>. İş mevzuatında bu konuda bir hüküm bulunmaması nedeniyle, yukarıda da belirttiğimiz gibi, işverence tek taraflı olarak yapılan bu düzenlemelerin genel iş koşulu sayılarak, TBK m.20-25 hükümleri kapsamında değerlendirilmesi ve denetlenmesi gerektiği öğretide kabul edilmekte; genel iş koşullarının, borçlar hukukundaki genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü olduğu ifade edilmektedir<sup>133</sup>.

Nitekim TBK m.21/I hükmü de “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.*” düzenlemesini getirmekte; bu hükümden, işverence tek taraflı olarak düzenlenen iç yönetmelik hakkında iş ilişkisinin kurulması aşamasında işçiye bilgi verilmesi ve işçinin bu koşulları kabul etmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. İş ilişkisinin devamı esnasında işverence yürürlüğe sokulmak istenen bir iç yönetmelik ise -İK m.22 anlamında esaslı değişiklik teşkil ettiği takdirde- m.22’de düzenlenen prosedüre tabi olacaktır.

Fransız Hukukunda ise iç yönetmelik (*le règlement intérieur*) 1945 yılından itibaren İş Kodu’nda ayrıntılı düzenlemelere konu olmuş; 20’den fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde zorunlu kılınan iç yönetmeliğin hazırlanmasında işletmede kurulması zorunlu bazı komitelere danışılması ve iş müfettişine bir örneğinin gönderilmesi prosedürü öngörüldüğü gibi, içerik açısından da sınırlama getirilerek, iş sağlığı ve güvenliği ile disiplin konularını düzenleyebileceği hükme bağlanmıştır<sup>134</sup>. Görüldüğü gibi hukukumuzda, Fransız Hukukundan farklı olarak, işverenler, tek taraflı olarak, idarenin onayı olmaksızın iç yönetmelik düzenleyebilme olanağına sahip oldukları gibi, iç yönetmelik düzenleme konusunda herhangi bir zorunluluk

<sup>131</sup> **Soyer**, M.P.: **Genel İş Koşulları**, Basisen Yayınları, İstanbul 1987, 25 vd.; **Çelik**, 118-119; **Süzek**, 59 vd.; **Süzek**, S.: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, **Sicil**, Aralık 2011, sayı 24, 6; **Elbir**, N.: “İç Yönetmeliklerin Bağlayıcılığı”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt I, Beta, İstanbul 2011, 265 vd.

<sup>132</sup> “Çalışma koşullarının belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de yerini alır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü niteliğindedir, işyerinde öteden beri uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekir.” (Yarg. 9HD., 19.1.2009 t., E.2007/34216 K.2009/111; Yarg. 9HD., 13.12.2010 t., E.2009/39668 K.2010/37397, www.kazanci.com).

<sup>133</sup> **Soyer**, 28; **Süzek**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, 5.

<sup>134</sup> **Peskine/Wolmark**, 171-172; **Auzero/Dockès**, 760-771; **Favennec-Héry/Verkindt**, 241-244; **Lokeic**, 178-180.

öngörülmediğinden, iç yönetmelik düzenleyip düzenlememe tamamen işverenin inisiyatifine bırakılmıştır. İşveren tarafından tek taraflı olarak oluşturulan iç yönetmeliğin içeriğinin denetlenmesi ise, bu yönetmeliklerin yalnızca işverenin menfaatine hizmet edip etmediği noktasında en önemli sorunlardan biridir. Zira öğretilerde isabetle vurgulandığı gibi<sup>135</sup>, işverenin, etkin bir denetim mekanizmasına tabi olmayacak biçimde, idari bir makamın onayı da olmaksızın tek taraflı öngördüğü kuralları, iş ilişkisindeki güçlü konumundan yararlanarak işçilere dayatması, işçinin işini kaybetme riski karşısında, getirilmek istenen düzenlemeleri işverenle tartışma olanağının bulunmaması nedeniyle iç yönetmelik ve benzeri düzenlemelerin salt işveren menfaatine hizmet etme tehlikesi göz ardı edilemeyecek; içerik denetimi bu noktada kilit bir rol üstlenecektir.

İç yönetmeliğin içerik denetimi, hukukumuz açısından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesine dek pozitif düzenlemenin olmadığı tartışmalı bir konu olmakla birlikte<sup>136</sup>, Fransız Hukukunda bu konuda da yasada ayrıntılı bir prosedür öngörülmiştir<sup>137</sup>. İş Kodunun L.1322-1 ve devamındaki hükümlere göre, iç yönetmeliğin gönderilmesinin zorunlu olduğu iş müfettişi, sahip olduğu kontrol yetkisi kapsamında, işverenden iç yönetmeliğin herhangi bir hükmünün, iç yönetmeliğin konusuna, yasaya, toplu iş sözleşmesine veya temel hak ve özgürlüklere aykırılık taşıdığı gerekçesiyle kaldırılmasını, değiştirilmesini ya da gerekli eklemenin yapılmasını isteyebilir. İş müfettişinin kararlarına karşı bölge çalışma ve istihdam müdürlüğüne başvurulabileceği gibi, müdürlüğün kararına itiraz da Çalışma Bakanlığına yapılabilecektir. Söz konusu idari denetimin yanı sıra, iç yönetmeliğe ilişkin bir uyumsuzluğu çözmekle görevli iş mahkemeleri de, tespit ettikleri hukuka aykırılık neticesinde iç yönetmeliğin ilgili hükümlerini iptal yoluna gidebilecektir<sup>138</sup>.

Hukukumuz açısından genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin olarak getirilen TBK m.25 hükmü, bu konudaki tek pozitif düzenleme olma özelliği taşımaktadır. Bu hükme göre, “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”. Başkaca bir denetim mekanizması öngörülme-yen sistemimizde, bu hükme bağlı olarak içerik denetimi yapılabilecek olan iç yönetmelik ve benzeri düzenlemelerin, sözleşme adaletini sağlamak amacıyla yargıç tarafından yerindeliğinin denetlenebileceği kabul edilmektedir<sup>139</sup>. Görüldüğü gibi iç yönetmeliklere konabilecek hükümler açısından da dürüstlük kuralı, özellikle başka pozitif düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, önemli bir sınır teşkil etmektedir.

<sup>135</sup> *Soyer*, 38-41.

<sup>136</sup> *Soyer*, 135 vd.; *Süzek*, 63; *Alp*, 268 vd.

<sup>137</sup> Ayrıntı için bkz. *Peskine/Wolmark*, 174; *Auzero/Dockès*, 771-773; *Lokiec*, 181-183.

<sup>138</sup> *Peskine/Wolmark*, 174; *Auzero/Dockès*, 773-775; *Favennec-Héry/Verkindt*, 242-243.

<sup>139</sup> *Süzek*, 64; *Alp*, 302-303.

### cc) Yönetim yetkisi - sözleşmenin/çalışma koşullarının değiştirilmesi ilişkisi

İşverenin yönetim yetkisi, hukuk sistemi tarafından kabul edilen ve çerçevelenen bir yetki olup, bu yetkinin sözleşme ile olan ilişkisinin belirlenmesi iş ilişkisinde değişiklik konusunda büyük önem taşımaktadır. Zira iş güvencesi sisteminin işlevini yerine getirebilmesi, işverenin iş sözleşmesi ya da çalışma koşullarında tek tarafı değişiklik yapamaması ile yakından ilgilidir. İş Kanununun, çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi kenar başlıklı 22. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu düzenleme ile, işveren tarafından belli durumlarda fesih yoluna gidilmesinden önce, çalışma koşullarında değişiklik yapılarak iş ilişkisinin sürdürülmesi amaçlanmaktadır<sup>140</sup>. İşverenin tek tarafı olarak değiştirebileceği çalışma koşullarını sınırlayabilmek adına, hukukumuz açısından olduğu gibi, Fransız Hukukunda da bazı farklılıklarla, işverenin yönetim yetkisi içinde kalan alanlarda ve esaslı olmayan değişiklik söz konusu olduğunda tek tarafı olarak değişiklik yapabileceği kabul edilirken, yönetim yetkisi dışındaki konularda işçinin de rızası ve işverenin belli bir prosedürü izlemesi aranmaktadır<sup>141</sup>.

Nitekim İş Kanunu m.22 hükmü, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişikliğin ancak işçiye yazılı olarak bildirilmek suretiyle yapılabileceğini; işçinin altı iş günü içinde değişikliği kabul etmesi halinde değişikliğin işçiyi bağlayacağını düzenlemektedir. Görüldüğü gibi, 22. maddenin kenar başlığı çalışma koşullarında değişiklik olmakla birlikte, esasında m.22 hükmü iş sözleşmesinde, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasında değişikliği kapsamakla, yalnızca iş sözleşmesi koşulu haline gelen çalışma koşullarında değişikliği, daha doğru bir ifadeyle iş sözleşmesinin değiştirilmesini düzenlemektedir<sup>142</sup>. İş sözleşmesi koşulu haline gelmeyen çalışma koşullarının değiştirilmesi ise bu hükme tabi olmayacaktır. Ayrıca m.22 hükmü, iş sözleşmesi koşulu haline gelmiş çalışma koşullarında yapılacak olan her değişikliği değil, yalnızca esaslı değişikliği bahsi geçen prosedüre tabi kılmakta, iş sözleşmesi koşulu haline gelen çalışma koşullarında esaslı olmayan değişikliği de işverenin yetkisine bırakmaktadır. Bu durum, sistemimizin, esaslı olmayan değişiklikler açısından, tek

<sup>140</sup> Çelik, 274; Engin, E. M.: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, Beta, İstanbul 2003, 95.

<sup>141</sup> Ayrıntı için bkz. Alp, 58 vd.; Çelik, 274 vd.; Süzek, 669 vd.; Engin, İşletme Gereklere, 94 vd.; Başbuğ, 31 vd.; Baycık, 159 vd.; Demircioğlu, M.: "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İÜHF Yayınları, İstanbul 2011, 121 vd.; Caniklioğlu, N.: "İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Tarafı Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı", Sicil, Haziran 2010, S. 18, 104 vd.; Doğan Yenisey, K.: "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Çalışma ve Toplum, 2010/3, 93 vd.; Weber, R./Erbaş, C.G.: "Türk Hukukunda Değişiklik Feshi", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt I, Beta, İstanbul 2010, 829 vd.; Tulucu, N. B.: "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt I, Beta, İstanbul 2011, 1099 vd.

<sup>142</sup> Alp, 61; Engin, İşletme Gereklere, 96; Süzek, S.: "Değişiklik Feshi", TİSK Akademik, 2006/I, 9.

tarafı sözleşme değişikliğine izin verdiğini ortaya koymaktadır<sup>143</sup>. Bu nedenle yönetim hakkının ve esaslı olmayan değişikliğin kapsamının belirlenmesi, iş sözleşmesi koşulu haline gelen çalışma koşullarının tespitine bağlı bulunmaktadır. Ayrıca ekleyelim ki, esaslı olmasa dahi sözleşme koşullarında değişiklik, sözleşmenin işveren tarafından tek tarafı olarak değiştirilebilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, işverenin yalnızca iş sözleşmesine dayanarak iş görme ediminin ayrıntılarını belirleyebilme yetkisi anlamındaki yönetim yetkisi, sözleşmede esaslı olmayan değişiklik yapma yetkisinden farklıdır<sup>144</sup>. Yönetim yetkisi işverene, sözleşmede herhangi bir değişiklik yapma olanağı tanımamakta; ancak iş sözleşmesi koşulu haline gelmeyen çalışma koşullarında değişikliğe imkan sağlamaktadır.

Önemle belirtelim ki, hukukumuzda öğretilerde ve yargı kararlarında yer verilen esaslı olan-olmayan değişiklik ayrımı, Fransız Hukukunda da daha önceleri benimsenmişken; Fransız öğretisinde bu konuda yaşanan yoğun tartışmalar 1980-1990 yıllarında yargı içtihadında çarpıcı gelişmelere kaynaklık etmiş; işverenin tek tarafı değişiklik yapabileceği alan ile tarafların ortak iradeleri sonucu belirlenen sözleşmesel alanın sınırları yeni kriterlere göre çizilmiştir: Önceleri, hukukumuzda olduğu gibi, iş sözleşmesinde esaslı olan ve olmayan değişiklik ayrımına göre içtihat geliştiren Fransız Yargıtayı, bu ayrımın yeteri kadar ikna edici olmadığı gerekçesiyle ve tarafların ortak iradesiyle ortaya çıkan sözleşmede en ufak bir değişikliğin bile yine ortak irade ile gerçekleştirilebileceği düşüncesine dayanarak içtihat değişikliğine gitmiştir<sup>145</sup>. Bu içtihadıyla Sosyal Daire, iş sözleşmesinde değişiklik (*contrat de travail*) ile işverenin yönetim yetkisi içinde kalan çalışma koşullarında değişiklik (*conditions de travail*) kavramları arasındaki farkı açıklıkla ortaya koymuş; iş ilişkisinde sözleşmesel nitelikteki hiçbir unsurun işverence yönetim yetkisi kapsamında tek tarafı olarak değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Dolayısıyla günümüzde Fransız

<sup>143</sup> **Doğan Yenisey**, K.: “Hizmet Akdine Tek Taraflı Müdahale ve İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi”, **İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni**, S.5, 142; **Engin**, İşletme Gerekleri, 96; **Alp**, 61, 103, 113; **Demircioğlu**, “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, 125. İşK m.22 hükmünün iş sözleşmesinde esaslı olan ve olmayan değişikliği birlikte düzenlediği; esaslı olmayan değişikliğin m.22/II hükmüne tabi kılınarak, ancak tarafların ortak iradesiyle yapılabileceği, bununla birlikte zımni irade beyanı uyuşmasının yeterli görüldüğü görüşü için bkz. Baycık, 160.

<sup>144</sup> **Alp**, 112; **Stizek**, “Değişiklik Feshi”, 10. Karş. **Engin**, İşletme Gerekleri, 96, 98, Yazar, esaslı olmayan değişikliğin de bir sözleşme değişikliği olduğunu kabul etmekle birlikte, yasa koyucunun işverene tek tarafı olarak esaslı olmayan değişiklik yapma yetkisi tanımamasını, sözleşmeye bağlılık ilkesi ile yönetim hakkının sınırı belirlenirken yönetim hakkı lehine bir tercih yapması olarak yorumlamakta; esaslı olmayan değişikliğin işverenin yönetim hakkı kapsamında yer aldığını belirtmektedir.

<sup>145</sup> Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesinin içtihat değişikliğini gerçekleştirdiği 10.7.1996 tarihli Le Berre kararı için bkz. **Peskine/Wolmark**, 186; **Lokiec**, 221. Çalışma koşullarında değişikliğin işverenin yönetim yetkisi kapsamında işverence tek tarafı yapılabileceği; buna karşın sözleşmede değişikliğin ancak işçinin onayı ile gerçekleştirilebileceğine ilişkin bkz. **Favennec-Héry/Verkindt**, 414-416.

Hukukunda esaslı olan-olmayan değişiklik ayrımı terk edilmiş, “iş sözleşmesinde” değişiklik ve “çalışma koşullarında” değişiklik ayrımı benimsenmiştir<sup>146</sup>.

Bu noktada terminoloji açısından hukuk sistemimiz ile Fransız Hukuku arasında bir farklılık ortaya çıkmış bulunmaktadır; çünkü Fransız hukukunda yalnızca işverence, yönetim yetkisi kapsamında tek tarafı değiştirilebilecek olan unsurlar “çalışma koşulları” olarak adlandırılırken; bizde sözleşme koşulu haline gelen ve gelmeyen tüm koşullarda esaslı olan veya olmayan tüm değişiklikler, “çalışma koşulları”nda değişiklik olarak ifade edilmektedir. Zira hukukumuzda çalışma koşulları ile iş ilişkisinden doğan tüm hak ve borçlar kast edilmekte<sup>147</sup>; çalışma koşullarının, sözleşme koşullarını da içeren daha geniş içeriğe sahip bir kavram olduğu kabul edilmektedir<sup>148</sup>. Fransız Hukukunda ise çalışma koşulları kavramı ile, işverenin yönetim yetkisi kapsamındaki koşullar kast edilmektedir.

Fransız Hukukunda, sözleşme ile çalışma koşulları ayrımı yapılırken, sözleşmesel alanın içeriğinin belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Belirtelim ki, iş ilişkisinde hangi unsurun işverenin yönetim yetkisi kapsamının dışında olduğunun tespitinde başvurulacak kriter hakkında Sosyal Daire, sözleşmenin içeriğinin objektif olarak belirleneceğine karar vermiş; içtihadıyla sözleşmesel alanın sınırlarını çizmiştir. Buna göre, işçinin ücreti, iş tanımı ve sorumlulukları, işyeri ve çalışma süresi, objektif olarak sözleşmesel alan içinde yer alan unsurlar olarak kabul edilmiş; bunlarda yapılacak bir değişiklik sözleşmede değişiklik anlamına geldiğinden, işverenin bu unsurlar açısından tek tarafı değişiklik yapmasının olanaklı olmadığı belirtilmiştir. Çalışma süresinden farklı olarak, gün içindeki çalışma saatlerinin belirlenmesi ve değiştirilmesinin ise kural olarak işverenin yönetim yetkisi kapsamında düşünülmesi gerektiği, ancak bunun da sınırını işçinin kişisel ve ailevi yaşamı ile dinlenme hakkının teşkil ettiği vurgulanmıştır<sup>149</sup>. Dolayısıyla işveren, sözleşme değişikliğini tek tarafı olarak gerçekleştiremeyecek ancak Yargıtay içtihadı ile objektif olarak belirlenen unsurlar dışında kalan konular, çalışma koşulları olarak nitelendirildiği için işverenin yönetim yetkisi kapsamında, işverence tek tarafı olarak değiştirilebilecektir. Buna karşın, işverenin yönetim yetkisi çerçevesinde çalışma koşullarında değişiklik yapabilmesi olanağı da sınırsız olmayıp, denetime tabi tutulacaktır. Hakkın kötüye kullanılması teorisi temelinde oluşturulan, işverenin bu yöndeki yetkisinin denetiminde, Fransız Hukukunda daha sonra dürüstlük ilkesi

<sup>146</sup> *Peskine/Wolmark*, 185 vd.; *Auzero/Dockès*, 663 vd.; *Favennec-Héry/Verkindt*, 409 vd.; *Lokiec*, 221 vd.

<sup>147</sup> *Alp*, 101; *Engin*, E. M., “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”, İÜHFİM, C.LXI, S.1-2, 314. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir: Yarg. 9HD., 18.4.2012 t., E. 2010/3864 K. 2012/13504; Yarg. 9HD., 11.4.2012 t., E. 2010/5223 K. 2012/12368 (*Çiz*, Ş.: *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 2011-2012 Yılları*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, 438 vd.).

<sup>148</sup> *Alp*, 102; *Engin*, İşletme Gereklere, 95.

<sup>149</sup> *Favennec-Héry/Verkindt*, 411-412; *Peskine/Wolmark*, 190-191.

esas alınmış; buna ek olarak işverenin yönetim yetkisi kapsamında yapmak istediği değişikliklerin aynı zamanda işletme menfaatine hizmet etmesi de aranmıştır<sup>150</sup>.

Hukukumuz açısından, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarına müdahale niteliği taşıyan, sözleşme ile sağlanan denge ve düzeni belirli ölçüde bozan değişikliklerin esaslı değişiklik sayılması gerektiği belirtilmiştir<sup>151</sup>; esaslı değişiklik kavramı daha çok Yargıtay içtihadı ile şekillenmiş bulunmaktadır. Çalışma koşullarında yapılan değişikliğin esaslı olmaması, değişikliğin önemsiz olması anlamına gelmektedir<sup>152</sup>. Diğer bir ifadeyle, “şayet yapılan değişiklik, dürüstlük kuralları ve makul anlayış ölçülerine göre reddi doğru olmayacak şekilde ise, değişikliği işverenin yetkileri içinde saymak doğru olur. Bu ölçü her somut olayın özellikleri göz önünde tutularak uygulanmalıdır”<sup>153</sup>. Gerçekten esaslı olan ve olmayan değişiklik ayrımında her somut durum için geçerli bir ölçütün tespiti güçlük arz etmektedir. Yargıtay bu konuda özellikle “işçinin durumunun ağırlaşması” kriterini dikkate almaktadır<sup>154</sup>. Buna göre, iş sözleşmesinin objektif esaslı noktaları olan ücret, işin niteliği, işyeri ve çalışma süresi konularında işveren esaslı bir değişikliği işçinin yazılı rızası olmadan yapamayacak; ancak esaslı olmayan, işçinin durumunu ağırlaştırmayan, önemsiz değişiklikler işverence tek taraflı olarak yapılabilecektir. Örneğin, ücret konusunda işçi aleyhine her türlü değişiklik ve ücretsiz izin uygulaması esaslı değişiklik sayılacak olmakla birlikte<sup>155</sup>; özellikle özel bir bilgi gerektirmeyen işlerde, işin ağırlaşmasına neden olmayacak biçimde işin niteliğinde işverence tek taraflı değişiklik yapılması olanaklı kabul edilebilecektir<sup>156</sup>. İşçinin çalışacağı işyerinin sözleşmede taraflarca belirlenmiş olması durumunda bunun değiştirilmesi m.22 hükmündeki prosedüre tabi olacak iken; sözleşmede bu yönde bir düzenleme bulunmaması halinde işçinin çalışacağı işyeri, işverenin yönetim yetkisi kapsamında, işçinin durumunu ağırlaştırmama koşuluyla aynı il sınırları içinde değiştirilebilecektir. Ne var ki, aynı il sınırları içinde kalmakla beraber, işyerinin değişmesi nedeniyle işçinin

<sup>150</sup> *Peskine/Wolmark*, 195.

<sup>151</sup> *Alp*, 114; *Süzek*, 673; *Alpagut*, G.: “İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri – Karar İncelemesi”, **Çimento İşveren**, Eylül 2004, 56; *Uşan*, F.: “4857 Sayılı İş Yasası’nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, **DEÜHFD, C.9, Özel Sayı, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan**, 2007, 220; *Manav*, E.: “İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu”, *Sicil*, Mart 2012, S.25, 140.

<sup>152</sup> *Taşkent*, 125; *Alp*, 113.

<sup>153</sup> *Güzel*, A.: *İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi*, İstanbul 1987, 355.

<sup>154</sup> Yarg. 9HD., 16.10.1996 t., E. 1996/8637 K. 1996/19593, bkz. *Alp*, 114; Engin, *İşletme Gereklileri*, 97.

<sup>155</sup> Yarg. 9HD., 20.12.2004 t., E. 2004/14805 K. 2004/28304 ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)).

<sup>156</sup> “(...) davacının çalışmakta olduğu birim ile sonradan görevlendirildiği birim arasında çalışma koşulları bakımından esaslı değişiklik olup olmadığı araştırılarak, akdın feshinin haklı olup olmadığının duraksamaya yer verilmeyecek şekilde tespiti ile sonucuna göre ihbar ve kıdem tazminatı talebi hakkında karar verilmesi gerekirken (...)” (Yarg. 9HD., 18.4.2012 t., E. 2010/3864 K. 2012/13504, *Çil*, 438-445).

yolda geçireceği zaman artıyor ve dinlenme için ayıracağı süre sınırlanıyorsa, bu değişikliğin önemsiz bir değişiklik olmadığı ortaya çıktığından, esaslı değişiklik sayılması gerekmektedir<sup>157</sup>. Çalışma süresinde değişiklik ise, ücrette değişikliğe neden olduğundan esaslı değişiklik sayılmalı; Fransız Hukukunda da kabul edildiği gibi gün içindeki çalışma saatlerinin belirlenmesi ise işverenin yönetim yetkisi kapsamında kabul edilmelidir. Hukukumuz açısından da bu konuda elbette, işyerindeki çalışma saatlerinin değişiminin işçinin yaşamına olan etkisi dikkate alınmalı; kişisel ve ailevi yaşamını olumsuz etkileyecek değişiklikler esaslı değişiklik olarak nitelendirilerek, işçinin rızasına tabi kılınmalıdır<sup>158</sup>.

Belirtelim ki iş sözleşmesine konulan hükümlerle, işverenin yönetim yetkisinin sınırlarını genişletmek söz konusu olabilmektedir<sup>159</sup>. Fransız Hukukunda bu tip hükümlerin sözleşmeye konması olanağı hukuken tanınmış olmakla birlikte, geçerlilikleri bazı koşullara tabi kılınmıştır. Bu kapsamda ilk olarak Medeni Kanunun m.1129 hükmü gereği, sözleşmesel borçların belirli ya da belirlenebilir olması zorunluluğu karşısında, işverenin yönetim yetkisini belirsiz biçimde genişleten sözleşme hükümleri geçersiz sayılacaktır. Hukukumuz açısından, 4857 sayılı İş Kanununun hazırlık aşamasında, 22. madde hükmüne getirilmek istenen “işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkı saklı tutulduğu hallerde (...) yukarıdaki hükümler uygulanmaz.” ifadesinin TBMM’deki görüşmeler sonucunda maddeden çıkarılmış olması, söz konusu değişiklik kayıtlarının hukukiliğini tartışmalı hale getirmiştir. Mevcut durum karşısında, işverenin çalışma koşullarında tek yanlı değişiklik yapma hakkını saklı tutmasının ve buna dayanarak tek yanlı değişiklik yapmasının hukuken olanaklı olmadığı görüşü tarafımızca ileri sürülmüş<sup>160</sup>; aksi yöndeki görüş tarafından ise, genel olarak esaslı değişiklik yapma olanağı öngören hükümlerin geçersizliği kabul edilmekle birlikte, iş sözleşmesi veya eklerinde somut olarak iş koşullarında bazı değişiklikler yapılabileceği, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ve MK m.2 hükmüne uygunluk koşuluyla bu kayıtların geçerli sayılacağı savunulmuştur<sup>161</sup>. Belirtelim ki, 6098 sayılı Borçlar Kanunu m.24 hükmü

<sup>157</sup> Yarg. 9HD., 17.5.2005 t., E. 2004/27850 K.2005/18819 (www.kazanci.com).

<sup>158</sup> Yarg. 9HD., 7.12.1995 t., E. 1995/20913 K. 1995/35276 (www.kazanci.com).

<sup>159</sup> “İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapılabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır.” (Yarg. 9HD., 11.4.2012 t., E. 2010/5223 K. 2012/12368, Çil, 446-453).

<sup>160</sup> **Güzel**, A.: “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, 120.

<sup>161</sup> **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, 184-185; **Süzek**, “Değişiklik Feshi”, 16; **Alpagut**, “İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri – Karar İncelemesi”, 60-61; **Alp**, 243 vd.; **Doğan Yenisey**, “İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi”, 1175 vd.; **Aydın**, U.: “4857 sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar



ile “Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.” yönünde getirilen hüküm karşısında, öğretilde, tip iş akitleri ve işyeri iç yönetmeliklerinde işverene işçi aleyhine tek taraflı olarak çalışma koşullarını değiştirme yetkisi veren değişiklik kayıtlarının yer alamayacağı da ileri sürülmüştür<sup>162</sup>. Bu görüş uyarınca, TBK m.24 hükmünün tip iş akitleri ve işyeri iç yönetmeliklerini kapsamına almasından dolayı, bazı sınırlamalar çerçevesinde, işçilerle ayrı ayrı yapılacak ve farklı çalışma koşullarını içeren, tip iş akdi niteliğinde olmayan bireysel iş sözleşmelerine değişiklik kayıtlarının konulmasına ise herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Yargıtay içtihadı da, değişiklik kayıtlarının geçerli olacağı, bu halde işverenin genişletilmiş yönetim yetkisinden bahsedilebileceği yönünde bulunmakla birlikte<sup>163</sup>; bu kararlarda, nakil yetkisini saklı tutan kayıtlar dışında çalışma koşullarında değişiklik hakkının saklı tutulmasının olanaklı olmadığı vurgulanmaktadır<sup>164</sup>. Bu yönüyle, m.22 hükmündeki, işverenin iş sözleşmesi hükmü haline gelen konularda değişiklik yapabilmesini işçinin yazılı rızasının alınmasına bağlayan kural karşısında, işverenin sözleşmede değişiklik hakkını saklı tutan kayıtları sözleşmeye koyamayacağı yönündeki kararların isabetli olduğu görüşündeyiz. Aksi halde bu kayıtlar, 22. maddenin anlamsız kalması sonucunu doğurabilecek nitelikte olup; sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşmeye konacak hükümlere ilişkin işverence pazarlık gücüne sahip olmayan; işverence hazırlanan ve yönetim hakkını genişleten hükümler içeren sözleşmeyi, işe alınabilmek için kabul etmek zorunda kalan işçinin, iş ilişkisinin devamı süresince ücreti, çalışacağı işyeri, işin niteliği, çalışma süreleri ve saatleri gibi konularda her an esaslı değişikliklerle karşılaşmasına ve bunlara boyun eğmesine neden olabilecektir. Bunun gibi bir sonucun ise, işçinin iş sözleşmesinin varlığının ve içeriğinin korunması gerekliliği ile işverenin sözleşmede değişiklik yapma ihtiyacı arasındaki dengenin işçi aleyhine bozulması nedeniyle kabul edilemez nitelikte olduğu açıktır.

İncelemesi)”, **Sicil**, Mart 2007, S.5, 61; **Uşan**, “4857 Sayılı İş Yasası’nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, 245-246; Manav, “İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu”, 142; **Tulukcu**, “Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik”, 1126 vd.

<sup>162</sup> **Süzek**, 679.

<sup>163</sup> Yarg. 9HD., 18.4.2012 t., E. 2010/3864 K. 2012/13504; Yarg. 9HD., 11.4.2012 t., E. 2010/5223 K. 2012/12368; Yarg. 9HD., 3.4.2012 t., E. 2010/5192 K. 2012/11223; Yarg. 9HD., 26.3.2012 t., E. 2010/1395 K. 2012/9918, **Çil**, 438 vd. Aynı yöndeki HGK 11.10.2006 t., E. 2006/9-613 K. 2006/644 sayılı karar ve incelemesi için bkz. **Aydın**, “4857 sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi)”, 57 vd.

<sup>164</sup> “Dairemiz uygulamasına göre sözleşme ile nakil yetkisinin saklı tutulması mümkün ise de, 4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinin düzenlemesi karşısında çalışma koşullarında işçi aleyhine yapılacak diğer değişikliklerin sözleşme ile önceden saklı tutulması mümkün değildir.” (Yarg. 9HD., 13.12.2010 t., E. 2009/39668 K. 2010/37397, www.legalbank.net).

Öğretide çoğunluk görüşü ve Yargıtay tarafından geçerli kabul edilen işyeri nakil yetkisini saklı tutan kayıtların işverence kullanılmasına ilişkin ise bazı sınırlamalar getirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Her ne kadar işveren lehine değişiklik hakkını saklı tutan kayıtların geçersiz sayılması gerektiği görüşünü savunuyor olsak da, uygulamada sıkça başvurulmuş ve isabetsiz olarak Yargıtay tarafından da geçerli kabul edilen bu hükümlerin (*mobilité klotzlarının*), hiç değilse uygulanması açısından sınırlama getirilmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Bu konuda Yargıtay da kararlarında, “*Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır*”<sup>165</sup> ifadelerine yer vermekte, dürüstlük kuralının söz konusu yetkinin sınırını teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Belirtelim ki, Yargıtay bu sınırı çizerken, yukarıda ayrıntılı olarak yer verdiğimiz dürüstlük ilkesi ile iyiniyet kavramının farklı iki kavramlar olmasına ve birbirleri yerine kullanılmasının hatalı olması durumuna özen göstermeksizin, “*Davalı işveren davacı işçinin çalıştığı yerin değiştirilmesine ilişkin yetkisini iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanmalıdır. İşyeri değişikliğine ilişkin ihtarnamede ihtiyaç dolayısıyla görevlendirildiği belirtilmiş ise de bu durum somutlaştırılmadığından davalı tarafça yapılan yer değişikliği iyiniyetli değildir*”<sup>166</sup> ifadelerine kararlarında yer vermektedir. Bu kararda yer verilen iyiniyet ifadesi ile kast edilen dürüstlük ilkesi olduğundan, kararı bu şekilde anlamak yerinde olacaktır.

Ayrıca Yargıtay tarafından, işverenin söz konusu sözleşme kaydına dayanarak işyerini nakledebilmesi için, bunu gerekçelendirmesi gerektiği, yalnızca “görülen lüzum üzerine”<sup>167</sup> ya da “ihtiyaç dolayısıyla”<sup>168</sup> işyeri değişikliğinin yapılamayacağı, işverenin bu ihtiyacı somutlaştırmasının aranacağı, bu halde değişikliğin nesnel sayılamayacağı hükme bağlanmaktadır.

Fransız Hukukunda, işyerini nakil yetkisini saklı tutan kayıtlar ise, ayrıntılı biçimde coğrafi bir alan belirlemedikleri veya işverene bu hükümden doğan yetkiyi dilediği gibi genişletme olanağı tanıdıkları takdirde geçerli kabul edilemeyecektir<sup>169</sup>. Ücrete ilişkin değişiklik kayıtlarının da, yasal ve sözleşmesel asgari sınırlara uygun olması ve işletme riskini işçi üzerine aktarmaması aranmaktadır. Bu tip değişiklik kayıtlarının işverence kullanılmasının denetimi de, işverenin söz konusu sözleşme hükmünden doğan yetkisini kötüye kullanıp kullanmaması açısından yapılmakta olup, işveren bu düzenlemelerden doğan hakkını da dürüstlük ilkesi çerçevesinde kullanabilecektir. Fransız Yargıtayı tarafından işverenin işyeri değişikliği hakkını saklı tutan kayıtların hukuki denetimi, işveren tarafından bu kaydın ileri sürül-

<sup>165</sup> Yarg. 9HD., 11.4.2012 t., E. 2010/5223 K. 2012/12368, *Çil*, 446-453.

<sup>166</sup> Yarg. 9HD., 4.3.2010 t., E. 2008/20764 K. 2010/5904 (www.legalbank.net).

<sup>167</sup> Yarg. 9HD., 25.3.2010 t., E. 2008/22933 K. 2010/7945 (www.legalbank.net).

<sup>168</sup> Yarg. 9HD., 4.3.2010 t., E. 2008/20764 K. 2010/5904 (www.legalbank.net).

<sup>169</sup> *Favennec-Héry/Verkindt*, 399; *Lokiec*, 224.

mesinde güdülen amaç kapsamında gerçekleştirilmektedir. Buna göre, söz konusu kayıtların hukuken geçerli olacağı kabul edilmekle birlikte işveren, bu kayıttan doğan hakkını kötüye kullanmamalı; işletme gereklerinden kaynağını alan objektif nedenlerle işçinin işyerini değiştirme yoluna gidebilmelidir<sup>170</sup>.

Ayrıca Fransız Hukukunda işverenin yönetim yetkisini genişleten sözleşmesel düzenlemelere işverence başvurulması, İş Kodu m. L.1121-1 hükmü uyarınca ölçülülük denetimine de tabi tutulmakta; hiçbir sözleşme hükmünün, işçinin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklere, hükmün amacıyla açıklanamayan ve bu amaçla orantısız olacak biçimde sınırlama getiremeyeceği vurgulanmaktadır<sup>171</sup>. Nitekim Fransız Yargıtayı, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, işçinin çalışmakta olduğu işyerinin (Valenciennes'den Avignon'a) değiştirilmesini, bu gerekliliğin işveren tarafından objektif nedenlerle açıklanamaması nedeniyle ve işçinin ciddi ailevi gerekçelerle ikametgahını değiştirme güçlüğüünün işveren tarafından biliniyor olmasına dayanarak dürüstlük kuralına aykırı bulmuş; bu durumu işçinin ikametgahını serbestçe seçme özgürlüğüne *orantısız* bir müdahale olarak nitelendirmiştir<sup>172</sup>.

#### dd) Yönetim yetkisi - işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması sorunu

İş ilişkisinin uygulanmasında temel hakların ortaya çıkış düşüncesi, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak işverene bağımlı biçimde iş görmeyi kabul eden işçinin kişiliğinin korunmasında yatmaktadır<sup>173</sup>. İşçinin iş görme edimini işverenin emir ve talimatları altında, onun iş organizasyonu içinde, onun belirlediği şekilde yerine getirmesi diğer bir ifadeyle iş ilişkisindeki bağımlılık unsuru ve işçinin kişilik değerlerinin önem taşıdığı<sup>174</sup> bir sözleşmede zayıf taraf olması, bu ilişkide işçinin kişiliğine, özel yaşamına müdahale riskini artırmaktadır. Bu nedenle iş ilişkisindeki güç dengesi, özellikle temel bir hakkın kullanılması söz konusu olduğunda daha da büyük önem arz etmektedir<sup>175</sup>. İşveren, işçiyi gözetme borcu kapsamında, işçinin kişiliğini, bedensel ve ruhsal bütünlüğünü, şeref ve onurunu, kişisel ve mesleki saygınlığını, ahlaki değerleri ve özel yaşam alanını korumak yükümlülüğü altın-

<sup>170</sup> *Vigneau*, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", 712; *Vasseur-Lambry*, "La bonne foi dans les relations individuelles de travail", 6.

<sup>171</sup> *Favennec-Héry/Verkindt*, 398; *Lokiec*, 225.

<sup>172</sup> Cass. soc. 14 oct. 2008, no 07-40.092, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&cidTexte=JURITEXT000019660726&fastReqId=750656436&fastPos=32>).

<sup>173</sup> *Ertürk*, Ş.: *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, 85; bu konuda Fransız Hukukuna ilişkin bkz. Lyon-Caen, A./Vacaric, I., "*Droits fondamentaux et droit du travail*", *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, Paris 2001, 421 vd.

<sup>174</sup> *Güzel*, A.: "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek", *Halid Kemal Elbir'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1996, 167 vd.

<sup>175</sup> *Ertürk*, 89; *Sevimli*, "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi", 53 vd.

dadır<sup>176</sup>. İşçinin kişiliğini gözetme borcu, temelde Anayasa'dan kaynağını almakla birlikte (AY m. 12, 17, 19, 20, 24, 25), doğrudan işçinin kişiliğini korumaya yönelik bir hüküm, 6098 sayılı Borçlar Kanunu m.417 ile de öngörülmüş bulunmaktadır. 417. maddenin ilk fıkrası uyarınca, “İşveren hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize maruz kalmamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür”. Belirtelim ki, işverenin dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla yükümlü olması ifadesindeki “dürüstlük ilkeleri”, çalışmamızda inceleme konusu yaptığımız, teknik anlamdaki dürüstlük ilkesi anlamını taşımamakta, bu nedenle de isabetli bulunmamaktadır. Bu ifadenin mehzar kanunda yer verildiği gibi ahlaka uygunluk (moralité)<sup>177</sup> olarak anlaşılması yerinde olacaktır<sup>178</sup>.

Anayasa ile güvence altına alınan kişilik kavramı, kişiye bağlı, parayla ölçülmesi olanaklı olmayan değerler bütünü olarak ifade edilmekte<sup>179</sup>, işçiye ait kişisel verilerin işlenmesi konusu da işçinin kişiliğinin korunması açısından temel bir noktayı oluşturmaktadır.

TBK m.419 hükmü bu konuda, işverenin, işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde

<sup>176</sup> *Çelik*, 192; *Süzek*, 406 vd.; *Ulusun*, İ.: **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu**, İstanbul 1990, 22; *Ertürk*, 89 vd.; *Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan*, 144; Bayram, F.: Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, 83 vd.; *Centel*, T.: “**Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması**”, Sicil, Aralık 2011, S.24, 13 vd.; *Tuncay Kaplan*, E.: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, Sicil, Aralık 2011, S.24, 41; *Sevimli*, A.: “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, *Sicil*, Aralık 2011, S.24, 109; Bayram, F.: “Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara 2006, 11 vd.; *Şen*, M.: “İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları”, *Sicil*, Aralık 2012, S.28, 133 vd.; EN, Mınıukuku rcu masılışkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunmasıyaşam alanını

<sup>177</sup> Loi fédérale complétant le Code civil suisse (livre cinquième: Droit des obligations), art. 328/I: “L’employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulu pour sa santé et veille au maintien de la moralité.”

<sup>178</sup> *Süzek*, 407; *Centel*, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, 14; *Tuncay Kaplan*, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, 45; *Sevimli*, “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, 120. Nitekim Yargıtay da kararlarında, bu ifadeyi, işverenin işyerinde, ahlak ve dürüstlük kurallarına uygun bir çalışma ortamı sağlamakla yükümlü olması biçiminde yorumlamakta, dürüstlük ifadesinin yanında isabetli olarak, ahlaka uygunluğu da belirtmektedir (Yarg. 9HD., 4.2.2013 t., E. 2012/26702 K. 2013/3953, www.legalbank.net).

<sup>179</sup> *Bayram*, (doktora tezi), 9; *Sevimli*, “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, 111.

kullanabileceğini öngörmüştür<sup>180</sup>. İşK. m.75/II hükmü de, işverenin işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralına ve hukuka uygun olarak kullanması gerektiğini ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlü olduğunu öngörmektedir. Maddede yalnızca verilerin kullanılmasından bahsedilmekle birlikte, bunun verilerin işlenmesi biçiminde anlaşılması gerektiğinin de altı çizilmelidir, çünkü verilerin işlenmesi, bunların elde edilmesi ve kullanılması da dahil, verilere ilişkin yapılabilecek tüm işlemleri kapsamaktadır. Böylece işveren, işçi hakkında düzenlemesi gereken özlük dosyası ve tutması gerekli tüm kayıtlar açısından, işçi hakkında edindiği verileri, iş sözleşmesinin ifasının gerektirdiği biçimde, toplanma amacına ve dürüstlük kuralına uygun olarak işlemeli; işçinin kendisi hakkındaki verilerin ne şekilde kullanıldığına ilişkin bilgi alma, bu verilere erişim, bunların düzeltilmesini ya da silinmesini talep ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkı (AY m. 20) ihlal edilmemelidir. Avrupa Birliği Hukukunda da Lizbon Antlaşmasının eki olan Temel Haklar Şartının 8. maddesi<sup>181</sup> de, “Herkes, kendisi hakkında kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir. Söz konusu veriler açıkça belirtilmiş amaçlarla ve dürüst biçimde, ilgili olduğu kişinin rızası temelinde ya da yasalarca öngörülen diğer meşru temellerde işlenmelidir. Herkes kendisi hakkında toplanmış verilere erişim ve bunların düzeltilmesini talep hakkına sahiptir.” düzenlemesini öngörmektedir. Bu konuda Avrupa Birliği ikincil hukuku kapsamında, 24.10.1995 tarihli 95/46 sayılı Yönerge<sup>182</sup> ve 12.7.2002 tarihli 2002/58 sayılı Yönerge<sup>183</sup> ile de ayrıntılı düzenlemeler getirilmiş bulunmaktadır.

Bu konuda anayasa ve yasalarla öngörülen ölçünün aşılması, işçinin özel yaşamına saldırı teşkil edecektir. Görüldüğü gibi işçinin kişisel verilerinin korunması ve bu verilerin işlenmesini şahsen belirleme hakkı ile işverenin girişim özgürlüğü çerçevesinde bilgi edinme hakkı arasındaki menfaat dengesinin kurulması önem taşımaktadır<sup>184</sup>. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişme, işçinin bu açıdan korunmasının da önemini pekiştirmiştir<sup>185</sup>.

Fransız Hukukunda, yasa koyucunun işçinin temel haklarına karşı kayıtsız kal-

<sup>180</sup> *Tuncay Kaplan*, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, 50; ayrıca bkz. *Okur*, Z.: “Türk İş Hukuku’nda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, *İş Dünyası ve Hukuk*, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 2011, 368 vd.

<sup>181</sup> JO 26.10.2012, C326/397, Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne.

<sup>182</sup> JO L 23.11.1995, 31-50, Directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

<sup>183</sup> JO L 31.7.2002, 37-47, Directive 2002/78/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

<sup>184</sup> *Okur*, “Türk İş Hukuku’nda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, 370; *Sevimli*, “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi”, 71.

<sup>185</sup> Bkz. *Sevimli*, K.A.: *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal, İstanbul 2006, 1 vd.; *Sevimli*, K.A.: “Veri Koruma İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419”, *Sicil*, Aralık 2011, S.24, 120 vd.; *Okur*, “Türk İş Hukuku’nda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, 368.

ma durumunun 1980'lerde sona erdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Danıştay'ın 1 Şubat 1980 tarihli *Peintures Corona*<sup>186</sup> davasında, işyeri iç yönetmeliğinin kişilik hakları, bireysel ve kolektif özgürlükler çerçevesinde hukukilik denetiminin yapılmasıyla başlayan süreçte, daha sonra yasa koyucu devreye girmiş ve İş Kodu'nun m. L.1121-1 hükmünde hiç kimsenin, kişilik hakları ile bireysel ve kolektif özgürlüklere, gerçekleştirilmek istenenin niteliği ile açıklanamayan ve amaçla ölçülü olmayan sınırlamalar getiremeyeceği öngörülmüştür. İşçinin kişilik hakları ve daha geniş bir ifadeyle temel hakları, diğer pek çok işlevinin yanında, işverenin yetkileri sözleşmeden, iç yönetmelikten ya da ona tanınan yönetim yetkisinden doğduğu için yasal görülse de, söz konusu yetkileri sınırlama işlevini de üstlenmektedir<sup>187</sup>. Bu haliyle temel haklar, işverenin işlem ve eylemlerinin hukukiliğinin tartışılmasında temel kriterlerden biri haline gelmektedir.

İşyerinin ve iş organizasyonunun sınırlarının tespitindeki zorluk nedeniyle işçinin işyerindeki mesleki yaşamı ile işyeri ve çalışma saatleri dışındaki özel yaşamı arasındaki geleneksel ayırımın günümüzde aynı derecede açık olduğunu söylemek olanaklı değildir. Hatta Fransız Yargıtayı bu doğrultuda, işçinin işyerindeki meslektaşları ile iş dışındaki konularda iletişim kurma, beğenisine göre giyinme hakkı gibi haklarını kapsayan ancak işçinin özel yaşamı kavramından ayrı değerlendirilen "işçinin kişisel yaşamı" kavramını geliştirmiş bulunmaktadır<sup>188</sup>. İşçinin meslek yaşamı ile kişisel yaşamının iç içe olma niteliği, işçinin işyerinde ve dışında temel hak ve özgürlüklerinin korunması gerekliliğini ortaya koymuştur.

Öncelikle işveren, işçinin işyeri dışındaki özel yaşamına (politik ya da dini tercihleri, alışkanlıkları, aile yaşantısı vb.) her türlü müdahaleden kaçınmalı; işçinin özel yaşamından kaynaklı hiçbir neden işçinin iş ilişkisi açısından sorumluluğunu doğuramamalıdır. İşverenin bu açıdan yönetim hakkının, yalnızca işin görülmesine ilişkin konularla sınırlandırılması, dürüstlük ilkesinin bir gereğidir<sup>189</sup>. İşverenin, işçinin iş görme borcu dışındaki davranışlarına ilişkin talimat verme ve denetim uygulama yetkisi, işçinin özel yaşamına saldırı tehlikesinin sinyallerini verir, bu nedenle yönetim yetkisinin bu açıdan da sınırlandırılmasının üzerinde durulması gerekmektedir<sup>190</sup>.

Öğretide, işverenin yönetim yetkisine dayanarak verdiği talimatların, ancak iş ilişkisinin devamı ve işverenin menfaatinin korunması açısından kaçınılmaz nitelikte ve gerekli olmaları halinde, işçinin kişilik hakkına hukuka aykırı bir müdahale

<sup>186</sup> CE, 1er février 1980, (*Peskine/Wolmark*, 208'den).

<sup>187</sup> *Peskine/Wolmark*, 210; *Tuncay Kaplan*, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", 41.

<sup>188</sup> *Urban*, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", 339; *Peskine/Wolmark*, 158; *Favennec-Héry/Verkindt*, 222; *Lokiec*, 11.

<sup>189</sup> *Urban*, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", 343.

<sup>190</sup> *Sevimli*, "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi", 55.

teşkil etmeyecekleri belirtilmiştir<sup>191</sup>. Ne var ki burada dikkat edilmesi gereken nokta işverenin, işletmesinin verimliliğine dayanan salt ekonomik bir menfaati, işçinin kişilik haklarına müdahaleyi haklı kılan bir dayanak olamayacaktır. İşçinin temel bir hakkı ile işverenin ekonomik nitelikli bir menfaatinin karşı karşıya gelmesi halinde, ekonomik menfaatin doğrudan kişilik hakkından üstün tutulması olanaklı değildir. Buradaki ölçüt, işverenin ya da üçüncü bir kişinin ekonomik bir menfaatinin korunması için, işçinin sadakat borcu ve dürüstlük kuralı çerçevesinde, özel yaşamına müdahale teşkil eden uygulamaya rıza göstermesinin beklenebilir bekenemeyeceği biçiminde ortaya çıkar. Eklemek gerekir ki, müdahaleyi haklı kılacak başka bir hukuka uygunluk nedeni aranmaksızın, sadece işçinin rızasına başvurmak da yerinde kabul edilemeyecektir; çünkü sözleşmenin zayıf tarafı olduğu unutulmaması gereken işçinin kişilik hakkına müdahale teşkil eden bir uygulamaya gösterdiği rızaya da kuşkuyla yaklaşılmalıdır.

Belirtelim ki, işçinin kişilik hakkına, belirli nedenlerle müdahale olanağı bulunmaktadır. Bunlar, özellikle diğer işçilerin ve üçüncü kişilerin sağlığının, güvenliğinin sağlanması gibi üstün bir özel yarar ya da kamu yararı biçiminde ve kanundan doğan yetkinin kullanılması olarak ortaya çıkabilecektir<sup>192</sup>. Müdahaleyi haklı kılan bir nedenin tek başına varlığı da yeterli olmayıp, işçinin kişilik hakkına müdahale niteliği taşıyan uygulama konusunda önceden bilgilendirilmesi gerekecek ve ölçülülük ilkesi kapsamında, işveren tarafından başvurulacak yöntemin, güdülen amacı gerçekleştirmek için gerekli ve elverişli olması yanında, işçinin kişilik hakkını en az düzeyde zedeleyecek yöntem olması aranacaktır.

İşveren, güvenlik, bilgi akışının kontrolü, kaynakların korunması, hukuki ve cezai sorumluluğa karşı korunma, yasal sorumluluk ve hatta performans değerlendirilmesi gibi gerekçelerle işyerinde işçilerin internet kullanımını, e-posta yazışmalarını ve telefon görüşmelerini denetlemek isteyebilecektir<sup>193</sup>. İşverenin yönetim yetkisi kapsamında işçilerin iş görme edimini izleme, kontrol etme olanağı bulunsa da, belirtildiği gibi, iş ilişkisinin niteliği, işçinin meslek yaşamı ile özel yaşamının iç içe geçmesine neden olduğundan, işverenin uygulamak istediği denetim yöntemlerinin sınırını, işçinin kişiliğinin dokunulmazlığı ve özel yaşamının gizliliği oluşturmaktadır. Bu sınırların tespiti ise güçlük arz edilmektedir.

İşçinin özel yaşamının gizliliğinin korunması hakkı, işçinin işyerindeki yazışmalarının gizliliğinin güvencesini de sağlamalıdır<sup>194</sup>. Belirtelim ki hukukumuzda

<sup>191</sup> *Ertürk*, 95.

<sup>192</sup> Özel yaşamın saldırıya karşı korunması ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler konusunda ayrıntı için bkz. *Sevinli*, 64 vd.

<sup>193</sup> *Savaş*, F.B.: "İş Hukukunda 'Siber Gözetim'", *Çalışma ve Toplum*, 2009/3, 98.

<sup>194</sup> *Favennec-Héry/Verkindt*, 221; *Özdemir*, "İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine", 20-21.

bu konuda bir pozitif düzenleme bulunmayışı nedeniyle, işverenin yönetim yetkisinin sınırı çizilirken ve işçinin kişiliğine yönelik bir ihlal olup olmadığının tespitinde dürüstlük kuralı devreye girecektir. İşçilerin işveren tarafından tahsis edilmiş bilgisayarlarında, işyerinde kendilerine verilen e-postaları aracılığıyla yaptıkları yazışmaların, iş ile ilgili olduğu karinesi kabul edildiği takdirde, işverenin bu yazışmalar üzerinde, güvenlik, işyerine ilişkin bilgilerin gizliliği, e-postaların hukuka aykırılık ya da suç teşkil etmesi ve benzeri nedenlerle denetim yetkisinin olduğu kabul edilebilecektir<sup>195</sup>. Ayrıca işverenin internet kullanımı ve e-posta denetimi yapabilmesi, işin niteliğinin bunu gerektirmesine, işçilerin önceden bu konuda bilgilendirilmesi ve rızalarının alınmasına, ayrıntılı bir denetim politikası oluşturularak, ölçülülük ilkesine uygun davranılmasına bağlı bulunmaktadır<sup>196</sup>. Telefon görüşmelerinin ya da görüşülen telefon numaralarının kaydının tutulmasının ve iş saatlerinin özel görüşmelerle geçirilip geçirilmediğinin tespitinin ise, AY m.17 ve m.20 hükümlerine aykırı olduğu belirtilmektedir<sup>197</sup>. Nitekim haberleşme hürriyeti kenar başlıklı AY m.22/I hükmüne göre de, herkes haberleşme hürriyetine sahip olup; haberleşmenin gizliliği esastır.

Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin herkesin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı olduğunu öngören 8. maddesinin de bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Fransız Yargıtayının büyük yankı uyandıran *Nikon* davasında verdiği karara göre, tek başına işçinin önceden bilgilendirilmiş olması, işçinin kişisel olduğunu gösteren bir başlık taşıyan elektronik postasının işverence açılıp okunmasının, işçinin özel yaşamının gizliliğinin ihlali sayılmasına engel teşkil etmeyecektir<sup>198</sup>. Buna karşın, Sosyal Dairenin öğretide eleştirilen bir kararına göre, işçinin işyerinde kendisine tahsis edilen bilgisayarında yalnızca “kişisel” veya “özel” olarak adlandırdığı dosyaların işveren tarafından işçinin yokluğunda açılması olanaklı olmayıp, bunun dışındaki dosyalar iş ile ilgili olduğu varsayılacak ve işçinin yokluğunda da açılabilir<sup>199</sup>. Kişisel bir dosyanın işçinin yokluğunda açılabilmesi ise, “özel bir durum ya da risk”in varlığına tabi kılınmıştır<sup>200</sup>. Ayrıca işçinin, işyerinde kendisine verilen

<sup>195</sup> Özdemir, “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine”, 20-21.

<sup>196</sup> Savaş, “İş Hukukunda ‘Siber Gözetim’”, 118.

<sup>197</sup> Ertürk, 89.

<sup>198</sup> Cass. soc. 2 oct. 2001, no 99-42.942, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&cidTexte=JURITEXT000007046161&fastReqId=1243359808&fastPos=22>). Ayrıca bkz. *Peskine/Wolmark*, 212-213; *Favennec-Héry/Verkindt*, 222.

<sup>199</sup> Cass. soc. 23 mai 2012, no 10-23.521, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&cidTexte=JURITEXT000025922420&fastReqId=672058440&fastPos=66>).

<sup>200</sup> Cass. soc. 17 mai 2005, no 03-40.017, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&cidTexte=JURITEXT000007048803&fastReqId=1101659534&fastPos=1>), kararda kullanılan bu ifadenin çok geniş olduğu ve işverenin işçinin kişisel dosyalarına erişimini çok kolay gerekçelerle haklı kılacağı yönündeki eleştirisi için bkz. *Peskine/Wolmark*, 213.



bilgisayarında bazı dosyaları isminin baş harfleriyle veya “Belgelerim” şeklinde adlandırması, dosyaların kişisel dosya olarak nitelendirilmesi için yeterli görülmemiştir<sup>201</sup>.

İşçinin işyerindeki kişisel eşyalarını koyduğu dolapların işverence açılması, işyerine giriş çıkışlarda üst araması da işçilerin kişisel yaşamına müdahale olup; işverenin bu yola başvurabilmesi için kişisel yaşama müdahalenin, ulaşılmak istenen amaçla açıklanabilir ve ölçülü olması gerekecektir. Örneğin değerli metallerin işlendiği bir işyerinde, çıkışta metal detektörü konulması Fransız Danıştayınca amaca uygun ve ölçülü olarak değerlendirilse de, buna ek olarak üst araması, işçilerin çantaları ya da araçlarının aranmasının gerekli ve yerinde olmadığına hükmedilmiştir<sup>202</sup>. İşyerinde alkol testi ise, sadece güvenlik gerekçesiyle ve işin niteliği ile taşıdığı risk nedeniyle bazı işçilere uygulanabilecektir<sup>203</sup>.

İş sözleşmesinin dürüstlük ilkesine uygun ifası kuralına dayanan işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, işverenin işyerinde hukuka aykırı biçimde işçileri gözetleyerek, iş sözleşmesinin feshine neden olabilecek hatalarının tespiti amacıyla delil elde etme yöntemlerine başvurmamasını da gerektirir. Diğer bir ifadeyle dürüstlük ilkesi, işverenin işyerinde kontrol ve gözetim yetkisinin de sınırını oluşturmaktadır<sup>204</sup>. İşletme gerekleri hiçbir koşulda işçinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanması ya da ihlal edilmesinin gerekçesini oluşturamaz<sup>205</sup>. Buna göre işveren, işyerinde kontrol ve gözetim uygulamalarına başvururken şeffaf davranma borcu kapsamında öncelikle işçileri bu konuda bilgilendirmekle yükümlüdür. Fransız Yargıtayı da işçinin bilgisi dışında, bazı gözetim tekniklerinden yararlanmak suretiyle işçi aleyhine delil elde edilmesini hukuka aykırı bulmuştur<sup>206</sup>.

İşçinin kişisel yaşamının bir uzantısı olan ikametgahını seçme özgürlüğü, iş sözleşmelerine konan işyerini değiştirme hakkını saklı tutan kayıtlarla yakından ilişkilidir. Örneğin Fransız Yargıtayı, işverene işçinin çalışacağı ve ikamet etmesi gerekeceği bölgeyi belirleme yetkisi veren sözleşme hükmünü, işçinin ikametgahını seçme özgürlüğüne ve dolayısıyla kişisel yaşamına aşırı bir müdahale olarak değer-

<sup>201</sup> Cass. soc. 8 déc. 2009, no 08-44.840; (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021476473&fastReqId=1345307039&fastPos=101>); Cass. soc. 10 mai 2012, no 11-13.884, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025861623&fastReqId=795599749&fastPos=1>).

<sup>202</sup> CE, 8 juill. 1988, (*Peskine/Wolmark*, 212'den).

<sup>203</sup> Cass. soc. 22 mai 2002, no 99-45.878,

(<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT0007045652&fastReqId=401977953&fastPos=2>).

<sup>204</sup> *Lemoine*, “Les principes civilistes dans le contrat de travail”, 3; *Vasseur-Lambry*, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 6.

<sup>205</sup> *Vasseur-Lambry*, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 6.

<sup>206</sup> Cass. soc. 20 nov. 1991, no 88-43.120, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007027512&fastReqId=2085929162&fastPos=38>).

lendirmiştir<sup>207</sup>. Gün içindeki çalışma saatlerinin değiştirilmesi, Fransız Hukukunda çalışma koşullarının değiştirilmesi sayılıp, işverenin yönetim yetkisi kapsamında değerlendirilse de; bu değişikliğin işçinin kişisel ya da ailevi yaşamına müdahale teşkil etmesi durumunda söz konusu değişiklik, sözleşmenin değiştirilmesi koşullarına tabi olacaktır<sup>208</sup>.

## V. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Dürüstlük ilkesi açısından artık konunun ahlaki ya da dini boyuttan uzaklaşarak, tamamen hukuki bir nitelik kazandığını söylemek, günümüzde ilkenin pek çok hukuk düzeninde pozitif düzenlemeye de kavuşmuş olması ve tüm sözleşmesel ilişkiler düzeyinde uygulama alanı bulması nedeniyle de, hatalı olmayacaktır. Bunun yanında, yalnızca bir yorum aracı olmanın ötesine geçen dürüstlük ilkesi, kaynağını aldığı ahlaki düşünce ile olan bağlarını tam olarak koparmayarak, iş sözleşmesinin sosyal gerçeklik içinde algılanmasını sağlamaktadır.

Dürüstlük ilkesi, sözleşmede, sözleşme taraflarının irade beyanlarından kaynaklanmayan bazı borçların varlığını açıklamaya yarayan; yasada ve sözleşmede herhangi bir düzenlemenin mevcut olmadığı durumda, yargıç tarafından sözleşmenin somut koşulların gelişen ve değişen gerekliliklerine uyumunu sağlamasına hizmet eden bir araçtır. İş ilişkilerinin düzenlenmesiyle sosyal barışın sağlanması amaçını taşıyan iş hukukunun, bu amacına ulaşmasında da dürüstlük kuralının içerdiği sosyal ahlak etkili olacaktır.

Gerçekten, güvene dayalı bir ilişki olan iş ilişkisinde, işçi ve işverenin sözleşmeden doğan haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken, dürüstlük kuralının gereği olarak doğru, namuslu ve makul davranmaları aranacaktır. Dürüstlük kuralı böylece, sözleşmenin yorumu ve tarafların davranışlarının denetlenmesi açısından, yargıcın rolünü güçlendirmekte; sözleşmenin metnine sıkı sıkıya bağlı kalınmasının neden olabileceği adaletsiz sonuçların giderilmesine hizmet etmektedir.

Ne var ki, vurgulamaya çalıştığımız üzere, hukuki uyumsuzlukları çözmeye yarayan pozitif düzenlemelerin var olup olmadığı kontrol edilmeksizin her defasında doğrudan dürüstlük kuralına başvurmak, hukuk güvenliğini ortadan kaldırma riskini beraberinde getirir. Her uyumsuzluğun yegane çözüm yolunun dürüstlük kuralının olduğu yanılgısına düşülmemesi için dürüstlük kuralına başvurulurken son derece titiz ve dikkatli davranılması gerekmektedir. Bunun yanında, bu kuralın iş sözleşmesi açısından uygulama alanı bulması halinde gösterilmesi gereken özen, iş hukukunun kaynağında yer alan işçinin korunması ilkesinin de dikkate alınması

<sup>207</sup> Cass. soc. 12 janv. 1999, no 96-40.755, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038403&fastReqId=1754333077&fastPos=9>).

<sup>208</sup> Cas. soc. 3 nov. 2011, no 10-14.702, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024761432&fastReqId=2038043529&fastPos=1>).

gerekliliği nedeniyle daha da fazla önem kazanmaktadır. İş ilişkilerine uygulanacak her kuralda olduğu gibi, dürüstlük kuralının uygulanması açısından da, iş ilişkisine işçinin korunması ilkesinin çerçevesinden bakılmalı, iş hukukunun ortaya çıkma ve var olma gerekçesi asla göz ardı edilmemelidir. Aksi durum, iş hukukunun amacından uzaklaştırılması tehlikesini beraberinde getirecektir.

Bu doğrultuda, dürüstlük kuralı uyarınca işçi ve işveren için doğacak yükümlülükler açısından tam bir karşılıklılık esasından bahsedilemeyecektir: Kuralın iş ilişkisine etkisi, işçi açısından sadakat borcuna bazı davranış yükümlülüklerinin eklenmesi biçiminde ortaya çıkarken; iş ilişkisinin büyük ölçüde işverenin tek yanlı yetkileri altında olması nedeniyle, işveren açısından doğan yan yükümlülükler ve özellikle yönetim yetkisine getirilen sınırlamalar konusunda önem taşımaktadır.

Gerçekten işverenin geniş anlamdaki yönetim yetkisinin en uç noktası biçiminde ortaya çıkan disiplin yaptırımını uygulama yetkisinin ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri iç yönetmeliği ve benzeri kuralları koyma yetkisinin sınırını dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. İşverenin tek tarafı olarak hazırlaması ve çoğu zaman işçilerin getirilmek istenen kuralların içeriği konusunda müzakere etme olanağı bulunmadığı için kabul etmesi sonucu bağlayıcı hale gelen bu kuralların denetiminde de, dürüstlük kuralı önemli bir işlev üstlenmektedir.

Ayrıca İşK. m.22 kapsamında öngörülen sistem uyarınca, işverenin iş sözleşmesi koşullarında esaslı olmayan değişikliği, işçinin rızasını alma zorunluluğu bulunmadan yapabilmesi, işverenin adeta sözleşmede tek tarafı değişiklik yapma yetkisi olduğunu göstermektedir. Bu nedenle hangi değişikliğin esaslı olmadığını tespiti büyük önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, değişikliğin dürüstlük kuralı uyarınca reddedilmesinin uygun olmadığı kabul edildiği takdirde, değişikliğin işverenin yetkisi kapsamında olduğu söylenebilecek; işverenin değişiklik yapma yetkisinin sınırını da dürüstlük kuralı oluşturacaktır. İşK. m.22 hükmünün, sözleşmede esaslı değişikliği işçinin rızasına tabi kılması ve işverenin, iş sözleşmesinde ekonomik açıdan baskın konumu da dikkate alındığında, işverenin değişiklik hakkını saklı tutma amacıyla sözleşmeye bazı kayıtlar koyabilmesi ise kanımızca olanaklı değildir. Aksi durum, işçinin iş sözleşmesinin varlığının ve içeriğinin korunması ilkelerine ters düşeceği gibi; işçiyi, belirsizliklerle dolu bir iş ilişkisini kabul etmeye zorlama anlamına gelecektir.

İşçinin, işverenin emir ve talimatları altında iş gördüğü, kişilik değerlerinin önem taşıdığı bir ilişkide zayıf taraf olması, kişilik haklarına müdahale riskini de ortaya çıkarmaktadır. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişim, işverenin işçi hakkında elde ettiği kişisel verileri işleme, işyerinde kullanılan (e-mail, telefon gibi) iletişim araçlarının takip edilmesi, işyerinde bazı kontrol ve gözetim yöntemlerine başvurulması gibi durumlar açısından söz konusu riskin artmasına neden olmuş; bu nedenle işçinin kişiliğinin ve özel yaşamının muhtemel müdahalelere karşı korunması ihtiyacı daha da önem kazanmıştır. İş sözleşmesinin dürüstlük ilkesine uygun

ifasına dayanan işçinin kişiliğinin, temel hak ve özgürlüklerinin korunması zorunluluğu, bu konuda işverenin başvurabileceği uygulamalara sınır getirecektir. İşverenin bu sınırı aşan uygulamaları hukuka aykırı olarak kabul edilecektir.

**LİBERAL İŞ HUKUKU MANTIĞI ÇERÇEVESİNDE  
TÜRK İŞ HUKUKUNDA DENKLEŞTİRME  
UYGULAMASINA YÖNELİK BAZI TESPİTLER**  
*(Determinations About Balancing Applications in Turkish Labour  
Law within the Framework of Liberal Labour Law Logic)*

**Serkan ODAMAN\***

**ÖZET**

Türk İş Hukukunda esneklik anlayışı kapsamında yapılan en önemli düzenlemeyi denkleştirme uygulaması oluşturmaktadır. Özellikle sipariş ve taleplerin arttığı yoğun çalışma dönemlerinde işverenler, işçileri haftalık 45 saatlik çalışmayı aşan sürelerle çalıştırma ihtiyacı duymakta ve yoğunlaştırılmış iş haftası olgusu gündeme gelmektedir. Bu gerekçeyle, denkleştirme işverenlere tanınmış bir imkan olarak karşımıza çıkmaktadır. Konuyla ilgili olarak bu çalışmada öncelikle çalışma süreleri ele alınmış, denkleştirmenin tanımı yapılmıştır. Akabinde denkleştirme uygulaması irdelenmiş ve karşılaşılan uygulama sorunlarına çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır. Denkleştirme döneminin kısıtlığı Avrupa Birliği düzenlemeleri temelinde eleştirilmiş, bu bağlamda 4857 sayılı Yasa ile öngörülen 2 ve 4 aylık sürelerin uzatılması gerekliliği ifade edilmiştir. Son olarak denkleştirme uygulamasında serbest zaman kullanımı ve ücret ayrıntılı olarak incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Denkleştirme, çalışma süreleri, liberal iş hukuku, yoğunlaştırılmış iş haftası, serbest zaman

***Abstract***

Balancing application that the flexible understanding has led is the most important arrangement in Turkish Labour Law. Especially during increased order periods, the employers look to employees to work more than 45 hours per week and in such cases concentrated working week concept comes to order, balancing appears as a well-known right to apply for the employers. Before all else in this study, working hours have been explained and legal definition of balancing has been made. Subsequently, balancing applications were studied and it is aimed to find solutions by offering proposals for encountered application

---

\* Prof. Dr., T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

problems. Also balancing period has been criticized on the basis of European Union regulations and in this context necessity of extension of periods regularized as 2 and 4 months in Turkish Labour Law has been underlined. Finally, the use of free time and wage in balancing application were discussed in detail.

**Keywords:** Balancing, Working Hours, Liberal Labour Law, Concentrated Working Week, Free Time

## GİRİŞ

1475 sayılı İş Kanunu, çalışma sürelerini, iş hukukunun ilk ortaya çıkış felsefesine de uygun bir şekilde “işçiyi gözeterek” çok katı bir şekilde düzenlemekteydi. Bugün, o katı düzenlemelerin etkisi diğer İş Kanunlarında sürmekle birlikte, 4857 sayılı kanunda farklı hükümlere yer verildiği görülmektedir. Avrupa Birliğinde de bu katı düzenlemeler Birliğin 93/104 sayılı yönergesi ile değiştirilmiştir. Bu gelişim Uluslararası Çalışma Örgütünün sözleşmeleri ile Avrupa Birliği yönergeleri dikkate alınarak hazırlanan 4857 sayılı İş Kanununda etkisini göstermiştir. Temel değişiklik iş sürelerinin esnekleştirilmesinde olmuş, bu çerçevede “denkleştirme” kavramı kanunumuza girmiştir. Esnekleştirme ile “telafi çalışması”, “kısa çalışma” ve “fazla sürelerle çalışma” gibi yeni kavramlar da mevzuatımıza eklenmiş yeni düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşin ve işçinin korunması yolunda alınan tedbirlerin başında çalışma sürelerinin sınırlandırılmasının geliyor olması, çalışma sürelerinin düzenlenmesi sorununun İş Hukuku bakımından önemini de ortaya koymaktadır. Zira bu bağlamda, “iş süreleri” kavramı insanın fiziki varlığının güvence altına alınması mantığıyla algılanmakta ve bu çerçevede ele alınmaktadır<sup>1</sup>. Yine doktrinde iş süreleri bakımından İş Hukukunun hedefinin, endüstrileşmenin ilk dönemlerinde, bütün Batı Avrupa ülkelerinde son derece uzun olan günlük ve haftalık iş sürelerinin kısaltılması ve bu kısaltma kapsamında iş süresine bir üst sınır getirmesi olduğu belirtilmektedir<sup>2</sup>.

4857 sayılı kanunun birçok maddesinde esnekliğin etkileri hissedilmektedir. Bu etkiler teknolojik gelişim ile küreselleşmenin zaruri kıldığı ve kaçınılmazlığı yadsınamayan “esnekleşme” olgusunun birer sonucudur. Bugün, çalışma sürelerinin kısaltılması taleplerine karşı işverenler, teknolojideki ilerlemelerin de etkisiyle esnekliğin gerekliliğini ileri sürmektedir<sup>3</sup>. İşverenler bu çerçevede başta denkleştirme olmak üzere esnekleşme olgusunun etkisiyle, İş Kanunumuza yerleşen birçok uygulamaya sıklıkla başvurmaktadır. Ancak başvuru bu uygulamalar istenilen amacın sağlanması yönünden bazı noktalarda yetersiz kalmaktadır. Yetersizlik özel-

<sup>1</sup> CENTEL, Tankut: Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, s.9.

<sup>2</sup> EYRENCİ, Öner: Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi, Çalışma Hayatında Esneklik Semineri, İzmir 1994, s.67.

<sup>3</sup> AYDOĞANOĞLU, Erkan: 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Süreleri ve Esneklik Tartışmaları, <http://www.emekdunyasi.net/tr/article.asp?ID=30>.

likle denkleştirme uygulamasında dikkati çeker. Bu nedenlerle de denkleştirmede bazı tartışmalı hususların ele alınıp irdelenmesi büyük önem taşımaktadır.

Bu kapsamda çalışmamızın temelini denkleştirme kavramı ve bu hususta uygulamada ortaya çıkan tespitlerin bazı çözüm önerileriyle aktarılması oluşturmaktadır. Bunun için de ilk bölümde çalışma süresi kavramı ayrıntılı ele alınmaktadır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise normal çalışma süreleri ile esnekleştirme kavramı irdelenmektedir ve üçüncü bölümde de denkleştirme uygulaması dikkat çekici noktalarıyla uygulamada karşılaşılan sorunlar çerçevesinde ele alınmaktadır.

Çalışmamız genel değerlendirmelerin yapıldığı ve çalışmanın önemli noktalarının belirlendiği sonuç bölümü ile sona ermektedir.

## I. ÇALIŞMA SÜRESİ KAVRAMI

### 1. Çalışma Süresi Kavramı, Başlangıcı ve Sona Ermesi

İş Kanununda çalışma süresi ile ilgili bir tanıma yer verilmemiş, kanun sadece çalışma süresi kavramının öğelerini saptamaya olanak verecek esasları ifade etmekle yetinmiştir<sup>4</sup>. Ancak *İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği*<sup>5</sup> m.3'te, çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre olarak tanımlanmaktadır.

Her ne kadar yönetmelikte bir tanım mevcut olsa da işte geçirilen süre kavramının işçinin işinin gereği olarak belirlenen faaliyeti ifası sırasında geçen süreyi mi, yoksa işgücünün işverenin emrine tahsis edildiği andan, işverenin emrinden çıkarıldığı ana kadar geçen süreyi mi ifade ettiği netlik arz etmemektedir. Bu noktada "*işçinin işinde geçirdiği zaman*" olarak yapılan tanımın dar yorumlanmaması gerekliliği dikkati çeker. Zira işinde geçirmiş olduğu zaman zarfında işçi, işgücünü işverenin emrine tahsis etmesine rağmen çalıştırılmamakta yahut çıkacak bir işi beklemektesyse bu durum fiili çalışma süresini ifade eder şekilde kabul edilmelidir<sup>6</sup>. ILO sözleşmelerinde de çalışma süresi, bağımlılık esası çerçevesinde tanımlanmaktadır. Bu yaklaşım işçinin işverenin emrine hazır bekleme sürelerinin de, ortada fiilen bir çalışma olmamasına rağmen çalışma süresi olarak kabul edilmesinin temelini açıklamaktadır<sup>7</sup>.

Yönetmeliğin ilgili hükmünde yer alan tanım İş Kanununun 66. maddesi çerçevesinde değerlendirilmeli ve çalışma süresi kavramı işçinin fiilen çalıştığı süreler ile İş Kanunu m.66'da ifade edilen süreler olarak algılanmalıdır. Yine *İş Kanununun 66. maddesinin I. fıkrasında yer alan sürelerin de çalışma süresinden sayılacağı ancak*

<sup>4</sup> EYRENCİ, Öner/TAŞKENT Savaş / ULUCAN Devrim: Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s.207.

<sup>5</sup> RG., 06.04.2004,25425.

<sup>6</sup> Eyrenci/Taşkent/Ucan, s.207.

<sup>7</sup> ASTARLI Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara2008, s.7.

68. madde uyarınca verilen ara dinlenmelerinin ise çalışma süresinden sayılmayacağı da kanunda açıkça belirtilmektedir.

Nöbette geçen sürelerin ise çalışma sürelerinden sayılıp sayılmayacağı hususunda bir düzenleme 4857 sayılı Kanunumuzda yer almamaktadır. Bu hususta Yargıtay'ın bazı tespitler yapmış olduğu görülmektedir. Yargıtay bu konuda çözümü İş Kanununun 63. maddesinde yer alan ve çalışmamızın temelini oluşturan denkleştirme kavramı çerçevesinde bulmakta ve hatta içtihatlarında "örtülü denkleştirme" kavramını ortaya koymaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2006 tarihinde vermiş olduğu bir ilke kararıyla<sup>8</sup> bu hususa değinmiş ve çözümü zaruri ihtiyaçlar dikkate alınarak belirlemiştir. Davaya konu olayda işçi 24 saat çalışmakta ve 48 saat dinlenmektedir. Yerel mahkeme bu konuda 24 saatin ancak 19 saatinde çalışma yapılabilineceğine kalan 5 saatin uyku ve ihtiyaçlara ayrıldığına karar verirken Yargıtay'a gelen dosyada işçinin 12 saat çalıştığına ve 1 saatin de zorunlu ihtiyaçlara ayrıldığına karar verilmiş ve 11 saatin aşılmadığı belirlenmiştir. HGK'na dosyanın gelmesi üzerine HGK, işin ve işyerinin gereklilikleri çerçevesinde bu tarz işlerde günde 14 saat çalışılabilineceğini kabul etmiştir<sup>9</sup>. Bu bağlamda Yargıtay'ın yaklaşımı zaruri ihtiyaçlar için gerekli sürenin çıkarılması suretiyle işçinin fiili çalıştığı sürenin hesaplanması ve arta kalan süreye göre fazla çalışmanın tespit edilmesi yönündedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca verilen 18.07.2007 tarihli ve E. 2007/9-582, K. 2007/557 sayılı bir başka kararda ise "... Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasına göre haftalık 45 saati aşan çalışmanın fazla çalışma süresi olarak kabulününunun gerekmesi karşısında, davacının, 10 gün ve günde 14 saat çalıştığı kabul edilerek, bu çalışma devresinin ilk 7 günlük kısmında 45 saati aşan (  $14 \text{ saat} \times 7 \text{ gün} = 98 \text{ saat}$ ,  $98 \text{ saat} - 45 \text{ saat} = 53 \text{ saat}$  ) sürelerde fazla çalışma yapıldığının çalışma devresinin ikinci haftasına sarkan 3 günlük kısmında ise (  $14 \text{ saat} \times 3 \text{ gün} = 42 \text{ saat}$  çalışıldığından ) fazla çalışmanın olmadığı kabulü gerekmektedir. 4857 sayılı Yasa döneminde günlük 11 saate kadarki çalışmalar yönünden örtülü bir denkleştirmenin varlığı kabul edileceğinden, denkleştirmeye esas günlük 11 saati aşan süreler yönünden (  $14 \text{ saat} - 11 \text{ saat} = 3 \text{ saat}$ ,  $10 \text{ gün} \times 3 \text{ saat} = 30 \text{ saat}$  ) fazla çalışmanın varlığı kabul edilmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.3.2007 gün ve 2007/9-150-160, 21.3.2007 gün ve 2007/9-174-164 sayılı bozma kararlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir." denmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları öğretide eleştirilmektedir. Bir görüşe göre, itfaiye işçisinin, sadece fiilen çalıştığı süre değil, çıkacak işi bekleyerek geçirdiği süre de, işçi bu süre içinde işgücünü işverenin emrine tahsis etmiş olduğundan

<sup>8</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca verilen 5.4.2006 gün ve 2006/9-107 esas, 2006/144 karar sayılı ilamda uyku ve sair ihtiyaçlar için geçen zaman çıkarıldığında bu tür işyerlerindeki çalışmaların günde 14 saat olabileceği kabul edilmektedir, Kazancı Mevzuat ve İctihat Programı, www.kazanci.com.tr, 14.11.2013.

<sup>9</sup> Astarlı, s. 39.



çalışma süresinden sayılmalıdır<sup>10</sup>. Gece bekçiliği, itfaiyecilik, benzin istasyonlarında benzin doldurma gibi işlerde ya da normal çalışma süresini tamamladıktan sonra hastane personelinin nöbete kalması gibi işletme ile ilgili ihtiyaçların karşılanması amacıyla, tamamen veya kısmen işyerinde bulunma halinde, gerçek çalışma için kararlaştırılan tutara ulaşmasa da işçiye ayrıca ek bir ücret verilmelidir<sup>11</sup>.

Türk iş hukukunda çalışma süresinin başlangıcı ve sona ermesine ilişkin bir düzenlemenin mevcudiyeti de söz konusu değildir. Çalışma sürelerinin başlangıcı ve sona ermesi bakımından sözleşme serbestisi ilkesi geçerliliğini korumaktadır. Taraflar belirli durumların meydana gelmesi ile çalışma sürelerinin başladığı veya sona erdiği konusunda anlaşabilmektedirler<sup>12</sup>. Tarafların bu konuda anlaşma yapmamaları durumunda en geç işçinin sözleşmede belirlenen işi görmek için işveren tarafından belirlenen yerde fiilen çalışmaya başladığı an çalışma süresinin başlangıcı kabul edilmelidir.

Kıyafet değiştirme ve yıkanma sürelerinin ne şekilde değerlendirileceği hususu da önem arz eden bir başka noktadır. Genel olarak hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri kapsamında değerlendirilen, yıkanma ve kıyafet değiştirme sırasında geçen süreler, işçi bu süreler içerisinde işgücünü işverenin emrine sunmadığından çalışma süresi içerisinde değerlendirilmemektedir. Katıldığımız bir görüş de bu hususu işçinin bu süreleri işyerinde geçirmiş olmasına karşın, bu faaliyetlerinden soyunma faaliyetini işverenin emir ve talimatları altına girdiği süre öncesinde ve yıkanma faaliyetini de bu süre dışında kullanması ile açıklamaktadır. Kaldı ki işverenin bu süreler üzerinde herhangi bir belirleme yapma yetkisi de söz konusu olmamakta, işçi bunu iradesi çerçevesinde uygulamaktadır. Bu nedenlerle de bu sürelerin çalışma süresi olarak kabul edilmesi mümkün olmamaktadır<sup>13</sup>. Ancak bu faaliyetlerin çalışma süresi sayılmasının iş sözleşmesi veyahut toplu iş sözleşmesi ile kabul edilmesi söz konusu olabilecek hatta bu halin işyeri uygulaması şekline dönüşmesi durumunda da bu faaliyetler sırasında geçen süreler çalışma sürelerinden sayılabilecektir.

<sup>10</sup> EKONOMİ Müdir: 4857 Sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma Kavramı, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu- İş, C. 7, S. 3, Ankara 2004, s. 168.

<sup>11</sup> KARACAN Hatice: 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Ankara 2007, s. 98.

<sup>12</sup> Örneğin işçinin iş makinesinin başına geçme anının çalışmanın başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak Astarlı, işçinin işe giriş ve çıkışlarında kart basmasının çalışma süresinin başlangıcı veya sona ermesi olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bunun ancak tarafların anlaşması halinde mümkün kabul edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. Astarlı, s. 47 dipnot.

<sup>13</sup> Eyrenci, s. 48; Astarlı, Eyrenci'ye katılmakla birlikte yasaların işçiyi sağlık ve güvenlik açısından koruma amacına hizmet eden düzenlemelerinde çalışma sırasında işçinin belirli koruyucu kıyafet giymesinin zorunluluk olarak öngörülmesi halinde bu kıyafetlerin giyilip çıkarılması sırasında geçen sürelerin çalışma süresi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Astarlı, 48.

## 2. Çalışma Süresinden Sayılan Durumlar

İş kanununun 66. maddesinde: "Aşağıdaki süreler işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılır: a) 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.

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

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

d) 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.

e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler.

f) 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.

İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz." denilmektedir.

Bu anlamda çalışma süresi; soyunma, giyinme ve ara dinlenmeler hesaba katılmaksızın, işin başlangıcından sona ermesine kadarki ve çalışma sürelerinden sayılan halleri kapsayan zaman parçasını ifade eden zaman dilimidir demek mümkündür<sup>14</sup>.

## II. NORMAL ÇALIŞMA SÜRELERİ VE ÇALIŞMA SÜRELERİNİN ESNEKLEŞTİRİLMESİ

İş hukukumuzda çalışma süreleri incelenirken öncelikle normal çalışmanın neyi ifade ettiğinin belirlenmesi, Kanunda bir tanımın mevcut olmaması nedeniyle gereklidir.

### 1. Normal Çalışma Süreleri

1485 sayılı İş Kanunumuz 63. maddesinde haftalık en çok çalışma süresini kırk beş saat olarak belirledikten sonra bu sürenin, aksi kararlaştırılmadıkça, çalışılan günlere eşit olarak dağıtılacağını hükme bağlamıştır. 1475 sayılı İş Kanunu da aynı şekilde bir düzenleme getirmişti. Ancak 1475 sayılı Kanun bu düzenlemeyi katı ve emredici bir şekilde yapmıştı<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> TUNÇOMAÇ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, s. 143.

<sup>15</sup> ÇELİK Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, İstanbul 2013, s. 360; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2013, s. 793.

Bugün 63. madde kapsamında İş Kanunu madde 46'da düzenlenen “*yedi günlük zaman dilimi içerisinde kesintisiz en az 24 saatlik dinlenme verilir*” ifadesi göz önüne alınıp haftanın altı günü çalışılan işlerde günde 7,5 (45 / 6) saat, cumartesi olmayıp 5 gün çalışılan işlerde günde 9 (45 / 5) saat çalışılacaktır. Buna ek olarak, 63. maddenin ikinci fıkrası, tarafların anlaşması halinde günlük 11 saati aşmamak koşuluyla, haftalık çalışma sürelerinin haftanın çalışılan günlerine farklı oranda dağıtılabilmesi belirlenmiştir<sup>16</sup>. Buna göre, eğer işçi ve işveren anlaşılırsa haftanın çalışılan günlerinde farklı saatlerle çalışma yapılabilir. Örneğin işyerinde Pazartesi günü 11 saat, Salı günü 10 saat, Çarşamba günü 9 saat, Perşembe günü 8 saat ve Cuma günü 7 saat çalışma yapılması işçi ve işverenin anlaşması ile mümkün olabilir.

Kanunda veya sözleşmede belirlenen haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine bölünmesi suretiyle bulunan süre, belirlenen günlük çalışma süresini ifade etmektedir. İş günü hafta tatili ve diğer tatiller dışında kalan günler şeklinde tanımlanmaktadır. İş hukukunda iş günü işçinin çalışmaya başladığı andan itibaren geçen 24 saatlik süreyi ifade etmektedir.

İş Kanununun 63. maddesi ve ÇSY'nin 4. maddesinin III. fıkrasında genel bakımdan günlük çalışmanın 11 saati aşmayacağı belirlenmektedir. Bu bağlamda Kanunda haftalık çalışma süresinin en fazla 45 saat olarak belirlenmesinin yanında günlük çalışmaya da azami bir sınırı getirildiği görülmektedir.

## 2. Çalışma Sürelerinin Aşılması- Fazla Saatlerle Çalışma

4857 sayılı kanun 41. maddesi ile haftalık normal çalışma süresi olan 45 saatin aşılmasını fazla çalışma olarak kabul etmiştir. İş Kanunu 63. maddesinin II. fıkrasında ise, denkleştirme halinde günlük çalışmanın 11 saati aşmayacağı kuralı konmuş ancak aşarsa ne olacağını belirtmemiştir<sup>17</sup>.

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 4. maddesinde, günlük 11 saati aşan çalışma sürelerinin İş Kanununun 41., 42. ve 43. maddelerine tabi olduğu belirtilmektedir. Bu düzenlemenin, Ekonomi tarafından ileri sürülen günlük çalışma süresinin aşılmasının kanuna aykırılığı karşısında normal ücretin değil, en çok çalışma süresini aşan çalışmanın söz konusu olması dolayısıyla, kanun hükümlerine göre zamlı ücretin ödenmesi gerekliliği görüşünün<sup>18</sup> bir yansıması olduğu doktrinde ifade edilmektedir<sup>19</sup>. Düzenleme akla haftalık çalışma sürelerinin aşılması koşuluna bağlanan fazla çalışmayla birlikte, günlük 11 saati aşan çalışmalar

<sup>16</sup> Bkz. SUBAŞI, İbrahim: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, A. Can Tuncay' a Armağan, İstanbul 2005, s. 324.

<sup>17</sup> Yarg. 9. HD. 24.5.2004 E. 1404 K. 12423; Yarg. 9. HD. 6.6.2005 E. 2004/29701 K. 2005/20415, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı, www.kazanci.com.tr, erişim: 15.11.2013.

<sup>18</sup> Ekonomi, s.162-163.

<sup>19</sup> SOYER, Polat: Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/3, s. 798.

bakımından yeni bir fazla çalışma kavramının mı yaratılmış olduğu sorusunu getirmektedir. Bu noktada günlük on bir saati aşan çalışmalar hakkında yönetmelik hükmünün ikincil bir kural koyma erkine sahip Bakanlığın, ilk elden norm koyma yetkisinin söz konusu olmaması gerekçesiyle uygulanmaması ve bu durumda normal çalışma ücretinin işçiye ödenmesinin gerektiği savunulmuştur<sup>20</sup>. Bir başka görüşe<sup>21</sup> göre ise, günlük 11 saati aşan çalışma süresinin fazla çalışma hükümlerine tabi kılınması uygundur ve bu durum yeni bir fazla çalışma kavramının yaratılması şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira günlük on bir saati aşan çalışmalar yasanın haftalık çalışma süresinin aşılmasına bağladığı fazla çalışma kavramının yasadaki gizli bir ifadesidir. Buna aykırı olarak yapılan denkleştirmeler kabul göremez. Kanaatimizce de pratik olarak, günde 11 saat çalışma süresinin aşılması, haftalık 45 saat olan çalışma süresinin aşılması olarak kabul edilmelidir.

Toplu iş sözleşmeleri ya da iş sözleşmeleri ile haftalık en çok çalışma süresi olan 45 saatin altında bir çalışma süresi kararlaştırılabilir. İş Kanunu'na göre de, haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dâhilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışma olarak kabul edilmektedir.

Denkleştirme süresi hesaplanırken 4857 sayılı Kanunla mevzuatımıza giren fazla sürelerle çalışma ile fazla çalışma açısından bir farklılık bulunmaktadır. Zira denkleştirmede haftalık en çok çalışma süresi 45 saat olarak ortalama hesaplanacakken, fazla sürelerle çalışmada sözleşme ile belirlenen süre ortalamada dikkate alınacaktır. Sözleşme ile belirlenen sürenin aşılması söz konusu ise, 45 saate kadar yapılan fazla sürelerle çalışmanın karşılığının ödenmesi gündeme gelecektir.

### 3. Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi

Günümüzde değişen üretim tarzları ve istihdam koşulları, işletme giderlerini düşürebilmek ve rekabeti sağlayabilmek için çalışma sürelerinde esnekleştirmeye gitmeyi zorunlu kılmıştır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu da, çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi ile ilgili bir takım düzenlemeler getirmiştir.

Sanayileşme ile başlayan ve uzunca bir süre devam eden iş hukukunun günümüze kadarki gelişimi, hemen her dönem işçinin daha fazla korunması yönünde olmuştur. Ancak özellikle 70'li yıllardan sonra, koruma düşüncesinin karşısına açıkça "iş hukukunun esnekleştirilmesi ve yasal düzenlemelerden arındırılması" talepleri ile çıkılmaya başlandığı görülmektedir<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Üç günde günde on beş saatten çalışmanın mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. Tunçomağ/Centel, s.144.

<sup>21</sup> Soyer, s. 799.

<sup>22</sup> EYRENCİ, Öner: Türkiye'de Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi, Çalışma Hayatında Çağa Uyum Seminerleri, Abant 2002, s. 161.

Esneklik aynı çalışanın farklı işleri de yapabilmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, daha az sayıda çalışanla daha çok işin yapılması şeklinde de doğabilir. Yine denkleştirme uygulamasında olduğu gibi çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi de söz konusu olabilmektedir. “Çalışma düzeninin işyeri gereklerine, işin ve işyerinin ihtiyaçları ve işverenin isteklerine göre kolaylıkla uyum ve uygunluk sağlayacak şekilde, sürekli ve yeniden düzenlenmesi” olarak tanımlanabilecek olan esnek çalışma mevzuatımızda birçok hükümdede etkisini göstermektedir.

Kanunumuzda yer alan iş sürelerinde esneklik sağlayan uygulamaları, sınırlayıcı bir şekilde kabul etmek sözleşme serbestisi ilkesi karşısında mümkün değildir. Bu nedenle de Kanunda öngörülme yeni tip sözleşmeler veya karma sözleşmeler yaratarak esnekleşme sağlama olanağı bulunmaktadır. Esnekleşmenin getirdiği yeni düzenlemelerin başında denkleştirme kavramı gelmektedir ve kavram aşağıda ayrıntılarıyla ele alınmaktadır. Denkleştirme işverene özellikle siparişlerin arttığı yoğun dönemlerde işçilere fazla çalışma yaptırmaksızın talebin karşılanmasını sağlamaya yönelik bir imkan olarak öngörülmektedir.

### III. ÇALIŞMA SÜRELERİNİN DENKLEŞTİRME DÖNEMİNE DAĞITILMASI

#### 1. Denkleştirme Kavramı

##### a. Denkleştirme ve Denkleştirme Süresi

Denkleştirme, bir veya birçok haftadan oluşan bir zaman dilimi içerisinde işçinin “ortalama haftalık çalışma süresi” nin normal haftalık çalışma süresini aşmayacağı bir esnek çalışma yöntemi olarak tanımlanabilmektedir<sup>23</sup>. Zira 4857 sayılı Kanunun 63. maddesinin II. fıkrası uyarınca, işçinin haftalık çalışma süresi olan süre aşılarak fakat günlük en çok çalışma süresi olan 11 saat aşılmadan, iki aylık bir süre içerisinde denkleştirme yapılabilir. İki aylık süre toplu iş sözleşmeleri ile dört aya çıkartılabilir. Ancak iki aylık süre sonundaki ortalama haftalık çalışma süresi, işçinin normal haftalık çalışma süresini aşamaz.

Denkleştirme süresi iki ay olmasına karşın toplu iş sözleşmeleri ile bu sürenin dört aya kadar artırılabilmesi yönündeki sınırın nedeni denkleştirme süresinin sektörüne göre işçiler için olumsuz sonuçlar doğurucu bir sonucu ortaya çıkarma ihtimalidir. Ne var ki, burada önemli bir çelişkiyle karşı karşıya kalınmaktadır. Şöyle ki, kanunda belirtilen iki ve dört aylık süreler, esasen ihtiyacı karşılamının çok uzağındadır. Uygulamacılar, iki aylık sürenin işverenlerin işgücünü esnek bir şekilde kullanabilmeleri açısından yeterli olmadığını belirtirken<sup>24</sup>, Avrupa Birliğinin Çalışma

<sup>23</sup> Süzek, s. 794; AKYİĞİT, Ercan: İhtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul 2006, s.1751.

<sup>24</sup> ERTÖR, Salih: Esnek Çalışmanın Sanayi İçin Önemi ve Almanya'dan Örnek Modeller, Mercek, Nisan-2005, s.76-77.

Sürelerine İlişkin 1993/104 Sayılı Yönergesinde 4 aylık bir denkleştirme döneminin öngörüldüğü, hatta istisnai olarak toplu iş sözleşmeleri ile bu sürenin 6 aya ya da 1 yıla çıkarılmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>25</sup>. Kanaatimizce de sürenin Avrupa Birliği Yönergelerinde belirlenenden bile az tutulmuş olması işverenlerin işgücünü esnek bir biçimde kullanmaları açısından yeterli olmamakta ve maddenin amacının yerine getirilmesine de olanak vermemektedir.

Diğer taraftan, doktrinde günde azami 11 saate varan çalışma süresinin Anayasa'daki dinlenme hakkına aykırı olduğu yönünde görüşler olduğu gibi<sup>26</sup>, Avrupa Birliği'nin çalışma süresine ilişkin mevzuatına uyum açısından m. 63/II'deki denkleştirme süresinin azami süresinin iki aydan dört aya çıkarılmasını, toplu iş sözleşmeleriyle dört aya çıkarılabileceği yönündeki kanundaki hükmün de altı aya çıkarılmasını savunan görüşler de bulunmaktadır<sup>27</sup>. Bu bağlamda 93/104 sayılı Yönerge çerçevesinde 4857 sayılı Kanunda yer alan sınırların artırılması uygulamada karşılaşılan sorunların çözümü bakımından önemlidir ve kanımızca elzemdir.

Zira İş Kanunu m.63/II, Avrupa Birliği düzenlemelerinin de ötesinde bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki; işçilerin sağlıklarını korumak amacıyla, Avrupa Birliği'nin değişik 23 Kasım 1993 tarih ve 93/104 sayılı direktifine<sup>28</sup> uygun olarak, 24 saat içinde işçiye kesintisiz 12 saatlik bir dinlenme olanağı sağlayacak şekilde günlük çalışma süresinin bir işçi için en fazla, ara dinlenmeleri hariç 11 saat olması ve ortalama haftalık çalışma süresinin de, fazla çalışmalar dahil olmak üzere, 48 saati aşamayacağı hükmüne uygun, hatta ilerisinde bir düzenlemenin getirildiği görülmektedir<sup>29</sup>. Yukarıda da etraflıca açıklanan esneklik mantığı çerçevesinde, bu hükmün getirilmesindeki amaç elbette işverenlerin daha geniş bir hareket kabiliyetine sahip olarak etkin rekabet edebilme gücüne erişebilmeleridir. Ancak denkleştirmenin 2 ve toplu iş sözleşmesinde hükmün varlığında 4 aylık sınırlamaya tabi olması uygulamada hükmün hedeflediği amacı yerine getirmesine de engel olucu niteliktedir.

Ayrıca kanunda 2 aylık sürenin hangi şekilde kısaltılacağı öngörülmediğinden işçi lehine bu sürelerin kısaltılması gerek sözleşme ve gerekse iş sözleşmesinin eki ile mümkün olabilecektir.

<sup>25</sup> ULUCAN, Devrim: AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve İş Kanunu Taslağında Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları, 25-29 Eylül-2002, s.100; AKTEKİN, Şeyda: Çalışma Süreleri Yönergesinde Son Gelişmeler, Mercek, Temmuz-2004, s.85 vd.

<sup>26</sup> ŞAKAR, Müjdat: İş Kanunu Yorumu, 5. Bası, Ankara 2010, s.713-714.

<sup>27</sup> İREN, Ertan: Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu, Ankara 2008, s. 231.

<sup>28</sup> ULUCAN, Devrim: AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 Sayılı İş Kanununda Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri, Mercek, Temmuz-2003, s. 60-66.

<sup>29</sup> Yönergenin İngilizce metni için bkz. [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31993L0104&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31993L0104&model=guichett), 13.11.2013.

Kanunda belirtilen bu azami süreler içinde kalacak şekilde denkleştirme süresinin işverenin tek taraflı işlemi ile azami süreler kadar uzatılması mümkün olmamaktayken tarafların anlaşmaları suretiyle bu süreler uzatılabilecektir<sup>30</sup>. Ancak bunu işçinin ya da sendikanın insafına bırakmak müesseseyi uygulanamaz hale getirmektedir.

Diğer bir önemli nokta, tarafların denkleştirme uygulaması yapmaya karar vermelerine rağmen bir sürenin belirlenmemesi durumunda ne şekilde hareket edileceğidir. Bu durumda ÇSY' nin 5. maddesi işverenin yetkili olduğunu ifade etmektedir. Eğer işverence bir süre belirlenmemiş ve işçilere bildirilmemişse bu durumda 2 aylık süre uygulanacaktır.

Denkleştirme sürelerinin farklı takvim yıllarında yer alabilmesi de mümkün olmaktadır<sup>31</sup>. Tarafların denkleştirmenin yapılacağı ayı belirlemelerine rağmen başlangıç tarihini belirlememeleri durumunda bu süre genel hükümler çerçevesinde ayın birinden itibaren başlayacaktır.

Denkleştirme döneminin aralıksız olarak kullanılması gerekmektedir. Zira işveren maddenin açıklaması uyarınca, 12 ay içinde birbirini takip etmeyecek şekilde seçeceği iki farklı ay dönemini denkleştirme dönemi olarak belirleyemeyecektir<sup>32</sup>. Ayrıca işçinin raporlu veya izinli olduğu dönemlerin denkleştirmede esas alınmaması da gerekmektedir<sup>33</sup>.

## **b. Denkleştirme Uygulaması**

Denkleştirmenin işyerinin tamamında ya da bir bölümünde uygulanması mümkündür. Diğer yandan, denkleştirme işyerindeki tüm işçiler için uygulanabileceği gibi, bazı işçiler ve hatta tek bir işçi için dahi uygulanabilir. Zira hükmün amacı, esnek bir düzenleme olan “denkleştirme süresi”nin uygulanabilir hale gelmesinin sağlamasıdır. Yine denkleştirme süresinin uygulamada bir anlam ifade edebilmesi için, bu sürenin başlangıç ve bitiş saatlerinin de işveren tarafından belirlenebilir olması gerekmektedir. İşverenin böyle bir hakka sahip olmaması durumunda, müesseseden beklenen yarar yine elde edilememiş olacaktır. O halde denkleştirmede işveren denkleştirme talebinde bulunurken denkleştirmenin başlangıç ve bitiş saatlerini yönetim hakkı çerçevesinde belirleyecektir.

<sup>30</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 210.

<sup>31</sup> Soyer, s. 25; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 210.

<sup>32</sup> Astarlı, s. 297.

<sup>33</sup> Ekonomi, s. 167; ÇİL, Şahin: 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.14, 2007, s. 60; CANIKLİOĞLU, Nurşen: 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'na Düzenlenen III. Yılında İş Yasası Semineri, Bodrum Eylül 2000, s. 159.

Doktrinde bir görüş, m.63/II'deki "bu halde" ibaresinin varlığı çerçevesinde, denkleştirme süresi uygulanmadığı sürece, haftalık yasal ya da sözleşmesel çalışma süresinin hiçbir zaman eşit olmayacak şekilde haftanın çalışılan günlerine bölünemeyeceğini belirtmektedir. Zira "bu halde" ibaresi, m.63/II'deki iki cümleyi birbirine bağlamaktadır ve haftalık çalışma saatinin eşit olarak bölünememesi durumu, sadece denkleştirme süresinin mevcudiyeti halinde geçerli olabilecektir. Bu görüş denkleştirmenin ancak haftalık çalışma süresinin eşit olmayan biçimde dağıtıldığı işyerlerinde söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Zira denkleştirme dönemi uygulamaya konulmadan, haftalık çalışma süresi eşit olmayan surette bölünemez ve bazı haftalar eşit, bazı haftalar eşit olmayan şekilde dağıtılamaz<sup>34</sup>. Esasen sadece lafzi bir yorum yapmak durumunda kalınırsa, bu görüş elbette itibar edilmesi gereken bir görüştür. Ancak katıldığımız bir başka görüş ise madde metninin bu tür bir yoruma olanak tanıyamayacak nitelikte olduğunu, maddede açıkça "bu halde" haftalık ortalama çalışma süresinin dikkate alınacağını belirtildiğini, bu ifadenin bir sınırlama yapmak ve denkleştirme yapma olanağını sadece bu duruma hasretmek amacı taşımadığını, farklı bir şekilde dağıtma halinde de, ortalamada haftalık çalışma süresinin aşılmayacağını açıklığa kavuşturmayı amaçladığını savunmaktadır<sup>35</sup>. Bu bağlamda "bu halde" ibaresi kırk beş saatlik haftalık çalışma süresinin aşılması halinde yapılması gereken denkleştirme uygulaması ile alakalı sayılmalıdır. Haftalık kırk beş saatlik çalışma süresi aşılmadığı takdirde, bu sürenin haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünmemesinde bir problem bulunmamaktadır, bir başka deyişle, haftalık çalışma süresinin çalışılan günlere eşit olarak bölünmemesi halinde, mutlaka denkleştirme uygulaması yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>36</sup>.

Gerçekten de, bu iki cümleden esasen iki ayrı anlam çıkarmak mümkündür. Birinci anlam, tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresinin, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtılabileceğidir. Diğer anlam ise, denkleştirme süresinin uygulandığı durumlarda haftalık ortalama çalışma süresinin normal haftalık çalışma süresini aşamayacağını, ancak bazı haftalarda yasal haftalık çalışma süresinin üzerine çıkılabileceğini, hatta günde on bir saati aşmamak şartıyla haftanın çalışılan günlerinde farklı çalışma saatlerinin uygulanabileceğini ifade etmektedir.

Buna göre örneğin iki aylık bir denkleştirme uygulanması halinde, sekiz haftada bir işçinin çalışacağı toplam süre  $45 \times 8 = 360$  saat olacaktır. O halde sürenin aşadaki şekilde belirlenmesi bu duruma uygun bir örnek olarak pekala mümkündür.

<sup>34</sup> Ekonomi, s.165-166.

<sup>35</sup> CANIKLIOĞLU, Nurşen: 4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Dergisi, S. 66, Haziran 2005, s. 6-7.

<sup>36</sup> Çelik, s. 361.



| <u>Hafta</u> | <u>Çalışma Süresi</u> |
|--------------|-----------------------|
| 1            | 66                    |
| 2            | 66                    |
| 3            | 66                    |
| 4            | 66                    |
| 5            | 66                    |
| 6            | 30                    |
| 7            | 0                     |
| 8            | 0                     |

Toplam=360 saat

Görüldüğü üzere, toplamda 360 saatlik süre aşılmamakta, ortalama çalışma süresi 45 saatte kalmakta, ancak bazı haftalarda 45 saatlik yasal sürenin üzerine çıkılmaktadır. 45 saatlik yasal çalışma süresinin üzerine çıkılabilecek sürenin üst sınırı ise 66 saattir. Zira günde azami 11 saat, haftada da azami 6 gün çalışılabildiğine göre, bir haftada yapılabilecek azami çalışma süresi 66 saate kadar çıkabilmektedir. Yukarıda verdiğimiz rakamlar elbette sadece bir örnektir. İki aylık denkleştirme yapılması halinde, haftada 66 saati, günde de 11 saati aşmamak şartıyla, 360 saatlik toplam sürenin haftalara dağılımı istendiği şekilde yapılabilir. Eklemek gerekir ki, elbette denkleştirme süresi olarak belirlenebilecek azami süre iki aydır. Ancak bu sürenin daha az belirlenmesi de mümkündür. Bu ihtimalde de aynı mantık işleyecek ve toplam çalışma süresi haftada 66 saati, günde de 11 saati geçmemek şartıyla farklı şekilde haftalara dağıtılabilir, ancak ortalama haftalık çalışma süresi, yasal haftalık çalışma süresini aşamayacaktır.

### **c. İşinin Onayının Alınması Zorunluluğu ve Örtülü Denkleştirme**

Yukarıda etraflıca ifade edilen, İş Kanunu m.63/II'deki her iki anlam değerlendirildiğinde, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.5/I'e göre, gerek haftalık normal çalışma süresinin işyerinde haftanın çalışılan günlerine günde on bir saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtılmasında, gerekse denkleştirme uygulaması yapılmasında, tarafların yazılı anlaşmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

İşveren, yönetim hakkına dayanarak tek yanlı olarak denkleştirme dönemi uygulayamaz. Yönetim hakkı sadece denkleştirme döneminin başlangıcı ve sonunu belirleme ile sınırlıdır. Zira İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m. 5/ son hükmüne göre; denkleştirme dönemi içinde günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının başlangıç ve bitiş tarihleri işveren tarafından belirlenir. Denkleştirme uygulaması için yapılacak bu anlaşmanın şekli konusunda kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yönetmeliğe göre ise bu anlaşmanın yazılı olarak yapılması gerekmektedir.

Anlaşmanın yazılı olarak yapılması gerektiğine ilişkin bu düzenleme, öğretide farklı şekilde değerlendirilmektedir. Taraflar çalışma süresinin işgünlerine paylaştırılması konusunda açık bir düzenleme yapmamış olabilirler. Bir görüşe göre bu konuda, açık bir karşılaştırma olmaması halinde, tarafların Kanundaki süre ve düzenleme üzerinden anlaşmışları sonucu çıkabileceği gibi, işçinin çalışmaya başlaması ile o işyerindeki yerleşik düzeni kabul ettiği, tarafların bu konuda anlaşmışları sonucuna da varılabilir. Bu durumda, işçi ile işverenin o işyerindeki çalışma düzeni konusunda anlaşmış sayılmaları daha isabetli olacaktır<sup>37</sup>.

Bir diğer görüşe göre ise işverenin yoğunlaştırılmış iş haftası uygulaması talimatına işçilerin sözlü olarak onayının alınması yeterli değildir; bu konuda çıkan bir uyuşmazlıkta işçilerin onaylarının alındığını ileri süren işveren bunu ancak yazılı bir belge ile kanıtlayabilir<sup>38</sup>. Bu noktada bu görüşün ispat bakımından durumu ele alarak ortaya çıkmış olduğu söylenmelidir.

Yönetmeliğin bu hükmü, her denkleştirme esasına göre çalışmaya başlamadan önce işçinin yazılı onayının alınması gerektiği biçimde anlaşılmalıdır. İşçi yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamasına onayını daha iş sözleşmesi yapılırken sözleşmede yer alacak bir hükümlerle başlangıçta da verebilir<sup>39</sup>.

İşçinin onayı sadece denkleştirme dönemi uygulamasının yapılıp yapılmayacağına kararlaştırmak için aranır<sup>40</sup>. İşverence hazırlanan ve denkleştirme esasına göre çalışmayı içeren iç yönetmelik veya personel yönetmeliği gibi düzenlemelerin işçiler tarafından kabul edilmesi şeklinde bir anlaşma ile de denkleştirme uygulaması yapılabilecektir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise 2005 tarihli bir kararında denkleştirme yapılması hususunda zımni olarak anlaşma yapılabileceği yönünde görüş bildirmektedir<sup>41</sup>. Dairenin bir başka kararına göre de; *“davacı santral binasında güvenlik görevlisi olarak çalışmakta olup yemek ve diğer zorunlu ihtiyaçlar için 9 saat süren çalışmada bir, 15 saat süren çalışmada da 1,5 saat ara dinlenme yapmadan çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle ara dinlenme yapmadan aralıksız çalıştığı kabulü yerinde değildir. Bu tespitten sonra belirlenecek haftalık çalışma süresine göre, 1475 sayılı Kanun döneminde haftalık 45 saati aşan çalışmalar, 4857 Sayılı Yasa döneminde*

<sup>37</sup> Caniklioğlu, 4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi, s. 9.

<sup>38</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 211.

<sup>39</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 211.

<sup>40</sup> Karacan, s. 42.

<sup>41</sup> Yarg. 9.HD., 16.06.2005, E.2004/31721, K.2005/26173, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, www.kazanci.com, erişim: 16.11.2013.; ayrıca kararı isabetli bulan Kızıoğlu incelemesi için bkz. KIZILOĞLU, Hakkı: Örtülü Denkleştirme Süresine Yönelik Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart-2006, s.84-89; Örtülü denkleştirmeye ilişkin bir başka karar için bkz. Yargıtay 9.HD., 27.05.2008, E.2008/357, K.2008/12808, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, erişim: 16.11.2013.

*ise yasaya göre örtülü denkleştirme olduğu kabul edilerek sadece günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla mesai olarak kabul edilebilir*<sup>42</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre de; 4857 sayılı Kanun döneminde günlük 11 saate kadarki çalışmalar yönünden örtülü bir denkleştirmeden bahsedileceğinden, denkleştirmeye esas günlük 11 saati aşan süreler yönünden fazla çalışmanın varlığı kabul edilmelidir<sup>43</sup>. Söz konusu kararda vurgulanan aynı ilkelerin belirtildiği bir başka bozma kararı uyarınca da 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde; haftalık 45 saati aşan çalışmanın fazla çalışma süresi olarak kabulünün gerekmesi karşısında, davacının, 7 gün ve günde 14 saat çalıştığı kabul edilerek, bu haftalarda 45 saati aşan sürelerde fazla çalışma yapıldığının kabulü gerekmektedir. 4857 sayılı Kanun döneminde günlük 11 saate kadarki çalışmalar yönünden örtülü bir denkleştirmenin varlığı kabul edileceğinden, denkleştirmeye esas günlük 11 saati aşan süreler yönünden fazla çalışmanın varlığı kabul edilmelidir<sup>44</sup>.

Örtülü denkleştirmenin mümkün olup olamayacağı noktasında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde bir görüş<sup>45</sup>, çalışmanın başlangıcında iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde denkleştirme yapılabileceği hususunda bir hüküm bulunmuyorsa, daha sonra denkleştirme uygulaması yapılmasını çalışma koşullarında işçi aleyhine değişiklik olarak değerlendirmektedir. Denkleştirme esasında işçinin duruma göre günde 11 saatten haftada 66 saat çalışmak durumunda kalabileceğini, denkleştirme uygulanmasaydı alabileceği fazla çalışma ücretinden de mahrum kalacağını, bu nedenle de böyle bir durumda 4857 sayılı İş Kanunu md.22 hükmünün uygulanması gerekeceğini ifade etmektedir.

<sup>42</sup> Yarg. 9.HD., 03.05.2007, E.2006/17647, K.2007/14046, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, erişim: 16.11.2013.

<sup>43</sup> Yargıtay HGK., 18.07.2007, E.2007/9-582, K.2007/557, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, erişim: 16.11.2013.

<sup>44</sup> bkz. Yarg. 9.HD., 08.11.2006, E.2006/7802, K.2006/29417, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, erişim: 16.11.2013.

<sup>45</sup> Süzek, s.794; Aynı yönde bkz. SONGU, Öktem Sezgi: Çalışma Süresinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, DEÜHFD, C.VIII, S.2, 2006, s.183-184; ALP, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s. 198; Engin ise sonradan yapılan tek taraflı değişikliğin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edileceği görüşündedir. Bkz. ENGİN, Murat: Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, s. 73; Örtülü denkleştirmenin mümkün olamayacağına yönelik görüş için bkz. YENİSEY, Doğan Kübra: Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s.72. Yenisey Yargıtay HGK., 14.06.2006, E.2006/9-374, K.2006/382 kararının bir başka tartışılması gereken hususunun örtülü denkleştirme olduğunu ifade etmektedir. Zira Kanun uyarınca denkleştirme için işçinin rızası gerekmektedir ve bu rızanın yazılı olması gerekliliği de İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5. maddesinde belirtilmektedir. Bu koşulların varlığında, denkleştirmenin örtülü olarak kabul edilebilirliği yazara göre mümkün değildir. Ayrıca denkleştirmede yazılı rıza koşulunun Yasada değil de yönetmelikte öngörülmüş olması uygun bulunmamaktadır. Ayrıntı için bkz. Caniklioğlu, 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, s.161.

Aynı yönde görüş bildiren bir başka yazar ise<sup>46</sup>; denkleştirme esasının, işçinin çalışmayı bekleyerek boş geçirdiği sürelerin çalışma süresinden sayılacağı ve böylece ücrete hak kazanacağı kuralının istisnası olduğunu, ayrıca haftalık 45 saatin üzerinde çalışma halinde işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanacağı kuralının da istisnasını teşkil ettiğini, işletme riskinin işverenin üzerinde olduğunu ve bu riskin gerçekleştiği durumlarda, bir başka deyişle piyasa dalgalanmaları, sipariş alamama gibi işletme faaliyetlerini etkileyen ve/veya umulmayan hallerde iş görme alacağını kabul edemeyen işverenin alacaklı temerrüdüne düşeceğini ve iş görmeye hazır olan işçiye karşı ücret borcunun devam edeceğini belirtmektedir. Denkleştirme esası ile kanun koyucu, bu temel esasın işletmeler üzerinde oluşturduğu mali yükü ortadan kaldırarak ücretin fiili çalışmanın karşılığı olması ilkesini hakim kılma amacını gütmekte, böylece mal ve hizmet üretiminde dalgalanma olan hallerde ve sektörlerde, işverenin fiili çalışma yapılmayan zamanları fazla çalışma yapılan zamanlarla denkleştirerek fiilen yapılan işin karşılığı ücret vermesine olanak tanımaktadır.

Gerçekten de, iş sözleşmesinin başından itibaren olağan çalışma koşullarının uygulandığı bir çalışma ilişkisinde işçinin 45 saatin üzerinde çalıştığı haftalarda genel kural gereği fazla çalışma ücretine hak kazanacağı, iş yoğunluğunun düşük olduğu dönemlerde de yine genel kural gereği fiilen çalışmasa bile çalışmaya hazır olduğu için ücret alacağı doğacağı ve böylece aylık olağan ücreti yanında %50 zamlı ücret alacağı açıktır. Bu anlamda, yazarın, işin devamı sırasında denkleştirme esasına geçilmesiyle işçi fazla çalışma yapmasına rağmen o güne kadar aldığı fazla çalışma ücretini alamamasının çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğu yönündeki görüşüne katılmamak mümkün değildir. Zira unutmamak gerekir ki, her ne kadar bir denkleştirme söz konusu olsa da, işçinin bu dönemde belki de sürekli 11 saatlik bir çalışması mevcut olacaktır. Bu çalışma yukarıda da etraflıca ifade edildiği üzere, haftada 66 saate kadar çıkabilecek ve bir süre böyle çalışılmaya devam edilecektir. Kaldı ki tam da bu nedenle, denkleştirme uygulaması iş sağlığı ve güvenliği ile özel yaşamın korunması amaçlarıyla kanun koyucu tarafından işçinin onayına bağlı tutulmuştur. Bu uygulamanın başlamasıyla birlikte işçi haftada 45 saatin üzerinde çalışsa bile fazla çalışma ücretine hak kazanamayacak, her ne kadar daha sonra serbest zamanı olursa da, normal bir fazla çalışmada olduğu gibi serbest zamanı altı aylık bir zaman içinde %50 artırılmış bir şekilde değerlendiremeyecek, kullandığı serbest zaman yaptığı fazla çalışma süresiyle aynı oranda olacaktır. Bu açıklamalarımız ışığında, söz konusu uygulamanın çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olmadığını söylemek mümkün değildir.

Diğer yandan, her ne kadar bunun esaslı bir değişiklik olduğu belirtilse de, İş Kanunu md.22'de belirtilen usulün uygulanmasının pratik olmayabileceğini ifade edilmektedir. Zira denkleştirme esası kanunun işgücü maliyetini düşürmek amacıyla işverene tanımış olduğu bir imkandır. Yazar bu anlamda, iş ilişkisinin devamı

<sup>46</sup> Engin, s.73.

sırasında denkleştirme esasına geçişin iç yönetmelik değişikliğiyle açıkça düzenlenmesi ve işçilerin bilgilendirilmesi yoluyla yapılabileceğini, bu yöntemin kanuna uygun ve pratik olacağı kanısında olduğunu ifade etmektedir. Ancak kanımızca işyeri iç yönetmeliği değişikliği elbette uygulamayı değiştirecek güce sahip olmakla birlikte, bu değişikliğin de işçinin onayıyla yapılabileceği hususunda tereddüt yoktur. Bu işlem için onay mekanizması da yine İş Kanunu md.22 içinde bulunmaktadır. Bu nedenle, yazarın bu husustaki düşünsel gayretini ve samimiyetini iyi anlıyor ve paylaşıyor olmakla birlikte, her halükarda İş Kanunu md.22'nin bire bir uygulamasından başka bir çare olmadığını da itiraf etmemiz gerektiğini düşünüyoruz. Bu nedenle de, denkleştirmeye ilişkin onayın henüz çalışma ilişkisi başlarken alınmasının daha işlevsel olacağı açık ve nettir.

Ancak hemen eklemek gerekir ki, işçinin onayının bulunduğu yazılı anlaşmanın önceden varlığı halinde, ayrıca çalışırken bir yazılı rızanın alınması ihtiyacı mevzu bahis olmayacaktır. Bu yazılı anlaşmanın hangi safhada ve hangi yöntemle olacağı konusunda ise tereddütler bulunmaktadır. Doktrinde de isabetle ifade edildiği üzere<sup>47</sup>, tarafların söz konusu yazılı anlaşması, iş sözleşmeleri vasıtasıyla işçilerin onaylarının alınması şeklinde olabileceği gibi, işverence hazırlanan işyeri iç yönetmelikleri ya da personel yönetmelikleri gibi metinlerin işçiler tarafından kabul edilmesiyle ya da toplu iş sözleşmesine konulan hükümlerle de olabilir.

Kanımızca da, söz konusu yöntemlerin her biri ayrı ayrı muteberdir. Denkleştirme uygulaması yapılacağı dönemin hemen öncesinde ve her denkleştirme uygulaması için ayrı ayrı yazılı onay alınacağı şeklindeki bir düşüncenin ise geçerli olmayacağı kanısındayız. Zira kanun koyucu eğer böyle bir yorumu kabul ediyorsa olsaydı, bunu kanun metninde ya da ÇSY'de belirtirdi. Halbuki kanunda bu hususa ilişkin hiçbir ibare bulunmamakta, yönetmelikte ise sadece tarafların yazılı anlaşmasının mevcudiyeti zorunluluğundan bahsedilmekte, ancak bunun hangi safhada olacağına değinilmemektedir. Nitekim böyle bir durumu öngören kanun koyucu bazı durumlarda bunu açık bir şekilde kanun metninde belirtmekten çekinmemektedir. Örneğin İş Kanunu md.7/1'de ödünç iş ilişkisinin hangi yöntemle kurulacağını belirtmekte ve "işveren, *devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle* bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur" diyerek, onayı iş sözleşmesine, işyeri iç yönetmeliğine ya da toplu iş sözleşmesine bırakmamakta, bizatihi devir sırasında alınacağını ifade etmektedir<sup>48</sup>.

Toplu iş sözleşmesinin yapıldığı işyerlerinde toplu iş sözleşmesine konulacak bir hükümlerle de denkleştirme uygulaması kabul edilmiş olabilir. Toplu iş sözleşme-

<sup>47</sup> Çelik, s. 369-370.

<sup>48</sup> ODAMAN, Serkan: Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, İstanbul 2013, s. 123-124.

sinin normatif nitelikteki bu hükmü o sözleşme kapsamındaki işçileri bağlayacağı gibi, bu hüküm aynı zamanda “işyerinin çalışma düzenine ilişkin hüküm niteliğinde olduğundan, 6356 Sayılı Yasanın 25/II hükümleri uyarınca, o işyerinde çalışan ancak toplu iş sözleşmesi ile bağlı olmayan işçiler de, işverenin toplu iş sözleşmesi hükmüne dayanarak yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanması yönündeki talimatına uymakla yükümlüdürler<sup>49</sup>.”

#### **d. Denkleştirme Uygulamasının Süre Yönünden Sınırları**

Mevzuat denkleştirme esasını düzenlerken iki süre sınırlamasına yer vermektedir. Birinci sınırlama günlük çalışma süresinin 11 saati aşmaması iken, ikinci sınırlama denkleştirme süresi içinde işçinin ortalama haftalık çalışma süresinin normal haftalık çalışma süresi olan 45 saati aşmamasıdır.

Gerek Kanunun 63. maddesinin II. fıkrası gerekse ÇSY'nin 4. maddesinin III. fıkrası uyarınca işçi denkleştirme süresi içerisinde gerçekleştirilecek yoğunlaştırılmış çalışma kapsamında günde en fazla 11 saat çalıştırılabilecektir. Bu süreyi aşan bir çalışma yasak olup denkleştirmeye tabi tutulamayacaktır.

Taraflar anlaşmak suretiyle denkleştirme süresi içerisindeki bir çalışma haftasında yaptırılacak çalışmanın azami süresini haftanın çalışılan günlerine göre sınırlandırabilecekleri gibi, 11 saatlik kanuni azami günlük çalışma süresini de daha az saat olarak belirleyebilirler.

Yargıtay, 19.09.2005 tarih ve 2005/651 Esas sayılı kararında hafta tatili gününü de hesaba katarak çalışma süresini belirlemiş ve bunun örtülü olarak denkleştirildiğini kabul etmiştir. Oysa İş Kanununun 46. maddesinde yer alan ücretli hafta tatili hakkı emredici bir hüküm niteliğinde olmaktadır ve bu sürenin denkleştirmeye tabi olmamasının kabulü mümkün değildir<sup>50</sup>.

Denkleştirme konusunda bir diğer sınırlama da işçinin ortalama normal haftalık çalışma süresinin aşılmasıdır. Bu işçinin denkleştirme süresinde kimi haftalarda normal haftalık çalışma süresini aşıya da, çalışmasının ortalamasının normal haftalık çalışma süresini yani 45 saati aşmayacağını ifade etmektedir.

#### **2. Çalışma Süresinin Denkleştirilmesi, Serbest Zaman, Ücret ve Tespitler**

Çalışma sürelerinin denkleştirme dönemine dağıtılması bakımından ikili bir ayırımıda konunun irdelenmesi gerekmektedir. Her ne kadar ÇSY'nin 5. maddesi denkleştirmenin işveren tarafından yaptırılacağı anlamını taşıya da bu, düzenlemenin işçinin çalışma sürelerinin denkleştirilmesini talep edemeyeceği şeklinde anlaşılması sonucunu doğurmaz.

<sup>49</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 211

<sup>50</sup> Astarlı, s. 306.

Yoğunlaştırılmış çalışmanın denkleştirme süresinin hangi döneminde yapılması gerektiği hususunda bir düzenleme Kanunumuzda söz konusu olmamaktadır. ÇSY'nin 5. maddesinin son fıkrasında ise denkleştirmenin fazla çalışmanın akabinde yapılacağı şeklinde algılanabilecek bir düzenleme yer almaktadır. Zira yönetmeliğin 5. maddesinin son fıkrasında "...Bu halde, yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından sonraki dönemde işçinin daha az sürelerle çalıştırılması suretiyle, toplam çalışma süresi, çalışması gereken toplam normal süreyi geçmeyecek şekilde denkleştirilir" ifadesine yer verildiği görülmektedir. Doktrinde hükmün amacı ve işçinin korunması ilkesi çerçevesinde bu düzenlemenin, yoğunlaştırılmış çalışma ardından denkleştirilme yapılabileceği şeklinde algılanmasının ve denkleştirme dönemi başında işçiye serbest zaman kullanılarak daha sonra yoğunlaşmış çalışmanın uygulanmasının mümkün kabul edilmesi gerekliliğini ifade ettiği belirtilmektedir<sup>51</sup>.

Yukarıda örneklerle belirtildiği üzere, günde 11 saatin, haftada ise 66 saatin üzerinde çalışılmaması kaydıyla, toplam çalışma süresi dikkate alındığında da ortalama haftalık çalışma süresi 45 saatin üzerine çıkmadığı sürece, denkleştirme esası uygulanabilir. Yoğun çalışılan, daha az çalışılan ve hatta boş kalınan haftaların sıralanmasında bir kural bulunmamaktadır. Bu anlamda bazen yoğun çalışma önceden yapılabilir, bazen de daha sonraki haftalara, hatta en son haftalara bırakılabilir. İşte yoğun haftaların baştan kullanılması halinde, sonraki haftalarda daha az çalışılan ve hatta boş kalınan haftalar olacaktır.

Doktrindeki bir görüşe göre; yoğun haftalar bittikten sonra tam işçinin dinleneceği, bir başka deyişle haftaların denkleştirileceği dönem geldiğinde işçinin iş sözleşmesi herhangi bir nedenle sona ererse, işçinin çalıştığı 45 saatin üzerindeki her saat için fazla çalışma ücreti ödenmesi gereği ortaya çıkacaktır<sup>52</sup>. Söz konusu görüşe elbette katılıyor olmakla birlikte, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, geride kalan haftalardaki 45 saatlik sürelerin üzerindeki çalışmaların fazla çalışma olarak değerlendirilebileceği görüşüne iştirak edemiyoruz. Zira işçinin kusurundan kaynaklanan bir sebeple iş sözleşmesinin haklı sebeple ya da geçerli sebeple feshedilmesi halinde, kusuru olmayan işverenin böyle bir olumsuz sonuçla karşılaşmasının hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesindeyiz. Şöyle ki; yoğun haftalar devam ederken ya da tamamlandığında, iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu m.25/II uyarınca feshedilmesi ya da işçinin davranışlarından ya da yeterliliğinden kaynaklanan bir nedenle İş Kanunu m.17-18 uyarınca feshedilmesi halinde, geride kalan haftalardaki 45 saatin üzerindeki çalışmaların fazla çalışma olarak değerlendirilmesi kanımızca isabetli olmayacaktır. Zira ortada, işçiyi çalıştırmak isteyen bir işveren, bir başka deyişle denkleştirme süresini sağlıklı bir şekilde tamamlamak isteyen bir işveren, diğer tarafta ise kusurlu hareketleriyle işverenin haklı ya da ge-

<sup>51</sup> Caniklioğlu, s.159.

<sup>52</sup> Süzek, s.796; Benzer Örnekler için bkz. KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/Kabul, Sibel: Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, s. 989.

çerli olarak iş sözleşmesine son vermesine neden olacak davranışlarda bulunan işçi bulunmaktadır.

Bundan başka, işçinin de söz konusu dönemde iş sözleşmesine kendisinin son vermesi ihtimal dahilinde olabilir. Aslında yoğun yaptığı çalışmalardan sonra boş haftalarının geldiği dönemde bir işçinin kendisinin iş sözleşmesine son vermesi pek de akla yatkın gelmemektedir. Ancak işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu m.24 uyarınca haklı sebeple feshetmesi halinde yine geride kalan haftalardaki 45 saatin üzerindeki çalışmaları için zamlı fazla çalışma ücreti talep etmesi kanımızca mümkün olacaktır.

Elbette bu durumun tam tersinin vuku bulması ihtimali de mevcuttur. Bir başka deyişle, öncelikle işçinin boş haftalarının ya da az çalışılan haftalarının idrak edilmesi, daha sonra yoğun çalışmanın olduğu, hatta 66 saatlik çalışmaların olduğu haftaların başlaması ihtimal dahilinde olabilir. İşte bu durumda da işçinin tam yoğun çalışacağı haftalar geldiğinde, bir başka deyişle, işverene olan borçlarını ödeyeceği dönemde iş sözleşmesinin sona erdirilmesi söz konusu olabilir. Sözleşme işveren tarafından sona erdirildiyse yine kusura göre ikili bir ayrıma gitmek gereği bulunmaktadır kanısındayız. Buna göre; iş sözleşmesi işveren tarafından İş Kanunu m.25/II ya da işçinin davranışlarından ya da yeterliliğinden kaynaklanan bir sebeple m.17-18 uyarınca feshedilmiş ise işçinin boşta geçen ya da 45 saatin altında çalışma yaptığı dönemler için, 45 saate kadar olan ve çalışılmayan süreler için işverenin yapmış olduğu ödemeleri işverenin işçiden talep etmesi mümkün olmalıdır. Zira işveren bu dönemde çalışmadığı ya da 45 saatin altında çalıştığı halde işçiye ücret ödemesine devam etmekte, bunu yaparken de daha sonraki haftalarda ihtiyacına binaen 45 saatin üzerinde yoğunlaştırılmış haftalarda çalışacağını düşünmektedir. Oysa işçi önce çalışmadan ya da 45 saatin altında çalışarak tam haftalık ödeme almakta, ancak daha sonra bahsettiğimiz nedenlerle iş sözleşmesinin işverence feshine neden olabilecek bir harekette bulunursa, bundan işvereni sorumlu tutmak ve çalışılmayan süreler için ödeme yapmasına müsamaha göstermemek doğru olacaktır kanısındayız. Tam da bu dönemde işçinin iş sözleşmesine son vermesinde ise bu defa işverenin kusuru kriterine göre sonuca ulaşmak isabetli olacaktır. Buna göre; tam yoğun dönem başlayacak iken işçi iş sözleşmesini İş Kanunu m.24 uyarınca haklı sebeple feshederse, elbette çalışmadığı ya da az çalıştığı geride kalan haftalar için işverenin bir alacak talebinde bulunması mümkün olmayacaktır. Ne var ki, işçi söz konusu türde bir sebep olmaksızın iş sözleşmesini keyfi olarak sona erdiriyorsa, elbette işveren önceki dönemde çalışmadan verdiği ücret ödemelerini geri isteyebilmek imkanına sahip olacaktır.

Hemen ifade etmek gerekir ki, denkleştirme süresiyle serbest zaman uygulamasını karıştırmamak gerekmektedir. Zira serbest zaman, yapılan fazla sürelerle çalışmaların ya da fazla çalışmaların karşılığında işçinin hak ettiği ve ancak tarafların anlaşmalarıyla vuku bulabilecek bir uygulamadır. Yine unutmamak gerekir ki,



serbest zaman uygulamasında her bir saat fazla sürelerle çalışma için bir saat on beş dakika, her bir saat fazla çalışma için de bir saat otuz dakika serbest zaman kullanılabilir, ayrıca bu serbest zaman altı aylık süre içinde değerlendirilebilir. Oysa denkleştirme süresi uygulamasında yapılan çalışmayla kullanılan boş zaman bire bir olmaktadır. Bir başka deyişle, işçi 45 saatin üzerinde yaptığı her bir saat fazla çalışma için yine bir saat dinlenebilmektedir. Ayrıca denkleştirme uygulamasındaki boş zamana, işçinin sözleşmeden ya da kanundan doğan izin ve tatillerinin de eklenmesi gerekecektir<sup>53</sup>.

Bundan başka, denkleştirme süresi içindeki boş zamanlar esasen yapılan fazla çalışmaların karşılığı olduğundan, bu süreler işçinin kıdeminden sayılacaktır<sup>54</sup>. Bir başka deyişle, işçinin çalışmadığı boş zamanlar yıllık izin hakkı ya da kıdeme bağlı diğer haklar bakımından çalışma süresi olarak değerlendirilecektir. Ancak bu sürede geçirilebilecek kazalar iş kazası olarak işlem görmeyecektir<sup>55</sup>.

Yukarıda etraflıca açıklandığı üzere, denkleştirme süresi içerisinde işçi bazı haftalar yoğun çalışmakta, bazı haftalarda az çalışmakta hatta hiç çalışmamaktadır. Ücretin bu süreye göre belirlenmesi söz konusu olursa, işveren her ay farklı bir ücret ödemek durumunda kalacaktır. Ancak, kanımızca denkleştirme süresinin mantığına bakıldığında amaç, her hafta belki de farklı süreler belirlenmekle birlikte, neticede sürelerin denkleştirme sonunda denkleştirilmesi ve işçinin ortalama 45 saat çalışmış olmasıdır. Bu nedenle de, her hafta farklı ücret ödenmesinin hem bu mantığa aykırı olacağı hem de uygulamada bordro yapılmasında sorunlar yaratacağı kanısındayız. Nitekim denkleştirme süresinde, çalışılan sürenin ihtiyaca göre değişkenlik göstermesine rağmen, haftalık çalışma süresinin değişmemesinin amaçlandığı da doktrinde belirtilmektedir. Bu esasın ücret bakımından da geçerli olması gerektiği ve işverenin, fiilen çalışılan süreye göre hesaplanan ücreti değil, çalışılan sürenin ortalamasının, işçinin normalde çalışması gereken süreye eşit olması halinde, normalde kararlaştırılan ücreti ödemesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Caniklioğlu, 4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi, s.8.

<sup>54</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, 5. Bası Ankara 2008, s.654.

<sup>55</sup> Caniklioğlu, 4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi, s.9.

<sup>56</sup> Caniklioğlu, 4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi, s. 10, yazara göre, "...bu ücretin maktu ücret olması halinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Maktu ücret işçiye, haftalık çalışma süresinin üzerinde çalışılan dönemde olduğu gibi, haftalık çalışma süresinin altında çalışılan dönemde de aynı şekilde ödenecektir. Buna karşılık, ücretin belirli bir meblağ olarak değil de, saat ücreti üzerinden kararlaştırılması, halinde işçiye ödenmesi gereken ücretin tespiti zor olabilecektir. Bizce bu durumda, işçinin o hafta fiilen ne kadar çalıştığı dikkate alınmaksızın, normal haftalık çalışma süresinin, kararlaştırılan saat ücreti ile çarpımı sonucu bulunacak miktarın işçiye ödenmesi, aynı şekilde, azaltılmış çalışma haftası için de aynı işlemin yapılması gerekir. Ancak, denkleştirme döneminde işçinin çalışma süresinin normal çalışma süresini aşması halinde, artık fazla saatlerle çalışmaya ilişkin esaslar da dikkate alınarak hesap yapılmalı ve işçiye buna göre ücret ödenmelidir...".

## SONUÇ

4857 sayılı İş Kanunu, Avrupa Birliği'nin 93/104 sayılı Yönergesine uygun olarak ve esnekleşmenin etkileriyle mevzuatımıza birçok yeni hüküm getirmiştir. Bu hükümler çalışma hayatı bakımından olumlu düzenlemelerdir. İş Kanunu, çalışma sürelerini haftalık olarak düzenlemiş ve bunların günlere dağıtılması yolunu seçmiştir. Aynı maddede denkleştirme esası getirilerek günümüz ekonomik koşulları için olumlu bir düzenleme yapılmıştır. Nitekim "esneklik" mantığı çerçevesinde şekillenen düzenlemeler, Liberal İş Hukukunun da esasen temel taşlarını oluşturmaktadır.

Günlük en çok çalışma süresinin 11 saat olarak belirlenmesine karşılık, uygulamada bu sürelerin aşıldığı görülmektedir. 11 saati aşan çalışmalar için de fazla çalışma karşılığı talep hakkı yasanın gizli ifadesinde yatmaktadır. Günlük 11 saat aşılarak aslında haftalık 45 saat aşılmış sayılacaktır ve bu nedenle de çalışması günlük 11 saati aşan işçiye ilgili Kanunun hükümlerine göre zamlı ücretin ödenmesi gerekmektedir.

Ayrıca denkleştirme usulüne göre bir işçi günlük 11 saatten haftada 66 saate kadar çalıştırılabilecektir. Bu çalıştırılma usulü, Anayasa'nın 50. maddesinde düzenlenen dinlenme hakkının özünü ihlal ettiği gerekçesiyle bazı yazarlarca eleştirilmesine karşın kanaatimizce uygulama, küreselleşme ve çalışma düzeni üzerinde etkisi karşısında çok uygundur. Hatta denkleştirme süresine ilişkin Kanunda yer alan sınırın Avrupa Birliği Yönergeleri çerçevesinde artırılmasının uygulamadaki sorunları çözeceği belirtilmelidir. Bu değişiklik elzemdir.

İşçinin çalışma süresinin belirlenmesi esneklik prensibi çerçevesinde daha reel bir temele oturtulmuştur. Yine maddede düzenleme yapılırken cümlenin başına " tarafların anlaşması" ibaresi yerleştirilmiştir. Böylelikle denkleştirmenin ancak işçinin onayı alınarak mümkün olabileceği ifade edilmek istenmiştir. Örtülü denkleştirme uygulaması ise Yargıtay kararlarında ayrıntılı olarak yer almış ve örtülü denkleştirmeye ilişkin kriterler bu kararlar çerçevesinde ortaya çıkmıştır.

Yine denkleştirme uygulamasının ikişer aylık birbirini takip eden periyotlarda tekrarlanmasına da Kanunumuzda bir engel bulunmamaktadır.

Son olarak, denkleştirme 4857 sayılı Yasanın getirmiş olduğu önemli esneklik yansımalarından biridir. Bu çerçevede diğer İş Kanunlarının da, günümüz esnek çalışma yaşamına uygun hale getirilerek yenilenmesi ve katı düzenlemelerden günümüz çalışma koşullarına uygun şekilde esnek düzenlemelere geçilmesi, ihtiyaçlara cevap bulunması kapsamında bir gerekliliktir.

İş Hukukundaki geleneksel başlıkların, Liberal İş Hukuku mantığı çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi zamanı gelmiştir.

### KAYNAKÇA

- AYDOĞANOĞLU, Erkan:** 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Süreleri ve Esneklik Tartışmaları, <http://www.emekdunyasi.net/>
- AKTEKİN, Şeyda:** Çalışma Süreleri Yönergesinde Son Gelişmeler, Mercek, Temmuz-2004, s.85 vd.
- AKYİĞİT, Ercan:** İctihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul 2006.
- ALP, Mustafa:** İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.
- ASTARLI, Muhittin:** İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen:** 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikasıca Düzenlenen III. Yılında İş Yasası Semineri, Bodrum Eylül 2000, s. 149-199.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen:** 4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Dergisi, S. 66, Haziran 2005, s.1-13.
- CENTEL, Tankut:** Kısmi Çalışma, İstanbul 1992.
- ÇELİK, Nuri:** İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, İstanbul 2013.
- ÇİL, Şahin:** 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.14, 2007, s. 57-79.
- EKONOMİ, Münir:** 4857 Sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma Kavramı, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu- İş, C. 7, S. 3, Ankara 2004, s.159-172.
- ENGİN, Murat:** Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, s. 69-76.
- ERTÖR, Salih:** Esnek Çalışmanın Sanayi İçin Önemi ve Almanya'dan Örnek Modeller, Mercek, Nisan-2005, s.75 vd.
- EYRENCİ, Öner:** Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi, Çalışma Hayatında Esneklik Semineri, İzmir 1994, s.64-73.
- EYRENCİ, Öner:** Türkiye'de Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi, Çalışma Hayatında Çağa Uyum Seminerleri, Abant 2002, s.160 vd. (Esnekleştirme).
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim:** Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2006.
- İREN, Ertan:** Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu, Ankara 2008.
- KARACAN, Hatice:** 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Ankara 2007.

- KIZILOĞLU, Hakkı:** Örtülü Denkleştirme Süresine Yönelik Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart-2006, s.84-89.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi:** İş Hukuku, 5. Bası, Ankara 2008.
- ODAMAN, Serkan:** Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, İstanbul 2013.
- SONGU ÖKTEM, Sezgi:** Çalışma Süresinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine Düşünceler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.2, 2006, s. 169-189.
- SOYER, Polat:** Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/3, s.797-808.
- SUBAŞI, İbrahim:** İş Hukukunda Çalışma Süreleri, A. Can Tuncay' a Armağan, İstanbul 2005, s. 301-360.
- SÜZEK, Sarper:** *İş Hukuku*, Yenileniş 9. Bası, İstanbul 2013.
- ŞAKAR, Müjdat:** İş Kanunu Yorumu, 5. Bası, Ankara 2010.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut:** *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul 2005.
- ULUCAN, Devrim:** AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve İş Kanunu Taslağında Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları, 25-29 Eylül-2002, s.100 vd.
- ULUCAN, Devrim:** AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 Sayılı İş Kanununda Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri, Mercek, Temmuz-2003, s.60-66.
- YENİSEY, Doğan Kübra:** Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009.
- Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)
- Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

# BASIN İŞ KANUNUNA GÖRE FAZLA ÇALIŞMA

## (*Overtime in The Press Labour Act*)

Haluk Hadi SÜMER\*

### ÖZET

Basın İş Kanunu gazetecilerin fazla çalışma haklarını ek madde 1'de düzenlemiştir. Buna göre gazetecinin günlük çalışma süresini aşan, ulusal bayram, genel tatiller ve hafta tatilinde çalışması fazla çalışma sayılır. Her bir saat fazla çalışma için normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı yüzde elli artırılarak fazla çalışma ücreti ödenir. Fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmesi halinde, her geçen gün için yüzde beş fazlasıyla ödenir. Fazla mesai günde üç saati geçemez.

**Anahtar kelimeler:** Basın İş Kanunu, gazeteci, fazla çalışma

### *Abstract*

The Press Labour Act was in more than one additional agent working rights for journalist. According to this, the daily working time exceeds journalists, national holidays, public holidays and weekends are considered overtime work. Normal working wage for each hour of overtime work per hour by increasing the amount of overtime pay shall be paid fifty percent. In the absence of fee on the day of more work, more than five per cent shall be paid for each day. Overtime may not exceed three hours per day.

**Keywords:** The Press Labour Act, journalist, overtime

### GİRİŞ

Gazetecilik mesleğinin güçlükleri, gazetecilik mesleğinin kendine özgü nitelikleri ve toplumsal işlevi, basının demokratik toplumlardaki kamuoyu oluŐturmadaki güçlü rolü ve gazetecilerin görev ve sorumluluklarını basın özgürlüğünün gerekleri çerçevesinde her türlü baskıdan uzak olarak yerine getirebilmeleri, gazetecilerin iş ilişkilerinin özel olarak düzenlenmesini ve korunmalarını gerekli kılar<sup>1</sup>.

\* Prof. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> **Sümer** Haluk Hadi, Bireysel İş Hukuku, Konya 2013, 4 vd.; **Gökçek Karaca** Nuray, Gazetecinin Basın İş Kanunu'ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, 5953 Sayılı Basın İş Kanunu ve Uygulaması, İstanbul 2010, 19, 23; **Yıldız** Sevil, Medya ve Hukuk, Konya 2010, 84.

Gazeteciler hakkında İş Kanunu hükümlerinin değil, ayrı bir İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasının ana sebebi Basın İş Kanununun genel gerekçesinde açıkça belirtilmiştir: "... kanuni teminata bağlanacak muhtelif nevi fikri çalışma mevzuları arasında, umumi ve sosyal hayatımız içinde ayrı ve bariz bir ehemmiyeti olan basın mensuplarının durumu ön planda ele alınmıştır"<sup>2</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarımız sonucunda, gazetecilerin iş ilişkilerinde özel olarak korunmalarının nedenlerini üç başlık altında toplamak ve özetlemek mümkündür<sup>3</sup>:

- Gazetecilik mesleğinin farklı çalışma yöntemine sahip olması,
- Gazetecilik mesleğinin toplum içindeki yeri ve önemi,
- Basın özgürlüğünün korunması.

Gazetecilik mesleği, niteliği itibarıyla klasik çalışma süreleriyle yapılmaya uygun değildir<sup>4</sup>. Günlük gazeteler, haber ajansları gazetelerini yetiştirebilmeleri veya olayları takip edebilmeleri için yirmi dört saat çalışırlar. Yine günlük gazeteler haftanın her günü yayınlanırlar. Bu çalışma temposu gazetecileri normal çalışma sürelerinin üzerinde çalışmak zorunda bırakabilir<sup>5</sup>.

Bu çalışmada Basın İş Kanununa göre fazla çalışma tüm yönleri ile ele alınacaktır. Öncelikle 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun hükümlerine göre gazeteci kavramını açıklayacağız. Basın İş Kanununa göre gazeteci kavramı, aynı anda bu Kanunun kapsamını da belirlemektedir.

<sup>2</sup> **Göktaş** Seracettin/**Çil** Şahin, Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, İlgili Mevzuat, Ankara 2003, 429.

<sup>3</sup> **Gökçek Karaca**, 19-24.

<sup>4</sup> Bir gazetenin yayın sıklığı, iş saatlerini ve iş saatlerinin dağılımını belirleyen önemli bir faktördür. Gazeteler ve süreli yayınlar, saptanan saatlerde ve belli tarihlerde çıkarılmaktadır. Gazeteciler anormal veya atipik veya normal aile hayatı ve sosyal yaşam ile bağdaşmadığında antisosyal olarak tanımlanan zamanlarda çalışmaktadırlar. Hatta başlıca haber ajansları yirmi dört saat esasına göre çalışırlar ve sabah gazetelerinin çıkarılması geleneksel hafta tatilinde iş başında bulunmalarını gerektirir. Bkz. **Bohére** G., Gazetecilik Mesleği, Gazetecilerin Çalışma Koşulları Üzerine Bir İnceleme, Çev: Nurhan **Süral**, Ankara 1984, 103. Gerçekten de gazetecilik mesleği özü itibarıyla esnek çalışma düzenine sahiptir. Gazeteciler bazen oldukça yoğun çalışırken bazen işin niteliği gereği boş zaman kullanmaktadırlar. İş beklemek için geçen sürenin dışında tamamen kendilerine özel zaman ayırabilmektedirler. Bazen de gün içinde yoğun çalışan gazeteciye ertesi gün işe daha geç başlama imkânı tanınabilmektedir. **Uçum** Mehmet/**Karataş Hüseyin**, Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu-Basın İş Kanunu Karşılaştırması, Legal İHSGHD., 14/2007, 587.

<sup>5</sup> Yargıtay da bir kararında gazetecilik mesleğinin standart çalışma süreleri ile yapılabilesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır: "Muhabirlik idari bir görev değildir. Kamuyu bilgilendiren bilgileri araştırma, kaynağına inme, gözlemlerde ve röportajlarda bulunma, genellikle de olay yerlerine gitme, günün sonunda da bilgileri yazı işlerine sunma gibi işlevlerde bulunur. Günlük görevin ne zaman sona ereceği işin bitme durumuna bağlı bulunduğundan kendisinin dahi bilmesi düşünülemez. Şu durumda bir muhabir yasanın aradığı şekilde fazla mesai yapmış ise bunun karşılığını almalıdır.", Y9HD., 3.03.2003, 1375/2718, www.kazanci.com.tr (21.12.2011).

## § 1- GAZETECİ KAVRAMI

### I- TANIMI

Basın İş Hukukunun temel kavramı gazetecedir. Çünkü Basın İş Hukukunun düzenleme alanı gazetecileri iş ilişkilerinde korumaktır. Bu nedenle gazeteci kavramının tanımı yapmak ve kapsamını belirlemek önemlidir. Ancak üzerinde uzlaşılan bir gazeteci tanımı yapmak oldukça güçtür<sup>6</sup>.

Gazetecilik mesleğini belirlerken, gazeteci olarak kabul edilen kişilerin belirli bir eğitime sahip olma gerekliliği yoktur. Bir hukukçu, mühendis, eğitimci ve hekim de gazetecilik mesleğini yerine getirebilir. Bu da mesleğin tanımlanmasını daha da zorlaştırır<sup>7</sup>.

Öğretimde ve çeşitli kaynaklarda gazeteci kavramı farklı biçimlerde tanımlanmıştır. Gazeteci kavramına yönelik farklı yaklaşımları ortaya koyabilmek için gazeteci tanımına ilişkin verilebilecek bazı örnekler şunlardır:

- Gazeteci, Basın İş Kanunu kapsamına giren bir veya birden fazla işyerinde, basın iş sözleşmesine göre ve başlıca gelir kaynağını teşkil etmek üzere ücret karşılığı fikir ve sanat işlerinde çalışan kişidir<sup>8</sup>.

- Gazetecilik, ilgili kişinin asıl işi olarak veya asıl işi olmaması halinde düzenli olarak güncel olayları ve haberleri toplamak, vermek ve yorumlamak amacıyla yazılı, işitsel-görsel basın araçlarında ücret karşılığı yapılan iştir<sup>9</sup>.

- Gazeteci insanları yakından ilgilendiren günlük olayları kısa bir zaman süresi içinde görebilen, duyabilen ve onları değerlendirerek yayın organına ve o araçla halka çabuklukla ileten kişidir<sup>10</sup>.

- Gazeteci, erişmek istediği kitle için en önemli diye nitelendirdiği enformasyonu toplayarak, haber yapan ve kişileri bilgi alarak düşünmeye sevk eden kişidir<sup>11</sup>.

- Gazeteci, yazılı ya da görsel-ışitsel bir iletişim aracında, haber peşinde koşan, ya da haberi biçime sokan, yani habercilik işlevi esas olan kişidir<sup>12</sup>.

- Gazeteci fikir işçisi, sadece ve devamlı olarak mevkutelerde fikir unsuru üstün gelen faaliyette bulunan kişidir<sup>13</sup>.

<sup>6</sup> Bohére, 8.

<sup>7</sup> Şuğle M. Ali, İş Hukuku Açısından Gazeteci, Ankara 2001,15.

<sup>8</sup> Şakar Müjdat, Basın İş Hukuku, Gazetecilerin Çalışma İlişkileri, İstanbul 2002, 61.

<sup>9</sup> Gökçek Karaca, 57.

<sup>10</sup> Çapman Nedim, Kitle Haberleşmesi (Mass Communication) I, İzmir 1970, 13.

<sup>11</sup> Tokgöz Oya, Temel Gazetecilik, 5.B., Ankara 2003,, 10.

<sup>12</sup> Öke M. Kemal, Gazeteci, Türkiye'de Basın Çalışanları Üzerine Bir İnceleme, Ankara 1994, 31.

<sup>13</sup> Özek Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978, 787.

• Uluslararası Gazeteciler Federasyonu (IFJ), gazeteciyi; asli, sürekli ve ücretli işi bir veya birkaç yazılı veya görsel-işitsel kitle iletişim aracına yazı veya resimle katkıda bulunmak olan ve kazancının çoğunu böyle sağlayan kişi olarak tanımlamıştır<sup>14</sup>.

• Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), mesleklerin uluslararası standart sınıflandırmasında, gazeteciyi, gazetelerde ve süreli yayınlarda veya radyo veya televizyonlarda yayınlanmak üzere güncel olayları ve haberleri toplayan, veren ve yorumlayan kişi olarak ifade etmiştir<sup>15</sup>.

• Türkiye Gazeteciler Cemiyetinin hazırladığı Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumlulukları Bildirgesine göre, “Düzenli bir şekilde, günlük yahut süreli bir yazılı, görüntülü, sesli elektronik veya dijital basın ve yayın organında, kadrolu, sözleşmeli ya da telif karşılığı, haber alma, işleme, iletme veya görüş, fikir belirtme görevi üstlenen ve asıl işi ile başlıca geçim kaynağı bu olup, çalıştığı işletme ile ilgili yasalar karşısındaki konumu bu tanıma uygun olanlar gazetecidir”<sup>16</sup>.

• Basın sözlüğü ise gazeteci kavramını şöyle tanımlamıştır: 1- Gazete yayınlayan kimse. 2- Gazete yazmayı, haber toplayıp vermeyi ya da gazetenin yazı işlerinde çalışmayı iş edinen kimse. 3- Gazete satan kimse<sup>17</sup>.

Bu tanımları çoğaltmak mümkündür<sup>18</sup>. Gazeteci kavramı için yasal bir tanımlama yapan ülkeler olduğu gibi<sup>19</sup>, gazetecilik niteliğinin bireysel ve toplu iş sözleşmeleriyle saptandığı ve mevzuatında gazetecinin hiçbir yasal tanımının yer almadığı Almanya, Danimarka, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsveç, Norveç ve Yunanistan gibi ülkeler de vardır<sup>20</sup>. Bazı ülkelerde, gazeteci sayılmak için özel bir kuruluş tarafından meslek siciline tescil ve basın kartı çıkarılması ve bunun için de bir meslek komitesinin kararı gerekir. Belçika, Arjantin, İtalya bu grup ülkelere örnek olarak verilebilir<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> Bohére, 8.

<sup>15</sup> Şakar, 61; Gökçek Karaca Nuray, Türkiye’de Basın Çalışanlarının İş İlişkileri ve Sorunları, Eskişehir 2004, 27.

<sup>16</sup> <http://www.tgc.org.tr/bildirge.html> (27.9.2010).

<sup>17</sup> Basın Sözlüğü, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Yayını, İstanbul 1998, 55.

<sup>18</sup> Gazeteci tanımına ilişkin başka örnekler için bkz. Yılmaz S. Hakan, Her Yönüyle Gazetecilik, İletişimden Medyaya, Medyadan Gazeteciliğe Uzanan Yolculuk, İstanbul 2009, 79-82; Toruk İbrahim, Gutenberg’den Digital Çağa Gazetecilik, Türkiye’de Haber Siteleri, İstanbul 2008, 159-161; Çakır Hamza, Gazeteciliğe Giriş, Konya 2007, 25-28.

<sup>19</sup> Örneğin Fransız İş Kodu’nun L.761/2. maddesi gazeteciyi şöyle tanımlamaktadır: “Sürekli ve esas mesleği olarak, başlıca geçim kaynağını teşkil eder biçimde, bir veya birden fazla günlük gazete veya periyodikte ya da bir ya da birden çok basın ajansında çalışan kimseye profesyonel gazeteci denir.” Bkz. Atılğan Semra, Türk Basın Sendikacılığında Gazetecilerin Yasal Hakları, İstanbul 2001, 61 vd. Bazı ülkelerde yapılan gazeteci tanımları için bkz. Şuğle, 30-35. Başkaca gazeteci tanımları için bkz. Girgin Atilla, Yazılı Basında Haber ve Habercilik Etiği, İstanbul 2000, 67-71; Bohére, 7, 8.

<sup>20</sup> Şuğle, 30.

<sup>21</sup> Şakar, 61.



Basın İş Kanunu uygulaması açısından esas almamız gereken tanım ise Basın İş Kanununun yaptığı tanımdır. Basın İş Kanununun 1. maddesinde gazeteci kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “Bu Kanun hükümleri, Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerde haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunu’ndaki “işçi” tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir.”.

Bu hüküm ile gazeteci kavramının tanımının yanı sıra Basın İş Kanununun kapsamı da belirlenmiştir.

## II- UNSURLARI

Bir kişinin Basın İş Kanunu bakımından gazeteci sayılabilmesi ve hakkında Basın İş Kanunu hükümlerinin uygulanabilmesi için aşağıda inceleyeceğimiz unsurların birlikte bulunması gerekir.

Kanundaki tanıma uygun olmayan ancak Basın Kartları Yönetmeliğine göre<sup>22</sup> basın kartı sahibi olan kişiler Basın İş Kanunu hükümleri karşısında gazeteci olarak kabul edilemezler<sup>23</sup>. Çünkü basın kartları yalnızca gazetecilere değil, gazetecilik mesleğinden olmayan ve Yönetmelikte nitelikleri belirtilen gazete ve ajansların genel müdür ve idare müdürlerine, Bakanlıkların Basın ve Halkla İlişkiler birimlerinde çalışanların bazılarında da verilebilmektedir. Fakat Kanunda belirtilen tanıma uygun olarak gazeteci niteliğine sahip olan kimseler, basın kartı taşımaya bile gazeteci sayılırlar<sup>24</sup>. Basın kartı sahibi olmak gazeteci niteliğinin elde edilmesinde zorunlu olmamakla birlikte, basın kartı sahibi olmanın gazeteci sayılmak bakımından karine teşkil ettiği ileri sürülmektedir<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> RG., 9.8.1998, 3428. Basın kartı ve uygulaması hakkında geniş bilgi için bkz. **Kaya** Burcu, Basın Kartı Yönetmeliği Bağlamında Türkiye’de Gazeteciler ve Basın Mesleğini Temsil Edenler, 2.B., İstanbul 2009; **Yücel** Seniye, İktidar ve Basın Kartı, Çağdaş Gazeteciler Derneği Yayınları, Ankara 1995, 130 vd.

<sup>23</sup> **Tuncay** A. Can, Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1989, 28; **Gökçe** Sibel, Basın İş Sözleşmesine Göre Gazetecilerin Hakları ve Mesleki Sorunları, Ankara 2010, 19; Özekes Muhammed, Basın İş Kanunu’ndan Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Sorunları, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, İstanbul 2006, 194.

<sup>24</sup> **Şakar**, 66.

<sup>25</sup> **Göktaş/Çil**, 11; **Şuğle**, 84; **Tuncay**, 28. Karşı görüşte olan Özekes’e göre, “Basın kartı sahibi olmak gazeteci sıfatını ispat için gerekli de değildir. Çünkü, Basın İş Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrasında gazeteci tanımı yapılırken basın kartı aranmamıştır. Bu durumda basın kartının ispat bakımından kullanılacak önemli delillerden sadece biri olduğu söylenebilir. Bu sebeple basın kartının gazeteci sayılmak bakımından karine teşkil edeceği kanaatine katılmıyoruz. Zira, karine bilinen bir olaydan bilinmeyen bir olayın veya hukuki durumun ortaya çıkarılmasıdır ve karine dolaylı ispat faaliyetidir. Oysa, gazeteci sıfatı bakımından dolaylı ispata gerek yoktur. Gazeteci olduğunu iddia eden kimsenin, Kanunda belirtilen işyerinde, fikir ve sanat işinde ücretli çalışılıp çalışılmadığının doğrudan ispat mümkündür. Her güçlü belge karine demek değildir.”, 194.

Basın kartı sahibi olan ve bir gazetede kadrolu gazeteci olarak yer alan kişiler eylemli olarak gazetecilik yapmadıkları takdirde, bu kişileri Basın İş Kanunu bakımından gazeteci olarak kabul etmek mümkün değildir<sup>26</sup>.

Basın İş Kanununda gazetecilik niteliğinin kazanılması açısından serbestlik sistemi kabul edilmiştir. Gazetecilik niteliğinin kazanılması için önceden yerine getirilmesi gereken bir koşul ya da herhangi bir yere kayıt zorunluluğu yoktur<sup>27</sup>. Bu nedenle aşağıda belirtilen unsurların bir araya gelmesiyle, kişi, gazeteci niteliği kazanır.

Gazetecilik niteliğinin bulunup bulunmadığına ilişkin olarak çıkan bir uyumsuzlukta, öncelikle kendisinin gazeteci olduğunu belirterek bir hak talep eden kimse gazeteci olduğunu ispat yükü altındadır<sup>28</sup>.

Basın İş Kanununun 1. maddesine göre gazeteci tanımı şu unsurlardan oluşmaktadır:

## 1- Basın İş Kanununun Kapsamına Giren İşyerlerinde Çalışma

### a) Türkiye'de Yayınlanma

Gazeteci sayılmanın koşullarından ilki, gazetecinin Türkiye'de yayınlanan gazete veya süreli yayınlarda ya da haber ajanslarında çalışmasıdır. Dolayısıyla yurt dışından yayın yapan bir gazetenin Türkiye temsilcisi olarak çalışan bir Türk hakkında Basın İş Kanunu hükümleri uygulanmaz<sup>29</sup>.

Öte yandan Türkiye'de yayınlanan bir süreli yayında çalışan gazeteci hakkında Basın İş Kanunu hükümlerinin uygulanabilmesi için Türk Vatandaşı olma koşulu aranmaz. Bu dergi yabancı dilde yayın yapsa da sonuç değişmez<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> **Atılğan**, bu kişileri *nylon gazeteci* olarak tanımlamaktadır. Yazara göre nylon gazeteciler fiilen bu mesleği yapmadıkları halde sırf basın kartı alabilmek için herhangi bir gazetede çalışır gözükten kişilerdir. Bunlar kadroda gazeteci olarak gözüktürler. Bkz. 28. Şakar Basın İlan Kurumundan daha fazla ilan alınması için çalışıyor gibi gösterilen kişileri de nylon gazeteci olarak adlandırmaktadır. Bkz. 62. **Gökçek Karaca** bu kişileri *kadrolu görünümünde gazeteci* olarak adlandırılmaktadır. Yazara göre, Kadrolu görünümündeki gazeteci kanuni bir kavram olmayıp bir tür muvazaayı ifade eden uygulamanın ortaya attığı bir kavramdır. Basın işvereni ile aralarında gerçek bir iş ilişkisi bulunmama ve gazetecilik yapmamakla birlikte, sırf basın kartı alabilmek için belli bir basın işletmesinin kadrosunda çalışıyor gibi gözükten kişilerdir. Bunlar genellikle basın işverenin yakınlarıdır. *Kadrosuz gazeteci* ise, gerçekten bir iş sözleşmesine dayalı olarak çalışması gerektiği halde, böyle bir iş ilişkisi kurulmaksızın çalıştırılan gazetecilerdir. Kadrosuz gazeteciler uygulamada ücret almadan, bazen de telif ücreti ile çalıştırılmaktadır. Bkz. 58, 59.

<sup>27</sup> Bazı ülkelerde uygulanan sistem kayıt sistemidir. Bu sistemi uygulayan ülkelerden biri olan İtalya'da, bir kimsenin gazetecilik yapabilmesi için Gazeteciler Birliğine kayıt yaptırmış olması gerekir. Bu kayıt yapılmadıkça gazetecilik niteliği kazanılamaz. Bkz. Şuğle, 86.

<sup>28</sup> **Özekes**, 194.

<sup>29</sup> **Tuncay**, 27; **Gökçek Karaca**, 69; **Narmanlıoğlu Ünal**, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 3.B., İzmir 1998, 87.

<sup>30</sup> **Şuğle**, 39; **Başterzi Süleyman**, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, 28.

Türkiye’de yayınlanma ifadesinden ne anlaşılması gerektiği Kanunda açıkça belirtilmemiştir. Hükümdeki *yayınlanma* ifadesini, Türkiye’de basılması ve ortaya çıkması olarak anlamak gerekir<sup>31</sup>. Haber ajansları ise gazete ve dergi gibi bir yayın yapmazlar. Bu nedenle merkezi yurt dışında bulunan bir haber ajansının Türkiye’de faaliyette bulunması, örneğin bir bürosunun bulunması, bu büroda çalışanlar hakkında Basın İş Kanunu hükümlerinin uygulanması için yeterli değildir. Çeşitli kaynaklardan gelen haberlerin toplandığı, derlendiği ve üyelerine servis edildiği ajans merkezinin de Türkiye’de bulunması gerektiği görüşündeyiz<sup>32</sup>.

### b) Gazete, Süreli Yayın, Haber Ajanslarında veya Özel Radyo ve Televizyonlarda Çalışma

Basın İş Kanunu, bu Kanun anlamında gazeteci niteliğini kazanabilmek için çalışma yerlerini sınırlı olarak saymıştır. Buna göre ancak *gazete, süreli yayın* (mevkute<sup>33</sup>) veya *haber ve fotoğraf ajanslarında* çalışan kişiler diğer koşullar da gerçekleşmesi halinde gazeteci olarak kabul edilebilirler<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> **Şuğle**, 42, 43. Yazara göre, “Türkiye’de yayınlanan” ifadesinin kaynak yasada olduğu gibi, bizde de yürürlükten kaldırılması uygun olacaktır. Karmaşa yaratan bu kavram, günümüzde teknolojinin olağanüstü bir hızla ilerlemesiyle konuyu daha da içinden çıkılmaz hale getirmektedir. Öte yandan Türkiye’de yayınlanma koşulu, aynı işi yapan gazeteciler arasında gereksiz ayrıma yol açmaktadır. Bu nedenle Basın İş Kanunu bakımından önem taşıması gereken husus, yayın organının Türkiye’de yayınlanması değil, gazetecinin Türkiye’de çalışıyor olmasıdır. Dolayısıyla Türkiye’de ya da yabancı bir ülkede yayınlanan bir gazetede çalışan bir kimse, eğer ücretli olarak gazetecilik mesleğini Türkiye’de sürdürmekte ise, Basın İş Kanunu kapsamına alınmalıdır.” Aynı görüş için bkz. **Gökçek Karaca**, 69; **Gökçe**, 13; **Uçum/Karataş**, 578; **Başterzi**, 28.

<sup>32</sup> Aksi takdirde yurt dışında yayınlanan bir gazetenin Türkiye’deki çalışanı ile merkezi yurt dışında bulunan bir haber ajansının Türkiye’deki çalışanı arasında uygulanacak Kanun bakımından eşitsizlik ortaya çıkar. **Başterzi**, ise haber ajanslarının Türkiye’de kurulu olmasının aranmaması gerektiği görüşündedir. Yazara göre, “Haber ve fotoğraf ajanslarına gelince BİK’nda sanki bunlar da yayınlanıyormuş gibi bir ifade kullanılmıştır. Yasanın ifadesindeki bu belirsizliğin de geniş yorumlanması uygun olur. Zira aksine bir yaklaşımla haber ve fotoğraf ajanslarının Türk tabiiyetinde olmasının aranması da eşitliğe aykırı olur. Gazete yabancı ülkede basılsa da, Türkiye’de satılıyorsa ya da elektronik ortamda kamuya açıksa ya da haber veya fotoğraf ajansı yabancı olsa da Türkiye’de faaliyeti varsa, anayasaya uygun yorum, bunların Türkiye’deki işyerlerinde çalışan gazetecinin BİK kapsamında kabul edilmesini gerektirir.”, 28.

<sup>33</sup> *Mevkute*: Belli zamanlarda çıkan süreli yayın. Bkz. Basın Sözlüğü, 90. Basın Kanununa göre, Süreli yayın: Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını” ifade eder (md.2/c). Dönemsel/süreli yayınlar hakkında bkz. **Çolak** Nusret İlker, Kitle İletişim Hukuku, Ankara 2007, 56-66. Yargıtay bir kararında gazete kavramını şu şekilde tanımlamıştır: “Günlük veya çok kısa aralıklarla yayımlanan, günlük haber ileten nispeten büyük boyutta basılı eser olarak tanımlanabilen gazetenin umuma hitap etmesi ve devamlılık göstermesi gerekir. Gazetenin yayınlanması bir başka anlatımla basılıp çoğaltılması gerekirse de, günümüzde teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibarıyla, gazetenin nesne olarak basımı ve dağıtımı bir zorunluluk değildir. Gazetenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayınlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması da mümkündür.”, Y9HD., 31.3.2009, 30660/8953, www.kazanci.com. (1.11.2010).

<sup>34</sup> 212 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle “benzeri yayın müesseseleri ve matbaalar” deyimini hüküm-

Hükümde geçen gazete, süreli yayın acaba nesne anlamında mı kullanılmıştır yoksa bir gazete ya da süreli yayın işletmesi mi ifade edilmek istenmiştir?

Bu konudaki ilk görüşe göre, gazete ya da süreli yayın çıkarıcı kuruluşun niteliğinin önemi yoktur. Gazeteyi çıkarıcı kuruluş bir gazete olmasa da, gazetede fikir ve sanat işinde çalışan kişi gazeteci sayılmalıdır. Başka bir ifade ile yayının ve gazetecinin yaptığı işin niteliği gazeteci sayılmak için yeterlidir; ayrıca gazeteyi çıkarıcı kuruluşun niteliği dikkate alınmamalıdır. Bu görüş doğrultusunda yayının ücretli ya da ücretsiz, enformasyon ya da reklam amaçlı, profesyonel editörler ya da dernek, sendika, ticari veya endüstri işletmelerince çıkarılmış olması, gazetecilik niteliğinin edinilmesini etkilemez<sup>35</sup>.

Diğer görüşe göre, bir kişinin gazeteci sayılması için bir yayını olarak gazete ya da hükümde belirtilen gazete, süreli yayını ve haber ajansı kavramları işletme anlamında kullanılmıştır<sup>36</sup>. Başka bir ifade ile gazete, süreli yayını kavramlarına nesne anlamıyla yer verilmemiştir<sup>37</sup>. Basın İş Kanununa göre gazete, bir gazeteyi; mevkute bir süreli yayını çıkarıcı işletmeyi ifade eder. Bunun sonucu olarak bir marketler zincirinin tüketicilere yönelik çıkardığı bir gazetede çalışan kişiler Basın İş Kanununun kapsamında yer alamayacaklardır. Zira marketler zinciri ticari anlamda bir gazete işletmesi değildir. Biz de bu görüşe katılmaktayız<sup>38</sup>. Yargıtay kararları da ikinci görüş yönündedir<sup>39</sup>.

den çıkarılmıştır. Böylelikle Kanunun uygulama alanı daraltılmıştır. Bu durumda örneğin edebi ya da bilimsel eserler yayımlayan bir yayınevının sanat danışmanı ya da muhabiri hakkında Basın İş Kanunu hükümleri uygulanamayacaktır. Bkz. **Oğuzman** Kemal, Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması, İÜHFİM, C.32, S.2-4, 1967, 861, dn.10; **Tuncay**, 28; **Özek**, 803; **Sevimli** K. Ahmet, Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı, <http://www.isguc.org/?p=article&id=90&cilt=28&sayi=1&yil=2000>; **Atılğan**, 25; **Şuğle**, 45.

<sup>35</sup> **Şuğle** M. Ali, Basın İş Kanunu'nun Kişi Bakımından Kapsamı Gazeteci Kavramı ve İş Sözleşmesinin Kurulması, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul 2006, 27.

<sup>36</sup> **Tuncay**, 28; **Şuğle**, 49, 78; **Uçum/Karataş**, 579; **Gökçek Karaca**, 66; **Göktaş/Çil**, 4; **Başterzi**, 28.

<sup>37</sup> **Şuğle**'ye göre, "Gazetecilik kimliğinin kazanabilmek için yayını kadar yayını yeri de önemlidir. Gazetecilik çalışmasını başka bir takım çalışmalardan, özellikle reklama ve halkla ilişkilere yönelik etkinliklerden ayırmak gerekir. Bu nedenle işveren ya da editörün kimliği, kişiliği ön plandadır. Güncel olay ya da haberlerin kamuoyuna yayını işletmenin temel amacı olmalıdır. Zira işletmenin asıl işinin yanında ikincil ya da ek iş olarak sunulan yayını çalışmaları, genellikle işletmenin görüntüsüne, ürünlerinin veya hizmetlerinin artırılmasına yönelik destek amaçlıdır. Bu anlamda yapılan çalışmalara gazetecilik değil, başka adlar vermek gerekir. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Öncelikle bu görüş, gazetecilere getiren özel düzenlemeler ve ayrıcalıklı hükümlerin nedeni olan basının önemi ve adeta bir kamu hizmeti gören gazetecilerin korunması gerektiği yolundaki anlayışa uygundur... Öte yandan Basın İş Kanunu'nun sistematigi de bu yöndedir", Kişi Bakımından Kapsam, 28.

<sup>38</sup> Gerçekten, 5953 sayılı Kanunun 1. maddesi 212 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce hükümde yer alan "benzer yayını müesseseleri" ifadesi, Kanun koyucunun gazete ve mevkute ifadesini bir müessese anlamında kullandığının göstergesidir. Yine Kanunun bildirim yükümlülüğünü düzenleyen 3. maddesinde yer alan "Bu kanunun şümulüne girecek mahiyetteki bir müesseseyi işletmekte olanlar" ifadesi de bu görüşü desteklemektedir.

<sup>39</sup> "Buna göre Kanunun kapsamında kalan işyerleri Türkiye'de yayımlanan gazete ve mevkutelerle

Gazetecinin çalışmasını bir gazete veya süreli yayın ile sınırlandırması gerekli değildir. Birden çok gazete veya süreli yayında çalışan kişi hakkında da Basın İş Kanunu hükümleri uygulanır<sup>40</sup>. Hatta bir gazetede çalışan gazetecinin aynı zamanda bir marketler zincirinin gazetesinde de görev alması bu sonucu değiştirmez.

Gazete ve süreli yayınlar dışında haber ve fotoğraf ajanslarında çalışan kişiler de gazeteci olarak kabul edilmişlerdir. Uygulamada haber ve fotoğraf ajansları tek çatı altında ve genellikle *haber ajansı* adı altında görev yapmaktadırlar<sup>41</sup>. Haber ajansların görevleri, genel olarak güncel haberleri bulmak ve toplamak ve bunları belirli bir ücret karşılığında, gazete, radyo ve televizyon istasyonları gibi haber işletmelerine satmaktır<sup>42</sup>.

Gazete, süreli yayın ve haber ajansları dışında ayrıca özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanlar hakkında da Basın İş Kanunu hükümleri uygulanır. Anayasanın 133. maddesinde 8.7.1993 tarih ve 3913 sayılı Kanunla değişiklik yapılarak radyo ve televizyon yayıncılığındaki Devlet tekeli kaldırılmıştır. Bunun üzerine yürürlüğe konulan 20.4.1994 tarih ve 3984 sayılı *Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun*, radyo ve televizyon kuruluşlarının haberle ilgili birimlerinde çalışanların 5953 sayılı Basın İş Kanununa tabi olduklarını belirtmiştir (md.38)<sup>43</sup>. Özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimleri dışında kalan, örneğin muhasebe, reklam gibi birimlerinde çalışanlar hakkında 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır. Haberle ilgili birimlerde çalışan kişiler hak-

---

haber ve fotoğraf ajansları olarak sıralanabilir Kanunda bahsi geçen “gazete” ve “mevkute” gibi kavramların nesne anlamında olmadığı günlük gazete ya da daha uzun dönemsel yayınların basıldığı yer olan işletmenin anlaşılması gerektiği açıktır Bununla birlikte gazete ve dönemsel yayının Türkiye’de yayınlanması bir başka zorunluluktur. Bahsi geçen dört tür işyerinde fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar, Kanunda gazeteci olarak adlandırılmıştır.”, Y9HD., 31.3.2009, 30660/8953, www.legalbank.net. (15.2.2012). Yargıtay daha eski bir kararında bir işçi sendikasının çıkarmakta olduğu gazetede yazı işleri müdürü olarak çalıştıktan sonra emekli olan kişiyi 5953 sayılı Kanun anlamında gazeteci kabul ederek kıdem tazminatı talebini haklı bulmuştu. Y9HD., 3.2.1987, 10722/952, Yargıtay Kararları Dergisi, Mayıs 1989, 667-668.

<sup>40</sup> Şuğle, 49; Tuncay, 29; Şakar, 15; Narmanlıoğlu, 87; Gökçek Karaca, Türkiye’de, 37.

<sup>41</sup> Türkiye’de sadece fotoğraf ajansı olarak faaliyet gösteren ajans tesit edilememiştir. Bu nedenle kitapta kullandığımız haber ajansı ifadesi fotoğraf ajanslarını da kapsamaktadır.

<sup>42</sup> Şuğle, 56; Başterzi, 29. Anadolu Ajansı (AA), Doğan Haber Ajansı (DHA), İhlas Haber Ajansı (İHA), Cihan Haber Ajansı (CHA), Türk Haberler Ajansı (THA), Anka Haber Ajansı (ANKA) Türkiye’de faaliyet gösteren belli başlı haber ajanslarıdır.

<sup>43</sup> 3984 Sayılı Kanunun 38. madde başlığı “haber biriminde çalışanlar” ifadesine yer vermiştir. Madde metninde ise “haberle ilgili birimlerde çalışanlar” ifade kullanılmıştır. Gökçek Karaca’ya göre, haber birimi ifadesi, yalnızca haberin hazırlanıp sunulduğu bölümü, uygulamadaki adıyla haber dairesini veya haber merkezini ifade etmekte iken, haberle ilgili birimler ifadesi haber birimi ile birlikte, bu birimle ilgili başka birimleri ve başkaca yan uğraşları da içerebilmektedir. Yazara göre, kenar başlığı ile başlığın bulunduğu madde metni arasındaki ifade uyumsuzluklarında her zaman madde metnindeki ifadenin üstün tutulması gerektiği için, bu uyumsuzlukta da madde metni esas alınarak, Basın İş Kanununun uygulama alanına radyo ve televizyon kuruluşlarının haberle ilgili birimlerinin girdiği kabul edilmelidir. Bkz. 68. Ayrıca bkz. Akviğit Ercan, Kıdem Tazminatı, 3.B., Ankara 2010, 935; Gökçe, 18.

kinda Basın İş Kanunu hükümlerinin uygulanabilmesi için yaptıkları işin *fikir ve sanat işi* olması gerekir. Kuşkusuz haber ile ilgili bir birimde temizlikçi veya sürücü olarak çalışan kişi gazeteci kabul edilemez.

Yargıtaya göre, “Özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanlar yönünden fikir ve sanat işi yapma koşulu söz konusu değildir. Ancak haberle ilgili birimde çalışma kavramı, haberin oluşumuna doğrudan katkı sağlama olarak değerlendirilmelidir. Buna göre haber müdürü, muhabir, foto muhabiri, spiker, haber kameramanı gibi çalışanlar gazeteci olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, uplink görevlisi, şoför, diğer teknik ve idari personel haberin oluşumuna doğrudan katkısı olmadıklarından gazeteci kavramına dâhil değildir.”<sup>44</sup>.

Kamu kurumu niteliğindeki radyo televizyonların haberle ilgili birimlerinde fikir ve sanat işinde çalışan kişiler Basın İş Kanunu hükümlerinden yararlanamazlar<sup>45</sup>.

Türkiye’de yayınlanan herhangi bir gazete, süreli yayın, haber ajansı ya da özel radyo ve televizyonda bir iş sözleşmesi ile değil eser ya da yayın sözleşmesi ile çalışan *serbest gazeteciler* hakkında ise Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Y9HD., 31.03.2009, 30660/8953, www.legalbank.net., (1.11.2010). Kararı değerlendiren **Başterzi**’ye göre, “(Yargıtayın) ... radyo ve televizyon kuruluşlarının haberle ilgili biriminde çalışanların gazeteci sayılması için fikir ve sanat işinde çalışmalarının aranmayacağına söylenmesi isabetli değildir. Bunların da BİK’na tabi oldukları belirtildiğine göre, gazeteci sayılmaları için, haber ya da bilginin araştırılıp toplanması, sınıflandırılması, geliştirilip, yorumlanması ve redaksiyonu gibi, herhangi bir enformasyon alanında çalışmaları, diğer deyişle BİK anlamında fikir ve sanat işi yapmaları gereklidir. Nitekim, incelemeye çalıştığımız kararda, anılan kuruluşların haberle ilgili birimde çalışma, tek başına gazeteci sayılma için yeterli görülmemiş, bu birimde çalışmanın haber oluşumuna doğrudan katkı sağlama şeklinde anlaşılacağı belirtilmiştir. Şu halde kararda önce, radyo ve televizyon kuruluşunun haberle ilgili biriminde çalışanların gazeteci sayılması için fikir ve sanat işinde çalışma koşulunun aranmayacağına belirtilmesine rağmen, takiben bu birimde çalışmanın dolayısıyla sonuç olarak BİK kapsamında sayılma için bu yasa anlamında fikir ve sanat işi yapma, başka bir ifadeyle enformasyon alanında çalışma koşulu üstü örtülü olarak aranmıştır.”, 32. Yargıtay bir başka kararında yayın koordinatörü olarak çalışan kişinin gazeteci niteliğine sahip olup olmadığının tespiti için işyerinde keşif yapılması gerektiğini karar altına almıştır: “Somut olayda davacı 5953 sayılı Yasa kapsamında çalıştığını, canlı yayınlar ve buna bağlı iş yoğunluğu sebebiyle çalışma süresi boyunca canlı yayınların bitiş saatlerine kadar çalıştığını iddia etmiştir. Davalı ise davacının 5953 sayılı Yasa kapsamında çalışıp çalışmadığına ilişkin herhangi bir beyanda bulunmamıştır. Davacı tanıkları davacının yapım koordinatörü/program koordinatörü olarak çalıştığını beyan etmiş iseler de davacının yaptığı işin niteliklerini beyan etmemişlerdir. Davalı ise tanık dinletmemiştir. Mahkemece davacının 5953 sayılı Yasa kapsamında çalışıp çalışmadığı irdelenmeksizin hüküm verilmiştir. Dosyada davacının 5953 sayılı Yasa kapsamında çalıştığını dair somut delil bulunmamaktadır. Bu nedenle yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda davacının 5953 sayılı Yasa kapsamında çalışıp çalışmadığı araştırılarak gerekirse mahallinde bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılarak davacının yaptığı iş ve işin nitelikleri belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.”, Y9HD., 25.4.2012, 25247/14367 (Karar yayınlanmamıştır).

<sup>45</sup> **Uçum/Karataş**, 579-580.

<sup>46</sup> **Şakar**, 47.

Basın İş Kanununun, uygulanacağı işyerlerini sınırlı olarak belirlemiş olması nedeniyle internet üzerinden yayın yapan internet haber sitelerinde çalışan kişiler hakkında Basın İş Kanunu hükümleri uygulanamaz. Ancak bir Kanun değişikliği ile internet üzerinden yayınlanan gazetelerin de kapsama alınması yerinde olacaktır. Yargıtay bir kararında internet üzerinden yayınlanan gazetenin genel koordinatörünü gazeteci olarak kabul etmiştir<sup>47</sup>.

### c) Gazete, Süreli Yayın, Haber Ajansı veya Radyo ve Televizyon Kuruluşunun Kamu Tüzel Kişiliğine Sahip Olmaması

Basın İş Kanununun 2. maddesi “Birinci maddenin şümülü dâhilinde bulunup da Devlet, vilayet ve belediyeler ve İktisadi Devlet Teşekkül ve müesseseleriyle sermayesinin yarısından fazlası bu teşekküllere ait şirketlerde istihdam edilen memur ve hizmetliler hakkında uygulanmaz.” hükmü ile kamu tüzel kişilerine ait işyerlerini kapsamına dâhil etmemiştir<sup>48</sup>.

Hükümde belirtilen kamu tüzel kişiliğine sahip kurum ve kuruluşların çalıştırdığı memurlar hakkında 657 sayılı *Devlet Memurları Kanunu* hükümleri uygulanır<sup>49</sup>. Bu kurumların işçi statüsünde çalıştırdığı kişilerin yaptığı iş gazetecilik nite-

<sup>47</sup> “Gazetenin yayınlanması bir başka anlatımla basılıp çoğaltılması gerekirse de, günümüzde teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibarıyla, gazetenin nesne olarak basımı ve dağıtımı bir zorunluluk değildir. Gazetenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayınlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması da mümkündür. Somut olayda davalı işveren internet ortamında gazetecilik faaliyetlerini yürütmüş ve davacı da iki gazetenin koordinatörlüğünü yapmıştır. Bu itibarla davacının çalıştığı işyeri, 5953 sayılı yasanın 1. maddesinde sözü edilen “gazete” kavramı kapsamında değerlendirilmelidir. Davacının görev yaptığı birimin gazete olarak ele alınması gerektiği bu şekilde belirlendikten sonra, 5953 sayılı yasanın 1. maddesinin 2. fıkrasında sözü edilen fikir ve sanat işi yapma ölçütü üzerinde durulmalıdır. Anılan hükme göre gazete işyerlerinde çalışanların tamamı kanun kapsamında değerlendirilmemiş ve fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışma koşulu da aranmıştır. Davacının, gazetenin koordinatörü olması sebebiyle fikir ve sanat işi yaptığı kabul edilmelidir. O halde davacının aylık ücret karşılığı olan bu çalışmalarının 5953 sayılı yasa kapsamında değerlendirilmesi gerekir”. Y9HD., 17.04.2007, 33909/11104, **Çimento İşveren Dergisi**, Kasım-2007, S. 6, C.21, 33. Kararın değerlendirmesi için bkz. **Sümer Halük Hâdi**, Basın İş Kanunu Elektronik Ortamda Gazetecilik Yapan Kişiler Hakkında Uygulanabilir mi?, *Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi*, 2007/6, 386 vd.

<sup>48</sup> **Göktaş/Çil**, 22; **Şuğle**, 80; **Gökçek Karaca**, Türkiye’de, 36; **Özek Çetin**, Basın Hukukumuzda Göre Fikir İşçileri İle İşverenler Arasındaki Hukuki Münasebet, *İÜHF.M.*, C. 38, S.1, İstanbul 1962, 67. **Çil**’e göre, kamuya bağlı işyerlerinde çalışan fikir ve sanat işi yapanların mesleki anlamda özgürce hareket edemeyecekleri düşüncesi, kanun koyucuyu resmi işyerlerini kapsam dışına çıkarmaya yöneltmiştir. Bu durumda gazeteci, kamuya bağlı çalışmayan ve işverene tabi olmakla birlikte mesleki anlamdaki faaliyetlerini serbestçe yapabilen kişidir. Bkz. **Çil Şahin**, *Gazetecinin İş Güvencesi Uygulanması*, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, Legal 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal Yayınları, İstanbul 2006, 157.

<sup>49</sup> **Gökçek Karaca**, Türkiye’de, 35; **Gökçe**, 13. Yargıtayın bir kararına göre, “... davacıların miras bırakanlarının Devlet Memuru sayılması gerektiği dönem için kendisinin ve mirasçılarının anılan kanun (Basın İş Kanunu) öngördüğü haklardan yararlanmalarına olanak yoktur.”, Y9HD., 17.4.1973, 22734/11505, **Göktaş/Çil**, 23.

liğinde bulunsa ve aralarında bir iş sözleşmesi olsa bile, bu kişiler Basın İş Kanunu kapsamına girmezler<sup>50</sup>.

Devletçe kamu tüzel kişiliği olarak kurulan Türkiye Radyo Televizyon Kurumunu düzenleyen 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, 49. maddesinde, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumunun hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel ve geçici personel eliyle gördürüleceğini hükme bağlamıştır<sup>51</sup>. Dolayısıyla Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu çalışanları hakkında Basın İş Kanunu hükümleri uygulanamaz<sup>52</sup>. Bunun gibi Basın Enformasyon Genel Müdürlüğü bünyesinde gazetecilik mesleğini yerine getirenler de Basın İş Kanunu kapsamına girmezler. Ancak Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş bulunan ve özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olan Anadolu Ajansı bünyesinde gazetecilik mesleğini yapan kişiler hakkında Basın İş Kanunu hükümleri uygulanır<sup>53</sup>.

Belirtmek gerekir ki, sermayesinin yarısından fazlası kamu tüzel kişiliği bulunan kuruluşlara ait olmayan şirketlerde çalışan gazetecilerin, bu Kanununun 1. maddesinde belirtilen koşulları taşıması halinde, Basın İş Kanunu kapsamında olduklarını kabul etmek gerekir<sup>54</sup>.

## 2- Fikir ve Sanat İşinde Çalışma

Basın İş Kanununa göre bir kişinin gazeteci olarak nitelendirilebilmesi için gazete, süreli yayın veya haber ajansında çalışması yeterli değildir. Ayrıca bu işyerlerinde *fikir ve sanat işlerinde çalışan* kişi olması gerekir<sup>55</sup>. Bu unsur bir gazete,

<sup>50</sup> Basın İş Kanununun 2. maddesinde yer alan "hizmetliler" ifadesi bu kurumlarda çalışan ve memur olmayanları kapsar. Bkz. **Göktaş/Çil**, 21.

<sup>51</sup> 11.11.1983 tarih ve 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununda 11.6.2008 tarih ve 5767 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır. Kanunun değiştirilen 49. maddesi şöyledir: "Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumunun hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel ve geçici personel eliyle gördürülür.". Önceki hükümde yer alan "işçi sayılmayan sözleşmeli personel" ifadesi "sözleşmeli personel" ifadesi ile değiştirilmiştir.

<sup>52</sup> **Tuncay**, 30; **Narmanlıoğlu**, 98. Karşı görüşte olan **Göktaş/Çil**'e göre TRT Kanununun 49. maddesinde yer alan *geçici personel* ifadesine dayanarak TRT'nin iş sözleşmesi ile personel çalıştırmasına engel yoktur. Bkz.22. Biz de **Tuncay**'ın görüşünü paylaşıyoruz. Gerçekten, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/C maddesine göre geçici personel, "Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir.". Bu nedenle TRT'nin iş sözleşmesi ile personel çalıştırabilmesi mümkün değildir. Yargıtay kıdem tazminatı ile ilgili bir davada TRT'de geçen hizmetin hangi statüde olduğunun araştırılması gerektiğine karar vermiştir: "... davacının TRT'de geçmiş hizmeti bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu hizmetin yukarıda söz konusu edilen 2. madde (Basın İşK.2) kapsamındaki istisnalar içine girip girmediği belli değildir. Mahkemece bu konu üzerinde durulup sorun çözümlenmeden kıdem tazminatına hükmedilmiş olması hatalıdır...", Y9HD., 16.11.1995, 33897/34287, **Akyiğit**, Kıdem Tazminatı, 953.

<sup>53</sup> **Gökçek Karaca**, 73.

<sup>54</sup> **Göktaş/Çil**, 22.

<sup>55</sup> 5953 sayılı Kanun, 212 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce fikir işçilerinin kimler olduğu örnek



sürelî yayın veya haber ajansında çalışan kişilerden hangilerinin gazeteci olduğunu belirleyebilmek için önemli role sahiptir<sup>56</sup>. Böylelikle Basın İş Kanunu kapsamına giren bir işyerinde çalışan kişilerden kimlerin Basın İş Kanunu kapsamına girdiği belirlenebilecektir.

Gazeteci kavramını belirleyebilmek için birçok sorunun cevabını aramamız gerekir. Hükümde *fikir ve sanat işlerinde* çalışmaktan söz edilmektedir. Acaba bir kişinin gazeteci kabul edilebilmesi için *fikir veya sanat işlerinin* birinde çalışması yeterli midir yoksa *fikir ve sanat işi* bir bütün müdür?

**Tuncay**'a göre, "... gazetecilik mesleğiyle doğrudan doğruya ilgili, fikren çalışan kişiler Basın İş Kanunu anlamında gazetecidirler. Bu çalışanın gazetecilik mesleğine özgü bir sanatı da içerdiği kabul edilir. Fikir ve sanat işi (gazetecilik) fikir işçiliğinin özel bir türüdür. Her gazeteci fikir işçisi sayılmakla beraber her fikir işçisi gazeteci değildir"<sup>57</sup>.

Özek'e göre, Kanunda yer alan *fikir ve sanat işi* ifadesi ile çalışan kişinin fikri uğraşının bedensel uğraşından fazla oluşunun arandığı anlaşılmaktadır<sup>58</sup>.

Şuğle, fikir ve sanat işlerinin ayrı işler olduğunu ve buradaki ifadeden anlaşılması gereken, fikir ya da sanat işlerinde çalışma olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre, "Fikir ve sanat işi denilmesindeki maksat, yapılan işin, bir haberin yazılması gibi tümüyle fikirsel işin veya bir çizimin yapılması gibi sanatsal işin, bir arada değerlendirilmesinin sağlanmasıdır... Kanımızca Basın İş Kanunu sanat işi ifadesini kullanırken, gazeteciliğe yönelik resim, çizim, karikatür gibi sanat yönü ağır basan bazı işleri amaçlamış ve bu tür çalışmada bulunanların da gazeteci sayılacaklarını

gösterilmek suretiyle belirlenmişti. Kanunun 1. maddesi, "başmuharrirlik, muharrirlik, mesul müdürlük, yazı işleri müdürlüğü, istihbarat şefliği, muhabirlik, mütercimlik, musahhihlik, foto muhabirliği, ressamlık, karikatürçülük, istihbarat telsizciliği, radyoculuk, gazete müdürlüğü ve idare müdürlüğü gibi..." kişilerin fikir işçisi sayılacakları belirlenmiş ve "gibi ve benzeri" ifade kullanılarak da uygulama alanı geniş tutulmuştu. Buna karşılık 212 sayılı Kanun, hükümde yer alan örnekleri çıkarmış ve "fikir ve sanat işlerinde çalışanlar" ifadesi ile yetinmiştir. Bkz. Özek, 804.

<sup>56</sup> Bir kişinin gazeteci olarak nitelendirilebilmesi için sözleşmesinde yaptığı işin fikir ve sanat işi olarak öngörülmesi gerekir. İşçi fiilen fikir ve sanat işinde çalışmakla birlikte, sözleşmesinde bu nitelikte olmayan bir iş belirtilmiş olması gazeteci niteliğini ortadan kaldırmaz. Bkz. **Göktaş/Çil**, 28; **Gökçe**, 15.

<sup>57</sup> **Tuncay**, 31, 32. Aynı görüşte **Göktaş/Çil**, 6. Yazarlara göre, "Fikir ve sanat işinde çalışmaktan maksat "gazetecilik mesleğinin" ifa edilmesidir. Yani gazete, dergi gibi yazılı eser basan yahut bunlara haber veya fotoğraf sağlayan ajanslara çalışan yazar, muhabir, redaktör, fotoğrafçı, ressam, karikatürist, çevirmen, düzeltmen gibi gazetecilik mesleğiyle doğrudan doğruya ilgili fikren çalışan kişiler, Basın İş Kanunu anlamında gazetecidirler. Bu çalışmanın gazetecilik mesleğine özgü bir sanatı da içerdiği kabul edilir.". **Narmanlıoğlu**'na göre, "5953 sayılı Kanun bütün fikir işçilerini değil, fikir ve sanat işinde çalışanları kapsamına almaktadır. Bu itibarla, bir kimse fikren çalışsa bile, eğer Basın İş Kanunun kapsamına giren yerlerde fikir ve sanat işi görmüyorsa "gazeteci" sayılmayacaktır.", 96.

<sup>58</sup> **Özek**, 803.

belirlemiştir. Başka bir deyişle, gazetecilik mesleği haberlerin yazılı iletilmesi ile sınırlı değildir. Haberlerin her türlü anlatım yolu ile iletilmesi kabul edilmektedir, yani sadece edebi anlatım değil, grafik veya fotoğrafik anlatımlar da, hatta günümüzde görsel-ışitsel anlatımlar da gazeteci sayılmak için geçerlidir.”<sup>59</sup>.

**Gökçek Karaca**'ya göre “Basın İş Kanununun tüm fikri olarak yürütülen işler değil, bu işlerin özel bir türü olan sadece gazetecilik mesleğine özgü fikir ve sanat işleri girmektedir. Fikir ve sanat işi dışındaki fikir işleri ise, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir... “Fikir ve sanat işinde çalışma” denilince amaçlanan gazetecilik mesleğinin ifa edilmesidir. Buna göre gazeteci, fikir ve sanat işlerinde gazetecilik mesleği ile doğrudan doğruya ilgili fikri bir çalışma yapan kişidir.”<sup>60</sup>.

**Gökçe**'ye göre, “Fikir ve sanat işin yapmaktan kastedilen fikren çalışmanın bedenen çalışmanın önüne geçmiş olmasıdır. Basın İş Kanunu hem fikir işçilerini hem de sanat işi ile uğraşanları kapsamına almaktadır.”<sup>61</sup>.

Bir gazetede fikir veya sanat işinde çalışan kişiler açısından yapılan işin içeriği önemli midir? Başka bir ifade ile bir gazetede tarih yazıları yazan, bulmaca hazırlayan, satranç yazıları yazan, tıp veya hukuk sorularını yanıtlayan ve çizgi roman hazırlayan kişiler gazeteci olarak kabul edilebilirler mi?

Basın İş Kanununda bu konuda bir açıklık yoktur. Sorun Türk Hukukunda fazlasıyla ele alınmış ve değerlendirilmiş değildir.

Şuğle, bir kimsenin Basın İş Kanununa tabi olup olmadığının belirlenmesinde bu kimsenin görmekte olduğu çalışmanın içeriğinin önemli olduğu ve bu konuda enformasyon ve güncellik kavramlarından yararlanılması gerektiği görüşündedir. Yazara göre, “bir kimsenin gazetecilik statüsünden yararlanabilmesi için, bu kimsenin çalışmasının kamuoyuna enformasyon sunma amaçlı olması ve çalışmanın az ya da çok güncellik ile ilişkisinin bulunması gerekir. Örneğin tarihi olayları süreli bir yayında nakleden kişinin, bu olayların günümüz olayları ile bağlantıları kurulmadığı sürece, gazetecilik uğraşında bulunduğu söylenemez. Burada yapılan iş geçmiş bir takım olayların anlatımlarından ibarettir. Bu itibarla, bu tür bir çalışmanın sahibine gazetecilik statüsü tanımak isabetli olmayacaktır. Ancak, yukarıda enformasyon ölçütüne ilişkin olarak belirttiğimiz gibi, aktüalite ölçütü de katı bir biçimde ve olmazsa olmaz bir ölçüt olarak kullanılmamalıdır. Bu ölçüt, başka ölçütlerle birlikte ele alınmalı ve özellikle, gazeteye sürekli ve düzenli yazı yazan veya çizen ve başlıca işi ve geliri bu olan kişiler bakımından, daha esnek bir biçimde değerlendirilmelidir.”<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Şuğle, 66. Aynı görüş için bkz. **Başterzi**, 30, 31.

<sup>60</sup> **Gökçek Karaca**, 75.

<sup>61</sup> **Gökçe**, 15.

<sup>62</sup> Şuğle, 76. Aynı görüşte **Göktaş/Çil**, 7.

**Gökçek Karaca** da, bu görüşe katılmaktadır: “Kanımızca da bilgi ve güncellik unsurlarını taşıyan işler, fikir ve sanat işi olarak gazetecilik faaliyeti kapsamında değerlendirilebilir. Bu bakımdan BİK kapsamına giren bir işyerinde fikri olarak çalışan bir kişinin faaliyeti enformasyon ve aktüalite unsurlarını taşıyorsa, yapmış olduğu faaliyet gazetecilik faaliyeti sayılacağı için, bu kişi gazeteci olarak kabul edilir. Buna karşılık BİK kapsamına giren bir işyerinde çalışmakla birlikte, fikri olarak çalışan bir kişinin faaliyeti enformasyon ve aktüalite unsurlarından yoksunsa, yapılan faaliyet gazetecilik faaliyeti olarak değerlendirilemeyeceği için, bu kişinin gazeteci olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu şekilde BİK kapsamına giren bir işyerinde gazetecilik mesleği ile doğrudan ilgili olmayan işlerde çalışanlar, fikri olarak çalışan kimseler bile olsalar BİK’ya göre İş Kanunundaki “işçi” tanımı dışından kalmadıkları için 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmektedirler.”<sup>63</sup>

Görüşümüze göre, hükümde yer alan *fikir ve sanat işi* kavramı, gazetecilerin yaptıkları işi, gazetede sadece fikir veya sadece sanat işi yapan kişilerden ayırt etmeye yarayan ve bütün olarak değerlendirildiğinde *gazetecilik mesleğini* anlatan bir ifade olarak kabul etmek gerekir. Aksi takdirde gazetecinin hem fikir hem de sanat işini birlikte yürütmesini beklemek mümkün değildir. Bir gazetede muhasebe işinde çalışan kişinin veya sağlık köşesinde soruları cevaplayan doktorun, hukuk köşesinde güncel hukuk konularını yazan avukatın yaptığı işin “fikir işi”; şiir köşesinde şiirlerini yayınlayan kişinin yaptığı işin “sanat işi” olduğu kuşkusuzdur. Ancak belirtilen kişilerin gazetecilik faaliyeti yaptıklarından söz edilemez. Gazetecilik mesleğinin kapsamını belirlerken, Fransız Hukukunda olduğu gibi haber ve bilgi verme (enformasyon) ve güncellik ölçütlerinden yararlanılabilir. Ancak Türk Hukukunda daha açık bir yasal tanım yapılıncaya kadar, her somut uyuşmazlıkta gazetecilik mesleğinin gerekleri dikkate alınarak çözüm aranmalıdır. Görüşümüz doğrultusunda, bir gazetede yazar, muhabir, foto muhabiri, redaktör, ressam, karikatürist, genel yayın müdürü, sayfa sekreteri, servis şefi, çevirmen, düzeltmen gibi gazetecilik mesleğiyle doğrudan ilgili bir işte çalışan kişiler gazeteci kabul edilecek<sup>64</sup>, aynı gazetede muhasebe, reklam, satış, personel, pazarlama, ulaştırma gibi yardımcı teknik ve hizmet alanlarında çalışan kişiler gazeteci olarak nitelendirilemeyecektir<sup>65</sup>.

Yargıtaya göre, “Fikir ve sanat işinde çalışma ölçütü, gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesine dair ve doğrudan doğruya ilgili alanlarda çalışmayı ifade eder<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> **Gökçek Karaca**, 80.

<sup>64</sup> **Göktaş/Çil**, 6; **Tuncay**, 31, 32; **Gökçek Karaca**, 81; **Narmanlıoğlu**, 98; **Bohere**, 8, 9.

<sup>65</sup> **Şakar**, 63; **Tuncay**, 31; **Oğuzman**, 862; **Akyiğit**, Kıdem Tazminatı, 934; **Gökçek Karaca**, 80; **Narmanlıoğlu**, 98.

<sup>66</sup> “Fikir ve sanat işinde çalışma ölçütü, gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesine dair ve doğrudan doğruya ilgili alanlarda çalışmayı ifade eder. Buna göre, yazar, muhabir, redaktör, düzeltmen, çevirmen, fotoğrafçı, kameraman, ressam, karikatürist gibi çalışanlar gazetecilik mesleği ile doğrudan doğruya ilgili olup, gazeteci olarak değerlendirilmelidir. Ancak aynı tür işyerlerinde teknik sorumlu, şoför, sekreter, muhasebe elemanı, satış ve pazarlama gibi işlerde çalışanlar gazeteci olarak

Yüksek Mahkeme bir kararında meslek ve sanat işinde çalışma kavramını şu şekilde tanımlamıştır: “Uyuşmazlığa çözüm aranırken, sözü edilen 1/a bendinin yollamada bulunduğu 5953 sayılı Kanununun 212 sayılı Kanunla değişik 1. maddesinin öngördüğü «fikir ve sanat işlerinde çalışma» koşulu üzerinde durulmalıdır. Sözlük anlamında fikir, zihnin bir şey hakkında edindiği ve kurduğu kavram, bir şeyin zihinde temsili ve düşünülmesidir. Sanat ise, bu duygunun, bir tasarımın veya güzelliğin ifadesinde kullanılan metotların tümü ve bu metotlar sonucunda ulaşılan üstün yaratıcılıktır. Görüldüğü üzere fikir ve sanat işlerinde çalışma zihinsel bir faaliyeti ve giderek üstün yaratıcılık yeteneğini gerektirmektedir.”<sup>67</sup>.

Yargıtay çeşitli kararlarında aşağıda belirtilen kişileri Basın İş Kanununa göre gazeteci saymıştır:

- Özel bir televizyonda haber programı yapımcısı ve sunucusu olarak çalışan kişi<sup>68</sup>;
- Haber ajansı istihbarat şefi<sup>69</sup>,
- Özel radyo ve televizyon kanalında haber muhabiri<sup>70</sup>,
- Haber ajansı muhabiri<sup>71</sup>,

değerlendirilemezler”, Y9HD., 31.03.2009, 30660/8953, www.kazanci.com. (5.10.2010). Uyuşmazlık Mahkemesi, Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği (TOBB) bünyesinde “Basın ve Yayın Şube Müdürü” olarak görev yapan kişi hakkında, “Buna göre, davacının gazeteci olarak istihdam olduğu nedeniyle 5953 sayılı Yasa’ya dayanan hak iddialarından doğan davanın görüm ve çözümü, anılan Yasa’nın Ek 4. maddesi uyarınca İş Mahkemelerinin görevine girmektedir.” kararı vermiştir. Bkz.UyMah., 16.05.2005, 92/31, www.kazanci.com. (5.10.2010).

<sup>67</sup> Y9HD., 22.1.2006, 134/112, www.legalbank.net (1.11.2010). Aynı doğrultuda bir başka karara göre, “Görüldüğü üzere fikir ve sanat işlerinde çalışma zihinsel bir faaliyeti ve giderek üstün yaratıcılık yeteneğini gerektirmektedir. Bu nedenle davacının çalışmalarının açıklanan nitelikte bir çalışma olup olmadığı tespit edilmeden sonuca gidilmiştir. Mahkemece yapılacak iş; davacının muhabir ve redaktör olarak geçen çalışmalarında fikir ve sanat işi olma koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak, gerekirse bu konu ile sınırlı olmak üzere uzman bilirkişi bilgisine başvurmak, alınacak rapor, yasa gereği değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmaktan ibaretir.”, Y9HD., 4.11.2004, 5974/9318, www.legalbank.net (1.11.2010).

<sup>68</sup> Y9HD., 18.3.2003, 19755/4242, **Göktaş/Çil**, 11; “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının yerel bir televizyon istasyonunun haber bölümünde fikir işçisi olarak çalıştığı anlaşılabilir. Bu yazılı ve sözlü deliller karşısında davacının anılan yerde gazeteci olarak çalıştığının kabulü gerekir.”, Y9HD., 9.3.1998, 75/3605, **Göktaş/Çil**, 18.

<sup>69</sup> Y9HD., 5.6.2001, 4131/9544, www.kazanci.com.tr (5.10.2010).

<sup>70</sup> “Somut olayda davacının davalıya ait özel radyo ve televizyon kanalında haber muhabiri olduğu uyuşmazlık dışıdır. Böyle olunca davacının çalışmaları 3984 sayılı yasanın 38. maddesi uyarınca 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun’un hükümlerine göre değerlendirilmelidir.”, Y9HD., 17.2.2009, 34332/2754, www.legalbank.net. (1.11.2010). Aynı doğrultuda Y9HD., 20.5.2010, 25166/14021, Çil Şahin, İş Hukuku Yargıtay Kararları (9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları), 4. B., Ankara 2011, 975-976.

<sup>71</sup> “... muhabir olarak devamlı çalıştığını hatta kimi zaman servis arabasıyla muhabirlik görevi yaptığı yerlere gönderildiğini, çalışmaları sonunda topladığı haberleri gazetede yayımlandığını açıklamış-

- Gazete yazı işleri müdürü<sup>72</sup>,
- Prodüksör<sup>73</sup>,
- Fotoğrafçı<sup>74</sup>,
- Haber yönetmeni<sup>75</sup>,
- Gazete düzeltmeni<sup>76</sup>,
- Spor sayfası sekreteri<sup>77</sup>,
- Gazete haber merkezi müdürü<sup>78</sup>,
- Gece editörü<sup>79</sup>,
- Kameraman<sup>80</sup>,

Yargıtaya göre aşağıda belirtilen kişiler hakkında ise Basın İş Kanunu hükümleri uygulanamaz:

lardır. ... Son olarak belirtmek gerekir ki taraflar arasında düzenlenmiş yazılı telif ya da neşir adını taşıyan sözleşme ibraz edilmiş değildir. Dosyadan anlaşıldığı kadarıyla yapılan çalışma şekli ve ödemeler aradaki ilişkinin hizmet akdi ilişkisi olduğunu göstermeye yeterlidir.” Y9HD., 10.11.1999, 13623/16996, www.kazanci.com.tr (5.10.2010).

<sup>72</sup> “Somut olayda davacının (Basın Yazı İşleri Müdürü) davalı işyerinde fikir ve sanat işlerinde çalıştığı, dolayısıyla 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayıldığı doğrudur.” Y9HD., 1.12.1999, 15662/18182, **Göktaş/Çil**, 16.

<sup>73</sup> “Gerçekten basın işkolunda prodüktörlüğe kadar yükselmiş olmakla anılan Kanunun 1. maddesi kapsamı içinde bulunmaktadır.” Y9HD., 3.7.2001, 6900/11239, **Göktaş/Çil**, 14.

<sup>74</sup> “Dosya içeriğine göre davacı gazetede muhabir olarak çalıştığını, davalı işveren ise davacının fotoğrafçı olarak çalıştığını iddia etmiştir. Ancak her iki işin de 5953 sayılı Basın İş Kanununun 1. maddesi anlamında gazete yapılan “fikir ve sanat” işi olduğu açıktır.” Y9HD., 24.2.2000, 19854/2080, **Göktaş/Çil**, 32.

<sup>75</sup> “Ancak davacının haber yönetmeni olarak gazeteci kapsamı içinde kaldığı düşünülerek 5953 sayılı “Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetleri Tanzimi Hakkında Kanun’un 11. maddesinde meslekte en az beş yıl çalışmış olan gazetecilere kıdem hakkı tanındığı öngörülmüştür.” Y9HD., 29.1.2001, 16836/1373, **Göktaş/Çil**, 14, 15; “Davacı işçi, davalıya ait işyerinde haber müdürü olarak 5953 sayılı Yasaya tabi gazeteci sıfatıyla çalışmıştır.” YHGK., 29.3.2006, 9-82/118, www.legalbank.net (17.1.2012).

<sup>76</sup> “Davacı düzeltmen olarak işyerinde çalıştığına “gazeteci” tanımı içine girdiğine göre, tavan sınırlamasına tabi tutulmuş olması, anılan yasa kurallarına aykırılık oluşturur.” Y9HD., 23.9.1997, 9746/16258, **Akyiğit**, Kıdem Tazminatı, 959.

<sup>77</sup> “Davacının faaliyet alanı basın ve yayıncılık olan davalı işyerinde, spor sayfa sekreteri olarak çalıştığı, bir nevi fikir ve sanat işi yaptığı ve 5953 sayılı yasanın 1. maddesi uyarınca gazeteci olduğu tartışmasızdır.” Y9HD., 14.4.2008, 14130/8314, www.legalbank.net (1.11.2010).

<sup>78</sup> “Davacı, davalı gazetede haber müdürü olarak çalışmıştır... Gerçekten davacının yaptığı işin niteliği ve şahit beyanlarına göre fazla çalışma yaptığı anlaşılmaktadır...” Y9HD., 27.5.1986, 3076/5476, **Göktaş/Çil**, 19.

<sup>79</sup> “Davacının gazeteci sıfatıyla gece editörü olarak çalıştığı tartışma dışıdır.” Y9HD., 20.3.2012, 47961/9001 (Karar yayınlanmamıştır).

<sup>80</sup> “Somut olayda davacının kameraman olarak çalıştığı uyumsuzluk dışı olduğuna göre Basın İş Yasası’nın uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi isabetsizdir.” Y9HD., 10.10.2011, 20769/36209 (Karar yayınlanmamıştır).

- Gazete işyerinde çalışan güvenlik görevlisi<sup>81</sup>,
- Gazete işyerinde paketçi olarak çalışanlar<sup>82</sup>,
- Gazete işyerinde çalışan makine operatörü<sup>83</sup>,
- Gazete işyerinde çalışan muhasebeci<sup>84</sup>,

### 3- Çalışmanın Basın İş Sözleşmesine Dayanması

Gazeteci ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin kaynağı basın iş sözleşmesidir. Bu sözleşme ile gazeteci bir işverene bağlı olarak iş görme, işveren de ücret ödeme borcu altına girer. Basın İş Kanunu gazeteci kavramını tanımlarken “Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir.” ifadesini kullanmıştır. Eğer yapılan iş bir ücret karşılığı değilse, basın iş sözleşmesinden ve buna bağlı olarak gazeteci kavramından söz edilemez<sup>85</sup>.

Gazetecinin iş görme borcunun kapsamı ise basın iş sözleşmesi ile belirlenir.

Gazeteci ile yapılan sözleşmesinin basın iş sözleşmesi olması gazeteci niteliğinin edinilmesi için zorunludur. Ancak bu sözleşmenin tam süreli olmasına ilişkin bir zorunluluk yoktur. Gazeteci ile yapılacak olan basın iş sözleşmesi tam süreli-kısmi süreli veya belirli süreli-belirsiz süreli olabilir.

Gazeteci sayılabilmek için bir basın iş sözleşmesinin gerekliliği, *serbest gazeteci* olarak çalışan kişilerin Basın İş Kanunu hükümleri karşısında gazeteci sayılamaması sonucunu doğurur. Serbest gazeteciler (veya bağımsız gazeteciler) kişisel çabaları ve meslek becerileri ile sağladıkları haber, resim, fotoğraf ve yazıları çeşitli gazete ve haber ajanslarına belirli bedellerle satan ve gelir elde eden kişidir<sup>86</sup>. Böyle bir durumda aradaki sözleşme genellikle bir yayın sözleşmesidir ve bu sözleşme hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır<sup>87</sup>. Gazeteci, işveren ile aradaki ilişkinin yayın

<sup>81</sup> Y9HD., 25.09.2002, 3191/17598, **Göktaş/Çil**, 12.

<sup>82</sup> Y9HD., 25.09.2002, 3193/17600, **Göktaş/Çil**, 12.

<sup>83</sup> Y9HD., 25.09.2002, 3194/17601, **Göktaş/Çil**, 12.

<sup>84</sup> Y9HD., 18.11.1971, 19051/22744, **Göktaş/Çil**, 20.

<sup>85</sup> 5953 sayılı Kanununun 1/son hükmünün ilk şeklinde “Bu kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ecir olarak çalışanlara gazeteci denir” ifade yer almaktaydı. 212 sayılı Kanun ise bu ifadeyi değiştirmiştir. Bkz. **Özek**, 803.

<sup>86</sup> **Tuncay**, 39; **Atılğan**, 27; **Şakar**, 52; **Göktaş/Çil**, 8; **Bohere**, 11.

<sup>87</sup> Yargıtay çeşitli kararlarında tarafların yaptıkları sözleşmenin bir yayın sözleşmesi ve ödemenin bir telif olup olmadığını araştırmıştır: “... Birkaç yıl bu şekilde ilişkinin sürdürülmüş olması arada telif akdi ilişkisi olmayıp hizmet akdi ilişkisi olduğunu göstermektedir”, Y9HD., 18.10.1999, 3238/15919, **Göktaş/Çil**, 17; “Mahkemece, davacının şahsi iş dosyası celp edilmeli, davacının basın işçisi olup olmadığı Basın Yayın Genel Müdürlüğünden sorulması taraflar arasında yapılmış bir yazılı hizmet sözleşmesinin bulunup bulunmadığı kuşkuyla yer vermeyecek biçimde tespit edilmeli, gerekirse taraf tanıkları yeniden dinlenerek davacının yaptığı iş ve görevinin açıklığa kavuşturulmalı toplanan tüm bilgi ve belgeler toplandıktan sonra davacının talepleri hakkında bir karar verilmelidir”, Y9HD., 13.6.2005, 30971/20788, www.legalbank.net (1.11.2010).

sözleşmesi değil, iş sözleşmesi olduğunu iddia ettiği takdirde bu iddiasını ispat yükü altındadır<sup>88</sup>. Ücret bordroları da bu konunun ispatında önemli role sahiptir<sup>89</sup>.

Gazete işvereni ile arasında basın iş sözleşmesi bulunmayan, gazetede günlük siyasi yorumlar yazan bir öğretim üyesi veya politikacıyı da gazeteci olarak kabul edebilmek mümkün değildir<sup>90</sup>.

Gazeteci niteliğinin kazanılabilmesi için kişinin gazeteciliği meslek olarak seçmiş ve başlıca geçim kaynağı da gazetecilik olmalı mıdır?

Öğretide gazeteci niteliğinin kazanılabilmesi için kişinin gazetecilik mesleğinin kişinin başlıca gelir kaynağı olması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>91</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, gazeteci niteliğinin edinilebilmesi için gazeteciliğin başlıca gelir kaynağı olarak seçilmesi gerekmez<sup>92</sup>. Biz de bu görüşü paylaşıyoruz. Gazeteci tanımına uygun bir işte çalışan bir kişinin geçimini ağırlıklı olarak gazetecilikten sağlamasına gerek yoktur. Bu nedenle Basın İş Kanununun kapsamına giren bir işyerinde kısmi süreli basın iş sözleşmesiyle çalışan kişinin, basın dışında bir başka işte çalışması ve geçimini ağırlıklı olarak bu işten sağlaması gazetecilik niteliğini ortadan kaldırmaz.

<sup>88</sup> **Özekes**, 195. Yazara göre, eğer gazeteci iş sözleşmesinin ispatı için bazı delillerin işverenin elinde bulunduğunu belirtmişse, ispat yükü kendisinde kalmakla birlikte delil gösterme yükü işverene yüklenebilir.

<sup>89</sup> **Şakar**'a göre, "Gazetecinin Basın İş Kanunu anlamında işçi sayılıp sayılmadığı ve basın iş sözleşmesinin varlığını belirlemek bakımından, ücretin ücret bordrosu üzerinden ve ücretten yasal kesintiler yapılarak ödenmesi olgusundan yararlanılabilir. Ancak, bu ölçütün her zaman doğru bir teşhise ulaştıracağı da söylenemez. Ücreti bordro üzerinden ödenmeyen bir gazetecinin de basın iş sözleşmesiyle çalışması söz konusu edilebilir. Bu durumda yargıcın tüm ölçütleri bir arada değerlendirebilir ve somut durumun özelliklerini dikkate alarak bir sonuca varması gerekir.", 57.

<sup>90</sup> **Özek**, 803; **Gökçek Karaca**, 84.

<sup>91</sup> **Tuncay**'a göre gazetecilik kavramının unsurlarından birisi de "gazetecilik mesleğinin başlıca geçim kaynağı olarak seçilmesi"dir. Yazara göre, "Gazeteci sayılmanın en önemli kıstası, kitle haberleşme araçlarında haber yazım ve yayımında çalışmanın meslek edinilmiş olmasıdır. Bugün hemen her yerde, gazetecilik, özellikleri bulunan belirli bir bilgi ve beceri isteyen ayrı meslek olarak kabul edilir. Bu şart Fransız İş Kodunda olduğu gibi Basın İş Kanunumuzda da açıkça yer almamıştır. Bununla beraber bu şart gazetecilik mesleğinin doğasından kaynaklanmaktadır.", 37. Şakar da gazeteci kavramının unsurları arasında "başlıca geçim kaynağı olarak ve ücret karşılığında çalışma" başlığına yer vermiştir. Bkz., 65. **Özek**'e göre, geçimini başka bir işten sağlayan kişiler, sözleşme ile fikir işçisi olarak bir yayın organında çalıştıklarında "münhasırlık" unsuru bulunmayacağından, gazeteci olarak kabul edilemezler. Bkz. 803. **Göktaş/Çil**'e göre, "Gazetecilik mesleğinin doğası gereği başlıca gelir ve geçiminin gazetecilikten sağlanması gerekir. Başlıca geçim kaynağının belirlenmesinde düzenli olarak emek ve mesaiyi gerektirmeyen gelirler ile düzenli bir çalışma sonucu elde edilmeyen gelirler başlıca geçim kaynağının ortaya çıkarılmasına göz önünde bulundurulmalıdır.", 9. Ayrıca bkz. **Atılgan**, 27; **Gökçe**, 21.

<sup>92</sup> **Gökçek Karaca**'ya göre, "Nitekim BİK'nın 13. maddesinin 1. fıkrasında ifade edildiği üzere, gazeteci işvereniyle yaptığı mukavelede aksi belirtilmediği sürece, dışarıda basınla ilgili olsun ya da olmasın başka iş yapma konusunda serbesttir. Dolayısıyla gazeteci sayılabilmek için gazetecilik mesleğinin başlıca geçim kaynağı olarak seçilmesi gerekmez. Böyle olmakla birlikte gazeteci sayılabilmek için yapılan çalışmanın ücret karşılığı olması zorunludur.", 83. Ayrıca bkz. **Oğuzman**, 874; **Şuğle**, Kişi Bakımından Kapsam, 35; **Akyiğit**, Kıdem Tazminatı, 935.

Gerçekten basın iş sözleşmesi ile çalışan bir kişi, üstlendiği işi ücret karşılığında yapmaktadır. Bu ücretin ayrıca gazetecinin başlıca geçim kaynağı olması ölçütü, Basın İş Kanununda yer almamaktadır. Nitekim Basın İş Kanununda gazetecinin bir başka işte çalışması da yasaklanmamıştır (BİK.13/1). Gazetecinin bir işverene basın iş sözleşmesi ile iş görme borcu altına girmesi, gazetecinin bu işi bir meslek olarak seçtiğini de gösterir.

Basın İş Kanununun 2. maddesine göre, yapılan işin niteliği gereği gazeteci sayılmak için gereken koşulları taşısa bile kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar hakkında Basın İş Kanunu hükümleri uygulanmaz.

#### 4- İş Kanununun Kapsamı Dışında Kalma

Bir kişinin Basın İş Kanunu bakımından gazeteci sayılabilmesi ve hakkında Basın İş Kanunu hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli bir diğer koşul da, İş Kanunundaki *işçi* tanımı dışında kalmaktır<sup>93</sup>.

Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanununda gazete, süreli yayın, haber ajansı ve özel radyo televizyonlarda çalışan kişilerin kapsam dışında tutulduğuna ilişkin hüküm yoktur. Ancak Basın İş Kanunu, gazete, süreli yayın ve haber ajanslarında gazeteci olarak çalışanlara özgü bir düzenlemedir. Bu nedenle İş Kanununda açıkça bu kişileri kapsam dışı bıraktığına ilişkin hüküm bulunmasa da, belirtilen kişiler hakkında onlara özgü bir düzenleme olan Basın İş Kanunu uygulanır<sup>94</sup>.

Bir gazete, süreli yayın veya haber ajansında fikir ve sanat işleri dışında kalan veya özel radyo ve televizyonlarda haberle ilgili olan işler dışındaki<sup>95</sup> işlerde çalışan ve bu nedenle Basın İş Kanunu kapsamına girmeyen kişiler hakkında ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.

<sup>93</sup> Hükme bu koşulun konulmasının nedeni, Basın İş Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte, bugün yürürlükten kalkmış olan ve bedenen çalışanlar ve bedeni çalışması fikri çalışmasına üstün olan işçileri kapsamına almış olan 3008 sayılı İş Kanunudur. Sözü edilen düzenleme sayesinde örneğin bir gazetede çalıştığı halde, bedenen çalışan ya da bedenen çalışması fikri çalışmasına üstün gelenlerin gazeteci sayılmayacakları ve Basın İş Kanununun kapsamına giremeyecekleri açıkça belirtilmiştir. Bugün yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu bedeni ve fikri iş ayrımı yapmamış ve her türlü iş hakkında İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamıştır (md.1/2). Bu nedenle Basın İş Kanununda yer alan bu kayıt önemini kaybetmiştir. Bkz. **Gökçek Karaca**, 82; **Tuncay**, 38; **Karahisar**, 68; **Narmanlıoğlu**, 97, 98. 3008 sayılı Kanun döneminde de bu hükmün gereksiz bir düzenleme olduğu görüşü için bkz. **Şuğle**, Kişi Bakımından Kapsam, 31.

<sup>94</sup> Uygulamada, Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanununa göre çalışan ve gazeteciliği başlıca gelir kaynağı olarak seçen kişilere *profesyonel gazeteci* denilmektedir. Bkz. **Gökçek Karaca**, 57.

<sup>95</sup> "...Radyo ve televizyon Kuruluşlarının haberle ilgili birimlerinde çalışanlarının tamamının 5953 sayılı yasa kapsamında değerlendirilmesi olanağı yoktur. Fiilen yapılan işin de bu konuda dikkate alınması gerekir. Davacının perfore elemanı olarak görev yaptığı hususu tartışmasızdır...Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", Y9HD., 19.03.2002, 19623/4369, www.kazanci.com.tr (11.10.2010).



Bu durumda bir gazetenin yazarı, muhabiri hakkında Basın İş Kanunu; aynı gazetenin matbaa çalışanları, arşiv görevlisi, güvenlik görevlisi, teknik personeli hakkında ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur.

## § 2- BASIN İŞ KANUNUNA GÖRE FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI

Basın İş Kanununda öngörülen gündüz veya gece dönemindeki günlük çalışma sürelerinin üstünde veya ulusal bayram, genel tatiller ve hafta tatilinde gazetecinin çalıştırılması, Basın İş Kanunu hükümlerine göre fazla çalışma olarak tanımlanabilir (BİK.ek.1/2)<sup>96</sup>. Hükümde üç halde yapılan çalışma fazla çalışma olarak kabul edilmiştir<sup>97</sup>:

- Normal günlük çalışma süresi olan sekiz saati aşan çalışma,
- Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma,
- Hafta tatilinde çalışma.

Görüldüğü gibi, Basın İş Kanununda fazla çalışmalar için günlük çalışma süresi esas alınmış; günde sekiz saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilmiştir. Basın İş Kanununda yer alan bu düzenlemede, gazetecinin fazla çalışma ücreti isteyebilmesi için günlük sekiz saatin üzerinde çalışmış olması gerekli ve yeterlidir. Bunun için ayrıca haftalık belli bir saatin (örneğin kırk sekiz saati) aşılması gerekmez<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> Genel olarak fazla çalışma hakkında geniş bilgi için bkz. **Ekonomi** Münir, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Yargıç Resul Arslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004, 159 vd.; **Soyer** Polat, Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İHSGHD., 2004/3, 797 vd.; **Kurucu** Oğuz, İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışma, Ankara 1987; **Topçuoğlu** İlyas, 4857 Sayılı İş Kanunu Işığında Türk Hukukunda Fazla Çalışma, Ankara 2009; **Karacan** Hatice, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Ankara 2012; **Çil Şahin**, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum, 2007/3, 57 vd.; **Kandemir** Murat, Fazla Çalışmanın Azami Süresi ve Fazla Çalışma Yasakları, Legal İHSGHD., 2011/29, 13 vd.

<sup>97</sup> Basın İş Kanununda fazla çalışma kavramı yerine fazla saatlerde çalışma kavramı kullanılmıştır. Hükümde geçen fazla saatlerde fazla çalışma kavramını, İş Kanununda yer alan fazla sürelerle çalışma kavramı ile karıştırmamak gerekir. Bu nedenle Basın İş Kanunundaki "fazla saatlerde çalışma" kavramı, "fazla çalışma" olarak değerlendirilmelidir.

<sup>98</sup> **Eyrenci** Öner, Basın İş Hukuku'nda Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışmalar, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul 2006, 77; **Uçum/Karataş**, 585-586; **Göktaş/Çil**, 308. Halbuki, 4857 sayılı İş Kanunu, 41. maddesinin 1. fıkrası, fazla çalışmayı "...Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır" şeklinde tanımlamıştır. Yargıtay bir kararında fazla çalışmanın yıllık çalışma değil, haftalık çalışma süresi esas alınarak belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir: "Davacı gece muhabiri olarak çalışmış olduğundan, anılan yasanın 19/1 ve Ek-1 maddelerine göre, haftada 5 gün ve günlük 8 saatten olmak üzere haftalık çalışma süresi 40 saat olarak kabul edilip, bu süreyi aşan çalışması fazla mesai olarak değerlendirilmeli ve bütçe görüşmesinin olduğu günde de saat 24.00 den sonra ki çalışmalar karşılığı ücret anılan maddeye göre hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır... Öncelikle belirtmek gerekir ki, yukarıdaki bentte açıklandığı üzere fazla çalışmaların yıllık toplam çalışma saatlerine göre belirlenmesi doğru değildir.", Y9HD., 9.11.2004, 10054/2555, www.legalbank.net (16.2.2012).

Günlük sekiz saat olan çalışma süresinin toplu ya da iş sözleşmesi ile azaltılması halinde fazla çalışma süresinin nasıl belirleneceği hususunda Basın İş Kanununda ve Türk Borçlar Kanununda hüküm yoktur. Örneğin günlük çalışma süresinin altı saat belirlendiği bir işyerinde gazeteci iki saat daha çalıştığı takdirde bu iki saatlik çalışması fazla çalışma sayılacak mıdır? Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, Basın İş Kanunundaki boşluğun 4857 sayılı İş Kanununun fazla çalışma ile birlikte fazla sürelerle çalışmayı düzenleyen 41. madde hükmü ile doldurulması gerekir. Söz konusu madde hükmüne göre, tarafların iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırdıkları iş süresi ile kanuni günlük iş süresi arasında yaptıkları çalışmalar, fazla sürelerle çalışma sayılacaktır. Bu durumda gazeteciye her bir fazla çalışma saati için verilecek ücret normal çalışma saat ücretinin *yüzde yirmi beş* fazlası olacaktır<sup>99</sup>. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Gerçekten Basın İş Kanunundaki boşlukların Türk Borçlar Kanununda doğrudan konuyu düzenleyen hükmün de bulunmaması halinde 4857 sayılı Kanun ile doldurulması gerektiği düşüncesindeyiz. Toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmadıkça, gazetecinin sözleşme ile kararlaştırılmış günlük çalışma süresi ile kanuni iş süresi olan sekiz arasında kalan çalışmalarının *fazla sürelerle çalışma* olarak kabul edilmesi gerekir.

Ulusal bayram ve genel tatillerde yapılan çalışmalar, normal çalışma süresi olan sekiz saatlik süreyi geçmemek koşuluyla süresi ne olursa olsun fazla çalışma sayılır<sup>100</sup>. Ulusal bayram ve genel tatillerde yapılan çalışmaların normal çalışma süresi olan sekiz saatlik süreyi aşması halinde, aşan süre de fazla çalışma olarak kabul edilir. Ayrıca Basın İş Kanununun 19. maddesinde her altı günlük çalışmadan sonra gazetecinin bir gün hafta tatili hakkı tanındığı için, izin gününde gazetecinin çalıştığı her saatin fazla çalışma olarak kabul edilmesi gerekir<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> **Gökçek Karaca**, 208. Karşı görüşte olan **Eyrenci**'ye göre, "Sözleşmelerle günlük çalışma süresi yasal çalışma süresinin (8 saatin) altında inilmesi halinde, sözleşmeyle belirlenen süreyi aşan, ancak yasal çalışma süresini aşmayan çalışmalar, kural olarak, fazla çalışma sayılmazlar. Ancak, taraflar sözleşmede kararlaştırılan çalışma süresini aşan çalışmaların, günlük yasal çalışma süresini aşması da, fazla çalışma sayılacağı kararlaştırılabilir.", 77. **Tuncay**'a göre, "günlük yasal iş süresini aşmayan fakat sözleşmelerle kararlaştırılan süreyi aşan çalışmaların fazla çalışma olarak kabulüyle zamlı ücrete hükmetmek caiz değildir. Şu kadar ki, taraflar sözleşmede açıkça kararlaştırılan iş süresini aşan çalışmaların fazla çalışma sayılacağını belirlemişlerse bu takdirde günlük yasal iş süresini aşması dahi kararlaştırılan iş süresini aşan çalışmalar zamlı fazla çalışma ücretine hak kazandırır.", **Tuncay**, 54. **Astarlı**'ya göre ise, "Günlük çalışma süresi 8 saatin altında belirlenen işçi, 8 saate kadar yapılan çalışmalar için aksine bir düzenleme yoksa fazla çalışma ücreti talep edemeyecek, normal çalışma ücretine hak kazanacaktır.", 247. Ancak iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile aksinin kararlaştırılması mümkündür. **Uçum/Karataş**, 586. Nitekim Anadolu Ajansı ile imzalanan toplu iş sözleşmesinde, "bu toplu iş sözleşmesinde belirlenen normal çalışma süresinden fazla çalışmalar fazla mesaidir" şeklinde ifade edilmiştir (m.9).

<sup>100</sup> "5953 sayılı Yasanın Ek 1. Maddesinde ulusal bayram, genel tatil ve hafta tatili çalışmalarının bu kanuna göre fazla mesai sayılacağı belirtilmiş ve yine aynı maddede fazla mesai ücretlerinin gününde ödenmemesi halinde günlük % 5 fazlasıyla ödeneceği öngörülmüştür.", Y9HD., 22.5.2001, 3073/8684, **Göktaş/Çil**, 328.

<sup>101</sup> **Gökçek Karaca**, Basın İş Kanunu'na Göre İş Süresi ve Fazla Çalışma, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.2, 2003, 6-7. "Davacı tanığı haftada bir gün izin kullanıldığını açıkladığı halde davacının son beş yıl hafta tatillerinde çalıştığı kabul edilerek hafta tatili alacağının kabulü de hatalıdır.", Y9HD., 3.12.2002, 11760/23093, **Göktaş/Çil**, 323.

Fazla çalışma günde üç saati geçemez (BİK.ek1/son). Gazeteciye günde üç saatin üstünde fazla çalışma yaptırılmışsa, gazeteci fazla çalışmaların tamamı için fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır<sup>102</sup>. Belirtmek gerekir ki, bu sınırlama günlük çalışma süresinin üstünde yapılan çalışma için geçerlidir. Ulusal ve genel tatil günlerinde çalışma ve hafta tatilinde çalışma halinde üç saatlik sınırlama uygulanabilir nitelikte değildir<sup>103</sup>. Belirtilen günlerde yapılan sekiz saatlik çalışma fazla çalışma olarak kabul edilmelidir.

Yılda en fazla kaç saat fazla çalışma yapılabileceğine ilişkin sınırlama Basın İş Kanununda yer almamaktadır. Oysa 4857 sayılı İş Kanununda işçinin yılda en fazla *iki yüz yetmiş saat* fazla çalışma yapabileceği öngörülmüştür. İş Kanununda fazla çalışma türleri de Basın İş Kanununda düzenlenmemiştir<sup>104</sup>.

Basın İş Kanununda fazla çalışma için ayrıca işçinin onayı aranmamaktadır. Bununla birlikte TBK.398'e göre, "Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve *işçinin rızasıyla* yapılan çalışmadır.". Türk Borçlar Kanunundaki bu düzenlemenin Basın İş Kanunu açısından da uygulanması gerektiği kanısındayım<sup>105</sup>. Türk Borçlar Kanununda fazla çalışma için işçinin onayının alınması gerektiğine ilişkin kurala istisna getirilmiştir. Buna göre, "Ancak, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür." (TBK.398/1)<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> **Eyrenci**, 78. Yargıtay'a göre, "Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir. Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıklarla ispatı imkan dâhilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.", Y9HD., 21.3.2008, 939/5619, www.kazanci.com (27.12.2011).

<sup>103</sup> Fazla çalışmaya ilişkin bu sınırlama, maddenin sonunda ve fazla çalışma hallerinin tümünü kapsayacak şekilde yazılmışsa da, bu sınırlama sadece normal günlük iş süresinin üzerinde yapılan fazla çalışma bakımından geçerlidir. Özek, *Fikir İşçileri*, 75; **Gökçek Karaca**, *İş Süresi*, 6; **Astarlı**, 248.

<sup>104</sup> **Şakar**'a göre, "İş Kanununda bu konuda yer alan hükümler, işçinin sağlığını ve aile düzenini korumaya yöneliktir ve bu bakımdan, Basın İş Kanunundaki boşlukların toplu iş sözleşmelerle düzenlenmemişse, gazetecilik mesleğinin özellikleri elverdiği oranda İş Kanunu hükümleriyle doldurulması ve bu arada Fazla Çalışma Tüzüğü (şimdi Yönetmeliği) hükümlerinin dikkate alınması doğru olur.", 85.

<sup>105</sup> **Mollamahmutoğlu** Hamdi/**Astarlı** Muhittin, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi, Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 601. Borçlar Kanununun kabulünden öncesinde **Eyrenci** tarafından, işveren veya işveren vekili tarafından fazla çalışma yapması istenen gazeteci, kanuni süreyi aşmıyorsa, bu isteğe uyarak fazla çalışma yapmak zorunda olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. 78. 6098 sayılı Kanun öncesinde de gazetecinin onayının alınması gerektiğine ilişkin görüşlere bkz. **Gökçek Karaca**, 206; **Astarlı**, 248.

<sup>106</sup> **Mollamahmutoğlu/Astarlı**'ya göre işçinin onayına istisna getiren bu hüküm Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından da uygulanır. Bkz. 6098 Sayılı, 604.

Gazetecinin fazla çalışma yapıp yapmayacağı ve fazla çalışmanın süresi işveren tarafından belirlenir. Gazeteci kendiliğinden fazla çalışma yapamaz<sup>107</sup>.

Pazar gününden başka bir gün hafta tatili yapan gazeteci, pazar günü fazla çalışma yapmış sayılmaz (BİK.ek.1/3). Örneğin her hafta Pazar günü çalışan ve bunun yerine Çarşamba günü hafta tatilini yapan bir gazeteci Pazar günü çalışmış olması nedeniyle zamlı ücret isteğinde bulunamaz.

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde ya da hafta tatilinde çalışan bir gazetecinin işyerinde geçirdiği tüm süre fazla çalışma süresinin belirlenmesinde dikkate alınmaz. Yargıtaya göre, ara dinlenmesi süresinin düşülmesinden sonra kalan süre üzerinden fazla çalışma süresi belirlenmelidir<sup>108</sup>.

## 2- Fazla Çalışmanın Karşılığı

Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının *yüzde elli* yükseltilmesi suretiyle ödenir (BİK.ek.1/4). Ancak, fazla çalışmaların saat 24.00'den sonraya rastlayan saatlerinde ücret bir kat fazlasıyla, yani *yüzde yüz* oranında ödenir. Kanunda öngörülen oranlar toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile artırılabilir<sup>109</sup>. Hatta ulusal bayram ve genel tatil günlerinde yapılacak çalışma için ödenecek fazla çalışma ücreti için oran yükseltilebilir<sup>110</sup>.

4857 sayılı Kanunda yer alan fazla çalışma karşılığı serbest zaman kullanma imkanı Basın İş Kanununda düzenlenmiş değildir<sup>111</sup>. Türk Borçlar Kanununun

<sup>107</sup> **Eyrenci**, 79; Gökçek **Karaca**, **İş Süresi**, 5. Karşı görüşte olan **Gökçek**'ye göre, "Gazetecinin fazla çalışma ücretine hak kazanabilmesi için işverenin bu konuda talimatının veya önceden haberinin bulunması şart değildir. Gazeteci mesleğinin gereği olarak fazla mesai yapmak durumunda kalıyor ise bu döneme ilişkin fazla mesai ücretini almaya hak kazanmaktadır.", Bkz.58. Anadolu Ajansının, Türkiye Gazeteciler Sendikası ile yaptığı toplu iş sözleşmesinde Türkiye Gazeteciler Sendikası üyesinin kendiliğinden fazla mesai yapamayacağı belirtildikten sonra, "mesleğin gerekli kıldığı ve yukarıda sayılan yetkili kişilere haber verilemeyecek durumlar, bu kuralın dışındadır. Bu durumda TGS üyesi fazla mesai süresini ve gerekçesini yazılı olarak birim amirine bildirir" hükmü getirilmiştir (m.9/4).

<sup>108</sup> "Bu hesaplama şeklinde ara dinlenmesi ve 5953 sayılı Basın İş Kanununun günlük çalışma süresinin 8 saat olduğunu öngören ek 1 maddesi göz önünde bulundurulmamıştır. Bu hususun dikkate alınmaması da doğru değildir.", Y9HD., 20.12.2002, 7896/1874, **Göktaş/Çil**, 322, 323.

<sup>109</sup> **Eyrenci**, 78; **Tuncay**, 54, dn.8.

<sup>110</sup> Anadolu Ajansı ile Türkiye Gazeteciler Sendikası arasında yapılan toplu iş sözleşmesinin 10/a maddesine göre, "TGS üyelerinin Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri ile kendi hafta tatili günlerinde çalışmalarını halinde, ücretleri %150 (yüzde yüzelli) zamlı ödenir. O gün yapılan çalışmalar 8 saati doldurmasa da tam gün çalışılmış sayılır ve ödemeler ona göre yapılır. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinde geçici bir görevle il veya yurt dışında bulunan TGS üyelerine de bu fıkra hükmüne göre ödeme yapılır."

<sup>111</sup> 4857 sayılı İş Kanununun 41/4. maddesine göre, "Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir". Yargıtay da gazeteciye fazla çalışma karşılığı serbest zaman verilemeyeceği görüşün-

402/2. maddesinin gazeteciler için de uygulama alanı bulacağı görüşündeyim. Hükme göre, “İşveren, işçinin rızasıyla fazla çalışma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı olarak izin verebilir.”

Taraflar fazla çalışma süresine ilişkin yasal sınırlar (günde üç saat) içinde kalmak koşuluyla, sözleşme ile gazetecinin ücretine fazla çalışma ücretinin de dâhil olduğunu kararlaştırabilirler<sup>112</sup>. Şayet gazeteciye yasal sınırları aşacak şekilde fazla çalışma yaptırılırsa, bu çalışmalar için ayrıca fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir<sup>113</sup>.

Fazla çalışma saatlerinin hesabında, yarım saatten az süreler yarım saat, fazlası ise bir saat sayılır (BİK.ek.1/6).

Ücretin gündelik, haftalık, aylık olarak belirlenmiş olması halinde, fazla çalışma ücretinin belirlenebilmesi için öncelikle saat başına düşen ücretin bulunması gerekir. Bulunan bir saatlik ücretin yüzde elli oranında artırımı ile fazla çalışma ücreti belirlenir<sup>114</sup>.

dedir: “Bir kez fazla mesai yaptıktan sonra işçiye izin verilmek suretiyle kazanılmış hakkın ortadan kaldırılması olanağı yoktur. Diğer taraftan emsal olarak gösterilen HGK Kararının bu konu ile ilgisi bulunmamaktadır. Böyle olunca gerçekleşen fazla mesai ve tatil ücreti alacaklarının hüküm altına alınması gerekirken yanlış değerlendirme ile bu isteklerin reddedilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, Y9HD., 4.12.1995, 36026/35024, **Göktaş/Çil**, 341.

<sup>112</sup> “Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre yasada belirtilen söz konusu sınırlama dahilinde yapılan fazla çalışmalar aylık ücretin içinde değerlendirilebilmektedir.” Y9HD., 14.11.2006, 26395/30050, www.kazanci.com (17.1.2012); “Dosya içerisinde bulunan ve 2.1.1997 tarihinde taraflarca imzalanan hizmet sözleşmesinde fazla mesai, milli ve dini bayram tatili ve genel tatil ücretlerinin aylık ücretin içinde yer aldığı belirtilmiştir. Sözleşme ile belirlenen ücret aşgari ücretin üzerinde olup bu dönem itibarıyla ayrıca fazla mesai, bayram tatili ve genel tatil alacaklarına hak kazanılması söz konusu olmaz.”, Y9HD., 18.02.2003, 725/1816, **Göktaş/Çil**, 322. Ayrıca bkz. Y9HD., 20.11.2007, 26362/34664, *Tekstil İşveren Dergisi*, Sayı:341 (Ağustos-2008), 2; Y9HD., 22.11.2005, 16467/40596, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2006/2, 190; Y9HD., 26.11.2002, 9854/22304, **Göktaş/Çil**, 324; Y9HD., 13.2.2001, 17440/2151, **Göktaş/Çil**, 330; Y9HD., 24601/27754, www.kazanci.com (13.2.2012); Y9HD., 2.3.2005, 17484/6575, www.kazanci.com (13.2.2012); Y9HD., 5.7.2005, 31714/23784, www.legalbank.net. (16.2.2012).

<sup>113</sup> **Eyrenci**, 79; **Göktaş/Çil**, 311; “Buna göre bu sözleşme döneminde ücretin fazla çalışmayı da kapsadığı anlaşılmış olup yılda 270 saatin üzeri fazla çalışmaların hesaplanması gerektiğinin gözetilmemesi hatalıdır. Ayrıca 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun Ek 1 inci maddesinde, günlük iş süresi gece ve gündüz devrelerinde sekiz saat olarak açıklanmıştır. Günlük sekiz saati aşan çalışmalarla, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerle yapılan çalışmaların “fazla saatlerde çalışma” olduğu aynı maddenin ikinci fıkrasında açıklanmıştır.”, 31.5.2012, 15955/19154 (Karar yayınlanmamıştır); “Yukarıda açıklanan ilkeler gözetilerek, iş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde düzenleme bulunduğu takdirde, Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul ettiğinden, emsal ücret araştırması sonucuna göre bordrolardaki tahakkukların değerlendirilmesi gerekir.”, Y9HD., 13.7.2011, 32873/23974 (Karar yayınlanmamıştır).

<sup>114</sup> “Fazla çalışma ücreti ile hafta tatili ücreti hesabı yönünden saat ücreti, günlük ücretin 7.5 saate bölünmesi suretiyle belirlenmiştir. Ne var ki, basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı yasanın ek madde 1. maddesi hükmüne göre gazetecilerin haftalık çalışma süresi 48 saat olarak öngörülmüş olup, bu durumda saat ücretinin günlük ücretin 8’e bölünmesi suretiyle tespiti gerekir.”, YHGK., 16.11.2005, 9-629/631, www.kazanci.com (14.2.2012).

Ücretlerini parça başına veya yapılan iş miktarına göre alan gazetecilere fazla çalışma yaptırılması halinde, bu kimselerin fazla saatlere karşılık gelen ücretleri yukarıdaki oranlar esas alınarak ödenir (BİK.ek.1/7). Buna göre parça başına veya yapılan işin ücreti esas alınarak, o iş için çalışma saatine göre, saat ücreti belirlenecek ve bu saat ücreti yüzde elli artırılmak suretiyle fazla çalışma ücreti hesaplanacaktır<sup>115</sup>.

Fazla çalışma ücretinin, son beş yıla ait olan kısmının, ait oldukları yılların ücretleri üzerinden hesaplanması gerekir<sup>116</sup>. Gazetecinin son ücreti üzerinden fazla çalışma ücreti hesaplaması yapılamaz<sup>117</sup>.

Fazla çalışmalara ait ücretin, izleyen ayın ücreti ile birlikte ödenmesi gerekir. Fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için *yüzde beş* fazlasıyla ödenir (BİK.ek.1/8). Ancak mahkemenin yüzde beş fazla ödemeye karar verebilmesi için davacı tarafından açıkça talep edilmiş olması gerekir<sup>118</sup>.

Ayrıca Basın İş Kanununun ek md.3'de, fazla çalışma ücretlerini gazeteciye ödemeyen veya ek madde 1'de öngörülen orandan daha aşağı hesap etmek suretiyle ödeyen işverene, ödemediği fazla saat ücretleri tutarının veya eksik ödediği ücretler tutarının beş katı kadar idarî para cezası verileceği öngörülmüştür.

Fazla çalışma ücreti *beş yıllık* zamanaşımı süresine tabidir (TBK.126)<sup>119</sup>.

### 3- Fazla Çalışmanın Belgelenmesi ve İspatı

Uyuşmazlık halinde fazla çalışma yapıldığının ispat yükü, bunu ileri süren *ga-*

<sup>115</sup> Eyrenci, 79.

<sup>116</sup> Eyrenci, 81.

<sup>117</sup> "Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda fazla mesai ve genel tatil ücreti davacının fesih tarihinde aldığı son ücretten hesaplanmıştır. Ancak fazla mesai, ulusal bayram, genel tatil ücretleri çalışılan döneme göre o dönemdeki hak edilen ücret esas alınarak devre devre hesaplanması gereklidir. Çalışılan süre itibarıyla son ücretten hesaplanmış olması hatalıdır." Y9HD., 18.01.2006, 17358/392, **Çimento İşveren Dergisi**, Mart-2006, S.2, C.20, 30; "Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, ulusal bayram genel tatil ücreti ile hafta tatili ücretleri davacının fesih tarihindeki ücreti esas alınarak hesaplanmıştır. Dava konusu bu alacakların ait olduğu devrelere göre ücretleri göz önünde tutularak hesaplanması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir." Y9HD., 27.11.2006, 12190/31035, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/13/2, 239. Aynı doğrultuda Y9HD., 24.9.1997, 12182/6292, **Göktaş/Çil**, 337.

<sup>118</sup> "Bu nedenle 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanununun 14 üncü maddesinde bahsedilen ücret ile Ek 1 inci maddesinde sözü edilen hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerle yapılan çalışma ücretlerinin gününde ödenmesi halinde günlük yüzde beş fazlasına hükmedilebilmesinin temel koşulu bu konuda belirtilerek talepte bulunulmasıdır.", Y9HD., 18.4.2012, 2699/13590 (Karar yayınlanmamıştır).

<sup>119</sup> "Davalı tarihinden geriye doğru 5 yıllık zamanaşımı süresinin dikkate alınarak 5.7.1990 tarihinden sonra gerçekleşen fazla mesai alacağı belirlenmelidir.", Y9HD., 28.11.1997, 15416/1997, **Göktaş/Çil**, 337. Aynı doğrultuda Y9HD., 12.9.1997, 13852/15203, **Göktaş/Çil**, 338.

zeteci üzerindedir<sup>120</sup>. Ücretin ödendiği iddiasının da işveren tarafından ispatlanması gerekir<sup>121</sup>.

Fazla çalışma yaptığı halde, ücretini almadığını ileri süren gazeteci bunu ispatla yükümlüdür. Gazeteci, fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir<sup>122</sup>.

Fazla çalışmanın ispatına ilişkin Yargıtayın bir ilke kararı şu doğrultudadır: “Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilmeye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği iletili sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşınamaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir. Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine, giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş olduktan tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir.

<sup>120</sup> “Fazla çalışma yapıldığının ispat yükü işçiye ait olup, işçi tarafından ispatlanamamıştır. Varsayımdan hareketle hesaplama yapan bilirkişi raporuna istinaden, fazla mesai alacağının hüküm altına alınması hatalıdır”. Y9HD., 27.02.2001, 19409/3532, Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, 2000-2005, Ankara-2006, 417; “Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının haftalık 15 saatlik fazla mesainin 3 saatinin saat 24.00 sonra olduğu ve %100 zamlı ödemesi gerektiği belirtilerek hesaplama yapılmıştır. Ancak işveren tarafından ibraz edilen son bir aylık puantaj kayıtlarında davacının işyerinde saat 24.00’ten sonra çalışmasının olmadığı anlaşılmaktadır. Kayıt sunulduğunda bunlara değer verilmesi gerekir. Bu nedenle davacının tüm çalışma süresine göre işyerinden puantaj kayıtları istenmeli, bu kayıtlara göre davacının haftalık fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatillerdeki çalışmaları belirlenmeli, hak kazanacağı bu çalışmalara karşılık alacaklar hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır.”, Y9HD., 14.4.2008, 14130/8314, www.legalbank.net (27.12.2011); “Fakat her şeye rağmen günde; Basın-İş Kanununun öngördüğü 8 saatin üzerinde çalışan gazeteciler, muhabirler, propagandistler de vardır. Önemli olan yapıldığı zamanla fazla mesainin ispat edilmesidir.”, Y9HD., 29.12.1998, 15991/19301, **Göktaş/Çil**, 333; “... işyerinde muhabir olarak çalışan davacının, birkaç şirkette basın danışmanlığının yanında, Gazeteciler Cemiyeti Başkanlığı ile kendisinin kurucuları arasında ye aldığı bir şirkette de faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu faaliyetlerin günün belirli bölümlerini kapsadığı açıktır. Bu çalışmalar göz önüne alındığında davacının davalı işyerinde fazla çalışma yaptığının kabulü mümkün olmamaktadır.”, Y9HD., 10.6.1998, 8050/10241, **Göktaş/Çil**, 335.

<sup>121</sup> “Yargılama sırasında dinlenen davacı ve davalı tanıkları davacının fazla mesai yaptığını açıkça belirtmişlerdir. Buna karşılık davalı işveren fazla mesai ücretlerini eksiksiz ve tam olarak ödendiğine ilişkin belge ibraz etmemiştir. Bu durumda davacının fazla mesai isteminin reddi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.”, Y9HD., 5.6.1997, 628/11134, **Göktaş/Çil**, 339; “Davacının tatil günlerinde çalışmasının karşılığını ödendiğini davalının kanuni delillerle ispat etmesi gerekir. Şahit sözlerine dayanarak isteğin reddi yanlıştır.”, Y9HD., 23.5.1979, 7545/8092, **Göktaş/Çil**, 344.

<sup>122</sup> Tanık açıklamaları arasından bir tutarsızlık olması halinde tanık sözlerine dayanılarak hüküm tesis edilmemelidir. Hâkim bilirkişi aracılığı ile keşif yapmak suretiyle bir sonuca varmalıdır. **Eyrenci**, 80.

Ancak, işçinin fazla çalışma alacağıının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlanması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.<sup>123</sup> Yargıtay bir gazetecinin fazla çalışma ücreti isteği ile ilgili verdiği bir karar da yukarıdaki ilke kararı ile uyumludur<sup>124</sup>.

Yargıtayın üst düzey görevlerde çalışan kişilerin fazla çalışma ücreti talep hakkı olmadığı yönünde yerleşik kararları bulunmaktadır<sup>125</sup>.

Yargıtay gazetecinin uzun yıllar boyunca her gün fazla çalışma yaptığı ve her ulusal bayram ve genel tatil günü ile hafta tatili gününde çalıştığı iddialarını hayatın olağan akışına aykırı görmekte ve bu şekilde çalışmaya dayalı olarak bulunan fazla çalışma süresinden hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğine hükmetmektedir<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> Y9HD., 21.3.2008, 939/5619, www.kazanci.com (27.12.2011).

<sup>124</sup> "Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, işçinin, fazla çalışma ücreti olarak yapılan ödeme tutarlarını aşan şekilde fazla çalışmasını yazılı delille kanıtlanması gerekir. Somut olayda da davacı gazetecinin fazla çalışmalara dair yazılı bir delili bulunmamaktadır. Ücret bordroları imzasız olmakla birlikte belirtilen ödemelerin davacıya yapıldığının kanıtlanması durumunda, fazla çalışma ücreti tahakkuku yer alan bordro dönemleri fazla çalışma ücreti hesabında dikkate alınmamalıdır.", Y9HD., 11.4.2006, 24785/30082, www.legalbank.net (17.1.2012); "Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, işçinin, fazla çalışma ücreti olarak yapılan ödeme tutarlarını aşan şekilde fazla çalışmasını yazılı delille kanıtlanması gerekir. Somut olayda da davacı gazetecinin fazla çalışmalara dair yazılı bir delili bulunmamaktadır. Ücret bordroları imzasız olmakla birlikte belirtilen ödemelerin davacıya yapıldığının kanıtlanması durumunda, fazla çalışma ücreti tahakkuku yer alan bordro dönemleri fazla çalışma ücreti hesabında dikkate alınmamalıdır. Tahakkuk gösterilen tutarların indirilmesi suretiyle sonuca gidilmesi de doğru değildir.", Y9HD., 14.11.2006, 25785/30082, www.legalbank.net (17.1.2012).

<sup>125</sup> "İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. 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 edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.", Y9HD., 21.3.2008, 939/5619, www.kazanci.com (27.12.2011); "Davacının Akşam Gazetesinin İzmir sorumlusu olduğu ve İzmir Bölgesinde kendisinden üst ve amir pozisyonunda olan bir başka yetkilinin bulunmadığı, bu suretle çalışma saatlerini kendisini belirleyip uyguladığı ve bir başkasından emir ve talimat almadığı tartışmasız olup, böyle bir görevde bulunan kişinin görev, yetki ve sorumluluğunun gereği olarak fazla çalışma yaptığı takdirde bu çalışmanın karşılığını talep etmesi yerinde olamayacağından, davalıyı temyiz nedenleri arasında da yer alan fazla çalışma olgusuna bu şekilde işaret edilmekle bu alacak yönünden % 5 gecikme alacağı talebinde bulunulması yerinde görülmemiştir.", Y9HD., 5.11.1998, 13251/15668, **Göktaş/Çil**, 335.

<sup>126</sup> "Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay



Yargıtaya göre, mahkeme asıl alacaklara (fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin) indirim uyguladıktan sonra, ayrıca yüzde beşlik fazla oranında da indirime gitmelidir<sup>127</sup>. Böylelikle asıl alacak iki kez indirime tabi tutulmaktadır. Bu uygulamanın gerekçesi olarak da, gazetecinin zenginleşmesine ve işverenin ödeme güçlüğüne düşmesine imkân vermemek olarak gösterilmektedir<sup>128</sup>.

9. HD 28.4.2005 gün 2004/24398 E., 2005/ 14779 K. ve Yargıtay 9. HD 9.12.2004 gün 2004/11620 E., 2004/27020 K.). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, Yargıtay'ın yapılmasını öngördüğü indirimi çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir. Bir başka anlatımla, örneğin günde üç saat fazla çalışma yerine iki saat fazla çalışmanın yapıldığının kabulünün hakkaniyete uygun olacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Fazla çalışma ücretinden indirim takdiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir, Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime, gidilmemektedir.”, Y9HD., 21.3.2008, 939/5619, www.kazanci.com (27.12.2011). “Davacı gazetecinin çalıştığı yaklaşık son beş yıl için fazla çalışma ücreti ile bayram ve genel tatil ücretleri hesaplanmış, mahkemece takdiri indirim yapılmak suretiyle anılan istekler yönünden hüküm kurulmuştur. Söz konusu alacakların gününde ödenmemesi sebebiyle günlük yüzde beş fazlası da bilirkişi tarafından belirlenmiş, mahkemece % 75 oranında indirim yapıldıktan sonra fazla çalışma % 5 fazlası olarak 78.678.278.210.-TL. bayram ve genel tatil ücretleri, % 5 fazlası olarak da 12.441.000.206.-TL. hüküm altına alınmıştır.”, Y9HD., 11.1.2005, 14117/458, www.kazanci.com. (24.12.2011); “İşçinin üç yıl gibi uzun bir sürede, her gün fazla mesai yapamayacağı kabul edilerek, hüküm altına alınan fazla mesai alacağından, hakkaniyet indirimi yapılmalıdır”. Y9HD., 15.01.2001, 15370/14, Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, 2000-2005, Ankara 2006, 414; Y9HD., 21.11.2001, 14222/18277, Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, 2000-2005, Ankara 2006, 423. Aynı doğrultuda Y9HD., 4.4.2001, 5645/5468, **Göktaş/Çil**, 330; Y9HD., 16.1.2000, 236/161, **Göktaş/Çil**, 332; Y9HD., 27.5.1986, 3076/5476, **Göktaş/Çil**, 343.

<sup>127</sup> Y9HD., 13.9.2005, 16416/29673, **Akın** Levent, Takdiri İndirimin Fazla Çalışma Alacaklarına ve Gazetecinin Ücretine Etkisi, Prof.Dr.Sarper Sözek'e Armağan, İstanbul 2011, 788. Aynı yönde, “Fazla saatlerde çalışma karşılığı olan asıl alacaklardan yapılan indirim oranında günlük yüzde beş fazla ödeme miktarlarının da indirilmesi gerektiği açıktır. Günlük yüzde beş fazla ödeme miktarları, gerçekleşen ve kabulü gereken asıl alacak miktarlarının gününde ödenmemesinden kaynaklanmış olmakla, günlük yüzde beş fazlasının da doğrudan hüküm altına alınan asıl alacak miktarlarına göre tespiti gerekir. Bundan başka yukarıda sözü edilen gerekçelerle günlük yüzde beş fazla ödeme tutarlarından oransal indirime gidilmelidir. Somut olayda fazla çalışma asıl alacağından ½ oranında indirime gidilmiş, indirimsiz tutara göre hesaplanmış olan günlük yüzde eş fazla ödeme alacağından da ½ indirim yapılmıştır. Bu şekilde asıl alacağa yapılan indirim oranı dışında yüzde beş fazla ödemeye dair alacaklardan indirime gidilmiş değildir. Mahkemece yukarıdaki bent uyarınca fazla çalışma asıl alacağından yapılacak indirimin ardından aynı indirim oranı yüzde beş fazla ödeme alacaklarına uygulanmalı ve bu şekilde asıl alacak tutarına göre hesaplanan günlük yüzde beş fazlası belirlenmelidir. Daha sonra günlük yüzde beş fazla ödeme tutarından oransal indirime gidilerek bir karar verilmelidir.”, Y9HD., 6.11.2012, 16837/36321 (Karar yayınlanmamıştır).

<sup>128</sup> **Akın** bu uygulamayı şöyle eleştirmektedir: “Bizce indirime tabi tutulan asıl alacaklar bir kez daha indirim konusu olmaktadır. Asıl alacak kalemlerinin oluşturduğu yekun, onların geç ödenmesi sebebiyle yüzde beş artışa tabi tutulması ile oluşan miktardan farklıdır. O sebeple asıl alacakların toplamıyla oluşan miktara uygulanan indirim sonrasında mahkeme yapılacak diğer indirim, sadece gecikme nedeniyle oluşan günlük yüzde beş artış oranının oluşturduğu miktara uygulanmalıdır.”, 789, 790.

Yargıtaya göre fazla saatlerde çalışma karşılığı olan asıl alacaktan yapılan indirim oranında günlük yüzde beş fazla ödeme miktarlarının da indirilmesi gerekir<sup>129</sup>. Yüksek Mahkemeye göre fazla çalışmalar ile resmi tatil ücretlerinden indirim oranları birbiriyle uyumlu olmalıdır<sup>130</sup>.

## SONUÇ

Türkiye’de gazetecilerin iş ilişkileri 13.6.1952 tarih ve 5953 sayılı Basın Mesleğine Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Kanununun 1. maddesinde hem Kanunun kapsamı düzenlenmiş hem de gazeteci kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, “Bu Kanun hükümleri Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki “işçi” tanımı dışında kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığında çalışanlara gazeteci denir.”.

Gazeteciler hakkında İş Kanunu hükümlerinin değil, ayrı bir İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasının ana sebebi Basın İş Kanununun genel gerekçesinde açıkça belirtilmiştir: “... kanuni teminata bağlanacak muhtelif nevi fikri çalışma mevzuları arasında, umumi ve sosyal hayatımız içinde ayrı ve bariz bir ehemmiyeti olan basın mensuplarının durumu ön planda ele alınmıştır”.

Gazeteciler açısından fazla çalışma kavramı ise Kanunun ek madde 1’de düzenlenmiştir. Basın İş Kanununda öngörülen gündüz veya gece dönemindeki günlük çalışma sürelerinin üstünde veya ulusal bayram, genel tatiller ve hafta tatilinde gazetecinin çalıştırılması, Basın İş Kanunu hükümlerine göre fazla çalışma olarak tanımlanabilir (BİK.ek.1/2).

Günlük sekiz saat olan çalışma süresinin toplu ya da iş sözleşmesi ile azaltılması halinde fazla çalışma süresinin nasıl belirleneceği hususunda Basın İş Kanununda ve Türk Borçlar Kanununda hüküm yoktur. Bu konudaki boşluğun 4857 sayılı Kanun ile doldurulması gerektiği kanısındayız. Toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmadıkça, gazetecinin sözleşme ile kararlaştırılmış günlük çalışma süresi ile kanuni iş süresi olan sekiz arasında kalan çalışmalarının *fazla sürelerle çalışma* olarak kabul edilmesi gerekir.

<sup>129</sup> “Fazla saatlerde çalışma karşılığı olan asıl alacaklardan yapılan indirim oranında günlük yüzde beş fazla ödeme miktarlarının da indirilmesi gerektiği açıktır. Günlük yüzde beş fazla ödeme miktarları, gerçekleşen ve kabulü gereken asıl alacak miktarlarının gününde ödenmemesinden kaynaklanmış olmakla, günlük yüzde beş fazlasının da doğrudan hüküm altına alınan asıl alacak miktarlarına göre tespiti gerekir. Bundan başka yukarıda sözü edilen gerekçelerle günlük yüzde beş fazla ödeme tutarlarından oransal indirimde gidilmelidir.”, Y9HD., 8.7.2010, 31208/22529, www.kazanci.com (20.2.2012). Aynı doğrultuda, Y9HD., 8.10.2009, 5996/26148, Çil Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (9. Hukuk Dairesi 2008-2009-2010 Yılları), 3.B., Ankara 2011, 803-804.

<sup>130</sup> “Dairemizin uygulamaları dikkate alındığında somut olayda resmi tatile uygulanan indirim oranının fazla çalışma için da tatbiki yerinde olur.”, Y9HD., 3.4.2012, 32080/11118 (Karar yayınlanmamıştır).

Fazla çalışma günde üç saati geçemez (BİK.ek1/son). Gazeteciye günde üç saatin üstünde fazla çalışma yaptırılmışsa, gazeteci fazla çalışmaların tamamı için fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır.

Basın İş Kanununda fazla çalışma için ayrıca işçinin onayı aranmamaktadır. Bununla birlikte TBK.398'e göre, "Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır.". Türk Borçlar Kanunundaki bu düzenlemenin Basın İş Kanunu açısından da uygulanması gerektiği kanısındayım.

4857 sayılı Kanunda yer alan fazla çalışma karşılığı serbest zaman kullanma imkânı Basın İş Kanununda düzenlenmiş değildir. Türk Borçlar Kanununun 402/2. maddesinin gazeteciler için de uygulama alanı bulacağı görüşündeyim. Hükme göre, "İşveren, işçinin rızasıyla fazla çalışma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı olarak izin verebilir."

Fazla çalışmalara ait ücretin, izleyen ayın ücreti ile birlikte ödenmesi gerekir. Fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için *yüzde beş* fazlasıyla ödenir (BİK.ek.1/8). Ancak mahkemenin yüzde beş fazla ödemeye karar verebilmesi için davacı tarafından açıkça talep edilmiş olması gerekir.

Uyuşmazlık halinde fazla çalışma yapıldığının ispat yükü, bunu ileri süren *gazeteci* üzerindedir<sup>131</sup>. Ücretin ödendiği iddiasının da işveren tarafından ispatlanması gerekir. Fazla çalışma yaptığı halde, ücretini almadığını ileri süren gazeteci bunu ispatla yükümlüdür. Gazeteci, fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

<sup>131</sup> "Fazla çalışma yapıldığının ispat yükü işçiye ait olup, işçi tarafından ispatlanamamıştır. Varsayımdan hareketle hesaplama yapan bilirkişi raporuna istinaden, fazla mesai alacağına hüküm altına alınması hatalıdır". Y9HD., 27.02.2001, 19409/3532, Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, 2000-2005, Ankara-2006, 417; "Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının haftalık 15 saatlik fazla mesaisinin 3 saatinin saat 24.00 sonra olduğu ve %100 zamlı ödenmesi gerektiği belirtilerek hesaplama yapılmıştır. Ancak işveren tarafından ibraz edilen son bir aylık puantaj kayıtlarında davacının işyerinde saat 24.00'ten sonra çalışmasının olmadığı anlaşılmaktadır. Kayıt sunulduğunda bunlara değer verilmesi gerekir. Bu nedenle davacının tüm çalışma süresine göre işyerinden puantaj kayıtları istenmeli, bu kayıtlara göre davacının haftalık fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatillerdeki çalışmaları belirlenmeli, hak kazanacağı bu çalışmalara karşılık alacaklar hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır.", Y9HD., 14.4.2008, 14130/8314, www.legalbank.net (27.12.2011); "Fakat her şeye rağmen günde; Basın-İş Kanununun öngördüğü 8 saatin üzerinde çalışan gazeteciler, muhabirler, propagandistler de vardır. Önemli olan yapıldığı zamanla fazla mesainin ispat edilmesidir.", Y9HD., 29.12.1998, 15991/19301, **Göktaş/Çil**, 333; "... işyerinde muhabir olarak çalışan davacının, birkaç şirkette basın danışmanlığının yanında, Gazeteciler Cemiyeti Başkanlığı ile kendisinin kurucuları arasında ye aldığı bir şirkette de faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu faaliyetlerin günün belirli bölümlerini kapsadığı açıktır. Bu çalışmalar göz önüne alındığında davacının davalı işyerinde fazla çalışma yaptığının kabulü mümkün olmamaktadır.", Y9HD., 10.6.1998, 8050/10241, **Göktaş/Çil**, 335.



# YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE İŞ AKDİNİN GEÇERSİZLİĞİ

*(Nullity of the Labour Contract in the Framework of the  
New Obligations Code)*

Sarper SÜZEK\*

## ÖZET

Yeni Türk Borçlar Kanunu iş akdinin geçersizliğine ilişkin özel bir düzenleme içermektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 394/3. maddesi uyarınca; geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca ya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Buna göre, iş akdinin geçersizliğini bilen işçi, geçersiz iş akdine dayanarak herhangi bir hak talep edemez. Ne var ki, bu hüküm kaynak İsviçre Borçlar Kanunu ile uyumlu değildir. Ayrıca, içtihat ve öğreti, işçi bu durumun farkında olsa dahi, iş akdinin geçersizliğinin geçmişe etkili olmadığını kanıslındadır.

**Anahtar kelimeler:** İş akdinin geçersizliği, Türk Borçlar Kanunu, geçmişe etki

## *Abstract*

The new Turkish Code of Obligations includes a specific provision regarding the nullity of the labour contract. By virtue of article 394/3 of the Turkish Code of Obligations, a null and void labour contract produces all the legal effects and consequences of a valid labor contract until the the labour contract comes to an end. Accordingly, an employee who is already aware of the fact that the labour contract is invalide can not claim any rights arising out of the invalide labour contract. Nonetheless, this provision is not in concordance with the Swiss Code of Obligations. Moreover, the Turkish jurisprudence and the doctrine is of the opinion that the nullity has no retrospective effect even if the employee is aware thereof.

**Keywords:** Nullity of the labour contract, Turkish Code of Obligations, Retrospective Effect

---

\* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

## I. TARAFLARIN EHLİYETİ

İş akdinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için her şeyden önce tarafların bu sözleşmeyi yapabilmeye ehil olmaları gerekir. Tarafların ehliyeti konusunda Medeni Kanunun ehliyete ilişkin hükümleri uygulanır (MK. 9-16, 343, 359, 448, 451)<sup>1</sup>. *Fiil ehliyetine* sahip kimseler, kendi fiilleriyle hak edinebilir, borç altına girebilir (MK 9). Ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip, ergin (reşit) ve kısıtlı (mahcur) olmayan kişilerin fiil ehliyeti vardır (MK 10); bu kişiler iş akdi yapabilirler.

İş ilişkilerinde *ayırt etme gücü olmayanlar* adına kanuni temsilcinin iş akdi yapıp yapamayacağı konusunda temsil edilenin kim olduğu önem taşır. Eğer işçi ayırt etme gücüne sahip değilse, kanuni temsilci onun adına geçerli bir iş akdi kuramaz. Çünkü iş ilişkisinde işçinin kişiliği önemlidir ve işin işçi tarafından bizzat ifası gerekir. Buna karşılık, işveren tarafın ayırt etme gücünden yoksunluğu durumunda, örneğin küçüğün (soyut işveren) miras yoluyla işletmenin maliki olması veya işverenin daha sonra akıl hastalığına tutulması gibi hallerde, kanuni temsilci geçerli şekilde iş akdi yapabilir.

*Ayırt etme gücüne sahip* olmakla beraber ergin olmayan (18 yaşını doldurmuş) ve kısıtlı (hacir altına alınmış) kişileri temsilen yasal temsilcileri (veli veya vasi) iş akdi kurabilir (MK 343, 448) veya yasal temsilcilerin rızasıyla kendileri de bu sözleşmeleri yapabilirler. Yasal temsilci bu rızayı sonradan da verebilir (MK 16/1, 343, 451/1). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, ayırt etme gücü olmakla birlikte ergin olmayan küçüğe, çalışmasının karşılığı olarak aylık ücretleri ile izin ücretinin ödenmeyeceğine hükmeden iş mahkemesi kararını, velisinin izniyle çalışmaya başlaması nedeniyle MK 359 uyarınca bozmuştur<sup>2</sup>.

*Evlî kadın* (veya) koca meslek veya iş seçiminde eşinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, eşlerden her birinin meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur (MK 192).

İşverenin *tüzel kişi* olması halinde iş akdi tüzel kişinin yetkili organı (somut işveren) tarafından yapılır (MK 50). İşveren tüzel veya gerçek kişi olsun, iş akdi yapma yetkisi kendisine verilmiş olan işveren vekili işvereni temsilen sözleşme yapabilir. İşveren vekilinin yetkisi kendisine verilen görev ve yetki alanı ile sınırlı olduğundan, işçi ile iş akdi kurulabilmesi için bu yönde bir yetkiye sahip bulunması gerekir. Bununla beraber, işveren vekili tarafından gerçekleştirilen yetkisiz temsile işverence sonradan icazet verilmesine bir engel yoktur (TBK 46/1)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Bkz. S. Süzek, *İş Hukuku*, B.8., İstanbul 2012, 311-312. E. *Akyiğit*, *İş Kanunu Şerhi*, C.I, 438 vd. H. *Mollamahmutoglu-M. Astarlı*, *İş Hukuku*, B.4, 421 vd.

<sup>2</sup> Y9HD, 12.2.2002, 17321/2667, Mollamahmutoglu-Astarlı, 423, dn. 520.

<sup>3</sup> S. Süzek, *İş Akdinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık*, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar*, 1, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2012, 63. Ayrıca geniş bilgi için bkz. N. *Kocayusufoğlu*, *Borçlar Hukukuna Giriş*, *Hukuki İşlem, Sözleşme*, C.I., B.5, İstanbul 2010, 629-630, 719 vd.

## II. İŞ AKDİNİN ŞEKLİ

### 1. Şekil Serbestisi ve Sınırları

İş Kanununa göre iş akdi kural olarak herhangi bir *şekle bağlı olmaksızın*, sözlü, yazılı ve hatta örtülü biçimde kurulabilir. Adı geçen yasanın 8. maddesinin 1. fıkrasına (TBK 394/1) göre “İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir”. Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bir kimse durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığı yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş işveren tarafından kabul edilirse, aralarında iş akdi (hizmet sözleşmesi) kurulmuş sayılır.

Buna karşılık İş Kanununun 8. maddesinin 2. fıkrası gereğince “Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu belgeler damga resmi ve her çeşit resim ve harçtan muaftır”. Görüldüğü gibi, her ne kadar İş Kanununa göre iş akitleri kural olarak şekle bağlı değilse de, adı geçen yasa gereğince ancak sınırlı hallerde kurulabilen (İK 11) ve *bir yıl ve daha fazla süreli olan belirli süreli* sözleşmelerin yazılı yapılması gerekir. Belirtelim ki, tarafların yasa uyarınca belirli süreli yapılması zorunlu olmayan bir sözleşmeyi yani belirsiz süreli veya bir yıldan daha kısa süreli bir iş akdini yazılı olarak yapmalarına bir engel yoktur.

Yasada, yazılı iş akdi yapılmayan hallerde işverenin işçiye genel ve özel çalışma koşullarını gösteren bir belge verme yükümlülüğü getirilmiştir. İş Kanununun 8. maddesinin son fıkrasına göre “Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur”<sup>4</sup>.

İş Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrasında ise iş akdinin şekli konusunda yukarıda belirtilen İK 8/2 hükmü ile açıkça çelişen bir hüküm öngörülmüştür. Bilim kurulu taslağında yer almamasına karşın TBMM’de yapılan değişikliklerle, İK 11/1’de süresine bakılmaksızın *tüm belirli süreli iş akitlerinin* yazılı şekilde yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Başka bir deyişle, İK 11/1 uyarınca örneğin altı aylık bir belirli süreli sözleşmenin de yazılı olarak kurulması zorunlu tutulacaktır ki, böyle bir sonuç İK 8/2 hükmü ile çelişmektedir.

<sup>4</sup> Avrupa Birliğinin 91/533 sayılı çalışma koşulları hakkında işçiyi bilgilendirme yönergesi ve İK 8/ son uyarınca işverenin yazılı belge verme yükümlülüğü konusunda geniş bilgi için bkz. A. Güzel-D. Ugan-E. Ertan, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, İzmir 2007, 63 vd., E. İren, Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu, Ankara 2008, 79 vd.

Eğer, İş Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrasında öngörüldüğü şekilde, tüm belirli süreli iş akitlerinin süresine bakılmaksızın yazılı yapılması gerektiği kabul edilirse, bu sözleşmenin şeklini düzenleyen 8. maddede yer alan, süresi bir yıl daha ve daha fazla olan sözleşmelerin yazılı yapılması zorunluluğu getiren ve süresi bir ay geçmeyen belirli süreli iş akitlerinde yazılı belge verme zorunluluğunun uygulanmayacağını öngören düzenlemeler anlamsız hale gelecektir. Yasa koyucunun anlamı olmayan böyle düzenlemeler getirmesinin kabulü mümkün olmayacağına göre İK 11/1'deki hükmü, "Tanım ve şekil" başlığını taşıması nedeniyle şekle ilişkin özel düzenlemeyi öngören 8. madde çerçevesinde yorumlamak suretiyle, sadece süresi bir yıl ve daha fazla olan iş akitlerinin yazılı şekilde yapılması gerektiği sonucuna varılmalıdır<sup>5</sup>.

Ayrıca belirtelim ki, yasa aynı konudaki bir sorunu farklı bir biçimde çözümlen iki açık çelişik hükmü kapsıyorsa, mevcut bir hüküm yasadaki başka bir hükümle açıkça çatışıyorsa bir *çatışma boşluğu* ortaya çıkar ve yargıcın bu boşluğu hukuk yaratmak suretiyle doldurması gerekir<sup>6</sup>. Yargı organının bu boşluğu doldururken iş akdinin şeklini düzenleyen İK 8/2'yi esas alması uygun olacaktır. Bununla beraber, kanımıza göre bu çelişik durumu gidermek için yapılacak yasa değişikliğiyle sadece süresi bir yıl ve daha fazla olan iş akitlerinin yazılı şekilde yapılacağı öngörülmelidir.

İş Kanununda ve diğer yasalarda iş akitlerinin yazılı şekilde yapılmasını öngören düzenlemeler yer almıştır. İş Kanununun 16. maddesinin 2. fıkrasına göre süresi ne olursa olsun takım sözleşmelerinin yazılı yapılması gerekir. Aynı şekilde, çağrı üzerine çalışmayı konu alan sözleşmeler de yazılı olarak kurulacaktır (İK 14/1). Bunun gibi, Deniz İş Kanunu (m.5) ve Basın İş Kanununda (m.4) iş akitlerinin yazılı yapılması öngörülmüştür. İş akdinin yazılı yapılmasını zorunlu tutan bir diğer yasa da 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunudur (m.9/1).

## 2. Yazılı Şekle Aykırılığın Hukuki Sonucu

İş yasalarının iş akdinin yazılı yapılmasını zorunlu kıldığı hallerde, bu şekil koşuluna uyulmamasının hukuki sonucu tartışmalıdır. Yargıtay<sup>7</sup> ve iş hukuku öğre-

<sup>5</sup> N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, B.23, İstanbul 2010, 88. Süzek, Akdin Kurulması, 64. *Akyiğit*, I, 474. D. Ulucan, 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2003, 46-47. A.N. Aktay-K. Arıcı- E.T.S. Kaplan, İş Hukuku, B.3, Ankara 2009, 53. E. Güven-U. Aydın, Bireysel İş Hukuku, B.2, Eskişehir 2007, 73.

<sup>6</sup> H. Descheneaux, Le titre préliminaire de code civil, T.II.1, Fribourg 1969, 95. M.K. Oğuzman-N. Barlas, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, B.11, İstanbul 2004, 72. S. Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, B.2, Ankara 1983, 125. S. Süzek, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi, 1998, İstanbul 2000, 78. M. Ekonomi, 4847 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Şekil Yönünden Hukuka Uygunluğu, x (11/1), İHSGHD, 15, 2007, 895-896.

<sup>7</sup> Y9HD, 28.5.1985, 2971/5867, Tühis, Ocak 1986, 15-16. YHGK, 19.3.1986, 9-555/251, YKD, Ocak 1988, 11-12. Y9HD, 7.5.2009, 41218/12877, M. Kılıçoğlu, İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 2009 134-135.



tisinin bir bölümü<sup>8</sup> tarafından kabul edilen görüşe göre bu sözleşmelerde yazılı şekil bir *ispat koşuludur*. Bu görüşü savunanlar, şekil koşulunun işçiyi korumak amacıyla getirildiğini, geçersizlik yaptırımının kabul edilmesi halinde iş akdinin baştan itibaren taraflar arasında hüküm ifade etmeyeceğini, bunun işçiyi bazı haklarından yoksun bırakmak sonucunu doğuracağını ve iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına aykırı düşeceğini ileri sürmektedir.

İş hukuku öğretisinde bizim de katıldığımızı diğer görüş ise iş akdinde yazılı şekle aykırılığın *geçersizlik* sonucunu yaratacağı yönündedir<sup>9</sup>. Gerçekten Türk Borçlar Kanununun 12. maddesinin 2. fıkrasında yer alan genel hüküm gereğince yasanın öngördüğü şekil koşulu kural olarak bir geçerlilik koşuludur<sup>10</sup>.

Şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik yaptırımının baştan itibaren hüküm ifade etmesi nedeniyle iş hukukunun koruyucu amacına aykırı düşeceği görüşü güçlü sayılmaz. Çünkü, iş akdinde geçersizlik yaptırımı geçmişe etkili olmayıp ancak ileriye dönük hüküm ve sonuç yaratır (TBK 394/2). İşçinin geçmişe ilişkin haklarının düşmesine neden olmaz.

Öğretide bu konuda ileri sürülen farklı görüşe göre, yazılı şekle aykırı davranışın yaptırımı *belirli süreli iş akdinin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi* olmalıdır. Başka bir anlatımla, belirli süreli iş akdinin kurulmasında objektif koşulların yokluğu halinde İK 11'de öngörülen belirsiz süreliye dönüşme sonucunun, yazılı şekil şartına uyulmama haline de uygulanması gerekir<sup>11</sup>. Avrupa Birliği ülkelerinin birçoğunda da benimsenmiş olan bu çözüm tarzı işçiyi şekil şartlarına karşı korumanın en uygun yoludur<sup>12</sup>. Ne var ki Türk Borçlar Kanununun 12/2. maddesi hükmünün açıklığı karşısında hukukumuz açısından bu görüşe katılmak güçtür. Bu nedenle,

<sup>8</sup> S. Selçuki, İlmî-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, B.3, İstanbul 1973 185. T. Uygur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 1980, 20-21. Ö. Eyrenci-S. Taşkent-D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, B.4., İstanbul 2010, 66. E. Akyiğit, İş Hukuku, B. 8, Ankara 2010, 98. G. Alpagut, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek, Ocak 2004, 86-87.

<sup>9</sup> F.H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 474. T. Esener, İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978, 150. K. Tunçomağ, İş Hukuku, C. I., Ferdi İş Hukuku, B.3., İstanbul 1987, 92. Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, B.3, İzmir 1998, 154-155. Süzek, Akdin Kurulması, 65. H. Hatemi-R. Serozan- A. Arpacı, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, 310. S. Başterzi, Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 180. Y. Bozkurt Gümrükçüoğlu, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul.

<sup>10</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kocayusuflupaşaoğlu, 307 vd. Aynı yönde bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararı için bkz. 30.9.1988, 2/2, Kocayusuflupaşaoğlu, 311.

<sup>11</sup> Ekonomi, Şekle Uygunluk, 904. Alpagut, 4857 Sayılı Yasa, 87. A. Güzel-E. Özkaraca-D. Ugan, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 547.

<sup>12</sup> AB ülkelerinde bu yöndeki düzenlemeler için bkz. Ekonomi, Şekle Uygunluk, 905. G. Alpagut, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998, 142, 144, 146-148. Güzel-Özkaraca-Ugan, 548-549.

yapılacak kanun bakımından yazılı şekle aykırı iş akitlerinin belirsiz süreliye dönüş-tüğünü kabul etmek uygun olacaktır.

### 3. Şekil Noksanını İleri Sürme Hakkının Kötüye Kullanılması

Şekle ilişkin kuraldan, hükmün amacı dışında, objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak yararlanılmak istendiği hallerde, şekil noksanına dayanarak iş akdinin hükümsüzlüğünü ileri sürmek hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bu durumda iş akdi baştan itibaren geçerliymiş gibi hukuki sonuçlar doğar<sup>13</sup>.

Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında bu konuda şu ifadelere yer vermiş-tir: “Gerçekten de hukukun her alanda uygulanma niteliğine sahip olan hakkın kö-tüye kullanılması yasağı kuralının şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil ettiği, buyurucu niteliği hâkim tarafından re’sen gözetilmesi gerektiği bugün İsviçre-Türk öğretisi ve uygulamasında tartışmasız olarak kabul edilmektedir”<sup>14</sup>. Bununla beraber yine yüksek mahkemeye göre geçersizliği bu şekilde etkisiz bırak-makta titiz davranılmalı, “her somut olayda...hal ve şartlara bakılmalı ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin adalet duygularını rahatsız edici çok açık unsurların varlığı esas alınmalı, tarafların sözleşme yapılırken ve daha sonraki davranış ve tu-tumları da dâhil olmak üzere tüm özellikleri göz ardı edilmemelidir”<sup>15</sup>.

Yüksek mahkemenin bu içtihadı *amaca uygun sınırlama* (teleolojik redüksiyon) yöntemiyle<sup>16</sup> açıklanabilir. Bu yönteme göre aşırı ölçüde geniş tutulmuş bir kuralın (şekil noksanı nedeniyle iş akdinin geçersizliği) somut bir olaya uygulanma-sı açık adaletsiz sonuçlar doğuruyor, yasanın korumayı amaçladığı kişinin aleyhine sonuçlar yaratıyorsa, yargı organı geniş tutulmuş bu kuralı bir istisnai kuralla (hak-kın kötüye kullanılması) sınırlayabilir.

MK 2/2'nin uygulanması yani hakkın kötüye kullanılmasına dayanarak söz-leşmenin geçerlilik kazanması sadece *mağdur* (haksızlığa uğramış) *taraf* (örneğin şeklin gerekli olmadığı hususunda işçiyi aldatarak şekil noksanına yol açan işverenin geçersizliği ileri sürmesine karşı işçi) yararına söz konusu olabilecektir. Bu durumda mağdur taraf olan işçi dilerse iş akdinin geçersizliğine dayanarak ifadan kaçınabile-cek dilerse şekil noksanını ileri sürme hakkının kötüye kullanıldığını ileri sürerek sözleşmesinin geçerli olduğunu ve ifasını isteyebilecektir<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> H. Tandoğan, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Genève 1952, 22. M.K. Oğuzman-M.T. Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.8., İstanbul 2010, 128 vd. A.M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 10, Ankara 2008, 98 vd. *Kocayusuşpaşaoğlu*, 312 vd. özellikle 324 vd.

<sup>14</sup> YİBK, 30.9.1988, 2/2, *Kocayusuşpaşaoğlu*, 324 dn. 9.

<sup>15</sup> Y13HD, 2.12.1991, 7217/10901, YKD, Şubat 1992, 239.

<sup>16</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, 324. R. Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2004, 118-120, 131. H. Hatemi, Medeni Hukuka Giriş, B.3, İstanbul 2004, 103 vd. Ç. Kırcı, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, AÜHF, 2001, S.1, 98 vd., 102 vd.

<sup>17</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, 325.

### **III. İŞ AKDİNİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI**

#### **1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü İlkesi**

Anayasanın 48. maddesinde “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir” denilmek suretiyle sözleşme serbestisi anayasal güvence altına alınmıştır. Bu anayasal esas ve borçlar hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğü ilkesi (TBK 26) iş hukukunda da geçerlidir. İşçiler ve işverenler kural olarak iş akdi yapma yapmama, bu sözleşmeyi diledikleri kişi ile kurma ve ihtiyaçlarını uygun türde düzenleyebilme (İK 9/1) hakkına sahiptirler. Ancak, iş hukukunda iş akdini kurma özgürlüğü bu hukuk dalının sosyal amacına uygun olarak, işçileri koruma kaygısıyla önemli sınırlara tabi tutulmuştur.

#### **2. İş Akdi Yapma Yasakları**

Anayasanın 50. maddesinin 1. fıkrasına göre “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”. Anayasanın bu hükmüne uygun olarak iş mevzuatında işçinin yaş küçüklüğü, cinsiyeti ve sağlık durumuna göre iş akdinin yapılmasına bazı sınırlamalar getirilmiştir.

##### **a) Yaş Küçüklüğü**

İş Kanununun 71. maddesine göre on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimini tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilir. Bunun gibi, ağır tehlikeli işlerde onaltı yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler ve çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçilerle iş akdi kurulamaz (İK 85/1). Onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceği Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde gösterilmiştir (İK 85/2). Ayrıca, yeraltında ve su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerle iş akdi yapılması yasaktır (İK 72).

##### **b) Cinsiyet**

Kadınların çalıştırılmayacağı ağır ve tehlikeli işler de Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde belirtilmiştir (İK 85/2). Aynı şekilde, yeraltında ve su altında yapılan işlerde kadın işçilerle iş akdi kurulamaz (İK 72).

##### **c) Sağlık Durumu**

İş Kanununun 87. maddesi uyarınca ondört yaşından onsekiz yaşına kadar (onsekiz dahil) çocuk ve genç işçilerin işe alınmadan önce ve altı ayda bir sağlık

muayenesinden geçirilmesi zorunludur. Bu işçilerin beden yapıları dayanıklı değilse iş akitlerinin yapılması mümkün değildir. Öte yandan, ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak tüm işçiler de işe girişlerinde ve işin devamı süresince en az yılda bir bu işlere elverişli oldukları yönünde verilmiş muayene raporu olmadıkça bu işlerde çalıştırılmazlar (İK 86).

#### d) Yabancılık

27.2.2003 tarihli ve 4857 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun<sup>18</sup> 4. maddesine göre “Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, yabancıların Türkiye’de bağımlı veya bağımsız çalışmaya başlamadan önce izin almaları gerekir”. Türkiye’de çalışan yabancıların her türlü çalışma izinlerinin verilmesi, sınırlandırılması, iptali, çalışma izninden muaf tutulacak yabancılar ile bildirim yükümlülüklerinin nasıl yerine getirileceğine ilişkin usul ve esaslar bu yasa yanında 6.9.2003 tarihinde yürürlüğe giren Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun Uygulama Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

Her ne kadar 4817 sayılı yasa ile Türkiye’de yabancıların çalışma özgürlüğü bir ölçüde genişletilmişse de, diğer yasalarda yer alan *yabancıların çalışmayacağı iş ve mesleklere* dair hükümler saklı tutulmuştur. Örneğin avukatlık, eczacılık, veterinerlik, noterlik, kaptanlık, çıraklık, gazete ve dergilerin sorumlu yazı işleri müdürlüğü, borsa komisyonculuğu gibi mesleklere yabancıların çalışmasına özel yasalarında getirilmiş yasaklar bulunmaktadır<sup>19</sup>.

qTürkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe *sürelili çalışma izni*, iş piyasasındaki durum, çalışma yaşamındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ekonomik konjonktür değişiklikleri dikkate alınarak yabancıların ikamet izninin süresi ile iş akdinin süresine göre, belirli bir işyeri ya da işletmede ve belirli bir meslekte çalışmak üzere en çok bir yıl geçerli olmak üzere verilir. Bir yıllık çalışma süresinden sonra, aynı işyeri veya işletme ve aynı meslekte çalışmak üzere çalışma izninin süresi üç yıla kadar uzatılabilir. Üç yıllık çalışma süresinin sonunda ise, aynı meslekte ve dilediği işverenin yanında çalışmak üzere, çalışma izninin süresinin altı yıla kadar uzatılması mümkündür (YÇİHK 5).

Buna karşılık, Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, Türkiye’de en az sekiz yıl yasal olarak ve kesintisiz ikamet eden ya da toplam altı yıllık yasal çalışması olan yabancılarla, iş piyasasındaki durum ve ça-

<sup>18</sup> Bu yasa hakkında geniş bilgi için bkz. M. Alp, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, AÜHFD, 2004, S.2, s. 33 vd.. H. Ergin, Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi, İHSGHD, 16, 2007, 1359 vd. G.B. Yıldız, Foreign workers in Turkey, their rights and obligations regulated in Turkish labour law, European Journal of Migration Law, 9, 2007, 207 vd. O.E.Civan-A.Gökalp, Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmenlerin İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği, ÇT, 28, 211/1, 240 vd.

<sup>19</sup> Bu konuda bkz. Alp, 36-38, 56.

İşma yaşamındaki gelişmeler dikkate alınmaksızın ve belirli işletme, meslek, mülki ve coğrafi alanla sınırlandırılmaksızın *süresiz çalışma izni* verilir (YÇİHK 6). Hükümden anlaşılacağı üzere süresiz çalışma izni, bir yabancının iş piyasasında Türk çalışanlar ile hukuken aynı statüyü kazanması anlamına gelmektedir. Ancak özel yasalarda yabancılara yasaklanan meslekler süresi çalışma izni ile de yapılamayacaktır. Öte yandan, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun 2. maddesine göre, belirli koşulları taşıyan yabancılar çalışma izninden *muaf tutulmuşlardır*<sup>20</sup>.

Yabancılara çalışabilecekleri meslek, sanat veya işlerle ilgili çalışma izinleri, ilgili mercilerin mesleki yeterlilik dahil görüşleri alınmak suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilir (YHÇİK 13-16). Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının çalışma izni verilmesi veya uzatılması taleplerinin reddedilmesinin ya da çalışma izninin iptal edilmesi veya geçerliliğinin kaybedilmesine ilişkin kararlarına karşı ilgililer tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde bakanlığa *itiraz* edebilirler. Bakanlıkça itirazın reddedilmesi halinde idari yargı yoluna başvurulabilir (YÇİHK 17)<sup>21</sup>.

Çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran işveren veya işveren vekillerine her bir yabancı için beş bin Türk lirası idari para cezası verilir. Çalışma izni olmaksızın bağımlı çalışan yabancıya beşyüz Türk lirası idari para cezası verilir. Bu fiillerin tekrarı halinde idari para cezaları bir kat arttırılarak uygulanır (YÇİHK 21).

#### IV. İŞ AKDİNİN GEÇERSİZLİĞİ (KESİN HÜKÜMSÜZLÜK)

##### 1. Genel Olarak Geçersizlik

İş akdinin kurucu unsurlarını oluşturan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması halinde sözleşme hukuken varlık kazanamaz, *yokluk* söz konusudur.

Türk Borçlar Kanununun 26. maddesinde sözleşme özgürlüğü düzenlenmiştir. Bu hükme göre “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”. Yokluktan farklı olarak kurucu unsurların mevcut olması nedeniyle işlemin meydana gelmesi ancak Türk Borçlar Kanununda belirtilen sözleşme özgürlüğünün sınırlarına aykırılığı nedeniyle iş akdinin hüküm ve sonuç doğurmaması halinde geçersizlik (kesin hüküm-butlan) söz konusudur. Diğer sözleşmeler gibi iş akdi yapma özgürlüğünün sınırları Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 1. fıkrasında öngörülmüştür. Adı geçen fıkra uyarınca “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”.

Bu hükme göre iş akdinin geçersizliği üç nedene dayanır. Bunlardan birincisi hukuka aykırılıktır ve emredici hukuk kurallarına, yasanın yasaklayıcı hükümlerine

<sup>20</sup> Bu durumlar hakkında geniş bilgi için bkz. *Alp*, 42-52. *Süzek*, Akdin Kurulması, 70-71.

<sup>21</sup> Bu konuda bkz. *Süzek*, Akdin Kurulması, 70-71. *Alp*, 40, 56-57.

rine, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık halleri bu kategori içinde yer alır. İkincisi, ahlaka aykırılıktır ve üçüncüsü ise iş akdinin kurulduğu anda mevcut olan sözleşmenin konusundaki imkânsızlıktır. Ayrıca belirtelim ki, ayırt etme gücünden (temyiz kudretinden) yoksun olanların yaptığı veya şekil noksanlığı bulunan işlemler de geçersizdir.

## 2. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, hukuk düzeninde yer alan objektif nitelikteki kurallara aykırılıktır. Hukuka aykırılık kategorisi içinde yer alan *emredici hükümler*, taraf iradeleriyle aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan, mutlaka uygulanması gereken normlardır<sup>22</sup>. İş mevzuatında mutlak emredici hükümlerin yanında işçi aleyhine aksi kararlaştırılmayan nispi emredici hükümler de yer alır<sup>23</sup>.

Geniş anlamda emredici hükümler kavramı içinde yer aldığı kabul edilen *yasaklayıcı hükümleri* kişinin irade özerkliği daha baştan yasaklayıcı bir yasa hükmü ile sınırlandıran kurallardır<sup>24</sup>. Yasa koyucu hukuka aykırı bir işleme (sözleşmeye) geçersizlik yanında bir idari yaptırım (para cezası) veya ceza yaptırımını öngörmüş olabilir. Bu yasaklayıcı hükümlere kural olarak hem geçersizlik yaptırımını hem de idari veya cezai yaptırımlar birlikte uygulanır<sup>25</sup>. Eğer bir *düzen hükmü* (inzibati hüküm) söz konusu ise, kanuni yasaklara aykırılık halinde yapılan hukuki işlem veya iş akdi geçerliliğini koruyabilir, hükmü ihlal edenler sadece idari veya cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalırlar.

Yasaklayıcı kurallara tek başına idari ve cezai yaptırımların mı uygulanacağı yoksa buna ek olarak aynı zamanda iş akdinin geçersiz mi sayılacağı hükmün anlam ve amacına göre belirlenecektir. Yasaklayıcı kuralın izlediği amacın gerçekleşmesi ancak buna ters düşen işlemin (iş akdinin) geçersiz sayılması ile sağlanabiliyorsa işlem aynı zamanda geçersiz sayılacak; aksi takdirde sadece kamusal yaptırımlar gündeme gelecektir<sup>26</sup>.

Bu açıdan yasaklayıcı hükmün *iş akdinin içeriğine* ilişkin olup olmadığı önem taşır. Bu hüküm sözleşmenin içeriğine ilişkin ise kural olarak geçersizlik yaptırımını da devreye girecektir. Buna karşılık iş akdinin içeriği ile ilgili olmayan yasaklayıcı

<sup>22</sup> Emredici hükümler konusunda geniş bilgi için bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, 534 vd. K. *Doğan Yenisey*, İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I., İstanbul 2011, 40 vd., 46 vd.

<sup>23</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Süzek*, İş Hukuku, B.8, 30 vd. *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 40 vd., 52 vd.

<sup>24</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, 536-537.

<sup>25</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, 538. Yasaklayıcı yaptırımların en büyük kaynağının kamusal nitelikte olmasına karşın bunların özel hukuk kökenli yasaklayıcı hükümler de olabileceği konusunda bkz. aynı yer, dn. 43.

<sup>26</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, 539 ve dn.42'de yollama yapılan İsviçre öğretisi. Aynı yönde çok sayıda Federal Mahkeme kararına örnek olarak bkz. BGE, 102, II, 404; 123, II, 299, aynı yer, dn. 42.

hükümlerde sözleşmenin konusunda hukuka aykırılık olmadığından, yasaklayıcı hükmün anlam ve amacı değerlendirilmek suretiyle iş aklının geçersiz olup olmadığı kararlaştırılacaktır.

Örneğin, Çalışma Bakanlığında çalışma izni alınmaksızın yabancı çalıştırılması halinde kural olarak iş aklının içeriğinde hukuka aykırı bir yön yoktur; yasaklayıcı hüküm taraflardan birinin sözleşmenin tarafını olmasını engellemektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, bu durumda idari yaptırımlar saklı kalmak koşuluyla iş aklının geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Ancak, yüksek mahkemeye göre daha ağır basan bir *kamu yararının* bulunduğu hallerde sözleşmenin hükümsüz sayılması gerekir<sup>27</sup>. Buna karşılık, Alman hukukunda her ne kadar çalışma izni gerekliliği başlangıçta iş akdi yapılmasına bir engel oluşturmazsa da, eğer çalışma izni verilmezse iş akdi baştan itibaren geçersiz sayılır<sup>28</sup>.

Soruna hukukumuz açısından yaklaşıldığında, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında izin almaksızın kurulan (m.4) iş akitleri kanımıza göre geçersizdir. Yukarıda da görüldüğü gibi, iş aklının içeriği ile ilgili olmayan, sadece idari para cezası getirilmiş olan yasaklayıcı bir hükmün iş aklını geçersiz kılıp kılmayacağı hükmün amacına ve bu konuda bir kamu yararının bulunup bulunmadığına bakılarak belirlenecektir. Normun izlediği amacın gerçekleşmesi ancak buna ters düşen iş aklının geçersiz olması ile sağlanabiliyorsa, sözleşmenin hükümsüzlüğüne hükmetmek gerekir. Anılan yasaya göre, çalışma izni ülke menfaatleri (m.4/2), iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişiklikleri (m.5/1) dikkate alınarak verilebileceğine veya uzatılabileceğine göre, yasaklayıcı hükmün amacı, olayda belirtilen nedenlerle kamu yararının bulunması, ülkemizin işsizlik ve istihdam gerekleri göz önünde tutulduğunda, çalışma izni alınmaksızın kurulan iş akitlerinin -uygulanacak idari yaptırımların yanında- geçersiz sayılmasını da gerektirir<sup>29</sup>.

Türk Borçlar Kanununun 27. maddesi uyarınca iş aklının geçersizliğine yol açan *kamu düzeni*<sup>30</sup> öğretide sınırları tam olarak çizilemeyen tartışmalı bir kavramdır. Kamu düzeninin kesin olarak tanımlanamamasının nedeni, onun içinde bulunan ülkeye, hukuk düzenine, zamana göre değişiklik<sup>31</sup> ve sürekli gelişme gösteren

<sup>27</sup> BGE, 114, II. 279, BGE, 117, II, 287, *Kocayusuşpaşaoğlu*, 540-541 vd dn. 47.

<sup>28</sup> H. Ergin, Yabancı İşçinin Çalışma İzni Alamamasının İş Sözleşmesine Etkisi, Karar İncelemesi, YKİ, 4, 2007, 232 vd. ve orada yollama yapılan Alman öğretisi.

<sup>29</sup> Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 26.9.2006, 20061, 20061/24888 ve Ergin'in incelemesi, Yabancı İşçi, 215-244.

<sup>30</sup> Kamu düzeni konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 34 vd., 52 vd., 62 vd.

<sup>31</sup> Kamu düzeni kavramının ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmesi gerektiğine ilişkin bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. YHGK, 12.2.1990, 3-527/627, YKD, Mart 1991, 327.

bir yapıya sahip olmasıdır. Bununla beraber kamu düzeninin, toplumun temel yapısı ve temel çıkarları ile hukuk düzeninin özünde yer alan değer ve düzen ilkelelerinin tümünün korunmasını amaçladığı söylenebilir<sup>32</sup>. Kamu düzenini korumak için öngörülmüş kurallar kamu hukukuna veya özel hukuka ilişkin olabileceği gibi herhangi bir yasa hükmü söz konusu olmaksızın dahi kamu düzeni ihlal edilmiş olabilir<sup>33</sup>.

Bu görüşün uzantısında işaret edelim ki, “emredici hüküm” ile “kamu düzenine ilişkin hüküm” kavramları eş anlamlı değildir. TBK 27/1’de emredici hükümler yanında kamu düzenine aykırılığın ayrıca belirtilmesi, bunun başlı başına ayrı ve bağımsız bir geçerlilik nedeni olduğunu kanıtlar. Emredici hükümlerin tamamının kamu düzeni normu niteliğini taşıdığını söyleyebilmek mümkün değildir; kamu düzeniyle ilgili olmaksızın örneğin kişilik haklarını korumak için öngörülmüş emredici hükümler de vardır<sup>34</sup>.

*Kişilik haklarını* korumayı amaçlayan kurallar da emredici niteliktedir ve bu kurallara aykırı iş akitleri geçersizdir (MK 23/2, TBK 27/1). Kişilik haklarına aykırılık halinde çoğu kez ahlaka aykırılık da söz konusu olur<sup>35</sup>. Medeni Kanununun 23. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz”. MK 23/2 işçinin de kendi rızası ile yaptığı iş akdiyle işverenin saldırısına karşı kişilik haklarını korumayı amaçlamaktadır. İş mevzuatının değişik hükümlerinde düzenlenmiş bulunan işçinin kişilik haklarını burada eksiksiz saymak mümkün değildir. Bununla beraber, işçinin kişiliğinin korunması, yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve haysiyetinin (onurunun), kişisel ve mesleki saygınlığının, özel yaşam alanının, ahlaki değerlerinin ve genel olarak özgürlüğünün korunmasını içerir<sup>36</sup>.

### 3. Ahlaka Aykırılık

Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 1. fıkrasına göre ahlaka aykırı iş akitleri geçersizdir. Burada söz konusu olan topluma mal olmuş genel ahlak kural-

<sup>32</sup> Bu tanım ve kamu düzenine ilişkin diğer tanımlar için bkz. *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 37-38. *Kocayusuşpaşaoğlu*, 544 vd. *Oğuzman-Öz*, 73. Bu konuda Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları için bkz. AYM, 28.1.1964, 128/8, RG, 17.4.1964, *Kocayusuşpaşaoğlu*, 545 ve dn. 60 YHGK, 12.2.1990, 3-527/627, Mart 1991, 326-327, YHGK, 6.5.1998, 12-187, YKD, Eylül 1998, 1273, *Kocayusuşpaşaoğlu*, 545 ve dn. 61.

<sup>33</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, 543, 547 vd. *Oğuzman-Öz*, 73, *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 36-37. Y.M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, B.2., Ankara 2001, 184. Buna karşılık yazılı hukuk kuralları dışında kamu düzeni kuralları olamayacağını savunan görüş için bkz. H. *Hatemi*, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, 39 vd. F. Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.12, İstanbul 2010, 288.

<sup>34</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, 547. *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 36-37, 40.

<sup>35</sup> *Oğuzman-Öz*, 73-74.

<sup>36</sup> Bkz. *Süzek*, İş Hukuku, B.4, 346-347 ve orada yollama yapılan yazarlar.



larıdır<sup>37</sup>. İş akdinde ahlaka aykırılık üç şekilde ortaya çıkabilir. Bunlar, doğrudan doğruya böyle bir sözleşmenin yapılmasının veya sözleşmede vaat edilen edimin ya da sözleşme ile izlenen amacın ahlaka aykırı olmasıdır<sup>38</sup>.

İşçinin kişisel ve iktisadi özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayan, onu işverenin keyfi davranışlarına tabi kılan sözleşmeler hükümsüzdür<sup>39</sup>. Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ifade edildiği gibi “bireylerin kişiliklerini, ekonomik varlıklarının temellerini, ahlaki anlayışlarla bağdaşmayacak bir biçimde fiziki, ahlaki, ekonomik bakımdan tehlikeye sokan sınırlamalar aşırı olup, bu sınırlamaları öngören sözleşmeler geçersiz sayılırlar”<sup>40</sup>. Belirtelim ki, ahlaka aykırılık sayılan hallerin büyük bir bölümü esasen değişik işçiyi koruyucu emredici hükümlerle iş mevzuatında düzenlenmiş ve yaptırımı bağlanmıştı. Bu gibi durumlarda söz konusu iş akitleri emredici kurallara aykırılık nedeniyle hükümsüzdürler.

#### 4. İmkânsızlık

İş aklının konusunun sözleşmenin yapıldığı sırada imkânsız bulunması da sözleşmeyi geçersiz kılar. Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesinin 1. fıkrasına göre “konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”. Bu imkânsızlık fiili olabileceği gibi hukuki de olabilir<sup>41</sup>. Ancak, iş aklının imkânsızlık nedeniyle geçersiz olması için imkânsızlığın başlangıçta, *sözleşmenin yapıldığı anda* ve *herkes* için (objektif imkânsızlık) söz konusu olması gerekir. Borçlar hukuku açısından imkânsızlık sonradan borçlunun kusuru nedeniyle ortaya çıkmışsa (TBK 112) taraflar arasındaki borç ilişkisi devam eder, ancak alacak hakkının içeriği değişir, o zamana kadar aynen ifa edilmesi gereken alacak tazminat alacağına dönüşür. Borçlunun kusurlu olmadığı sonraki imkânsızlık borçlar hukuku çerçevesinde borç ilişkisini sona erdirir (TBK 136). Ancak, iş hukukunda imkânsızlık kusur olmadan ortaya çıkmış ve geçici ise iş akdi askıya alınır.

#### 5. Geçersizliğin Geçmişe Yürümesi

##### a) Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Düzenleme

İş akdi, yapıldığı sırada tarafların ehliyeti yoksa veya yasanın aradığı şekil koşuluna uygun olarak kurulmamışsa ya da yasanın emredici hükümlerine, kamu düze-

<sup>37</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. *Hatemi*, Ahlaka Aykırılık, 83 vd. *Oğuzman-Öz*, 74 vd. S.S. *Tekinay-S. Akman-H. Burcuoğlu-A. Altop*, 534 vd. Alman ve İsviçre hukukunda genel ahlak kuralları yanında anayasa ve kanun hükümlerinin temelinde yatan etik değerlerin de ahlaka aykırılık kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, 553 vd.

<sup>38</sup> *Kocayusufpaşaoğlu*, 554.

<sup>39</sup> *Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop*, 538-539. *Oğuzman-Öz*, 76. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. JdT, 1977, I, 127, JdT, 1980, I, 77, JdT, 1968, I, 576, JdT, 1973, I, 89, *Oğuzman-Öz*, aynı yer, dn. 122-124.

<sup>40</sup> YHGK, 11.2.1976, 4-1088/209, İKİD, Ağustos 1976, 4748-4749.

<sup>41</sup> *Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop*, 543 vd. *Oğuzman-Öz*, 76 vd. *Akyiğit*, I, 456.

nine, kişilik haklarına, ahlaka aykırı ise yahut konusu imkânsızsa geçersizdir. Borçlar hukuku alanında geçersizlik (butlan-kesin hükümsüzlük) kural olarak *geçmişe etkili* (ex tunc) hüküm ve sonuç yaratır. Başka bir anlatımla, geçersiz sözleşme başlangıçtan itibaren hiç yapılmamış sayılır ve zaman içinde geçerli hale gelmez. Ancak, taraflar arasında uygulanan bir iş akdinin baştan itibaren geçersiz sayılması hem iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına hem de bu sözleşmenin sürekli borç ilişkileri kuran özelliğine uygun düşmediğinden gerek iş hukuku öğretisi gerek yüksek mahkeme kararlarında, 818 sayılı Borçlar Kanununda bu yönde bir kural bulunmamasına karşın iş akdinin geçersizliğinin geriye yürümeyeceği sonucuna varılıyordu<sup>42</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinin 3. fıkrasında bu konuda bir düzenleme yer almıştır. Adı geçen fıkra göre: “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.”<sup>43</sup> Görüldüğü gibi bu hüküm uyarınca, iş akdinin geçersizliğinin baştan itibaren hüküm ve sonuç yaratmaması sadece *geleceğe dönük* (ex nunc) etki göstermesi için *geçersizliğin sonradan anlaşılması* gerekir. İş akdinin geçersiz olduğu bilinerek kurulan sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılacaktır<sup>44</sup>. Başka bir deyişle, işçi geçersizliği bilerek iş akdini yapmışsa, bu maddeden yani geçersizliğin geçmişe etkilememesi hükmünden yararlanamayacaktır. Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 320/3. maddesinde ise, TBK’daki geçersizliğin sonradan anlaşılması koşulu yerine “işçinin iyi niyetle iş görme borcunu ifa etmesi” ifadesi yer almaktadır<sup>45</sup>.

TBK 394/3’ün sözünde hareket edildiğinde maddenin uygulama alanı çok daralacaktır. Örneğin, çalışılan işte istihdamın yasak olması halinde kadın ve genç işçiler bu durumu *önceden biliyorlarsa* maddenin uygulanması mümkün olmayacak, sözleşme baştan itibaren hiç yapılmamış sayılacak, işçi bu döneme ilişkin iş ve sosyal güvenlik hukukundan doğan haklarından yoksun kalacaktır<sup>46</sup>. İş akdinin geçersiz olduğunun başlangıçta bilinip bilinmediğinin belirlenmesi çözümlü güç ispat sorunlarını ortaya çıkaracaktır.

Oysa, eski 818 sayılı Borçlar Kanununda iş akdinin geçersizliğinin geçmişe

<sup>42</sup> Bu konuda bkz. Süzek, Akdin Kurulması, 86 vd.

<sup>43</sup> Geçersizliğin re’sen nazara alınması ve ileri sürülmesi konusunda bkz. E. Akyiğit, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği. İstanbul 1990 vd. B. Güneş- F.B. Mutlay, Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümleri, ÇT, 30, 2011/3, 238.

<sup>44</sup> TBK 394/3’e ilişkin gerekçenin bu konuda kendi içinde taşıdığı çelişkiler ve madde metni ile çelişkisi konusunda bkz. M.P. Soyer, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümleri Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, 151-152. K. Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, 303.

<sup>45</sup> Bkz. R. Wylter, Droit du travail, éd. 2, Berne 2008, 92. O. Subilia-J.C. Duc, Droit du travail, Lausanne 2010, 107. Ph. Caruzzo, Le contrat individuel de travail, Genève 2009, 28. C. Brunner-J.M. Bühler-J.B. Waeber-C. Bruchez, Commentaire du contrat de travail, éd.3., Lausanne 2010, 52.

<sup>46</sup> Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 303. Soyer, Genel Hizmet Sözleşmesi, 152. Bu konuda diğer örnekler için bkz. Subilia- Duc, 107. Brunner-Bühler-Waeber-Bruchez, 52-53.

etkisi konusunda herhangi bir hüküm yer almamasına karşın, iş akdinin geçersizliğinin geçmişe etkili olacak biçimde hüküm ve sonuç doğurması işçinin geçersizlik anına kadar çalışması karşılığında kıdemine bağlı olarak iş ve sosyal güvenlik mevzuatından doğan tüm haklarını talep edilemez hale getireceğinden sözleşmenin ancak geleceğe dönük etki göstereceği ve geçersizlik anına kadar tıpkı geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğuracağı görüşü, TBK 394/3'de yer alan koşul aranmaksızın öğretide oybirliği ile kabul ediliyordu<sup>47</sup>.

Aynı şekilde, isabetli gerekçelerle Yargıtay içtihadı birleştirme ve özel daire kararlarıyla da iş akdinin geçersizliğinin ancak geleceğe dönük sonuç yaratacağı hükmüne bağlanmıştı. İçtihadı birleştirme kararına göre "İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına, belli bir işte çalışması, yaşı ve kadın olması itibariyle veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan kimsenin... işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve salahiyetlerden... istifade etmesinin İş Kanunu ve İşçi Sigortaları Kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygun olacağına ve iş akdinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin akdin hükümsüz sayılmasıyla korunmak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek şekilde tatbikinin kanunun gayesine... aykırı düşeceğine (göre) batıl olan iş akdinin muteber bir akit gibi işçi lehine hukuki neticeler doğurması... kanunun ruhuna uygun ve doğrudur"<sup>48</sup>.

Bunun gibi, iş akdinin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması halinde tarafların o güne kadar yerine getirdikleri edimlerin *nedensiz zenginleşme* kurallarına göre iadesi (TBK 77 vd.) diğer deyişle sürekli borç ilişkilerinin geriye dönük olarak kaldırılması doyurucu bir biçimde gerçekleştirilemez. Hatta çözülmesi olanaksız bir "tasfiye sistemi" yaratır. Çünkü herşeyden önce işçinin gördüğü işin, iş görme ediminin iadesi çok güçtür. Bu durumda işçinin emeğinin değerinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkar. Buna ise tam bir karşılık sağlamak güçtür. Ayrıca, işçi ile işveren arasında doğmuş olan kişisel ilişkilerin özellikle işçiyi gözetme ve sadakat borçlarının nedensiz zenginleşme kurallarına göre geri verilmesi olanaksızdır. Bu nedenle, sürekli borç ilişkileri doğuran iş akdinin geçersizliği bu sözleşmelerin niteliği gereği geleceğe dönük hüküm ve sonuç yaratır<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Çelik, 128-129. *Ekonomi*, I, 160-161. *Narmanlıoğlu*, 190-191. *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 95-96. *Akyiğit*, Hükümsüzlük, 38. K. *Tunçomağ-T. Centel*, 87. H. *Mollamahmutoğlu*, İş Hukuku, B.3, Ankara 2008, 343 vd. M. *Kılıçoğlu-K. Şenocak*, İş Kanunu Şerhi, C.I., 223. *Güven-Aydın*, 82-83.

<sup>48</sup> YİBK, 18.6.1956, 20/9, RG, 30.9.1958, S. 10020. Aynı yönde, Y9HD, 28.6.2006, 39175/19031, İHSGHD, 13, 354-355.

<sup>49</sup> F. *Vischer*, Le contrat de travail (Tr. M. Sudan), *Traité de droit privé suisse*, Vol. VII, T.I, 2, Fribourg 1982, 64. Ö. *Seliçi*, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, 49 vd., 207 vd. R. *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, 172 vd., S. *Süzek*, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, 35-36. V. *Buz*, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 322-323. G. *Baycık*, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, 93. *Güneş-Mutlay*, 237.

İş akdinin kaçınılmaz olarak kabul edilmesi gereken bu özellikleri nedeniyle İsviçre öğretisinin bir bölümü tarafından kaynak İsviçre Borçlar Kanunu 320/3 hükmünde yer alan işçinin *iyi niyeti* (bonne foi) Medeni Kanununun 3. maddesi anlamında geçersizliği bilip bilmemeye ilişkin bir sübjektif iyi niyet olarak değil, işçi tarafından iş görme borcunun iyi niyetle ifa edilmesi biçiminde yorumlanmaktadır. Bu görüşün sonucu olarak işçi geçersizlik nedenini bilse bile, geçersizlik ileri sürülünceye kadar işini iyi niyetle yerine getirmişse, geçersizlik geriye etkili olmayacaktır<sup>50</sup>.

### b) Uyarılama Zorunluluğu

Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinin 3. fıkrasında geçersizliğin “hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını” doğurması için, İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak işçinin iş görme borcunu iyi niyetle ifası değil, açıkça geçersizliğin sonradan anlaşılması” koşuluna yer verilmiştir. Bu hükmün açıklığı karşısında Türk Borçlar Kanununa tabi hizmet sözleşmelerinde anılan koşulun varlığı aransa bile kanımıza göre İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde bu hükmün aynen benimsenmesi mümkün değildir. Kanımıza göre, bu ilişkilerde iş akdinin geçersizliğinin geçmişe etkili olup olmayacağının belirlenmesi konusunda bir uyarılama yapılması zorunludur.

İş Kanununda iş akdinin geçersizliğinin geriye yürüyüp yürümeyeceği konusunda bir hüküm yer almadığından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundan önceki dönemde daha önce görüldüğü gibi geçersizliğin baştan itibaren sonuç yaratması iş hukukunun niteliğine, işçiyi koruma amacına uygun bulunmadığından Yargıtay içtihadı birleştirme kararıyla bir uyarılama yapılmış ve geçersizliğin ancak ileriye dönük sonuç yaratacağı karara bağlanmıştır.

İş yasalarında boşluk bulunan hallerde genel hükümlerin ancak iş hukukunun *özel niteliğine aykırı düşmediği* hallerde uygulanabilmesi<sup>51</sup> nedeniyle bu konuda bir uyarılama zorunluluğu<sup>52</sup> ortaya çıkar. TBK'nın iş yasalarına göre genel hüküm

<sup>50</sup> M. Rehbinder, *Droit Suisse du travail* (Tr. B. Schneider), Berne, 1979, 40. Brunner- Böhler- Waeber- Bruchez, 52. Caruzzo, 28, bununla beraber bu yazar için arıca bkz. s. 29. Türk hukuku açısından aynı yönde, 496-497. Buna karşılık İsviçre öğretisinde iyi niyeti geçersizlik nedenini bilmeme olarak yorumlayan görüşler için bkz. Wyler, 92.

<sup>51</sup> P. Durand-R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, T.I, Paris, 1947, 259. F. Gaudu-R. Vatinet, *Les contrats du travail, Traité des contrats*, Paris 2001, 6. Esener, 4. Saymen, 76. M. Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, B.6, Ankara 1986, 22. Çelik, 15. Süzek, Askı, 18. Narmanlıoğlu, 25-26. Mollamahmuttoğlu, 47. C.İ. Günay, *İş Kanunu Şerhi*, C.I., Ankara 2009, 58.

<sup>52</sup> İş hukukunda uyarılama zorunluluğu konusunda bkz. S. Süzek, *İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması*, Münir Ekonomi, 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, 129 vd. Aynı yazar, *İş Hukuku*, B.8, 37 vd. Ayrıca bu yönde geniş bilgi için bkz. G. Lyon-Caen, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail*, Rev. Trim. dr. civ., 1974, 230-232. G. Couturier, *Les techniques civilistes et le droit du travail*, Dalloz, 1975, Chr. XXIV, 150 vd. J. Pélissier, *Droit civil et contrat individuel de travail*, Dr. soc., Mai 1988, 392-394. A. Suptot, *Pourquoi un droit du*

niteliği taşıyan 394/3. maddesinin, geçersizliğin ileriye dönük hüküm ve sonuç yaratmasını, bu durumun işçi tarafından bilinmemesi koşuluna bağlayan hükmü iş hukukunun niteliğine ve koruma amacına uygun bulunmadığından bir uyarlama gereği ortaya çıkmıştır.

Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinin 3. fıkrasındaki bu düzenleme, gerek iş hukuku öğretisinde oy birliği ile kabul edilen gerek içtihadı birleştirme kararıyla benimsenen iş hukukunun gereklerine uygun çözümün gerisinde kalmıştır. İş ilişkilerinde TBK 394/3 hükmü aynen uygulandığı takdirde, 6098 sayılı yasadan önceki dönemde yargı kararlarıyla ve öğretilerde benimsenmiş olan işçinin bu hakkı geriye götürülmüş olacağı gibi, ancak sınırlı sayıda işçi bu haktan yararlanabilecek, çözümü güç ispat sorunları ortaya çıkacaktır. Yukarıda belirtilen içtihadı birleştirme kararında da ifadesini bulan, işçinin geçmiş emeğinin ve kıdeminin korunması ilkesi, *işçiyi korumak için getirilmiş kuralların* (geçersizlik nedenlerinin) uygulanmasının işçi *aleyhine sonuç doğurmaması gereği*<sup>53</sup>, bunun yanında yine öğretilerde kabul edildiği gibi sürekli borç ilişkilerinde nedensiz zenginleşmede edimlerin iadesinin çözümlenmesi olanaksız bir tasfiye sistemi yaratması, iş ilişkisinde -istisnai durumlar dışında- geçersizliğin geriye yürütülmemesini zorunlu kılmaktadır.

Gerçekten, işçi geçersizlik nedenini bilmesine rağmen iş bulma güçlükleri veya başka zorunluluklar nedeniyle sözleşmeyi yapmak zorunda kalmış olabilir. Bu durumda, işçinin emeği karşılığında hak ettiği iş ve sosyal güvenlik hukukundan doğan geçmiş haklarından yoksun bırakılmasını hakkaniyetle<sup>54</sup> ve iş hukukunun temel ilkeleriyle bağdaştırmak mümkün değildir. Böyle bir durumda yapılacak tercinin işçinin geçmiş haklarının korunması yönünde olması bu hukuk dalının amaçlarına daha uygundur.

Yukarıda belirtilen nedenlerle yargı organı tarafından bir uyarlama yapılmalı, İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde “geçersizliğin sonradan anlaşılması” koşulu aranmaksızın, geçersiz iş akdi ortadan kaldırılıncaya kadar, *geçerli bir sözleşmenin* bütün hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği kabul edilmelidir<sup>55</sup>.

Belirtelim ki, işçi ile işveren arasında kurulacak iş ilişkisine sonuç bağlanması hukuk düzeni tarafından hiçbir şekilde kabul edilemeyeceği hallerde, geçersizlik

travail, Dr. soc., Juin 1990, 488. J.M. Béraud, La suspension du contrat de travail, Paris 1980, 17, 19. P. Humbler-M. Rigaux, Aperçu du droit du travail belge, Bruxelles 2004, 8. Gaudu-Vatinet, 8. Narmanlıoğlu, 188-189. H. Mollamahmutoglu, İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünden Bir Yaklaşım, YD, Ocak-Nisan 1987, 114 vd., Temmuz 1987, 279 vd., K. Doğan Yenisey, La modification du contrat de travail, Genève 2005, 19 vd. M. Alp, İş Sözleşmesinin Devri, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, İstanbul 2009, 324. İ. Aydınlı, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, 286-287. Baycık, 42-43.

<sup>53</sup> Brunner- Bühler- Waeber- Bruchez, 52. Rehbinder, 40. Soyer, Genel Hizmet Sözleşmesi, 152. Güneş- Mutlay, 237.

<sup>54</sup> Vischer, 65. Soyer, Genel Hizmet Sözleşmesi, 152. Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 303.

<sup>55</sup> Yapılacak kanun bakımından, TBK'nın 394. maddesinin son fıkrası konusunda isabetli bir öneri için bkz. Soyer, Genel Hizmet Sözleşmesi, 152-153.

her durumda geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Yürürlükteki hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı düşen, kamu düzenini, ahlaki ağır bir biçimde ihlal eden iş akitlerinde geçersizlik geçmişe yürür; bu tür sözleşmeler baştan itibaren geçersiz sayılır. Örneğin, konusu fuhuş, kalpazanlık, kaçakçılık olan iş akitleri başlangıçtan itibaren kesin hükümsüzdür<sup>56</sup>.

## 6. İş Akdinin Kısmi Geçersizliği

Her ne kadar, iş ilişkilerinde geçersizlik kural olarak geçmişe yürümüyor ve işçinin geçmişteki hakları korunuyorsa da, geçersizliğin geleceğe dönük olması nedeniyle iş akdi sona ermiş olacak ve işçi işini kaybedecektir.

İş akdinin geleceğe dönük olarak ayakta tutulmasında Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrası geniş bir uygulama alanı bulabilir. Adı geçen hükme göre “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşme yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”. Bu hükümleri, sözleşmeleri mümkün olduğu ölçüde ayakta tutacak çözümlere üstünlük tanımak gerektiği yolundaki “favor contractus” ilkesine uygun davranılmakta ve sözleşmenin sadece bir bölümündeki geçersizliğin sözleşme üzerindeki etkisi en düşük düzeyde tutulmaktadır<sup>57</sup>.

Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kısmi geçersizliğin uygulanabilmesi için kural olarak sözleşmenin geri kalan kısmını geçerli tutmanın tarafların *farazi iradesine* uygun olmalıdır. Eğer sakat olan kısım bulunmadıkça tarafların sözleşmeyi yapmayacakları sonucuna varılırsa, kısmi geçersizlik söz konusu olmaz. Ancak, geçersizliği öngören yasa hükmünün koruyucu amacı veya dürüstlük kuralı gerektiriyorsa, taraflardan birinin o hükmün geçersiz sayılacağını bilseydi sözleşmeyi yapmayacağı şeklindeki iddiası kabul edilmez ve farazi iradelere bakılmaksızın kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile yetinilir. Bu husus özellikle sözleşmenin geçersiz hüküm olmaksızın varlığını sürdürmesinin ekonomik açıdan *güçsüz tarafın menfaati* doğrultusunda olduğu hallerde söz konusu olur. İş ilişkisinde işçinin korunması için getirilmiş koruyucu kurallar onun işini kaybetmesi sonucunu doğurmamalıdır. Bu nedenle, TBK 27/2'den yararlanmak suretiyle kısmi geçersizlik yoluyla, iş akdinin tümünün değil, sadece hukuka aykırı hükmün geçersizliğini kararlaştırmak ve iş ilişkisinin devamını sağlamak hem iş hukukunun işçinin korunması amacına hem de bu hukuk dalının temel ilkelerinden birini oluşturan iş güvencesi ilkesine uygun düşer<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> *Rehbinder*, 41. *Subilia-Duc*, 100. *Wylar*, 101. *Ekonomi*, 161-162. *Narmanlıoğlu*, 191-192. *Akyiğit*, Hükümsüzlük, 39. *Mollamahmutoglu*, 432-433. *Çenberci*, 66.

<sup>57</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, 598. Kısmi geçersizliğin koşulları konusunda geniş bilgi için bkz. *Eren*, 304 vd. *Oğuzman-Öz*, 143 vd.. *Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop*, 507 vd. *V. Başpınar*, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, 54 vd.

<sup>58</sup> H. *Tandoğan*, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Genève 1952, 86 vd.

İş akdinin kısmi geçersizliği sonucunda geçersiz hükmün oluşturduğu boşluğun doldurulmasında<sup>59</sup> uygulanabilecek bir yasa veya toplu iş sözleşmesi hükmü yoksa boşluk işverenin *işçiyi gözetme (koruma)* borcu ile doldurulur (değiştirilmiş kısmi geçersizlik)<sup>60</sup>. Örneğin, işveren gözetme borcu nedeniyle, ağır ve tehlikeli bir işte veya sağlığına aykırı olduğu için gece işinde, çalıştırılmaması gereken işçiye daha hafif bir iş veya gündüz işi vermek durumundadır<sup>61</sup>.

---

*Tunçomağ*, 167-168. *Oğuzman-Öz*, 142. *Eren*, 306. *Kocayusuşpaşaoğlu*, 59 ve dn.6'da anılan yazarlar. S. *Süzek*, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 185. *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, 445-446. *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 69. *Başpınar*, 161-162. *Baycık*, 216. H.H. *Sümer*, İş Hukuku Uygulamaları, B.3, Konya 2009, 159-160.

<sup>59</sup> Kısmi geçersizlikte boşluğun doldurulması konusunda geniş bilgi için bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, 602 vd.

<sup>60</sup> *Süzek*, İş Güvenliği, 185-186. Aynı Yazar, Akdin Kurulması, 89-90. *Ekonomi*, İHU, İşK. 14, No. 24. P. *Soyer*, Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2012, 168-169. S. *Odaman*, Türk ve Fransız Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, 272-273. İ. *Aydınlı*, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, 135.

<sup>61</sup> *Süzek*, İş Güvenliği, 185-186. Aynı Yazar, Akdin Kurulması, 90. *Ekonomi*, İşK. 14, No. 24. Başka örnekler için bkz. *Oğuzman-Öz*, 142-143. *Eren*, 306. *Kocayusuşpaşaoğlu*, 599-600.





# İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA ÇALIŞMA HAKKI

## *(Right to Work as a Part of Human Rights)*

Murat ŞEN\*

### ÖZET

İnsana özgü olan ve değişik ayrımlara tabi tutulduğu görülen temel haklar kavramı, kişisel, siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel haklar şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır. 1982 Anayasası, bu tasnife benzer bir şekilde temel hakları, kişi hakları, sosyal ve ekonomik haklar ve siyasal haklar ayrımı içerisinde ele almış; çalışma hakkına da sosyal ve ekonomik haklar bölümünde yer vermiştir. Kamu hukukundan doğan kamu haklarından olan ve isteme niteliğindeki pozitif statü haklarından sayılan çalışma hakkı, bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkanı tanır. Bu haklar devlete de sosyal alanda bir takım ödevler yükler.

Gerek ulusal ve gerekse uluslararası düzenlemelerde güvence altına alınan çalışma hakkı, diğer temel hak ve özgürlükler gibi ancak belirli şartlarla sınırlandırılabilen, bu hakkın kullanımı belirli yükümlülükleri (ödevleri) de beraberinde getirebilmektedir. Yabancılar ve kamu görevlileri gibi kesimler açısından belirli sınırlandırmalara tabi tutulan çalışma hakkının kullanımı belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine de bağlanabilmektedir. Bu hak, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) gibi uluslararası örgütler tarafından özel düzenlemelere konu edilmiş, bu konuda taraf ülkelere yükümlülükler de getirilmiştir.

Bu çalışmada, bir insan hakkı olarak çalışma hakkı, öncelikle Türk Hukukundaki durumu açısından kavramsal olarak ele alınacak, kapsamı ve unsurları belirtilecek, daha sonra Türk Hukukuna da kaynaklık eden uluslararası düzenlemeler yönüyle sadece kavram boyutuyla incelenecektir.

**Anahtar kelimeler:** Çalışma hakkı, sosyal ve ekonomik haklar, çalışma ödevi, uluslararası sözleşmelerde çalışma hakkı.

### *Abstract*

The concept of fundamental rights, which are inherent in the people they are subjected to discrimination and it is observed that different, civil, political, social, economic and cultural rights are subject to a classification form. Funda-

\* Prof. Dr., Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi.

mental rights in the 1982 Constitution, individual rights, social and economic rights and political rights are discussed in. The right to work, social and economic rights are included in the section. The right to work, which is counted from positive rights, gives individuals the opportunity to a positive attitude, a service and ask for help from the state. These rights loads of homework to the state in the social field.

The right to work, which should be guaranteed in both national and international regulations are, as other fundamental rights and freedoms may be restricted to certain conditions, the right to use certain liabilities (tasks) can be brought. The use of the right to work, as foreigners and government officials from groups subjected to certain limitations, also can be linked to the fulfillment of certain obligations. These rights, by international organizations such as the United Nations and the International Labour Organization, were subject to special regulations and liabilities on this issue was brought to the country.

In this study, as a human right, the right to work, primarily to be addressed in terms of the situation in Turkish Law and scope and elements to be specified. Then only with the size of the concept will be examined aspects of international regulations has been inspired by Turkish Law.

**Keywords:** Right to work, social and economic rights, duty to right, right to work as per international agreements

## GİRİŞ

Belli bir tarihi dönemde insanların sahip olmaları gereken hak ve özgürlükleri ifade eden ve insanın en doğal hakları olarak düşünülen insan hakları (ya da kamu özgürlükleri), insan onurunu korumayı, insanın maddi ve manevi gelişmesini sağlamayı amaçlayan haklara verilen bir genel isimdir<sup>1</sup>. İnsan hakları kavramı, insanlar arasında ırk, din, renk, yaş, cinsiyet ayırımı yapmadan sevgi, saygı, dostluk duygularını geliştirmek, insanın insan olmak haysiyeti ile sahip olması gereken hakların hepsini karşılayan bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bu kavram, önce fikri alanda, daha sonra anayasal belge ve bildirimlerde, daha sonra da uluslararası sözleşmelerde yer almış ve korunması gerektiği konusunda ortak kanıya ulaşılmıştır.

İnsanoğlu tarih boyunca hep daha güzel hayat standardı ve daha mutlu bir hayat özlemi içinde olmuştur. Tarihi süreç içerisinde Hz. Peygamber'in hadisleri, Medine Sözleşmesi ve Veda Hutbesinde, insana insan olduğu için değer verildiği ifade edilmiş ve insan haklarının korunmasında çağdaş sistemler için bile model teşkil edecek örnekler yer verilmiştir. Eflatun'un 'Cumhuriyeti', Thomas More'un 'Ütopyası', Farabi'nin 'El-Medinetü'l Fâzılâsı' gibi nice eserlerde ileri sürülen görüş-

<sup>1</sup> Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul 2004, s. 1, 2; Bülent Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990, s. 16; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s. 29; Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları-I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara 1995, s. 1.

lerde de insanoğlunun arayışı içinde olduğu bu mutlu hayatın özlemi duyulmuş ve bu arayışın bir sonucu olarak ortaya insan hakları kavramı çıkmıştır.

İnsan hakları denildiğinde, öncelikle insanın salt insan olmakla kazandığı haklar anlaşılmalıdır. Bu haklar, her şeyden önce bireyin herkese karşı ileri sürebileceği yetkiler bütünüdür. Kişi, bu hakları doğumla hatta doğum öncesinde kazanır. İnsan hakları, devlet gücünü sınırlar; bireyi, devlet karşısında kimi hak ve yetkilere sahip süje durumuna sokar, obje olmaktan kurtarır. Evrensel niteliklidir; bu nedenle bireye, insan olarak sahip olduğu ortak değerlerin sömürü, baskı, şiddet, saldırı ve her türlü olumsuz dış etkiler karşısında korunmasını isteyebilme yetkisi verir<sup>2</sup>.

Fikri alanda oluşan ve gelişen insan hakkı kavramının, ulusal ve uluslararası düzeyde korunması ve yaşatılması için kullanılan ilk araç anayasalardır. Bunu uluslararası nitelikli bildiriler ve sözleşmeler takip etmektedir. Birleşmiş Milletler Teşkilatı, kuruluşundan bugüne kadar insan haklarının korunmasını, en önemli amaçları arasında saymış ve 1948 yılında kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile de daha sonra kabul edilen insan haklarıyla ilgili bildirilere ve sözleşmelere temel oluşturmuştur.

İnsana özgü olan ve değişik ayrımlara tabi tutulduğu görülen temel haklar kavramı, kişisel, siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel haklar şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır<sup>3</sup>. Türkiye Cumhuriyeti'nin 1961 ve 1982 Anayasaları, bu tasnife yakın bir tarzda temel hakları, kişi hakları, sosyal ve ekonomik haklar ve siyasal haklar ayrımı içerisinde ele almış; çalışma hakkına da sosyal ve ekonomik haklar bölümünde yer vermiştir. Kamu hukukundan doğan kamu hakları, negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları şeklindeki üçlü bir ayrımla da incelenebilmektedir. Koruyucu nitelikte olan negatif statü hakları, (örneğin, konut dokunulmazlığı hakkı, kişi güvenliği hakkı gibi) kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizer. İsteme niteliğindeki pozitif statü hakları ise, bireylere (örneğin çalışma hakkı ve sosyal güvenlik hakkı gibi) devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkanı tanır. Bu haklar devlete sosyal alanda bir takım ödevler yüklemektedir<sup>4</sup>. Görüldüğü üzere, çalışma hakkı, anayasalarda sosyal ve ekonomik haklar kısmında ele alınırken pozitif statü hakları içerisinde değerlendirilmiş ve devletten bir takım taleplerde bulunmaya hak tanıdığı için devlete ödev ve mükellefiyetler yüklemiştir.

Gerek ulusal ve gerekse uluslararası düzenlemelerde güvence altına alınan çalışma hakkı, diğer temel hak ve özgürlükler gibi ancak belirli şartlarla sınırlandırılır.

<sup>2</sup> Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 7. B., Ankara 1987, s. 190; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 29-38; Kalabalık, s. 1-2.

<sup>3</sup> Diğer ayrımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 39.

<sup>4</sup> Bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 3. B., Ankara 1985, s. 266; Şaban Kayıhan, Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2011, s. 199; Kemal Gözler, Hukuka Giriş, Bursa 2013, s. 396; Kemal Gözler, İngilizce Karşıllıklarıyla Hukukun Temel Kavramları, Bursa 2012, s. 155-156.

labilmekte, bu hakkın kullanımı belirli yükümlülükleri (ödevleri) de beraberinde getirebilmektedir. Yabancılar ve kamu görevlileri gibi kesimler açısından belirli sınırlandırmalara tabi tutulan çalışma hakkının kullanımı belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine de bağlanabilmektedir. Bu hak, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) gibi uluslararası örgütler tarafından özel düzenlemelere konu edilmiş, bu konuda taraf ülkelere yükümlülükler de getirilmiştir.

Bu çalışmada, insan hakları bağlamında çalışma hakkı, öncelikle Türk Hukukundaki durumu açısından kavramsal olarak ele alınacak, kapsamı ve unsurları belirtilecek, daha sonra Türk Hukukuna da kaynaklık eden uluslararası düzenlemeler yönüyle sadece kavram boyutuyla incelenecektir.

## I- TÜRK HUKUKUNDA ÇALIŞMA HAKKI KAVRAMI

### A- Tanımı

Çalışma hakkı kavramı, çalışma ve hak kavramlarının birleşmesinden meydana gelen bir ifadedir. “Çalışma” kavramı “yaşamın sürekliliğini sağlayan sosyal bir faaliyet, insana özgü bir eylem” olarak nitelendirilmekte, bu faaliyetin insanın bulunduğu her yerde söz konusu olduğu kabul edilse de asıl olarak sanayileşme ile toplumsal hayatta bir anlam kazandığı kabul edilmektedir. Zira sanayileşme ile birlikte çalışma alanında hukuki düzenlemeler yapılması ihtiyacı artmış, aynı zamanda günlük hayat, siyasi ve ekonomik sistemler de çalışma faaliyetine göre düzenlenmiştir<sup>5</sup>.

“Hak” kavramı ise, “hukuk düzeni tarafından korunan ve bu korumadan sahibine yararlanma yetkisi tanıyan her türlü menfaat” olarak kabul edilmiş ve hak sözcüğünün karşısında özel hukukta “borç”, kamu hukukunda ise “ödev” (yükümlülük) terimlerine yer verilmiştir<sup>6</sup>.

Genellikle anayasalarda, *herkesin çalışma hakkı ve ödevinden* söz edilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası’nda, çalışma hakkı çalışma ödevinin bir karşılığı olarak görülmüştür (m.42). Çalışma bir hak olarak tanınmış ve devlet bu hakkı en iyi biçimde vermekle görevlendirilmiştir. 1982 Anayasası da, temel haklar ve ödevleri düzenlerken bunların niteliğini aynı zamanda ödev ve sorumluluk da yüklemesi olarak ifade etmiştir: “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.” (AY. m.12).

1982 Anayasasının ikinci kısmında yer alan temel haklar, “Kişinin hakları ve Ödevleri”, “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” ve “Siyasi Haklar ve Ödevler”

<sup>5</sup> [http://www.tkmm.net/dosya/SA\\_brosur/07-calisma.pdf](http://www.tkmm.net/dosya/SA_brosur/07-calisma.pdf), Çalışma ve İş Yaşamı, Sendikalar, Grev-Lokavt, Toplu İş Sözleşmesi, Türkiye Küçük Millet Meclisleri, s. 3, e.t: 22.02.2014.

<sup>6</sup> Kemal Gözler, İngilizce Karşılıklarıyla, s. 154.

ayırımı içerisinde ele alınmıştır. Çalışma hakkı ve ödevine, bu ayırım içerisinde “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler”i konu edinen üçüncü bölümde yer verilmiştir (AY.m. 49). Söz konusu düzenlemeye göre<sup>7</sup>, “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. /Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır”. Bu hükmün birinci fıkrası, öncelikle bir taraftan kişilerin çalışacak bir işe sahip olmalarını, dolayısıyla devletin çalışmak isteyen her ferde çalışma imkanı sağlama görevinin bulunduğunu; diğer taraftan da herkesin çalışmaya hakkı olduğu ve bunun engellenemeyeceğini ortaya koymaktadır<sup>8</sup>.

Çalışma hakkı, sosyal devlet ilkesi içerisinde, sosyal devleti gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerden olan bir sosyal haktır<sup>9</sup>. Sosyal devleti de, devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla, sosyal ve ekonomik hayata aktif şekilde müdahalesini meşru ve gerekli kılan bir devlet anlayışı olarak tanımlamak mümkündür<sup>10</sup>. Anayasa Mahkemesi bir kararında sosyal hukuk devletini, “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet...”<sup>11</sup> olarak tanımlamıştır. O halde bu karar ışığında sosyal devlet, sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak ve herkes için insan haysiyetine yaraşır, asgari hayat düzenini gerçekleştirmekle yükümlü devlettir. Sözü edilen bu amacı gerçekleştirmek için devletin ekonomik hayata müdahalesi gerekir. Tartışılması gereken husus ise, müdahalenin ölçü ve sınırlarının ne olacağıdır<sup>12</sup>.

En temel insan haklarından biri olan çalışma hakkı, diğer insan haklarının gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez bir hak olup insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insanlık onurunun ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir<sup>13</sup>.

1982 Anayasasının kişinin hakları ve ödevleri kapsamında 18. maddesinde yer verdiği “zorla çalıştırma yasağı” da çalışma hakkı ve ödevi ile ilgili bir insan hakkıdır. Buna göre, “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.” Bu hükümden

<sup>7</sup> Söz konusu maddede, 4709 sayılı Kanun’un 19. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Söz konusu değişiklikle, ikinci fıkra değişikliğe uğramış, üçüncü fıkra ise yürürlükten kaldırılmıştır (RG., 17.10.2001, S. 24556).

<sup>8</sup> Bkz. Turhan Esener, İş Hukuku, Ankara 1973, s. 12; Cahit Talas, Sosyal Politika, C. I, İstanbul 1967, s. 231.

<sup>9</sup> Mustafa Kılıçoğlu, “Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi”, [http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/sunumlar/ym\\_4/KilicogluCalismaHakki.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/KilicogluCalismaHakki.pdf), s. 1-2.

<sup>10</sup> Ergun, Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 4, B., Ankara 1995, s. 22.

<sup>11</sup> AYM, 26.10.1988, E. 19, K. 33.

<sup>12</sup> Kılıçoğlu, s. 2; Özbudun, s. 102.

<sup>13</sup> [http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/calisma\\_hakki/calisma\\_hakki\\_eskhk\\_18\\_no\\_lu\\_genel\\_yorumu\\_calisma\\_hakki.pdf](http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/calisma_hakki/calisma_hakki_eskhk_18_no_lu_genel_yorumu_calisma_hakki.pdf), (“Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi”, 18 No’lu Genel Yorum, Çalışma Hakkı (Sözleşmenin 6. Maddesi), Otuz beşinci oturum (2005), s. 457, e.t.: 20.02.2014.

anlaşıldığına göre çalışma hakkı, ancak isteğe bağlı olarak gerçekleştirilebilecek bir hak olup zorla çalıştırma yasaklanmıştır. Ancak “*şekil ve şartları kanunda düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.*” (AY.m.18/2) denilerek de buna istisna getirilmiştir. Ayrıca bir çalışmanın bir menfaate dayalı olmaksızın yani karşılıksız veya ücretsiz yapılması da (angarya) yasaklanmıştır. Bilindiği üzere angarya, bir kişinin hizmetinden bedava yararlanılması anlamına gelen bir terimdir<sup>14</sup>.

Bu açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda çalışma hakkını, “*herkese devlet tarafından asgari şartları oluşturularak isteğe bağlı olarak tanınan ve insanlık onuruna yaraşır bir gelir sağlamaya dayanan herhangi bir faaliyette bulunma hakkı*” olarak tanımlamak mümkündür<sup>15</sup>. Çalışma hakkı, kişilerin kendisinin ve ailesinin yaşamını sürdürebilmesi için önemli olduğu kadar, kendisinin seçtiği veya girdiği bir iş ile toplum içinde tanınması ve gelişimi açısından da son derece gerekli bir haktır.

## B) Kapsamı

Çalışma hakkı, her ne olursa olsun mutlaka bir işe sahip olma anlamına gelmez. Çalışma ortam ve koşullarının bulunması da bu hak için yeterlidir. Dolayısıyla, iş güvencesi hakkı, işyerlerinin çalışma ve sağlık koşullarına uygun olmasını isteme hakkı, çalışma sürelerinin uygunluğu, çalışan çocuk, kadın veya gençlerin korunması, adil ücret hakkı, ücretli izin, dinlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi birçok hakkın sağlandığı durumlarda çalışma hakkından söz edilebilir<sup>16</sup>.

Çalışma hakkı, görünüşte tek bir hakkı ifade ediyor gözükse de buna bağlı olarak pek çok hakkı da içinde bulundurur. Dolayısıyla çalışma hakkı kavramını çalışma hakları olarak belirtmek de mümkündür.

Bu hak, devletin iyi işleyen bir iş aracılığı örgütü eliyle, her iş arayanın iş bulmasını kolaylaştırması, istemeden işsiz kalanlara yardım etmesi ve belli zorunlu işleri yaratmak için gerekli önlemleri almasını da içerir.

Anayasa ve kanunlarda düzenlenen dinlenme (izin) hakkı, ücret hakkı, ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları, sendikal haklar ve sosyal güvenlik hakkı, çalışma ve sözleşme hürriyeti gibi haklar da bu kapsamdaki haklardandır.

<sup>14</sup> Türk Hukuk Lügatı, 3. B., Ankara 1991, s. 17; Yılmaz, s. 61.

<sup>15</sup> Konu hakkında bkz. Cahit Talas, “Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum”, AÜSBFD, C. XLVI, No. 1-2 Ocak-Haziran 1991, s. 406, <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/46/1/cahittalas.pdf>; Haluk Hadi Sümer, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya, 1997, s. 68; Aktuğ, s. 3.

<sup>16</sup> İbrahim Kaboğlu, Özgürlük Hukuku, Özgürlük Hukuku, 6. B., Ankara 2002, s. 464; Kılıçoğlu, s. 4.

Çalışma hakkı tam anlamıyla gerçekleşirse, işçilere kurallara uygun çalıştıkları sürece işlerini korumalarını, yani iş güvencesinin sağlanmasını gerektirir. Hukukumuzda, yasal iş güvencesi genel olarak 4773 sayılı Kanun'la<sup>17</sup> yapılan değişiklikler sonucu sağlanmıştır. Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde çıkarılan bu kanun ile 158 sayılı “*Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme*”<sup>18</sup> ye uygun düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır. Sözleşmenin 4. maddesine göre, “*işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça, hizmet ilişkisine son verilemez*”.

### C- Unsurları

Anayasa'nın 49. ve 18. maddeleri bir arada değerlendirildiğinde çalışma hakkının bir takım unsurlarının bulunduğu görülmektedir. Buna göre, çalışma hakkı isteğe bağlı olarak tanınan ve ayırım yapılmaksızın herkese sunulan bir haktır. Bu hakkın kapsamında insan onuruna yaraşır bir gelir elde etme amacı bulunmaktadır. Bu hakkın kapsamını ve asgari koşullarını devlet düzenlemek zorundadır. Ve nihayet, bu hakkın karşılığında aynı zamanda bir çalışma yükümlülüğü de söz konusu olabilir. Sözü edilen bu unsurları ayrı başlıklar altında incelemekte yarar vardır.

#### 1. İsteğe Bağlı Olarak Hekese Tanınması

Anayasanın 18. maddesinde yer alan “*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz...*” şeklindeki düzenleme, çalışma hakkının isteğe bağlı bir hak olduğunu ve bu hakkın irade dışı bir şekilde zorla kullandırılmayacağını (hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağını) açıklığa kavuşturmuştur. İsteğe bağlı olması bu hakkın kişiye çalışmama hakkını da tanınması sonucunu doğurmaktadır. Yani bu hak ancak isteğe bağlı olarak tanınan bir haktır. Hiç kimse zorla çalıştırılmayacağı için, bu yasak aynı zamanda çalışma özgürlüğünün vazgeçilmez bir unsurudur. Dolayısıyla bu yasak bir yönüyle köleliğe giden yolu da kapamaktadır.

Anayasanın 49. maddesi, çalışma hakkını ayırım yapmaksızın herkese tanımıştır. Herkes kavramı, bu hakkın şahsi olduğunu yani çalışma hakkının kişiliğe bağlı bir hak olduğunu ve bizzat ifa edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>19</sup>. Bu husus Anayasanın 12. maddesinde de “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*” denilmek suretiyle teyit edilmiştir. Dolayısıyla bu hak, sahibinin doğal ve sosyal durumunu korumaya yarayan kişiye bağlı bir hak olarak görülmektedir.

<sup>17</sup> RG., 15.08.2002, S. 24847.

<sup>18</sup> 158 sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 9.6.1994 tarihli ve 3999 sayılı Kanun'la (RG. 18.6.1994, No.21964) onaylanmış ve 10.8.1994 tarihli ve 94/5971 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla (RG. 12.10.1994, No. 22079) da yürürlüğe konulmuştur, Şen, s. 263.

<sup>19</sup> Esener, s. 12.

Çalışma hakkı, herhangi bir ayırım yapılmaksızın herkese tanınmış bir temel hak olduğundan bu haktan, yaş, cinsiyet ve vatandaşlık ayırımı yapılmaksızın herkes yararlanabilir. Bu hak herkese tanınmış ise de, bu hakkın kullanımı devlet tarafından bir takım şartlara bağlanmıştır.

Anayasa'nın 50. maddesine göre, "*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. /Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.*" Bunun gibi Anayasanın 16. maddesi bir temel hak ve hürriyet olan çalışma hakkının yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilceğini belirtmiştir. Bu bağlamda yabancılar için bu hakkın kullanımı 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun<sup>20</sup> m.4 ile kural olarak çalışma izni alınması şartına bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, devlet, bu hakkı kullanacak kişiler açısından yaş, cinsiyet, bedeni ve ruhi yetersizlik ile vatandaşlık gibi nedenlerle sınırlandırmalar getirilebilmektedir.

Bu haktan yararlanma yabancılar açısından bir takım şartlara bağlanmıştır. Anayasanın 16. maddesine göre, çalışma hakkı yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilceğinden, yabancılar için çalışma hakkından yararlanma çalışma izni alınması şartına bağlı tutulmuştur. 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 4. maddesi gereğince, Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe yabancıların Türkiye'de bağımlı ve bağımsız çalışmaya başlamadan önce izin almaları gerekir<sup>21</sup>.

Yabancılar, çalışma haklarını çalışma izni almak şartıyla ancak kendilerine yasaklanmamış mesleklerde kullanabilirler. Bilindiği üzere 4817 sayılı Kanuna göre, çalışma izni ancak gerekli çalışma vizesi ile ikamet izninin alınması halinde geçerlidir (YÇİHK.m.12). 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile yabancıların Türkiye'de çalışması yasak olan meslekleri belirten 2007 sayılı "Türkiye'deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun"<sup>22</sup> yürürlükten kaldırılmış ise de bunun dışındaki bir takım kanunlarda halen yabancılarla yasak olan mesleklere yer verildiği görülmektedir<sup>23</sup>. Örneğin, 6197 sayılı "Ec-

<sup>20</sup> RG., 06.03.2003, S. 25040.

<sup>21</sup> Sarper Süzek, İş Hukuku, 9. B., İstanbul 2013, s. 305-307; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 26.B., İstanbul 2013, s. 126.

<sup>22</sup> RG., 16.06.1932, S. 2126.

<sup>23</sup> 1. Dış tabipliği, dişçilik, ebelik, hastabakıcılık. (Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun uyarınca)

2. Eczacılık (Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun uyarınca)

3. Veterinerlik (Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun uyarınca)

4. Özel hastanelerde sorumlu müdürlük (Hususî Hastaneler Kanunu uyarınca)

5. Avukatlık (Avukatlık Kanunu uyarınca)

6. Noterlik (Noterlik Kanunu uyarınca)

7. Özel veya kamu kuruluşlarında güvenlik görevlisi (Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun uyarınca)



zacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun”un<sup>24</sup> Türkiye Cumhuriyeti hudutları içinde eczacılık yapabilmek için Türk vatandaşı olma şartını aramıştır (m.2). Bunun gibi 1136 sayılı Avukatlık Kanunu<sup>25</sup>, Avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma” şartını (m.3) aramıştır. Benzer şekilde, 1219 sayılı “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun”a<sup>26</sup> göre diş tabipliği (m.30), dişçilik (m.30) ve hastabakıcılık (m.63) gibi mesleklerde ancak Türk vatandaşı olanlar çalışabilir.

Çalışma hakkı açısından Türk soylu yabancılar için ise bir takım istisnalar kabul edildiği görülmektedir. 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun<sup>27</sup>, Türk soylu yabancılar için yabancılara yasaklanan meslekleri serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine imkan sağlamıştır. Ancak Türk soylu yabancıların da, kanunlarda Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen meslek, sanat ve işlerde çalışabilme ve çalıştırılabilmeleri için, özel kanunlarda aranan nitelikleri taşımaları ve yükümlülükleri yerine getirmeleri ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından çalışma izni almaları öngörülmüştür (2527 sayılı Kanun m. 3). Bununla birlikte “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği”<sup>28</sup>, “İzinlerin Verilmesi veya Uzatılmasında Değerlendirme” kenar başlıklı 13. maddesine 14.02.2012 tarihinde eklenen fıkra<sup>29</sup> gereğince Türk soylu yabancılara verilecek **çalışma izinlerini**, değerlendirme kriterlerine tabi tutulmadan sonuçlandırılacağını hükme bağlamıştır.

## 2. İnsanlık Onuruna Yaraşır Bir Gelir Karşılığı Olması

1982 Anayasasının kişinin hakları ve ödevleri kapsamında 18. maddesinde “... *Angarya yasaktır.*” şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Bilindiği üzere angarya, bir kişinin hizmetinden bedava istifade edilmesi anlamına gelen bir terimdir<sup>30</sup>. O halde, bu hakkın bir menfaate dayalı olmaksızın yani karşılıksız veya ücretsiz olarak kullanılması Anayasa tarafından yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu hak ancak insanlık onuruna yaraşır bir gelir (karşılık, menfaat) elde etmek amacına dayanmalıdır.

8. Kara suları dahilinde balık, istiridyeye, midye, sünger, inci, mercan ihracı, dalgıçlık, arayıcılık, kılavuzluk, kaptanlık, çarkçılık, katiplik, tayfalık vb. (Kabotaj Kanunu uyarınca)

9. Gümrük müşavirliği (4458 sayılı Gümrük Kanununun 227 nci maddesi gereğince)

Bkz. ([http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/yabancılar.portal?page=yasak\\_meslekler](http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/yabancılar.portal?page=yasak_meslekler)), e.t.: 22.1.2014.

<sup>24</sup> RG., 24.12.1953, S. 8591.

<sup>25</sup> RG., 07.04.1969, S. 13168.

<sup>26</sup> RG., 14.04.1928, S. 863.

<sup>27</sup> RG., 29.09.1981, S. 17473.

<sup>28</sup> RG., 29.08.2003, S. 25214.

<sup>29</sup> RG., 14.02.2012, S. 28204.

<sup>30</sup> Türk Hukuk Lügatı, s. 17; Yılmaz, s. 61.

Kaldı ki Anayasa'nın 55. maddesi, "Ücrette adalet sağlanması" kenar başlığıyla çalışma hakkını adil bir ücret karşılığı kullanılmasını amaçlamıştır. Söz konusu maddeye göre, "Ücret emeğin karşılığıdır. /Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. /Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur."

Dolayısıyla devlet, çalışma hakkını korurken çalışmanın karşılığı alınacak en az (asgari) ücreti, çalışanların geçim şartları ve ülkenin ekonomik durumunu göz önünde bulundurarak belirleyecek ve insanlık onuruna uygun bir tespit yapma yükümlülüğü altında bulunacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da bu husus "*Cumhuriyet'in nitelikleri arasında yer verilen sosyal hukuk devleti ilkesi uyarınca, toplumda yoksul ve gereksinim duyan insanlara Devletçe yardım yapılarak, onlara insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyinin sağlanması, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkesinin gerçekleşmesine elverişli ortam yaratılması gerekmektedir. Sosyal devletin görevleri arasında yer alan insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyinin sağlanması, herkese çalışma olanağı yaratılması, çalışanlara adaletli ve dengeli ücret verilmesi ve çalışmayacak durumda olanların sosyal güvenlik önlemleri ile korunması anlamını taşımaktadır.*"<sup>31</sup> sözcükleriyle ifade edilmiştir.

### 3. Asgari Koşullarının Devletçe Düzenlenmesi

Anayasa'nın 49. maddesinin ilk fıkrasında "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir" denildiğine ve bu temel hak devlete karşı ileri sürülebileceğine göre, bu hakkın muhatabı öncelikle işveren değil, devlettir. Dolayısıyla herkes devlete karşı çalışma hakkını yöneltebilir. Çalışma hakkı herkes için bir hak; ama bu hakkın yöneltilebileceği başta devlet için bunu sağlamak bir ödevdir. Çalışma ortamını yaratma ödevi, Anayasa tarafından devlete verilmiştir<sup>32</sup>.

Çalışma hakkı, kişiye bağlı olarak herkese tanınan bir hak olmasının yanı sıra asgari koşulları devletçe düzenlenen bir hak<sup>33</sup>. Devlet, bu düzenlemelerle sadece işçileri değil, aynı zamanda kamu düzenini koruyan kurallar da koyar. Bu nedenle devlete karşı belirli sınırlar içerisinde, belirli şartların gerçekleşmesine bağlı olarak ileri sürülebileceği kabul edilse de zorlayıcı bir yaptırım içeremez, yargı yoluyla talep hakkı vermez<sup>34</sup>. Kişi bu hakkını ancak iş ve çalışma olanağı varsa kullanabilir<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> AYM., 15.12.2006, E. 2006/111, K. 2006/112.

<sup>32</sup> Kılıçoğlu, s. 2.

<sup>33</sup> Cahit Talas, "Çalışma Hakkı ve Türkiye'deki Durum", AÜSBFD, C. XLVI, No. 1-2 Ocak – Haziran 1991, s. 407; Fevzi DEMİR; İş Hukukunda Çalışma Hakkı İlkesi (Gerçekleştirilmesi ve Korunması), Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İzmir, 1981, s. 69; Haluk Hadi SÜMER, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya, 1997, s. 68.

<sup>34</sup> Özbudun, s. 111; Kılıçoğlu, s. 3.

<sup>35</sup> İbrahim Kaboğlu, "Anayasada Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları", Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildirgesi, 2009, s. 45.

Her ne kadar AY.m. 49/2'ye göre, “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” denilmiş olsa da Anayasa Mahkemesi bu konudaki görevin devlete ait olduğunu, ancak devlete yüklenen bu sorumluluğun devletin herkesi işe yerleştirme yükümlülüğü getirmediğini ve bireylerin devlete karşı ileri sürebileceği bir hak olarak öngörülmediğini karara bağlamıştır: “...Anayasa'nın 49. maddesinde öngörülen çalışma hakkı, bir temel hak ve özgürlük olarak anayasal güvenceye bağlıdır. Devlet, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışmaya yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemekle yükümlüdür. Sözü edilen maddenin gerekçesinde “Çalışmanın hak ve ödev olması, sadece ulusal planda Devletin çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alacağını ve çalışanların da ancak çalışmak suretiyle gelir temin edeceklerini ifade etmekle kalmaz; ferdi planda da çalışmanın bir hak ve ödev olarak telâkki edilmesini gerektirir. /Çalışmak başlı başına ahlaki bir vazifedir, ferdin kendisine ve topluma karşı olan saygısının bir sonucudur. Kişi, ancak çalışması ile, toplumun diğer fertlerine ve genelde topluma yük olmaktan kurtulur. /Çalışmanın bir hak olduğu noktasından hareket edilerek, Devletin çalışma imkânlarının, başka deyişle iş alanlarının dengeli gelişmesi için gerekli tedbirleri alması temel ödevleri cümlesindedir ...” denilmesi bu olguyu hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açıklamaktadır... ”<sup>36</sup>.

Her hak ve özgürlüğün niteliği gereği bir takım sınırları da vardır. Temel hak ve özgürlüklerin bir taraftan genel, diğer taraftan özel (kendi düzenledikleri maddelerde belirtilen) sınırlama nedenleri vardır<sup>37</sup>. Çalışma hakkına ilişkin genel sınırlamalar, Anayasanın 13, 14 ve 65. maddesinde yer almaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesine göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

Ayrıca Anayasanın 14. maddesinde sözü edilen ve temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasını durdurulması sebepleri olarak zikredilen hususlar da buna ilave edilebilir: “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.”

Anayasanın 65. maddesinde ifadesini bulan ve “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlığını taşıyan “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa

<sup>36</sup> AYM, 07.11.1989, E. 1989/6, K.1989/42, RG., 06.04.1990, S. 20484, Sinerji.

<sup>37</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, AÜSBFD, Sayı 57-2, 2002, s. 21, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/466/5325.pdf>, e.t: 20.02.2014..

ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”<sup>38</sup> hükmüne göre de, bu görevler amaçlarına uygun öncelikler gözetilerek mali kaynakların yeterliliği ölçütüne bağlanmıştır. 2001 yılında yapılan değişiklikte, sosyal hakların sınırı açısından kısmi bir iyileştirme yapılmış ve “görevlerin amaçlarına uygunluk” kriteri getirilmiştir. Ancak hâlihazırda 12 yıl geçmiş olmasına rağmen bu değişikliğin, Anayasa Mahkemesi kararlarına yansımadağı görülmektedir<sup>39</sup>.

Çalışma hakkına yönelik özel sınırlama ise, öncelikle bu hakkı düzenleyen 49. maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır: “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” Gerçekten devletin buradaki sorumluluğu, çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almak olarak sınırlandırılmıştır.

Bunun yanı sıra diğer bir takım düzenlemeler de bu hakkı sınırlandırmaktadır. Bilindiği üzere çalışma hakkı, çalışma özgürlüğünü, çalışma özgürlüğü de sözleşme yapma özgürlüğünü gerektirir. Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde belirtilen “Kanununun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.” düzenlemesi sınır kabul edilerek, taraflar sözleşmenin konusunu ve içeriğini serbestçe belirleyebilirler.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde çalışma bakımından bazı kişiler de özel olarak korunmuştur: “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” (AY.m.50).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 71. maddesine göre, “On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler.”

Sanayiye ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır (İş K.m.73).

İş K.m. 72'ye göre de “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır”<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Bu madde ve kenar başlığı, 4709 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile değiştirilmiştir (RG., 17.10.2001, S. 24556).

<sup>39</sup> İbrahim Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları”, Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildirgesi, 2009, s. 54-55.

<sup>40</sup> Bkz. Çelik, s. 125-126; Süzek, s. 303-307.

Sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandıran durumlardan birisi de işverenlere belli oranlarda özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru kişileri çalıştırma yükümlülüğü getirilmesidir. İş Kanunu'nun 30. maddesine göre, işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürlü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürlü ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya askerlik hizmetini yaparken terör olayları sonucunda malul sayılmayacak şekilde yaralananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Ayrıca işverenlerin, şartların gerçekleşmesi halinde, işyerinden malulen ayrılanları, askerlik ve yasal ödev nedeniyle işten ayrılanları, toplu işten çıkarılanları, hastalık nedeniyle işten çıkarılan gazetecileri, işçi kuruluşları yönetiminde görev alanları ile işyeri hekimleri ve iş güvenliği mühendislerini çalıştırma zorunluluğu getirilmiştir<sup>41</sup>.

Geçmişten günümüze süregelen çalışma hakkını düzenleyici devlet müdahaleleri, genellikle işveren karşısında güçsüz olan işçiyi korumak düşüncesine dayanmıştır. Bir başka deyişle, çalışma özgürlüğünden çalışma hakkına geçişin sürekli dayanağını oluşturan ekonomik ve sosyal yönden güçsüz işçinin korunması fikri hemen her alanda (çalışma süresi, çalışma yaşı, ücretler gibi) işverenin sözleşme serbestisini sınırlama yönünde gelişmiştir.

#### 4. Çalışma Yükümlülüğü de İçerebilmesi

Çalışma hakkı, temel hak olması nedeniyle bireye devlet, toplum, aile ve diğer kişilere karşı da bir takım ödev ve sorumluluklar yükleyebilmektedir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasanın 12. maddesinde ifade edilen, "...*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" sözcükleri, bir temel hak ve hürriyet olan çalışma hakkının da aynı zamanda kişiye, ödev ve sorumluluk yükleyebileceğini ortaya koymuş olmaktadır. Ayrıca, çalışma hakkının kullanımı belirli şartlara bağlı olup önemli sorumluluklar da (ödevler) getirmektedir.

Çalışma hakkı kural olarak devlete yöneltilen bir haktır. Ancak, devlet de çalışma hakkına sahip olanlardan belirli şartlarda çalışma yapmasını isteyebilir. Çalışma ödevi denilen bu hususla birlikte, her iki tarafa da hak ve borç (yükümlülük) doğuran çalışma hakkı ve ödevi söz konusu olmaktadır.

Çalışma hakkını diğer temel haklardan ayıran önemli bir özellik, çalışmanın aynı zamanda bir ödev oluşudur. Buna göre, herkes belirli şartların sağlanması halinde çalışmakla da yükümlüdür. Dolayısıyla yasal düzenlemelerle öngörülmesi şartıyla devlet, çalışma yükümlülüğü getirebilir<sup>42</sup>. Örneğin 3780 sayılı "Millî Korunma Kanunu"<sup>43</sup> m. 9 gereğince vatandaşlara ücretli çalışma ödevi öngörülmüştür:

<sup>41</sup> Bkz. Çelik, s. 128-131; Süzek, s. 307-314.

<sup>42</sup> Türk Hukuk Lügati, s. 57.

<sup>43</sup> RG., 26.01.1940, S. 4417.

“Hükümet, sanayi ve maadin müesseselerinin istihallerini ve diğer iş yerlerindeki mesaiyi, bu kanunun derpiş ettiği ihtiyacı karşılayabilecek hadde çıkarmak için lüzumlu olan işçi kadrosunu ve ihtisas elemanlarını temin eder. /Bu maksatla vatandaşlara ücretli iş mükellefiyeti tahmil edilebilir..” (m.9). Bunun gibi başka kanunlarla da getirilen çalışma yükümlülüklerini Anayasadaki çalışma ödevi ile dayanağını bulmuş olmaktadır.

## II. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE ÇALIŞMA HAKKI KAVRAMI

Çalışma hakkı kavramına Birleşmiş Milletlerin, Uluslararası Çalışma Örgütünü ve Avrupa Birliğinin çıkardığı düzenlemelerde yer verilmiş bulunmaktadır. Ulusal yasal düzenlemelere kaynak olduğu düşünülen uluslararası nitelikli bu tür düzenlemelere burada çok ayrıntıya girmeden yer vermekte yarar vardır.

### A. Birleşmiş Milletler Normları

#### 1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 10.12.1948 tarihinde 217 a(III) sayılı kararla İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni kabul etmiştir. Kabul edilen beyanname Birleşmiş Milletler Şartı'nın 10. maddesi gereği kendiliğinden bağlayıcı olmayıp sadece tavsiye kararı niteliğinde bulunmaktadır.

Türkiye, 1949 yılında bir Birleşmiş Milletler normu olan ve 30 maddeden müteşekkil bulunan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini onaylamıştır<sup>44</sup>. Söz konusu beyanname, “İnsanlık topluluğunun bütün bireyleriyle kuruluşlarının bu Bildirgeyi her zaman göz önünde tutarak eğitim ve öğretim yoluyla *bu hak ve özgürlüklere saygıyı geliştirmeye, giderek artan ulusal ve uluslararası önlemlerle gerek üye devletlerin halkları ve gerekse bu devletlerin yönetimi altındaki ülkeler halkları arasında bu hakların dünyaca etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamaya çaba göstermeleri amacıyla tüm halklar ve uluslar için ortak ideal ölçüleri belirleyen bu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini ilan eder.*” sözcükleriyle başlamaktadır.

Yaşam düzeylerinin yükseltilmesini, tam çalışmayı, ekonomik ve sosyal alanlarda ilerleme ve gelişmeyi sağlamayı amaçlayan Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin, 23. maddesi çalışma hakkını düzenlemiştir. Buna göre, “1. Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. 2. Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır. 3. Herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır. 4.

<sup>44</sup> BKK 1949/3/9119, RG., 27.05.1949, S. 7217.

*Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkı vardır.”* Görüldüğü gibi Beyanname’de, “herkes” denilmek suretiyle, çalışma hakkı siyasal ve ekonomik düzen ayrılığı söz konusu olmaksızın bütün toplumlar için bir insan hakkı olarak kabul edilmiştir.

Beyannamenin 24. maddesinde, çalışma hakkının makul süreler içerisinde kullanılması için sınırlandırma getirilmiştir: *“Herkesin dinlenmeye, eğlenmeye, özellikle çalışma süresinin makul ölçüde sınırlandırılmasına ve belirli dönemlerde ücretli izne çıkmaya hakkı vardır.”*

Yine Evrensel Beyanname’de “zorla çalıştırma yasağı” da yer almıştır. Beyanname’nin 4’ncü maddesine göre; *“Hiç kimse kölelik veya kulluk altında bulundurulamaz, kölelik ve köle ticareti her türlü biçimde yasaktır.”*

Belirtilmelidir ki, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi hukuksal bağlayıcılık taşımamakla birlikte, son derece önemli bir belgedir. Bu bildiriyle insan hakları uluslararası boyut kazanmıştır; ayrıca Evrensel Bildiri, daha sonra kabul edilecek insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere esin kaynağı olmuştur<sup>45</sup>.

## 2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16.12.1966 tarihinde kabul edilen ve ekonomik, sosyal ve kültürel hakları geniş bir şekilde ele alan ilk uluslararası belge olan “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”, 03.01.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye ise, 15.08.2000 tarihinde New York’ta bu sözleşmeyi imzalamış, TBMM tarafından 4867 sayılı Kanun’la<sup>46</sup> 2003 yılında uygun bulunması üzerine aynı yıl Bakanlar Kurulu kararıyla<sup>47</sup> onaylanarak yürürlüğe konulmuştur<sup>48</sup>.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 6’ncı maddesine göre *“1. Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak hayatını kazanma fırsatı veren çalışma hakkını tanırlar ve bu hakkın korunması için gerekli tedbirleri alırlar. /2. Bu Sözleşme’ye Taraf bir Devletin, bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek için alacağı tedbirler, teknik ve mesleki rehberlik ile eğitim programlarını, bireyin temel ekonomik ve siyasal özgürlüklerini koruyan şartlar altında, düzenli şekilde ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimi ile tam ve üretken istihdamını sağlamaya yönelik politika ve teknikleri içermelidir.”*

<sup>45</sup> Melda SUR, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No: 66, İzmir, 1995, s. 15.

<sup>46</sup> “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”, RG., 18.06.2003, S. 25142.

<sup>47</sup> BKK No: 2003/5923, RG., 11.08.2003, S. 25916.

<sup>48</sup> Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kalabalık, s. 64-68; Cahit Talas, “Sosyal Devlet Miyiz?”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, S. 132, 1991, s. 9.

### 3. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme

Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, engellilerin tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit şekilde yararlanmasını teşvik ve temin etmek ve insanlık onurlarına saygıyı güçlendirmek amacıyla kabul edilmiştir.

Türkiye tarafından 30 Mart 2007 tarihinde New York'ta imzalanmış<sup>49</sup> olan bu sözleşme, Bakanlar Kurulu Kararıyla<sup>50</sup> onaylanarak 28.10.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Sözü edilen sözleşme engellilere yönelik çalışma ve istihdam konularında koruyucu düzenlemeler getirmiş, engelli olmayan bireylerle engelliler arasında çalışma hakkı açısından eşitlik ilkesine vurgu yapmıştır.

“Çalışma ve İstihdam” kenar başlıklı 27. maddesine göre “1. Taraf Devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında çalışma hakkına sahip olduğunu kabul eder. Bu hak, engellilerin, açık, bütünüleştirici ve erişilebilir bir iş piyasası ve çalışma ortamında serbestçe seçtikleri bir işle hayatlarını kazanmaları fırsatını da içerir. Taraf Devletler çalışırken engelli olanlar dahil olmak üzere tüm engellilerin çalışma hakkının yaşama geçmesini yasama çalışmalarını da içeren uygun tüm tedbirleri alarak güvence altına alır. Taraf Devletler bunların yanısıra;

(a) İşe alım ve istihdam edilme koşullarında, istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi ve sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dahil olmak üzere, istihdama ilişkin her hususta, engelliliğe dayalı ayrımcılığı yasaklar;

(b) Fırsat eşitliği, eşit değerde işe eşit ücret ilkesi, tacizden korunma ve mağduriyetin giderilmesi, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları dahil olmak üzere diğer bireylerle eşit koşullar altında adil ve uygun çalışma koşullarının sağlanmasına ilişkin olarak engellilerin haklarını korur;

(c) Engellilerin iş ve sendikal haklarını diğer bireylerle eşit koşullar altında kullanabilmelerini sağlar;

(d) Engellilerin genel teknik ve mesleki rehberlik programlarına, yerleştirme hizmetlerine, mesleki ve sürekli eğitime diğer bireylerle eşit koşullar altında etkin bir şekilde erişimini sağlar;

(e) İş piyasasında engellilerin istihdam olanaklarının ve kariyer gelişiminin desteklenmesine ve engellilerin iş aramasına veya işe başlamasına, çalışmaya devam etmesine ve işe geri dönmelerine yardım eder;

(f) Serbest çalışma, girişimcilik, kooperatif kurma ve kendi işini kurma konusundaki fırsatları geliştirir;

<sup>49</sup> 5825 sayılı “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”, RG., 18.12.2008, S. 27084.

<sup>50</sup> BKK No: 2009/15137, RG., 14.07.2009, S. 27288.



(g) Engellileri kamu sektöründe istihdam eder;

(h) Olumlu eylem programları, teşvikler ve diğer tedbirleri de içerebilecek uygun politika ve önlemlerle, engellilerin özel sektörde istihdam edilmelerini destekler;

(i) Engellilerin çalıştığı işyerlerinde makul düzenlemelerin yapılmasını sağlar;

(j) Engellilerin açık iş piyasasında iş deneyimi kazanmasını temin eder;

(k) Engelliler için mesleki rehabilitasyon, işte kalma ve işe dönüş programları yürütür.

2. Taraf Devletler engellilerin kölelik altında tutulmalarını engeller ve engellileri zorla veya mecburi çalışmaya karşı diğer bireylerle eşit koşullar altında korur.”

## B. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Normları

Milletler Cemiyetine bağlı hükümetler arası resmi bir örgüt olarak 1919'da kurulan ve 1946'da yapılan anlaşmayla Birleşmiş Milletler sistemi içinde yer alan, faaliyetlerinde tamamen özerk bulunan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)<sup>51</sup>, gerek Anayasası ve gerekse sözleşme ve tavsiye kararları ile çalışma hakkının uluslararası düzeyde dayanaklarını oluşturmuştur.

Milletler Cemiyeti'nin Anayasası'na göre; “Milletler Cemiyeti üyeleri adil ve insancıl çalışma koşulları sağlamaya ve bunları sürdürmeye çaba göstereceklerdir”<sup>52</sup>. 1944 yılında ILO'nun 26'ncı Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve Anayasası'na eklenmiş olan “Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Amaç ve Ereklere İlişkin Bildiri” de ise, çalışma hakkı konusunda açıklamalar yer almaktadır: “ILO, 1) Tam çalıştırma ve yaşam düzeylerinin yükseltilmesi, 2) Korunmaya gereksinim duyan herkes için bir yeterli gelir sağlanması için çaba gösteren ulusların programlarının gerçekleştirilmesine yardımcı bulunmayı görev sayacaktır”<sup>53</sup>.

Bunlara ilave olarak ILO'nun çalışma hakkına ilişkin olarak kabul ettiği ve Türkiye tarafından da uygun bulunmuş “Cebri veya Mecburi Çalıştırma Hakkında 29 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi”<sup>54</sup> ile “Uluslararası Çalışma Örgütü'nün bu Sözleşmeyi onaylayan her üyesi mümkün olduğu kadar kısa bir sürede her ne şekilde altında olursa olsun cebri veya mecburi çalıştırmanın kaldırılmasını taahhüt eder./ Cebri veya mecburi çalıştırmanın tamamen kaldırılması amacıyla, cebri veya mecburi çalıştırmaya, geçici bir müddet için, sadece kamu yararı ve istisnai önlem olarak aşağıdaki

<sup>51</sup> Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı, İş Hukuku, 4. B., Ankara 2011, s. 84-85.

<sup>52</sup> Semih Aktuğ, Çalışma Hakkı, s. 13, <http://sosyalpolitikainfo.files.wordpress.com/2010/06/calisma.pdf>, e.t.: 20.01.2014; Talas, Çalışma Hakkı, s. 409 vd.

<sup>53</sup> Talas, Çalışma Hakkı, s. 409.

<sup>54</sup> BKK No: 1998/11225, RG., 23.06.1998, S. 23381, Murat Şen, Türkiye Cumhuriyeti'nin Onayladığı İş ve Sosyal Güvenlik hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, Ankara 2003, s. 213; <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/soz029.htm>.

*maddelerde belirtilen şartlarda ve garantilerle başvurulabilir” (m.1) denilerek zorla çalıştırmanın her biçiminin kaldırılması öngörülmüştür.*

“*Cebri Çalıştırmanın İlgası Hakkında 105 Uluslararası Çalışma Sözleşmesi*”<sup>55</sup> ile “*Milletlerarası Çalışma Teşkilatının bu Sözleşmeyi onayan her üyesi, cebri veya mecburi çalıştırmayı menetmeyi ve, /Siyasi bir cebir veya eğitim tedbiri olarak veya muayyen siyasi fikirlere sahip olan veya bu fikirleri beyan eden şahıslara veya kurulu siyasi, iktisadi veya içtimai nizama karşı ideolojik bakımdan muhalefetlerini izhar eden kimselere bir ceza olarak, /İktisadi gelişme gayesiyle el emeğini seferber etme ve el emeğinden faydalanma metodu olarak, /Çalışma disiplini olarak, /Grevlere iştirak etmiş olmayı tecziye tedbiri olarak, /Irki, içtimai, milli veya dini bir tefrik vasıtası olarak, /Hiçbir şekilde cebri veya mecburi çalıştırmaya başvurmamayı taahhüt eder.” (m. 1) denilmiş ve Birleşmiş Milletler Antlaşmasında, istihdaf edilen ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde beyan olunan insan haklarını ihlal edici mahiyette olan muayyen cebri veya mecburi çalışma şekillerinin ilgasına mütedair diğer tekliflerin kabulüne ve bu tekliflerin Milletlerarası bir Sözleşme şeklini almasına karar verdikten sonra, Cebri Çalıştırmanın İlgası Hakkında 1957 Sözleşmesi adını alacak olan bu Sözleşmeyi kabul etmiştir.*

“*İş ve Meslek Bakımından Ayırım Hakkında 111 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi*”<sup>56</sup> ile de “*Bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu üye memleketler, ulusal şartlara ve tatbikata uygun metotlarla; bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayırımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tesbit ve takip etmeyi taahhüt eder.” (m.2) ırk, cinsiyet veya siyasal düşünce ayırımı gözeterek iş ve meslekte ayırım yapılması önlenmek istenmiştir*<sup>57</sup>.

“*İstihdam Politikasıyla İlgili 122 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi*”<sup>58</sup> de “*İktisadi gelişme ve kalkınmayı teşvik etmek, hayat seviyesini yükseltmek işgücü ihtiyaçlarını karşılamak ve işsizlik ve eksik istihdam sorununu çözümlenmek amacıyla, her üye tam ve verimli istihdama ve işin serbestçe seçilmesine matuf aktif bir politikayı esas bir gaye olarak ele alacak ve uygulayacaktır; /Bu politika; a. Açıkta ve iş arayan herkese iş sağlanmasını, /b. Bu işin, imkan nispetinde verimli olmasını, /c. İşin serbestçe seçilmesini ve her işçinin kendisine elverişli bir işte çalışması için gerekli*

<sup>55</sup> Bu sözleşmenin onaylanması, 14.12.1960 tarihli ve 162 sayılı “Cebri Çalıştırmanın İlgası Hakkındaki 105 Sayılı Sözleşmenin Tasdikına ve Sözleşmeye Katılmamıza Dair Kanun”la (RG., 21.12.1960, S. 10686) kabul edilmiştir, Şen, s. 209; <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/soz105.htm>.

<sup>56</sup> BKK 1967 / 6-8730, RG., 21.9.1967, S. 12705, Şen, s. 295; <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/soz111.htm>.

<sup>57</sup> Zeki Erdut, Küreselleşme Bağlamında Uluslararası Sosyal Politika ve Türkiye, 1. Baskı, Dokuz Eylül Yayınları, İzmir, 2002, s. 60.

<sup>58</sup> BKK 1977/7-13875, RG., 23.10.1977 / 16093, Şen, s. 275; <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/soz122.htm>.

*nitelikleri kazanmasını, bu işte, ırk, renk, cinsiyet, din, politik düşünce, milli veya sosyal menşeye ne olursa olsun niteliklerini ve istidatlarını kullanmasını sağlamak amacıyla yönelmiş olacaktır. /Bu politika, iktisadi gelişme düzey ve aşamasını, istihdam hedefleri ve diğer iktisadi sosyal hedefler arasında mevcut ilişkiler gözönünde bulunduracak ve milli koşullara ve uygulamalara göre kabul edilen metotlarla yürütülecektir” (m.1) demek suretiyle, iş arayan herkese iş sağlanmasını devlete bir istihdam politikası olarak yüklemiştir.*

### C. Avrupa Birliği Normları

Çalışma hakkına ve bunun geliştirilip korunmasına ilişkin evrensel nitelikli belgelerin yanı sıra bölgesel nitelikli olanlar da bulunmaktadır. Bunların en önemlisi “*Avrupa Sosyal Şartı*”dır. Avrupa Sosyal Şartı, temel sosyal ve ekonomik hakları koruyan, medeni ve politik hakları garanti eden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni takviye eden bir Avrupa Sözleşmesi’dir<sup>59</sup>. Avrupa Sosyal Şartı, 1961 yılında Avrupa Konseyi’ne üye devletler tarafından imzalanmıştır. İmzalamış olma bir bakıma Ana Sözleşmenin içeriğini benimsemiş olma anlamını taşır. Fakat önemli olan uygulamaya dönük ve onu gerçekleştirecek ikinci adımı atmaktır. Türkiye, 1961 yılında imzalamış olduğu bu Ana Sözleşmeyi önemli çekinceler koyarak 1990 yılında onaylamıştır<sup>60</sup>. 27 Haziran 2007 tarihinde Türkiye Gözden Geçirilmiş Şart’ı onaylamış ve 1 Ağustos 2007 tarihi itibarıyla VI. Bölüm K/3 maddesi gereği Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı Türkiye’de yürürlüğe girmiştir<sup>61</sup>. Şart, Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen en önemli insan hakları belgelerindedir<sup>62</sup>.

Avrupa Sosyal Şartı’nın birinci maddesi, “Çalışma hakkı” kenar başlığını taşımaktadır. Buna göre, “*Akit Taraflar çalışma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; /1- Tam istihdamı gerçekleştirmek amacıyla olabildiğince yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı başta gelen amaç ve sorumluluklarından biri saymayı; /2- Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı; /3- Tüm çalışanlar için ücretsiz iş bulma hizmetlerini kurmayı ya da sürdürmeyi; /4- Uygun mesleğe yöneltme, eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerini sağlamayı ya da teşvik etmeyi; taahhüt ederler.*”

<sup>59</sup> Bülent Çiçekli, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, Ankara 2001, s. 19;

<sup>60</sup> “(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı”, RG., 09.04.2007, S. 26488. Onaylanması 3581 sayılı Avrupa Sosyal Şartı’nın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun’la (RG. 04.07.1989, S. 20215); uygulanması ise Bakanlar Kurulu’nun da 7.8.1989 tarihli 1989/14434 sayılı kararı (R.G. 14.10.1989, S.20312) ile kabul edilmiştir. (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartının Beyan İle Onaylanması Hakkında Karar, RG., 09.04.2007, S. 26488; Ayrıca bkz. Metin Kutal, “Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye’nin Onayı”, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXXVI, S. 12, 1989, s. 493; Şen, s. 181.

<sup>61</sup> 27 June 2007: Turkey ratifies the European Social Charter (revised). The revised Charter entered into force in respect of Turkey on 1 August 2007. [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/esc/6\\_news\\_archive/Signatures2007\\_en.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/e/human_rights/esc/6_news_archive/Signatures2007_en.asp#TopOfPage); Gülnur Erdoğan, “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, TBB Dergisi, Sayı 77, 2008, s. 126.

<sup>62</sup> Erdoğan, s. 127.

## SONUÇ

Çalışma hakkı, insan hak ve özgürlükleri (temel hak ve özgürlükler) içerisinde yer alan Anayasal tasnif içerisinde ekonomik ve sosyal haklar kısmında düzenlenen bir sosyal haktır.

Çalışma hakkını, devlet tarafından asgari şartları oluşturularak herkese isteğe bağlı olarak tanınan ve insanlık onuruna yaraşır bir gelir sağlamaya dayanan herhangi bir faaliyette bulunma hakkı olarak belirtmek mümkündür. Sosyal bir hak olan bu hak, sosyal devlet ilkesi içerisinde, sosyal devleti gerçekleştirmeye yönelik bir tedbirdir. Sosyal devlet, sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak ve herkes için insan haysiyetine yaraşır asgari hayat düzenini gerçekleştirmekle yükümlüdür. Sözü edilen bu amacı gerçekleştirmek için devletin ekonomik hayata müdahalesi gerekir. Bu hak, kişilerin kendisinin ve ailesinin yaşamını sürdürebilmesi için önemli olduğu kadar, kendisinin seçtiği veya girdiği bir iş ile toplum içinde tanınması ve gelişimi açısından da son derece gereklidir.

Bu hakkın kullanılması isteğe bağlı olup herkese tanınmıştır. İnsanlık onuruna yaraşır bir gelir elde etmek amacı güder. Devlet, bu hakkın asgari kullanılma koşullarını belirler. Çalışma yükümlülüğü de içerebilir. Anayasa tarafından güvence altına alınan bu hak, yine Anayasa'nın öngördüğü sınırlamalara tabidir.

Uluslararası normlarda da çalışma hakkını güvence altına alan düzenlemelere yer verilmiştir. Bunların başında temel hak ve hürriyetleri güvence altına alan İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si gelmektedir. Beyanname, çalışma hakkını siyasal ve ekonomik düzen ayrılığı söz konusu olmaksızın bütün toplumlar için bir insan hakkı olarak öngörmüştür. Bunun yanında Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme de çalışma hakkını koruyucu ve devletlere yükümlülükler getirici düzenlemelere yer vermiştir.

Çalışma hayatının uluslararası alandaki en önemli kurumlarından olan Uluslararası Çalışma Örgütü de, başta ILO Anayasası olmak üzere, Türkiye tarafından da kabul edilen 29 sayılı Cebri veya Mecburi Çalıştırma Hakkında Sözleşme, 105 sayılı Cebri Çalıştırmanın İlgası Hakkında Sözleşme, 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayırım Hakkındaki Sözleşme ve 122 sayılı İstihdam Politikasıyla İlgili Sözleşmelerle bir insan hakkı olan çalışma hakkına yönelik koruyucu düzenlemeler getirmiş bulunmaktadır. Çalışma hakkının geliştirilip korunmasına ilişkin bölgesel nitelikli bir belge de Avrupa Sosyal Şartı'dır. Sosyal Şart da, çalışma hakkına yönelik birinci maddesinde koruyucu hükümlere yer vermiştir.

# İŞVERENİN FESİH HAKKI AÇISINDAN İŞÇİNİN İŞYERİNDE ÖZEL AMAÇLARLA İNTERNET KULLANIMI (SANAL KAYTARMA -CYBERLOAFING)

*(Cyberloafing in Terms of Termination Right of Employer)*

Fuat BAYRAM\*

## ÖZET

İşçinin iş görme borcunu ifa ederken, işyeri bilgisayarını ve internet bağlantısını özel amaçlarla kullanmasının hukuksal sonuçları Türk iş hukukunda güncel bir tartışmadır. Sanal kaytarma (cyberloafing) kavramı, işverenin sağlamış olduğu e-posta ve internetin işçiler tarafından iş saatleri içinde ama iş dışı konular (özel amaçlar) için kullanılmasının karşılığı olarak kullanılmaktadır. Çalışmamızda işverenin fesih hakkı açısından, işyerinde özel amaçlı internet kullanımının (sanal kaytarmanın) iş görme borcunun özensiz ifası ve işveren talimatlarına aykırılık boyutu incelenmiştir. İş görme borcunun ifasında internet bağlantılı işyeri bilgisayarını kullanan işçi için özen borcunun ölçüsü, (diğer ölçülerin yanında) çalışma süresini hangi oranda özel amaçlı internet kullanımında geçirdiği ile de ilgilidir. İşçinin sözleşme, yönetmelik ve işveren talimatlarına aykırı bir biçimde özel amaçlı internet kullanımı gerçekleştirirse bu fiil işveren talimatlarına uymama anlamına geleceği gibi aynı zamanda özen borcuna da aykırılık teşkil edecektir. Kişisel amaçlı internet kullanımı, işçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesini (özen borcunu) engelleyecek düzeyde ise; diğer bir ifade ile işçinin performans ve verim düşüklüğüne yol açıyorsa veya iş yoğunlaşmasını olumsuz yönde etkiliyorsa geçerli bir fesih sebebi teşkil edecektir. Açık işveren talimatına rağmen, özel amaçlı internet kullanımının yapılmasının (internet iletişiminin içeriğinden bağımsız olarak) haklı fesih sebebi teşkil edeceği haller, bu ihlalin aynı zamanda sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği, işverenin güvenini kötüye kullanma ve doğruluk ve bağlılığa uymadığı hallerdir.

**Anahtar kelimeler:** İşyerinde internet, sanal kaytarma, işyerinde internet sınırlamaları

## *Abstract*

Legal results of using the computer and the internet connectivity for per-

\* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi

sonal purposes when the employee fulfil its service duty is a current mootng. The Notion of "Cyberloafing" is in used for utilizing internet connectivity and e-mails in working hours for personal purposes. In this article, right of the rescission of the employer is examined according to cyberloafing as a noncompliance with procedural rules of employer and negligence fulfillment of transaction. For the transaction of the fulfillment, in which proportion using the internet connectivity as a personal purposes to the working hours. If employee use the internet connectivity for personal purposes contrary to the employers agreements, regulaitons and prescriptions, it will be assumed of noncompliance with procedural rules and contraddiction to the duty of care. If personel using of internet disrupt the duty of care and decrease the capacity, the employer get the right for termination for default. Despite of the employers clear regulations, using internet connectivity for personal belongings constitute the right of rescission and be included to the breach of faith and violation of loyalty and faithfulness.

**Keywords:** İnternet at the workplace, cyberloafing, limitations of the internet at the workplace

## I. Giriş

İşçilerin işyerinde özel amaçlarla internet kullanımını sınırlamayı ve işbaşında olmalarını sağlamayı amaçlayan politika ve tedbirlerin hukuki açılımı, modern iş hukukunun problemleri arasında yer almaktadır (Bkz. O'Brien, 2002:71-71; Anton ve Ward, 1998:903; Muhl, 2003:56; Pivec ve Brinkerhoff, 1999:22). Bu problemler daha çok, işçinin özel yaşamının dokunulmazlığı, işverenin internet iletişimini kontrol ve denetleme yetkisi ve özel kullanımın makul ölçüsüne ilişkin hususlarda ortaya çıkmaktadır (O'Brien, 2002:72; Muhl, 2003:57). İşçinin işyeri internet sistemini işten kaytarma, uygunsuz tacizler veya benzeri kötü hareketler için kullanmasının işletmenin verimliliğini olumsuz etkileyeceğinden hareketle konuyu ele alan yaklaşım (Bkz. O'Brien, 2002:72), problemle ilgili tartışmaları da daha çok işverenin fesih hakkı etrafında yapmaktadır.

İşçinin iş görme borcunu ifa ederken, işyeri bilgisayarını ve internet bağlantısını özel amaçlarla kullanmasının hukuksal sonuçları Türk iş hukukunda da güncel bir tartışmadır. Bu soruna özellikle işçilerin iş görme borcunu ifa ederken ve iş görme borcunun gereği olarak internet bağlantılı işyeri bilgisayarını kullandıkları hizmet sektörüne ait işyerlerinde rastlanmaktadır. (Bkz.Savaş, 2009:97). Türk iş hukuku mevzuatında beyaz yaka işçi - mavi yaka veya fikir işçisi - beden işçisi gibi ayrımlar olmasa da; sanayi sektöründeki işyerlerinde, üretimde çalışan personel - büro personeli (idari personel) şeklinde iki ayaklı bir uygulamanın olduğu bilinmektedir. Bu sektörde işçinin özel amaçlı internet kullanımı sorunu ise, idari personel olarak adlandırılan ve iş görme borcunu çoğunlukla internet bağlantılı işyeri bilgisayarını kullanarak ifa eden işçilerle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır.

İşçinin iş görme borcu gereğinin dışındaki tüm internet kullanımı özel amaçlı internet kullanımı olarak tanımlanabilir (Songu, 2011:1058-1059; Okur, 2005: 50; Yiğit, 2010:168-169). Bu konuda terminolojiye yeni kazandırılan “sanal kaytarma (cyberloafing)” kavramı da, işverenin sağlamış olduğu e-posta ve internetin işçiler tarafından iş saatleri içinde ama iş dışı konular için kullanılmasının karşılığı olarak kullanılmaktadır (Aydın vd. 2012:22).

Türk iş hukukunda, işçinin işyerindeki özel yaşam alanı ile işverenin işçinin internet iletişimini denetlemesi ve işçinin internet kullanımına sınırlar getirilmesi gibi hususlar bu tartışmaların ana eksenini teşkil etmektedir. Özel amaçlı internet kullanımının geçerli bir fesih nedeni olacak derece özensiz ifaya yol açması ise, konunun daha çok iş yargısına yansıyan yönü ile ilgilidir. Bu tartışmaya ilişkin olarak ortaya çıkan Yargıtay kararları da daha çok bu çerçevededir. Ülkemiz iş hukuku uygulamasında, davaların nerede ise tamamına yakın kısmının işçi tarafından iş sözleşmesinin feshi sonrasında açılması; işyerinde kişisel internet kullanımına ilişkin sorunun fesih ve feshle bağlı alacakların konu edildiği işe iade ve işçilik alacakları davalarında ve bu olgunun sadece fesih sebebi teşkil edip etmediği (veya ne tür bir fesih sebebi teşkil ettiği) bağlamında yargı denetiminden geçmesine neden olmaktadır. Çalışmamızda da işverenin fesih hakkı açısından, işyerinde özel amaçlı internet kullanımının (sanal kaytarmanın) iş görme borcunun özensiz ifası ve işveren talimatlarına aykırılık boyutu incelenecektir.

## **II. Sanal Kaytarma ve İş Görme Ediminin Özensiz İfası**

### **1. Özen Borcu**

İş sözleşmesi ile işçi, işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi taahhüt eder (TBK.m.391/I; İK.m.8/I). İşçi iş görme borcunu ifa ederken yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır (TBK.m.396/I). Özen borcu, işçinin asıl edimi olan iş görme borcunu, tam ve doğru bir biçimde yerine getirmesini sağlayacak her türlü dikkat, itina ve irade gücünü kullanmasını öngörür (Ertaş, 1982:29).

İş Kanunu'nun m.25/II-1 hükmü uyarınca işçinin iş güvenliğini kast veya ihmali ile tehlikeye düşürmesi halinde veya işyerinde bulunan makine, tesisat veya başka maddeleri otuz günlük ücretinin tutarı ile ödeyemeyecek derecede hasara veya kayba uğratması halinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle (derhal) feshdebilmektedir. Bu hüküm dışında İş Kanunu'nda işçinin özen borcuna ilişkin özel bir madde bulunmadığından dolayı, Türk Borçlar Kanunu'nun yukarıda belirtilen hükmünün iş ilişkilerine de uygulanacağından şüphe etmemek gerekir.

Özenin amacı işin gereği gibi yapılmasının sağlanmasıdır. Eğer işçi bu borcunu yerine getirmese ve dolayısıyla işi özen göstermeksizin yaparsa yapmış olduğu ifa “*kötü ifa*” niteliğini kazanır ve kötü ifanın hukuki sonuçları burada uygulama

alanı bulur (Centel,1994: 137). İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur (TBK.m.400).

## 2. Özen Borcunun Ölçüsü

Özen borcu gereği, çalışma süresi içinde işçinin tüm dikkat ve motivasyonun kural olarak iş görme borcuna yönelik olması, özel amaçlara yönelik olmaması gerekir. Bu kuralın mutlak olarak uygulanması iş hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu gibi işçinin kişilik hakkının korunması ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Bu noktada özen borcunun ölçüsünün belirlenmesi önem arzeder. İşçinin iş görme borcunu yerine getirirken göstermesi gereken özenin derecesinde objektif bir ölçü mevcut değildir. Özen borcu nispi bir borçtur. Bu bakımdan özenin derecesi ve kötü ifanın hangi hallerde özen borcuna da aykırılık teşkil edeceği; her somut olayda, o olaya ilişkin şartlar dikkate alınmak suretiyle değerlendirilecektir (Çelik,2013:140; Ekonomi,1987:123; Centel, 1994:137; Narmanlıoğlu, 2012:186; Mollamahmutoglu ve Astarlı, 2011: 515; Süzek, 2012:352; Demir, 2009:113; Şakar, 2011, 105).

Özen borcundan kaynaklanan sorumluluğun kapsamı, işin özel niteliğine göre değişiklik gösterebilir. Tehlikeli ve zarar çıkma olasılığının yüksek olduğu işlerde çalışan işçinin özen borcunun kapsamı, daha güvenli ve zarar olma ihtimalinin düşük olduğu işlerde çalışan işçinin özen borcunun kapsamından tabii ki daha geniş olacaktır (Ekonomi, 1987:124).

İş görme borcunun ifasında internet bağlantılı işyeri bilgisayarını kullanan ve uygulamada beyaz yaka olarak adlandırılan işçi için özen borcunun ölçüsü daha çok, çalışma süresini hangi oranda özel amaçlı internet kullanımında geçirdiği ile ilgilidir. Burada öncelikle iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmelikleri ve diğer işveren talimatlarına bakmak gerekir. İşveren bu normlar vasıtası ile çalışma süreleri içinde özel amaçlı internet kullanımını yasaklayan veya belli ölçülere bağlayan hükümler getirebilir. Bu ihtimalde işçinin sözleşme, yönetmelik ve işveren talimatlarına aykırı bir biçimde özel amaçlı internet kullanımını gerçekleştirirse bu fiil işveren talimatlarına uymama anlamına geleceği gibi aynı zamanda özen borcuna da aykırılık teşkil edecektir.

Bu tür düzenlemelerin mevcut olmadığı hallerde dürüstlük kuralı ve işçinin çalıştığı işlerde geçerli olan değer yargıları da yine özenin derecesini belirlemede dikkate alınır(Ertaş,1982: 32-33). Bunun sonucu olarak işçinin özel amaçlı internet kullanımı, dürüstlük kuralı ve o işe ilişkin değer yargıları süzgecinden geçirilmeli ve sonuç olarak iş görme borcunun özensiz ifasına yol açacak derecede olup olmadığı belirlenmelidir.



Dürüstlük kuralı iş ilişkisinin tüm alanlarında uygulama alanı bulan bir kuraldır (Centel, 1994:163). Namuslu ve dürüst bir insandan beklenebilecek davranışları da ifade eden dürüstlük kuralı (Oğuzman, 1990: 164) gereği işveren iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarını kullanırken ve özellikle iş görme borcunun ifasını kabul ederken, doğruluk ilkesine uygun davranmak ve işçi nezdinde varlığı normal olan güven duygusunu zedelememek zorundadır (Bkz.Köprülü, 1984:135). İşveren dürüstlük kuralının içeriğinin belirlenmesinde önemli bir yeri olan güven ilkesi uyarınca işçiyi haklı beklentilerinde hayal kırıklığına uğratmamalıdır. İşveren işçinin kendisinden beklediği şeyi düşünerek hareket etmeli ve bu düşünceye göre davranışlarını yönlendirmelidir (Bkz. İmre, 1980: 287-288). Yine işveren işçiden çalışma süresinin tamamında tüm dikkat ve motivasyonunu iş görme ediminin ifasına yöneltmesini beklememeli; makul ölçüler içinde bir işe yoğunlaşma ve performans beklentisi içinde olmalıdır.

İşverenin iş sözleşmesinde kaynaklanan haklarını, tanınmalarındaki amaca aykırı olarak kullanması, işçinin makul sınırlar içinde kalan özel amaçlı internet kullanımını özensiz ifa olarak nitelendirmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz ve bu şekilde hak kötüye kullanılmış olur. Çalışma süreleri içinde işçinin tüm dikkat ve motivasyonunu iş görme borcuna seferber etmesinde objektif sınırların yanında her kendi kişisel sınırı olduğunu da unutmamak gerekir. Her insanın belli bir noktaya kadar dikkatini toplayabilme, itina gösterebilme ve kişisel niteliklerini verimli kullanabilme kapasitesine sahiptir. İşçiden bu sınırın üzerine çıkmasını beklemek, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. İşverenin, işçiden kendi kişisel sınırı üzerinde bir özen beklememesi gerekir. İşveren, işçiden bu sınırların üzerinde bir özen yoğunluğu bekleyip de işçi bunu gerçekleştirmediği takdirde, özen borcuna aykırılıktan ötürü fesih hakkının kullanılması halinde de, hakkın kötüye kullanıldığı söylenebilir.

### **3. Sanal Kaytarmanın Özensiz İfaya Yol Açması**

İşyerinde makul ölçüleri aşacak özel amaçlı internet kullanımı, işe daha az zaman ayırmaya; bu suretle ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimle çalışmaya ve performansın düşmesine sebep olabilir (Yiğit, 2010: 194; Hozar, 2007:201). Özel amaçlı kullanımın toplam süresi çalışma süreleri içinde önemsiz derecede düşük olmasına karşın, özel amaçlı kullanımın günlük çalışma süresi içindeki dağılımı işçinin iş yoğunlaşmasını bozacak derecede de olabilir. İşçinin belli aralıklarla ve sürekli bir biçimde iş görme borcuna ara vererek interneti özel amaçları için kullanması, işçinin işe olan yoğunlaşmasını olumsuz yönde etkileyecektir.

Kişisel amaçlı internet kullanımı, işçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesini (özen borcunu) engelleyecek düzeyde ise; diğer bir ifade ile işçinin per-

formans ve verim düşüklüğüne yol açıyorsa veya işe yoğunlaşmasını olumsuz yönde etkiliyorsa geçerli bir fesih sebebi teşkil edecektir. İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde iş akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak ve uyarılara rağmen işini eksik kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek (işçinin davranışlarına ilişkin) geçerli neden örnekleri arasında sayılmıştır. İş akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak ifadesinden hareketle, iş akışını bozacak ve işyerinde olumsuzluklara yol açacak derecedeki özel internet kullanımı halinde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından makul ölçüler içinde beklenemez olduğunu ve geçerli fesih sebebinin gerçekleştiğini ve kabul etmek gerekir (Aydın vd.,2012: 22;Songu, 2011:1089).

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan geçeli nedenler, İş Kanunu'nun 25.maddesinin 2.fıkrasında belirtilen (haklı) nedenler niteliğinde olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir. İş ilişkisinde işçinin işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemeyen kullanımların feshine konu edilmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. İşçinin özel amaçlı internet kullanımı, işverenle arasındaki güven ilişkisini sarsmayan nitelikte ise ve işyerindeki uyum ve işleyişi olumsuz olarak etkilemiyorsa geçerli fesih nedeni teşkil etmez. Zira sürekli borç ilişkilerinde taraflardan her biri diğer tarafın hafif kusurlu davranışlarını göze almalıdır. Burada ölçülülük ilkesine de başvurulabilir. Ölçülülük işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasındaki çatışmada adil dengenin bulunmasıdır (Süzek, 2012:353).

Yargıtay, işyerinde özel amaçlı internet kullanımını işçinin davranışlarına ilişkin geçerli bir fesih sebebi olarak kabul etmektedir. Yüksek Mahkemeye göre işyerinde özel amaçlı internet kullanımı iş görme ediminin yeterince yerine getirilmemesine sebep olduğu için geçerli bir fesih nedenidir. Kararlarda geçen *iş görme ediminin yeterince yerine getirilmemesi* ifadesinin, *iş görme borcunun özensiz ifası* olarak nitelendirilmesi yanlış bir yorum olmayacaktır.

İşçinin işyerinde özel amaçlı internet kullanımı ile ilgili olarak Yargıtay'ın verdiği bir karara göre (Y.9.HD., 04.05.2009, E.2008/3630, K.2009/12393; kararın incelemesi için bkz.Yıldız, 2009:110 vd.) işçinin mesai saatleri içerisinde iş amaçlı bilgisayar, internet üzerinden alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullanması ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamaması işyerinde olumsuzluklara yol açacak nitelikte davranış olup; bu durumda iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesini beklenemez. Hatta işçinin üstlenilen işi yetiştirmesi veya işverenin zararının oluşmaması da, onun bu olumsuz davranışını ortadan kaldırmaz. İşçi yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Dolayısıyla işverenin bu sebeplerden dolayı iş sözleşmesini, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih niteliğindedir. Görüldüğü gibi Yargıtay, işyeri bilgisayarının

çalışma süreleri içinde amacı dışında kullanılmasının iş görme edimine olumsuz etkisine vurgu yapmıştır. Ancak bu vurgu iş görme ediminin sonucuna veya işverenin bundan dolayı zarar görmesinde daha ziyade iş görme edimi için ayrılan zamanın (çalışma süresinin) iş görme edimine yönelik değil de kişisel amaçlar için harcanmasıdır.

Yüksek Mahkeme başka bir kararında (Y.9.HD, 5.2.2007, E.2006/30107, K.2007/2011) bilgisayar kaynaklarının amacına uygun kullanılması ile ilgili işyeri iç düzenlemesine rağmen, davacının şirket bilgisayarını mesai saatleri içinde kişisel mailinde kullanmasının şirketin iç işleyişi ile ilgili düzenlenen kurala aykırı olduğu gibi, mesai saatleri içinde kişisel ihtiyaçlarında işyeri bilgisayarını kullanarak *iş görme edinimini yeterince yerine getirmediği*, bu davranışının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu, feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme bu davranışı haklı fesih sebebi olarak değil ve fakat işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni olduğu kanaatine varmıştır. (aynı yönde Y.9.H.D, 19.02.2007, E.2006/32539, K.2007/4328). Yargıtay bir başka kararda (9. H.D, 15.10.2007, E.2007/16405, K.2007/30241) işçinin şirket bilgisayarını mesai saatleri içinde bir çok kez kişisel mailinde kullanmasını yine *iş görme ediminin yeterince yerine getirilmemesi* olarak yorumlamış ve geçerli fesih sebebi saymıştır.

Yine Yüksek Mahkemeye göre işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaliyle dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

Yüksek Mahkemeye göre işçinin davranışlarına dayanan fesih yoluna başvurulabilmesi için, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini gerekir. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi akdi yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmelidir. İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan sadakat gibi yan edim yükümlülükleri ile yan yükümleri de (Bkz. Ertürk, 2010: 169-175) dikkate alınmalıdır. Yüksek Mahkeme işçinin davranışı ile iş sözleşmesinin ihlalini de yeterli görmemiş; işçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şartını da aramıştır. Ancak buradaki işletmesel menfaatin zarar görmesi kavramını işverenin somut maddi zararı olarak anlamamak gerekir. İşçinin iş görme edimi için ayırması gereken zamanı kendi özel işleri için kullanması işverenin işletmesel menfaatine zarar vermesi anlamına gelir.

Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre işveren tarafından kullanıma sunulan internet bağlantısının veya diğer işyeri araçlarının iş saatleri içinde özel amaçlı kullanımı durumunda işçi iş sözleşmesi ile borçlandığı iş görme edimini yerine getirmemekte ve iş görme borcunu ihlal etmektedir (Özkaraca, 2008:304).

### III. Açık İşveren Talimatlarına Rağmen Sanal Kaytarma Yapma

#### 1. İşçinin İşveren Talimatlarına Uyma Borcu

Özel amaçlı internet kullanımı ile ilgili açık bir işveren talimatının olduğu durumlarda soruna sadece özen borcu açısından değil, aynı zamanda işveren talimatlarına uyma borcu açısından da bakmak gerekir. **İşverenin** işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilmesi ve onlara özel talimatlar verebilmesi mümkündür (TBK.m.399). İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar. İşverenin yönetim hakkının (emir ve talimat verme yetkisinin) karşısında olan bu borç, işçinin işverene bağımlı bir biçimde iş görme edimini yerine getirmesinin bir sonucudur (Bkz. Çelik, 2013:141-142; Ekonomi, 1987: s.124; Süzek, 2013; 358-359; Demir, 2009:64; Turan, 1993:76; Centel, 1994: 139; Şakar, 2011:107; Narmanlıoğlu, 2012: 184; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2011:520; Akyiğit, 2013:151).

İşçinin iş görme borcunu tam manası ile yerine getirebilmesi, iş edimini işverenin emir ve talimatları doğrultusunda yapmasına diğer bir ifade ile işverene itaat etmesine bağlıdır. Dolayısıyla itaat borcu hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bağımsız bir borç olmaktan ziyade iş görme borcunun kapsamında bir yükümlülüktür (Ekonomi, 1987:125). İşçinin itaat borcu ile kastedilen mutlak bir itaat değildir. İşverenin yönetim hakkının karşısında yer alması hasebi ile itaat borcu da işverenin yönetim hakkının tabi olduğu sınırlara tabidir. Diğer bir ifade ile işverenin yönetim hakkının sınırları işçinin itaat etme borcunun da çerçevesini çizer. İşçi bu çerçevenin dışında bir itaatle yükümlü olmayıp, işverenin yönetim hakkını aşarak verdiği emir ve talimatları yerine getirmek zorunda değildir. Dolayısıyla işçinin itaat borcunun sınırlarını da kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, çalışma yaşamının gelenekleri ve dürüstlük kuralı teşkil eder. Kanunlardaki sınırlamaların en başta gelenleri kişilik hakkını koruyucu nitelikteki düzenlemelerdir. Kişilik hakkının anayasal dayanakları ve aynı zamanda kişilik hakkı kapsamındaki birer kişilik değeri olan temel haklar (başta kişi dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ilkeleri olmak üzere), itaat etme borcunun anayasal sınırlarını belirler (Bayram, 2003, 273).

#### 2. Sanal Kaytarmanın Açık İşveren Talimatına Rağmen Yapılması

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında (Y.9.HD, 17.03.2008, 2007/27583E, 2008/5294 K) işverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın işyerinde internetin özel amaçlı olarak kullanımının yasak olduğunu; internetin özel olarak kullanılabilece-

ğine ilişkin açık veya örtülü bir izin olmadan işçinin işyerinde özel amaçlı olarak internet kullanamayacağını belirtmiştir. Bu yasağın istisnaları ise acil durumlar ile işle ilgili olarak internetin kullanımı olarak belirlenmiştir. Karara göre özel amaçlı kullanım izni verilmiş olsa dahi, işçi internet ya da e-mail iletişim sisteminin sınırsız kullanım hakkına sahip değildir. Özel amaçlı kullanımın sadece açık irade beyanı ile verilmesi şart olmayıp bu yönde örtülü olarak da izin verilebilir. İşyerinde en az altı ay boyunca işveren tarafından özel amaçlı kullanımın fark edilmesine rağmen ses çıkarılmamış olması, örtülü izin olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu surette işçinin, işverenin gelecekte de ses çıkarmayacağına dair haklı güveninden bahsedilebilir. Keza, işverenin dinlenme odasında internet bağlantısı olan bilgisayarları işçilerin kullanımına tahsis etmesi de örtülü izin olarak görülmelidir. Yine karara göre işçinin, işverenin açıkça yasaklamasına rağmen interneti özel amaçlı kullanmasında önceden ihtara gerek olmaksızın iş sözleşmesi feshedebileceği gibi; işçinin pornografik resimleri videoları işletmenin veri taşıyıcısına indirmesi ve yüklemesi halinde ihtara gerek yoktur. Zira internetin her kullanımı bilgisayarda bir iz bırakır ve uzman üçüncü kişiler hangi internet bağlantısından hangi sayfalara girildiğini rahatlıkla tespit edebilirler. Bu suretle işverenin kamuoyu nezdindeki *şöhreti önemli ölçüde zarar görebilir*.

Sanal kayıt, işyerinde özel amaçlı internet kullanımına ilişkin açık bir işveren talimatına rağmen gerçekleştirilmiş ise, Yargıtay'ın görüşünün aksine doğrudan haklı fesih sebebinin gerçekleştiği sonucuna varılmamalıdır. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi iş sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi doğurur ve işçi iş görme borcunu ve belirli veya belirli olmayan bir zaman dilimi içinde sürekli olarak ifa eder. İşveren açısından haklı sebebin var olacağını belirleyen unsur, işçi davranışının iş sözleşmesinin devamını çekilmez hale getirmesidir (Arslan, 2012: 9). Açık bir işveren talimatına rağmen iş ilişkisinde işçinin işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemeyen özel amaçlı internet kullanımının haklı nedenle feshe konu edilmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.

Açık işveren talimatına rağmen işçinin kişisel amaçlı internet kullanımı, işverenle arasındaki güven ilişkisini sarsacak düzeyde olsa bile kural olarak bu kullanımın güven temelini ortadan kaldırdığından söz edilemez. Özel amaçlı kullanımın konusuna göre (işverene hakaret içeren mailler, yasadışı sitelere giriş yapma, işvereni kamu makamları veya 3. kişilere karşı hukuki veya cezai sorumluluk altına sokacak şekilde veri transferi gibi durumlarda) işverenin İş Kanunu m.25/II hükmü anlamında haklı fesih hakkının oluştuğundan da söz edilebilir. Özel amaçlı internet kullanımının kesin olarak yasaklanmasına karşın, işçinin bu kurala aykırı davranması ve bu nedenle işini aksatması veya görevlerini yapmamakta ısrar etmesi; kişisel internet kullanımı yolu ile başka bir işçiyi taciz etmesi veya işveren hakkında asılsız ithamlarda bulunması; internet yolu ile meslek sırlarını ifşa etmesi; kişisel internet

kullanımından kaynaklanan sebeplerle işvereni 30 günlük ücreti ile ödeyemeyecek derecede zarara uğratması gibi ihtimallerde işveren haklı fesih hakkını kullanabilir (Songu, 2011:1088-1089,1095-1096; Yiğit, 2010:201-206). Ancak bu hallerden çoğunda fesih sebebi bizzatıhi internetin kişisel amaçlı kullanımı sebebiyle feshi değildir. Bu fesihlerde baskın faktör internet iletişimi ile yapılınsın veya yapılmınsın sözü edilen fiillerin gerçekleştirilmesidir.

İş Kanunu m.25/II hükmü anlamında, haklı feshi gerektirir işçi davranışlarının, işyeri bilgisayarları ve internet sistemi kullanılarak gerçekleştirilmesi olgusu ile sanal kaytarmayı birbirinden ayırt etmek gerekir. Her ne kadar ilk durumda da işyeri bilgisayarı amacı dışında kullanılmakta ise de burada ağır basan unsur işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı fiilidir. İkinci ihtimalde ise önemli olan işçinin iş görme borcunu ifa etmekle yükümlü olduğu zaman dilimi içinde, iş görme borcunun ifasına ara vermesi ve işverenin yararına geçirmesi gerekli olan bir zaman dilimini özel amaçları için kullanmasıdır.

Açık işveren talimatına rağmen sanal kaytarma yapmanın (iletişiminin içeriğinden bağımsız olarak) haklı fesih sebebi teşkil ettiği haller, bu ihlalin aynı zamanda sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği, işverenin güveninin kötüye kullanıldığı ve doğruluk ve bağlılığa uymadığı hallerdir. İşçi, iş sözleşmesinin gereği olarak iş görme borcunu dürüstçe yerine getirmek, işverene karşı doğru davranmak, kısacası işverenin menfaatini gözetmekle yükümlüdür (Arslan, 2012, 87). Sadakat borcunun gereği olarak işçi işverenin haklı menfaatlerini makul ölçüler içinde korumalı ve işverene zarara uğratacak her türlü davranıştan kaçınmalıdır (Ertürk, 2010;141). Türk Borçlar Kanunu'nda özen borcu ile aynı madde düzenlenen sadakat borcu gereği işçi işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır (TBK.m.396/I). İşçinin açık işveren talimatına rağmen özel amaçlı internet kullanımı yapmasının sadakat borcuna aykırı olması haklı fesih sebebinin gerçekleşmesi için yeterli olup, bu davranıştan dolayı işverenin zarara uğrayıp uğramasının bir belirleyiciliği yoktur. İşçinin özel amaçlı internet kullanımının işveren açısından ağır bir risk taşıması yeterlidir (Bkz.Ertürk, 2010:161). Kanımızca açık işveren talimatına rağmen özel amaçlı internet kullanımının aynı zamanda sadakat borcuna da aykırılık teşkil edeceği hallerin belirlenmesi için öncelikle işçinin görev tanımına ve işyerinin faaliyet konusuna bakmak gerekir. İşçinin yaptığı iş veya işyerinin faaliyet konusu, bilgi ve iletişim güvenliğine özel önem verilen ve hassasiyet gösterilen işlerden ise; buna paralel olarak işverence kapsamı belirlenmiş internet kullanımı dışındaki özel amaçlı kullanımın işverene zarar verme riski yüksek ise, bu ihtimalde doğrudan haklı fesih sebebinin gerçekleşeceğini kabul etmek gerekir.

#### **IV. Sonuç**

Sanal kaytarma (cyberloafing) kavramı, işverenin sağlamış olduğu e-posta ve internetin işçiler tarafından iş saatleri içinde ama iş dışı konular için (özel amaçlarla) kullanılmasının karşılığı olarak kullanılmaktadır. İş görme borcunun ifasında internet bağlantılı işyeri bilgisayarını kullanan işçi için özen borcunun ölçüsü, diğer ölçülerin yanında çalışma süresini hangi oranda özel amaçlı internet kullanımında geçirdiği ile de ilgilidir. İşçinin sözleşme, yönetmelik ve işveren talimatlarına aykırı bir biçimde özel amaçlı internet kullanımı gerçekleştirirse bu fiil işveren talimatlarına uymama anlamına geleceği gibi aynı zamanda özen borcuna da aykırılık teşkil edecektir. Bu tür düzenlemelerin mevcut olmadığı hallerde işçinin özel amaçlı internet kullanımı, dürüstlük kuralı ve o işe ilişkin değer yargıları süzgecinden geçirilmeli ve sonuç olarak iş görme borcunun özensiz ifasına yol açacak derecede olup olmadığı belirlenmelidir. İşveren işçiden çalışma süresinin tamamında tüm dikkat ve motivasyonunu iş görme ediminin ifasına yöneltmesini beklememeli; makul ölçüler içinde bir işe yoğunlaşma ve performans beklentisi içinde olmalıdır.

Buradaki makul ölçü işçinin işe yoğunlaşması ve performansı ile ilgilidir. Özel amaçlı internet kullanımı, işçinin işe daha az zaman ayırmasına ve bu suretle ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimle çalışmasına ve performansının düşmesine sebep oluyorsa makul ölçü aşılmış demektir. Özel amaçlı kullanımın toplam süresi çalışma süreleri içinde önemsiz derecede düşük olmasına karşın, özel amaçlı kullanımın günlük çalışma süresi içindeki dağılımı işçinin iş yoğunlaşmasını bozacak derecede de olabilir. İşçinin belli aralıklarla ve sürekli bir biçimde iş görme borcuna ara vererek interneti özel amaçları için kullanması, işçinin işe olan yoğunlaşmasını olumsuz yönde etkileyecektir.

Kişisel amaçlı internet kullanımı, işçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesini (özen borcunu) engelleyecek düzeyde ise; diğer bir ifade ile işçinin performans ve verim düşüklüğüne yol açıyorsa veya işe yoğunlaşmasını olumsuz yönde etkiliyorsa geçerli bir fesih sebebi teşkil edecektir. İş akışını bozacak ve işyerinde olumsuzluklara yol açacak derecedeki özel internet kullanımı halinde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından makul ölçüler içinde beklenemez olduğunu ve geçerli fesih sebebinin gerçekleştiğini ve kabul etmek gerekir. İş ilişkisinde işçinin işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemeyen kullanımların feshe konu edilmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.

Yargıtay, işyerinde özel amaçlı internet kullanımını işçinin davranışlarına ilişkin geçerli bir fesih sebebi olarak kabul etmektedir. Yargıtay bu kararlarında işyeri bilgisayarının çalışma süreleri içinde amacı dışında kullanılmasının iş görme edimine olumsuz etkisine vurgu yapmaktadır. Ancak bu vurgu iş görme ediminin sonucuna veya işverenin bundan dolayı zarar görmesinde daha ziyade iş görme edimi için ayrılan zamanın (çalışma süresinin) iş görme edimine yönelik değil de özel

amaçlar için harcanmasıdır. Yüksek Mahkemeye göre işyerinde özel amaçlı internet kullanımını iş görme ediminin yeterince yerine getirilmemesine sebep olduğu için geçerli bir fesih nedenidir. Kararlarda geçen iş görme ediminin yeterince yerine getirilmemesi ifadesini iş görme borcunun özensiz ifası olarak anlamak gerekir. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre de işveren tarafından kullanıma sunulan internet bağlantısının veya diğer işyeri araçlarının iş saatleri içinde özel amaçlı kullanımı durumunda işçi iş sözleşmesi ile borçlandığı iş görme edimini yerine getirmemekte ve iş görme borcunu ihlal etmektedir.

Yargıtay'a göre işçinin, işverenin açıkça yasaklamasına rağmen interneti özel amaçlı kullanması haklı fesih sebebidir. Kanımızca sanal kayıtma, işyerinde özel amaçlı internet kullanımına ilişkin açık bir işveren talimatına rağmen gerçekleştirilmiş ise, Yargıtay'ın görüşünün aksine doğrudan haklı fesih sebebinin gerçekleştiği sonucuna varılmamalıdır. Açık işveren talimatına rağmen sanal kayıtma yapmanın (iletişiminin içeriğinden bağımsız olarak) haklı fesih sebebi teşkil ettiği haller, bu ihlalin aynı zamanda sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği, işverenin güveninin kötüye kullanıldığı ve doğruluk ve bağlılığa uymadığı hallerdir. Kanımızca açık işveren talimatına rağmen özel amaçlı internet kullanımının aynı zamanda sadakat borcuna da aykırılık teşkil edeceği hallerin belirlenmesi için öncelikle işçinin görev tanımına ve işyerinin faaliyet konusuna bakmak gerekir. İşçinin yaptığı iş veya işyerinin faaliyet konusu, bilgi ve iletişim güvenliğine özel önem verilen ve hassasiyet gösterilen işlerden ise; buna paralel olarak işverence kapsamı belirlenmiş internet kullanımını dışındaki özel amaçlı kullanımın işverene zarar verme riski yüksek ise bu ihtimalde haklı fesih sebebinin gerçekleşeceğini kabul etmek gerekir.



**KAYNAKÇA**

- Akyığıt, E., (2013) İş Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Anton, G./Ward, J.J., (1998) "Every Breath You Take: Employee Privacy Rights In The Workplace", Labor Law Journal, 1998'March.
- Arslan, S., (2012) İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Aydın, U./Özkalp, E./Tekeli, S., (2012) "Sapkın Örgütsel Davranışlar ve Çalışma Yaşamında Yeni Bir Olgı: Sanal Kaytarma (Cyberloafing) ve İş İlişkilerine Etkileri", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, 2012'Mart.
- Bayram, F., (2003) Türk İş Hukukunda İşçinin, İşverenin Kişilik Hakkını Koruma Borcu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul.
- Centel, T., (1994) İş Hukuku. C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.
- Çelik, N., (2013) İş Hukuku Dersleri, İstanbul : Beta Yayınları.
- Ekonomi, M., (1987) İş Hukuku. C.I. Ferdi İş Hukuku, İstanbul.
- Ertaş, K., (1982) Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara.
- Ertürk, A. A., (2010) Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul.
- Hozar, N. N., (2007) "Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi", Sicil. Eylül.
- İmre, Z., (1980), Medeni Hukuka Giriş, İstanbul.
- Köprülü, B., (1984) Medeni Hukuk-Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, İstanbul.
- Mary E./Pivec, M. E./Brinkerhoff, S., (1999) "E-Mail In The Workplace : Limitations on Privacy" Human Rights, Vol.26, Iss.1.
- Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M., (2011) İş Hukuku, Ankara.
- Muhl, C.J., (2003) "Workplace E-mail and İnternet Use : Employees and Employers Beware", Monthly Labor Review, Vol.3, Iss.2 2003'February.
- Narmanlıoğlu, Ü., (2012) İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul.
- O'Brien, C.N., (2002) "The İmpact of Employer E-Mail Policies on Employee Rights to Engage in Concerted Activities Protected by The National Labor Relations Act", Labor Law Journal, Dickinson Law Review 2002.
- Oğuzman, M.K., (1990) Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul.
- Okur, Z., (2005) "İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi", Kamu-İş, 8. Cilt, S.2.
- Özkaraca, E., (2008) "İş Sözleşmesinin İş İçin Tahsis Edilen Bilgisayarın Özel Amaçla Kullanımı Nedeniyle Feshine Dair Alman Federal İş Mahkemesi Kararı", MÜHF-HAD, C.14, 2008'3.
- Savaş, F.B., (2009) "İş Hukukunda Siber Gözetim", Çalışma ve Toplum, 2009'3.

- Songu, S.Ö., (2011) “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, Prof.Dr. Sarper Süzek’e Armağan, I.Cilt, İstanbul.
- Şakar, M., (2011) İş Hukuku Uygulaması, İstanbul.
- Turan, K., (1993) Ferdi İş Hukuku, Ankara.
- Yıldız, G.B., (2009) “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık. S.16.
- Yiğit, Y., (2010) “İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi” SÜHFD, 18.C, S.2.

# HASTALIK RİSKİNDEN DOLAYI İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ HAKLI NEDENLE FESHİ

## *(Employee's Termination of the Employment Contract with Just Cause in Case of Disease Hazard)*

Hediye ERGİN\*

### ÖZET

İşçi işyerinde hastalanma tehlikesinin bulunması durumunda hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmesini derhal feshedebilir. İş Kanunu'nun 24. maddesi I. fıkrasının (b) bendine göre, işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması haklı nedenle fesih sebebidir. İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa işçi iş akdini yine haklı nedenle derhal sona erdirebilir (İş K. m.24/I-a). İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde de işçi, çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. fıkrasının (f) bendi uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

**Anahtar kelimeler:** Hastalık riski, bulaşıcı hastalık, iş sağlığı ve güvenliği, haklı nedenle fesih

### *Abstract*

The employee may terminate the employment contract promptly, whether for an indefinite period or fixed time, in case of a disease hazard at the workplace. Under 24/ (b) article of the Labour Act, contraction of the employer, his representative or another employee who is constantly near the employee and with whom he is in direct contact with an infectious disease or a disease incompatible with his duties is a just cause for termination. The employment contract may be terminated promptly if the performance of the work stipulated in the contract endangers the employee's health or life for a reason which it was impossible to foresee at the time the contract was concluded. The employee may also terminate his employment contract for just cause by virtue of the article 24/ II (f) of the Labour act if the employer fails to implement the conditions of the employment by not observing the occupational health and safety rules.

**Keywords:** Disease hazard, infectious disease, occupational health and safety, termination for just cause.

\* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## I. GİRİŞ

İşçi işyerinde çalışırken hastalanma tehlikesinin bulunması durumunda hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmesini derhal feshedebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 24/I-a hükmüne göre, "İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa" işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, işçinin sözleşmesini sağlık nedeni ile haklı olarak sona erdirebilmesi için *hastalık ihtimalinin sözleşmenin kurulduğu esnada bilinmemesi şartı* aranmaktaydı.<sup>1</sup> 4857 sayılı yeni İş Kanununda ise bu durumun sözleşmesi kurulduğu esnada bilinmemesi koşulu kaldırılmıştır. Yani 4857 sayılı İş Kanununa göre sözleşme yapılırken bilinsin ya da bilinmesin, işçinin yaptığı iş, işin niteliğinden kaynaklanan bir nedenle, işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa, işçi bildirim sürelerini beklemeksizin veya belirli süreli sözleşmelerde, süre dolmadan önce sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir.<sup>2</sup> Sağlık nedenleriyle işçinin haklı feshinde 4857 s. İş Kanununda bundan başka bir değişiklik yapılmamıştır.

## II. HASTALANMA TEHLİKESİNİN VARLIĞI HALİNDE FESİH HAKKI

### 1. Yapılan İşin İşçinin Sağlığı İçin Tehlikeli Olması Halinde Fesih

İş Kanunu'nun m. 24/I-a hükmüne göre, işçi lehine sağlık nedeniyle fesih hakkının doğabilmesi için yapılan işin işçinin yaşamı veya sağlığı için tehlike yaratması gereklidir ve bu tehlike *işin niteliğinden* kaynaklanmış olmalıdır. Ağır iş makinesinde operatörlük yapan bir işçide zamanla duyma kaybı oluşması bu nitelikte bir tehlikeye örnektir.<sup>3</sup> İşin niteliğinden doğan bu hastalıklar, çoğu zaman meslek hastalıklarıdır.<sup>4</sup> Nitekim Yargıtay da işyeri koşullarından kaynaklanmayan hastalık-

<sup>1</sup> 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, 16. maddedeki işçinin bilmesinin anlamı, tehlikeyi sezmesi ve/veya genel olarak bir tehlikeyle karşılaşacağı ihtimalini *tahmin etmesi değil*, o işin ifasında öyle bir tehlikeyle karşılaşacağını *somut olarak bilmesi* olarak anlaşılması gerektiği görüşü hakimdi. Bkz.: *Narmanlıoğlu*, Ünal: Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, s. 186-187; *Çenberci*, Mehmet: İş Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara 1986, s.532; *Akyiğit*, Ercan: Kıdem Tazminatı, 2. Baskı, Ankara 2010, s.115.

<sup>2</sup> Bkz.: 4857 s. İş Kanunu'nun 24. maddesinin gerekçesi, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayın No:234, s.130.

<sup>3</sup> *Akyiğit*, Kıdem Tazminatı, s.115.

<sup>4</sup> *Tunçomağ*, Kenan/*Centel*, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 6. Bası, İstanbul 2013, s.215-216; *Mollamahmutoglu*, Hamdi: İş Hukuku, 3 Baskı, Ankara 2008, s.604. Meslek hastalıkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Sözer*, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013, s.313-318; *Tuncay*, Can/*Ekmekçi*, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2013, s.349-356; *Güzel*, Ali/*Okur*, Ali Rızal *Caniklioğlu*, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s.417-420.

ları haklı fesih nedeni saymamaktadır. Yargıtay'ın 25.11.2002 tarihli kararına konu olan olayda, davalı işçi, işyerindeki çalışma şartlarının sağlık için olumsuz olduğunu, havasız ve 50 kişinin birlikte çalıştırıldığı ve sigara içilen mekanda çalıştırılması dolayısıyla sağlığının bozulduğunu ve hastanede tedavi sonrasında da aynı koşullarda devam etmesi karşısında işi bırakmak zorunda kaldığını belirtmiştir. Yüksek mahkeme, *“davalıda baş gösteren hastalığın işyeri ve iş koşulları ile ilişkisi ortaya konmamıştır. Hastaneden celbedilen sağlık dosyası ve belgelerden hastalığın işyeri ile ilgili olduğu şeklinde bir bilgi yoktur. Bu durumda mahkeme içerisinde işgüvenliği ve göğüs hastalığı uzmanı uzmanlarının da bulunduğu bir bilirkişi kurulu iştirakleriyle iş yerinde inceleme yapılarak, gerek hastalığın başlamasına ve gerekse tekrarlanmasına işyeri ve çalışma koşullarının neden olup olamayacağı yönlerinden”* bilirkişi raporu alınıp sonuca varılması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>5</sup> Aynı doğrultudaki Yargıtay'ın 17.6.2008 tarihli Kararına konu olan olayda, sağlık raporunda işçiye “Bissinosis” tanısı konulmuş, hastalığın mesleki olduğu belirtilerek kontrolü istenmiş, işçi tozun az olduğu bobin bölümüne nakledilmiş, ancak her iki tarafın tanıkları bobin bölümünde de toz bulunduğunu, önceki bölümle farkının az olduğunu beyan etmişlerdir. Kararda, *“Bu durumda işlerinde davacının hastalığı konusunda uzman doktorunda bulunduğu, bilirkişi kurulu tarafından işyerinde yapılacak inceleme sonucu, çalıştığı bölümde davacının sabit olan hastalığı ile işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olup olmadığının belirlenerek, iş akdinin davacı tarafından haklı olarak feshedilip feshedilmediğine karar verilmesi”* gerektiğini belirtmiştir.<sup>6</sup> Bir başka Kararda, dosyaya ibraz edilen sağlık raporunda *“rahatsızlığın tanımı tıbbi olarak tam olarak belirtilmediği gibi raporda belirtilen “Rahatsızlığın işten kaynaklanmadığı, işini yapması halinde sağlığı için bir tehlike oluşturmadığı, hastalığı ile işi bağdaşmamaktadır”* şeklindeki açıklama kendi içinde çelişkilidir. *Söz konusu rapor 4857 Sayılı Kanununun 24/II-a maddesindeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için yeterli değildir”* denilerek davacının Adli Tıp veya Üniversite Hastanelerine sevk edilerek, iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir

<sup>5</sup> Yarg. 9. HD. 25.11.2002, E. 2003/5907, K. 2003/18272, Çalışma ve Toplum D., 2004/1, s. 178-179. Somut olayda, söz konusu işçiye ait hastane dosyasında, kendisinde pnötorax+ sol spontan pnömotoraks (devam eden hava kaçağı) saptandığı ve kendisine toraks tüpü takıldığı, daha sonra iyileşmiş bir şekilde taburcu edildiği belirtilmiştir. Daha sonra işçi 5.1.2001 tarihinde hastaneden taburcu edilirken 20 gün istirahat verilmiş ve bu sürenin geçmesinden sonra göreve başlayan davalı işçi, 12.2.2001 tarihinde sağlık problemleri nedeniyle görevinden ayrılmıştır. Kararda *“...içerisinde işgüvenliği ve göğüs hastalığı uzmanı uzmanlarının da bulunduğu bir bilirkişi kurulu iştirakleriyle iş yerinde inceleme yapılarak, gerek hastalığın başlamasına ve gerekse tekrarlanmasına işyeri ve çalışma nende olup olamayacağı yönlerinden rapor alınıp hastane kayıtlarıyla bu raporun değerlendirilmesi sonucunda davalı feshinin haklı olup olmadığı yönünde kanaate varılması gerekirken mücerret ifadelerle feshin haklı olduğunun kabulü hatalı olduğundan hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir.”* denilmiştir.

<sup>6</sup> Yarg. 9. HD., 17.6.2008, E.2007/22097, K.2008/16409, Günay, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi I, 3. Bası, Ankara 2009, s.1155.

sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olup olmadığı yolunda yeni bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>7</sup>

Yargıtayın yerleşik içtihadına göre, hastalığın işyerindeki koşullardan kaynaklandığı doktor raporu ile ispat edilmeli; bunun için eğer gerekiyorsa işyerinde inceleme yapılmalıdır. 25.06.2009 tarihli kararda, *“işyerinin özellikleri, çalışma koşulları, yapılan işin özellikleri bir bütün halinde dikkate alınıp davacının çalışmasına engel olabilecek bir rahatsızlığının bulunup bulunmadığının tespiti için tam teşekküllü bir devlet hastanesinden rapor aldırılması ve sonucuna göre karar verilmesi”* gerektiği, *“konusunda uzman olmayan doktor raporuna itibar edilerek karar verilmesi”* nin hatalı olduğu belirtilmiştir.<sup>8</sup> Görüldüğü gibi doktor raporu olmadan sağlık nedenleriyle yapılan feshi Yüksek Mahkeme eksik inceleme nedeniyle bozmaktadır. Bu yöndeki 25.09.2006 tarihli bir başka karara göre, *“hamallık gibi bir işte çalışan ve bel fitiği hastalığına yakalanan davacının bu rahatsızlığı nedeniyle devamsızlık yaptığı ve işi bıraktığının kabul edilebilmesi için bu konuda doktor veya sağlık kurulu raporunun olması gerekir...Mahkemece 4857 sayılı yasanın 24/1-a maddesi gereğince sağlık kurulu raporu alınıp sonucuna göre karar kurulmalıdır”*.<sup>9</sup>

İş Kanunu'nun 24. maddesinin I. bendindeki “tehlike” kavramından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Çenberci'ye göre, bu maddedeki “tehlike” deyimini, sözlükte olduğu gibi *“ölüm veya büyük zarar olasılığı”* biçiminde anlaşılmalıdır.<sup>10</sup> Narmanlıoğlu ise, tehlike deyiminin işçinin yaşamının ve sağlığının ileride karşılaşacağı istenilmeyen kötü haller, giderilmesi mümkün olmayan zararların ortaya çıkacağı haller olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda, işçinin sakat kalması, bir hastalığa yakalanması veya ölmesine yol açacak haller bu tür tehlikelere örneklerdir.<sup>11</sup> Mollamahmutoğlu, tehlikenin mutlaka ölümcül olmasının gerekmeceğini haklı olarak vurgulamaktadır.<sup>12</sup> Böyle bir tehlikeye rağmen işçinin o işte çalışmasını istemek ise işçinin kişilik haklarına tecavüz teşkil eder.<sup>13</sup>

Tehlikenin haklı neden oluşturması için geçici veya sürekli olması önem taşımaz. İş Kanunu'nun m.24/I-a bendindeki düzenlemede bu bakımdan bir ayırım

<sup>7</sup> Yarg. 9. HD., 8.7.2008, E.2007/23815, K.2008/19774, www.legalbank.net (5.5.2009).

<sup>8</sup> Yarg. 9. HD., 25.6.2009, E.2009/10473, K.2009/17999, Çalışma ve Toplum D., 2009/4, Sayı:23, s.184-185.

<sup>9</sup> Yarg. 9. HD., 25.9.2006, E.2006/3198, K.2006/24558, Çalışma ve Toplum D., 2007/1, Sayı:12, s.237-238.

<sup>10</sup> Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s. 532.

<sup>11</sup> Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 4. Bası, İstanbul 2012, s.419.

<sup>12</sup> Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.603, bu yönde bkz.: Yarg. 9. HD., 20.9.2004, E.2004/4481, K.2004/19426.

<sup>13</sup> Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.75; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, s.419.

yapılmamıştır.<sup>14</sup> Nitekim, Yargıtay da 08.03.2007 tarihli kararında, iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının “sonradan doğan bir sebeple” işçinin sağlığı için tehlikeli hale gelmesi durumunda işçinin İş K. m. 24/I-a hükmü uyarınca haklı nedenle fesihle bulunabileceğini kabul etmiştir.<sup>15</sup>

İşin tehlike oluşturup oluşturmayacağı tespit edilirken, objektif (nesnel) koşullar yanında, işçinin yaşı, vücut ve sağlık durumu, cinsiyeti vb. gibi sübjektif (öznel) koşulların da dikkate alınması gerekir.<sup>16</sup> Çünkü, yapılan işin niteliği işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olabileceği gibi, işçinin vücut yapısı ve sağlık durumu bakımından da tehlikeli olabilir. Örneğin, daha önce tüberküloz geçirmiş bir işçinin dökümhane veya barut imal eden bir işyerinde çalışması onun için tehlikeli olmaktadır, başka bir işçi için bu işler veya işyerlerinde çalışmak tehlikeli olmayabilecektir.<sup>17</sup>

Bundan başka, hangi hastalıkların yapılan işin niteliğinden doğduğu her somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Şüphesiz işçi meslek hastalığına yakalanması halinde İş K. m.24/I-a hükmüne dayanarak sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.<sup>18</sup> 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal özrürlülük halleridir.” İşçinin bir kazaya uğraması veya bir meslek hastalığına yakalanmasında olduğu gibi, eğer tehlike zaten gerçekleşmişse, işçi iş sözleşmesini İş K. m.24/I-a hükmüne göre feshedebilir.<sup>19</sup> Nitekim uygulamada Yargıtay, iş kazasında işverenin % 80 oranında kusurlu olmasını işin “işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli bulunduğu oluşmuş bir kanıtı” olarak kabul etmektedir.<sup>20</sup>

Hastalığın “işyeri ve iş koşulları ile ilişkisinin ortaya konulması ve hastalığın başlaması ile tekrarlanmasına işyeri ve çalışma koşullarının neden olup olmayacağıının

<sup>14</sup> Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s. 532; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.603-604.

<sup>15</sup> Yarg. 9. HD., 8.3.2007, E.2006/21363, K.2007/6171, Çalışma ve Toplum D., 2007/4, Sayı:15, s.322-323. Kararda, 8.4.2004-3.6.2004 tarihleri arasında psikiyatrik hastalığı nedeniyle yatarak tedavi gören davacının yaklaşık 10 yıldır “beyaz et entegre tesislerinde çalıştığı, parçalamaya işi yaptığı, mevcut olan hastalığı nedeniyle sık sık bayılıp düştüğü ve revire kaldırıldığı tanık anlatımları ile ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, davacının 4857 Sayılı İş Kanununun 24/1 maddesi uyarınca iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması sonradan doğan bir sebeple işçinin sağlığı için tehlikeli hale geldiği görülmektedir” sonucuna varılmıştır.

<sup>16</sup> Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, s.419; Centel, Tankut: İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku 2. Bası, İstanbul 1994, s.177; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.603.

<sup>17</sup> Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, s.419-420.

<sup>18</sup> Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, s.420.

<sup>19</sup> Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, s.420.

<sup>20</sup> Yarg. 9. HD., 8.6.1982, E.4685, K.5529, Tekstil İşveren D., Nisan 1983, Sayı: 62, s. 19.

*belirlenmesi*” gerekir.<sup>21</sup> Bu bağlamda, örneğin, yoğun çalışma nedeniyle sağlığının bozulduğunu ileri sürerek iş akdini fesheden işçinin iş sözleşmesini haksız olarak feshettiği sonucuna varılmıştır.<sup>22</sup> Yargıtayın yerleşik içtihadına göre, hastalığın “*işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli*” olduğunun da sağlık raporunda belirtilmesi gerekir.<sup>23</sup> Yargıtayın 01.07.2003 tarihli kararına göre, işçinin İş K. m.24/I-a hükmüne dayanarak işini yapamayacağını ileri sürebilmesi için, “*işin mahiyetinden doğan bir sebeple kendi sağlığı ve yaşayışı için yaptığı işin tehlikeler doğurması ve bu hususun raporda yer alması gerekir*”.<sup>24</sup> Sağlık raporunda işçinin “nemli” ortamdan alınıp “kuru” ortamda çalışması öngörüldüğü hallerde, işverenin işçisini kuru ortamda çalıştırmaya başlaması işçinin haklı sebeple derhal fesih hakkını ortadan kaldırır. Yargıtayın başka bir kararına konu olan olayda, sağlık raporu ile işçinin işitme kaybına uğradığı ve gürültülü ortamda çalışmaması gerektiği tespit edilmiştir. Bunun üzerine işçi argon kaynak kullanılan yerden, sevkiyat ambarına nakledilmek suretiyle çalışma yeri değiştirilmiştir. Bu nakilden sonra işçinin iş sözleşmesini sağlık nedenleriyle derhal feshetmesi üzerine, mahkeme işçinin son çalışma yerinin işitme kaybına olumsuz etkisi olmayacağını doktor raporu ile tespit edildiğini belirterek feshin haklı olmadığını sonucuna varmıştır.<sup>25</sup>

## 2. İşçinin İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbing) Uğraması Halinde Fesih

*“İşçilerin birbirlerine karşı ya da üstleri tarafından yapılan sistematik düşmanlıklar, kışkırtma ya da ayrımcılıklar”*<sup>26</sup> olarak tanımlanan ve son zamanlarda hem

<sup>21</sup> Yarg. 9. HD., 25.11.2002, E.2003/5907, K.2003/18272, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 178-179.

<sup>22</sup> Yarg. 9. HD., 10.2.1998, E.1997/20813, K.1998/1274, İşveren D., Cilt:XXXVII, Sayı:1, Ekim 1998, s.15.

<sup>23</sup> Yarg. 9. HD. 25.11.2002, E. 2003/5907, K. 2003/18272, Çalışma ve Toplum D., 2004/1, s.178-179; Aynı yöndeki bir başka kararda, “*davacının rahatsızlığının işini yapması halinde sağlığı veya yaşayışı için tehlike doğurup doğurmadığının ya da işi ile bağdaşp bağdaşmadığının tıp uzmanına tespit ettirilerek*” karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir, Yarg. 9. HD., 22.2.2000, E.1999/19850, K.2000/2076, Günay İş Kanunu Şerhi II, s.1187-1188; Aynı yönde, Yarg. 9. HD., 26.12.2002, E.2003/1611, K.2003/12292, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 175-177. Tehlikenin “*işçinin sağlığına ve yaşamına yönelik*” olmasının yeterli olduğu, tehlikenin ölümcül olmasının şart olmadığı hakkında bkz.: Yarg. 9. HD., 20.9.2004, E. 2004/4481, K.2004/19426, Kılıçoğlu, Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005, İş Kanunu Yorumu, s. 258-259.

<sup>24</sup> Yarg.9. HD., 26.12.2002, E.2003/1611, K.2003/12292, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 175-177; aynı doğrultuda Yarg. 9. HD., 19.09.2005, E.2005/704, K.2005/30333, Günay, İş Kanunu Şerhi I, s.1166.

<sup>25</sup> Yarg. 9. HD., 18.9.1997, E.1997/11997, K.1997/15330, Tekstil İşveren D., Kasım 1997, s. 20.

<sup>26</sup> BAG, vom 15. Januar 1997, NZA 1997, s. 781.



mahkeme kararlarında<sup>27</sup> hem de öğretilerde<sup>28</sup> sıkça dile getirilen işyerinde psikolojik taciz (*mobbing*) süreci içinde işçi hastalanabilmektedir.<sup>29</sup> Burada yanıtlanması gereken soru, işçinin işyerinde psikolojik tacize uğrayıp hastalanması halinde iş sözleşmesini İş K. m.24/I-a hükmüne göre haklı nedenle feshedip feshedemeyeceğidir. İş Kanunu'nun m.24/I-a bendine göre, iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa derhal fesih için haklı bir neden oluşturur. İşyerinde psikolojik taciz de sebepleri işyerinden kaynaklanan ruhsal ya da bedensel bir hastalığa yol açabilir. Kanaatimizce, eğer işçi işyerinde uğradığı psikolojik taciz nedeniyle bedensel ya da ruhsal bir hastalığa yakalanmışsa iş sözleşmesini m. 24/I-a hükmüne göre derhal feshedebilir.<sup>30</sup> Nitekim, Yargıtay 1.4.2011 tarihli kararında, işyerinde psikolojik tacize uğrayan işçinin iş sözleşmesini sağlığının bozulması nedeniyle haklı olarak feshedebileceği sonucuna varmıştır. Kararda, "*işten ayrılış formunda davacı, davalı işyerinden ayrılma nedeni olarak sağlık nedeni ile istifa ve çalışma ortamına uyumsuzluk olarak belirtmiş, yine aynı belgenin arka kısmına "ortamdaki huzursuzluk ve dolayısıyla sağlığının bozulması nedeniyle işyerinden ayrılmak zorunda kaldım" ibaresi yazılmıştır.*

*Temyiz dilekçesi ekinde davacı tarafından dosyaya sunulan 22.08.2005 tarihli doktor raporunda 22.08.2005 tarihinde muayene edildiği hipoglisemi ve hipotansiyon teşhisi konulduğu ve 3 gün istirahat verildiği anlaşılmaktadır.*

*Mahkemeye dinlenen davacı tanığı davacının amiri konumundaki işyeri çalışanı A'nın davacıya zaman zaman bağırıldığını, davacının işyerinde bayılması üzerine hastaneye götürülmesine karşı çıktığını beyan etmiştir.*

<sup>27</sup> Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.5.2008 tarihli, E.2007/9154 ve K.2008/13307 sayılı Kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2008 tarihli, E.2008/3122, K.2008/4922 sayılı Kararı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/1, Sayı:16, s.149-169; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2008 tarihli, (E.2008/3122, K.2008/4922 sayılı) kararı, *Kılıçoğlu/Şenocak*, İş Kanunu Şerhi, Cilt:2, s.280-281; Yargıtay 4. HD'nin 13.3.2008, E.2007/3114, K.2008/3142 sayılı Kararı.

<sup>28</sup> *Tınaz*, Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), 2. Bası, İstanbul 2008; *Savaş*, Fatma Burcu, İşyerinde Manevi Taciz, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007; *Güzel*, Ali/*Ertan*, Emre, İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, Legal İSGHD 2007/14, s.509-549; *Bayram*, Fuat: Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Legal İSGHD 2007 Sayı: 14, s.553 vd; *Çelebi*, Özgün: İş İlişkisinde Manevi Taciz, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kotalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2004, s. 691-719; *Bozbel*, *Savaş/Palaz*, Serap: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları, TİSK Akademi, 2007/1, s. 67-81; *Tınaz*, Pınar/*Bayram*, Fuat/*Ergin*, Hediye, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), 1. Bası, İstanbul 2008.

<sup>29</sup> Mobbing ve benzeri kavramlar için bkz.: *Tınaz*, Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), 2. Bası, İstanbul 2008, s. 15-16; *Brinkmann*, Mobbing, Bullying, Bossing, Heidelberg 1995, s. 9 vd, s. 78 vd.

<sup>30</sup> *Ergin*, Hediye: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2009, s.147..

İsviçre hukukundaki durum için bkz.: *Rehbinder*, Manfred/*Krausz*, Alexander, Psychoterror am Arbeitsplatz, Mobbing und Bossing und das Arbeitsrecht, ArbR: Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, 1996, s.42.

*İşten ayrılma belgesi, doktor raporu ve davacı tanığının beyanlarından işyerinde davacı üzerinde psikolojik baskı (mobbing) oluşturulduğu, davacının işten çıkış belgesinde bu yönde beyanının alındığı anlaşılmaktadır. Davacının istifa dilekçesinin gerçek istifa iradesi ile imzalanmadığı psikolojik baskı (mobbing) yolu ile istifaya zorlandığı anlaşılmaktadır. Davacı işçinin iş sözleşmesini feshi haklı olup dava konusu kıdem tazminatı isteğinin kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalı olmuştur.”* denilmiştir.<sup>31</sup> Yargıtayın 14.03.2008<sup>32</sup> ve 18.03.2010<sup>33</sup> tarihli kararında da işyerinde psikolojik tacize uğrayan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği sonucuna varılmıştır. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, işçinin *hastalığın gerek başlamasına ve gerekse tekrarlanmasına işyeri ve çalışma koşullarının neden olduğunun bilirkişi raporu* ile ispatlanması gerekir.<sup>34</sup> Bu bağlamda, işçinin haklı nedenle fesihle bulunabilmek için sağlığının işyerinde uğradığı psikolojik taciz sonucu bozulduğunu bilirkişi raporu ile ispatlaması gerekecektir.<sup>35</sup>

İşçinin ruhsal sağlığının bozulmasına işyerinde aldığı ölüm tehditleri sebebiyet vermişse, işçinin İş K. m.24/I-a kapsamında iş sözleşmesini feshetmeye hakkı olup olmadığı Yargıtay'ın 25.10.2005 tarihi Kararında tartışılmıştır.<sup>36</sup> Somut olayda, iş-

<sup>31</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1.4.2011, E.2009/8046, K.2011/9717.

<sup>32</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2008 tarihli, (E.2008/3122, K.2008/4922 sayılı) kararı, *Kılıçoğlu/Şenocak*, İş Kanunu Şerhi, Cilt:2, s.280-281. Kararda, işyerinde psikolojik tacizin (mobbing) çağdaş hukukun son zamanlarda mahkeme kararlarında ve öğretilerde dile getirdiği bir hukuki kurum olduğu belirtilerek, ispat konusunda “İşçinin anlattığı mobbing teşkil eden olayların tutarlılık teşkil etmesi, kuvvetli bir emarenin bulunması gerekmektedir. Kişilik hakları ve sağlığın ağır saldırıya uğraması mobbingin varlığının tartışmasız kabulünü doğurur.” denilmiştir. Karara konu olan somut olayda davacının dövülmesi sonucu aldığı rapor sonrasında işe geldiğinde huzursuz edildiği, bu durumu davacı tanığı ve olayların tipik akışının gösterdiği, işçinin psikolojik taciz sonucu istifa ettiği, bu konuda yeterli emare bulunduğu ve kıdem tazminatı almaya hak kazandığı sonucuna varılmıştır. Böylelikle işçinin işyerinde psikolojik tacize uğraması durumunda sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkına sahip olduğu ilk defa bir yargı kararında kabul edilmiştir. Aynı yöndeki bir başka Yargıtay kararında da, “Davacı tanıklarının anlatımlarından, davalı tarafından davacı üzerinde diğer işçiler tarafından yalnızlaştırılmaya ilişkin psikolojik taciz yapıldığı da göz önüne alındığında, iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından haklı nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır.” denilerek psikolojik tacizin tanık anlatımlarıyla ispat edileceği açıklığa kavuşturulmuştur, Yarg. 9. HD., 22.3.2010, E.2010/10905, K.2010/7511.

<sup>33</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 18.3.2010, E.2008/22535, K. 2010/7225. Kararda, “davacının davalı işyerinde uzun süredir müdür statüsünde çalıştığı, son dönemlerde işyerinde yeniden yapılanma olup yerine yeni bir mühendis istihdam edilerek yetkilerinin elinden alındığı bu şekilde huzursuz edildiği, işverence psikolojik tacize maruz kaldığı (mobbing) tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının işyerini terk etmesi haklı nedene dayanmaktadır” denilmiştir.

<sup>34</sup> Bkz. Yarg. 9. HD. 25.11.2002, E. 2003/5907, K. 2003/18272, *Çalışma ve Toplum D.*, 2004/1, s. 178-179.

<sup>35</sup> *Ergin*, İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s.148.

<sup>36</sup> Somut olayda, 2001 yılında yurt genelinde gelişen mali kriz nedeni ile davalı işyeri çalışanlarından yüzlerce (Beşyüz civarında) işçinin işten çıkartılması ve oluşan bu ortamdan bizzat işveren yanlısı olarak davrandığından ötürü kendisinin sorumlu tutularak, hakaret ve tehdit telefonları, faxları aldığı, bu gelişmeler karşısında iş ortamında iç huzurunun kalmadığını, günlük yaşayış ve sağ-

yerinden çıkarılan ve ücretleri ödenmeyen işçilerce personel müdürü olarak çalışan davacının tehdit edilmesi üzerine, işçi iş sözleşmesini feshetmiştir. Kararda, işçinin tehdit edilmesine bağlı olarak sağlık durumunun bozulmuş olduğuna dair doktor raporu sunmadığı ve Cumhuriyet Savcılığına herhangi bir suç duyurusunda da bulunmadığı için, iş sözleşmesini feshinin haklı bir nedene dayanmadığı sonucuna varılmıştır. Karardaki birinci karşı oy yazısında ise, işin işçinin sağlığı için tehlikeli olması sorununun İş K. m.24/I ile m.83/IV’de ele alındığına dikkat çekilerek, “*davacının kaldığı tehdit ve baskı karşısında ruhsal düzensizliğe uğrayıp uğramayacağı uzman bir tıp doktoru vasıtasıyla belirlemek*” gerekeceği ve bunun sonucunda işçinin sağlığının yakın ve acil bir tehlikeyle karşılaştığı tespit edilirse işçiye haklı fesih hakkı tanımak gerektiği belirtilmiştir. İkinci karşı oy yazısında, işyerinde, ekonomik nedenlerle işten çıkartılan işçilerce telefon ve faxla tehdit edildiği tanık beyanlarıyla doğrulandığına işaret edilerek davacının, “*işten çıkarma kararlarının uygulayıcı olduğundan (işin niteliğinden) dolayı almış olduğu ölüm tehditleri nedeni ile sağlığı ve yaşamı tehlikeye girmiştir. Bu haliyle, 4857 sayılı Kanun’un 24/1-a maddesinde belirtilen şartlar, davacı için gerçekleşmiş bulunmaktadır*” denilmiştir. Ayrıca, davacının bünyesinde oluşan korku, panik ve iç huzursuzluğuna bağlı olarak ruh sağlığının bozulmasının doğal olduğu, ancak bozulan ruh sağlığının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı derecesine ulaşmasını beklememek gerektiği, sağlık şikâyetlerine bağlı olarak yapılacak sağlık kontrollerinde “Sağlamdır” raporu verildiğinde, davacının aldığı tehditlerden ötürü yaşamının etkilenmediği ve sağlığının bozulmadığından söz edilemeyeceği, bu nedenle sonucuna itibar edilemeyecek sağlık incelemesine girişmenin yerinde olmayacağına haklı olarak işaret edilmiştir. Kanaatimizce de, tıbbi anlamda hastalık, tedaviyi gerekli kılan fiziksel ve ruhsal durumdaki düzensizlik olarak kabul edildiğinden, işyerinden kaynaklanan nedenlerle sağlığı bozulan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenlerle feshedebilme hakkının var olduğunun kabul edilmesi gerekir.<sup>37</sup> İkinci karşı oy yazısında belirtildiği gibi, m. 24/I-a bendinde belirtilen sağlığın olumsuz etkilenmesi halleri sadece bedensel rahatsızlık olarak dar manada anlaşılmalıdır. Ruh sağlığı işçinin performansını doğrudan etkilediğinden, işçinin ruh sağlığının bozulması halinde işyerindeki verimliliği düşecektir; “*Bu durum gerçekleştiğinde de, iş akdini geçerli nedenle feshetmek, işveren lehine gelişen bir olgu olarak karşımıza çıkacaktır. Bu süreç henüz gerçekleşmeden davacının olumsuz sağlık koşullarının gerekçe göstererek iş akdini kendisinin feshetmesinde ve işçilik haklarını işverenden talep etmesinde yarar vardır*”<sup>38</sup>

lığının, olumsuz yönde etkilendiği gerekçesiyle İş K. m.24/I gereğince davacı işçi iş sözleşmesini kendisi feshetmiştir. Yarg. 9. HD., 25.10.2005, E.2005/17424, K.2005/34527, www.legalbank.net (24.4.2009).

<sup>37</sup> Ergin, İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s.149.

<sup>38</sup> Yarg. 9. HD., 25.10.2005, E. 2005/17424, K.2005/34527 sayılı kararındaki karşı oy yazısı.

### III. İşverenin ya da Diğer Çalışma Arkadaşlarının Bulaşıcı Hastalığa Yakalanması Nedeniyle Fesih

#### a) Genel Olarak

İş Kanunu'nun. 24. maddesinin I. fıkrasının b bendinde derhal feshe sebebiyet veren diğer bir sağlık sebebi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa” işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir.

Burada feshe sebebiyet veren iki ayrı durum vardır:

- Birincisi, işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçinin “bulaşıcı” bir hastalığa yakalanması,
- İkincisi, işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut diğer bir işçi konumunda çalışan kişinin “işçinin işi ile bağdaşmayan” bir hastalığa yakalanmasıdır.<sup>39</sup>

Bulaşıcı hastalık, işçi bakımından başlı başına bir tehlikedir ve haklı nedenle fesih için yeterlidir. Bu nedenle bu hastalığın ayrıca işçinin yaptığı iş ile bağdaşmaması gerekmez. Kanundaki ifadeden de, bu iki tehlike veya istenmeyen durumdan birinin gerçekleşmesi yeterli sayılmıştır. Dolayısıyla, bu koşullardan herhangi birinin gerçekleşmesi işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini derhal feshetmesi için yeterlidir.<sup>40</sup>

Madde 24/I-b bendinde belirtilen iş sözleşmesinin feshine yol açabilecek hastalığın işçinin “sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçide” gerçekleşmesi gerekir. Maddede bahsedilen işçi kavramına işveren vekilleri de dahil edilmelidir.<sup>41</sup> Diğer işçilerin, işverenin ya da işveren vekilinin normal bir çalışma süresi içinde sürekli denebilecek şekilde işçiyile bir araya gelmeleri, doğrudan doğruya sıkça temasta bulunuyor olmaları ve bunun işçinin hastalanmasına yol açabilecek şekilde olması gerekir. Aksi halde hastanın kendisiyle çok ender temasta bulunduğu ya da hiç temasta bulunmadığı bir işçinin bu nedenle iş sözleşmesini feshetmesi haklı değildir.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, İstanbul 2013, s. 282-283; Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2007, s.1739.

<sup>40</sup> Caniklioğlu, Nurşen: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002, s. 218; Karş. Akyiğit, Ercan: Kıdem Tazminatı, 2. Bası, Ankara 2010, s. 115; aynı yazar, İş Kanunu Şerhi I, s. 1070. Akyiğit'e göre, hastalığın “bulaşıcı” olması ve “işçinin işi ile bağdaşmaması” koşulunun birlikte gerçekleşmesi gerekir.

<sup>41</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 117.

<sup>42</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 117; Günay, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Ankara 2008, s.141.

## b) Bulaşıcı Hastalık Kavramı

### aa) Yasal Düzenlemeler

4857 s. İş Kanunu'nun 24. maddesinde bulaşıcı hastalıktan fesih sebebi olarak bahsedilmesine rağmen, hem bu Kanunda, hem de diğer İş Kanunlarında bulaşıcı hastalığın tanımı yapılmamıştır. Aynı şekilde, Türk Sağlık Mevzuatında da bulaşıcı hastalığın ne olduğuna ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Buna karşın 24.4.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda yine tanım verilmeksizin, bulaşıcı hastalıklarla ilgili hukuki düzenlemeler bulunmaktadır.<sup>43</sup> Bu Kanunun 57-96. maddeleri arasında, ikinci babının ikinci faslında, “*Memleket dahilinde sari ve salgın hastalıklarla mücadele*” başlığı altında, bulaşıcı hastalıklarla mücadelede alınacak tedbirleri düzenlemiştir. Söz konusu Kanunun 57. maddesinde bildirim zorunlu olan hastalıklar sayılmıştır.<sup>44</sup> Ancak bu maddede belirtilen hastalıkların dışında kalan başka bir hastalığın da salgın şeklini alması halinde, o hastalığın da bildirilmesinin zorunlu olduğuna Sağlık Bakanlığı karar verebilir (Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, m. 64).

24.4.1930 tarihinde kabul edilen bu Kanunda, günümüzde çok kolay başkasına bulaşabilen nezle, grip vb. gibi hastalıklar bulaşıcı hastalık olarak sayılmamıştır. 1930 tarihinden 2014 yılına geldiğimizde salgın yapma potansiyeli bulunan A(H1N3) virüsü gibi yeni hastalıklar ile geçiş yolları itibarıyla salgın yapmayan ancak yine de bulaşıcı niteliği bulunan HIV, Hepatit B, Hepatit C vb. gibi çok sayıda yeni hastalıklar ortaya çıkmıştır. Bu bulaşıcı hastalıklara karşı geliştirilen aşilar ile toplumda yayılması önlenmeye çalışılmaktadır.<sup>45</sup> Bu bağlamda, söz edilen türden hastalıklara yakalanan işçilerin iş ilişkilerinin nasıl devam edeceği sorununun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda, 57. maddede sayılan bulaşıcı hastalıklardan birine yakalananlara çalışma yaşağı getirilmiştir. Bu Kanunun 76. maddesine

<sup>43</sup> RG., 6.5.1930, 1489.

<sup>44</sup> Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesine göre, “Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, kara humma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümüatı , çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi - sari beyin humması (İltihabı sahayaı dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevün bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir”.

<sup>45</sup> Hepatit B ve Hepatit C virüsleri ve bulaşma yolları hakkında ayrıntılı tıbbi bilgi için bkz. *Gürakar, Muzaffer* (Editör): *A'dan Z'ye Hepatitler*, 3. Baskı, İstanbul 2007, s. 33-207.

göre, “*Etrafında bulunanlara sari ve salgın hastalıklardan birini nakle vasıta olduğu muhakkak olan kimseler muvakkaten ve bu zail oluncaya kadar meslek sanatlarını icrasından hıfzıssıhha meclisleri kararıyla menolunur.*” Maddede söz konusu olan çalışma yasağı kararı, Hıfzıssıhha Meclisince verilecektir. Bu çalışma yasağı hastalığın geçmesiyle birlikte sona erecektir. Kanımızca, işverenler çalışma yasağı kararı verildikten sonra ilgili işçiden iş görme borcunu yerine getirmesini talep edemez. Bulaşıcı hastalıklara yakalananların, hastalık devam ettiği sürece karantina altında tutulmaları yasal bir zorunluluk olduğundan, söz konusu çalışma yasağı esnasında iş ilişkisi askıda kalır (Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.72, m.73).<sup>46</sup> Kanımızca, İş Kanunu’nun m.25/I-b,2 bendinde gösterilen devamsızlık süreleri aşılmadığı müddetçe, işçinin çalışma yasağı kararı nedeniyle işe gidememesi, iş sözleşmesinin feshi için haklı veya geçerli bir neden de oluşturmaz.<sup>47</sup>

30.5.2007 tarihinde yürürlüğe giren “Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği”nde hangi hastalıkların bulaşıcı hastalık olduğu belirtilmiştir.<sup>48</sup> Yönetmelik EK-I’de yer alan Bulaşıcı Hastalıklar Listesi’nde bulaşıcı hastalıklar 6 başlık altında tek tek sayılmıştır. Bu listede:

1. *Aşı ile önlenbilir hastalıklar* : Boğmaca, Difteri, Kabakulak, Kızamık, Kızamıkçık [Rubella], Konjenital Rubella, Tetanoz, Neonatal Tetanoz, Çocuk felci [Poliomyelitis], Çiçek, Haemophilus influenza Tıp b [Hib] Menenjiti, Influenza,

2. *Cinsel yolla bulaşan hastalıklar* : Chlamydia trachomatis enfeksiyonları, Gonore, Sifiliz, AIDS (kazanılmış immün yetmezlik sendromu), HIV enfeksiyonu (insan immün-yetmezlik virüsü enfeksiyonu),

3. *Viral hepatitler*: Hepatit A, Hepatit B, Hepatit C, Hepatit D, Hepatit E,

4. *Gıda ve su kaynaklı hastalıklar ve zoonozlar*: Botulismus, Bruselloz, Campylobacter jejuni/coli [Campylobacter sp enfeksiyonu], Enterohemorajik E.coli [EHEC] enfeksiyonu, Kolera, Leptospiroz, Listeria monocytogenes enfeksiyonu, Shigella sp enfeksiyonu, Salmonella sp enfeksiyonu [non-tifoidal salmonelloz], Salmonella Typhi enfeksiyonu [Tifo; enterik ateş], Akut kanlı ishal, Şarbon, Tula-

<sup>46</sup> Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 72. maddesinde, 57. maddede belirtilen bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkmasında veya bundan şüphelenildiği takdirde hangi tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir. Bu tedbirler aşağıdaki gibidir: 1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşri tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz’ı; 2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki; 3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri; 4 - Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafi; 5 - Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri; 6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men’i; 7 - Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi.

<sup>47</sup> *Ergin*, İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s.152.

<sup>48</sup> RG. 30.5.2007, Nr. 26537.

remi, Veba [Plague], Yersinia sp enfeksiyonu [Yersiniosis], Trişinoz, Ekinokokkoz, Cryptosporidium sp enfeksiyonu, Giardia intestinalis enfeksiyonu, Entamoeba histolytica [amipli dizanteri etkeni olarak], Kala-azar [viseral leishmaniasis], Şark Çıbanı [kutanöz leishmaniasis], Şistozomiyaz [üriner], Sıtma [Malaria], Toksoplazmoz, Kuduz ve Kuduz Riskli Temas, Viral Hemorajik Ateş Sendromu, Sarı humma, Epidemik Tifüs, Q-ateşi,

5. *Solunum (hava) yolu ile bulaşan hastalıklar*: Lejyoner hastalığı [legionellosis], Meningokokkal hastalık, Tüberküloz, Pnömonokok enfeksiyonları,

6. *Diğer hastalıklar*: Varyant Creutzfeldt-Jakob's hastalığı [nvCJD], Lepra, Trahom,

bulaşıcı hastalık olarak belirtilmiştir. Bulaşıcı hastalık tespit edilirken bu Yönetmelikte sayılan hastalıklar dikkate alınmalıdır.

### bb) Öğreti Görüşleri

İş Hukuku öğretisinde İş Kanunu'nun 24/I-b bendinde bahsedilen bulaşıcı hastalık kavramından ne anlaşılması gerektiği, hangi şartlar altında işçi için haklı nedenle fesih hakkının doğacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

*Ekonomi*, hastalığın bulaşıcı niteliğinin önemli, işçinin sağlığı ve yaşayışı için ciddi bir tehlike gösteren durumda olması gerektiği görüşündedir.<sup>49</sup>

*Narmanlıoğlu*, hastalığın bulaşıcı olmasının, diğer şahıslara geçmesi ihtimali bulunmasını ifade ettiğini, ancak her bulaşıcı hastalığın haklı sebep sayılmayacağını, dolayısıyla hastalığın sadece bulaşıcı olmasının yetmeyeceğini, bulaşıcılığının önemli olmasının da gerektiğini, örneğin verem ve zührevi hastalıkların, deri hastalıkları, uyuz ve cüzam gibi hastalıkların bu önemi haiz olduğunu belirtmektedir.<sup>50</sup>

*Süzek*, işçi yararına fesih hakkının doğabilmesi için her şeyden önce işverenin veya diğer bir işçinin tutulduğu bulaşıcı hastalığın, örneğin grip gibi sadece bulaşıcı olması yeterli olmayıp işçinin sağlığı için *ciddi bir tehlike* oluşturması gerektiği görüşündedir. Yazar, verem ve deri hastalıkları gibi hastalıkları bu kapsamda değerlendirmektedir.<sup>51</sup>

*Mollamahmutoğlu*, bulaşıcı hastalığın, nezle grip gibi sıradan bir hastalık değil, önemli epidemik hastalıklardan olması gerektiği; verem, AIDS, sarılık gibi hastalıkların bu nitelikte olduğu görüşündedir. Yazar, hastalığın bulaşıcı olmasının yeterli olup, ayrıca, çalışma gücünü tamamen veya kısmen engellemesinin gerekmeyeceğini, çünkü fıkra hükmünde böyle bir koşulun öngörülmediğini belirtmektedir.

<sup>49</sup> *Ekonomi*, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1984, s.198.

<sup>50</sup> *Narmanlıoğlu*, Ferdi İş İlişkileri I, s.422.

<sup>51</sup> *Süzek*, İş Hukuku, s. 710.

Ancak hükmün uygulanması için bulaşıcı hastalığın önemli olması gerektiğinden, bu tür hastalık sonucu işçinin çalışma gücünü tamamen veya kısmen yitirebileceği de göz önünde tutulmalıdır.<sup>52</sup>

*Kılıçoğlu/Şenocak*, işveren ya da başka bir işçinin tutulduğu bulaşıcı hastalığın fesih hakkını kullanacak işçinin sağlığı için ciddi bir tehlike oluşturması gerektiğini, grip gibi hastalıkların bu anlamda yeterli olmayıp, verem gibi bir ciddi hastalık olması gerektiğini belirtmektedirler.<sup>53</sup>

*Şakar*, bulaşıcı sarılık tehlikesinin, işçinin sözleşmeyi feshetmesi için haklı sebep oluşturduğu görüşündedir. AIDS hastalığının kolaylıkla bulaşmayan bir hastalık olduğu bilinmesine rağmen, işyerinde bu hastalığa yakalanmış birinin varlığının işçide yaratacağı tedirginlik dikkate alındığında, işçinin sözleşmeyi derhal fesih hakkının olduğunu kabul etmek gerekecektir.<sup>54</sup>

*Akyiğit'e* göre, fesih için hastalığın sadece bulaşıcı olması yetmez, ayrıca önemli bir hastalık olması da şarttır. Örneğin, her zaman yakalanılabilen basit bir nezle de bulaşıcıdır, fakat feshe götürecek kadar önemli görülmebilir. Yazar, genellikle cinsel temas ile geçen AIDS'in durumunun çeşitli yönlerden tartışılabilir olduğunu kabul etmekle birlikte, verem, tifo vs. gibi hastalıkların fesih nedeni olacağına açık olduğunu savunmaktadır.<sup>55</sup>

*Caniklioğlu*, doğrudan doğruya veya dolaylı temas ile diğer insanlara bulaşma tehlikesi yüksek olan hastalıklara bulaşıcı hastalık denildiğini, bunların hangi hastalıklar olduğunun tıbbi verilerle belirlendiğini, dolayısıyla işverenin ya da diğer işçilerin hastalıklarının bulaşıcı olup olmadığına tespit için tıbbi verilerden yararlanmak gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle, işveren ya da diğer işçilerin bulaşıcı olmayan ancak işçi açısından rahatsızlık veren bir başka hastalığa yakalanması halinde m.24/I-b hükmüne dayanma olanağı bulunmamaktadır. Yazar, işverenin ya da işçinin doğrudan doğruya yakın temasta bulunduğu işçilerin AIDS hastalığına yakalanmaları halinde işçinin bu hükmeye dayanarak kural olarak iş sözleşmesini feshedemeyeceğini vurgulamaktadır. Zira yapılan araştırmalarda AIDS hastalığının bulaşma riskinin oldukça düşük olduğu anlaşılmıştır. Ancak özellikle sağlıkla ilgili işlerde ya da manikür, pedikür yapılması gibi bazı işlerde bulaşma tehlikesi artabilmektedir. Yazar buradan hareketle, bulaşma tehlikesinin olduğu belirli bazı işlerin görüldüğü yerlerde işçinin yakın çalışma arkadaşı ya da işverenlerin AIDS hastalığına yakalanmaları durumunda haklı nedenle fesih hakkının varlığının kabul edileceği, diğer durumlarda ise kabul edilmemesi gerektiği görüşündedir.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> *Mollamahmutoğlu*, İş Hukuku, s.605.

<sup>53</sup> *Kılıçoğlu/Şenocak*, İş Kanunu Şerhi, I.Cilt, s.274-275.

<sup>54</sup> *Şakar*, Müjdat: İş Kanunu Yorumu, 4. Bası, İstanbul 2009, s.376.

<sup>55</sup> *Akyiğit*, Ercan, İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2008, s.197.

<sup>56</sup> *Caniklioğlu*, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.218-219.



*Ertürk'e* göre hastalığın bulaşıcı olması, başka kimselere geçmesi ihtimalinin bulunmasını ifade eder. Ancak her bulaşıcı hastalık haklı nedenle fesih sebebi oluşturmaz; bulaşıcı hastalığın önemli nitelik taşıması gerekir. Yazar, verem ve zührevi hastalıklar, deri hastalıkları, uyuz ve cüzam gibi bulaşıcı hastalıkların, önemli nitelikte bulaşıcı hastalıklar olduğu ve feshi sebebiyet vereceği, nezlenin ise bulaşıcı olmakla birlikte önemsiz olduğu için fesih sebebi oluşturmayacağı kanaatindedir.<sup>57</sup>

İş Kanununun 24/I-b bendinde, işçinin yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren veya başka bir işçinin yakalandığı her bulaşıcı hastalık hiçbir ayırırma gidilmeksizin işçi açısından haklı fesih nedeni sayılmıştır. Öğretide, geliştirilen bazı ölçütlerle bu kapsamlı ifade sınırlandırılmak istenmiştir. Genel olarak öğretide, işçinin sağlığı için ciddi bir tehlike oluşturan ciddi bir hastalığın haklı nedenle feshi sebebiyet verdiği kabul edilmektedir. İşçinin sağlığı için ciddi bir tehlike oluşturan hastalığın haklı nedenle feshi sebebiyet verdiği öğretide genel olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda çoğu yazara göre, işverenin veya başka bir işçinin grip ve nezle gibi sıradan bulaşıcı hastalıklara yakalanması, işçinin iş sözleşmesini feshetmesi için haklı bir neden oluşturmaz. Ancak grip hastalığı bağışıklık sistemi güçlü olmayan diyabet, kalp yetmezliği gibi hastalıkları bulunan kişilerde ve bilhassa yaşlılarda ve çocuklarda ölüme dahi yol açabilmektedir. Bu nedenle grip hastalığının her zaman önemsiz bir hastalık olarak görülmesi doğru bir saptama olmayacaktır. 2009 yılında tüm dünyada herkesin korkulu rüyası haline gelen “domuz gribi” olarak bilinen “Pandemik A(H1N1) gribi”nin yol açtığı hastalık pek çok kişinin ölümüne sebebiyet vermiştir. Bu bakımdan, bulaşıcı hastalık tıbben anlaşılabilir bir konu olması sebebiyle, uzman doktorlarca bir hastalığın bulaşıcı olup olmadığının belirlenmesi gerekir.<sup>58</sup> Dolayısıyla, bir hastalığın işçi için ciddi bir tehlike oluşturup oluşturmadığının da her kişi açısından yine uzman doktorlarca değerlendirilmesi gereklidir.

#### IV. İşverenin veya Diğer Çalışma Arkadaşlarının İşçinin İşi İle Bağdaşmayacak Bir Hastalığa Yakalanmaları

##### 1. “İşçinin İşi İle Bağdaşmayan” Hastalığın Tespiti

İş Kanunu'nun 24. maddesinin I. fıkrasının (b) bendinde derhal feshi sebebiyet veren diğer bir sağlık sebebi, işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut diğer bir işçinin “işçinin işi ile bağdaşmayan” bir hastalığa yakalanmasıdır.

İş Kanunu m.24/I-b'deki, “işçinin işiyle bağdaşmayan hastalık” tabirinden, bulaşıcı hastalıklar dışında, tezahürü bakımından tiksindirici, çevresindekileri itici

<sup>57</sup> *Ertürk*, Şükran: İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı 2, İzmir 2002, s.6.

<sup>58</sup> *Kılıçoğlu/Şenocak*, İş Kanunu Şerhi II, s.269; *Caniklioğlu*, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.219.

hastalıklar ile psikişik hastalıklar anlaşılması gerektiği öğretilerde ifade edilmektedir.<sup>59</sup> *Ekonomi*'ye göre ise, İş K. m. 24/I-b hükmünün açık ifadesine göre, işçinin “iş ile bağdaşmayan” bir hastalık, bulaşıcı olup olmamasına bakılmaksızın fesih için haklı bir sebep oluşturur.<sup>60</sup> *Tunçomağ/Centel*, işçinin işiyle bağdaşmayan hastalık ifadesinden, yakalandığı takdirde işçinin çalışma gücünden yararlanılmasını tamamen veya kısmen engelleyen hastalıkların anlaşılması gerektiğini belirtmektedirler.<sup>61</sup> *Mollamahmutoğlu* ise işveren veya bir başka işçisinin bu nitelikte hastalıklara tutulmasında, eğer işçi bu kişilerle çalışma düzeninin gerektirdiği *yakın, yoğun ve sürekli* bir ilişki içinde ise haklı neden oluşturabileceği görüşündedir.<sup>62</sup> *Süzek*, İş Kanunu m.24/I-b uyarınca işçinin derhal fesih hakkını kullanabilmesi için bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmaz nitelikteki hastalığa tutulan işveren veya işçi ile sürekli olarak yakından ve doğrudan doğruya buluşup görüşmesi başka bir deyimle *sıkça bir arada* bulunması gerektiğini belirtmektedir. İşçi söz konusu işveren veya işçi ile çok ender olarak temas ediyorsa bu koşul gerçekleşmiş olmaz.<sup>63</sup>

Öğretilerdeki hakim görüşe göre, fesih için haklı neden oluşturan “*işçinin işi ile bağdaşmayan hastalık*”, işçinin kendi yakalandığı hastalık değil, onun yakından ve doğrudan doğruya buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçinin hastalığıdır.<sup>64</sup> “*Yakından ve doğrudan buluşup görüşmeden*” kastedilen işin yapıldığı sürece devamlı sayılacak şekilde bir arada bulunmaktır. Örneğin günde birkaç defa kontrol, direktif maksadıyla işçinin yanına gelen işveren ile tamamen ayrı işyeri bölümlerinde çalışan işçiler yakından ve doğrudan temasta sayılmaz.<sup>65</sup> Öğretilerdeki diğer bir görüşe göre ise, işçinin kendi yakalandığı hastalık da feshede sebebiyet verir. İşin özenle yapılması için işçinin sağlıklı olması gerektiğinden, sağlık durumu bozulan işçinin iş görmesi beklenemez ve işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Burada işçinin yaptığı iş de önem taşır. Örneğin, lokantada aşçı olan kişinin tutulduğu deri

<sup>59</sup> *Çenberci*, İş Kanunu Şerhi, s.534; *Mollamahmutoğlu*, İş Hukuku, s.605; *Günay*, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara 2008, s.142.

<sup>60</sup> *Ekonomi*, Ferdi İş Hukuku, s.198.

<sup>61</sup> *Tunçomağ/Centel*, İş Hukukunun Esasları, s.216.

<sup>62</sup> *Mollamahmutoğlu*, İş Hukuku, s.605.

<sup>63</sup> *Süzek*, İş Hukuku, s. 710.

<sup>64</sup> Bkz. *Ekonomi*, Ferdi İş Hukuku, s.198, dn.465; *Narmanhoğlu*, Ferdi İş İlişkileri I, s.423; *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, s. 256; *Süzek*, İş Hukuku, s. 648; aynı yazar, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1989 Yılı Semineri, s. 58-59; *Mollamahmutoğlu*, İş Hukuku, s.606; aynı yazar, Hizmet Sözleşmesi, s.211, *Caniklioğlu*, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s.221; *Kılıçoğlu/Şenocak*, İş Kanunu Şerhi II, s.269; *Centel*, İş Hukuku, s.177, Yazar, yakalanılan hastalığın, bulaşıcı olmasının yanı sıra, madde metninde açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, önemli bir hastalık olmasının da aranması gerektiğini haklı olarak belirtmektedir. Aksi takdirde, nezle gibi bulaşıcı ancak normal yaşamda önemsiz görünen bir hastalığa yakalanma durumunda da, haklı nedenle fesih gibi ağır bir sonuçla karşılaşılması gerekir; bunu da kabul etmek yerinde olmaz.

<sup>65</sup> *Narmanhoğlu*, Ferdi İş İlişkileri I, s.423.

hastalığı işini yapmasına engel olabilirse de aynı hastalık temizlik işçiliğine engel olmayacaktır.<sup>66</sup>

Yargıtay da işçinin kendisinin işiyle bağdaşmayan hastalığa yakalanmasını haklı neden olarak değerlendirmektedir. Yargıtay kararlarında, akıl hastalığına<sup>67</sup> veya sar'a hastalığına tutularak<sup>68</sup> ya da akciğerinden hasta<sup>69</sup> olarak veyahut kronik şizofreni hastalığı<sup>70</sup> nedeniyle işyerinden ayrılan işçilerin, işleri ile bağdaşmayan hastalığa tutulmaları nedeniyle, işçiler tarafından haklı nedenle sözleşmelerinin feshedildiğini kabul edilerek işçilere kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.<sup>71</sup> Aynı yöndeki Yargıtay'ın 10.4.1989 tarihli Kararına göre: “*Davacı, davalıya ait kahvehanede işçi olarak çalışmış ve kendini çalışmayacak derecede hasta görerek işyerinden ayrılmıştır. Dosyada SSK...Sağlık Kurulu'nun 26.6.1987 tarihli raporunda davacının gerçekten mide ameliyatı geçirdiği ve akciğerlerinden hasta olduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir hastalığın işi ile bağdaşmayan nitelikte olduğunun kabulü gerekir ve bu durumda da İş Kanununun 16. maddesinin sağlık sebepleri ile ilgili bendinin (b) fıkrasındaki işçinin bildirimsiz feshi söz konusu olur. Böyle olunca da kıdem tazminatına hak kazanır*”.<sup>72</sup> Yargıtay 8.4.2008 tarihli bir başka Kararında, bankacılık faaliyeti yapan bir işyerinde görev yapmakta olan işçinin depresyona girmesini “işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa” tutulması olarak nitelendirmiştir. Kararda, işçi “*depresyon tanısı ile iş ilişkisi devam ederken tedavi görmeye başlamıştır. Yatarak tedaviye başlanmasının üzerinden bir ay geçtikten sonra istifa ettiği, istifa-*

<sup>66</sup> Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, s. 142. Aynı yönde, Kutal, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992 Yılı Semineri, s.51, 97; Odaman, Serkan: İşçinin Haklı Sebeple Fesih Hakkı, Ankara 2000, s. 68.

<sup>67</sup> Yarg. 9. HD., 24.3.1987, E.1987/2832, K.1987/3146, Tekstil İşveren D., Aralık 1987, s.17. Somut olayda, işçi işyerinde çalışmakta iken akıl hastalığına tutulması sebebiyle işyerinden ayrılmış, bir daha da dönmemiştir. Yargıtay'a göre, aradaki iş ilişkisinin İş K. m.24/I-b maddesinde düzenlenen “işçinin işi ile bağdaşmayan hastalığa tutulması nedeniyle işçi tarafından bozulduğunun kabulü ile kıdem tazminatına hükmetmek gerekir”.

<sup>68</sup> Yarg. 9. HD., 5.5.1988, E. 1988/5122, K.1988/5373, Tekstil İşv. D., Temmuz 1988, s.19.

<sup>69</sup> Yarg. 9. HD., 10.4.1989, E.1989/231, K. 1989/3355, YDK, Eylül 1989, s. 1269.

<sup>70</sup> Yarg. 9. HD., 31.2.1992, E.1991/12816, K.1992/824 ve T. Centel'in incelemesi, İHD, Ekim 1992, s.608-611; kararı haklı bulan değerlendirme için bkz. Kutal, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992 Yılı Semineri, s.51; Yarg. 9. HD'nin 31.2.1992 tarihli bu kararına göre, “...sağlık kurulu raporunda davacının (işçi) kronik şizofreni hastalığına musap olduğu, bu haliyle çalışmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu durum, 1475 sayılı İş Kanununun 16. maddesinin sağlık sebepleri başlığını taşıyan (b) fıkrasındaki işçiye bildirimsiz fesih hakkı tanıyan hali oluşturur”.

<sup>71</sup> Yarg. 9. HD., 20.1.1982, E.1981/13838, K.1982/370, İşveren D., C.XX, Sayı:9, s. 16.; Yarg. 9. HD., 24.3.1987, E. 1987/2832, K.1987/3146, Çimento İşveren D., Mayıs 1987, s. 37; Yarg. 9. HD., 31.1.1992, E.1991/12816, K.1992/824 ve Tankut Centel'in incelemesi, İHD, Ekim-Aralık 1992, s. 608-611.

<sup>72</sup> Yarg. 9. HD., 10.4.1989, 231/3355, YKD, Eylül 1989, s.1269 ve Süzek'in değerlendirmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1989 Semineri, s. 58-59, Yazara göre, işçinin kendisinin yakalandığı hastalık İş Kanunu m.24/I-b'ye göre haklı bir fesih nedeni oluşturmadığından olaya adı geçen fıkranın uygulanması mümkün değildir, Süzek, İş Hukuku, s. 648.

sının da bu rahatsızlığına bağlandığı, davacının bu istifasından sonra da yaklaşık, 8 ay tedavisinin devam ettiği anlaşılmaktadır. Davacının hastalığı bankacılık işi ile bağdaşmayan bir hal almıştır. Davacının iş sözleşmesini feshetmesinin” İş K. m.24/I-b kapsamında değerlendirilmesi gerekir.<sup>73</sup>

## 2. İşçinin Kendisinin Yakalandığı Bulaşıcı Hastalık Nedeniyle Sözleşmeyi Feshi

İşçinin kendisinin yakalandığı bir bulaşıcı hastalığın İş K. m.24/I hükmüne göre işçi açısından haklı feshe sebebiyet verip vermeyeceği cevaplanması gereken önemli bir sorudur. Yargıtay 16.5.2007 tarihli kararında, Hepatit B taşıyıcısı olan bir işçinin, iş sözleşmesini kendisinin feshetmesini haklı kabul etmemiştir.<sup>74</sup> Kararda, Hepatit B taşıyıcısı olan “işçinin kendisinin hastalığını ileri sürerek işverenin fesih hakkını kullanmasını istemesi, bunun işveren tarafından kabul edilmemesi üzerine iş sözleşmesini feshetmesi söz konusudur. Yasaya göre akdi fesih hakkı bulunmayan davacının iş sözleşmesini feshi haklı değildir” sonucuna varılmıştır. Karşı oy yazısında ise, doktor raporunda “Hepatit B hastalığının AIDS’den 50 ile 100 kat daha bulaşıcı mahiyette olduğu, deri çatlağı, açık yara teması, kan ya da tükürük ile dahi bulaşabilen bir hastalık olduğu karaciğer kanserine sebebiyet verdiği belirtilmekte olduğundan taşıyıcıların toplum sağlığını ne denli etkileyebileceği” hususu üzerinde durularak; yerel mahkemenin yiyecek içecek ünitesinde görevli olan Hepatit B hastası ve taşıyıcısı olan işçinin sözleşmesini fesih için yeterli sağlık sebeplerinin bulunduğu yönündeki kararının isabetli olduğu belirtilmiştir. Bundan başka Karşı oy yazısında, “Ayrıca bir kimsenin kendi hastalığı değil de yakından temas ettiği işveren veya iş arkadaşının hastalığı kendisine fesih imkanı tanıyorsa hastalıklı kendi bedeninin de diğerleri için fesih sebebi teşkil etmesi onlara tanınan bu hakkı Anayasanın 10. maddesinde anlatılan eşitlik kuralı gereğince bizatihi kendisine de tanımak gerekmektedir” denilmiştir.<sup>75</sup>

Kanımızca, karşı oy yazısındaki görüş daha isabetlidir. İşçinin kendi yakalandığı Hepatit, AIDS gibi bulaşıcı hastalık nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshetme hakkının olması gerekir. Olması gereken hukuk bakımından İş K. m.24/I-(b)’de yapılacak bir yasal değişiklik ile işçinin yakalandığı bulaşıcı hastalık veya işi ile bağdaşmayan bir hastalık nedeniyle kendisinin de sözleşmeyi haklı

<sup>73</sup> Yarg. 9. HD., 8.4.2008, E.2007/27733, K.2008/7817, www.legalbank.net (10.7.2009); Kararda, “işçi bu fesih halinde kıdem tazminatına hak kazansa da, feshin geçersizliğini ve işe iadesini isteyemeyeceği” belirtilmiştir.

<sup>74</sup> Yarg. 9. HD., 16.5.2007, E.2006/27796, K.2007/15292, Çalışma ve Toplum D., 2007/4, s.233-234; *Uşan*’ın kararı haklı bulan değerlendirmesi için, bkz.: *Uşan*, Fatih: İşçinin Kendisinin İşi İle İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Haklı Fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum mudur? Çalışma ve Toplum D., 2008/2, Sayı:17, s.201-217.

<sup>75</sup> Yarg. 9. HD., 16.5.2007, E.2006/27796, K.2007/15292, Çalışma ve Toplum D., 2007/4, s.233-234.

nedenle derhal feshetme hakkı düzenlenmeli, böylece işçinin belirtilen nedenlerle sözleşmeyi sona erdirmesinde kıdem tazminatına hak kazanma imkânı tanınmalıdır.<sup>76</sup> Nitekim Yargıtay HGK 13.2.2008 tarihli daha sonraki bir kararında, yine Hepatit B taşıyıcısı ve hastası olan ve gıda sektöründe çalışan bir işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği sonucuna varmıştır; *“somut olayda davacı işçinin çalıştığı yerin gıda işyeri olduğu, bu nedenle hastalığı bulaştırma riskinin çok yüksek olduğu, bu işyerinde çalışmasının, yakalandığı hastalığın niteliği de düşünüldüğünde işçi yönünden yaşamsal risk doğurabileceği anlaşılmalı, iş aktinin işçi tarafından haklı olarak feshedildiği, dolayısıyla da kıdem tazminatı almaya hak kazandığı sonucuna varılmıştır”*.<sup>77</sup>

İş Hukuku öğretisinde, m.24/I-b hükmünün lafzına göre, işçinin kendisinin yakalandığı hastalık nedeniyle feshin, m.24/I-b bendi hükmüne göre değil, m.24/I-a bendine göre değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>78</sup> Bir başka deyişle, işçinin kendisinin tutulduğu hastalık m. 24/I-b hükmü uyarınca haklı nedenle fesih hakkının doğumuna yol açmaz. Çünkü İş Kanunu m. 24/I-b’de söz konusu olan işçinin tutulduğu hastalık değildir; onun sürekli olarak yakından ve doğrudan doğruya buluşup görüştüğü işverenin veya işçinin yakalandığı bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan bir hastalıktır. İş Kanunu m. 24/I-a’nın kapsamına giren bu gibi durumlar dışında işçinin kendisinin hastalığa yakalanması halinde m.25/I-b’de yer alan koşullar gerçekleşmişse iş sözleşmesi işçi tarafından değil işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilecektir.

## V. İşyerinde İş Sağlığı ve İş Güvenliği Önlemlerinin Alınmaması Nedeniyle Fesih

Sağlık nedenleri grubuna girebilecek bir başka fesih nedeni 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında bulunmaktadır. Bu hükmeye göre, *“Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula,*

<sup>76</sup> Ergin, İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s.159.

<sup>77</sup> Kararda doktor bilirkişiden alınan rapora dayanılarak hüküm kurulmuş, Hepatit B hastalığının bulaşma yolları ve hasta kişideki etkileri ayrıntılı olarak açıklanmıştır; *“Doktor bilirkişiden alınan rapora göre; davacının yakalandığı Viral Hepatit hastalığının A sınıfı Sağlık Bakanlığına bildirilmesi zorunlu bir hastalık olduğu, 5.5.2003 gün ve 25.100 sayılı Gıda Üretim ve Satış Yerleri Hakkındaki Yönetmeliğe göre; portör muayenesinde hasta olduğu anlaşılan işçinin kesinlikle çalıştırılmaması gerektiği, akut viral Hepatit hastalığının kimi insanlarda hafif kimilerinde ise ölümcül olacak kadar ağır geçebilen önemli bir hastalık olduğu, hastanın kendisini bitkinlik düzeyinde yorgun hissedeceği, kesin tedavisinin olmadığı, hastaya dinlenmesinin önerildiği, çok çabuk ve kolay bulaşan bir hastalık olduğu, derideki bir çatlak yada açık yara ile temas eden bir damla kan yada tükürükle bile hastalığın bulaşabileceği, Hepatit B virüsünün sigaradan sonra bilinen en yaygın kanserojen (kanser nedeni) olduğu, bu nedenlerle böylesine ağır ve yaşamsal risk yaratma, yeteneğine sahip olan bu hastalık nedeniyle işçinin İş Kanununun 24. maddesine göre iş aktini haklı olarak feshetme hakkının bulunduğu bildirilmiştir”*, Yarg. 9. HD., 13.2.2008, E.2008/9-133; K.2008/126, www.legalbank.net (10.6.2009).

<sup>78</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 711; aynı yazar, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1989 Semineri, s. 59; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi II, s.275.

*kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhal kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi halinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.”<sup>79</sup>*

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için çalışanların *ciddi ve yakın* bir tehlike ile karşı karşıya bulunması gerekir.<sup>80</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22. maddesine göre, “*Eller ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular*”. Eğer işyerinde kurul oluşturulmuşsa işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmeleri için kurul kararı aranacaktır. Çalışanın talebi üzerine kurul aynı gün acilen toplanarak kararını verecek, durumu bir tutanakla saptayacak, durumu çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirecektir (6331 s. K. m.13/1).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun m.13, f.2 hükmü uyarınca işçinin gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçındığı halde işverenin ücret ödeme borcu devam etmektedir. *Demir*'e göre, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçi ödemezlik (ifa edilmezlik) halinde bulunmuş olur (TBK. m.97).<sup>81</sup> İşveren işçinin sağlığını koruma borcunu yerine getirmemekte, işçi de buna karşılık asli edimi olan iş görme borcunu ifa etmemektedir. *Mollamahmutoğlu* ise haklı olarak, çalışmaktan kaçındığı dönem içinde işçinin ücret ve diğer hakları saklı olduğundan kaçınma hakkının, alacaklının temerrüdü kapsamında değerlendirilmesinin daha isabetli olacağını belirtmektedir.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Benzer düzenleme daha önce 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinin 1. fıkrasında bulunmaktaydı. Bu hükmeye göre, “*İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir.*” (İş K. m.83, 1. fıkra, 1. cümle). Bu kurulun bulunmadığı işyerlerinde işçi, işveren veya vekiline talepte bulunmakta, tespit yapılmasını ve durumun kendisine yazılı olarak bildirilmesini isteyebilmekteydi (İş K. m.83, f. 2) Kurula talepte bulunulması halinde, Kurul aynı gün acilen toplanarak kararını vermekte, durumu tutanakla tespit edip kararı işçiye yazılı olarak bildirmekteydi (İş K.m.83, f. 11 ve 2. cümle).

<sup>80</sup> *Süzek*, İş Hukuku, s.910. *Yazar*, 6331 sayılı Kanun'un 13/1 hükmünde “ciddi ve yakın tehlike” yerine “ciddi veya yakın” tehlike ifadesine yer verilmesinin daha uygun olacağını haklı olarak belirtmektedir.

<sup>81</sup> *Demir*, Fevzi: Sorularla Bireysel İş Hukuku, 1. Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006, s.238.

<sup>82</sup> *Mollamahmutoğlu*, İş Hukuku, s.974.

Kurul kararına veya işçinin talebine rağmen işveren gerekli önlemleri almakta ısrar ederse, işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun m.13/f.4 hükmüne göre, "İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir". Bu hüküm ile işçilere haklı nedenle derhal fesih hakkı tanınmıştır.<sup>83</sup> Öğretide işçilerin "tabi oldukları kanun hükümlerine göre" iş akitlerini feshedebilecekleri öngörüldüğünden, İş Kanununa tabi olanların bu yasanın 24. maddesinin 2. fıkrasının (f) bendine, yani çalışma şartlarının uygulanmamasına dayanarak iş sözleşmelerini sona erdirebilecekleri belirtilmektedir.<sup>84</sup> İşçinin yapacağı feshin çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle İş K. m. 24/II-f'ye dayandırılması işçinin lehine olacak; böylelikle işçi için kıdem tazminatı yanında İş K. m.26/2 uyarınca tazminat isteme hakkı da doğacaktır.<sup>85</sup>

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.13/5 hükmüne göre, "Bu Kanunun 25 inci maddesine göre işyerinde işin durdurulması halinde bu madde hükümleri uygulanmaz". Bu hükme göre, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği nedeniyle bir idari yaptırım olarak işyerinde iş durdurulursa işçinin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.13 hükmü uyarınca çalışmaktan kaçınması veya iş akdini haklı nedenle feshetmesi mümkün olmayacaktır.

## VI. SONUÇ

İşçi hastalanma tehlikesinin bulunması durumunda hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmesini derhal feshedebilir. **İş Kanunu'nun 24/I-(a) bendine göre,** işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması haklı nedenle fesih sebebidir. Bu nedenle **işçinin işi ile bağdaşmayan mevcut hastalıkları ya da yakın bir zamanda ortaya çıkacağı bilinen ve iş görmeyi engelleyecek,** tedavi gerektirecek durumları sözleşme görüşmelerindeki özen borcu gereği kendiliğinden açıklaması gerekir. Zira diğer işçiler adıyla iş ilişkisi kurulduktan sonra sözleşmelerini bu nedenle haklı olarak feshedebileceklerdir.

İş Kanunu'nun m.24/I-(a) bendinde dikkat edilmesi gereken, işçinin haklı sebeple derhal fesih hakkına sahip olabilmesi için, kendisinin değil sık sık buluşup görüştüğü "işveren" veya "başka bir işçinin" bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan bir hastalığa yakalanmasıdır. İşveren veya başka bir işçinin yakalandığı bulaşıcı hastalığın da "işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli" olması gerekir. Yoksa nezle ve grip gibi hayati tehlikesi olmayan bulaşıcı hastalıklar, işçiye haklı sebeple fesih hakkı vermez. Feshin geçerliliği için bu nedenlerin tıbben tespiti zorunludur.

<sup>83</sup> Süzek, İş Hukuku, s.913.

<sup>84</sup> Süzek, İş Hukuku, s.913.

<sup>85</sup> Süzek, Sarper, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, s.823.

İş Kanunu'nun 24. maddesi I. fıkrasının (b) bendine göre, işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması haklı nedenle fesih sebebidir. İş Kanunu m.24/I-(b) hükmünde işverenin ya da diğer bir çalışanın bulaşıcı hastalığı derhal feshe sebebiyet vermekte iken, işçinin kendisinin yakalandığı bulaşıcı hastalık fesih sebebi olarak düzenlenmemiştir. İşçi çalışamayacak derecede hasta da olsa, işverenden iş sözleşmesinin feshetmesini isteyecek, eğer işveren sözleşmesini feshetmezse çalışmaya devam etmek zorunda kalacaktır. Sözleşmeyi İş Kanunu'nun 17. maddesine göre kendisi feshettiğinde ise kıdem ve ihbar tazminatı alma hakkını kaybedecektir. Hepatit-B bulaşıcı hastalığına yakalanan işçinin iş sözleşmesini m.24/I-(b) bendi gereğince derhal feshetme hakkının olduğu Yargıtay kararlarında kabul edilmiştir. Olması gereken hukuk açısından İş Kanunu'nu m.24/I-(b) bendinde yapılacak bir yasa değişikliği ile işçinin kendi yakalandığı bulaşıcı hastalık nedeniyle iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı olduğunun açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır.

İş Kanunu'nun 24. maddesinin I. bendi işçinin yakalandığı bedensel ve ruhsal hastalıkları kapsamaktadır. İş Kanunu'nun m.24/I-a bendine göre, iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa derhal fesih için haklı bir neden oluşturur. İşyerinde psikolojik taciz (*mobbing*) de sebepleri işyerinden kaynaklanan ruhsal ya da bedensel bir hastalığa yol açabilir. Kanaatimizce, eğer işçi işyerinde uğradığı psikolojik taciz nedeniyle bedensel ya da ruhsal bir hastalığa yakalanmışsa iş sözleşmesini m. 24/I-a hükmüne göre derhal feshedebilmelidir. Bu bağlamda, işçi haklı nedenle fesihte bulunabilmek için hastalığının işyerinde uğradığı psikolojik taciz sonucu meydana geldiğini bilirkişi raporu ile ispatlaması gerekir.

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde işçi, çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle İş K. m. 24/II-f uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Bu durumda işçinin kıdem tazminatı yanında İş Kanunu m.26/2 uyarınca tazminat talep etme hakkı da doğar.



**KAYNAKLAR**

- Akın, Levent:* İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013.
- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan-Senyen, Emine Tuncay,* İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009.
- Akyiğit, Ercan:* İÇtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, I. Cilt, 3. Baskı,  
- İÇtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, 3. Baskı, Ankara 2008.  
- İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2008.  
- Kıdem Tazminatı, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Aydın, İbrahim:* İşverenin İşyerinde „Çalışan“ İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, *Çimento İşv.*, Temmuz 2005, s.16-29.
- Bayram, Fuat:* Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Legal İSGHD 2007 Sayı: 14, s.552-574.
- Bozbel, Savaş/Palaz, Serap:* İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları, TİSK Akademi, 2007/I, s. 67-81.
- Caniklioğlu, Nurşen:* Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002.
- Centel, Tankut:* İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku 2. Bası, İstanbul 1994.
- Çelebi, Özgün:* İş İlişkisinde Manevi Taciz, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kotalp'e Armağan*, C. I, İstanbul 2004, s. 691-719.
- Çelik, Nuri:* İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, İstanbul 2013.
- Çenberci, Mehmet:* İş Kanunu Şerhi, 6. Aufl., Ankara 1986.
- Çil, Şahin:* İş Kanunu Şerhi, I. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2007.  
- İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2007.  
- İş Kanunu Şerhi, III. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Demir, Fevzi:* Sorularla Bireysel İş Hukuku, 1. Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006.
- Ekonomi, Münir:* İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1984.
- Ergin, Hediye:* Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2009 (İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi).
- Ertürk, Şükran:* İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı 2, İzmir 2002, s. 1-23.
- Günay, Cevdet İlhan:* İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara 2008.  
- İş Kanunu Şerhi, Cilt I, 3. Bası, Ankara 2009.  
- İş Kanunu Şerhi, Cilt II, 3. Bası, Ankara 2009.
- Güzel, Ali/Ertan, Emre:* İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, Legal İSGHD 2007/14, s.509-549.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/ Caniklioğlu, Nurşen:* Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012.

- Kılıçoğlu, Mustafa*: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005, İş Kanunu Yorumu, s. 258-259.
- Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal*: İş Kanunu Şerhi, I. Cilt, 2. Bası, İstanbul 2008.  
- İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, 2. Bası, İstanbul 2008.
- Kutal, Metin*: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992 Yılı Semineri, İstanbul 1994.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi*: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008.  
- Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995.
- Narmanlıoğlu, Ünal*: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 4. Bası, İstanbul 2012 (*Ferdi İş İlişkileri I*).
- Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973.
- Odaman, Serkan*: İşçinin Haklı Sebeple Fesih Hakkı, Ankara 2000.
- Oğuzman, Kemal*: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955 (*Hizmet (İş) Akdinin Feshi*).
- Rehbinder, Manfred/Krausz, Alexander*, Psychoterror am Arbeitsplatz, Mobbing und Bossing und das Arbeitsrecht, ArbR: Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, 1996, s.17-48.
- Savaş, Fatma Burcu*: İşyerinde Manevi Taciz, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Sözer, Ali Nazım*: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013.
- Süzek, Sarper*: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008.  
- İş Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2013.  
- Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1989 Yılı Semineri, İstanbul 1991.
- Şakar, Müjdat*: İş Hukuku Uygulaması, 8. Bası, İstanbul 2009.  
- İş Kanunu Yorumu, 4. Bası, İstanbul 2009.
- Tınaz, Pınar*: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), 2. Bası, İstanbul 2008.
- Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye*: Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), 1. Bası, İstanbul 2008.
- Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer*: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2013.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut*: İş Hukukunun Esasları, 6. Bası, İstanbul 2013.
- Uşan, Fatih*: İşçinin Kendisinin İşi İle İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Hakkı Fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum mudur? Çalışma ve Toplum D., 2008/2, Sayı:17, s.201-217.

# İŞÇİNİN ARDI ARDINA İKİ İŞGÜNÜ DEVAMSIZLIĞI (YARGITAY KARARI TAHLİLİ)

*[Two Working Days Consecutive Absence of Employee  
(Evaluation of Judgment of Court of Appeals)]*

Saim OCAK\*

## ÖZET

Yargıtay,12.03.2012 tarihli kararında, Kanununun m. 25/II (g) bendinde yer alan ardi ardına iki işgünü devamsızlık düzenlemesini, farklı şekilde yorumlayarak, işçinin devamsızlık yaptığı işgünlerinin arasına, işe gelmesinin beklenmediği/gerekmediği başka günlerin girmesi halinde dahi, devamsızlığın ardi ardına olduğunu kabul ederek iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedebileceği yönünde karar vermiştir.

Kanaatimizce, Kanun hükmünün lafzı ve ruhu birlikte değerlendirildiğinde, bu tür durumlarda ardi ardına devamsızlıktan söz edilemez ve işçinin iş sözleşmesi ardi ardına iki işgünü devamsızlık gerekçesiyle haklı nedenle feshedilemez.

**Anahtar kelimeler:** Fesih, haklı neden, izin, izinsiz, devamsızlık, mazeret, mazeretsiz, Yargıtay

## *Abstract*

“The Court of Appeals has decided at 03.12.2012 that the labor contract may be terminated as per Article 25/II,(g) regulating just cause in case of two days consecutive absence by the employer, even though there are days on which the employee is not obliged to come to the working place between the days that the employee is absent.

In our opinion, when the letter and spirit of the law considered together, in such cases there cannot be consecutive absence and the employee’s labor contract cannot be terminated with just cause by the employer resulting from two working days consecutive absence.

**Keywords:** Termination, just cause, allowance, unpermitted, absence, excuse, unexcused, Court of Appeal

---

\* Doç.Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

**(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin  
T. 12.03.2012 ve E. 2009/49454, K.2012/8046 Sayılı Kararı)<sup>1</sup>**

**T.C.**

**YARGITAY**

**9. Hukuk Dairesi**

**Y A R G I T A Y İ L A M I**

**ESAS NO:** 2009/49454

**KARAR NO:** 2012/8046

**MAHKEMESİ:** BAKIRKÖY 9. İŞ MAHKEMESİ

**TARİHİ:** 23/10/2009

**NUMARASI:** 2008/380-2009/525

**DAVACI:** MURAT BELEK ADINA AVUKAT EROL TUNA MIDİK

**DAVALI:** RONA TEKSTİL ÇORAP VE SAN. TİC. LTD. ŞTİ.

*ADINA AVUKATMEHMET MURAT YÜKSEL*

**DAVA:** Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, izin ücreti ile ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

*Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.*

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

**Y A R G I T A Y K A R A R I**

**A) Davacı İsteminin Özeti:**

*Davacı, 12.09.2005-01.02.2008 tarihleri arasında davalı iş yerinde, formacı (çorap ütücüsü) olarak çalıştığını, 01.02.2008 tarihinde devamsızlık yaptığı gerekçesiyle işten çıkarıldığını, sadece Cuma günü öğlene kadar çalıştıktan sonra işyerinden izin alarak viziteye çıktığını, pazartesi günü ise hastalığı nedeniyle işe gelemediğini, işveren tarafından da bu hususun bilindiğini, salı günü işe başladığını, hafta sonuna kadar çalıştığını, hafta sonu işten çıkarıldığını, kendisine hiçbir şekilde hak ve alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma, izin ve ücret alacaklarını istemiştir.*

**B) Davalı Cevabının Özeti:**

*Davalı, davacının 25.01.2008-28.01.2008 ve 04.02.2008-11.02.2008 tarihleri arasında iş yerine haber vermeksizin üst üste devamsızlık yaptığını, bu hususta*

<sup>1</sup> Yargıtay 9. HD, T. 12.03.2012 , E. 2009/49454, K. 2012/8046, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

29.01.2008 tarihli ve 11.02.2008 tarihli iki ayrı tutanak tutulduğunu, davacıya 11.02.2008 tarihli ihtarname gönderildiğini, 13.02.2008 tarihinde ihtarnamenin tebliğ edildiğini, davacının ihtarnameyi tebliğ almasına rağmen işe gelmediği günler için hiçbir mazeret bildirmediğini, dolayısıyla davacının haklı hiçbir nedene dayanmadan işi kendisinin terk ettiğini, işi kendisi terk ettiği için ihbar tazminatı talep edemeyeceğini, haklı nedene dayanmadan iş sözleşmesini feshettiği için de kıdem tazminatı talep edemeyeceğini, davacının şirkete başvurmadığı için kendisine ödenmemiş olan 200,00 TL bakiye ücret alacağının emanet hesabında bekletildiğini, bu nedenle ücret alacağının başvurusu halinde ödeneceğini, davacının yıllık izinlerini, fazla mesai yapmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

### **C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:**

Mahkemece, davacının 25/01/2008 tarihinde vizite kağıdı almak sureti ile doktora gittiği, işyerinde işgünü olan 26/01/2008 ve 28/01/2008 tarihinde işe gelmediğinin davacının kabulünde olduğu ancak 27/01/2008 gününün işgünü olmaması sebebi ile öncelikle davacı yönünden ardı ardına iki gün işe devam etme olgusunun gerçekleşmediği, davacının 29/01/2008 tarihinde işe gelerek çalışmaya başladığının davalı tarafça ibraz edilen tutanaklardan anlaşıldığı, dinlenen davacı tanıkları ile davalı tanığı Öztürk Zan'ın beyanından davacının işe geldiği 29/01/2008 tarihinde işten çıkartıldığının bildirildiğini, dolayısıyla davacı hakkında 04/02/2008 tarihinden sonrasına ilişkin olarak düzenlenen tutanakların herhangi bir geçerliliğinin bulunmadığı, çünkü bu tarihte davacının iş sözleşmesinin zaten feshedilmiş olduğu, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinden sonra işe devam etmesinin mümkün olmadığı gibi çağrıldığında da yeniden işe başlamak zorunda olmadığı, bu nedenle davacının iş sözleşmesinin feshinin davalı tarafça haklı sebeplerle yapıldığının kanıtlanamadığı belirtilerek davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

**D) Temyiz:** Kararı davalı temyiz etmiştir.

### **E) Gerekeçe:**

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-İş sözleşmesinin, işçinin devamsızlıkta bulunması nedeniyle işverence haklı olarak feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur. 4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinin (II) numaralı bendinin (g) alt bendinde, "işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi" halinde, işverenin haklı fesih imkânının bulunduğu kurala bağlanmıştır.

*İşverenin ücretli ya da ücretsiz olarak izin verdiği bir işçinin, izin süresince işyerine gitmesi beklenemeyeceğinden, bu durumda bir devamsızlıktan söz edilemez. Ancak yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, işçinin kendiliğinden ayrılması söz konusu olamaz. İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini oluşturur (Yargıtay 9.HD. 1.7.2008 gün 2007/21656 E, 2008/18647 K.).*

*İşçinin işe devamsızlığı, her durumda işverene haklı fesih imkanı vermez.*

*Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde, işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkanı bulunmamaktadır (Yargıtay 9.HD. 9.5.2008 gün, 2007/16956 E, 2008/11983 K). İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir. Mazeretin ispatı noktasında, sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece özel sağlık kuruluşlarından alınan raporlara da değer verilmelidir. Devamsızlık süresi, ardi ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü ya da bir ayda üç işgünü olmadıkça, işverenin haklı fesih imkanı yoktur. Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olunması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkanı doğmaz.*

*Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalıdır. İşçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 sayılı Yasanın 25/II-h maddesi uyarınca değerlendirme yapılmalıdır.*

*Maddede geçen "bir ay" ifadesi takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder. İlk devamsızlığın yapıldığı gün ayın kaçınıcı günüyse takip eden ayın aynı günü bir aylık süre sona erer. Son ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması halinde son ayın son günü bir aylık süre dolmuş olur. Sonraki devamsızlıklar ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilir. İşgünü, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır. İş sözleşmesinde, genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa, bu taktirde söz konusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih imkanı tanır. İşyerinde Cumartesi günü işgünü ise belirtilen günde devamsızlık da diğer koşulların varlığı halinde haklı fesih nedenini oluşturabilir (Yargıtay 9.HD. 5.10.2009 gün, 2008/43280 E, 2009/25721 K).*

*İş sözleşmesinin askıya alınması durumunda, işçinin çalışması gereken günde işe başlamaması da devamsızlık olarak değerlendirilmelidir (Yargıtay 9.HD. 25.4.2008 gün, 2007/15152 E, 2008/10326 K.).*

*Somut olayda davacı iş sözleşmesinin devamsızlık yaptığı gerekçesiyle işverence feshedildiğini ileri sürmüştür. Davalı ise davacının devamsızlık yaptığını, ihtarnameye rağmen işe gelmediği gibi mazeret de bildirmedğini, davacının kendisinin işyerini terk ettiğini savunmuştur.*

Dinlenen davacı tanığı Hıdır Akyüz, Ocak ayının 25'inde olduğunu hatırladığı bir Cuma günü davacı ile birlikte servis ile iş yerine geldiklerini, davacının rahatsız olduğunu, ne olduğunu sorduğunda hasta olduğunu söylediğini, kendisinin de “hasta isen doktora git” dediğini, davacının işyerinden vizite kağıdı alıp gideceğini söylediğini ve o gün vizite kağıdı alıp hastaneye gittiğini, salı günü akşam davacıyı gördüğünde yine kötü durumda olduğunu, üzgün olduğunu gördüğünü, davacıya “halen iyileşmedin mi?” diye sorduğunda davacının “yok beni işten çıkardılar, ayın 1'ine kadar da süre verdiler” dediğini, davacının bu arada işten çıkartıldığını, davacı tanığı Hüseyin Aksun, ocak ayında bir gün davacının servise bindiğinde rahatsız olduğunu, arkadaşları ile birlikte kendisine vizite kağıdı alıp doktora gitmesini söylediklerini, davacının da gideceğini söylediğini, daha sonra sevk kağıdı alıp doktora gittiğini, iyileşmediği için işe gelemediğini, davacının salı günü işe başladığında kendisinin işten çıkarıldığını, cuma gününe kadar süre verildiğini ve cuma gününün son olduğunu söylediğini, cuma günü de işten ayrıldığını, davalı tanığı Öztürk Zan, davacının cuma günü hasta olduğunu söyleyerek vizite kağıdı istediğini, işyerine salı günü geldiğini, kendisine doktora gidip gitmediğini sorduğunu, davacının “gidemedim” dediğini, her hangi bir gerekçe göstermediğini, “peki neden işe gelmedin?” diye sorduğunda yine “gelemedim” dediğini ve bir şey belirtmediğini, bunun üzerine davacıyı patronlarının çağırdığını ve “sen bizi dikkate almıyorsun, kaale almıyorsun, işe gelmiyorsun” diyerek davacıyı işten çıkardığını, bu konuşmanın salı günü olduğunu ancak davacıyı ne zaman işten çıkardıklarını bilmediğini beyan etmişlerdir.

Mahkemeye davacı tanıkları ve davalı tanığı Öztürk'ün beyanları dikkate alınarak yukarıdaki gerekçe ile davacının iş sözleşmesinin feshinin haksız olduğu kabul edilmiştir.

Mahkeme kabulünde olduğu gibi davacı cumartesi ve pazartesi olmak üzere iki işgünü devamsızlık yapmıştır. Pazar günü işyerinde çalışma olmaması nedeniyle işyerine gelmemiştir.

Kanuni tanımdaki “işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardi ardına iki işgünü işine devam etmemesi” eyleminde olaydaki cumartesi ve pazartesi günleri arasına denk gelen hafta tatili gününün bulunması hukuki kesinti yaratmaz. Bu nedenle İş Kanununun 25/II-g maddesindeki işverenin haklı feshi nedeni tahakkuk etmiştir.

Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının kıdem ve ihbar tazminatlarının reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

**F) Sonuç:** Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilie iadesine, 12.03.2012 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

|          |          |        |                |            |
|----------|----------|--------|----------------|------------|
| Başkan   | Üye      | Üye    | Üye            | Üye        |
| Ü. SAYIŞ | Ö.H.TUNA | M. ARI | M. K.TEPEDELEN | N.KARABABA |

## KARŞI OY

Somut olayda işveren, davacı işçinin iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle feshedildiğini ileri sürmüş, yerel mahkemece davacının işgünü olan 26.01.2008 (cumartesi) ve 28.01.2008 (pazartesi) tarihlerinde işe devam etmediği, 29.01.2008 tarihinde işe geldiği, 27.01.2008 pazar gününün işgünü olmaması nedeniyle davacının ardi ardına iki gün devamsızlığından söz edilemeyeceği gerekçesiyle işverence gerçekleştirilen feshin haksız olduğu kabul edilerek, kıdem ve ihbar tazminatlarını hüküm altına alınmıştır.

Sayın çoğunluk, davacının cumartesi ve pazartesi olmak üzere iki işgünü devamsızlık yaptığı, pazar günü işyerinde çalışma olmaması nedeniyle işe gelmemesinin yasa da öngörülen “ardi ardına iki işgünü” tanımında hukuki kesinti yaratmayacağı ve işveren feshinin haklı nitelik taşıdığı gerekçesiyle yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Olayda tartışmalı olan husus; İşverene haklı fesih imkanı veren İş Kanununun 25/II-g maddesinde öngörülen “ardi ardına iki işgünü” tanımından ne anlaşılması gerektiği noktasındadır.

Türk Dil Kurumu Güncel Sözlükte “ardi ardına (zarf); ara vermeden, aralıksız olarak, sürekli bir biçimde” anlamında tanımlanmaktadır. Bilindiği üzere işverene haklı fesih imkanı tanıyan devamsızlık halleri İş Kanununun 25/II-g maddesinde “...Ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde herhangi bir tatil gününden sonraki iki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işe devam etmemesi...” gibi üç ayrı şekilde düzenlenmiş olup, işe gelinmeyen günler arasında başka bir günün bulunması halinde ardi ardına iki gün anlamında devamsızlıktan bahsedilemeyecektir. Zira kanun koyucu bir ay içinde herhangi bir tatil gününden sonra iki işgünü devamsızlık halini ayrıca fesih nedeni olarak göstermiş olup cumartesi işe gelmeyen ve hafta tatili olan pazar günü çalışmayan işçinin pazartesi günü ardi ardına iki gün gelmediği gerekçesiyle işten çıkarılması, Pazar günü çalışacağı yolunda onayı veya iş sözleşmesinde bir hüküm bulunmaması halinde haksız fesihtir.

Dairemizin emsal nitelikteki 02.10.2006 gün ve 2006/17602-25668 sayılı kararında da “...fesih bildiriminde davacının 10.09.2005 (cumartesi) ve 12.09.2005 (pazartesi) günleri işe gelmediği için iş sözleşmesinin feshedildiğinin belirtilmiş olması karşısında ard arda iki işgününden söz edilemeyeceği, bu durumda feshin İş Kanunu'nun 25/II-g maddesinde belirtilen haklı nedene dayanmadığı...” belirtilmiş olup yerel mahkemenin davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı yolundaki kararı bu nedenle yerinde olup onanması gerektiğinden, aksine değerlendirme ile bozma yönünde oluşan sayın çoğunluk kararına katılmıyorum. 12.03.2012.

Üye

Ö. Hicri Tuna



## I. DAVAYA KONU OLAY VE HUKUKİ SORUN

Yüksek Mahkemenin kararına konu uyuşmazlıkta, davacı taraf, vizite kağıdı alınarak işyerinden ayrıldığını, işverenin bilgisi olduğunu, devamsızlık olmadığını, işveren tarafından iş sözleşmenin davalı işverenlikçe ardı ardına iki işgünü devamsızlık gerekçesiyle haksız olarak feshedildiğini, davalı taraf ise, davacı işçinin devamsızlık yaptığını, buna ilişkin ihtarnameyi tebliğ almasına rağmen işe gelmediği günler için hiçbir mazeret bildirmediğini, davacının haklı hiçbir nedene dayanmadan işi kendisinin terk ettiğini, haklı nedene dayanmadan iş sözleşmesini feshettiğini ileri sürmüştür.

Yerel Mahkeme, devamsızlık bulunmadığı ve dolayısıyla da feshin haksız olduğu gerekçesiyle, davacının talebini kısmen kabul ederek hüküm kurmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, oyçokluğu ile aldığı kararda, ardı ardına iki işgünü devamsızlık bulunduğunu belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Davaya konu somut olay bakımından, davacı işçinin, işverenden izin almaksızın ve haklı neden olmaksızın devamsızlık yapıp yapmadığı uyuşmazlık konusudur. Davaya konu uyuşmazlıkta hukuki sorun ise, işçinin, devamsızlık yaptığı işgününden sonra araya tatil gününün girdiği ve tatil gününden sonraki işgününde de işçinin yine işe gelmediği durumlarda, ardı ardına iki işgünü devamsızlık olup olmadığı hususunda toplanmaktadır.

## II. YEREL MAHKEME KARARI

Yerel Mahkeme, "...davacının 25/01/2008 tarihinde vizite kağıdı almak sureti ile doktora gittiği, işyerinde işgünü olan 26/01/2008 ve 28/01/2008 tarihinde işe gelmediğinin davacının kabulünde olduğu ancak 27/01/2008 gününün işgünü olmaması sebebi ile öncelikle davacı yönünden ardı ardına iki gün işe devam etme olgusunun gerçekleşmediği, davacının 29/01/2008 tarihinde işe gelerek çalışmaya başladığının davalı tarafça ibraz edilen tutanaklardan anlaşıldığı, dinlenen davacı tanıkları ile davalı tanığı Öztürk Zan'ın beyanından davacının işe geldiği 29/01/2008 tarihinde işten çıkartıldığının bildirildiğini, dolayısıyla davacı hakkında 04/02/2008 tarihinden sonrasına ilişkin olarak düzenlenen tutanakların herhangi bir geçerliliğinin bulunmadığı, çünkü bu tarihte davacının iş sözleşmesinin zaten feshedilmiş olduğu, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinden sonra işe devam etmesinin mümkün olmadığı gibi çağrıldığında da yeniden işe başlamak zorunda olmadığı, bu nedenle davacının iş sözleşmesinin feshinin davalı tarafça haklı sebeplerle yapıldığının kanıtlanamadığı belirtilerek davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir".

### III. YARGITAY KARARI

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 12.03.2012 tarihli kararında<sup>2</sup>, aşağıdaki hususlara yer verilmiştir. “...Mahkeme kabulünde olduğu gibi davacı cumartesi ve pazartesi olmak üzere iki işgünü devamsızlık yapmıştır. Pazar günü işyerinde çalışma olmaması nedeniyle işyerine gelmemiştir.

*Kanuni tanımdaki “işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardi ardına iki işgünü işine devam etmemesi” eyleminde olaydaki cumartesi ve pazartesi günleri arasına denk gelen hafta tatili gününün bulunması hukuki kesinti yaratmaz. Bu nedenle İş Kanununun 25/II-g maddesindeki işverenin haklı fesih nedeni tahakkuk etmiştir. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının kıdem ve ihbar tazminatlarının reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir...” şeklinde hüküm kurmuştur.*

### IV. DEĞERLENDİRME

#### 1. Devamsızlık

Bilindiği gibi işçinin işine devamsızlığı iş ilişkisinin devamını bazı hallerde işveren bakımından çekilemez hale getirebilmektedir. Bu bağlamda, mevzuatta devamsızlıkla ilgili olarak işveren fesih hakkı tanıyan düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. İşveren, işçinin devamsızlığına bağlı olarak iş sözleşmesini haklı ya da geçerli nedenle feshedebilecektir. Kanunda, işçinin devamsızlığının işverenden sözleşmenin devamının beklenemeyecek şekilde olumsuz etkilediği haller bakımından işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı tanınmıştır. Bu bağlamda, devamsızlık, işçinin, kasıtlı ya da kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, iş gelmesinin beklendiği işgünlerinde, haklı bir neden olmaksızın ve işverenden izin almaksızın “işe gelmemesi” şeklinde ifade edilebilir. Dolayısıyla, ücretsiz izin gibi sözleşmenin askıya alındığı ve işçinin işe gelmesinin gerekmediği diğer tüm hallerde devamsızlıktan söz edilemeyecektir. Bu bağlamda, işçinin devamsızlığından söz edilebilmesi için, işçinin işe gelmesi beklenen sürelerde haklı bir neden olmaksızın ve işverenden izin almaksızın gelmemiş olması gerekmektedir. Aksi halde işçinin devamsızlığından söz edilemeyecektir. Burada belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin işçinin devamsızlığına bağlı olarak işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilmesi için, devamsızlığın Kanunda belirtilen şekillerde/sürelerde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Çalışma konumuz da bu fesih hallerinden birisine ilişkindir. Kanunun 25. maddesinde, farklı devamsızlık halleri ve buna bağlı olarak işverenin haklı nedenle fesih hakkı düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanunun 25. maddesinin ikinci ben-

<sup>2</sup> Yargıtay 9. HD, T. 12.03.2012 , E. 2009/49454, K. 2012/8046, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

dinde, “Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlığı altında düzenlenen ve işverene haklı fesih hakkı tanıyan devamsızlık hali oluşturmaktadır. Bunlar ise, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi halleridir (m. 25/II/g). Çalışmamızda ise bu hallerden, işverenden izin almaksızın ya da haklı bir neden olmaksızın ardı ardına iki işgünü işçinin devam etmesine ilişkin olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin, 12.03.2012 tarihli kararı değerlendirilmeye çalışılacaktır. Belirtilen karara konu olayda, işçinin, işe gelmediği ilk işgününden sonra araya tatil gününün girdiği ve tatil gününden sonraki işgününde işçinin yine işe gelmediği anlaşılmaktadır. Burada önce incelemeye konu Yargıtay kararına yer verilecek, daha sonra inceleme ve değerlendirmelere geçilecektir.

İşçinin işverene karşı olan temel borçlarının en önemlisi iş görme borcudur. İşçinin, iş görme borcunu, mevzuatta ve sözleşmelerde öngörülen çalışma sürelerine uygun olarak süreklilik içinde yerine getirmesi, devamsızlık yapmaması gerekmektedir<sup>3</sup>. İşçinin, devamsızlığı çalışma düzenini bozar ve işyerindeki üretimi aksatır<sup>4</sup>. Öğretide, işçinin devamsızlık yapması (işe gelmemesi) halinde, iş görme borcuna yerine getireceği süre yönünden aykırı hareket ettiği<sup>5</sup>, iş görme borcuna muhalefet teşkil ettiği<sup>6</sup> ifade edilmektedir. İşçinin işe gelmesi gerekirken devamsızlık yapması, iş görme borcuna aykırı davranışının özel bir görünümü olarak ortaya çıkmakta olup, kanun koyucu tarafından yaptırıma bağlanmıştır<sup>7</sup>. İşçinin, işin aksamaması için devamsızlık yapmaması, işyerindeki çalışma düzenini bozmaması gerekir<sup>8</sup>. Aksi halde, işçinin işine devam etmediği bazı hallerde, tüm koşulların gerçekleşmesiyle birlikte iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle (bildirimsiz fesih suretiyle) derhal feshedilebilmektedir. Burada vurgulamak gerekir ki, işverenin haklı fesih hakkı, işçinin tüm devamsızlık hallerinde değil, Kanunda belirtilen sürelerde/şekillerde gerçekleşen devamsızlık hallerinde doğmaktadır<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Ayrıca bkz, Odaman, Serkan; İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2013, 156; aynı yazar, Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları, Çimento İşveren Dergisi, S. 2, C. 18, Mart 2004, 4.

<sup>4</sup> Çil, Şahin; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.II, 2. Baskı, Ankara 2007, 1834.

<sup>5</sup> Ekonomi, Münir; İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, 208; aynı yazar, İHU, İşK. 17 (No. 1), 1-2; Sümer, Halk Hadi; Yargıtay Kararların Işığında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi, Prof.Dr.Metin Kutal'a ARMAĞAN, Ankara 1998, 209; Odaman, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 6.

<sup>6</sup> Oğuzman, Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 11955, 58; Odaman, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 4.

<sup>7</sup> Günay, Cevdet İlhan; İş Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara 2006, 1086; Odaman, 156; aynı yazar, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 4; Ayrıca bkz, Akyiğit, Ercan; İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2008, 1230

<sup>8</sup> Günay, 1086.

<sup>9</sup> Ayrıca bkz, Odaman, 156; aynı yazar, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 4.

## 2. Ardı ardına iki işgünü devamsızlık hakkındaki düzenleme

4857 sayılı Kanunda çalışma konumuzu ilgilendiren ve işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı tanıyan, haklı bir neden olmadan veya işverenden izin almadan yapılan devamsızlık hali üç ayrı şekilde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki ve Yüksek Mahkemenin kararına konu olan, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü işine devam etmemesidir. Görüldüğü üzere, Kanunda ardı ardına iki işgünü devamsızlıktan söz edilmektedir. 1475 sayılı Kanunda ardı ardına “iki gün” ibaresine yer verilmekle birlikte, belirtilen ibare, ardı ardına “iki işgünü” şeklinde anlaşılma ve uygulanmaktaydı<sup>10</sup>. 4857 sayılı Kanunda ise açık bir şekilde ardı ardına “iki işgünü” ibaresine yer verilmiştir<sup>11</sup>.

4857 sayılı Kanunda “işgünü”nün ne anlama geldiği açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Konuya açıklık kazandırılması bakımından bazı hükümlere değinilmesi yerinde olacaktır. Kanunun 46. maddesinde, “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” denilmektedir (m. 46/I). 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükten kaldırılan 41. maddesinde ise, “Bu kanun kapsamına giren işyerlerinde haftanın tatilden önceki 6 işgününde bu kanunun günlük iş sürelerine uygun olarak çalışmış olan işçilere çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın bir gündelik tutarında ücret ödenir” hükmü yer almaktaydı (1475 s.K. mülga m. 41/I).

4857 sayılı Kanunun gerekçesinde<sup>12</sup> hafta tatiline ilişkin düzenleme hakkında şu hususa yer verilmiştir: “Bu Kanunun 63 üncü maddesi ile iş sürelerinde sözleşmelerle esnekleşme yapılması yolu açıldığından, hafta tatilinin mutlaka 6 işgünü çalışılmış olmasına bağlı olmaksızın 7 günlük bir zaman dilimi içinde en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verilmesi esası kabul edilmiştir. Madde metninden, çalışılmadığı halde iş sürelerinden sayılan hallerle ilgili üçüncü fıkranın (a) bendinde<sup>13</sup> yeni getirilen iş süreleri sistemine göre cumartesi günleri çalışılıp çalışılmadığına bakılmaksızın işgünü sayıldığından ve cumartesi günü yarım gün çalışılmasının da artık bir anlamı olmadığından, cumartesi gününe ilişkin cümle çıkarılmıştır”.

<sup>10</sup> Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, 26. Bası, 297, dn. 445; ayrıca bkz, Kaplan, Emine Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987, 157; Ekonomi, 108; aynı yazar, İHU, 1; Sümer, İşçinin İşe Devamsızlığı, 209; Odaman, 156; aynı yazar; İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 4; Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, 396, dn. 47.

<sup>11</sup> Arslan, Seda; İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012, 101. Öğretide, 4857 sayılı Kanunla getirilen işgünü ibaresine ilişkin değişikliğin maddenin anlamını değiştirecek nitelikte değil, açıklayıcı mahiyette olduğu ifade edilmektedir, Odaman, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 4.

<sup>12</sup> İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/534), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>.

<sup>13</sup> 4857 sayılı Kanunun sözü edilen hükmü şu şekildedir: “...Şu kadar ki; a) Çalışmadığı halde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar ile günlük ücret ödenen veya ödenmeyen kanundan veya sözleşmeden doğan tatil günleri...Çalışılmış günler gibi hesaba katılır “4957 s.K. m. 46/I,a).

4857 sayılı Kanununun 63. maddesinde, “Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır” denilmektedir (m. 63/I)<sup>14</sup>. 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükten kaldırılan 61. maddesinde de, “Genel bakımdan iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre, haftada 6 işgünü çalışılan işlerde günde 7,5 saati geçmemek üzere ve Cumartesi günleri kısmen veya tamamen tatil eden işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır” hükmü yer almaktaydı (1475 s.K. mülga m. 61/I,a).

### 3. “İşgünü” kavramı

Belirtilen düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, kural olarak işyerlerinde yedi günlük bir haftalık süre içerisinde, cumartesi dahil altı günlük sürenin işgünü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu yönüyle “işgünü” kavramı öncelikle kanunen kabul edilen işgünlerini ifade eder<sup>15</sup>. Bunun yanı sıra, “işgünü” kavramı, kanunen işgünü olarak kabul edilen işgünlerinin yanı sıra, sözleşmelerle kabul edilen işgünlerini de kapsar.<sup>16</sup> Zira, mevzuata uygun olmak koşuluyla, işyerlerindeki haftalık işgünleri farklı şekillerde belirlenebilecektir. Hafta tatili Pazar günü değil de haftanın farklı bir günü olarak belirlenebilecektir. Bu durumda, çalışma günü olarak kabul edilen Pazar günü işçinin işe gelmesi beklenecek, hafta tatili olarak kabul edilen günde ise işçinin devamsızlığından söz edilemeyecektir. Ayrıca, işyerinde, bir günlük hafta tatili yerine iki günlük hafta tatili kararlaştırılabilecektir. Öte yandan kısmi süreli çalışma ile farklı günlerde ve sürelerde çalışılabilecektir. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma karşılığında serbest zaman kullanılabilir. Mazeret izni ya da yıllık izin kullanılabilir. Ücretli ya da ücretsiz izinli olunabilir. İşçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, sağlık raporu alması ve grev/lokavt gibi nedenlerle işe gelemeyebilecektir. Dolayısıyla, normalde kanunen işgünü olarak kabul edilen günler farklı nedenlerle, bazı hallerde işyeri ve/veya işçi bakımından işgünü olarak değerlendirilemeyecektir. Yine, genel tatil ve ulusal bayram günleri de eğer aksi kararlaştırılmamışsa, işgünü olarak nitelendirilemeyecektir. Belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinde veya işyerinde toplu iş sözleşmesinde genel tatil gününde çalışılacağına ilişkin bir hüküm bulunması halinde, genel tatil günü de işçinin çalışması gereken işgünü olarak değerlendirilecektir<sup>17</sup>. İş ilişkisinin devamı sırasında işçinin

<sup>14</sup> Mevzuatta “işgünü” ile ilgili olarak farklı konularda birçok düzenleme bulunmakta olup, bunların tamamına yer verilmesi çalışmamızın kapsamını gerektirdiğinden fazla genişleteceğinden, sadece konuyla ilgili olduğu tespit edilen hükümlere değinilmeye çalışılmıştır.

<sup>15</sup> Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin; İş Hukuku, Ankara 2012, 769.

<sup>16</sup> Sümer, İşçinin İşe Devamsızlığı, 209; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 769.

<sup>17</sup> Ayrıca bkz, Ekonomi, 208; aynı yazar, İHU, 1; Süzek, 705; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 769; Savaş, A. Burcu; İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012, 109; Odaman, 158; aynı yazar, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 6; Kaplan, 157; Sümer, İşçinin İşe Devamsızlığı, 209-210; Çil, 1834; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1230; Ergin, Hediye; Türk Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2009, 115; Yargıtay 9. HD, T. 23.11.2011, E. 2009/30602, K. 2011/45363, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

rızası alınmak suretiyle tarafların anlaşmasıyla bu tür uygulamalara gidilebilecektir. Bununla birlikte, benzer şekillerde yıllık izin sürelerinin uzatılması halinde olduğu gibi, çalışılması gereken günde izinli/tatil sayılan günler işgünü olarak nitelendirilemeyecektir. İşyeri bakımından çalışılması gereken işgünleri bazı işçiler bakımından sözü edilen nedenlerle işgünü, çalışılması gereken gün olarak değerlendirilemeyecektir. Belirtilen nedenlerden dolayı işverenin fesih hakkı bakımından önemli olan kanunen işgünü sayılan sürelerin işyeri uygulaması bakımından, işyeri ve/veya işçi bakımından işgünü olup olmadığına bakılması gerekecektir.

Belirtilen nedenlerle, devamsızlığın haklı fesih nedeni olarak kullanılabilmesi için, işçinin işe gelmediği devamsızlığa konu günlerin, işçinin işe gelmekle yükümlü olduğu, çalışmasının zorunlu olduğu gün, işgünü olması gerekmektedir. Bu bağlamda, "işgünü" kavramının, işyeri ve işçi bakımından, işçinin işyerinde çalışılması gereken, işçinin iş görme borcunun bulunduğu gün (işgünü) şeklinde anlaşılması ve uygulanması gerektiği söylenebilecektir<sup>18</sup>. İşte böyle bir durumda, işçi, çalışmakla yükümlü olduğu sürelerde (işgünlerinde) çalışmayarak iş görme borcuna aykırı hareket etmiş olur<sup>19</sup>. Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğünde "işgünü", "Tatil günleri dışında kalan, çalışılmak üzere yasayla belirlenmiş gün, çalışma günü" olarak ifade edilmiştir<sup>20</sup>.

Yukarıda belirtildiği gibi (feshe neden olan) devamsızlık, işçinin işe gitmesi gereken günde, işe gelmemesi hali olarak ifade edilebilir. Burada vurgulamak gerekir ki, işverenin haklı fesih hakkının doğabilmesi için diğer hususların yanı sıra, iş görme borcunu işyerine gelip çalışarak yerine getirme yükümlülüğü altında bulunan işçinin, işe gelmeyerek bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olması gerekmektedir<sup>21</sup>. Bu yönüyle, iş gelme yükümlülüğü olmayan işçinin devamsızlığından söz edilemeyecektir<sup>22</sup>. Konuyla ilgili olarak işçinin işe gelmemesinin haklı bir nedene dayandığı duruma ilişkin açıklamalarımız burada da geçerli olacaktır.

<sup>18</sup> Ayrıca bkz, Süzek, Sarper; İş Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2013, 704-705; Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012, 450, 452; Arslan, 101-102; Savaş, 109; Odaman, 159; aynı yazar, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 5-6; Kaplan, 157; Ekonomi, 208; aynı yazar; İHU, 1; Sümer, İşçinin İşe Devamsızlığı, 209; Çil, 1834; ayrıca bkz, Günay, 1086; Yargıtay HGK, T. 14.3.2012, E. 2011/9-825, K. 2012/136, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>19</sup> Odaman, 158; Ekonomi, 208; ayrıca bkz, Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1230-1231.

<sup>20</sup> Ayrıca sözü edilen sözlükte, "işgünü" şeklinde değil, "işgünü" biçiminde ayrılarak yazıldığı görülmektedir. [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51ca20ff7bde35.69262630](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51ca20ff7bde35.69262630).

<sup>21</sup> Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1230-1231.

<sup>22</sup> İşçinin ard arda iki işgünü devamsızlığına ilişkin örnekler ve yargı kararları için bkz, Odaman, 157-159; aynı yazar; İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 5-6; Sümer, İşçinin İşe Devamsızlığı, 209; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1231; Ekonomi, 208-209; Kaplan, 157; Narmanlıoğlu, 450-451; Savaş, 109-110; Arslan; 101-103.

#### 4. Tarafların İddia ve Savunmaları İle Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

a) Davacı taraf, 12.09.2005-01.02.2008 tarihleri arasında davalı iş yerinde, formacı (çorap ütücüsü) olarak çalıştığını, 01.02.2008 tarihinde devamsızlık yaptığı gerekçesiyle işten çıkarıldığını, sadece Cuma günü öğlene kadar çalıştıktan sonra işyerinden izin alarak viziteye çıktığını, pazartesi günü ise hastalığı nedeniyle işe gelmediğini, işveren tarafından da bu hususun bilindiğini, salı günü işe başladığını, hafta sonuna kadar çalıştığını, hafta sonu işten çıkarıldığını ileri sürmektedir.

Davalı taraf ise, davacının 25.01.2008-28.01.2008 ve 04.02.2008-11.02.2008 tarihleri arasında iş yerine haber vermeksizin üst üste devamsızlık yaptığını, bu hususta 29.01.2008 tarihli ve 11.02.2008 tarihli iki ayrı tutanak tutulduğunu, davacıya 11.02.2008 tarihli ihtarname gönderildiğini, 13.02.2008 tarihinde ihtarnamenin tebliğ edildiğini, davacının ihtarnameyi tebliğ almasına rağmen işe gelmediği günler için hiçbir mazeret bildirmediğini, dolayısıyla davacının haklı hiçbir nedene dayanmadan işi kendisinin terk ettiğini, işi kendisi terk ettiği için ihbar tazminatı talep edemeyeceğini, haklı nedene dayanmadan iş sözleşmesini feshettiği için de kıdem tazminatı talep edemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel Mahkeme, davacının 25/01/2008 tarihinde vizite kağıdı almak sureti ile doktora gittiğini, işyerinde işgünü olan 26/01/2008 ve 28/01/2008 tarihinde işe gelmediğinin davacının kabulünde olduğunu, ancak 27/01/2008 gününün işgünü olmaması sebebi ile öncelikle davacı yönünden ardı ardına iki gün işe devam etme olgusunun gerçekleşmediğini, davacının 29/01/2008 tarihinde işe gelerek çalışmaya başladığının davalı tarafça ibraz edilen tutanaklardan anlaşıldığını, dinlenen davacı tanıkları ile davalı tanığı Öztürk Zan'ın beyanından davacının işe geldiğini, 29/01/2008 tarihinde işten çıkartıldığının bildirildiğini, dolayısıyla davacı hakkında 04/02/2008 tarihinden sonrasına ilişkin olarak düzenlenen tutanakların herhangi bir geçerliliğinin bulunmadığını, çünkü bu tarihte davacının iş sözleşmesinin zaten feshedilmiş olduğunu, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinden sonra işe devam etmesinin mümkün olmadığı gibi çağrıldığında da yeniden işe başlamak zorunda olmadığını, bu nedenle davacının iş sözleşmesinin feshinin davalı tarafça haklı sebeplerle yapıldığının kanıtlanamadığını belirtilerek, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu yönünde karar vermiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 12.03.2012 tarihli kararında, "...Kanuni tanımdaki "işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü işine devam etmemesi" eyleminde olaydaki cumartesi ve pazartesi günleri arasına denk gelen hafta tatili gününün bulunması hukuki kesinti yaratmaz. Bu nedenle İş Kanununun 25/II-g maddesindeki işverenin haklı feshi nedeni tahakkuk etmiştir. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının kıdem ve ihbar tazminatlarının reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir..." denilerek, işe gelinmeyen günlerin

arasına araya tatil gününün girmesine rağmen, devamsızlığın ardı ardına gerçekleştiği yönünde değerlendirme yapılmıştır.

**b)** Yüksek Mahkemenin kararı oy çokluğu ile verilmiş olup, Yüksek Mahkeme Üyesi Sayın Ö. Hicri TUNA, yerel mahkemenin davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı yolundaki kararının yerinde olduğunu ve onanması gerektiğini, aksine değerlendirme ile bozma yönünde oluşan sayın çoğunluk kararına katılmadığını belirterek, karşı oy kullanmıştır.

Karara karşı oy yazısı yazan Yüksek Mahkeme Üyesi Sayın Ö. Hicri TUNA, itiraz gerekçelerinde şu hususlara yer vermiştir. “Türk Dil Kurumu Güncel Sözlükte “ardı ardına (zarf); ara vermeden, aralıksız olarak, sürekli bir biçimde” anlamında tanımlanmaktadır. Bilindiği üzere işverene haklı fesih imkanı tanıyan devamsızlık halleri İş Kanununun 25/II-g maddesinde “... Ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde herhangi bir tatil gününden sonraki iki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işe devam etmemesi...” gibi üç ayrı şekilde düzenlenmiş olup, işe gelmeyen günler arasında başka bir günün bulunması halinde ardı ardına iki gün anlamında devamsızlıktan bahsedilemeyecektir. Zira kanun koyucu bir ay içinde herhangi bir tatil gününden sonra iki işgünü devamsızlık halini ayrıca fesih nedeni olarak göstermiş olup cumartesi işe gelmeyen ve hafta tatili olan pazar günü çalışmayan işçinin pazartesi günü ardı ardına iki gün gelmediği gerekçesiyle işten çıkarılması, Pazar günü çalışacağı yolunda onayı veya iş sözleşmesinde bir hüküm bulunmaması halinde haksız fesihtir...”<sup>23</sup>.

**c)** Davaya konu olay bakımından tartışmalı olan husus; işverene haklı fesih imkanı veren 4857 sayılı İş Kanununun 25/II (g) hükmünde yer alan, “ardı ardına iki işgünü” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği hususunda toplanmaktadır. İşverenin haklı fesih hakkının doğması bakımından devamsızlığın (işverenden izin alınmadan veya haklı bir neden olmadan) ardı ardına iki işgünü gerçekleşmiş olması gerekir. Devamsızlığın ardı ardına olmaması halinde, iki işgünü devamsızlık nedeniyle işverenin haklı fesih hakkı doğmaz. Devamsızlığın ardı ardına iki işgünü olmadığı durumlarda, işverene fesih olanağı tanıyan diğer hükümlerin uygulanması gerekir.

Davaya konu olay bakımından öncelikle değinilmesi gereken ilk husus, somut olayda davacı işinin, işe gelmediği günler bakımından, işverenden izin alıp almadığı, haklı bir nedeninin olup olmadığıdır.

<sup>23</sup> Yüksek Mahkeme Üyesi Ö. Hicri TUNA, ayrıca şu hususlara vurgu yapmıştır. “...Dairemizin emsal nitelikteki 02.10.2006 gün ve 2006/17602-25668 sayılı kararında da “...fesih bildiriminde davacının 10.09.2005 (cumartesi) ve 12.09.2005 (pazartesi) günleri işe gelmediği için iş sözleşmesinin feshedildiğinin belirtilmiş olması karşısında ard arda iki işgününden söz edilemeyeceği, bu durumda feshin İş Kanunu’nun 25/II-g maddesinde belirtilen haklı nedene dayanmadığı...” belirtilmiş olup yerel mahkemenin davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı yolundaki kararı bu nedenle yerinde olup onanması gerektiğinden, aksine değerlendirme ile bozma yönünde oluşan sayın çoğunluk kararına katılmıyorum...”.



Yüksek Mahkemenin kararında geçen tanık beyanlarında şu hususlara yer verildiği görülmektedir: “Dinlenen davacı tanığı Hıdır Akyüz, Ocak ayının 25’inde olduğunu hatırladığı bir Cuma günü davacı ile birlikte servis ile iş yerine geldiklerini, davacının rahatsız olduğunu, ne olduğunu sorduğunda hasta olduğunu söylediğini, kendisinin de “hasta isen doktora git” dediğini, davacının işyerinden vizite kağıdı alıp gideceğini söylediğini ve o gün vizite kağıdı alıp hastaneye gittiğini, salı günü akşam davacıyı gördüğünde yine kötü durumda olduğunu, üzgün olduğunu gördüğünü, davacıya “halen iyileşmedin mi?” diye sorduğunda davacının “yok beni işten çıkardılar, ayın 1’ine kadar da süre verdiler” dediğini, davacının bu arada işten çıkartıldığını, davacı tanığı Hüseyin Aksun, ocak ayında bir gün davacının servise bindiğinde rahatsız olduğunu, arkadaşları ile birlikte kendisine vizite kağıdı alıp doktora gitmesini söylediklerini, davacının da gideceğini söylediğini, daha sonra sevk kağıdı alıp doktora gittiğini, iyileşmediği için işe gelemediğini, davacının salı günü işe başladığında kendisinin işten çıkarıldığını, cuma gününe kadar süre verildiğini ve cuma gününün son olduğunu söylediğini, cuma günü de işten ayrıldığını, davalı tanığı Öztürk Zan, davacının cuma günü hasta olduğunu söyleyerek vizite kağıdı istediğini, işyerine salı günü geldiğini, kendisine doktora gidip gitmediğini sorduğunu, davacının “gidemedim” dediğini, her hangi bir gerekçe göstermediğini, “peki neden işe gelmedin?” diye sorduğunda yine “gelemedim” dediğini ve bir şey belirtmediğini, bunun üzerine davacıyı patronlarının çağırdığını ve “sen bizi dikkate almıyorsun, kaale almıyorsun, işe gelmiyorsun” diyerek davacıyı işten çıkardığını, bu konuşmanın salı günü olduğunu ancak davacıyı ne zaman işten çıkardıklarını bilmediğini beyan etmişlerdir”.

Tanık beyanlarından ve karardaki diğer bilgilerden, davacının 25.01.2008 tarihinde vizite kağıdı alıp işten ayrıldığı, 26.01.2008 tarihinin Cumartesi ve 28.01.2008 tarihinin Pazartesi işe gelmediği, 27.01.2008 tarihinin ise tatil olan Pazar günü olduğu, vizite kağıdı almasına rağmen doktora gidemediği, Salı günü iş başı yaptığı ve yine Salı günü işten çıkartıldığı ve cumaya kadar çalışmasının istendiği, Cuma günü dahil çalıştığı, sonrasında işten çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Davaya konu olayda, davacı işçi, cumartesi ve pazartesi işe gelmemesinin işverenin bilgisi dahilinde olduğunu ileri sürmektedir. Davalı işverenlik ise işçinin devamsızlık yaparak işten ayrıldığını iddia etmektedir. Davacın cumartesi ve pazartesi işe gelmediği, ancak devamında, Salı, Çarşamba, Perşembe ve Cum günü çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. İşçinin, haklı bir neden olmadan ve işverenden izin almaksızın Cumartesi ve Pazartesi günü işe gelmemesi, araya tatil günü olan Pazar gününün girmesi halinde, ardı ardına iki işgünü devamsızlık olup olmadığı yönündeki hukuki tartışma bir yana, somut olay bakımından, iş sözleşmesinin feshedildiğinin bildirilmesine rağmen, işçinin sonrasında çalıştırmaya devam edilmesine de bir anlam verilmesi gerekecektir. Öte yandan, devamsızlık tutanaklarının davacının işe gelinmediği tarihlerden sonraki dönemde tutulduğu da davalı tarafın beyanlarında açıkça belirtilmektedir.

Davalı taraf, davacının 25.01.2008-28.01.2008 ve 04.02.2008-11.02.2008 tarihleri arasında iş yerine haber vermesizin üst üste devamsızlık yaptığını, bu hususta 29.01.2008 tarihli ve 11.02.2008 tarihli iki ayrı tutanak tutulduğunu, davacıya 11.02.2008 tarihli ihtarname gönderildiğini, 13.02.2008 tarihinde ihtarnamenin tebliğ edildiğini, davacının ihtarnameyi tebliğ almasına rağmen işe gelmediği günler için hiçbir mazeret bildirmediğini beyan etmiştir. İşçinin işe gelmemesinin, haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı, işverenden izin alınıp alınmadığı hususlarının kararda (dosya kapsamında) yeteri kadar açığa kavuşturulamadığı anlaşılmaktadır. Özellikle işveren tarafından işçiye fesih beyanında bulunulmasına rağmen, işçiden çalışmaya birkaç gün devam etmesinin istenmesi, tutanakların sonraki dönemde tutulması, feshin gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşme zamanı, fesih işleminin haklı olup olmadığı, ikinci bir sözleşme kurulup kurulmadığı gibi birçok hususu tartışmalı hale getirmektedir.

Çalışma konumuz bakımından, esas itibarıyla işçinin, işe gelmediği ilk işgününden sonra araya tatil gününün girdiği ve tatil gününden sonraki işgününde yine işe gelmediği hallerde, ardi ardına iki işgünü devamsızlığın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin uyumsuzluk değerlendirilmektedir. Bu nedenle somut olayda devamsızlığın haklı nedene dayanıp dayanmadığı, işverenden izin alınıp alınmadığı ve fesihle ilgili diğer hususlara daha fazla yer verilmeyecektir.

**d)** Yüksek Mahkemenin, işçinin, işe gelmediği ilk işgününden sonra araya tatil gününün girdiği ve tatil gününden sonraki işgününde yine işe gelmediği haller bakımından, önceki tarihlerde verdiği kararları ile değerlendirme konusu yaptığımız karar arasında farklılık bulunduğu tespit edilmiş olup, son kararında öncekilere göre farklı yorum ve değerlendirme yaptığı, aksi yönde bir sonuca vardığı görülmektedir.

Yargıtay 9. HD'nin 21.12.2005 tarih kararında<sup>24</sup>, “*Davacının iş sözleşmesi 08.02.2003 cumartesi ve 10.02.2003 pazartesi arefe günleri mazeretsiz olarak işe gelmediği gerekçesi ile 1475 sayılı İş Kanununun 17/2-f maddesi gereğince feshedilmiştir. Mahkemece feshin haklı olduğu gerekçesi ile ret kararı verilmiştir. 2429 sayılı ulusal bayram ve genel tatiller hakkındaki kanunun 2. maddesinin B bendi gereğince arefe günü yarım gün tatildir. Böyle olunca davacının üst üste iki işgünü devamsızlık şartı gerçekleşmemiştir. Ayrıca aynı eylem nedeniyle 18.02.2003 tarihli ihtardan sonra aynı sebeple iş sözleşmesinin feshi de haklı görülemez. Bu nedenlerle davanın reddi kararı usul ve yasaya aykırıdır*” denilmiştir. Belirtilen kararda geçen 10.02.2003 tarihinin Cumartesi ve 12.02.2003 tarihinin Pazartesi, 11.02.2003 tarihinin ise Pazar günü olduğu tespit edilmiştir. Yüksek Mahkemenin devamsızlığın, bir tam işgünü bir de yarım işgünü olmak üzere toplamda birbuçuk işgünü gerçekleştirdiği, ardi ardına iki işgünü olmadığı gerekçesiyle işverenin haklı nedenle fesih hakkının olmadığı

<sup>24</sup> Yargıtay 9. HD, T.21.12.20005, E. 2005/9245, K. 2005/40377; <http://www.kararevi.com/karars/681293#.UcgYEWxrNdg>; ayrıca bkz, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

yönünde hüküm kurulmuş<sup>25</sup>, Pazar günü çalışılıp çalışılmaması tartışılmamış, ardı ardına iki işgünün hesabında Pazar günü değerlendirme dışında tutulmuştur.

Öte yandan Yargıtay 9. HD'nin 02.10.2006 tarihli kararında<sup>26</sup>, "...fesih bildiriminde davacının 10.9.2005 ve 12.9.2005 günleri işe gelmediği için iş sözleşmesinin feshedildiğinin belirtilmiş olması karşısında ard arda iki işgününden söz edilemeyeceği, bu durumda feshin İş Kanunu'nun 25/II-g maddesinde belirtilen haklı nedene dayanmadığı, ancak bu davranışın fesih için geçerli neden teşkil ettiğinin kabulü gerekir" şeklinde hüküm kurulmuştur. Sözü edilen kararda geçen 10.09.2005 tarihinin Cumartesi ve 12.09.2005 tarihinin Pazartesi, 11.09.2005 tarihinin ise Pazar günü olduğu tespit edilmiştir. Yüksek Mahkemenin kararından, somut olay bakımından, devamsızlık yapılan işgünleri arasına (işçinin işe devamının beklenmediği hafta tatili olduğu anlaşılan) Pazar günü girdiği için ardı ardına devamsızlık koşulunun gerçekleşmediği sonucuna ulaşıldığı görülmektedir.

Yargıtayın 12.03.2012 tarihli kararında ise, hafta tatilden önceki ve sonraki işgünü işe gelmeyen işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından ardı ardına iki işgünü işe gelmeme (devamsızlık) gerekçesiyle haklı nedenle feshedileceği ifade edilmektedir. Yüksek Mahkemenin kararında, cumartesi ve pazartesi günleri arasına denk gelen hafta tatili gününün bulunmasının hukuki kesinti yaratmayacağı, işverenin haklı feshi nedeninin gerçekleşti ifade edilmektedir. Yüksek Mahkemenin kararına bağla kalınacak olursa, hafta tatilinin iki gün olarak uygulandığı işyerinde, tatilden önceki ve sonraki işgünü işe gelmeyen işçi de devamsızlığa ilişkin fesih yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Öte yandan, ulusal, resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü ve 1 Mayıs gününün resmi tatillerden önceki işgünü ve resmi tatillerden önceki ve sonraki işgünü işe gelmeyen işçi de aynı yaptırımla karşılaşacaktır. Yine, ücretsiz izin süresinden önceki işgünü ve ücretsiz izinden sonraki ilk işgünü işe gelmeyen işçi de aynı sorunu yaşayacaktır. İşçinin, işe gelmediği günlerin arasına, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, sağlık raporu alması ve grev/lokavt gibi olayların girmesi halinde benzer durumla karşılaşılacaktır. Bilindiği gibi, raporlu olunan süreler, grev ve lokavt süreleri, ücretli ya da ücretsiz izinler gibi sözleşmenin askıya alındığı ve işçinin işe gelmesinin gerekmediği tüm hallerde devamsızlıktan söz edilemeyecektir<sup>27</sup>. Burada vurgulamak gerekir ki, normalde kanunen işgünü olarak kabul edilen günlerden, bir işçinin herhangi bir nedenle çalışma zorunluluğunun bulunmadığı, işçiden işe gelmesinin beklenemeyeceği gün ya da günler,

<sup>25</sup> Yargıtayın 02.11.1998 tarihli ve 12776/15453 sayılı kararında ise, "...Cumhuriyet Bayramının bir önceki günü olup bunun iki ya da üç işgünü kavramı ve kapsamı içerisinde düşünülmesi gerekir. Zira, anılan günde mesai saat 13.00'de son bulmaktadır. Yasada devamsızlık işgünü üzerinden değerlendirildiğinden günlük 7,5 saatlik mesai şartı aranmamıştır..." yönünde hüküm kurulduğu görülmektedir (Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1251).

<sup>26</sup> Yargıtay 9. HD., T.02.10.2006, E.2006/17602, K.2006/25668, <http://www.calismatoplum.org/sayi12/abc/9daire/18.doc>.

<sup>27</sup> Yargıtay 9. HD, T. 23.11.2011, E. 2009/30602, K. 2011/45363, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

artık söz konusu işçi bakımından çalışma günü olarak nitelendirilemeyecektir. Bu nedenle de, işçinin belirtilen günlerden önce ve sonra haklı bir neden olmadan ve işverenden izin almadan işe gelmemesi halinde, işçinin devamsızlığının ardı ardına iki işgünü olduğu söylenemeyecektir. Dolayısıyla, sözü edilen sürelerden önceki işgünü ve sonraki işgünü devamsızlık olması halinde, ardı ardına iki işgünü devamsızlık yaptırımı uygulanamayacaktır. Yüksek Mahkemenin 02.10.2006 tarihli kararında işçinin devamsızlığı değerlendirilirken isabetli bir şekilde, işçinin devamsızlık yaptığı işgünlerinin arasında kalan (işe gelmesinin gerekmediği) günler, ardı ardına iki işgünü bakımından işgünü olarak nitelendirilmemiş, ardı ardına iki işgünü devamsızlığın gerçekleşmediği ifade edilmiştir.

e) Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğünde, “ardı ardına” (zarf olarak), ara vermeden, aralıksız olarak, sürekli bir biçimde<sup>28</sup> şekilde ifade edilmiştir. Yine aynı anlama gelmek üzere, “üst üste”, birbiri arkasından<sup>29</sup> anlamında, ayrıca, “arka arkaya” da, birbirinin arkasından, peş peşe, art arda<sup>30</sup> biçiminde ifade edilmektedir. Karşı oy yazısında da aynı hususa vurgu yapılmıştır. Kanaatimizce Kanun hükmünün lafzı ve ruhu birlikte ele alındığında, iki işgünü arasına, işgünü olmayan başka gün ya da günlerin girmesi halinde, ardı ardına iki işgünün varlığından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla, işçinin devamsızlık yaptığı iki işgününün arasına, işe gelmesinin gerekmediği başka gün ya da günlerin girmiş olması halinde bu tür durumlarda, işçinin devamsızlığından da söz edilemez.

Kanaatimizce, haftanın altı işgünü çalışılan ve Pazar günü tatil olan bir işyerinde, işçinin cumartesi ve pazartesi işe gitmemesi halinde, işçinin ardı ardına iki işgünü devamsızlık yaptığı söylenemeyecektir. Dolayısıyla böyle bir durumda, işçinin iş sözleşmesi ardı ardına iki işgünü işe devamsızlık yaptığı gerekçesiyle işveren tarafından haklı nedenle feshedilemeyecektir. Ulusal, resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü ve 1 Mayıs gününün araya girmesi halinde de aynı sonuca ulaşılmalıdır. Aksi halde Kanunun aynı hükmünde yer alan diğer hükümlerin getiriliş nedeni izah edilemeyecektir. Zira, Kanunun m. 25/II (g) hükmünde, işçinin, ardı ardına birbirini takip eden iki işgünü gelmemesine ilişkin devamsızlık hali dışındaki diğer devamsızlık ihtimallerine ilişkin olarak ayrıca düzenleme yapılmıştır. Bu bağlamda, aynı hükümde yer alan, işçinin, işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi halinde işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı tanıyan düzenleme diğer bir ihtimal olarak getirilmiştir. Anılan düzenlemede, birbirini takip eden, ardı arda iki işgünü

<sup>28</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c96d7d824803.44084452](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c96d7d824803.44084452).

<sup>29</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c97513b32915.69332515](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c97513b32915.69332515).

<sup>30</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c97518ea7db7.93740745](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c97518ea7db7.93740745); [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c975c0b7b915.75879104](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c975c0b7b915.75879104).

değil, bir ay içindeki toplam üç işgününde gerçekleşecek devamsızlıktan söz edilmektedir. Bu ihtimalde, işçinin ilk devamsızlık yaptığı işgünü ile başlayan bir aylık süre içinde, ilk devamsızlıktan sonra devamsızlık yapılan diğer işgünü arasındaki günlerin işgünü ya da tatil günü olup olmamasının önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle Kanun koyucu, birbirini takip eden iki işgünü ile, birbirini takip etmeyen, araya işgünü olan veya olmayan günlerin girmesine rağmen devamsızlık yapılması halinde işverene haklı fesih hakkı tanıyan düzenlemeyi menfaat dengesi uyarınca ayrıca getirmiştir. Ayrıca, Kanunun aynı hükmünde yer alan ve işverene haklı fesih hakkı veren, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü işine devam etmemesi ve bir ay içinde üç işgünü devamsızlık yapmasına ilişkin düzenlemeler de benzer amaçla getirilmiş olup, bunlardan da aynı sonuca ulaşılmaktadır. Öğretide de, araya bir tatil gününün girdiği iki günlük devamsızlıklarda, iş sözleşmesinin işveren tarafından devamsızlık gerekçesiyle haklı nedenle feshedilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>31</sup>.

Kanun hükmünde işçinin ardı ardına iki işgünü devamsızlık yapmasına ilişkin ifade, devamsızlık yapılan işgünlerinin birbirini takip etmesi anlamında kullanılmıştır. Yoksa işçinin işe gelmediği ilk işgünü ile işe gelmediği diğer işgünü arasında, farklı nedenlerle işçinin çalışmasının gerekmediği, işgünü sayılmayan günlerin girmesi işçinin aleyhine olarak kullanılması isabetli olmayacaktır. Kanaatimizce, Yüksek Mahkemenin 12.03.2012 kararında yapılan değerlendirme, Kanun koyucunun ve dolayısıyla konuyla ilgili düzenlemelerin getiriliş amacı ile örtüşmemektedir. Burada, Kanunda yer alan devamsızlıkla ilgili düzenlemelerin getiriliş amacına bakılarak, mevcut hükümler karşısında üç farkı ihtimale göre değerlendirme yapılması gerekecektir. İlk olarak, kanun koyucunun Yüksek Mahkemenin kabulü yönünde belirtilen düzenlemenin somut olaydaki halleri de kapsayacak şekilde getirildiği şeklinde değerlendirme yapılabilir. İkinci olarak ise, kanun koyucunun bu ihtimali hiç öngörmediği şeklinde değerlendirme olabilir. Üçüncü olarak da, kanun koyucunun bu ihtimali öngördüğü ve bu nedenle diğer devamsızlık halleri olan, (ardı ardına olması gerekmeyen) bir ayda üç işgünü devamsızlık ile bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü devamsızlık hallerini getirdiği yönünde değerlendirme yapılabilir.

Birinci ihtimal bakımından, kanun koyucunun Yüksek Mahkemenin kabulü yönünde belirtilen düzenlemenin somut olaydaki halleri de kapsayacak şekilde getirildiği şeklinde değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Zira bu husus Kanun hükmünde açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Kanunun ardı ardına iki işgünü devamsızlık hükmünün, işçinin devamsızlığı sırasında işgünlerinin arasına tatil gününün girdiği olaylar bakımından da geçerli olduğu yönünde yorumlanması ve

<sup>31</sup> Narmanlıoğlu, 450, Sümer, İşçinin İşe Devamsızlığı, 210; Odaman, 159; aynı yazar; İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 6; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1230; Savaş, 110; Arslan, 102.

iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilmesi isabetli olmayacaktır. Yine ikinci ihtimal bakımından da, böyle bir durumda işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedileceği sonucuna varılamayacaktır. Üçüncü ihtimalde de işçinin iş sözleşmesi bu tür durumlarda işveren tarafından haklı nedenle feshedilemeyecektir.

İşverenden izin almaksızın veya haklı bir neden olmaksızın ardı ardına iki iş-günü devamsızlık, Kanununun 25. maddesinde işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağı tanıyan, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı haller arasında düzenlenmiştir. Devamsızlık işveren bakımından iş ilişkisinin devamını çekilemez hale getirdiğinden, haklı nedenle fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak somut olayda olduğu gibi, işçinin devamsızlığı sırasında işgünlerinin arasına tatil gününün girdiği durumlarda, işveren bakımından iş ilişkisinin devamının çekilemez hale gelip gelmediğinin değerlendirmesi, işçinin devamsızlık yapmasına ilişkin davranışı ile işverenin fesih hakkı arasındaki dengeye özen gösterilmesi gerekir. Elbette işçinin bu tür davranışlarda bulunması (iş güvencesinin kapsamındaki işçiler bakımından) işverene geçerli nedenle fesih hakkı tanıyan bir durum olarak kabul edilebilecektir. Ancak iş güvencesinin kapsamına girsin ya da girmesin, işçinin devamsızlığı sırasında işgünlerinin arasına tatil gününün girdiği olaylarda Kanunda düzenlenen ardı ardına iki işgünü devamsızlık hükmü uygulanmamalı, bu tür durumlar haklı nedenle fesih sebebi olarak kullanılmamalıdır.

f) Kanaatimizce işçi lehine yorum ilkesini uygulamaya gerek kalmaksızın, mevcut Kanun hükümlerine göre, işçinin, ilk devamsızlık yaptığı işgününden sonra araya işgünü olmayan başka günlerin girmesi ve daha sonraki işgününde işe gelmemesi halinde ardı ardına iki işgünü devamsızlığın gerçekleşmemiş olacağı söylenebilecektir. Bununla birlikte, Kanun hükümlerinin farklı yorumlanacak şekilde kaleme alınmış olunmasına ilişkin ihtimal karşısında, işçi lehine yorum ilkesi uyarınca da, araya işgünü sayılmayan başka günlerin girmesi halinde, ardı ardına iki işgünü devamsızlık gerçekleşmediğini kabul etmek gerekecektir.

## VI. SONUÇ

İşveren tarafından iş sözleşmesinin işçinin devamsızlığı nedeniyle feshedilmesi için, her şeyden önce, devamsızlığın mevzuatta veya sözleşmelerde öngörülen şartlarda/sürelerde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda, devamsızlığın işverenden izin alınmaksızın ve haklı bir sebep olmaksızın gerçekleşmiş olması gerekecektir. Yine diğer devamsızlık hallerinden farklı olarak, işçinin işine ardı ardına iki işgünü gelmemesi, devamsızlığın iki işgünü ardı ardına gerçekleşmesi gerekir. Aksi halde sözleşme işveren tarafından devamsızlık gerekçesiyle haklı nedenle feshedilemeyecektir. Ayrıca, işçinin haklı nedeni varsa, dürüstlük ilkesi uyarınca bunu makul süre içinde işverene bildirmesi gerekecektir. Aksi halde işçi haklı fesih yaptırımı ile karşılaşabilecektir. Bununla birlikte, işverenin de fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak kullanması gerekmektedir. Öte yandan, işverenin haklı fesih

hakkını mevzuatta öngörülen süre içinde kullanmalıdır. Aksi halde haklı fesih hakkını kullanamaz. Bu tür durumlarda fesih bakımından mevzuatta yer alan diğer hükümlere göre hareket edilmesi gerekecektir.

Yüksek Mahkeme önceki kararlarından farklı olarak, değerlendirmeye çalıştığımız 12.03.2012 tarihli kararında, Kanunun m. 25/II (g) bendinde yer alan ardı ardına iki işgünü devamsızlık düzenlemesini, farklı şekilde yorumlayarak, işçinin devamsızlık yaptığı işgünlerinin arasına, işe gelmesinin beklenmediği/gerekmediği başka günlerin girmesi halinde dahi, devamsızlığın ardı ardına olduğunu kabul ederek iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilebileceği yönünde karar vermiştir.

Yüksek Mahkemenin kararına bağlı kalınacak olursa, devamsızlık yapılan işgünleri arasında geçen ve işçinin işe gelmesinin gerekmediği kısa ya da uzun süreli, raporlu istirahat, tatiller, ücretli veya ücretsiz izin günleri de ardı ardına hesaplama yapılırken isabetsiz bir şekilde uygulanmış olacaktır. Örneğin, dört günlük resmi tatil öncesi ve sonrası işe gelmeyen ya da altı aylık ücretsiz izinden önceki işgünü ve sonraki işgünü devamsızlık yapan işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiş olacaktır. Oysa bu tür durumlarda, ardı ardına iki işgünü işe gelmemesine (devamsızlığa) ilişkin düzenlemenin değil, mevzuatta yer alan diğer hükümlerin uygulanması gerekecektir.

Kanaatimizce, Kanun hükmünün lafzı ve ruhu birlikte değerlendirildiğinde, bu tür durumlarda ardı ardına devamsızlıktan söz edilemez ve işçinin iş sözleşmesi ardı ardına iki işgünü devamsızlık gerekçesiyle haklı nedenle feshedilemez. Araya işçinin işe gelmesinin gerekmediği başka günlerin girdiği devamsızlıklara ilişkin olarak Kanun koyucu başka düzenlemeler getirmiştir. Zira, Kanunun aynı hükmünde yer alan, bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesine ilişkin düzenleme bu yöndeki ihtiyacı karşılamak için getirilmiştir.





# ÇALIŞMA SÜRELERİNDE GÜVENCELİ ESNEKLİK UYGULAMALARI

*(Flexicurity Applications About Working Hours)*

Gaye BAYCIK\*

## ÖZET

1970'li yıllarda başlayan ekonomik durgunluk ve kriz, birçok işletmenin faaliyetine son vermesine ve işsizliğin artmasına neden olmuş, 1990 yılından sonra birçok etkenin yarattığı yüksek oranda işsizlik ve ekonominin küreselleşmesi sonucunda uluslararası pazarda verimli, kaliteli ve hızlı üretim yaparak hayatta kalmaya çalışan işletmeler karşısında ucuz işgücü rekabeti oluşmuştur. Hızla değişen ve gelişen teknoloji ve pazar şartlarında verimli üretim yaparak rekabet gücünü korumayı amaçlayan işletmelerin bu sebeple talep ettikleri esnekliğin sağlanması karşısında işçilerin sağlık ve güvenlikleri ile çalışma koşullarının korunması amacıyla "güvenceli esneklik" kavramı oluşturulmuştur. Güvenceli esneklik ilkelerinin oluşturulmasına Avrupa Birliği Konseyi öncülük etmiş ve her ülkenin kendine has özelliklerini ve koşullarını dikkate alarak ancak Konsey tarafından oluşturulan temel güvenceli esneklik ilkelerine uygun şekilde esnek çalışma ilişkilerini düzenlenmesine olanak tanınmıştır. 4857 sayılı İş Kanunumuzda da 1475 sayılı Kanunun yarattığı katı, tek tip çalışma ilişkilerinin yerini esnek ancak güvenceli çalışma ilişkileri almıştır. Söz konusu düzenlemelerin özellikle çalışma sürelerine ilişkin olanları, aynı zamanda işçinin işyerindeki sağlık ve güvenliğinin sağlanmasında, dolayısıyla yaşam ve vücut bütünlüğü hakkının korunmasında ayrıca öneme sahip olduğundan, bu düzenlemelerin ve bunlara dayalı uygulamaların güvenceli esneklik ilkeleri bakımından ayrıca değerlendirilmesinde fayda olacağı düşünülerek bu çalışma hazırlanmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Güvenceli esneklik, çalışma süreleri, denkleştirme, telafi çalışması, kısa çalışma, fazla çalışma.

## *Abstract*

Economic stagnation and crisis occurred in 1970's led many enterprises to close down and caused high unemployment rate. In 1990's, the rising rate of unemployment caused unfair workmen competition before the enterprises struggling to survive in international market by keeping their power of compatibility, increasing their level of productivity and pursuing the fast-developing

\* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

technology. In order to keep their power of compatibility in international market, enterprises claimed flexibility. However, rules saving the interests of workmen, especially in terms of occupational safety and health should had been also prescribed. Thus, by balancing out the interests of enterprises and workmen, the notion of "flexicurity" has occurred. The Council of European Union was the leading power to prescribe the fundamental common principles of flexicurity, in order to let the member states organise their own legislation compatible with their own needs but in the limits of the common principles. Labour Code, No.4857 replaced the old and static provisions in Labour Code, No. 1475 with flexible ones by supplying security to the workmen. However, the provisions related to the organisation of working time have many effects on occupational safety and health. Therefore, since it is also about the rights to life and to bodily integrity, they are much more needed to be examined in the perspective of flexicurity.

**Keywords:** Flexicurity, working time, compensatory time, compensatory work, short-time working, overtime work.

## I. Güvenceli Esneklik Kavramı

Uluslararası normlarla düzenlenen ve daha sonra iç hukuklardaki düzenlemelerde yerini alan güvenceli esneklik (*flexicurity, flexicurité*), işletmelerin esneklik ihtiyacının karşılanması için koruyucu normların kapsamını ve etkisini azaltmak ve çalışma koşullarının akit serbestisi çerçevesinde belirlenmesini sağlamak olarak algılanmamakta, tersine koruyucu normları esneklik ihtiyaçları çerçevesinde düzenleyerek taraflara çalışma koşullarını bu normları ihlal etmeyecek şekilde belirleme, bireyselleştirebilme ve farklılaştırma imkanı tanıyan, bunu yaparken işgücünün değişen ve gelişen teknoloji ile üretim sistemleri karşısında atıl kalmasını önleyici hayat boyu mesleki öğrenim gibi araçları geliştiren, bu şekilde hem işgücünü geliştiren ve koruyan hem de işletmelere sürekli hızla gelişen üretim sistemleri karşısında rekabet gücünü koruma imkanı tanıyan *sistem* olarak algılanmaktadır<sup>1</sup>.

Günümüzde aslında bir *sistem* olarak algılanması gereken güvenceli esneklik, ilk olarak 1970'li yıllarda iş hukuku alanına esneklik kavramının getirilmek istenmesinin sonucunda yaratılmıştır. Zira işletmelerin esneklik taleplerinin, iş hukukunun nihai amacı olan işçinin korunması ilkesini ihlal etmeksizin sağlanabilmesi, esnekliğin güvenceli olmasıyla mümkün olabilmektedir. Bu nedenle işletmelerin esneklik yönündeki talepleri, işçinin korunması ilkesi bertaraf edilmeksizin ve hem işçilerin hem de işletmelerin esneklik ihtiyaçları gözetilerek, özellikle Avrupa Birliği'nin uzun yıllar süren çalışmaları sonucunda belirli vazgeçilmez ilkeler kapsamında kabul edilmiş; ancak üye devletlerin kendi ihtiyaçları ve özellikleri doğrultusunda

<sup>1</sup> <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st16/st16201.en07.pdf>. Erişim tarihi: 10.11.2013. Ayrıca bkz. *Ekonomi, Esnekleşme Gereği*, 60-62. *Ulucan*, 204, 207-212. *Eyrenci*, 228-229.

anılan ilkeleri ihlal etmeksizin kendilerine has güvenceli esneklik sistemlerini oluşturmaları gerektiği kabul edilmiştir<sup>2</sup>.

### 1. Güvenceli Esneklik Kavramının Doğuşu

Sanayi Devrimi sonrasında ortaya çıkan olumsuz ve ağır çalışma koşullarının insan onuruna yaraşır hale getirilmesi amacıyla öncelikle İngiltere’de ve daha sonra diğer Avrupa Ülkelerinde başlatılan kanunlaşma faaliyetlerinin temel amacı işçinin korunması olmuştur. Zira o dönemde işçinin emeği, serbest piyasa koşulları içinde ekonomik değere sahip bir mal olarak kabul edilmekte, aşırı uzun çalışma sürelerinde cinsiyet ve yaş ayrımı yapılmaksızın çalıştırılan işçilerin sağlık ve güvenlikleri bakımından önlem alınmamakta, iş kazası ve meslek hastalıklarının sayısı olağanüstü boyutlara ulaşmaktaydı<sup>3</sup>. Bu nedenle çalışma koşullarının iyileştirilmesi, işlerin yaş ve cinsiyet dikkate alınarak paylaşılması, çalışma ve dinlenme sürelerinin düzenlenmesi, çalışanların sağlık ve güvenliklerinin korunması için gerekli önlemlerin alınması amacıyla getirilen ilk düzenlemeler, emredici hükümlerle çalışma koşullarına kesin çerçeveler çizmekteydi<sup>4</sup>.

Bununla birlikte 1970’li yıllarda başlayan durgunluk ve ekonomik kriz, birçok işletmenin faaliyetine son vermesine ve işsizliğin artmasına neden olmuş; üretim ilişkilerinde kökten değişiklik yapılması gerekliliği ilk sinyallerini o dönemde vermeye başlamıştır<sup>5</sup>. 1980’lerden itibaren hızla gelişen küreselleşme olgusu, etkilerini öncelikle işsizliğin ve yoksulluğun artması şeklinde göstermiştir<sup>6</sup>. 1990 yılından sonra Doğu Bloğunun çözülmesiyle hız kazanan ekonominin küreselleşmesi, sermayenin serbest dolaşımını ve uluslararası ortak pazarı yaratmıştır<sup>7</sup>. Küreselleşme sonucu rekabetin uluslararası düzleme taşınması, işletmeler açısından hızla gelişen ve yenilenen teknolojiyi kullanarak verimli ve kaliteli üretim yapma zorunluluğu yaratmıştır<sup>8</sup>. Sermayenin serbest dolaşımını, beraberinde emeğin de serbest dolaşımını getirmiş; ancak ekonomik kriz ve Doğu Bloğunun çöküşünün yarattığı işsizlik ile yeni teknolojinin<sup>9</sup> kullanılması nedeniyle oluşan işsizlik ve Avrupa Birliğine yeni

<sup>2</sup> <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st16/st16201.en07.pdf>. Erişim tarihi: 10.11.2013.

<sup>3</sup> *Talas*, 62-76, 264-294. *Fişek*, 82-102. *Süzek*, İş Güvenliği, 5-9. *Güzel*, 204. *Supiot*, *Critique*, 200-205.

<sup>4</sup> Sanayi Devriminin yarattığı olumsuz çalışma koşulları ve bu nedenle yapılan ilk yasal düzenlemeler hakkında geniş bilgi için bkz. *Talas*, 62-76, 264-294. *Fişek*, 82-102. *Süzek*, İş Güvenliği, 5-9. *Güzel*, 204. *Supiot*, *Critique*, 200-205. *Özveri*, 623-626. Fransız hukuku bakımından bkz. *Pélissier-Supiot-Jeamnaud*, 9-13. Ayrıca bkz. *Ekonomi*, *Esnekleşme Gereği*, 66.

<sup>5</sup> *Supiot*, *Critique*, 229-239. *Ekonomi*, *Esnekleşme Gereği*, 67. *Tuncay*, 57-59. *Güzel*, 207. *Ulucan*, *Esneklik*, 525-526.

<sup>6</sup> *Ulucan*, 205. Aynı yazar, *Esneklik*, 526-527. *Dominique*, 763-765.

<sup>7</sup> *Ulucan*, 205-206. Aynı yazar, *Esneklik*, 526-527.

<sup>8</sup> *Supiot*, *Critique*, 231-239. *Ekonomi*, 21-23. *Tuncay*, 57-58. *Güzel*, 207. *Ulucan*, 205-206. *Eyrenci*, 230. *Arıcı*, 66-67. *TİSK*, 10-13.

<sup>9</sup> *Ray*, 525-527.

üye olan devletlerdeki emek arzı fazlalığı birleşince, ucuz işgücü rekabeti uluslararası pazarda yerini almıştır<sup>10</sup>. Uluslararası pazarda verimli, kaliteli ve hızlı üretim yaparak hayatta kalabilecek işletmeler karşısında yer alan ucuz işgücü rekabeti, çalışma koşullarının ağırlaşması ve kuralsızlaşmaya neden olmuş, çalışma koşulları serbest rekabet koşulları içinde işçilerin aleyhine olacak şekilde oluşturulmaya başlanmıştır<sup>11</sup>.

Sanayi Devriminden sonra yaşanan olumsuz koşulların tekrarlanmaması, ancak işletmelerin de rekabet gücünün kırılmaması ve bu şekilde istihdamın sürdürülebilmesi amacıyla<sup>12</sup> çalışma hayatında “esneklik”, daha sonra ise “güvenceli esneklik” kavramları uluslararası arenada yerini almıştır<sup>13</sup>. Değişen şartlara kısa sürede cevap verebilen, hızlı-kaliteli üretim yapabilen ve sürekli değişen ve ilerleyen teknolojiye uyum sağlayabilen, bu şekilde rekabet gücünü artıran ve uluslararası pazarda varlığını koruyabilen işletmeler tarafından talep edilen esnekliğin, kuralsızlaşma ve işçinin korunması ilkesinin bertaraf edilmesi olarak algılanmaması gerektiği öncelikle kabul edilmiştir<sup>14</sup>. Bu nedenle esnekliğin, kuralsızlaştırma olarak değil, işçiyi koruyan kurallar bütünü içinde taraflara çalışma sürelerini ve çalışma biçimlerini farklılaştırabilme ve bireyselleştirebilme<sup>15</sup> imkanı tanıyan, aynı zamanda, aşağıda görüleceği üzere, sürekli değişen ve gelişen şartlara uymak zorunda olan işletmelere bu şartlara uyum sağlayabilecek esnek ve hayat boyu öğrenen, dolayısıyla mesleki kabiliyetlerini sürekli geliştiren işgücü yaratma amacı<sup>16</sup> taşıyan bir sistem olarak algılanması gerektiği kabul edilmiştir. Zira serbest piyasa koşullarının çalışma hayatı üzerindeki etkilerinin denetim ve kontrol altında tutulmaması ve sadece işletmelerin verimli, kaliteli ve hızlı üretim yapma hedeflerine ulaşmalarını sağlayan tarafların serbest iradelerine dayalı esnekliğin kabul edilmesi, işgücünü Sanayi Devriminden sonra olduğu gibi, ekonomik değere sahip mala indirgeyeceğinden<sup>17</sup>, tarafların serbest iradelerinin işletmelerin esneklik ihtiyacını karşılamaya *yeterli ve gerekli olduğu ölçüde* ancak *sosyal olanı* mümkün olduğunca *koruyacak* şekilde<sup>18</sup> denetim altında tutulması gerektiği kabul edilmiş ve çalışma hayatında “güvenceli esneklik” tanıyan birçok düzenleme yasal zeminde yerini almıştır<sup>19</sup>.

<sup>10</sup> Ekin, 16-22. *Ulucan*, 206-207. Aynı yazar, 527. *Tuncay*, 58. *Eyrenci*, 231. *Süzek*, 19.

<sup>11</sup> Ekin, 21-22. *Ulucan*, 206.

<sup>12</sup> *Ekonomi*, 21-24. Aynı yazar, *Esnekleşme Gereği*, 57-59. *Tuncay*, 57-59. *Güzel*, 206-208. *Ulucan*, *Esneklik*, 527-528. *Arıcı*, 66-67. *Süral*, 46-48. *TİSK*, 9-13.

<sup>13</sup> *Ulucan*, 204-208. *Supiot*, *Critique*, 257-261. *Dominique*, 763-764, yazar, güvenceli esnekliği, en geniş anlamıyla, daha yüksek kaliteli yaşam ile daha rekabetçi ekonominin uyumlaştırılması olarak tanımlamaktadır.

<sup>14</sup> *Ekonomi*, *Esnekleşme Gereği*, 60-62. *Ulucan*, 204, 207-212. *Eyrenci*, 228-229.

<sup>15</sup> *Eyrenci*, 228.

<sup>16</sup> <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st16/st16201.en07.pdf>. Erişim tarihi: 10.11.2013.

<sup>17</sup> *Ulucan*, 205, 207.

<sup>18</sup> *Ekonomi*, 24. Aynı yazar, *Esnekleşme Gereği*, 61.

<sup>19</sup> *Ekonomi*, 23-25. *Ulucan*, *Esneklik*, 527-528. *Eyrenci*, 237-238. *Süzek*, *İş Hukukunun Geleceği*, 7. *Yıldız*, 205-207.

## 2. Uluslararası Hukuk Kaynaklarında Güvenceli Esneklik

### a. Güvenceli Esneklik İlkeleri

Güvenceli esneklik kavramı, öncelikle Avrupa Birliği metinlerinde yerini almış, bundan sonra iç hukuklarda tanınmaya başlanmıştır<sup>20</sup>. Bu itibarla güvenceli esneklik kavramının ortaya çıkışı, gelişimi ve iç hukuklarda yerini alması Avrupa Birliğinin çalışmaları sonucunda zamanla meydana gelmiştir<sup>21</sup>.

Avrupa Birliği Komisyonu, yüksek kalite ve verime dayalı daha iyi bir iş organizasyonu aracılığıyla istihdamı ve rekabeti güçlendirmek amacıyla 1997 yılında yayımladığı Yeşil Kitapta, güvenceli esnekliğin üretkenliği, kaliteyi ve çalışma koşullarını geliştirmede, dolayısıyla çağdaş iş hayatının düzenlenmesinde ve rekabet koşullarının güçlenmesinde büyük role sahip olduğunu belirtmiştir<sup>22</sup>. Nitekim bundan sonra Avrupa Birliği İstihdam İlkelerinde üye devletler, rekabet gücü olan ve verimli çalışan işletmelerin oluşturulması amacıyla esneklik ile güvence arasındaki gerekli dengeyi kurarak çağdaş çalışma hayatı düzenlemelerini oluşturmaya davet edilmişlerdir<sup>23</sup>. 1996 ve 1999 yıllarında hazırlanan Kısmi Süreli Çalışma Çerçeve Sözleşmesi<sup>24</sup> ile Belirli Süreli Çalışma Çerçeve Sözleşmesi<sup>25</sup>, işçilerin esnek çalışma sürelerinde güvenceli olarak çalışmalarını düzenleyen metinler olmuştur.

Avrupa Birliği Konseyi 2007 yılı Aralık ayında güvenceli esneklik ilkelerini kabul etmiştir<sup>26</sup>. Buna göre güvenceli esneklik, Lizbon Stratejisi<sup>27</sup> olarak kabul edilen sürdürülebilir büyüme ile daha çok sayıda daha iyi iş amacını taşıyan ilkelerin uygulanması amacıyla oluşturulmuştur. Bu itibarla kabul edilen güvenceli esneklik ilkeleri; hayat boyu öğrenme, aktif iş piyasası politikaları ve çağdaş sosyal refah sistemi yaratılması amacıyla güvenceli esnekliğin oluşturulabilmesi için, esnek sözleşme türlerine ihtiyaç olduğu; güvenceli esnekliğin her üye devletin kendine has koşullarına uygun şekilde oluşturulması ve çalışma hayatının dışında kalmış kişile-

<sup>20</sup> *Dominique*, 763.

<sup>21</sup> Ayrıca bkz. *Yıldız*, 203-205.

<sup>22</sup> [http://europa.eu/documents/comm/green\\_papers/pdf/com97\\_128\\_en.pdf](http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com97_128_en.pdf). Erişim tarihi: 19.11.2013. Yeşil Kitapta belirtilen hususlara ilişkin eleştiriler hakkında bkz. Valdès dal Ré-Gaudu, 72 vd.

<sup>23</sup> <http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/flexicurity.htm>. Erişim tarihi: 10.11.2013.

<sup>24</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0081:EN:HTML>. Erişim tarihi: 10.11.2013.

<sup>25</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0070:EN:HTML>. Erişim tarihi: 10.11.2013.

<sup>26</sup> <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st16/st16201.en07.pdf>. Erişim tarihi: 10.11.2013.

<sup>27</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0010:0041:EN:PDF>. Erişim tarihi: 10.11.2013.

ri yeniden istihdama kazandırmak amacıyla kapsamlı ve kapsayıcı iş piyasalarının desteklenmesi gerektiği; sürekli olarak gelişen işçilik becerileri arasında yeni işlere geçişin kolaylaştırılması ve bunun için gerekli sosyal korumanın geçiş dönemlerinde sağlanmasının zaruri olduğu; güvenceli esnekliğin çalışma ve yaşam arasındaki dengeleri sağlayıcı araçları gözeterek cinsiyet eşitliğini geliştirmesi ve sosyal tarafları desteklemesi gerektiği; ayrıca kamu bütçesinin yeterli olduğu ölçüde kaynakların uygun koşullarda dağılımının sağlanmasının zaruri olduğu yönündeki temellerden oluşmaktadır<sup>28</sup>.

Avrupa Birliği Konseyi, 15.07.2008 tarihli ve 618 sayılı üye devletleri bağlayıcı nitelik taşıyan kararında, Lizbon Stratejisi olarak belirlenen hedeflere ulaşılabilmesinde Avrupa İstihdam Politikasının çok önemli role sahip olduğunu, bu amaçla üye devletlerin özellikle ve öncelikle üç hususta gerekli çalışmaları yapmaya devam etmeleri gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre üye devletler, çağdaş sosyal korumanın ve iş imkanlarının artırılmasıyla işsizliğin azaltılması ve olabildiğince fazla insanın istihdama dahil edilmesi; çalışanların ve işletmelerin işe uyumunun artırılması ile kişilerin eğitim ve beceri seviyelerinin artırılması için gerekli yatırımların artırılması konularına öncelik vermekle yükümlü tutulmuşlardır. Kararda dikkat çeken husus, kararın ekinde yer alan ve üye devletlerin uygulamaları gereken istihdam politikalarına ilişkin ilkeleri belirleyen listede, sosyal uyum ve ekonomik büyümenin sürdürülebilmesi için mümkün olduğunca fazla insanın istihdama dahil edilmesi gerektiğinin, bunların ise ancak güvenceli esneklik uygulamalarıyla gerçekleştirilebileceğinin; ayrıca işletmelerin ve çalışanların işlere ve değişen koşullara uyumunun artırılabilmesi için esnek çalışma ilkelerinin iş güvencesi ile desteklenmesi gerektiğinin, bu anlamda güvenceli esnekliğin güvenlik ve esnekliğin özenli uyumu üzerine kurulu iş sözleşmeleri, hayat boyu öğrenme stratejileri, etkin ve canlı iş piyasası politikaları ile çağdaş, yeterli ve sürdürülebilir sosyal koruma sistemlerini de kapsadığının, her üye devletin Konsey tarafından kabul edilen güvenceli esneklik ilkelerini esas alması gerektiğinin, söz konusu ilkelerden hiçbirinin diğerinden daha önemli olmadığı, bu nedenle her üye devletin kendi ihtiyaçları ve özelliklerine uygun güvenceli esneklik politikası oluşturması gerektiğinin, güvenceli esneklik uygulamalarına geçiş yapılabilmesi için esneklik ve güvenlik temeline dayalı iş sözleşmesi tiplerinin ve çalışma süre ve saatlerinin uygulanması, değişen şartlara uyum sağlayabilen iş organizasyonları kurulması, işler arasında geçiş desteklenmesi ve geçiş süreçlerinde sosyal korumanın sağlanması, işte verimlilik ve kalitenin artırılması sırasında iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması gerektiğinin açıkça belirtilerek, Konsey tarafından kabul edilen güvenceli esneklik ilkelerinin her üye devlette uygulanması gerektiğinin, ancak bu uygulama şekillerinin anılan ilkelere

<sup>28</sup> <http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/flexicurity.htm>.  
Erişim tarihi: 10.11.2013.

aykırı olmadığı sürece farklılık arz edebileceğinin vurgulanmış olmasıdır<sup>29</sup>.

Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilen güvenceli esneklik ilkelerinin her üye devlet tarafından kendi ihtiyaçları ve özellikleri dikkate alınarak hayata geçirilmesi gerekli olduğundan, Avrupa Birliği Komisyonu 2008 yılında hem üye devletlerdeki güvenceli esneklik uygulamalarını anılan ilkeler doğrultusunda geliştirmek hem de üye devletler arasında karşılıklı öğrenmenin geliştirilmesi ve iyi uygulama örneklerinin paylaşılması amacıyla bir kurul görevlendirmiştir. Kurulun 12 Aralık 2008 tarihli sonuç raporunda<sup>30</sup>, 2008 yılı Nisan ve Temmuz ayları arasında Fransa, Finlandiya, İsveç, Polonya ve İspanya'da yaptığı ziyaretler sonucunda, güvenceli esnekliğin hayata geçirilebilmesi için her ülkenin kendi ihtiyaç ve şartlarının dikkate alınabileceği, ancak Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilen temel ilkeler ışığında üç hususa önem verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunlardan ilki, ekonomik güçlük dönemlerinde karşılaşılan sorunların üstesinden gelmek amacıyla esnekliğin güvencenin önüne geçmemesi gerektiğidir. Bu tür ekonomik kriz dönemlerinde sadece esnekliğe ağırlık vermek yerine, güvenceli esneklik uygulamalarına devam edilerek iş imkanı, verimlilik ve rekabet gücünün artırılması sonucunu doğuracak şekilde işler arasındaki geçişin kolaylaştırılması ve iş aracılığı yapanlara gerekli ve uygun desteğin sağlanması gerektiği vurgulanmıştır. Kurulun önem verdiği bir diğer husus, üye devletlerdeki sosyal tarafların güvenceli esneklik uygulamalarına yönelik samimi istekleri ve aralarındaki iletişimin gücüdür. Zira güvenceli esnekliğin her üye devletin kendi şartları ve ihtiyaçları doğrultusunda hayata geçirilebilmesi için, sosyal tarafların bu konuda samimi olmaları ve aralarındaki iletişimin esneklik, güvenlik ve iş piyasasının çağdaşlaşması arasındaki dengeyi kurma yönünde güçlü olması gerekir. Ancak bu şekilde, güvenceli esneklik hem işçi hem işveren hem de iş piyasasının gerçek ihtiyaçları doğrultusunda şekillenebilir. Kurulun önem verdiği son husus ise, güvenceli esnekliğin uygulanabilmesi için iş piyasasının yeni ihtiyaçlarına cevap verebilecek şekilde hazırlıklı olunması gerektiğidir. Zira iş kalitesini geliştirmek ve çalışanlara kariyerleri boyunca iş bulabilme imkanı sağlamak amacıyla işgücü ihtiyaçlarının sektörel düzeyde takip edilmesi ve bu çerçevede gerekli mesleki eğitimlerin sağlanması gerekmektedir. Bu şekilde oluşturulan hayat boyu öğrenme stratejileriyle hem iş piyasasının ihtiyaç duyduğu becerilere sahip işgücü yaratılacak hem de işsizlik önlenebilecektir.

Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilen güvenceli esneklik ilkeleri ve Konsey tarafından oluşturulan Kurulun hazırladığı sonuç raporunda güvenceli esneklik ilkelerinin hayata geçirilebilmesi için önem verilmesi gereken hususların belirlenmesinden sonra Avrupa Birliği güvenceli esnekliğin önemini bütün metinlerde öne çıkarmaya başlamıştır. Nitekim bu itibarla, üye devletlerin kendi iç istihdam

<sup>29</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:198:0047:0054:EN:PDF> (11.11.2013)

<sup>30</sup> <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1654&langId=en> (10.11.2013).

politikalarını belirlemede dikkate almaları gereken ilkeleri ortaya koyduğu istihdam paketlerinde güvenceli esnekliğin en önemli unsur olduğu belirtilmektedir<sup>31</sup>. Avrupa 2020 Stratejileri, 20-64 yaş arasındaki kişilerin istihdam edilme oranının artması, hayat boyu öğrenme imkanının sağlanmasıyla daha nitelikli işgücü oluşturulması, fırsat eşitliği sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi amaçlarına işaret ederek esnek ancak aynı zamanda güvenceli iş sözleşmeleriyle istihdam edilen, ilköğretimden başlayarak edinilen mesleki kariyerin güçlendirilmesi ve geliştirilmesi amacıyla mesleki eğitime tabi tutulan, kendi özel durumları nedeniyle özel olarak eğitime tabi tutulabilen, hızlı sektörel ve teknolojik gelişmelere uyum sağlayabilen ve gerektiğinde kolaylıkla iş değiştirebilen, geçiş dönemlerinde sosyal açıdan desteklenen ve sosyal risklere karşı gelir güvencesi olan işgücü yaratılmasını hedeflemektedir<sup>32</sup>.

Avrupa Birliği Eurofound Projesi kapsamında yayınlanan "Güvenceli esnekliğin ikinci aşaması: üye devletlerdeki uygulama ve politikalar" başlıklı raporda, güvenceli esneklik uygulamalarına Avrupa ülkelerinde yer verildiği, ancak bunun bazı ülkeler tarafından genellikle ekonomik krizle mücadele aracı olarak kullanıldığı belirtilmektedir<sup>33</sup>.

## b. Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esnekliğe İlişkin Düzenlemeler

Esneklik; sayısal, fonksiyonel, ücrete ve çalışma sürelerine ilişkin olmak üzere farklı şekillerde hukuki düzenlemelere konu olur. Sayısal esneklikten kasıt, işletmelerin kullanacakları işgücü miktarını ve niteliğini arz ve talepte meydana gelen kısa dönemli değişimlere uygun olarak belirleyebilme serbestisidir. Bu itibarla, işletmelere belirli grup işçileri resmi işçi bulma kurumu yerine özel istihdam büroları aracılığıyla; nitelsiz veya yarı nitelikli işçileri ise alt işveren, ödünç iş ilişkisi gibi araçlarla sağlama imkanı tanınmaktadır<sup>34</sup>. Fonksiyonel esneklik ise, işgücünün sayısal esnekliğinden farklı olarak, işçilerin iş tanımlarının işletmenin uyması gereken ve hızla değişen teknolojik ve ekonomik koşullara uyum sağlayabilmesi veya değiştirilebilmesi, çalışanların değişik alanlarda görev alabilmesini ifade eder<sup>35</sup>. Bu esneklik türünde, çalışanların çeşitli basamaklardaki eğitim ve kurslarla bilgi ve becerilerini artırması ve geliştirmesi sağlanmaktadır<sup>36</sup>. Ücrete ilişkin esneklik, ücretlerin işgücü verimliliğine uyum sağlayabilmesini amaçlar<sup>37</sup>. Bu nedenle ücret esnekliğinde liyakat, beceri ve verimli çalışma ödüllendirilmektedir<sup>38</sup>. Ücret esnekliği bazı durumlarda işten çıkarmaları önlemek amacıyla da kullanılabilen, "sıfır ücret artışı

<sup>31</sup> <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&intPageId=1471&clangId=en> (11.11.201).

<sup>32</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/employment\\_and\\_social\\_policy/community\\_employment\\_policies/em0040\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/community_employment_policies/em0040_en.htm) (10.11.2013)

<sup>33</sup> <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2011/83/en/1/EF1183EN.pdf> (10.11.2013).

<sup>34</sup> *Tuncay*, 59-60. *TİSK*, 15-17. *Topcuk*, 16-17.

<sup>35</sup> *Tuncay*, 61. *TİSK*, 17-18. *Topcuk*, 19.

<sup>36</sup> *TİSK*, 18. *Topcuk*, 19.

<sup>37</sup> *Topcuk*, 20.

<sup>38</sup> *Tuncay*, 62.



*karşılığında işten çıkarmama taahhüdü*” verilerek işsizliğin önüne geçme aracı olarak kullanılabilir<sup>39</sup>. Ancak işçilerin söz konusu esneklik karşısında korunması amacıyla asgari ücret sınırı korunmaktadır. Çalışma sürelerine ilişkin esneklikte ise amaç, çalışma sürelerinin kısaltılmasından ziyade bireyselleştirilmesi, hem işletmenin hem de işçilerin ihtiyaçlarına cevap verebilmesidir<sup>40</sup>. Bu itibarla çalışma sürelerinde esneklik, normal çalışma süreleri dışında işletmesel menfaatler için ihtiyaç duyulan sürelerde işin görülmesi, işçi açısından ise iş süresinin kendi bireysel ihtiyaçları doğrultusunda değiştirilebilmesi olarak ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Ancak çalışma süresinin uzunluğu işçinin sağlık ve güvenliği üzerinde ayrıca etkili olduğundan, çalışma sürelerine ilişkin esneklik düzenlemelerinin ayrıca iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmeyecek şekilde belirlenmesi gerekir.

ILO tarafından oluşturulan sözleşme ve tavsiye kararları incelendiğinde, çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi ve özellikle güvenceli esneklik konusunda herhangi bir metnin mevcut olmadığı görülmektedir. ILO sözleşme ve tavsiye kararları genellikle çalışma sürelerinin kısaltılması, niteliği gereği özellik arz eden işlerde çalışanlar bakımından çalışma sürelerinin yine işçilerin korunması amacıyla belirli kurallara uygun oluşturulması ve çalışanlara tanınması gereken dinlenme sürelerine ilişkindir. Bu nedenle ILO sözleşme ve tavsiye kararlarında çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi veya güvenceli esneklik konularının yer almadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim sanayi kuruluşlarında çalışma sürelerini düzenleyen ve en genel içerikli metin olan ILO’nun 1919 tarihli ve 1 sayılı sözleşmesinde günlük ve haftalık çalışma süreleri belirlenmiş, çalışanlara zorunlu nedenlerle veya kabul etmeleri halinde fazla çalışma yaptırılabilceği, fazla çalışma ücretinin en az %25 zamlı olması gerektiği gibi katı kurallara yer verilmiştir. Sözleşmede, esneklik getirdiği söylenebilecek tek hüküm, vardiyalı çalışma yapılan işyerlerinde günlük çalışma süresinin sekiz saati aşabileceği, ancak en fazla üç haftalık süre zarfında haftalık ortalama çalışma süresinin kırksekiz saati ve günlük ortalama çalışma süresinin ise sekiz saati aşmaması gerektiği yönündeki düzenlemedir. Anılan sözleşmeden sonra hazırlanan ve belirli işlerde uyulması gereken çalışma ve dinlenme sürelerini düzenleyen 14, 30, 32, 43, 47, 67, 106 ve 171 no’lu sözleşmelerde de esneklikten ziyade çalışma sürelerinin belirli asgari kurallar dahilinde düzenlenmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Burada ifade etmek gerekir ki, ILO’nun benimsemiş olduğu normal haftalık çalışma süresi kırk saattir (CO47, R116). Ancak ülkemiz anılan sözleşmelerden sadece 14 sayılı sanayi işlerinde uygulanan Hafta Tatili Sözleşmesini imzalamıştır.

Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi amacını taşıyan uluslararası düzenlemelerin temelini Avrupa Birliğinin 1993 tarihli ve 104 sayılı Yönergesi oluşturmaktadır. Anılan Yönerge, ILO’nun 1 sayılı sözleşmesinden farklı olarak, sadece çalışma

<sup>39</sup> TISK, 21.

<sup>40</sup> Tuncay, 60-61. Topçuk, 19-20.

<sup>41</sup> TISK, 25-26.

sürelerinin işçilerin korunması amacıyla kısaltılmasını ve tek tip çalışma sistemi yaratılmasını değil, aksine esnekliğe dayalı bazı hükümler ve alternatifler getirilerek çalışma sürelerinin belirli sınırlar dahilinde bireyselleştirilebilmesine olanak tanınmasını öngörmektedir. Anılan Yönerge 2000 tarihli ve 34 sayılı Yönerge ile bazı değişikliklere tabi tutulmuş; ancak 2003 tarihli ve 88 sayılı Yönerge ile, üye devletlerin 1993/104 ve 200/34 sayılı Yönergeler uyarınca iç hukuklarını uyumlaştırmakla yükümlü oldukları süreler ve hükümlere halel gelmemek şartıyla, yürürlükten kaldırılmıştır (m. 27). Yönergenin giriş bölümünün 12. fıkrasında söz konusu yönerge hükümlerinin gemi adamları bakımından uygulanmayacağı, 14. fıkrasında ise işlerinin niteliği nedeniyle haklarında özel düzenlemeler bulunan çalışanlar bakımından özel düzenlemelerin anılan Yönerge hükümlerine nazaran öncelikle uygulanması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Çalışma sürelerinde güvenceli esnekliğin temelini oluşturan anılan Yönerge'deki düzenlemelere kısaca yer vermek, aşağıda Türk hukukunda çalışma sürelerine ilişkin güvenceli esneklik düzenlemelerini ve yargı kararlarını değerlendirmek açısından önem arz etmektedir. Yönergenin temel ilkeleri düzenlediği giriş kısmında, işçilerin sağlık ve güvenliklerinin birincil önemli amaç olduğu, dolayısıyla ekonomik amaçlar uğruna ikinci dereceye indirgenmemesi gerektiği, çalışanlara makul dinlenme süreleri tanınması, haftalık çalışma süresine üst limit getirilmesi, ILO tarafından belirlenen asgari ilkelerin dikkate alınması gerektiği, gece çalışma süresinin üst sınırının fazla çalışmalar da dahil olmak üzere belirlenmesi gerektiği, gece çalışması yaptıran işverenlerin bu durumu kendisinden bilgi istendiği takdirde yetkili birimlerle paylaşması gerektiği, gece çalışması yapan işçilerin işe alınmadan önce ve çalıştıkları dönem boyunca periyodik olarak ücretsiz sağlık muayenesine tabi tutulması gerektiği, durumu gece çalışmasına uygun olmayanların gündüz işlerinde görevlendirilmesi gerektiği, gece veya vardiyalı çalışan işçilerin sağlık ve güvenliklerinin etkin şekilde sağlanması için yaptıkları işin ve çalıştıkları gün döneminin özelliklerinin dikkate alınması gerektiği düzenlendikten sonra güvenceli esneklik bakımından önem arz eden 15 ve 16. fıkralara yer verilmiştir. Buna göre, işçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunması şartıyla yönergede yer alan kurallarda işletmenin gereklerine uygun olarak esneklik getirilebileceği ve sosyal tarafların anlaşmasıyla yahut üye devlet düzenlemeleriyle yönergede belirlenen kuralların ihlal edilebileceği, ancak bu durumda en az ihlal edilen çalışma süresine denk bir serbest zamanın işçilere tanınması gerektiği açıkça düzenlenmiştir<sup>42</sup>.

## II. Türk İş Hukukunda Güvenceli Esneklik

Türk iş hukukunda 4857 sayılı İş Kanunu dönemine kadar<sup>43</sup>, bireysel ve kol-

<sup>42</sup> <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:299:0009:0019:EN:PDF> (10.11.2013)

<sup>43</sup> 1961 Anayasası ile toplu iş sözleşmesi özerklik düzeni oluşturulması ve bunu takip eden küçük çaplı bireysel özerklik tanımaya ilişkin düzenlemeler hakkında bkz. *Ekonomi, Esnekleşme Gereği*, 67-68.

lektif özerkliğin işçi açısından yeterli koruma sağlayamayacağı ve işverenin işgücü karşısındaki güçlü durumunu işçinin aleyhine kullanacağı düşüncesi hakimdi. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu dönemine kadar hem kollektif hem de bireysel özerklik, katı ve tek tip çalışma ilişkisini öngören yasal düzenlemelerle sınırlanmıştır. Bu şekilde ne sendikalar aracılığıyla ne de işçilerin bireysel olarak yasalarda öngörülen istihdam türleri ve çalışma süreleri dışında istihdam edilmesi, işçinin yararına dahi olsa, mümkün olamamıştır<sup>44</sup>. Ancak o dönemde işçinin korunması amacıyla oluşturulduğu izlenimi yaratılan birçok düzenleme, aslında işçiyi korumaya hizmet etmemekte, sadece Sanayi Devriminin yarattığı standart tek tip çalışma ilişkisine müdahaleyi önlemekteydi. Nitekim 1475 sayılı İş Kanununda öngörülen haftalık 45 saatlik çalışma süresinin işgünlerine eşit bölünmesi zorunluluğunun veya ara dinlenmesinin işyerinin aynı bölümünde çalışan tüm işçilere aynı saatler arasında kullanılması zorunluluğunun işçinin korunmasına hizmet ettiğini ileri sürmek oldukça güçtür<sup>45</sup>.

Nitekim bu itibarla, Batı ülkelerinde ve uluslararası hukukta olduğu gibi Türk iş hukuku öğretisinde de esnekleşmenin gerekli olduğu, ancak işçinin korunması ilkesinin de bertaraf edilmemesi gerektiği, katı ve standart düzenlemelerle oluşturulan tek tip istihdam türü ve katı çalışma sürelerini aşan çalışma ilişkilerine devletin müdahalesi yerine, hızla gelişen ve değişen üretim sistemi ihtiyaçlarına aynı hızla cevap verebilen ancak işgücünü de korumasız bırakmayan bireysel ve kollektif özerliğin müdahale etmesinin daha uygun olacağı haklı olarak ileri sürülmüştür<sup>46</sup>.

Hem iş hukuku öğretisinde öne sürülen esnekleşme gerekleri hem de küreselleşmenin etkisiyle işletmelerin hızla ve sürekli değişen üretim sistemleri karşısında rekabet gücünü verimlilik ve kaliteden ödün vermeksizin koruyabilmeleri ihtiyacı karşısında 1475 sayılı yasa döneminde öngörülmemiş olmalarına rağmen iş piyasasında uygulanmaya başlanan veya işçinin talep etmesine rağmen mevzuatta yer almadığı için işverenlerce uygulanmayan<sup>47</sup> birçok atipik istihdam modeli ve esnek çalışma süreleri karşısında 4857 sayılı İş Kanununda esneklik hükümlerine yer verilmesi zorunluluğu hasıl olmuştur. Zira o dönemde açıkça ifade edildiği üzere<sup>48</sup>, iş piyasasında zaten uygulanmakta olan birçok atipik iş akdi karşısında bunları yasal düzenleme kapsamına almamak, işçinin korunmasından ödün vermek ve güvensiz esnekliğe göz yummak anlamına gelirdi. Zira bu takdirde, Sanayi Devrimi sonrasında olduğu gibi, işçi ile işverenin çalışma ilişkisini serbest piyasa ekonomisi şartlarında belirlemesi sonucu yaratılırdı ki, bunun işçinin aleyhine olacağı aşıkardı. Bu nedenle atipik istihdam türlerinin ve esnek çalışma sürelerinin yasal düzenleme-

<sup>44</sup> *Ekonomi*, Esnekleşme Gereği, 62-71, 74. *Arıcı*, 137-149.

<sup>45</sup> *Ekonomi*, Esnekleşme Gereği, 71-72.

<sup>46</sup> *Ekonomi*, Esnekleşme Gereği, 71-79. *Eyrenci*, 237-242. *Aynı yazar*, Çalışma Sürelerinde Esnekleşme, 172-173.

<sup>47</sup> *Eyrenci*, 240-241.

<sup>48</sup> *Süzek*, 237-238..

lere konu olması gerekiyordu. Bunun da ötesinde, işletmelerin esnekleşme ihtiyacı karşısında işgücünün de çalışma sürelerini esnekleştirme ihtiyacı ortaya çıkmıştı. Zira işgücü de istihdam türünün ve çalışma saatlerinin kendi özel durumuna uygun olmasını talep etmekteydi. Bu nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanununda işçinin korunması ilkesini dikkate alarak istihdam biçimlerinde ve çalışma süreleri ile saatlerinde esneklik getiren, çalışma koşullarını işçinin ve işletmenin ihtiyaçları doğrultusunda bireyselleştirebilme ve farklılaştırabilme imkanı tanıyan, ancak aynı zamanda işçinin sağlığını ve menfaatlerini koruyan düzenlemelere yer verilmiştir. Bunların başında kısmi süreli çalışma, belirli süreli iş sözleşmesi, çağrı üzerine çalışma, geçici iş ilişkisini düzenleyen hükümlerle çalışma sürelerinin işgünlerine farklı şekilde dağılımını öngören, denkleştirme yapılmasına imkan veren, fazla çalışmayı haftalık çalışma süresinin aşılması olarak tanımlayan, fazla sürelerle çalışmayı ve bunlar karşısında zamlı ücret yerine serbest zaman verilmesini öngören, telafi çalışması yapılmasına imkan sağlayan ve kısa çalışma tedbirini öngören hükümler getirilmek suretiyle 1473 sayılı yasa döneminde işletmelerin ihtiyaçlarını ve işçilerin taleplerini karşılamadığı gerekçesiyle eleştirilen<sup>49</sup> katı kurallar mevzuatımızdan çıkarılmıştır. Bu şekilde hem atipik iş akitlerinin tanınması hem de çalışma ve dinlenme sürelerinde güvenceli esnekliği amaçlayan düzenlemelere yer verilmiştir<sup>50</sup>.

### III. Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları

#### 1. Normal Haftalık Çalışma Süresine İlişkin Düzenlemeler

1475 sayılı İş Kanununun öğretide birçok yazar tarafından eleştirilen ve günün gereklerini karşılamadığı belirtilen<sup>51</sup> düzenlemesi 61. madde hükmüydü. Zira anılan hükmde “Genel bakımdan iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre, haftada 6 iş günü çalışılan işlerde günde 7,5 saati geçmemek üzere ve Cumartesi günleri kısmen veya tamamen tatil eden işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. İş müddetlerinin yukarıdaki esaslar çerçevesinde, uygulama şekilleri Çalışma Bakanlığınca çıkarılacak İş Süreleri Tüzüğünde belirtilir. Sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işler, Çalışma Bakanlığı ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının ortaklaşa hazırlayacakları bir tüzükte belirtilir” düzenlemesine yer verilmektedir.

Bu düzenlemeyle haftalık çalışma süresinin işgünlerine eşit bölünmesi esası kabul edilmişti. Bu nedenle günlük azami çalışma süresi Cumartesi günü çalışılmayan işyerleri dikkate alındığında en fazla 9 saat olabilmekteydi. O dönemde yapılan eleştirilerin başında, haftalık çalışma süresinin işgünlerine farklı şekilde bölünme-

<sup>49</sup> *Ekonomi*, 25-28. *Eyrenci*, 238-242. *Güzel*, 213-221.

<sup>50</sup> Geniş bilgi için bkz. *Yıldız*, 205-221.

<sup>51</sup> *Ekonomi*, 25-28. *Arıcı*, 138-145. *Eyrenci*, 238-242. *Güzel*, 213-221.

sine imkan tanınmaması gelmekteydi<sup>52</sup>; zira günlük azami çalışma süresinin ayrıca belirlenmesiyle çalışma sürelerinin işgünlerine farklı şekilde bölünmesinin iş sağlığı ve güvenliği üzerinde yaratacağı olumsuz etkiler berataraf edilebilirdi. Nitekim bu nedenle 4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesinde haftalık çalışma süresinin en çok 45 saat olabileceği belirtildikten sonra, aksi kararlaştırılmadığı takdirde bu sürenin haftanın çalışılan günlerine eşit şekilde bölüneceği düzenlenerek, işçi ile işverene anlaşmaları kaydıyla haftalık normal çalışma süresini iş günlerine farklı şekilde bölebilmeleri olanağı tanınmıştır. Ancak güvenceli esnekliğin sağlanması, diğer bir ifadeyle işçinin sağlığının ve menfaatlerinin kendi tasarruflarına karşı dahi korunabilmesi amacıyla günlük azami çalışma süresi, ara dinlenmesi düşüldükten sonra onbir saat olarak belirlenmiştir (İK 63/2, ÇSY 4/3).

Avrupa Birliğinin 2003/88 sayılı Yönergesinin 6. maddesinde, fazla çalışmalar da dahil olmak üzere haftalık azami çalışma süresinin 48 saat olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu açıdan mevzuatımız değerlendirildiğinde, her ne kadar 4857 sayılı Kanunun 63. maddesinin gerekçesinde anılan yönergeye uyum sağlandığı belirtilmekteyse de, azami 48 saatlik sınırın aşıldığı görülmektedir. Zira 4857 sayılı İş Kanunu 63. maddesiyle haftalık normal çalışma süresini 45 saat olarak belirlerken, 41. maddesiyle yıllık azami fazla çalışma süresini 270 saatle sınırlandırmıştır. Bu itibarla işçinin yıllık fazla çalışma süresini de doldurduğu durumlarda, haftalık ortalama 49,5 saat çalıştığı görülecektir. Bu durum ise anılan Yönergenin 6. maddesine aykırıdır. Nitekim Fransız İş Kodunun L.3121-10 maddesinde haftalık azami çalışma süresi 35 saat olarak belirlenmişken, D. 3121-3. maddesinde yıllık azami fazla çalışma süresinin kural olarak 220 saatle sınırlandırıldığı belirtilmiştir. Bu itibarla Fransız iş hukukunda fazla çalışmalar dahil olmak üzere haftalık azami çalışma süresi 39,5 saat olabilmektedir. Bu itibarla anılan AB Yönergesiyle uyumun sağlanması ve işçi sağlığının korunması amacıyla fazla çalışma süreleri de dahil olmak üzere haftalık azami süresinin 48 saatle sınırlandırılması yönünde mevzuatımızda değişiklik yapılması gerektiği kanaatindeyiz<sup>53</sup>. Nitekim ülkemiz tarafından imzalanmamış olan 1919 tarihli ve 1 sayılı ILO sözleşmesinde de zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalar ile diğer bazı istisnai faaliyetler dışında haftalık azami çalışma süresi 48 saat olarak belirlenmiştir.

<sup>52</sup> Buna karşılık o dönemde Yargıtayın, tarafların anlaşmasıyla çalışma süresinin işgünlerine farklı şekilde bölünebileceğini kabul ettiği karar öğretide haklı olarak kanunun nispi emredici düzenlemelerine aykırı olması sebebiyle eleştirilmekteydi, Y9HD, 6.3.1975, 28182/14355, Ekonomi, İş Hukuku, 297 ve dn. 812, *Ekonomi*'nin haklı eleştirisi için bkz. *Ekonomi*, İş Hukuku, 297. Nitekim Yargıtayın aksi yöndeki kararları çoğunlukta idi, Y9HD, 12.7.1973, 36667/25462, Ekonomi, İş Hukuku, 274 ve dn. 742. Ayrıca bkz. Y9HD, 16.6.2005, 31721/26173, Kazancı Hukuk Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (25.11.2013).

<sup>53</sup> *Ekonomi*, Fazla Çalışma, 167. *Eyrenci*, Ücret ve İşin Düzenlenmesi, 162. *Soyer*, Fazla Saatlerle Çalışma, 804-805.

## 2. Denkleştirme Uygulamasına İlişkin Düzenlemeler

4857 sayılı İş Kanununun güvenceli esnekliğin sağlanmasına yönelik olarak getirdiği bir diğer yenilik denkleştirme yapılmasına imkan vermek suretiyle yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamasıdır. Genellikle haftalık çalışma süresinin işgünlerine farklı şekilde bölünmesiyle birlikte işletilen denkleştirme uygulaması, işçi ile işverene belirli bir süre zarfındaki bazı haftalarda haftalık normal çalışma süresinin üzerinde çalışmayı, buna karşılık bu süre zarfındaki diğer haftalarda daha az çalışmak suretiyle bu sürenin tamamında ortalama haftalık çalışma süresinin yasada belirlenen sınır içinde kalınmasını sağlamaktadır. Bu şekilde işverene, yoğun üretime ihtiyaç duyduğu dönemlerde işgücünden yasadaki sınırlara uygun olarak ve fakat haftalık normal çalışma süresini aşmak suretiyle yararlanma imkanı verilmekte, buna karşılık işçilerin çalışma sürelerinin günlük ve haftalık azami sınır içinde kalmasını ve diğer haftalarda denkleştirme yapılmak suretiyle serbest zaman kullanmalarını sağlayarak sağlıklarının ve menfaatlerinin korunmasını amaçlamaktadır. Bu anlamda güvenceli esnekliğin sağlanmasına hizmet ettiği düşünülen denkleştirme uygulamasının gerçekten bu amacı gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin belirlenmesinde ülke bazında uygulanan kuralların incelenmesi gereklidir.

4857 sayılı İş Kanununun 63/2. maddesinde “*Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir*” hükmüne yer verilmiştir. Denkleştirme düzenlenmesinin güvenceli esnekliğin sağlanması amacına hizmet edip etmediğinin belirlenmesinde bazı hususlar üzerinde durmak gerekmektedir. Bunların başında, işçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunması amacıyla mevzuatımıza getirilmesi gerektiği haklı olarak savunulan azami yoğunlaştırılmış iş haftası süresi gelir<sup>54</sup>. Zira mevzuatımızda azami haftalık çalışma süresinin öngörülmemiş olması sebebiyle işçiler günlük 11 saat, dolayısıyla haftada 66 saat çalıştırılmaya tabi tutulabilmektedir. Bunun ise iş sağlığı ve güvenliği açısından risk teşkil ettiği açıktır. Güvenceli esnekliğin sağlanması bakımından İş Kanununun 63. maddesinde öngörülen günlük onbir saatlik sınıra ek olarak denkleştirme yapılan dönemlerde uyulması gereken azami haftalık çalışma süresinin ayrıca belirlenmesi kanımızca isabetli olacaktır<sup>55</sup>.

Denkleştirme uygulamasına ilişkin olarak öğretilerde haklı olarak ileri sürülen eleştirilerden bir diğeri, denkleştirme süresinin iki ayla, toplu iş sözleşmesi bakımından ise dört ayla sınırlanmış olmasıdır. Öğretilerde haklı olarak ifade edildiği üzere, iki

<sup>54</sup> *Ekonomi*, Fazla Çalışma, 167. *Soyer*, Fazla Saatlerle Çalışma, 805. *Tuncay*, AB Hukukuna Uyum, 75-76. *Süzek*, İş Hukukunun Geleceği, 20. *Eyrenci*, Değerlendirme, 17.

<sup>55</sup> *Ekonomi*, Fazla Çalışma, 167. *Soyer*, Fazla Saatlerle Çalışma, 805. *Tuncay*, AB Hukukuna Uyum, 76. *Alpagut*, 22. *Süzek*, İş Hukukunun Geleceği, 20. *Eyrenci*, Değerlendirme, 17.

aylık denkleştirme süresi, haftalık azami sınır da mevcut olmadığından, işçinin yararının aksine sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşürücü nitelik taşımaktadır. Zira iki aylık denkleştirme süresi içinde işverenin işçileri dört hafta boyunca haftada 66 saat çalıştırması halinde, geriye kalan dört hafta boyunca sadece 96 saat çalıştırması gerekecek, bu halde işçilerin son iki haftayı serbest zaman olarak değerlendirmesi sonucu ortaya çıkacaktır. İşverenler tarafından bu sebeple tercih edilmeyen ve işletilmeyen denkleştirme uygulamasının, süresinin uzaması ve haftalık azami yoğunlaştırılmış çalışma süresinin belirlenmesiyle hem tercih edilebilir hale geleceği hem de işçilerin sağlık ve güvenliği açısından daha koruyucu olacağı açıktır<sup>56</sup>. Nitekim 2003/88 sayılı AB Yönergesinin 16/1-b bendinde denkleştirme süresi dört ay olarak belirlenmiştir. Öğretide bir grup yazar<sup>57</sup>, AB Yönergesiyle uyumlu olarak bu sürenin dört aya çıkarılması gerektiğini ifade ederken, diğer bir görüş<sup>58</sup> ülkemizdeki sendikal örgütlenmenin yetersizliği ve işsizlik oranının yüksekliği nedeniyle denkleştirme süresinin üç ay olarak uygulanması, ancak toplu iş sözleşmesiyle altı aya kadar uzatılabileceği yönünde değişiklik yapılmasının isabetli olduğunu ileri sürmektedir.

Denkleştirme uygulamasının güvenceli esnekliğin sağlanması bakımından değerlendirilmesi gereken diğer bir yönü, bu uygulamaya geçişte uyulması gereken usul kurallarıdır. Zira kanunun 63/2. bendinde sadece tarafların anlaşmasından söz edilmiş, buna karşılık söz konusu anlaşmanın şekline ilişkin düzenlemeye Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 5. maddesinde yer verilmiştir. Anılan hükme göre, haftalık çalışma süresinin işgünlerine farklı şekilde dağıtılması ve dolayısıyla denkleştirme uygulamasına geçilebilmesi için işçinin yazılı onayının alınması gerekmektedir. Öğretide bir görüşe<sup>59</sup> göre anılan hüküm dolayısıyla işçi ile işverenin zımnî irade açıklamaları yoluyla, dolayısıyla özellikle işçinin susmasıyla denkleştirme uygulamasına geçilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda, yoğunlaştırılmış iş haftasında yapılan çalışmaların fazla çalışma olarak değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu görüşü savunan yazarlarca yazılı onayın, iş sözleşmesiyle veya toplu iş sözleşmesiyle başlangıçta da verilebileceği kabul edilmektedir.

Buna karşılık Yargıtay, denkleştirme uygulamasına geçişin örtülü anlaşmayla da yapılabileceğini kabul etmektedir<sup>60</sup>. Öğretide diğer bir görüşe göre, yüksek mahkemenin anılan içtihadı isabetlidir; zira kanunda öngörülmemiş bir şekil şartının yönetmelikle düzenlenmesi mümkün olmadığından, denkleştirme esasına geçilmesi

<sup>56</sup> Denkleştirme süresinin uzatılması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. *Tuncay*, AB Hukukuna Uyum, 76. *Alpagut*, 22. *Süzek*, İş Hukukunun Geleceği, 20. *Eyrenci*, Değerlendirme, 17.

<sup>57</sup> *Tuncay*, AB Hukukuna Uyum, 76. *Alpagut*, 22. *Süzek*, İş Hukukunun Geleceği, 20.

<sup>58</sup> *Eyrenci*, Değerlendirme, 17.

<sup>59</sup> *Eyrenci*, Değerlendirme, 13; yazar, normal çalışma düzeninden denkleştirme esasına geçişin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğunu ifade etmektedir. *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 217. *Öktem-Songu*, 182-183.

<sup>60</sup> Y9HD, 2.5.2008, 11167/11017, Kazancı Hukuk Bilgi Bankası, 11.11.2013. YHGK, 14.6.2006, 9-374/382, *Özveri*, YKİ, 2, 193-205. YHGK, 21.3.2007, 9-150/160, *Süzek*, 794, dn. 9.

için işçinin zımnı kabulü dahi yeterli kabul edilmelidir<sup>61</sup>.

Denkleştirme uygulamasına imkan tanınmasının işletmelerin esneklik menfaatlerini sağlama amacını taşıdığı açıktır. Ancak hem Batı ülkelerinde hem de uluslararası hukukta esnekliğin kuralılaşdırma olmadığı, sadece belirli sınırlar dahilinde çalışma sürelerinin bireyselleştirilebilmesine ve farklılaştırılmasına imkan sağladığı yukarıda açıklandığı üzere kabul edilmektedir. Bu itibarla, denkleştirme esasına geçişte ve bu esasa dayalı olarak çalışmada işçilerin sağlık ve güvenlikleri ile diğer çalışma ilişkisinden doğan menfaatlerinin korunması gereklidir. Yargıtayın örtülü denkleştirme esasını kabul ettiği kararlara konu olan olaylarda, denkleştirme esasına dayalı olarak çalıştırıldığını dahi bilmeyen işçilerin sırf çalışmaya devam etmeleri nedeniyle fazla çalışma ücretlerinden mahrum kaldıkları görülmektedir. Halbuki güvenceli esnekliğin amacı işgücünün, sömürülmesi değil, işletmesel menfaatler doğrultusunda korunarak esnekleştirilmesidir. Denkleştirme esasına dayalı olarak çalıştırıldığını dahi bilmeyen işçinin sırf çalışmaya devam etmesi ve ardından serbest zaman kullanmasıyla fazla çalışma ücretinden mahrum kalması kanımızca kabul edilmemelidir. Zira denkleştirme süresi içinde tanınan serbest zaman, fazla çalışmanın karşılığı olan serbest zamandan farklı olarak normal çalışma süresi kadardır. Kanunda öngörülmeleyen bir şekil şartının yönetmelikle öngörülemeyeceği kabul edilebilir ise de, öğretilde haklı olarak ifade edildiği üzere<sup>62</sup>, İş Kanununun 22. maddesi kanımızca bu hususu açıkça düzenlemektedir. Zira normal çalışma esasından denkleştirme esasına dayalı çalışmaya geçiş, çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliği taşır. Bu nedenle işçilerin ya iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ya da her yıl başında önceden bu yönde yazılı onaylarının alınması, dolayısıyla işverene bu konuda tek taraflı değişiklik yapma hakkı tanınması<sup>63</sup> ya da İş Kanununun 22. maddesinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Aksi halde denkleştirme esasına dayalı çalışmanın sadece işletmelere esneklik tanıdığı, ancak işçileri korumasız bıraktığı sonucuna varılabilir ki, bunun iş hukukunun bugün geldiği noktada güvenceli esneklik ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır. Bunun gibi, denkleştirme esasına dayalı çalışma uygulayacak işverenin bu sürenin başlangıç ve bitiş tarihlerini, hangi tarihlerde ne kadar çalışılacağını makul bir süre önceden işçilere bildirmesi gerektiği düşüncesindeyiz<sup>64</sup>. Zira aksi halde işçinin çalışma sürelerinin sosyal yaşamına yapacağı olumsuz etkileri dahi önceden belirlemesi mümkün olmayacaktır ki, bunun da güvenceli esneklik ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır.

Burada belirtmek gerekir ki öğretilde, toplu iş sözleşmesinde haftalık çalışma süresinin işgünlerine eşit bölüneceğinin düzenlenmesi ve taraflara bunun aksini kararlaştırma imkanının tanınmaması durumunda, işverenin işçilerin bireysel olarak onaylarını almak suretiyle denkleştirme esasına dayalı çalışmaya geçiş yapamayacağı

<sup>61</sup> Süzek, 794. *Akyiğit*, 1911. *Engin*, 73. *Caniklioğlu*, 161.

<sup>62</sup> *Eyrenci*, Değerlendirme, 13.

<sup>63</sup> Bu hususun 6098 sayılı TBK'nun 20-25 maddeleri arasında düzenlenen genel işlem koşulları bakımından ayrıca geçerlilik ve kullanım denetimine tabi tutulması gerektiği açıktır.

<sup>64</sup> *Eyrenci*, Değerlendirme, 13.



haklı olarak ileri sürülmektedir<sup>65</sup>. Ancak iş sözleşmesiyle getirilen bu yöndeki bir düzenleme bu sözleşmeyi imzalayan işçinin yazılı rızasıyla değiştirilebileceğinden, bu durumda işçinin verdiği yeni tarihli onayın denkleştirme esasına dayalı çalışmaya geçiş için yeterli olduğu kabul edilmelidir.

4857 sayılı Kanununun 63/2. maddesiyle mevzuatımıza kazandırılan denkleştirme esasına dayalı çalışma modeli, aynı zamanda vasıflı kayan iş sürelerinin de ülkemizde uygulanabilmesine imkan tanımaktadır. Bilindiği üzere, basit kayan iş süresinden farklı olarak vasıflı kayan iş süresinde işçi, işverenle belirlemiş olduğu blok süre içinde çalışmakta, ancak günlük çalışma süresinin uzunluğunu kendisi belirleyebilmekte, az çalıştığı günleri belirli bir zaman dilimi içinde telafi edebilmekte, diğer bir ifadeyle denkleştirebilmektedir. Bu çalışma modelinde işçi, işe başlama, ara dinlenmesi ve işi bitirme saatlerini kendisi belirlemektedir. Kanununun 63/2. maddesinde öngörülen denkleştirme esasına dayalı çalışma modelinde, işçiye çalışma saatleri ve günleriyle boş zamanlarını belirleme serbestisi tanındığı takdirde, vasıflı kayan iş süresinin uygulandığı kabul edilebilecektir<sup>66</sup>. Ancak burada önemli olan husus, işçinin söz konusu yetkisini işverenle yapmış olduğu yazılı denkleştirme anlaşmasına ve kanundaki günlük 11 saatlik ve ortalama haftalık 45 saatlik sınıra uygun şekilde kullanması gerektiğidir.

### 3. Kısa Çalışmaya İlişkin Düzenlemeler

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun ek 2. maddesinde düzenlenen kısa çalışma, Fransız hukukunda kısmi işsizlik (*chômage partiel*) veya ekonomik nedenli ücretsiz izne çıkarılma (*mise à pied économique*) olarak ifade edilmektedir. Kanunun anılan hükmünde “Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir” ifadelerine yer vermek suretiyle Kanun, işverenin işçinin onayını almaksızın uygulayabileceği kısa çalışmanın şartlarını düzenlemiştir. Anılan hüküm 2011 tarihli Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, genel ekonomik kriz, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde, işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresini geçici olarak en az üçte biri oranında azaltan veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta boyunca işyerinde yürüttüğü faaliyeti kısmen veya tamamen durduran işverenin üç ayı geçmeyecek süre boyunca kısa çalışma uygulayabileceği sonucuna varılmaktadır. Yönetmeliğin 3. maddesindeki kısa çalışma tanımı, 4857 sayılı Kanunun mülga 65/2. fıkrasındaki ifadenin tekrarı niteliği taşıdığından, o dönemde anılan tanım için yapılmış değerlendirmelerin bugün için de geçerli olduğunun kabulü gerekir. Nitekim o dönemde kısa çalışmadan söz edilebilmesi için sadece işin tamamen veya kısmen

<sup>65</sup> Soyer, 187. *Eyrenci*, Değerlendirme, 15.

<sup>66</sup> Soyer, 190. *Eyrenci*, Değerlendirme, 19.

durması bakımından değil, çalışma süresinin üçte biri oranında azaltılması halinde de en az dört haftalık sürenin geçmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>67</sup>.

4447 sayılı Kanunun ek 2. maddesiyle işverene işçilerin onayını almaksızın kısa çalışma uygulamasına geçme hakkı tanındığından, güvenceli esnekliğin bir gereği olarak söz konusu hakkın kullanımı belirli koşullara bağlanmış, ayrıca bu dönemde işçilerin ücret kaybının bir kısmının işsizlik sigortası fonundan karşılanan kısa çalışma ödeneğiyle giderilmesi amaçlanmıştır. Bu şekilde işverene belirli koşulların gerçekleşmesi halinde esnek çalışma hakkı tanınırken, bu olumsuz ve ağır koşullar nedeniyle iş sözleşmelerinin feshinin önüne geçilmiş ve bu dönemde işçilerin ücret kayıplarının bir kısmı güvence altına alınmıştır. Bu şekilde, ekonomik krizlerde ve zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde çalışma hayatında sıklıkla karşılaşılan ücretsiz izin uygulamaları yerine, hem iş sözleşmelerinin feshi önlenmekte hem de işçilere sınırlı da olsa gelir güvencesi sağlanmaktadır<sup>68</sup>. Bu itibarla kısa çalışmaya ilişkin düzenlemelerin esas itibarıyla, güvenceli esneklik ilkelerine uygun olduğu kanaatindeyiz.

4447 sayılı Kanunun ek 2. maddesinin 2. fıkrasında, işverenin kısa çalışma uygulamasına geçme kararını Türkiye İş Kurumuna ve varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Kısa Çalışma Yönetmeliğinin 4. maddesinde söz konusu bildirim içeriği belirlenmiştir. Buna göre işveren, kısa çalışmaya sebep olan neden veya nedenleri, varsa iddiasını kanıtlayıcı delilleri ve yine varsa toplu iş sözleşmesi tarafı olan sendikayı, kısa çalışma yaptırılacak işçilerin bilgilerini içeren listeyi, işyeri SGK sicil numarası ile adresini ve unvanını bildirmelidir.

Anılan yönetmeliğin 5/1. maddesinde, işverenin kısa çalışma talebinin Türkiye İş Kurumu tarafından “*sebepe ve şekil yönünden*” değerlendirileceği belirtilmekte, maddenin izleyen bentlerinde söz konusu değerlendirmenin nasıl yapılacağı düzenlenmektedir. Kurumun sebep yönünden yapacağı incelemenin Kanunun ek 2. maddesinde belirtilen genel ekonomik, sektörel veya bölgesel krizin yahut zorlayıcı sebebin varlığı yönünden yapılacağı yönetmeliğin 5. maddesinde belirtilmektedir. Bu itibarla Kurum, işverenin öne sürdüğü genel ekonomik, sektörel veya bölgesel krizin yahut zorlayıcı sebebin varlığını denetlemenin ötesinde bu sebeplerin varlığına rağmen işverenin kısa çalışma kararının yerindeliliğini denetleme yetkisine sahip değildir. Bunun gibi anılan yönetmelikle Kuruma verilen yetki ve görev, sebep yanında ayrıca şekil yönünden de inceleme yapmayı kapsamaktadır. Bu nedenle Kurumun, işverenin başvurusunu değerlendirirken bildirim yükümlülüğünü yönetmelikte belirtilen şekilde yerine getirip getirmediğini de denetleme yetkisi mevcuttur. Ancak Kurum bunların ötesinde bir inceleme yapma yetkisine sahip değildir. Nitekim yönetmeliğin 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında, Kurumun yaptığı incelemenin “*uygunluk tespiti*” olduğu açıkça düzenlenmektedir. Bu itibarla Kurumun

<sup>67</sup> Caniklioğlu, 524.

<sup>68</sup> Başterzi, 65.

yapacağı denetimin, kısa çalışma nedenlerinin varlığının tespitiyle ve bildirim biçim ve içeriğinin yönetmeliğe uygun olup olmadığıyla sınırlı olduğunu belirtmek gerekir<sup>69</sup>. Kurumun işverenin kısa çalışma talebini uygun bulmasıyla kısa çalışma onaylanır ve uygulamaya konabilir. Ancak işveren kısa çalışma talebi onaylanmış olmasına rağmen bu kararla bağlı değildir; bu karara rağmen kısa çalışmadan vazgeçebilir<sup>70</sup>.

Anılan yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasında, Kurumun genel ekonomik, sektörel veya bölgesel krizin varlığına dayalı olarak yapılan kısa çalışma talebini uygun bulabilmesi için, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının kriz olduğuna ilişkin iddialarının bulunması veya bu yönde kuvvetli emarenin varlığı gerekli kılınmıştır. Bu itibarla, Kurumun söz konusu şartların sağlanmadığı durumlarda işverenin kısa çalışma talebini uygun bulma yetkisine sahip olmadığı sonucuna varılmalıdır. Bu düzenleme, Avrupa Birliği Konseyinin 2007 yılı Aralık ayında kabul ettiği güvenceli esnekliğin özellikle sosyal tarafları desteklemesi gerektiği yönündeki güvenceli esneklik ilkesine ve Avrupa Birliği Komisyonunun 2008 yılında görevlendirdiği Kurulun raporunda belirtilen sosyal tarafların güvenceli esneklik uygulamalarına yönelik samimi istekleri ve aralarındaki iletişimin gücüne önem verilmesi gerektiği yönündeki önerisine uygundur. Zira bu şekilde, işverenin ekonomik krize dayalı ve tek taraflı olarak kullanabileceği kısa çalışma yaptırma hakkı, sosyal tarafların da bu hususu iddia etmeleri yahut bu yönde ciddi emareler bulunması şartına bağlanmış olmaktadır.

Kısa çalışmaya ilişkin düzenlemelerden güvenceli esneklik amacına hizmet eden bir diğer hüküm, anılan yönetmeliğin 5/3. bendinde yer alan ve Kuruma işverenin kısa çalışma talebini reddetme yetkisi tanıyan “... genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle bağdaşmadığı halde, nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi sebeplere dayalı olarak yapıldığı tespit edilen başvurular Kurum tarafından reddedilir” hükmüdür. Bu düzenlemeyle, işverene tanınan esneklik yönündeki hakkın, işverence taşınması gereken ekonomik rizikonun işçilerin üzerine yüklenmesi amacıyla kullanması engellenmektedir.

İşverenin, yönetmelikte belirlenen usule uymaksızın geçici olarak işyerindeki faaliyeti önemli ölçüde azaltması veya işyerini kapatması kısa çalışma olarak nitelendirilemez. İşverenin, kısa çalışma usulüne uymaksızın işyerindeki faaliyeti önemli ölçüde azaltması, çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle işçilerin iş sözleşmesini derhal fesih haklarının doğmasına neden olur (İK 24/II-f). Bu durumda, derhal fesih hakkını kullanmayan işçiler, İK 34/1 uyarınca ücret farklarını, mevduata uygulanan en yüksek faizle birlikte talep edebilecekleri gibi, çalışmaktan kaçınma

<sup>69</sup> Kurumun kısa çalışma talebini uygun bulmaması halinde işverenin; Kurumun kısa çalışma talebini uygun bulması halinde ise sendika veya işçilerin bu karara karşı dava açması ve görevli mahkeme hakkında bkz. *Caniklioğlu*, 517-518.

<sup>70</sup> *Öktem Songu*, Çalışma Süreleri, 245.

haklarını kullanarak çalışmaksızın ücretlerine de hak kazanabilirler<sup>71</sup>. Buna karşılık, işverenin kısa çalışma usulüne uymaksızın ve süreli fesih hakkını kullanmaksızın işyerini kapatması, işveren tarafından yapılan haksız fesih olarak nitelendirilebilir.

Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğine ilişkin düzenlemeler, güvenceli esneklik ilkeleri bakımından değerlendirildiğinde, öğretide bazı eleştirilere maruz kaldığı görülmektedir. Bunların başında kısa çalışma ödeneği verilen sürenin işsizlik ödeneği süresinden düşülmesi gelmektedir (ek md. 2/4)<sup>72</sup>. Öğretide bu eleştiriye getiren görüşe göre, işsizlik ödeneği ile kısa çalışma ödeneği birbirinden farklı amaçları taşıdığından mahsup yapılması isabetli değildir. Kısa çalışma ödeneğinin işsizlik sigortası fonundan karşılanması ve yukarıda da belirtildiği üzere, kısa çalışmanın aslında bir nev'i geçici işsizlik niteliği taşıdığı düşünüldüğünde, kısa çalışma ödeneğinin işsizlik ödeneği verilmesi gereken süreden mahsup edilmesinin yerinde olduğu düşünülebilir. Ancak kısa çalışmanın iş sözleşmelerinin feshini önleyici etkisi yanında özellikle işletmesel menfaatleri koruyan esnek çalışma aracı olduğu dikkate alındığında, aynı sonuca varılmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Güvenceli esnekliğin sağlanması da kanımızca bu değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Zira esnek çalışma modeli düzenlenerek işverene işletmesel menfaatlerini koruma hakkı tanınırken, bu hakkın kullanıldığı dönemin işçinin gerçekten işsiz kaldığı, diğer bir ifadeyle iş sözleşmesinin feshedildiği dönemde kendisine ödenecek işsizlik ödeneğinden mahsup edilmesi, işçinin kısa çalışma karşısında tam olarak güvence altına alınmaması, hatta işletmenin ekonomik riskinin işçinin kazancı üzerine yansması sonucunu yaratacağı kanaatindeyiz. Zira kısa çalışma teknik anlamda işsizlik değildir; bu dönemde sadece kısmi işsizliğe veya geçici olarak tamamen işsiz kalmaya benzer bir durum yaratılır, ancak iş sözleşmesi sona ermez, askine ya çalışma süresi kısılır ya da iş sözleşmesi askıya alınır<sup>73</sup>. Bu nedenle işverene tanınan esnek çalışma modelinin güvenceli olabilmesi için, işçiye ödenen kısa çalışma ödeneğinin işsizlik ödeneği süresinden mahsup edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Nitekim 2009 tarihli ve 5838 sayılı Kanunla eklenen, daha sonra 2010 tarihli ve 5951 sayılı Kanunla değiştirilen 4447 sayılı Kanunun geçici 8. maddesinin 1. fıkrasında, 2008, 2009 ve 2010 yıllarında yapılan kısa çalışma başvuruları için

<sup>71</sup> Çelik, 168-169. Süzek, B.2, 301-302. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 135-136. Güzel, Çalışmaktan Kaçınma, 137-144. Aksi yönde, Soyer, Kaçınma Hakkı, 679. Y9HD, 10.2.2005, 13259/3782.

<sup>72</sup> Gerek, 25. Caniklioğlu, 536-537; yazar, İş Kanununun 65. maddesinde (şu anda 4447 sayılı Kanunun 50/4. maddesinde) yer alan "Sigortalı, işsizlik ödeneğinden yararlanma süresini doldurmadan tekrar işe girer ve işsizlik sigortası ödeneğinden yararlanmak için bu Kanunun öngördüğü şartları yerine getirmeden yeniden işsiz kalırsa, daha önce hakettiği işsizlik ödeneği süresini dolduruncaya kadar bu haktan yararlanmaya devam eder. Bu Kanunun öngördüğü şartları yerine getirmek suretiyle yeniden işsiz kalınması halinde ise, sadece bu yeni hak sahipliğinden doğan süre kadar işsizlik ödeneği ödenir" hükmüne ilişkin olarak kısa çalışma ödeneğinin işçi-işveren ve devlet arasında paylaşım esasına dayalı olması gerekirken anılan düzenlemeyle asıl yükü işçiye getirdiğini haklı olarak ifade etmektedir.

<sup>73</sup> Akyiğit, Kısa Çalışma, 19. Başterzi, 66-69. Caniklioğlu, 518-520, 532. Aydın,37.

azami kısa çalışma süresinin altı ay olarak uygulanacağı, ayrıca bu dönemde verilen kısa çalışma ödeneklerinin işsizlik ödeneği süresinden mahsup edilmeyeceği düzenlenmiştir. Söz konusu dönemde yaşanan küresel ekonomik krizin etkilerine karşı işletmeleri ve istihdamı korumak amacıyla getirilen bu düzenlemeyle uzun sürecek kısa çalışmaların işçi ücretleri üzerindeki olumsuz etkisini gidermek amacıyla hem kısa çalışma ödeneğinin miktarı artırılmış hem de bu ödemelerin işsizlik ödeneğinden mahsup edilmeyeceği açıkça belirtilerek kanımızca güvenceli esneklik ilkelerine uygun düzenleme yapılmıştır. Aynı şekilde 4447 sayılı Kanunun ek 2. maddesinin 6. fıkrasında, Bakanlar Kuruluna kısa çalışma sürelerini altı aya kadar uzatma ve bu dönemde işçilere ödenecek kısa çalışma ödeneğinin işsizlik ödeneği süresinden mahsup edilip edilmeyeceğini belirleme yetkisi tanınmıştır. Kanımızca Bakanlar Kurulunun kısa çalışma ödeneğinin işsizlik ödeneği süresinden mahsup edilip edilmeyeceğine karar vermesi yerine bu ödemenin anılan süreden düşürülmeyeceği yönünde kanuna açık bir hüküm koymak esnekliğin güvenceli olması açısından isabetli olacaktır.

Kısa çalışmayı düzenleyen hükümlere öğretide getirilen diğer bir eleştiri, kısa çalışmanın azami süresinin kısa olduğu yönündedir. Bu görüşe göre, kısa çalışma için öngörülen azami üç aylık süre kısa çalışmanın amacına ulaşılabilmesi için yeterli değildir; dolayısıyla daha uzun bir azami sürenin düzenlenmesi gerekmektedir<sup>74</sup>. Zira üç aydan daha uzun süren kriz veya zorlayıcı sebep halinde işveren ya işçilerle anlaşarak ücretsiz izin uygulamasına geçecek ya da iş sözleşmelerini feshetmek zorunda kalacaktır<sup>75</sup> ki, bu sonucun işçilerin ve istihdamın korunması, dolayısıyla güvenceli esneklikle bağdaşmadığı açıktır. Nitekim bu itibarla, yukarıda da ifade edildiği üzere, 2008-2010 yılları arasında bu sürenin altı ay olarak uygulanması kanunla düzenlenmiş, bu yıllar dışında da kısa çalışmanın altı aya kadar uzatılmasında Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.

Bunun gibi öğretide haklı olarak hem 4447 sayılı Kanunla hem de Kısa Çalışma Yönetmeliğiyle getirilen dört haftalık bekleme süresinin uzun olduğu ifade edilmektedir<sup>76</sup>. Burada asıl sorun, işçilerin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için gerekli olan şartlarla kısa çalışmanın Kurum tarafından uygun bulunabilmesi için gerekli olan şartların aynı olup olmadığıdır. Kanımızca Kurum, dört haftalık süre dolmadan önce kısa çalışma kararı vermemelidir<sup>77</sup>. Zira aksi halde, dört haftalık süre dolmadan işçilerin onayını almaksızın kısa çalışma yapan işveren bu süre dolmadan önce kısa çalışmayı sona erdirdiğinde, işçilerin kısa çalışma ödeneği alamaması ancak dört haftalık süre doluncaya kadar azaltılan çalışma süresinin karşılığı olan ücretlerinden de mahrum kalmaları sonucu doğar. Bu durumda dört haftalık süre dolmasa da Kurum tarafından uygun bulunan kısa çalışma kararı hu-

<sup>74</sup> *Gerek*, 24. *Eyrenci*, Değerlendirme, 21.

<sup>75</sup> *Başterzi*, 75.

<sup>76</sup> *Caniklioğlu*, 526.

<sup>77</sup> *Caniklioğlu*, 526.

kuka uygun olacaktır<sup>78</sup>. Bu nedenle Kurumun dört haftalık süre dolmadan kısa çalışma kararı vermemesi halinde böyle bir sorunla da karşılaşılmayacak, dört haftalık süre dolmadan çalışma sürelerini azaltan yahut işi kısmen veya tamamen durduran işveren bunun için işçilerin onayını İK 22/1'de öngörülen usule uygun olarak almak zorunda kalacak<sup>79</sup> yahut bu dönemlerde ücretlerde indirime gidemeyecektir. Bu sonucun güvenceli esnekliğin sağlanmasına hizmet ettiği açıktır.

Kısa çalışma uygulamasına ilişkin olarak tartışılması gereken son husus, kısa çalışmaya tabi tutulan işçilerin bu sebeple iş sözleşmelerini haklı nedenle derhal feshetme hakkına sahip olup olmadıklarıdır. Zira öğretide bir görüşe göre, kısa çalışmanın sebebi ne olursa olsun, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir<sup>80</sup>. Bu görüşte olan *Eyrenci*, işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilmesi için Kuruma kısa çalışma ödeneğini almak amacıyla başvurmaması gerektiğine vurgu yapmaktadır<sup>81</sup>. Bu görüşteki yazarlar, kısa çalışma ödeneğinin işçi ücretinin tamamına tekabül etmemesi nedeniyle kısa çalışma uygulamasının işçi ücretinde azalmaya sebep olduğunu, bunun ise İK 24/II-e'de düzenlenen haklı fesih sebebinin oluşturduğunu, ayrıca zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde İK 24/III uyarınca da derhal fesih hakkının mevcut olduğunu ileri sürmektedirler.

Öğretide bir başka görüşe<sup>82</sup> göre, işverenin genel ekonomik kriz nedeniyle kısa çalışma uygulamasına geçmesi halinde, işçinin İK 24/II-f'de düzenlenen çalışma şartlarının işverence uygulanmaması nedeniyle derhal fesih hakkı doğar. İşçi bu hakkını altı iş günü içinde kullanmazsa kısa çalışma uygulamasını kabul etmiş sayılır. Ayrıca, zorunlu nedenlerle kısa çalışma yapılması halinde kanundan doğan bir askı hali söz konusudur. Bu nedenle işveren zorunlu nedenlere dayalı olarak kısa çalışma uygulamasına işçinin onayını almaksızın geçebilir. Buna karşılık, genel ekonomik kriz, işverenin ifayı kabul imkansızlığının nedeni olamaz. Zira burada işletme dışından kaynaklanan bir zorlayıcı neden değil, işletme rizikosu söz konusudur. Bu durumda işverenin ifayı kabul imkansızlığı içinde bulunduğu kabul edilemeyeceğinden, işverenin genel ekonomik kriz halinde kısa çalışma uygulamasına (askı haline) geçebilmesi için işçinin rızasını alması gerekir. Zira bu durumda işverenin ifayı kabul imkansızlığı söz konusu olmadığından, kanundan doğan bir askı halinden söz edilemez, dolayısıyla askı haline ancak işçi ile işverenin karşılıklı anlaşmasıyla geçilebilir. Görüldüğü üzere, bu görüşe göre, zorunlu nedenlerle kısa çalışma yaptırma hakkı, işverenin tek taraflı kullanabileceği bir hakken, genel ekonomik krize dayalı kısa çalışmanın uygulanabilmesi için ayrıca işçilerin onayının alınması gerekmektedir. Bu itibarla, genel ekonomik krize dayalı kısa çalışma uygu-

<sup>78</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Caniklioğlu*, 525-526.

<sup>79</sup> *Başterzi*, 69.

<sup>80</sup> *Akyiğit*, Kısa Çalışma, 20. *Eyrenci*, Değerlendirme, 21-22. *Aydın*, 37-38. *Öktem Songu*, 255.

<sup>81</sup> *Eyrenci*, 21-22.

<sup>82</sup> *Başterzi*, Feshe Karşı Koruma ve İstihdam, 67-68.

lamasına karşı işçi, İK 24/II-f'de düzenlenen çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle doğan derhal fesih hakkına sahip olacaktır.

Kanımızca genel, sektörel veya bölgesel ekonomik krize dayalı olarak işverenin kısa çalışma yapabilmesi için, işçilerin onayına ihtiyacı yoktur<sup>83</sup>. Zira kısa çalışma uygulamasına geçme hakkı, yukarıda açıklandığı üzere, İşsizlik Sigortası Kanununun ek 2. maddesiyle, Fransız hukukunda olduğu gibi<sup>84</sup>, işverene işçilerin onayını almaksızın kullanılabilen bir hak olarak tanınmıştır<sup>85</sup>. Bunun karşılığında işçilere işsizlik sigortasından bir ödeme yapılması sağlanmıştır. Nitekim bu nedenle hem Türk hem de Fransız hukukunda kısa çalışma uygulaması, iş sözleşmesinin değiştirilmesi rejimine (İK 22) tabi tutulmamıştır<sup>86</sup>. Bu nedenle işçilerin çalışma şartlarının uygulanmadığını ileri sürerek İK 24/II-f'ye dayanarak veya ücretlerindeki azalma nedeniyle İK24/II-e'ye dayanarak iş sözleşmelerini derhal feshetmeleri kanımızca mümkün değildir<sup>87</sup>. Bunun gibi, zorlayıcı sebebe dayalı kısa çalışmalar bakımından da işçilerin İK 24/III'e dayanarak iş sözleşmelerini haklı nedenle derhal feshetmeleri kanımızca mümkün değildir. Zira kısa çalışma, şartların varlığı halinde işverene çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapma hakkı şeklinde tanınmıştır. İşverenin bu uygulamaya geçebilmesi için Kurumun bu talebi uygun bulması yeterlidir ki, söz konusu uygunluk denetiminin dahi şeklen ve sebebe dayalı olarak yapılması gerektiği açıktır. Bu itibarla işverene tek taraflı olarak kullanılacak bir hak olarak tanınan kısa çalışma karşısında işçilere de kısa çalışma ödeneğinin verileceği düşünüldüğünde, kısa çalışma uygulamasının bireysel olarak işçileri değil, işgücüyle birlikte işletmeyi esas aldığı ve hedefinin bir bütün olarak işlemenin ekonomik menfaatleri ile istihdamın korunması olduğunu kabul etmek gerekir. Kısa çalışma uygulamasına geçen işverenin bu işlemi karşısında işçilere bu uygulamayı reddetme ve iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkı tanınırsa, kısa çalışmanın amaçladığı ve esas aldığı bütünlük bozulur. Bu halde birçok işçisinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesi üzerine kıdem tazminatı ödemek zorunda kalan işveren hem bu ödeme riskini hem de özellikle çalışma süresini önemli ölçüde azaltmak şeklinde kısa çalışma uygulamasına geçen işveren bakımından faaliyetini devam ettirememesi riskini barındırır. Bunun sonucunda kısa çalışmayı uygulayamayan işverenin işyerini tamamen kapatması ve işyerindeki tüm işçilerin işsiz kalması söz konusu olur. Bu nedenle kısa çalışmayı, hem işçi hem de işveren menfaatlerini işletme bazında bir bütün olarak dengeleyen bir güvenceli esneklik aracı olarak değerlendirerek, bu dönemde işçilerin haklı nedenle derhal fesih haklarının mevcut olmadığını kabul etmek gerektiği düşüncesindeyim.

<sup>83</sup> Engin, İşletme Gerekleri, 105. Caniklioğlu, 520.

<sup>84</sup> Cass. Soc. 27.11.1991, Bull. Civ. V. no. 536. Cass. Soc. 18.6.1996, Bull. Civ. V. no.252. Morand, 3-4.

<sup>85</sup> Engin, İşletme Gerekleri, 105. Caniklioğlu, 520. Baycık, 176-178.

<sup>86</sup> Baycık, 124-125, 176-179.

<sup>87</sup> Demir, 161. Caniklioğlu, 522.

Buna karşılık, işçinin kısa çalışma ödeneğine hak *kazanamadığı* durumlarda, genel, sektörel veya bölgesel kriz nedeniyle uygulanan kısa çalışmalar bakımından işçinin kısa çalışma sistemine dahil olması mümkün olmadığından İK 24/II-e veya zorlayıcı sebeple yapılan kısa çalışmalar bakımından İK 24/III uyarınca bir haftalık sürenin dolmasından sonra iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği kabul edilmelidir. Zira bu durumda kısa çalışmanın söz konusu işçiyi kapsayıcı bir güvenceli esneklik modeli olduğu ve işçi ile işveren menfaatlerini dengelediği savunulamayacağı gibi işçinin dahil olmadığı, diğer bir anlatımla kısa çalışma ödeneği alamadığı, dolayısıyla ücretinde ciddi bir düşüş olduğu bu çalışma modeline dayanmakla yükümlü olduğu kabul edilemez.

#### 4. Telif Çalışmasına İlişkin Düzenlemeler

4857 sayılı İş Kanununun 64. maddesiyle ilk defa yasal düzenlemeye konu olan telif çalışması, 1475 sayılı İş Kanununun katı kuralları çerçevesinde uygulanma imkanı bulamamakta; çok istisnai olarak sendikal örgütlenmenin bulunduğu işyerlerinde tarafların anlaşmasıyla iki tatil günü arasına rastlayan yarım veya bir tam günün serbest zaman olarak işçilere tanınması gündeme gelmekteydi<sup>88</sup>. Ancak işçi sendikasının bu yönde onay vermesi halinde dahi, anılan serbest zamanın daha sonra telifisi karşılığında işverenin fazla çalışma ücreti ödemekle yükümlü olacağı endişesi sebebiyle bazı işverenler tarafından uygulanmadığı da bilinmekteydi<sup>89</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere, güvenceli esnekliğin amacı sadece işletmelerin menfaatleri doğrultusunda işgücünün etkin kullanılması değil, bunun yanında işçilerin de çalışma koşullarını kendilerine özgü durumları dikkate alarak belirleyebilmesi, bireyselleştirebilmesidir<sup>90</sup>. Bunun en tipik örneklerinden biri de telif çalışmasıdır. Zira telif çalışması, işletmelere işgücünü en etkin şekilde kullanma imkanı tanırken, işçilere de kendi ihtiyaçlarına uygun şekilde çalışma sürelerini belirleyebilme, çalışma süresinin bir kısmını serbest zaman olarak kullandıktan sonra bu süreyi günlük azami çalışma süresini aşmamak şartıyla telif edebilme imkanı vermektedir. Bu şekilde işçinin çalışma sürelerini bireyselleştirebilmesi sağlanmakta, ancak işçinin dahi bu hakkını günlük azami çalışma süreleri içinde kullanması öngörülerek iş sağlığı ve güvenliğinin de tehlikeye düşürülmesi engellenmektedir.

4857 sayılı İş Kanununun 64. maddesine göre telif çalışması yapılabilmesi için, zorlayıcı sebeplerden daha geniş içeriğe sahip zorunlu nedenlerin<sup>91</sup> varlığı

<sup>88</sup> *Ekonomi*, Telif Çalışması, 1249. *Ekmekçi*, Telif Çalışması, 30, 33.

<sup>89</sup> *Ekonomi*, Telif Çalışması, 1249.

<sup>90</sup> *Ekonomi*, 24. *Aynı yazar*, Telif Çalışması, 1248-1249. *Aynı yazar*, Esnekleşme Gereği, 61. *Eyrenci*, 228. AB tarafından kabul edilen güvenceli esneklik ilkeleri için bkz. <http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/flexicurity.htm>. Erişim tarihi: 10.11.2013.

<sup>91</sup> Kanunun 64. maddesinde ifade edilen “zorunlu neden” ibaresinden, sadece zorlayıcı sebeplerin anlaşılması gerektiği haklı olarak kabul edilmektedir; *Ekonomi*, Telif Çalışması, 1251-1252. *Eyrenci*, Değerlendirme, 24-25. *Süzek*, 805.



halinde yahut ulusal bayram ve genel tatillerden önce ve/veya sonra ya da benzeri nedenlerle işyerinin tamamında veya bir kısmında işin durması veyahut normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması gerekmektedir<sup>92</sup>. Bunun yanında Kanun anılan hükmüyle, işçinin akdi veya kanuni izin hakkı mevcut olmaksızın talep ettiği izin karşılığında telafi çalışması yapabilmesine imkan tanımaktadır. Buna göre işçi, kanuni veya akdi izin hakkı mevcut olmaksızın izin talebinde bulunduğundan bu izin karşılığında telafi çalışması yapmayı kabul veya taahhüt ederse, söz konusu izin süresi kadar telafi çalışması yapmakla yükümlü hale gelir<sup>93</sup>.

Güvenceli esneklik bakımından telafi çalışmasına ilişkin hükümler incelendiğinde, üzerinde durulması gereken ilk husus, telafi çalışması yapılmasına imkan veren “benzer nedenlerin” güvenceli esneklik ilkeleri de dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğidir. Zira öğretide bir görüşe göre, ekonomik veya mevsimsel nedenlerle işyerinin tatil edilmesi yahut çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılması durumunda Kanunun 64. maddesinde yer alan “benzeri nedenler” mevcut olacağından bu süreler telafi çalışmasına konu olabilir<sup>94</sup>. Ancak öğretide haklı olarak ileri sürüldüğü üzere<sup>95</sup>, telafi çalışması yapılabilmesi için gerekli olan “benzer nedenler”in işveren tarafından üstlenilmesi gereken ekonomik riziko olarak anlaşılması gerekir; zira aksi halde ekonomik rizikonun işçiler tarafından üstlenilmesi söz konusu olur ki, bunun ne iş hukukunun temel ilkeleriyle ne de güvenceli esneklik amacıyla bağdaştığı savunulabilir. Bunun gibi, telafi çalışmasına özellik kazandıran bir husus, bu çalışmanın “*nispeten kısa süreli*” çalışılmayan sürelerin telafisi olmasıdır<sup>96</sup>. Nitekim 1964 tarihli İsviçre Federal İş Yasasının 11. maddesinde yer alan telafi çalışması tanımında da açıkça ifade edildiği üzere, telafi çalışması, işin *nispeten kısa süreli* durması halinde bu sürenin telafi edilmesini amaçlamaktadır. Bu itibarla uzun süreli yasa dışı grevin veya aylarca devam eden ve iş akdinin askıya alınmasına neden olan İK 24/III veya İK 25/III’de yer alan zorlayıcı sebeplerin telafi çalışmasının niteliğiyle uyumlu olmadığı kabul edilmelidir<sup>97</sup>. Öğretide tartışma konusu yapılan bir diğer husus, araç-gereç ve makinelerin periyodik bakımı ile İK 42’de öngörülen şekilde zorunlu fazla çalışmayı gerekli kılmayacak seviyedeki arıza ve tamirler nedeniyle çalışılmayan sürelerin telafi çalışmasına konu olup olamayacağıdır. Zira öğretilerde bir görüşe<sup>98</sup> göre, yasa metnindeki “zorunlu nedenler”den kasıt, kanunun 42. maddesinde tanımlanan zorunlu nedenlerdir; dolayısıyla bu tanıma uymayan periyodik bakımı arıza ve tamirlerin telafi çalışmasına konu olması mümkün değildir.

<sup>92</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ekonomi*, Telafi Çalışması, 251-1254. *Eyrenci*, Değerlendirme, 24-26. *Ekmekçi*, Telafi Çalışması, 32-33.

<sup>93</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ekonomi*, Telafi Çalışması, 1254-1255. *Eyrenci*, Değerlendirme, 26. *Ekmekçi*, Telafi Çalışması, 34.

<sup>94</sup> *Ekmekçi*, Telafi Çalışması, 34.

<sup>95</sup> *Eyrenci*, Değerlendirme, 25.

<sup>96</sup> *Eyrenci*, Değerlendirme, 24.

<sup>97</sup> *Eyrenci*, Değerlendirme, 24-25.

<sup>98</sup> *Ekonomi*, Telafi Çalışması, 1251-1252.

Kanımızca kanunun 64. maddesinde yer alan “zorunlu nedenler” ifadesini, anılan kanunun 42. maddesinde yer alan “zorunlu nedenler”le sınırlamak telafi çalışmasının amacına aykırı olacaktır. Zira Kanunun 64. maddesinde düzenlenen telafi çalışmasının amacı, kısa süreli ve ekonomik riziko niteliği taşımayan durumlarda işin durması veya normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması durumunda kaybedilen çalışma süresinin telafi edilmesidir. Bu nedenle telafi çalışmasını Kanunun 42. maddesindeki zorunlu nedenlerle sınırlamamak<sup>99</sup>, ancak işveren tarafından üstlenilmesi gereken ekonomik veya uzun süreli çalışılmayan sürelerin yarattığı rizikonun işçiler üzerinde kalmasına neden olacak şekilde yorumlamamak gerektiği kanaatindeyiz<sup>100</sup>.

Güvenceli esneklik bakımından telafi çalışmasına ilişkin hükümler incelendiğinde, üzerinde durulması gereken diğer bir hususun telafi çalışmasının, yukarıda belirtilen sebeplerle ortaya çıkan “çalışmama” durumundan sonra mı yoksa anılan sebeplerin öngörülebilmesi halinde önce de yapıp yapılamayacağıdır. Zira öğretide bir görüşe göre, Kanunun 64. maddesinin amacı, işçinin önce izinli sayıldığı ancak ücretinin ödendiği sürenin daha sonra telafi edilmesidir. Bu itibarla, işverenlere daha sonra çalışılmayacak sürenin önceden telafi edilmesi imkanının getirilmesi halinde, işçinin yaptığı fazla çalışmanın karşılığının zamlı serbest zaman olarak değil, telafi edici niteliği itibariyle sadece fazla çalışılan süre kadar verilmesi sonucu doğar ki, bu sonuç kanunun anılan hükmünün amacına aykırıdır<sup>101</sup>.

Buna karşılık öğretideki diğer bir görüşe göre, telafi çalışmasının çalışılmayan süreden önce veya sonra yapılması hususunda kanunda sınırlayıcı bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle kanunun 64. maddesindeki tanımdan, telafi çalışmasının sadece çalışılmayan süreden sonra yapılabileceği sonucuna varılmamalıdır<sup>102</sup>. Kanımızca her ne kadar Kanunun 64. maddesinin gerekçesinde telafi çalışmasının “... daha sonraki günlerde ...” yapılacağı ifade edilmişse de, kanun metninde bu yönde bir sınırlamanın mevcut olmaması, telafi çalışmasının çalışılmayacak sürelerden önce de yapılmasını mümkün kılmaktadır. Nitekim 1964 tarihli mehz İsviçre Federal İş Yasasının 11. maddesinde telafi çalışması tanımlanırken, çalışılmayan sürenin makul bir süre içinde telafi edileceği düzenlenmiş; buna karşılık anılan yasanın uygulanmasını düzenleyen 2000 tarihli Tüzüğü’nün 24. maddesinde, çalışılmayan sürelerin *ya hemen öncesinde ya da taraflarca oniki aya kadar uzatılmadığı takdirde ondört haftalık süre içinde* telafi edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu itibarla, 4857 sayılı İş Kanununun 64. maddesinde bu konuda bir sınırlama ol-

<sup>99</sup> Eyrenci, Değerlendirme, 25.

<sup>100</sup> Eyrenci, Değerlendirme, 24-25.

<sup>101</sup> Ekmekeçi, Telafi Çalışması, 32. Ayrıca bkz. Demir, 158, yazar bu sonuca kanundaki telafi çalışması tanımından ulaşmakta, ancak telafi çalışmasının bu şekilde düzenlenmesinin esneklik ilkesine aykırı olarak tarafların iradelerine itibar edilmemesi sonucunu doğurması nedeniyle eleştirmektedir.

<sup>102</sup> Soyer, 4857 Sayılı, 30. Ekonomi, Telafi Çalışması, 1255-1257. Eyrenci, Değerlendirme, 27. Süzek, 807.

maksızın telafi çalışmasının sadece çalışılmayan süreden sonra yapılacağını kabul etmek, kanımızca esneklik amacını taşıyan söz konusu hükmün somut amacına da aykırı olacaktır. Nitekim 2004 tarihli İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 7. maddesinde de bu konuda bir sınırlama mevcut değildir. Bu hususa ilişkin olarak öğretide, anılan yönetmeliğin 7/3. fıkrasında yer alan “*Telafi çalışması, kaynağını oluşturan zorunlu nedenin ortadan kalkması ve işyerinin normal çalışma dönemine başlamasını takip eden 2 ay içerisinde yaptırılır*” hükmüne atıf yapılarak, söz konusu düzenlemenin sadece zorlayıcı sebepleri değil, telafi çalışmasına neden olan bütün durumları kapsadığı ifade edilmektedir<sup>103</sup>.

Ancak güvenceli esneklik ilkeleri açısından burada belirtilmesi gereken husus, telafi çalışmasının çalışılmayan süreden önce yapılması halinde, söz konusu telafi çalışması ile çalışılmayan süre arasında bu iki sürenin birbirinin telafisi olduğunu tereddüte düşürmeyecek makul süre içinde yapılması gerektiğidir. Mevzuatımızda İsviçre İş Yasasına İlişkin Tüzüğü'nün 11. maddesindeki gibi açık bir düzenleme olmadığından, anılan hükümde yer alan “*hemen öncesinde*” kuralının ülkemiz açısından uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Ancak işçinin yaptığı telafi çalışmasının, ileride çalışılmayacağı öngörülen süreden makul bir süre önce yapılmasının kabulü esnekliğin güvenceli olması açısından kanımızca önemlidir. Aksi halde işçi, uzun bir süre sonra çalışmayacağını düşündüğü bir süre için önceden telafi çalışması yapmış olur ki, bunun işçi açısından belirsizlik yaratacağı açıktır. Bu tür bir uygulamanın güvenceli esneklik ilkeleriyle bağdaşmayacağı açıktır. Nitekim bu itibarla öğretide, işçinin çalışılmayacak süreden önce telafi çalışması yapması durumunda bu süre ile çalışılmayacak süre arasında en fazla iki ay olabileceği, ayrıca işçinin telafi çalışmasından önce çalışılmayacak tarihin belirlenmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir<sup>104</sup>.

Güvenceli esneklik bakımından telafi çalışmasına ilişkin hükümler incelendiğinde üzerinde durulması gereken bir diğer husus, telafi çalışmasının uygulanmasına ilişkin olarak getirilen yasal sınırlamalardır. Kanununun 64. maddesinde ve Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 7. maddesinde, telafi çalışmasının günlük azami çalışma süresinin aşılmaması şartıyla günde en fazla üç saat yaptırılabilceği düzenlenmektedir. Burada önemli olan husus, söz konusu sınırlamanın işçinin günlük normal çalışma süresini tamamlamasından sonra yapılan telafi çalışmaları için geçerli olduğudur<sup>105</sup>. Bu itibarla işçiye çalışılmayan, dolayısıyla akdi tatil niteliği taşımayan<sup>106</sup> Cumartesi günü yaptırılacak telafi çalışması bakımından tek sınırın günlük azami çalışma süresi olan 11 saat olduğunun kabulü gerekir. Nitekim İsviçre

<sup>103</sup> *Ekmekçi*, Telafi Çalışması, 32.

<sup>104</sup> *Ekonomi*, Telafi Çalışması, 1257. *Eyrenci*, Değerlendirme, 27.

<sup>105</sup> *Ekmekçi*, Telafi Çalışması, 37.

<sup>106</sup> *Ekonomi*, Telafi Çalışması, 1257.

Federal İş Yasasının 11. maddesinde bu durum açıkça ifade edilmiştir. Anılan düzenlemede, her bir işçi için getirilen günlük en fazla iki saatlik telafi çalışması yaptırılabilmesine ilişkin sınırlamanın çalışılmayan günlerde uygulanmayacağı açıkça düzenlenmektedir.

Telafi çalışmasına ilişkin olarak belirtilmesi gereken son husus, bu çalışma karşılığında işçinin ücrete hak kazanıp kazanmadığıdır. Telafi çalışması, Kanununun 64. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma niteliği taşımaz. Bu itibarla telafi çalışması karşılığında işçiye normal ücreti ödenmelidir<sup>107</sup>. Söz konusu düzenlemenin, telafi çalışmasının işçinin ücretinde azalmaya neden olmayacağını açıkça ifade etmiş olması sebebiyle isabetli olduğu kanaatindeyiz<sup>108</sup>.

### 5. Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Düzenlemeler

4857 sayılı İş Kanununun esneklik yönündeki ihtiyaçları karşılamak amacıyla getirdiği bir diğer yenilik, 1475 sayılı İş Kanununda yer almayan *fazla sürelerle çalışma kurumu*, *fazla çalışmanın tanımı* ve her iki çalışma karşılığında da verilebilmesi öngörülen *serbest zaman uygulamasıdır*.

4857 sayılı İş Kanununun fazla saatlerle çalışma bakımından getirdiği esneklik yönündeki ilk yenilik, *fazla çalışmanın tanımına* ilişkindir. Zira 1475 sayılı Kanunda günlük çalışma süresinin, dolayısıyla Cumartesi çalışılmayan işyerleri bakımından günlük 9, haftanın altı günü çalışılan işyerleri bakımından ise günlük 7,5 saatlik çalışma süresinin aşılması şeklinde tanımlanan fazla çalışma, yukarıda ifade edildiği üzere, çalışma süresinin işgünlerine farklı şekilde bölünmesine imkan verilmesiyle birlikte hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceğinden, *haftalık azami çalışma süresinin aşılması suretiyle yapılan çalışma* olarak tanımlanmıştır. Bu itibarla artık işverenler günlük azami 11 saatlik çalışma süresi içinde kalmak şartıyla işçilerden haftanın bazı günlerinde daha uzun çalışmalarını talep edebilmekte ve haftalık 45 saatlik sınırın aşılmaması durumunda fazla çalışma ücreti ödemek zorunda kalmamaktadırlar. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde Yargıtay, günlük azami çalışma süresinin aşılmadığı ve fakat işgünlerinin artırılması suretiyle haftalık 45 saatin üzerinde yapılan çalışmaları da isabetli olarak fazla çalışma olarak nitelendirmiştir<sup>109</sup>. Ancak bu tür çalışmaların emredici düzenlemelerle koruma altına alınması ve yasal düzenlemeye konu olması, güvenceli esneklik ilkelerine uyum ve işçinin etkin şekilde korunması açısından önem arz etmektedir.

<sup>107</sup> *Ekonomi*, Telafi Çalışması, 1258. *Eyrenci*, Değerlendirme, 28. Bu yönde ancak farklılık arz eden örnekler için bkz. *Ekmekçi*, Telafi Çalışması, 37-38.

<sup>108</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. *Ekonomi*, Telafi Çalışması, 1258-1260. *Ekmekçi*, Telafi çalışması, 35-36. *Eyrenci*, Değerlendirme, 28.

<sup>109</sup> Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. *Ekonomi*, İş Hukuku, 295, dn. 802.

Fazla çalışma kavramı bakımından üzerinde durulması gereken husus, hem İş Kanununun 63/2. maddesiyle hem de Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 4/3. maddesiyle getirilen günlük azami 11 saatlik çalışma süresinin aşılması halinde aşılın kısmın fazla çalışma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Öğretide gerekçeleri farklı olmakla birlikte hakim görüş, günlük azami 11 saatlik çalışma süresini aşan çalışmaların, haftalık çalışma süresine bakılmaksızın fazla çalışma olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündedir<sup>110</sup>. Öğretide farklı gerekçelerle de olsa, günlük azami çalışma süresinin üzerindeki çalışmaların fazla çalışma olarak nitelendirilmesi gerektiğinin birçok yazar tarafından kabul edilmesi, olması gereken hukuk açısından tereddütleri ortadan kaldırmaktadır. Ancak bu çalışma şeklinin fazla çalışma niteliği taşıdığına hukuki gerekçelerinin sağlam olması gerekir. Nitekim Yargıtay içtihadı da bu yönde olmakla birlikte kararlarda bu uygulamanın hukuki gerekçesine yer verilmemektedir<sup>111</sup>. Kanımızca Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 4/4. maddesinde yer alan “Bir işçinin bu süreleri aşan sürelerle çalıştırılmasında; a) 4857 sayılı İş Kanununun 41, 42 ve 43 üncü maddeleri, ... uygulanır” yönündeki düzenlemesinde yer alan “bu süreleri aşan” ifadesinin günlük 11 saati aşan süreleri de kapsadığı kabul edilebilir<sup>112</sup>. Zira anılan hükümde işçinin haftalık 45 saat ve günlük 11 saatten fazla çalıştırılmayacağı açıkça düzenlenmektedir. Ancak öğretide bir diğer görüşe göre, bu şeklide yorum yapmak suretiyle kanunda öngörülmeleyen bir çalışma türünün yönetmelikle ayrıca fazla çalışma olarak tanımlandığı, kanunda fazla çalışma kavramı içinde değerlendirilmeyen bir hususun yönetmelikle bu kapsam içine alınmasının mümkün olmadığı düşünülebileceği, bu sebeple günlük 11 saatin üzerindeki çalışmaların İş Kanununun 63. maddesi uyarınca denkleştirmeye tabi tutulamaması nedeniyle fazla çalışma olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>113</sup>. Kanımızca kanunun 63. maddesiyle günlük azami çalışma süresinin aşılması halinde bu sürenin denkleştirmeye tabi tutulamayacağına, dolayısıyla sonuç itibarıyla, fazla çalışma olarak nitelendirileceğine ilişkin düzenlemesi, Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 4/4. maddesinin yasal temelini de oluşturur. Bu nedenle kanaatimiz, anılan yönetmelik hükmünün kanunu genişletici şekilde fazla çalışma tanımı yaratmadığı yönündedir. Bu itibarla, günlük azami çalışma süresini aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağına kanunda düzenlenmesi, söz konusu çalışmanın fazla

<sup>110</sup> *Ekonomi*, Fazla Çalışma, 162-163. *Soyer*, Fazla Saatlerle Çalışma, 798-799. *Süzek*, 815. *Engin*, 75. *Öktem Songu*, Çalışma Süreleri, 187. Aksi yönde *Tunçomağ-Centel*, 144. *Eyrenci*, Değerlendirme, 29-30, yazara göre, kanunda fazla çalışma, haftalık azami çalışma süresini aşan çalışmalar olarak tanımlandığından, bu tanıma aykırı olarak günlük çalışma süresinin dikkate alınarak fazla çalışma tanımlanması yasaya aykırıdır. Bu tür çalışmalar için zamlı ücret veya serbest zaman verileceği kararlaştırılabilir, ancak bu tür çalışmaların ayrıca fazla çalışma olarak nitelendirilerek yıllık 270 saatlik sınır içinde değerlendirilmeleri mümkün değildir.

<sup>111</sup> Y9HD, 14.05.2012, 7255/16707, *Çil*, 734-736. Y9HD, 22.03.2007, 22706/8208, *ÇT*, 2007/4, S. 15, 303-304. YHGK, 05.11.2008, 9-673/674, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (28.11.2013).

<sup>112</sup> *Süzek*, 815.

<sup>113</sup> *Soyer*, Fazla Saatlerle Çalışma, 799.

çalışma olarak nitelendirilmesi gerektiğini kanımızca açıkça ortaya koymaktadır. Kanunun bu düzenlemesini Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 4/4. maddesi açıkça pekiştirmekte ve bu sürelerin fazla çalışma niteliği taşıyacağını tereddüte yer veremeyecek belirlemektedir. Bu nedenlerle kanımızca söz konusu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda günlük azami çalışma süresini aşan çalışmaların fazla çalışma niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Nitekim öğretilerde birçok yazar tarafından kabul edilen bu sonucun işçilerin sağlık ve güvenliklerini korumaya, dolayısıyla güvenceli esneklik ilkelerini sağlamaya yönelik olduğu da açıktır.

Bununla birlikte, güvenceli esnekliğin sağlanması amacıyla mevzuatımızda ayrıca haftalık azami fazla çalışma süresinin de belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>114</sup>. Zira her ne kadar mevzuatımızda günlük çalışma süresine azami bir sınır getirilmiş ise de, yukarıda da belirtildiği üzere, bu sınırın haftada 66 saat çalışma gibi yüksek bir çalışma süresi yarattığı ve bunun iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürecek nitelikte olduğu da bilinen bir gerçektir. Bu nedenle haftalık azami fazla çalışma süresinin ayrıca belirlenmesi ve buna aykırılık halinde ağır idari para cezalarının öngörülmesinin işçilerin sağlık ve güvenliğinin korunması açısından önemli olduğu kanaatindeyiz.

1475 sayılı İş Kanununda *fazla sürelerle çalışmaya* yer verilmediğinden o dönemde Yargıtay, haftalık ve günlük azami çalışma sürelerini aşan çalışmaların fazla çalışma olduğunu<sup>115</sup> kabul etmekte, ancak haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında kararlaştırıldığı durumlarda 45 saate kadar yapılan çalışmalar için ayrıca zamlı ücret ödenemeyeceğine hükmetmekteydi<sup>116</sup>. O dönemde öğretilerde haklı olarak, tarafların çalışma süresini 45 saatin altında belirlediği durumlarda, 45 saate kadar yapılan çalışmaların da normal çalışma süresi dışında yapılan bir çalışma türü olduğu, bu nedenle işçiye normal ücretinin zamlı miktarının ödenmesi gerektiği ifade edilerek, bunun hukuki dayanağının 818 sayılı Kanunun 329. maddesi olabileceği belirtilmekteydi<sup>117</sup>. Nitekim benzer hükümleri haiz İsviçre Federal İş Yasası ve İsviçre Borçlar Kanununun uygulanması sonucunda İsviçre hukukunda aynı sonuca varılmaktaydı (LTr m.12, 13, CO m.321c).

4857 sayılı İş Kanununun 41. maddesinde fazla çalışma, haftalık azami çalışma süresini aşan çalışma olarak tanımlanırken, İsviçre hukukunda uygulandığı ve 1475 sayılı İş Kanunu döneminde öğretilerde ileri sürüldüğü gibi<sup>118</sup>, fazla sürelerle çalışma da, tarafların haftalık çalışma süresini 45 saatin altında belirledikleri durumlarda bu süre ile 45 saat arasındaki çalışma olarak tanımlanmış ve hukuki sonuçları, kanı-

<sup>114</sup> *Süzek*, 814.

<sup>115</sup> Y9HD, 14.12.1971, 9960/25080, *Ekonomi*, İş Hukuku, 295-296 ve dn. 806.

<sup>116</sup> Y9HD, 06.10.1983, 6648/7790. Y9HD, 07.02.1984, 58/1044, *Ekonomi*, İş Hukuku, 298 ve dn. 815.

<sup>117</sup> *Ekonomi*, İş Hukuku, 299-302.

<sup>118</sup> *Ekonomi*, İş Hukuku, 298-302.

mızca isabetli olarak İsviçre hukukuna nazaran işçiyi daha çok koruyucu nitelikteki hükümlerle düzenlenmiştir. Zira İsviçre Federal İş Yasasınının 12. maddesinde fazla çalışma, haftalık azami çalışma süresinin aşılması suretiyle yapılan çalışma olarak tanımlanmış, bunun karşılığında işçiye %25 zamlı ücret veya fazla çalışma süresine en az eşit süre kadar serbest zamanın makul süre içinde işçiye verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bunun gibi, İsviçre Borçlar Kanununun 321c maddesinde düzenlenen fazla sürelerle çalışmayı, işçinin haklı bir mazereti mevcut değilse iyiniyet kuralları çerçevesinde kabul etmesi gerektiği, yapılan fazla sürelerle çalışma karşılığında işçiye fazla sürelerle çalıştığı süreye en az eşit seviyede serbest zaman verilebileceği, ancak serbest zaman verilmeyen durumlar için, aksi kararlaştırılmamışsa, en az %25 zamlı ücret ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Hükümlerin bu şekilde düzenlenmesinin sebebi, kanımızca İsviçre'deki işsizlik oranının düşüklüğü ve bu nedenle iş hukukunda dahi hakim olan tarafların serbest iradelerine daha geniş alan tanınması sonucunu doğuran liberal ekonomidir.

Bununla birlikte, ülkemizdeki işsizlik oranı dikkate alındığında, işçinin esneklik hükümleri karşısında daha güvenceli çalışma ortamına ihtiyaç duyduğu bilinen bir gerçektir. Nitekim bu itibarla 4857 sayılı İş Kanununda, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma, güvenceli esneklik ilkelerine daha uygun şekilde düzenlenmiştir. Kanunun 41. maddesinde fazla saatlerle çalışma, hem fazla çalışmayı hem de fazla sürelerle çalışmayı kapsayıcı şekilde kullanılmış ve her ikisinin de kanunun 42 ve 43. maddelerinde belirtilen zorunlu nedenler yahut olağanüstü haller mevcut olmadığı sürece, işçinin onayıyla yapılabilecek çalışma türleri olduğu açıkça düzenlenmiştir (m.41/7)<sup>119</sup>. Bunun gibi, her iki çalışma türü arasında hukuki sonuçları bakımından farklılık yaratılmış ve isabetli olarak fazla çalışma halinde işçiye en az %50 zamlı ücret veya aynı oranda artırılmış şekilde serbest zaman verilmesi öngörülürken, fazla sürelerle çalışma yapan işçiye %25 zamlı ücret ve yine aynı oranda artırılmış serbest zaman verilmesi nispi emredici hükümlerle düzenlenmiştir. Bunun gibi, işçinin özellikle sağlık ve güvenliğinin korunması amacıyla, işçinin yılda azami 270 saat fazla çalışma yapabileceği öngörülmüştür. Burada söz konusu 270 saatlik sınırın sadece fazla çalışma için düzenlenmiş olduğu unutulmamalıdır.

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, yılda 270 saatlik fazla çalışma sınırı haftalık azami çalışma süresiyle birlikte dikkate alındığında, kanımızca yüksektir. Zira Avrupa Birliğinin 2003/88 sayılı Yönergesinin 6. maddesinde, fazla çalışmalar da dahil olmak üzere haftalık azami çalışma süresinin 48 saat olması gerektiği belirtilmiştir. 4857 sayılı Kanununun 63. maddesinin gerekçesinde anılan yönergeye uyum sağlandığı belirtilmekteyse de, yıllık azami 270 saatlik fazla çalışma sınırı dikkate alındığında, haftalık azami 48 saatlik sınırın aşıldığı görülmektedir. Bu itibarla işçinin yıllık fazla çalışma süresini de doldurduğu durumlarda, haftalık ortalama 49,5 saat çalıştığı görülecektir. Bu sonucun anılan Yönergenin 6. maddesine aykırı

<sup>119</sup> *Soyer, Fazla Saatlerle Çalışma*, 800.

olduğu açıktır. Nitekim Fransız İş Kodunun L.3121-10 maddesinde haftalık azami çalışma süresi 35 saat olarak belirlenmişken, D. 3121-3. maddesinde yıllık azami fazla çalışma süresi kural olarak 220 saatle sınırlandırılmıştır. Bu itibarla Fransız iş hukukunda fazla çalışmalar dahil olmak üzere haftalık azami çalışma süresi 39,5 saat olabilmektedir. Bunun gibi, İsviçre Federal İş Yasasının 12. maddesinde haftalık azami çalışma süresi 45 saat olanlar için yıllık azami fazla çalışma süresinin 170 saat olacağı düzenlenerek, fazla çalışmalar dahil olmak üzere haftalık azami çalışma süresinin 48 saat olması sağlanmıştır. Bu nedenlerle, yukarıda da ifade edildiği üzere, anılan AB Yönergesiyle uyumun sağlanması ve işçi sağlığının korunması amacıyla fazla çalışma süreleri de dahil olmak üzere haftalık azami çalışma süresinin 48 saatle sınırlandırılması yönünde mevzuatımızda değişiklik yapılması gerektiği kanaatindeyiz<sup>120</sup>.

4857 sayılı İş Kanununun esneklik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla getirdiği bir diğer yenilik, işçiye de kendi çalışma sürelerini bireyselleştirebilme imkanı tanıyan serbest zaman uygulamasıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, İsviçre Federal İş Yasasının 13. maddesinde fazla çalışma yapan işçiye ya %25 zamlı ücret ya da işçiyle anlaşmak suretiyle fazla çalışma süresine en az eşit ölçüde serbest zamanın makul süre içinde verileceği öngörülmüştür. Bunun gibi İsviçre Borçlar Kanununun 321c maddesinde de fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma karşılığında işçiye %25 zamlı ücret yahut işçiyle anlaşmak şartıyla fazla saatlerle çalışma süresine en az eşit miktarda serbest zaman verileceği düzenlenmiştir. Ancak anılan hükmün son fıkrasında, %25 zamlı ücret ödemesinin aksinin kararlaştırılabileceği düzenlendiğinden, bu istisna hükmünün sadece fazla sürelerle çalışma için geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Zira fazla çalışmayı düzenleyen Federal İş Yasasının 13. maddesinde fazla çalışma karşılığında en az %25 zamlı ücret ödeneceği açıkça belirtilmektedir.

4857 sayılı İş Kanununda ise, her iki çalışma türünde de zamlı ücret veya artırılmış serbest zaman verileceği nispi emredici hükümlerle düzenlenmiştir. Kanunun 41. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkralarında fazla çalışma karşılığında %50 zamlı ücret veya her bir saatlik fazla çalışma için 1 saat 30 dakikalık serbest zaman ve fazla sürelerle çalışma için %25 zamlı ücret veya her bir saatlik fazla sürelerle çalışma için 1 saat 15 dakika serbest zaman verileceği nispi emredici olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla İsviçre hukukundan farklı olarak ülkemizde işçiler, söz konusu esnekliğe yönelik hükümler karşısında isabetli olarak daha korumalı hale getirilmiştir. Zira ülkemizdeki işsizlik oranı nedeniyle işçilerin serbest iradeleriyle sözleşme akdetmedikleri bilinen bir gerçektir.

Fazla saatlerle çalışma karşılığında işçiye serbest zaman verilebilmesi için, İsviçre hukukundan yine çok daha koruyucu olacak şekilde, işçinin bu yönde talepte

<sup>120</sup> *Ekonomi*, Fazla Çalışma, 167. *Eyrenci*, Ücret ve İşin Düzenlenmesi, 162. *Soyer*, Fazla Saatlerle Çalışma, 804-805.



bulunması şartı aranmaktadır. Hem Federal İş Yasasının 13. maddesinde hem de İsviçre Borçlar Kanununun 321c maddesinde işçinin serbest zaman kullanması, tarafların anlaşmasına bırakıldığından, İsviçre hukukunda serbest zaman uygulamasının sözleşmelerle kararlaştırılabilmesine cevaz verilmektedir. Ancak ülkemizde iş hukuku öğretisinde haklı olarak, işçinin serbest zaman uygulamasını her fazla saatlerle çalışma için ayrıca yazılı olarak talep etmesi gerektiği (İK 41/4-5, FÇY 6), iş sözleşmesi veya iç yönetmelikle bu yönde bir ön onayın verilmesinin geçerli olmadığı, toplu iş sözleşmesinin ise bu yönde bir hüküm içermeyeceği, zira bu yönde talepte bulunma hakkının işçiye şahsen tanındığı, dolayısıyla bu konunun toplu iş sözleşmesi erkinin dışında kaldığı kabul edilmektedir<sup>121</sup>.

Bunun gibi, işçinin serbest zaman kullanmak yönündeki yazılı talebi karşısında işverenin bunun yerine zamlı ücret ödeme hakkı mevcut olmadığı gibi, serbest zamanı altı ay zarfında çalışma süreleri içinde ve ücrette kesinti yapmaksızın kullanılmakla yükümlüdür (İK 41/5). Öğretide haklı olarak altı aylık sürenin sözleşmelerle kısaltılabileceği ancak uzatılamayacağı ifade edilmektedir<sup>122</sup>. Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 6/2. maddesindeki “İşçi hak ettiği serbest zamanı, 6 ay zarfında işverene önceden yazılı olarak bildirmesi koşuluyla ve işverenin, işin veya işyerinin gereklerine uygun olarak belirlediği tarihten itibaren iş günleri içerisinde aralıksız ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır” ifadeyle, serbest zaman kullanmayı talep etme konusunda işçinin tam yetkili olduğu, ancak bu talep üzerine serbest zaman kullanılacak tarihin belirlenmesinde işverenin yetkili olduğu<sup>123</sup> açıkça belirtilmektedir. Bu itibarla serbest zamanın talebi konusunda işçiye tanınan esneklik karşısında işverenin işletmesel menfaati de göz önünde tutularak güvenceli esneklik uygulamasına yer verilmiş ve tarihi belirleme yetkisi işverenin yönetim hakkı kapsamında kabul edilmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, işverenin diğer hususlarda olduğu gibi bu konuda da yönetim hakkını hukuka uygun<sup>124</sup> kullanması gerektiği açıktır.<sup>125</sup>

Mevzuatımızda yer alan fazla çalışma düzenlemeleri yanında, Yargıtayın fazla saatlerle çalışmaya ilişkin “formül gerekçeler”e<sup>126</sup> dayandırdığı bazı kararlarının da güvenceli esneklik amacının sağlanması bakımından değerlendirilmesi gerektiği kanatindeyiz. Bu itibarla ilk olarak üzerinde durulması gereken husus, Yargıtayın tanıkla ispat edilen fazla çalışmalar bakımından sıklıkla “hayatın olağan akışına aykırılık” nedeniyle fazla çalışma süresinden indirim gitmek gerektiği yönündeki

<sup>121</sup> Soyer, Fazla Saatlerle Çalışma, 803. Süzek, 822-823. Eyrenci, Değerlendirme, 31-32.

<sup>122</sup> Soyer, 193. Aynı yazar, Fazla Saatlerle Çalışma, 803.

<sup>123</sup> Soyer, Fazla Saatlerle Çalışma, 802. Eyrenci, Değerlendirme, 32.

<sup>124</sup> Soyer, Fazla Saatlerle Çalışma, 803. Yönetim hakkının hukuka uygun kullanımı hakkında geniş bilgi için bkz. Süzek, 73-76.

<sup>125</sup> Eyrenci, Değerlendirme, 32.

<sup>126</sup> Soyer, Değerlendirme 1997, 39. Süzek, 819.

kararlarıdır<sup>127</sup>. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere<sup>128</sup>, tanık beyanlarıyla ispat edilen uzun süreli fazla çalışmalara ilişkin tüm kararlarda “*hayatın olağan akışına aykırılık*” nedeniyle somut durumun özellikleri dikkate alınmaksızın indirimle gitmemek gerektiği açıktır. Zira ülkemizde birçok işyerinde gerçekten hayatın olağan akışına aykırı da olsa bu tür uzun süreli ve ağır çalışma sürelerinin uygulandığı aşikardır. Bu itibarla somut uyuşmazlığın koşulları gerçeğe uygunluk açısından değerlendirilmeli ve bu değerlendirme sonucunda bizzat davacı işçinin gerçekten söz konusu fazla çalışmayı gerçekleştirdiği kanaatine varılabiliyorsa, artık hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçesiyle fazla çalışma süresi üzerinden indirimle gidilmemelidir.

Bunun gibi Yargıtay, *en üst düzey yöneticilerin çalışma saatlerini ve sürelerini kendilerinin belirlemesi ile görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretin ödenmesi sebebiyle ayrıca fazla çalışma ücreti talep edemeyeceklerine hükmetmektedir*<sup>129</sup>. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere<sup>130</sup>, *en üst düzey yönetici de işçi statüsünde olduğundan İş Kanununun kapsamı içindedir ve bu kanun hükümlerinden diğer işçiler gibi yararlanma hakkına sahiptir. Bunun gibi, bu statülerde bulunan işçilere yüksek ücret ödenmesi, belki yıllık 270 saatlik fazla çalışmanın karşılığı olarak değerlendirilebilir. Zira her ne kadar 2003/88 sayılı AB Yönergesinde bireysel karar alma yetkisine sahip yöneticiler bakımından günlük ve haftalık çalışma sürelerinde farklı düzenlemelere gidilebileceği ifade edilmişse de mevzuatımızda bu yönde bir hüküm mevcut değildir. Bu nedenle yargı kararıyla böyle bir sonuç yaratılması hukuka aykırı nitelik taşır. Ancak, işçi ücretinin fazla çalışma ücretini de kapsadığının kararlaştırıldığı durumlarda, bunun yıllık 270 saatlik fazla çalışmanın karşılığı olduğu, ancak bunu aşan fazla çalışmalar karşılığında ayrıca zamlı ücret ödenmesi gerektiği haklı olarak kabul edilmektedir*<sup>131</sup>. Bu itibarla, *en üst düzey yöneticiler bakımından da fazla çalışmanın ispat edilmesine olanak tanınmalı ve yüksek miktardaki ücretlerinin sadece yıllık 270 saatlik fazla çalışmayı karşıladığı kabul edilebilmelidir*<sup>132</sup>. Ancak bunun için de kanımızca iş sözleşmesinde ücretin fazla çalışma ücretini de kapsadığının açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

<sup>127</sup> Y9HD, 30.9.1996, 6867/18326; Y9HD, 20.9.1996, 5829/17570, *Uluçan*, Değerlendirme 1996, 32. Y9HD, 15.9.1997, 12585/15280; Y9HD, 31.03.1997, 22749/6449, *Soyer*, Değerlendirme 1997, 38. Y9HD; 30.05.2012, 11565/19034, *Çil*, 826-828.

<sup>128</sup> *Uluçan*, Değerlendirme 1996, 32. *Soyer*, Değerlendirme 1997, 38-39. *Süzek*, 819. *Eyrenci*, Değerlendirme, 33-34.

<sup>129</sup> Y9HD, 05.06.2012, 50037/19513, *Çil*, 724-728. Y9HD, 15.03.2012, 69/8564, *Çil*, 767-770. Y9HD, 13.12.2011, 22751/47952, *Çil*, 794-797.

<sup>130</sup> *Eyrenci*, Değerlendirme, 35-36.

<sup>131</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Eyrenci*, Değerlendirme, 35-36.

<sup>132</sup> Bu yönde Y9HD, 30.01.2006, 20001/1763, İHSGHD, 2006/10, 699-670. Ancak kararda, iş sözleşmesinin niteliği gereği yıllık 270 saatlik fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu sonucuna varılmıştır. Kanımızca böyle bir sonuca ulaşabilmek için, bu yönde bir hükmün iş sözleşmesinde açıkça yer alması gerekir.

Aynı şekilde Yargıtay, belirli satış hedeflerini gerçekleştirmeleri halinde prim alan *satış temsilcilerinin* de kendi çalışma saatlerini belirlediklerini, almış oldukları primlerin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığının araştırılması gerektiğini, primlerin fazla çalışmayı karşıladığı sonucuna varılması halinde satış temsilcisine ayrıca fazla çalışma ücreti ödenmemesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>133</sup>. Kanımızca, satış temsilcilerinin yapmakta oldukları satışların belirli hedeflere ulaşması halinde kendilerine ödenen primlerin fazla çalışmanın karşılığı olarak nitelendirilmesi hukuka aykırıdır. Zira prim, işçilerin nitelik veya nicelik bakımından başarılı şekilde yapmış oldukları iş karşılığında ödenen ve amacı işçiyi bu başarısından dolayı ödüllendirmek olan bir ücret ekidir<sup>134</sup>. Bu itibarla primin, amacı tamamen farklı olan fazla çalışma ücreti olarak nitelendirilmesi hukuken mümkün değildir. Satış temsilcilerinin almış oldukları primler, yapmış oldukları yüksek miktardaki satışın karşılığı iken, satış yapmak amacıyla normal çalışma sürelerinin üzerindeki çalışmalarının ayrıca bu çalışmanın karşılığı olarak öngörülen fazla çalışma ücretiyle karşılanması gerektiği isabetli ve hukuka uygun olacaktır.

<sup>133</sup> Y9HD, 25.04.2012, 7247/14258, Çil, 753-756. Y9HD, 16.03.2011, 3921/7179, yayımlanmamış karar. Farklı bir uyuşmazlık türünde benzer ifadeleri içeren başka bir karar için bkz. Y22HD, 4403/16027, yayımlanmamış karar.

<sup>134</sup> *Süzek*, 368.

**KAYNAKÇA**

- Akyiğit, Ercan. (2008). İş Kanunu Şerhi, C.I, C.II, Ankara: Seçkin Yayıncılık A.Ş.
- Akyiğit, Ercan. (2004). Kısa Çalışma, TÜHİS, C. 19, S. 1-2, Ağustos-Kasım 2004, s. 1-35 (Kısa Çalışma).
- Alpagut, Gülsevil. (2006). AB'de İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışları ve Türkiye'deki Yasal Düzenleme, İşveren Dergisi, Eylül 2006, özel ek, s. 1-27.
- Arıcı, Kadir. (1992). Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Süreleri, Ankara: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası.
- Aydın, Ufuk. (2009). Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler, Sicil 2009 Mart, S.13, s. 29-40.
- Başterzi, Süleyman. (2005). Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, 2005, C.54, S.3, s. 53-94.
- Baycık, Gaye. (2011) İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım AŞ.
- Caniklioğlu, Nurşen. (2005). 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum Seminer Notları, s. 149-199.
- Centel, Tankut (1999). Türkiye'de Esneklik, TİSK, Çalışma Hayatında Esneklik Semineri, 30 Kasım 1999, Ankara 2000, s. 58-63.
- Çelik, Nuri. (2013). İş Hukuku Dersleri, B.26, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ.
- Çil, Şahin. (2012). İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2011-2012 Yılları, Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım AŞ.
- Demir, Fevzi (2005). En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, B. 4, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF.
- Dominique, Méda. (2009). Quel équilibre entre flexibilité et sécurité?, Droit social, 2009, s. 763-776.
- Ekin, Nusret: Küreselleşme ve Çalışma Yaşamında Dönüşüm, [http://www.arastirmax.com/system/files/dergiler/140013/makaleler/40/1/arastrmx\\_140013\\_40\\_pp\\_15-40.pdf](http://www.arastirmax.com/system/files/dergiler/140013/makaleler/40/1/arastrmx_140013_40_pp_15-40.pdf). Erişim tarihi: 17.11.2013.
- Ekmekçi, Ömer. (2002). İşin Düzenlenmesinde Esneklik Arayışları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, s. 79-88.
- Ekmekçi, Ömer. (2005). 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Telafi Çalışması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri, Çimento İşveren, Kasım 2005, C.19, S.6, s. 30-39 (Telafi Çalışması).

- Ekonomi, Münir. (1995). İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler, Esneklik, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Antalya 27-30 Nisan 1995, Ankara, s. 19-37.
- Ekonomi, Münir. (2004). 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Kamu-İş, 2004, C.7, S. 4, Ankara 2004, 159-172 (Fazla Çalışma).
- Ekonomi, Münir. (1987). İş Hukuku, Cilt I, Ferdî İş Hukuku, B.3, İstanbul: Teknik Üniversite Matbaası. (İş Hukuku).
- Ekonomi, Münir (2004). Telafi Çalışması, İHSGHD, 2004, Ekim-Kasım-Aralık, S:4, s. 1248-1260 (Telafi Çalışması).
- Ekonomi, Münir. (1994). Türk İş Hukuku'nda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, Çeşme Altın Yunus Uluslararası Sempozyumu, 27-31 Ekim 1993, İzmir 1994, s. 57-79 (Esnekleşme Gereği).
- Engin, E. Murat. (2007). Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, Karar İncelemesi, Sicil, Mart 2007, S.5, s. 69-75.
- Engin, E. Murat. (2003). İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ (İşletme Gereklere).
- Eyrenci, Öner-Taşkent, Savaş-Ulucan, Devrim. (2010).: Bireysel İş Hukuku, B.4, İstanbul: Legal Kitabevi San. ve Tic. Ltd. Şti..
- Eyrenci, Öner. (1993). İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, s. 227-242.
- Eyrenci, Öner. (1994), Türkiye'de Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, Çeşme Altın Yunus Uluslararası Sempozyumu, 27-31 Ekim 1993, İzmir 1994, s.161-173 (Çalışma Sürelerinde Esnekleşme).
- Eyrenci, Öner. (2013). 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 15-18 Ekim 2013 Semineri, yayımlanmamış tebliğ metni (Değerlendirme).
- Eyrenci, Öner. (2003). 4857 Sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi ile ilgili Yeni Düzenlemeler, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Yeni İş Yasası Semineri, 25-29 Haziran 2003, s. 152-164 (Ücret ve İşin Düzenlenmesi).
- Gerek, Nüvit. (2013). Haftalık Normal Çalışma Sürelerinin Altında Sürelerle Yapılan Çalışmalar İçerisinde "Kısa Çalışma"nın Yeri ve Önemi, İHSGHD, Nisan-Haziran 2013, S. 38, s. 3-26.
- Güzel, Ali. (2000). İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, s. 203-221.

- Güzel, Ali. (2005). İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini Yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi, Karar İncelemesi, ÇT, 2005/5, s. 123-146 (Çalışmaktan Kaçınma).
- Klasson, Katja. (2000). AB Ülkelerinde Esneklik Uygulamaları, TİSK, Çalışma Hayatında Esneklik Semineri, 30 Kasım 1999, Ankara, s. 26-39.
- Kutal, Gülten. (2002). Küreselleşmenin Emek Piyasalarına Etkileri, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, s. 21-41.
- Kutal, Metin. (2000). Uluslararası Deneyimler Işığında Türkiye İçin Öneriler, TİSK, Çalışma Hayatında Esneklik Semineri, 30 Kasım 1999, Ankara: TİSK yayını, s. 65-70.
- Morand, Michel. (1996). Le chômage partiel ne modifie plus le contrat de travail, Juris Classeur, droit du travail et de la sécurité sociale, Octobre 1996, s. 3-5.
- Öktem Songu, Sezgi. (2006). Çalışma Süresinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? DEÜHFD, 2006, S.2, s. 169-188.
- Öktem Songu, Sezgi. (2007). Türk İş Hukukunda Çalışma Süresinin Düzenlenmesi, İzmir, yayımlanmamış doktora tezi (Çalışma Süreleri).
- Özveri, Murat. (2010). Çalışma Süresi ve Gece Çalışması, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Pélissier Jean-Supiot, Alain-Jeamnaud, Antoine (2008). Droit du travail, 24e ed., Paris: Dalloz.
- Ray, Jean-Emmanuel. (1992). Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, Dr. soc. Juin 1992, s. 525-537.
- Soyer, Polat. (2003). İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzeltmeler, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı:2, İstanbul Barosu Yayınları, s. 185-198.
- Soyer, Polat. (2003). 4857 Sayılı İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Temmuz 2003, Kuru Otel, Bolu, Türk-İş Yayını, s. 12-36 (4857 Sayılı).
- Soyer, Polat. (1999). Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul: MESS yayını (Değerlendirme 1997).
- Soyer, M. Polat. (2004). Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, İHSGHD, Y: 2004, S. 3, s. 797-808 (Fazla Saatlerle Çalışma).

- Soyer, M. Polat. (2011). İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzdek'e Armağan, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s. 657-689 (Kaçınma Hakkı).
- Supiot, Alain. (2005). Beyond Employment, Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe, New York: Oxford University Press.
- Supiot, Alain. (2007). Critique du droit du travail, Paris: Presses universitaires de France (Critique).
- Süral, Nurhan. (2005). Esnekliğin İşgücü Piyasasına Yansımaları, TİSK, AB Yolunda Esneklik ve İstihdam Uluslararası Semineri, Ankara: TİSK yayını, 46-52.
- Süzek, Sarper. (2013). İş Hukuku, B. 9, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Süzek, Sarper. (2009). Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil, 14, haziran 2009, 5-28 (İş Hukukunun Geleceği).
- Süzek, Sarper. (1985). İş Güvenliği Hukuku, Ankara: Savaş Yayınları (İş Güvenliği).
- Talas, Cahit. (1997). Toplumsal Politika, B.5, Ankara: İmge Kitabevi.
- TİSK. (1999). Çalışma Hayatında Esneklik, Ankara: TİSK yayını.
- Topcuk, Yılmaz. (2006). Esnek Çalışma ve Esnek Çalışanların Sosyal Güvenliği, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İzmir.
- Tuncay, A. Can. (1995). Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler, Esneklik, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Antalya 27-30 Nisan 1995, Ankara: Çimento Müstahsilleri Sendikası yayını, s. 57-74.
- Tuncay, A. Can. (2002). İşin Düzenlenmesi Bakımından Türk İş Hukuku ve Uygulama Sorunları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, s. 151-179 (İşin Düzenlenmesi).
- Tuncay, A. Can. (2004). Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu, AB-Türkiye Endüstri İlişkileri, İstanbul, s. 45-79 (AB Hukukuna Uyum).
- Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut. (2003). İş Hukukunun Esasları, B.3, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Ulucan, Devrim. (2005). Esneklik İhtiyacı ve İş Hukukunun İşçiyi Koruma İşlevi, Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul: Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti., s. 203-217.
- Ulucan, Devrim. (1998). Çalışma Hayatında Esneklik, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası yayını, s. 525-541 (Esneklik).

- Ulucan, Devrim. (1998). Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul: MESS yayını (Değerlendirme 1996).
- Valdès dal Ré, Fernando-Gaudu, François. (2007). Le livre vert de la Commission européenne pose-t-il de bonnes questions?, RDT, 2007, s. 72-77.
- Yıldız, Gaye Burcu. (2011). Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, s. 203-231, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.



ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER ÇERÇEVESİNDE  
YABANCILARIN (GÖÇMEN İŞÇİLERİN)  
AİLE BİRLEŞİMİ HAKKI

*(The Right To Family Reunification of Aliens -Migrant Workers-  
in the Context of International Conventions)*

Mustafa CİN\*

ÖZET

Aile birleşimi, göçmen işçiler bakımından çok önemlidir. Ancak yerleşmiş devletler hukuku prensiplerine ve uluslararası sözleşmelere göre, devletler vatan-  
daşı olmayan kişilerin ülkeye girişini kontrol etme hakkına sahiptir. Aile birleşiminin önemi kabul edilmekle birlikte, henüz mutlak bir hak olarak güvence altına alınmamış ve büyük ölçüde devletlerin takdirine bırakılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de aile birleşimi hakkı açıkça düzenlenmemiş, ancak İnsan Hakları Mahkemesi aile birleşimini, Sözleşmenin 8/1. maddesindeki “aile hayatına saygı hakkı” çerçevesinde değerlendirmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Aile birleşimi, aile birleşimi hakkı, aile hayatına saygı gösterme, uluslararası hukukta aile birleşimi hakkı

*Abstract*

Family reunification is very important of migrant workers. However, as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, States have the right to control the entry of non-nationals into its territory. Although the importance of family reunification is universally acknowledged, it is not yet recognized as a fundamental right and it is usually to great degree left to states' discretion. The European Convention on Human Rights doesn't refer expressly to an explicit right to family reunification but the European Court of Human Rights has based on the family reunification article 8/1 of Convention which includes respect for family life

**Keyword:** Family reunification, right to family reunification, respect for family life, family reunification in international law

---

\* Yard. Doç.Dr., Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

## Giriş

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gelişmiş ülkelere yönelik göçün ve göçmen işçilerin sayısının artması sonucunda, göçmen kabul eden devletler bu kişilerin aile hayatlarını sürdürme talebi ile karşılaşmıştır. Önceleri Avrupa'nın göçmen işçi politikası, bunların geçici olduğu ve yabancı işçilerin sadece çalıştıkları süre kadar ülkede kalacakları ve daha sonra ülkelere geri dönecekleri varsayımına dayandırılmıştı. Bunun için de, çalışanların aileleri ülkeye kabul edilmeyerek ülkede sürekli olarak yerleşmeleri engellenmiştir. 1974 petrol krizinden sonra Avrupa'daki göçmen işçi sayısı azalmakla birlikte zamanla yabancı sayısı özellikle de aile birleşimi yoluyla artmıştır<sup>1</sup>

1980'lerden itibaren göçmen kabul eden Avrupa ülkeleri, aile birleşimi hakkını tanımış olmakla birlikte, yabancı göçü üzerindeki kontrolü sürdürülebilmek ve yabancıların kendi ülkelerine geri dönüşünü yavaşlatması gibi sebeplerle uygulamada bu yöndeki taleplere çok sıcak bakmamıştır<sup>2</sup>.

Buna karşılık özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ailenin, toplumun temel unsuru olduğu ve korunması gerektiği görüşü öne çıkmıştır. Nitekim, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine göre; "Aile, toplumun temel ve doğal birimidir, toplum ve devlet tarafından korunmak hakkını haizdir" ( m.16/3). Yine, uluslararası insan hakları belgelerinin büyük çoğunluğunda, aile hayatı hakkı tanıyarak güvence altına alınmıştır. Ancak, ayrı ülkelerde yaşamak zorunda kalan aile üyelerinin bu hakkı fiilen kullanabilmeleri mümkün olmamaktadır.

Günümüzde aile hayatı ve birleşimi, bir taraftan temel hak olarak kabul edilmekte ve güvence altına alınması istenirken diğer taraftan da devletler bu konuyu egemenlik hakkının kapsamında ele almakta ve yabancı göçünü kontrol amacıyla sıkı şartlarla aile birleşimine izin vermektedir. Zira, uluslararası hukukta devletleri yabancıları ülkeye kabule zorlayan bir kural bulunmamaktadır<sup>3</sup>. Dolayısıyla, devletlerin, yabancıların ülkeye kabulü ve aile birleşimi konusunda sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarının tespiti gerekecektir. Bunu da, konuya ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerinden ve yargı içtihatlarından çıkarmak mümkündür.

Buna göre, aile birleşimi devletlerin yabancıları ülkeye kabul hususunda sahip oldukları geniş takdir yetkisine getirilen önemli bir istisna olarak değerlendirilebilir. Nitekim, aile birleşimi devletlerin yabancıların ülkeye girişini kısıtlayan ağır şartları karşısında yabancıların vatandaşı olmadığı bir ülkeye girişi ve orada ikamet edebil-

<sup>1</sup> Ryszard CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, Oxford, 1997, s.333.

<sup>2</sup> CHOLEWINSKI, 334.

<sup>3</sup> Oppenheim's *International Law*, Volume I, Peace, Edt. Robbert JENNINGS-Arthur WATTS, 9th Ed., London, 1992, s.897; Ian BROWLINE, *Principles of Public International Law*, 4th Ed., New York, 1990, s.110

mesi bakımından önemli bir yasal dayanak haline gelmiş ve son zamanlarda yasal göçün büyük bir bölümünü oluşturmaktadır<sup>4</sup>.

Biz de bu çalışmada, aile birleşimi konusunda hüküm içeren uluslararası sözleşme hükümlerinden ve başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları olmak üzere yargı içtihatlarından yararlanarak bu hakkın kapsamını ve bu konuda devletlerin sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarını belirlemeye çalışacağız. Zira, çok sayıda Türk vatandaşı göçmen işçi başta Avrupa olmak üzere dünyanın çeşitli ülkelerinde yaşamakta, aile birleşimi konusunda büyük problemlerle karşılaşmaktadırlar.

Aile birleşimi, sadece ülkeye giriş izni verilmesi ile ilgili değil, aynı zamanda ikamet izni verilmesi/uzatılması ve sınır dışı edilme ile yakından bağlantılı bir konudur. Ancak çalışmamızda sınır dışı etme yolu ile aile birleşiminin engellenmesi ve iç hukuk düzenlemeleri kapsam dışı tutulmuştur.

### **I. Aile ve Aile Birleşimi Kavramı**

“Aile” oldukça basit bir kavram olarak gözükmekle birlikte, ailenin tam ve kesin tanımını yapmak mümkün olmamaktadır. Çünkü, “aile” kavramı, niteliği ve yapısı zamanla değişen, kapsamı genişleyip daralan bir kurumu ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle, çeşitli devirlerde ve çeşitli toplumlarda aile terimi ile ifade edilen istenilen, daima birbirinden farklı olmuştur<sup>5</sup>.

Hâlihazırda “aile” kavramına ilişkin olarak uluslararası alanda genel kabul görmüş tanım bulunmamaktadır. Uluslararası sözleşmelerde böyle bir tanıma yer verilememiş olmasının bir sebebi, devletler arasındaki sosyal ve kültürel farklılıklardır. Uluslararası hukuk, uluslararası toplumu oluşturan devletlerdeki toplulukların farklı kültürel özelliklerine saygı göstermek amacıyla bağlayıcı sözleşmesel bir tanımdan kaçınmıştır. Diğer önemli bir sebep de, uluslararası alanda sürmekte olan teknolojik ve sosyal yapının değişimine bağlı olarak, aile yapısındaki kaçınılmaz gelişim sonucu yeni aile tiplerinin (donör aile, homoseksüel evlilikler gibi) ortaya çıkmasıdır<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Joanna APAP- Nicholas SITAROPOULOS, The right to family unity and reunification of third country migrants in host states:Aspects of international and European law,June 2001, s.2 ; (www.december18.net/ppaper53EurFamilyReunification.pdf) (28.08.2009)

Rick LAWSON, Reunification Directive – Court of Justice of the European Communities, European Constitutional Law Review, Volume 3, Issue 02 , June 2007, s. 229. Avrupa Komisyonunun 2006 yılı verilerine göre, Fransa’daki göçmenlerin %75’i, İsveç ve Norveç’tekilerin ise yarısından fazlası aile birleşimi yoluyla ülkeye girmiştir. LAWSON, 229, dn.2.

<sup>5</sup> Örneğin; “Roma ailesi” denildiği zaman, günümüzdeki aileden çok farklı türde bir aile anlaşılır. Eski devirlere doğru gidildiğinde aile kavramının çok genişlediğini, yani aile adı altında toplanmış ve birlikte yaşamakta olan bireylerin sayıca çok fazla olduğunu; zamanımızda ise ailenin kapsamının daralmış ve küçülmüş olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Turgut AKINTÜRK-Derya Ateş KARAMAN, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.II, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s.4.

<sup>6</sup> APAP-SITAROPOULOS, 3; Anne STAVER, Family Reunification: A Right for Forced Mig-

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi<sup>7</sup>, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin<sup>8</sup> aile hayatı hakkına yer veren 17. maddesine<sup>9</sup> ilişkin 16 sayılı Genel Yorumunda, "aile" kavramının, taraf devletlerin toplumlarında bu kavrama verilen bütün anlamları kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir<sup>10</sup>. Yine aynı Komite, ailenin korunmasına ilişkin 23. maddesine<sup>11</sup> ilişkin 19 sayılı Genel Yorumunda, "aile" kavramının bazı yönlerden ülkeden ülkeye, hatta bir devlet içinde bölgeden bölgeye farklılık gösterebileceğini, bu sebeple de standart bir tanım vermenin mümkün olmadığını belirtmiştir<sup>12</sup>. İnsan Hakları Komitesi, *Manuel Balaguier* kararında ise, "aile" kavramının sadece evli veya evli olmadan birlikte yaşama anlamına gelmediğini, aynı zamanda ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkiyi de içerdiğini belirtmiştir. Bir aileden söz edilmek için asgari olarak, birlikte yaşama, ekonomik bağ, düzenli ve sıkı ilişki gibi unsurların bulunması gerekir<sup>13</sup>.

Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi 21 No'lu Genel Tavsiye Kararında, aile kavramı ve biçimlerinin devletten devlete, hatta bir devletin bölgeleri arasında dahi farklılık gösterdiğini belirtmiştir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 15. maddesinin 4. fıkrasının "Taraf Devletler, kişilerin seyahat hakkı ve yerleşme ve konutu seçme özgürlüğü ile ilgili yasalarda erkeklere ve kadınlara eşit haklar tanımayı kabul eder" yorumunda da Komite, "bir başka ülkede geçici olarak yaşayan ve çalışan göçmen kadınlara, erkeklerle eşit olarak eş, partner ve çocuklarını yanlarına almaya izin verilmesi gerektiğini" vurgulamıştır<sup>14</sup>.

(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın<sup>15</sup> aile birleşimini düzenleyen 19.

rants?, Refugee Studies Centre, Working Paper Series NO: 51, University of Oxford Nevenber 2008, s.7.

<sup>7</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 28. maddesi uyarınca 1976 yılında kurulmuş ve 1977 yılında göreve başlamıştır.

<sup>8</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilip 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme, Türkiye tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanmış ve 04.06.2003 tarihinde 4868 sayılı Kanun ile TBMM tarafından onaylanmıştır (RG: 21.07.2003 – sy. 25175)

<sup>9</sup> Sözleşme'nin 17. maddesine göre; "Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılmaz".

<sup>10</sup> [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/23378a8724595410c12563ed004aeecd?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/23378a8724595410c12563ed004aeecd?Opendocument) (07.012.2013)

<sup>11</sup> Sözleşme'nin 23. maddesinin 1. fıkrasına göre; "Aile toplumun doğal ve eşit bir birimidir ve aile toplum ve Devlet tarafından korunma hakkına sahiptir".

<sup>12</sup> [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/6f97648603f69bcdc12563ed004c3881?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6f97648603f69bcdc12563ed004c3881?Opendocument) (07.12.2013)

<sup>13</sup> UN Doc. CCPR/C/51/D/417/1990, 29.7.1994, Paragraf 10/2 (Aktaran APAP- SITAROPOULOS, s.3).

<sup>14</sup> <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm> (07.012.2013)

<sup>15</sup> 18 Ekim 1961'de Torino'da imzalanıp 26 Şubat 1961 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmeyi Türkiye

maddenin 6. paragrafı bakımından “bir yabancı çalışanın ailesi” teriminden, en azından çalışanın eşi ile kabul eden Devlet tarafından küçük sayıldıkları ve göçmen çalışana bağımlı oldukları sürece evlenmemiş çocukları anlaşılır” hükmü yer almaktadır<sup>16</sup>. Buna göre, işçinin ailesi kavramı sadece erkek işçinin karısını ve çocuklarını değil, kadın işçinin kocasını ve çocuklarını da kapsamaktadır. Yine maddede yer alan “en azından” ifadesi, aile kavramının geniş yorumlanmasına imkân tanımaktadır. Buna göre örneğin; taraf devletlerin büyük çoğunluğunda 18 yaşından aşağı olanlar küçük olarak kabul edilmişken, 21 yaşından büyük çocuklar da aile kavramına dahil edilebilir<sup>17</sup>. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi de, ailenin her bir devletteki özel ve değişen yapısını vurgulayarak, tek anne-babalı aile gibi yeni aile türlerinin korunmasına öncelik verilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>18</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin aile hayatının korunmasına ilişkin 8. maddesinde ise, aile kavramına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de aileye ilişkin kesin bir tanım yapmayarak, bu kavramın somut dava temelinde ve dinamik bir şekilde yorumlanmasına izin vermiştir<sup>19</sup>. Mahkeme, 8. maddeye ilişkin içtihatlarında “aile hayatı” kavramını sadece evliliğe bağlı birlikteliklerle sınırlandırmayarak, bunun diğer fiili birliktelikleri de kapsayabileceğini ifade etmiştir<sup>20</sup>. Ancak yabancılar söz konusu olduğunda, aile hayatına saygı hakkının dar yorumlandığı, eşler arasında ve anne-baba ile küçük çocuklar arasındaki ilişkilere indirgenerek çekirdek aileyle sınırlandırıldığı görülmektedir<sup>21</sup>.

Avrupa Konseyi, aile birleşimi de dahil olmak üzere, göç kanunlarının homo-

18 Ekim 1961 tarihinde imzalamış ve 16 Haziran 1989 tarihinde onaylamıştır (RG: 4.7.1989 – sy- 20215) . 03.05.1996 tarihinde Strasbourg’da kabul edilen Gözden Geçirilmiş Şart, 1.7.1999’da yürürlüğe girmiştir. Türkiye Şartı 6.10.2004 tarihinde imzalayıp 27.9.2006 tarihli ve 5547 sayılı Kanunla onaylamıştır (RG: 9.4.2007 – sy. 26488).

<sup>16</sup> 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı’nın Ek bölümünde ise, 19. maddenin 6. Paragrafı bakımından, “bir çalışan yabancı ailesi” teriminin en azından karısıyla bakmakla yükümlü olduğu 21 yaşının altındaki çocuklarını kapsadığı biçiminde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, “işçi” terimini hem kadınları hem de erkekleri kapsayacak şekilde genişletmiş ve sonuç olarak Şart Ekindeki bir yabancı işçinin ailesi kavramının bir kadın işçinin bağımlı çocuklarını (fakat kocası değil) da içerdiğini belirtmiştir. Bkz. Avrupa Sosyal Şartı, Temel Rehber, Çev. Bülent ÇİÇEKLİ, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s.236.

<sup>17</sup> Bkz. Explanatory Report to the European Social Charter (Revised) <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/163.htm> .

<sup>18</sup> APAP-SITARPOULOS, 4.

<sup>19</sup> APAP-SITARPOULOS, 5; CHOLEWINSKI, 339.

<sup>20</sup> Bkz. Elsholz- Almanya kararı, 13.7.2000, 257735/94, Paragraf 43, (Aktaran) Gilles DUTERTRE, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İchtihatlarından Alıntılar, Avrupa Konseyi Yayınları, 2005, s.315. [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/awareness/7.\\_special\\_projects/key\\_case\\_law\\_extracts\\_turkish.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf) (30.4.20012). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Marckx-Belçika kararında, Sözleşmenin 8. maddesindeki aile hayatı kavramının, eş ve çocuklara ek olarak, en azından büyük anne ve büyük baba gibi yakın akrabaları da kapsadığını belirtmiştir. Bkz. DUTERTRE,, 315; APAP-SITARPOULOS,12.

<sup>21</sup> Ergin ERGÜL, AİHS ve Türk Hukukunda Sınırdışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, s.195.

seksüel ve heteroseksüel çiftler arasında ayırım yapılmaksızın uygulanması gerektiğini kabul etmiştir<sup>22</sup>.

Avrupa Birliği üyesi devletlerde yasal olarak ikamet eden Birlik üyesi olmayan devlet vatandaşlarının aile birleşimi hakkını kullanmaları için gerekli şartları düzenleyen 2003/86 sayılı Konsey Yönergesinde<sup>23</sup> aile birleşimi, bir üye Devlet'te yasal olarak ikamet eden bir üçüncü ülke vatandaşının aile üyelerinin bu devlette aile birliğinin oluşması için ailenin meydana gelişinin ikamet edenin ülkeye girişinden önce ya da sonra olmuş olmasına bakılmaksızın, aile birliğini korumak üzere üye Devlet'e girişi ve ikamet etmesi olarak tanımlanmaktadır (m.2/d). Yönerge'nin 4. maddesine göre, aile birleşiminden yararlanabilecek aile üyeleri şunlardır:

- a) sponsorun<sup>24</sup> eşi,
- b) sponsorun küçük çocukları<sup>25</sup> ve eşleri, evlat edinilmiş çocuklar,
- c) sponsorun velayetinde olan evlat edinilmişler de dahil olmak üzere kendisine bağımlı olan çocuklar,
- d) sponsorun eşinin velayetinde olan evlat edinilmişler de dahil olmak üzere kendisine bağımlı olan çocuklar.

Yukarıda açıklandığı üzere, uluslararası sözleşmelerde ve doktrinadaki genel eğilim ailenin kesin tanımını vermeme yönündedir. Böylece, aile kavramının somut olaya göre değerlendirilerek kapsamı genişletilebilecektir. Ancak, aile birleşimi söz konusu olduğunda genellikle anne-baba ve çocuklardan oluşan çekirdek aile esas alınmakta, bazen yabancıнын veya eşinin üst soyu da aile kavramına dahil edilmektedir<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1470 (2000), Situation of gays and lesbians and their partners in respect of asylum and immigration in the member states of the Council of Europe, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta00/EREC1470.htm> (8.04.2009)

<sup>23</sup> Aile Birleşimi Hakkında 22 Eylül 2003 tarihli ve 2003/86 Konsey Yönergesi, ATRG (2003), L. 251/12.

<sup>24</sup> "Sponsor", aile birleştirmesi için başvuran ya da aile üyelerinin kendisine katılmak üzere başvurduğu, bir Üye Devlet'te yasal olarak ikamet eden bir üçüncü ülke vatandaşı anlamına gelmektedir. Yönerge m.2-c.

<sup>25</sup> Bu maddede atıfta bulunulan küçük çocukların ilgili Üye Devlet'in hukuku uyarınca ergenlik yaşının altında olmaları ve evli olmamaları gereklidir.

<sup>26</sup> Bülent ÇİÇEKLİ, Uluslararası Hukukta Yabancıların Hak ve Özgürlükleri, Uluslararası Hukuk ve Politika

## II. Aile Birleşimi Hakkı

### A. Genel Olarak

Aile birleşimi hakkına, önemli kısıtlamalara tabi olarak ve yeknesak olmayan bir düzenlemeyle, pek çok uluslararası sözleşmede ve çeşitli ülke kanunlarında yer verilmiştir<sup>27</sup>. Genel olarak ifade edilirse aile birleşimi, aile hayatını mümkün kılmak amacıyla (en azından) vatandaş olmayan eş ve küçük çocukların ülkeye girişini ve orada oturmasını ifade etmektedir<sup>28</sup>. Zira, aile hayatı, evli çiftler ve anne-baba ile küçük çocuklar söz konusu olduğunda birlikte oturmayı zorunlu kılmaktadır<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Aile birleşimi hakkı devletlerce mutlak bir hak olarak görülmemekte, yeterli nitelik ve genişlikte konut sağlama, geçimini temin edebilecek gelir veya başka bir mali kaynağa sahip olma gibi şartlara bağlanmaktadır. ÇİÇEKLİ, Yabancılar, 9; CHOLEWINSKI, 334. Alman Göç Kanununun 29 vd. maddelerinde yabancıların aile birleşimi ve şartları düzenlenmiştir. “Yabancıların Aile Birleşimi” başlıklı 29. maddeye göre; “ Bir yabancıнын, aile fertlerini yanına getirebilmesi için: 1. yerleşme iznine, Avrupa Topluluğu sürekli ikamet iznine veya oturma iznine sahip bulunması ve 2. yeterli büyüklükte konutunun olması zorunludur. İsviçre’de yabancıların aile birleşimi ve şartları Yabancılar Kanununun 44. maddesinde yer almaktadır. İspanya’da Göç Kanunu m.16-19’da konu ele alınmıştır. Türk hukukunda ise, yabancıların aile birleşimi hakkı 4.4.2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Korunması Kanunu (m. 34-37) ile düzenlenmiştir (RG:11.04.2013- sy. 28615). Kanunun 34. maddesine göre, ikamet izinlerinden birine sahip olan yabancıların; yabancı eşine, kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna, kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna, her defasında iki yılı aşmayacak şekilde aile ikamet izni verilebilir. Vatandaş olduğu ülkenin hukukuna göre birden fazla eş ile evlilik hâlinde, eşlerden yalnızca birine aile ikamet izni verilir. Ancak, diğer eşlerinden olan çocuklara da aile ikamet izni verilebilir. 35. maddede ise, aile ikamet izni taleplerinde, destekleyicide aranacak şartlar sayılmıştır: 1.Toplam geliri asgari ücretten az olmamak üzere, ailedeki fert başına asgari ücretin üçte birinden az olmayan aylık geliri bulunmak; 2. Ailenin nüfusuna göre, genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma şartlarına sahip olmak ve tüm aile fertlerini kapsayan sağlık sigortası yaptırmış olmak, 3.Başvuru tarihi itibarıyla, beş yıl içinde aile düzenine karşı suçlardan herhangi birinden hüküm giymemiş olduğunu adli sicil kaydıyla belgelemek, 4. Türkiye’de en az bir yıldır ikamet izniyle kalıyor olmak, 5. Adres kayıt sisteminde kaydı bulunmak. Türkiye’de, destekleyicinin yanında kalmak üzere aile ikamet izni talebinde bulunacak yabancıalarda aranacak şartlar ise; 1. 34 üncü maddenin birinci fıkrası kapsamında olduğunu gösteren bilgi ve belgeleri ibraz etmek, 2. 34 üncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen kişilerle birlikte yaşadığını veya yaşama niyeti taşıdığını ortaya koymak, 3. Evliliği aile ikamet izni alabilmek amacıyla yapmamış olmak 4. Eşlerden her biri için on sekiz yaşını doldurmuş olmak 5. 7 nci madde kapsamına girmemek

<sup>28</sup> Doktrinde, “aile birleşimi” ile “aile oluşumu” arasında ayırım yapılmakta; bir kişinin yabancı biriyle yapmış olduğu evliliğe bağlı olarak evlendiği kişinin ülkeye girişini ve ikametini talep etmesine, “aile oluşumu”, yabancıнын ülkeye giriş yaptığında hali hazırda evli olması nedeniyle eş ve çocukları dahil diğer aile fertlerinin ülkeye girişini ve ikametini talep etmesine ise, “aile birleşimi” denilmektedir. Bkz. ÇİÇEKLİ, Yabancılar, 8.

<sup>29</sup> Aile hayatı ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kararları için bkz. DUTERTRE, 311 vd.

## B. Uluslararası Sözleşmelerde Aile Birleşimi

### 1. Birleşmiş Milletler Belgeleri

#### a. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 18.02.1990 tarihinde kabul edilen Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmesi<sup>30</sup>, BM'nin özellikle göçmen işçileri korumak amacıyla kabul ettiği, ILO Sözleşmeleri hariç, ilk sözleşmedir<sup>31</sup>.

Sözleşme ile, taraf devletler ailenin toplumun doğal ve temel birimi olduğunu, toplum ve Devlet tarafından korunmaya hakkı olduğunu kabul etmiş olup, göçmen işçilerin ailelerinin birliğinin korunmasını teminen gereken önlemleri alma yükümlülüğü altına girmiştir (m.44/1). 44. maddenin 2. fıkrasında ise aile birleşimi düzenlenmiştir. Buna göre; "Taraf Devletler, göçmen işçilerin eşleriyle veya denk bir ilişki içinde olan kişilerle ve bakmakla yükümlü oldukları evlenmemiş çocuklarıyla birleşmeleri için gerekli önlemleri alır ve buna imkânlar ölçüsünde uygun ortam sağlarlar".

Diğer Sözleşmelerde olduğu gibi bu Sözleşme de taraf devletlere, göçmen işçilerin aile birleşimini sağlamak için "gerekli önlemleri alma" ve bunu "kolaylaştırma" yükümlülüğü getirmiştir. Ancak bu konuda alınacak tedbirler konusunda somut bir düzenlemenin bulunmaması Sözleşme'nin etkisini azaltmaktadır. Ayrıca, Sözleşme aile kavramını eşler bakımından geniş tutmuş, resmi nikahı olmayan eşleri de aile kavramına dahil etmiştir.

## 4. Çocuk Hakları Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme<sup>32</sup> aile birleşimi hakkını açıkça düzenlemektedir. Sözleşmeye göre; "9 uncu maddenin 1 inci fıkrası uyarınca<sup>33</sup> Taraf Devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak çocuk veya ana-babası tarafından, ailenin birleşmesi amaçla-

<sup>30</sup> Sözleşme, Türkiye tarafından 13.01.1999 tarihinde imzalanmış ve 26.4.2001 tarih ve 4662 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. ( RG:08.07.2004-sy.25516).

<sup>31</sup> APAP-SITARPOULOS,s.9; Anne STAVER, Family reunification policies and diverse family life: a fraught relationship, s. 3. (<http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2010/Staver.pdf>) (5.3.2014).

<sup>32</sup> Türkiye Sözleşme'yi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde onaylamıştır. (RG: 27.01.1995- sy. 22184 ).

<sup>33</sup> "Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmal edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgahının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir" (m.9/1).



rıyla yapılan bir Taraf Devlet ülkesine girme ya da onu terk etme konusundaki her başvuru, Taraf Devletlerce olumlu, insani ve ivedi bir tutumla ele alınacaktır. Taraf Devletler, bu tür bir başvuru sahipleri veya aile üyeleri aleyhine sonuçlar yaratmamasını taahhüt ederler” (m.10/1). Sözleşme'nin 7. maddesinde de aile hayatına ve özel hayata saygı gösterilmesine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.

Aile birleşimi ile ilgili bu hüküm, ana-babası genellikle mülteci veya göçmen olarak başka bir ülkede bulunan çocukların aile birleşimini düzenlemektedir. Sözleşme'nin 10. maddesindeki kesin ifadeler de göz önünde bulundurulurak<sup>34</sup>, 10. madde hükmünün aile birleşimini bir “hak” olarak kabul eden emsalsiz bir düzenleme olduğu belirtilmekte ise de<sup>35</sup>, bu madde ile aile birleşimi hakkı kesin olarak garanti edilmemiştir. Maddenin ifade biçimi de, Sözleşme'nin görüşülmesi sırasında bazı devletlerin dile getirdiği göçü kontrol etme düşüncesini yansıtmaktadır<sup>36</sup>. Nitekim, Çocuk Hakları Komitesi de raporlarında, “aile birleşimini tam olarak garanti altına alan bir kanun ve uygulamanın olmadığını” belirterek taraf devletlere “aile birleşimini mümkün kılan yasal düzenlemeler yapma, politikalar ve programlar uygulama” tavsiyesinde bulunmuştur<sup>37</sup>.

Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen aile birleşimi hakkı, 2. fıkra hükmü ile açıkça sınırlandırılmıştır<sup>38</sup>. Maddenin 2. fıkrasına göre; “Ana-babası, ayrı devletlerde oturan bir çocuk olağanüstü durumlar hariç, hem ana hem de babası ile düzenli biçimde kişisel ilişkiler kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahiptir. Bu nedenle ve 9 uncu maddenin 1 inci fıkrasına göre Taraf Devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak, Taraf Devletler çocuğun ve ana-babasının Taraf Devletlerin ülkeleri dahil herhangi bir ülkeyi terketmeye ve kendi ülkelerine dönme hakkına saygı gösterirler. Herhangi bir ülkeyi terketme hakkı, yalnızca yasada öngörüldüğü gibi ve ulusal güvenliği, kamu düzenini, kamu sağlığı ve ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korumak amacı ile işbu Sözleşme ile tanınan öteki haklarla bağdaştığı ölçüde kısıtlamalara konu olabilir”.

Sonuç olarak, Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrası aile birleşimi hakkını ke-

<sup>34</sup> STAVER, 3.

<sup>35</sup> APAP-SITAROPOULOS,8; Julia Margearethe SCHMIDT, Family Renifcation, Thesis in Advanced European and International Studies, 2006, s. 29.

<sup>36</sup> Bkz. Family Reunification, OHCHR Migration Papers, November 2005, s. 3, <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/familyreunification.pdf> (25.11.2013)

<sup>37</sup> Family Reunification, 4.

<sup>38</sup> Arturo JOHN, Family Reunification for Migrants and Refugees: A Forgetton Human Right?A Comparative Analysis of Family Reunification under Domestic Law and Jurisprudence, International and Regional Instruments, ECHR Caselaw and the EU 2003 Family Reunification Directive, s. 8; SCHMIDT, 29. Sözleşmenin 10. maddesinin görüşülmesi sırasında da Alman ve Japon temsilciler, bu maddenin aile birleşimi konusunda devletin sahip olduğu takdir yetkisini ortadan kaldırmadığını ifade etmiştir. L. J. LeBlanc, The Convention on the Rights of the Child, Nebraska, University of Nebraska Press, 1995, s. 115-117, (Aktaran) SCHMIDT, 29, dn. 86.

sin olarak sağlamazken, Çocuk Hakları Komitesi sonuç bildirimlerinde bu hükmün geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir<sup>39</sup>.

### c. ILO Sözleşme ve Tavsiye Kararları

Aile birleşiminin büyük önemine rağmen Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) belgeleri bu konuda devletlere açık bir yükümlülük getirmemektedir<sup>40</sup>. ILO aile birleşimi konusuna ilk kez<sup>41</sup> 1949 tarih ve 86 sayılı Göçmen İşçilerin Çalışması ile ilgili Tavsiye Kararında (Revize) yer vermiştir (Paragraf 15/1). Ancak bu Kararda, aile birleşimi somut bir hak olarak tanınmamıştır<sup>42</sup>.

1975 tarih ve 143 Sayılı Göçmen İşçiler Sözleşmesi (Revize), taraf devletlerin ülkelerinde yasal olarak ikamet eden göçmen işçilerin aile birleşimini kolaylaştırmak için kendi başlarına veya diğer üye devletlerle işbirliği içinde gereken bütün önlemleri alabileceğini belirtmektedir (m.13/1). Ancak bu hüküm ile devletlere aile birleşimini kolaylaştırıp kolaylaştırmama konusunda geniş bir takdir yetkisi tanınması, Sözleşme'nin aile birleşimi konusunda yetersiz kalması sonucunu doğurmaktadır<sup>43</sup>.

1975 tarih ve 151 sayılı Göçmen İşçiler Tavsiye Kararında ise, aile birleşimi ile ilgili olarak daha güçlü bir ifadeye yer verilmiştir. Kararın 13/1 paragrafında, devletlerin göçmen işçilerin aile birleşimini kolaylaştırmak için mümkün olan bütün tedbirleri derhal alması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak, bu Kararda da aile birleşimi göçmen işçiler açısından dokunulamaz bir hak olarak kabul edilmemiştir<sup>44</sup>.

Diğer uluslararası insan hakları belgelerinde aile hayatına saygı göstermeye verilen öneme karşılık, ILO belgelerinde göçmen işçilerin aile birleşimi konusunda devletleri bağlayıcı bir düzenlemenin bulunmaması önemli bir eksiklik olarak görülmektedir<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> Bkz. Family Reunification, s. 4.

<sup>40</sup> SCHMIDT,28; JOHN, 6. ILO'nun Uluslararası Çalışma Konferansı 59. oturumunda aile birleşimi konusu ele alınmış ve ön raporda, göçmen işçilerin geldikleri ülkelerdeki aileleri ile birleştirilmesinin, göçmenlerin refahı ve buldukları ülkeye sosyal adaptasyonu bakımından gerekli olduğu; uzun ayrılık ve izolasyonun hem göçmen işçileri hem de ailelerini sıkıntıya soktuğu, normal yaşamlarını sürdürmelerini önlediği, göçmen işçilerin büyük bir çoğunluğunun bulunduğu ülke ile sosyal bağlarını kopardığı, bunun da sosyal ve psikolojik problemlere yol açtığı ifade edilmiştir. Benzer görüşler 1997 toplantısında da dile getirilmiş ve aile birleşiminin kolaylaştırılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Family Reunification, 9-10.

<sup>41</sup> JOHN, 6.

<sup>42</sup> SCHMIDT, 28.

<sup>43</sup> F. Russo, Migrant Workers: Existing and Proposed International Action on Their Rights, in "The Review of the International Commission of Jurists", no. 15, 1975, s.57, (Aktaran) CHOLEWINSKI, 118. Ayrıca bkz. JOHN, 7.

<sup>44</sup> JOHN, 7; SCHMIDT,28. ILO'nun 143 sayılı Sözleşme ve 151 sayılı Kararındaki aile birleşimine ilişkin yaklaşımı konusunda ileri sürülen görüşler için bkz. CHOLEWINSKI, 119-120.

<sup>45</sup> CHOLEWINSKI, 118.

## 2. Avrupa Konseyi Sözleşmeleri

### a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

#### aa. Sözleşme'deki Düzenleme

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde<sup>46</sup> aile birleşimi hakkında açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, Sözleşme'nin özel hayatın ve aile hayatının korunması başlığını taşıyan 8. maddesi aile birleşimini de kapsamaktadır<sup>47</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, aile birleşimini Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. Ancak 8. madde, aile hayatını sadece var olan bir durum olarak korumaktadır. Aile kurma özgürlüğünü içermez<sup>48</sup>.

Sözleşme'nin 8. maddesinin 1. fıkrasına göre; "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir". Ancak, Sözleşme'de düzenlenen özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı mutlak nitelikte değildir. Zira, 8. maddenin 2. fıkrasına göre; "Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir". Diğer taraftan, 1. fıkrada, aile hayatına "saygı" gösterilmesi ifadesine yer verilmiş olması Sözleşme'nin koruma alanını zayıflatmaktadır. Bu husus, Sözleşme'nin kabul edilmiş sürecine bakıldığında daha iyi anlaşılabilir. Bu süreçte, önce "dokunulmazlık" terimine yer verilmiş, sonra "hukuk dışı müdahalelerden bağışık olma" haline gelmiş ve sonuçta kabul edilen metin "saygı gösterilmesi" şeklinde olmuştur<sup>49</sup>.

#### bb. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı

Aile birleşimi hakkı Sözleşme'de garanti altına alınmamasıyla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aile birleşimini aile hayatına saygı (m.8) çerçevesinde ele almaktadır. Bunun için de, önceden kurulmuş bir ailenin varlığı gereklidir. Ancak bu, kurulması amaçlanan bütün aile hayatlarının kapsam dışı tutulduğu anlamına gelmez<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> 20 Mart 1950'de Roma'da imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme Türkiye tarafından 18.5.1954 tarihinde onaylanmıştır (RG: 19.3. 1954- sy. 8662)

<sup>47</sup> Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde aile birleşimi hakkında açık bir hüküm bulunmaması ise de, taraf devletler Sözleşmeyi imzalarken yabancıları ülkeye kabul ve sınır dışı etme konusundaki mutlak egemenliklerinin sınırlandırıldığında zımnen anlaşmışlardır. CHOLEWINSKI, 340.

<sup>48</sup> DUTERTRE, 312. Aile kurma özgürlüğü, Sözleşmenin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Evlenme hakkı başlıklı 12. maddeye göre; "Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir".

<sup>49</sup> Songül ATAĞ, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Kararlarında Yabancıların Aile Yaşamı Hakkı, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: XI, sayı: 1-2, 2007, s. 106

<sup>50</sup> DUTERTRE, 312

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde aile birleşimi hakkındaki ilk dava, *Abdülaziz, Cabales, Balkandali v. İngiltere* davasıdır<sup>51</sup>. Söz konusu dava, İngiltere'de yasal olarak bulunan ve sürekli oturma hakkına sahip üç kadının, eşlerinin yanlarına gelmelerine ve orada kalmalarına ilişkin izin taleplerinin reddedilmesi üzerine, Sözleşme'nin 8. ve 14. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle açılmıştır<sup>52</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davada aile birleşimine ilişkin bazı esaslar belirlemiştir. Mahkemeye göre; ülkeye giriş hakkı bazı yönleri ile bağlayıcı nitelikteki 4 No'lu Ek Protokol'de düzenlenmiş ise de bu düzenleme, devletlerin göçü kontrol amacıyla, 8. maddedeki aile yaşamına saygı gösterilme hakkını etkileyebilecek önlem almalarını engellemektedir<sup>53</sup>. Yani, Sözleşme, bir yabancıya vatandaşlık olmadığı bir ülkeye girme veya orada ikamet etme hakkını garanti etmemektedir.

AİHM'e göre, her ne kadar 8. maddenin temel amacı bireyleri kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de; buna, aile hayatına etkili bir şekilde "saygı göstermenin" doğasında var olan pozitif yükümlülükler de eklenebilir. Ne var ki, bu pozitif yükümlülükler yönünden, "saygı gösterme" kavramı açık değildir. Taraf devletlerdeki mevcut durum ve uygulamaların çeşitliliği dikkate alındığında "saygı gösterme" kavramının gereklilikleri somut olaya göre önemli ölçüde farklılık gösterecektir. Buna göre; taraf devletlerin bireyler ile toplumun kaynak ve ihtiyaçları yönünden Sözleşmeye uygun düzenlemelerin ne olduğuna karar verme hususunda geniş bir takdir yetkisi vardır. Özellikle, bu alanda devletin ülkesinde yerleşik göçmenlerin akrabalarını ülkeye kabul etme konusundaki yükümlülüğünün sınırı kişilerin özel durumlarına göre farklılık gösterecektir. Ayrıca Mahkeme, bu tür davaların sadece aile hayatı ile ilgili değil, aynı zamanda göç konusuyla ilgili olduğunu; milletlerarası hukukta yerleşmiş anlayışa ve milletlerarası anlaşma hükümlerine göre de, her devletin vatandaşı olmayanların ülkeye girişini kontrol etme hakkına sahip olduğunun görmezlikten gelinemeyeceğini vurgulamaktadır<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Abdülaziz, Cabales, Balkandali v. The United Kingdom, 9214/80, 27 May 1985.

<sup>52</sup> Başvurucular, Malawi vatandaşı Nargis Abdülaziz, Filipinler vatandaşı Arcely Cabales ve bir İngiliz kolonisi (Mısır) vatandaşı Sohair Balkandali'dir. N. Abdülaziz, 1979 yılında Portekiz vatandaşı İbrahim Abı Abdülaziz ile evlendikten sonra eşinin İngiltere'de kalabilmesi için ikamet izni talebinde bulunmuş, bu talep yetkili makamlar tarafından reddedilmiştir. A. Cabales, 1979 yılında birkaç aylığına bulunduğu Filipinler'de Filipinler vatandaşı Ludovico Cabales ile evlendikten sonra İngiltere'ye dönmüş ve daha sonra eşinin İngiltere'ye gelebilmesi için yaptığı başvuru reddedilmiştir. S. Balkandali da 1979 yılında Türk vatandaşı Bekir Balkandali ile evlenmiş, Bay Balkandali turist olarak İngiltere'ye gelmiş, daha sonra öğrenci vizesi ile bir süre İngiltere'de kaldıktan sonra oturma iznini uzatmak için yaptığı başvuru reddedilmiştir.

<sup>53</sup> Abdülaziz, Cabales, Balkandali v. The United Kingdom, Paragraf 60.

<sup>54</sup> Abdülaziz, Cabales, Balkandali v. The United Kingdom, Paragraf 67. Mahkeme kararında, Komisyonun, "yabancıların bir ülkeye girme veya orada kalma hakkı Sözleşme ile güvence altına alınmış değildir. Ancak, göçmen kontrolleri, Sözleşme'deki yükümlülüklerle uygun bir şekilde yürütülmeli ve bir kişinin aile üyelerinin yaşadığı ülkeye kabul edilmeyişi 8. madde kapsamında değerlendirilmelidir" şeklindeki yerleşmiş içtihatlarına da atıfta bulunmuştur. Bkz. Paragraf, 59.

Ayrıca Mahkemeye göre, 8. madde ile taraf devletlere getirilen genel yükümlülüğün, vatandaş olmayan eşlerinin yerleşmek amacıyla ülkeye kabulü ve evliliklerini sürdürecekleri yer konusundaki tercihlerine saygı gösterme bakımından genişlediği söylenemez. Neticede Mahkeme, “başvurucuların aile hayatlarını kendi ya da eşlerinin ülkesinde sürdürmelerine engel bir durumu veya bunun onlardan beklenmemesini haklı kılacak özel bir sebebin varlığını ortaya koyamamaları” gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır<sup>55</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında aile birleşimine ilişkin davalarda uygulanabilecek bazı prensipler belirtilmiştir<sup>56</sup>:

a) Her devletin ülkesinde yerleşmiş göçmenlerin akrabalarını ülkeye kabul yükümlülüğünün kapsamı, söz konusu kişilerin içinde bulunduğu duruma ve kamu yararına göre farklılık gösterecektir.

b) Yerleşik devletler hukuku prensiplerine ve uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerine göre, her devlet, vatandaşı olmayan kişilerin ülkesine girişini kontrol etme hakkına sahiptir

c) Göçmenler söz konusu olduğunda 8. maddenin, devletleri göçmenlerin evliliğe bağlı olarak ikamet etmek istediği ülkeyi seçme hakkına saygı gösterme ve kendi ülkesinde aile birleşimine izin verme hususunda genel bir yükümlülük getirildiği kabul edilemez.

*Gül v. İsviçre* davasında<sup>57</sup> Mahkeme, İsviçre’de yasal olarak ikamet eden Türk ana-babanın 12 yaşındaki çocuklarını (Ersin) yanlarına alma talebinin reddini, “aile yaşamlarını Türkiye’de geliştirmelerini önleyecek bir engelin bulunmadığı” gerekçesiyle Sözleşmenin 8. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Mahkeme, bu davadaki görevinin, Ersin’in İsviçre’ye taşınmasının, Bay Gül’ün oğlu ile hayatı kurmasının tek yolu olup olmadığına karar verilmesi olduğunu belirtmiş-

<sup>55</sup> Abdülaziz, Cabales, Balkandali v. The United Kingdom, Paragraf , 68.

<sup>56</sup> Bkz. Abdülaziz, Cabales, Balkandali v. The United Kingdom, Paragraf . 67-68; Gül v. Switzerland, 23218/94, 19 February 1996, Paragraf 38; Ahmet v. The Netherlands, 2170/93, 28.11.1996, Paragraf, 67

<sup>57</sup> Gül v. Switzerland, 23218/94, 19 February 1996. Mahkemeye başvuran Türk vatandaşı Bay Gül, eşyle birlikte İsviçre’de yaşamaktadır. Bay Gül, eşi ve iki çocuğuyla birlikte Türkiye’de yaşarken 1983 yılında İsviçre’ye gidip siyasi sığınma talebinde bulunmuştur. Gül’ün Türkiye’de bulunan eşi 1987 yılında geçirdiği sara nöbeti sonucunda yanarak ciddi bir şekilde yaralanmış, daha tedavi için de kocasının yanına gelmiştir. 19 Eylül 1988 tarihinde ise üçüncü çocukları Nursal doğmuştur. 9 Şubat 1989 tarihinde ise, Bay Gül’ün siyasi sığınma talebi Mülteciler Bakanlığı tarafından reddedilmiş ancak karara yapılan itiraz sonucunda, 15 Ocak 1990’da bay ve bayan Gül ile çocukları Nursal’a, insani sebeplerle, ikamet izni verilmiştir. 14 Mayıs 1990 tarihinde ise, Bay Gül’ün, Türkiye’de yaşayan çocuğu Ersin’i yanına getirmek için yaptığı başvurular reddedilmiştir. Bunun üzerine, AIHS’nin 8. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle 31Aralık 1993 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur.

tir<sup>58</sup>. Mahkemeye göre, bay ve bayan Gül'ün İsviçre'deki oturma süresi göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye'ye dönmelerinin kolay olmayacağı kabul edilmekle birlikte, aile hayatlarını Türkiye'de sürdürmelerinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>59</sup>. Mahkeme, bütün bu hususları göz önünde bulundurarak ve de insani bakış açısından Gül ailesinin durumunun çok zor olduğunu kabul etmekle birlikte, İsviçre'nin 8. maddeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği, dolaşısıyla aile hayatının ihlal edildiği, görüşünde değildir<sup>60</sup>.

*Ahmut v. Hollanda davası*<sup>61</sup>; Hollanda'da ikamet eden Fas ve Hollanda vatandaşı olan Salah Ahmut'un, oğlu Souffiane'in kendisiyle birlikte yaşayabilmesi için yaptığı ikamet izni başvurusunun Hollanda makamları tarafından reddedilmesi üzerine Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle açılmıştır. Başvurucu, Hollanda vatandaşı ve Hollanda'da iş sahibi olması sebebiyle kendisinden oğlu ile aile hayatını Fas'ta sürdürmeyi beklemenin gerçekçi olmadığını ileri sürmektedir<sup>62</sup>.

Mahkeme, Gül v. İsviçre kararında belirttiği temel prensiplere atıfta bulunduktan sonra somut olay üzerinde durmuştur. Mahkeme; çocuğun tüm hayatını Fas'ta geçirmiş olması sebebiyle ülkesinin sosyal ve kültürel ortamı ile sıkı bir ilişki içinde olduğunu, üstelik orada hala akrabalarının bulunduğunu; başvurucunun çocuğuyla ayrı yaşamasının, Fas'ta kalmak yerine Hollanda'da yerleşmesi, kendisinin bilinçli bir kararının sonucu olduğunu, Hollanda vatandaşlığını kazandıktan sonra da Fas vatandaşlığını muhafaza ettiği oysa ki, oğlunun sadece Fas vatandaşı olduğu gibi hususları göz önünde tutmuştur<sup>63</sup>. Bu sebeplerle, başvurucunun çocuğundan ayrılarak Hollanda'ya gelmesi kendi tercihi olduğu gibi, aile hayatını sürdürebilmesi için Fas'a dönmesine de herhangi bir engel bulunmadığı görülmektedir<sup>64</sup>. Salah

<sup>58</sup> Gül v. Switzerland, Paragraf, 39. Kararın gerekçesinde Mahkeme, daha önce verdiği Abdülaziz, Cabales, Balkandali v. İngiltere kararındaki, 8. madde çerçevesinde devletin göçü kontrol etme konusunda sahip olduğu takdir yetkisine ilişkin prensipleri tekrarlamıştır. Bkz. Paragraf, 38.

<sup>59</sup> Gül v. Switzerland, Paragraf, 42. Mahkeme gerekçesinde şu değerlendirmeler de yer almaktadır. Ersin'in kendi ülkesinin sosyal ve kültürel ortamında büyümüş olması, aile hayatının Türkiye'de kurulması açısından daha gerçekçidir. Ayrıca, Bay Gül'ün, oğlunu görmek için Türkiye'ye gidip gelmiş olması sebebiyle, ülkesinden ayrılma gerekçesinin artık geçerli olmadığı; Türkiye ile İsviçre arasındaki 1969 tarihli Sosyal Güvenlik Sözleşmesi uyarınca, başvuru Türkiye'ye döndüğü takdirde kendisine ve ailesine verilen aylık-ödenekleri almaya devam edecekleri belirtilmiştir. Bayan Gül'ün Türkiye'ye dönmesi sağlığı açısından problemleri görünse de, Türkiye'de gerekli tedavi alamayacağı ispat edilememiştir. Üstelik, Bayan Gül 1995 yılında iki kez Türkiye'ye gitmiştir. Paragraf, 41.

<sup>60</sup> Gül v. Switzerland, Paragraf, 43.

<sup>61</sup> Ahmut v. The Netherlands, 2170/93, 28.11.1996. Başvurucu Salah Ahmut, 1986 yılında Hollanda'ya göç edip aynı yıl orada bir Hollanda vatandaşı kadınla evlenip Hollanda vatandaşlığını kazanmıştır. 1980 yılında doğan oğlu Souffiane Fas'ta annesiyle, annesi ölünce de anneannesiyle birlikte yaşamıştır. 1990 yılında Souffiane Hollanda'ya gelmiş ve babası oğlunun yanında kalabilmesi için gerekli ikamet izni için yetkili makamlara başvurmuş, red kararı üzerine de 23.2.1993 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur.

<sup>62</sup> Ahmut v. The Netherlands, Paragraf, 64,

<sup>63</sup> Ahmut v. The Netherlands, Paragraf, 69-70.

<sup>64</sup> Ahmut v. The Netherlands, Paragraf Paragraf, 70.

Ahmet çocuğu ile olan aile ilişkisini Hollanda'da sürdürmeyi tercih etmekte ise de, Sözleşme'nin 8. maddesi, aile hayatını sürdürmek için en uygun yeri seçme hakkını güvence altına almamaktadır<sup>65</sup>. Mahkeme, ikamet izni talebinde davalı devletin, başvurusunun çıkarları ile göçü kontrol etmedeki yararı arasında adil bir denge kurmamış olduğunun söylenemeyeceğine, dolayısıyla da Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>66</sup>.

*Sen v. Hollanda davası*<sup>67</sup>, aile birleşimi için yapılan başvurunun reddinin, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğinin Mahkeme tarafından kabul edildiği ilk karardır<sup>68</sup>. Dava, Türk vatandaşı Zeki Şen ve eşinin Türkiye'de yaşayan kızları Sinem'i yanlarına almak için Hollanda makamlarına yaptığı ikamet izni başvurusunun, aralarındaki aile bağının zayıfladığı gerekçesiyle reddedilmesi üzerine, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla açılmıştır<sup>69</sup>.

Mahkeme ilk olarak, Hollanda makamlarının Sinem'in ailesi ile birlikte Hollanda'da yaşamasına izin verme konusunda pozitif bir yükümlülüğünün olup olmadığı üzerinde durmuştur. Mahkeme'ye göre, Sinem'in, bütün hayatını akrabalarının bulunduğu Türkiye'de geçirmiş olmasına ve ülkesinin kültürel ve sosyal ortamı ile güçlü bağları bulunmasına rağmen, diğer aile üyelerinin Türkiye'ye dönmesinde önemli bir engel bulunmaktadır. Zira, başvuruda bulunan çift uzun yıllardır Hollanda'da yasal olarak ikamet etmekte ve diğer iki çocukları da bütün hayatlarını Hollanda'da geçirmiş ve orada okula gitmektedir. Sonuç olarak, Hollanda devletinin başvurusuların çıkarları ile kendi göçü kontrol etmedeki yararı arasında adil bir denge kuramamış olması sebebiyle, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmiştir<sup>70</sup>.

*Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Hollanda davası*<sup>71</sup>, Brezilya vatandaşı Solange Rodrigues da Silva'nın yaptığı ikamet izni başvurusunun Hollanda makamları tarafından reddedilmesi üzerine Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle açılmıştır<sup>72</sup>.

<sup>65</sup> A hmut v. The Netherlands, ParagrafParagraf. 71.

<sup>66</sup> Ahmut v. The Netherlands, ParagrafParagraf, 73.

<sup>67</sup> Sen v. Netherlands, 31465/96, 21.12.2001. (Karar Fransızca yayımlanmıştır)

<sup>68</sup> Daniel THYM, Respect For Private And Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right To Regularize Illegal Stay?, International and Comparative Law Quarterly, vol 57, January 2008, s. 87-88.

<sup>69</sup> Zeki Şen 1977 yılında Hollanda'ya gitmiş, 1980 yılında ise Türkiye'de evlenmiştir. 1986 yılında, eşi Güliden Şen kızları Sinem'i halasının yanında bırakarak, kocasının yanına Hollanda'ya gitmiştir. Daha sonra Hollanda'da iki çocukları doğmuştur. Zeki Şen'in Hollanda'da süresiz ikamet izni bulunmaktadır.1992 yılında Zeki Şen kızı Sinem'in yanında kalabilmesi için ikamet izni başvurusunda bulunmuştur.

<sup>70</sup> Karar için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=18960002&cskin=hudoc-en&action=request>

<sup>71</sup> Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Hollanda, 50435, 31.1.2006.

<sup>72</sup> Brezilya vatandaşı olan Solange Rodrigues da Silva 1994 yılında Hollanda'ya gelmiş ve Hollanda vatandaşı Bay Hoogkamer birlikte yaşamaya başlamıştır. 1996 yılında ise, Rachael adlı kızları doğmuştur. Rachael, babası tarafından tanındıktan sonra Hollanda vatandaşlığını kazanmış, 1997

Mahkeme, başvuru Rodrigues da Silva 1994 yılından beri ülkede yaşamakta ise de, onun ülkede bulunmasının hiçbir zaman yasal olmaması sebebiyle ikamet izni talebinin reddedilmesinin aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını engellemediğini belirtmiştir. Ancak, bu davada cevaplandırılması gereken soru, Hollanda makamlarının başvurucuya Hollanda'da ikamet etmesi için izni verme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve başvuruçuların ülkelerinde aile hayatlarını sürdürme ve geliştirme imkânına sahip olup olmadıklarıdır<sup>73</sup>. Mahkeme bu davada da daha önceki kararlarında belirttiği bazı ilkeleri tekrarlamaktadır. Buna göre, devletlerin 8. maddeden doğan pozitif yükümlüklerine uygun hareket etmeleri ve bunu yaparken de bir bütün olarak toplumun yararları ile bireylerin yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. Ancak burada devletler belirli bir ölçüde takdir hakkına sahiptir. Üstelik 8. madde, bir devlete göçmenlerin ikamet etmek istedikleri ülkeyi seçme hakkına saygı gösterme ve kendi topraklarında aile birleşimine izin verme konusunda genel bir yükümlülük getirmemektedir. Bununla beraber bu dava, göçle olduğu kadar aile hayatı ile de ilgilidir. Bir devletin ülkesinde ikamet eden kişilerin akrabalarını ülkeye kabul yükümlülüğünün sınırı kamu yararı ve kişinin içinde bulunduğu özel duruma göre değişecektir<sup>74</sup>.

Mahkeme, bu davada çocuğun (Rachael) durumunu ön planda tutarak, annesiyle Brezilya'ya dönmesinin kabul edilemez olduğu sonucuna varmıştır. Zira, çocuğun annesi ile büyük anne-babası tarafından birlikte büyütülmüş olmasından dolayı aralarında çok sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Annenin ikamet izninin reddi ve sınır dışı edilmesi çocuk ile anne arasında düzenli bir ilişki sürdürülmesini imkânsız kılacak ve aralarındaki bağın kesilmesine yol açacaktır. Oysa ki, üç yaşındaki çocuğun annesi ile olan ilişkisini sürdürmesi zorunludur<sup>75</sup>. Tüm bu durumlar göz önünde bulundurulduğunda, çocuk için en iyi olan annesinin Hollanda'da kalmasıdır. Annenin sınır dışı edilmesi devletin sorumluluğuna yol açacaktır. Başvuruçunun çocuğu doğduğunda ülkede kaçak olarak ikamet etmesine rağmen, bu davanın özel şartları göz önünde tutulduğunda, 8. maddeden doğan hakları ülkenin ekonomik refahına göre daha ağır basmaktadır. Sonuç olarak, farklı yararlar arasında adil bir denge kurulmadığından, 8. madde ihlal edilmiştir<sup>76</sup>.

Görüldüğü gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre, AİHS'nin 8. maddesi aile birleşimi hakkını güvence altına almamaktadır<sup>77</sup>. Mahke-

yılında annesi ile babası ayrılınca, mahkeme kararı ile babasının yanında kalmaya başlamıştır. Bu sırada, Rodrigues da Silva ikamet izni için yetkili makamlara başvurmuş ancak başvurusu ülkede kaçak çalışarak vergi ödemediği ve sosyal güvenlik kuruluşlarına katkıda bulunmadığı vb. gerekçelerle reddedilmiştir.

<sup>73</sup> Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Hollanda, Paragraf, 38.

<sup>74</sup> Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Hollanda, Paragraf, 39.

<sup>75</sup> Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Hollanda, Paragraf, 41-42

<sup>76</sup> Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Hollanda, Paragraf, 44.

<sup>77</sup> Anja WIESBROCK, Court of Justice of the European Union: The Right to Family Reunification of Third-Country Nationals under EU Law, *European Constitutional Law Review*, 6, 2010, s. 473.



me, önceki kararlarında aile birleşimi konusunda devletlerin takdir yetkisinin sınırlarını oldukça geniş çizmiş; aile üyelerinin ülkeye kabulünün veya vatandaş olmayan aile üyelerinin sınırdışı edilmesi suretiyle ailenin parçalanmasının Sözleşme'nin 8. maddesini ihlalini bazı ağır şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır<sup>78</sup>. Sözü edilen bu şartlardan birincisi, aile üyeleri arasında yakın bir ilişki bulunmasının yanı sıra gerçek bir aile hayatı da mevcut olmalıdır. İkinci olarak, "aile hayatına saygı gösterme" yükümlülüğü ihlal edilmelidir. Eğer başka bir ülkede aile birleşimi mümkün olabileceyse, ihlal söz konusu olmayacaktır. Ne var ki, her olayda bu şartların gerçekleşmesini aramak Sözleşme'nin ihlalini zorlaştırmaktadır<sup>79</sup>. *Sen v. Hollanda* ve *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Hollanda* kararlarında ise, devletin sahip olduğu geniş takdir yetkisinin somut olayın özelliğine göre, sınırlandırılabilmesi kabul edilmekle birlikte<sup>80</sup>, bu kararlar Mahkemenin önceki içtihatlarından tamamen vazgeçtiği anlamına gelmez<sup>81</sup>. Yine de bu kararlar aile birleşimi açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Özellikle, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Hollanda* davasında aile birleşimi hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunan kişinin ülkede yasal olarak ikamet etmediği göz önünde bulundurulacak olursa kararın önemi daha net bir şekilde ortaya çıkacaktır.

### b. (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı

1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartının ve onun yerini almak üzere hazırlanan 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartının<sup>82</sup> 19. maddesinin 6. paragrafı aile birleşimi hakkını düzenlemektedir. Maddeye göre, taraf devletler; "ülkede yerleşmesine izin verilmiş bir yabancı çalışanın ailesinin yeniden birleşmesini, olabildiğince kolaylaştırmayı taahhüt ederler"<sup>83</sup>. Bu hüküm gereğince, akit taraflar ülkelerinde yerleşmelerine izin verdikleri yabancı işçilerin<sup>84</sup> aile birleşimini "kolaylaştırma" hususunda bir yükümlülük altına girmiştir<sup>85</sup>. Buna göre, taraf devletler göçmen işçi-

<sup>78</sup> CHOLEWINSKI, 341

<sup>79</sup> CHOLEWINSKI, 341

<sup>80</sup> SCHMIDT, 31; WIESBROCK, 473.

<sup>81</sup> SCHMIDT, 36.

<sup>82</sup> Türkiye, 18.10.1961 tarihinde Torino'da kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı'nı 18.10. 1961 tarihinde imzalamış ve 16.06. 1989 tarihinde 3581 sayılı Kanun ile onaylamıştır (RG: 04.07.1989 – sy. 20215) ; Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartı ise, 06.10.2004 tarihinde imzalamış ve 27.09. 2006 tarihli ve 5547 sayılı Kanunla onaylanmasını uygun bulmuştur (RG:09.04.2007- sy.26488).

<sup>83</sup> Şart'a göre; madde 19. fıkra 6 hükmünün uygulanmasında "bir yabancı çalışanın ailesi" teriminden, en azından çalışanın eşi ile kabul eden Devlet tarafından küçük sayıldıkları ve göçmen çalışana bağımlı oldukları sürece evlenmemiş çocukları anlaşılır. (Şart'ın Ek bölümü).

<sup>84</sup> Bağımsız Uzmanlar Komitesi, bu yükümlülüğün bağımsız çalışanları da kapsadığını belirtmiştir. Bkz. CHOLEWINSKI, 344, dn. 289.

<sup>85</sup> 1961 tarihli Sosyal Şart'ın hazırlık çalışmalarına bakıldığında, maddenin ilk şeklinde daha güçlü bir ifadeye yer verilmekte ve aile birleşimi bir "hak" olarak kabul edilmekteydi. Bkz. CHOLEWINSKI, 345.

lerin barınmalarına yardımda bulunmalı ve bunun için gerekli yasal düzenlemeleri yapmalıdır<sup>86</sup>.

Şart'ın 19. maddesinin 6. paragrafından doğan bu yükümlülük, Sosyal Haklar Komitesinin gözetimine tabi olacak şekilde, devletlerin aile birleşimini bir takım şartlara bağlamalarına ve sınırlamalar getirmelerine engel olmamaktadır<sup>87</sup>. Nitekim, mevsimlik işçiler veya kısa süreli ve uzatılamayan iş sözleşmesi ile çalışanlar gibi belirli grup göçmen işçiler hükmün kapsamı dışında tutulmaktadır. Aynı şekilde taraf devletler, aile birleşimi için göçmen işçilerin ülkede, çok uzun olmamak şartıyla, belli bir süre bulunmuş olma şartını arayabilir. Aile birleşimi için getirilen göçmen işçilerin ailelerinin bakımı için yeterli mali kaynağa sahip olma şartı da, makul olduğu müddetçe, haklı görülebilir diğer bir kısıtlamadır<sup>88</sup>. Kamu sağlığını tehlikeye sokacak derecede ciddi bir hastalık sebebiyle de bir göçmen işçinin aile üyelerinin aile birleşimi amacıyla ülkeye giriş yapması da engellenebilir<sup>89</sup>. Ancak, bir devlet kamu yararı veya kamu sağlığı gibi sebeplerle sakat veya hasta çocukların ülkeye girişin yasaklayamaz<sup>90</sup>.

Taraf devletlerin yükümlülüklerine uyup uymadıklarını değerlendirmekle görevli Bağımsız Uzmanlar Komitesi m.19/6 hükmünü, devletlerin göçmen işçilerin aile birleşimine getirdikleri kısıtlamalar karşısında, geniş yorumlamaktadır. Komite'ye göre, m.19/6'nın amacı, aile birleşimini mümkün kılacak şartları oluşturma konusunda üye devletlere yükümlülük getirmektir. Bu hüküm, taraf devletlere söz konusu yükümlülükten kurtulmaya yönelik kısıtlayıcı düzenlemeler yapma izni verdiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Şart'ın 19.madde 6. Paragraf hükmü aynı zamanda 16. madde ile birlikte yorumlanmalıdır<sup>91</sup>. Zira, 16. madde devletlere aile yaşamının ekonomik, yasal ve sosyal bakımdan korunması ve geliştirilmesi yükümlülüğü getirmektedir<sup>92</sup>.

<sup>86</sup> APAP-SITAROPOUOS, 10.

<sup>87</sup> Bülent ÇİÇEKLİ, Avrupa Sosyal Şartının Yabancılara Sağladığı Güvenceler ve Türkiye, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:22, Sy.1, 2002, s. 45.

<sup>88</sup> Bağımsız Uzmanlar Komitesine göre; üç yıllık bekleme süresi veya Almanya'nın ikinci nesil göçmenlerin eşlerini yanlarına alabilmek için aradığı ülkede sekiz yıl ikamet ya da en az bir yıllık evli olma şartları ya da uzatılabilir belirli süreli sözleşmelerle çalışanların ailelerinin ülkeye girişinin reddi m.19/6 hükmüne aykırılık oluşturmaktadır. Bkz. CHOLEWINSKI, 345.

<sup>89</sup> ÇİÇEKLİ, Sosyal Şart,46; CHOLEWINSKI, 346.

<sup>90</sup> CHOLEWINSKI, 346.

<sup>91</sup> CHOLEWINSKI, 344.

<sup>92</sup> Bağımsız Uzmanlar Komitesi, m.16/6'daki "kolaylaştırma" yükümlülüğünün, göçmen işçilere ve ailelerine uygun konut bulmada yardım etme şeklinde pozitif bir yükümlülüğü içerdiğini belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. CHOLEWINSKI, 344.

### c. Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi

Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesinde<sup>93</sup> aile birleşimi hakkına açıkça yer verilmiştir. Sözleşme'ye göre; "taraf bir devlet ülkesinde yasal olarak çalışan göçmen işçinin<sup>94</sup> eşi ve kabul eden devlet mevzuatı uyarınca reşit olmayan evlenmemiş çocukları göçmen işçinin yanına gelme hakkına sahiptir" (m.12/1).

Sözleşme'de, çekince koyulabilecek maddeler arasında 12. maddenin yer almaması maddenin önemini vurgulamakta ise de, maddedeki aile birleşimi hakkının etkisinin zayıflamasına yol açabilecek çok sayıda "kaçış maddesine" (escape clause) yer verilmiştir<sup>95</sup>. İlk olarak, aile birleşimi, göçmen işçinin çalıştığı bölgedeki yerli işçilerin oturdukları gibi normal bir konutu bulunması şartına bağlanmıştır (m.12/1). Ancak, Sözleşme taraf devletlere göçmen işçilerin konut bulmaları hususunda özel bir yardım sağlama yükümlülüğü getirmemiştir<sup>96</sup>. Ayrıca, taraf devletlere aile birleşimi için 12 aya kadar bir bekleme süresi koyma izni verilmiştir. Diğer "kaçış maddeleri" ise, aile birleşimlerinin, göçmen işçinin, ailesinin ihtiyaçlarını karşılayabilecek yeterli ve sürekli kaynaklara sahip olması ek şartına bağlanabilmektedir (m.12/2). Böylece, işsiz veya sosyal yardım alan göçmen işçiler "yeterli ve sürekli kaynak" sahibi sayılmadıklarından<sup>97</sup> aile birleşimi dışında bırakılabilecektir.

Sözleşmenin en önemli kaçış maddesi ise, taraf devletlere her zaman, ülkenin bir veya birden fazla bölgesi için aile birleşimine izin verme yükümlülüğünü tek taraflı bir karar ile geçici olarak yerine getirmeme yetkisi veren hükümdür (m.12/3)<sup>98</sup>. Maddede, bu yükümlülüğün kurtulmanın ülkenin tamamını kapsamayacak şekilde ve geçici olacağı belirtilmekle birlikte, sınırlamanın süresi konusunda herhangi bir belirlemenin olmaması önemli bir eksikliklerdir<sup>99</sup>.

<sup>93</sup> 24.11.1977 tarihli Sözleşme Türkiye tarafından onaylanmıştır ( RG: 27.01.1981-sy: 17233)

<sup>94</sup> Sözleşme'ye göre, "göçmen işçi" terimi sözleşmeye taraf devletlerden biri tarafından ülkesinde ücretli bir iş görmek üzere oturmasına izin verilmiş olan diğer bir taraf devlet vatandaşını ifade eder (m.1/1).

<sup>95</sup> CHOLEWINSKI, 346

<sup>96</sup> CHOLEWINSKI, 346.

<sup>97</sup> CHOLEWINSKI, 347.

<sup>98</sup> Bu hüküm maddeye eklenişi hakkında bkz. CHOLEWINSKI, 347

<sup>99</sup> Bkz. CHOLEWINSKI, 347; JOHN, 8. Sözleşme'nin 12. maddesinin 3. fıkrası ile aile birleşimine getirilen istisna, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yapılacak (bu yetkiyi kullanmayı haklı kılan nedenleri içeren) beyandan bir ay sonra geçerli olacak ve diğer uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükleri ihlal etmeyecektir. Yine Sözleşmenin 36. maddesi uyarınca kurulan Danışma Komitesi, 12. maddenin 3.fıkra hükümlerinin uygulandığı zaman taraflardan birinin talebi üzerine toplanır (m.36/6).

## SONUÇ

Aile birleşimi, ailenin birlikte yaşamını mümkün kılmak bakımından gereklidir. Ancak, aile hayatı veya aile birleşimine ilişkin hükümler içeren sözleşmelerde aile birleşiminin önemi belirtilmekte ve devletlere tavsiyelerde bulunulmakta; ancak devletlere diğer aile üyelerinin ülkeye girişlerine izin verme hususunda kesin bir yükümlülük getirmemektedir. Bazı Sözleşmelerde yer alan “aile birleşimini mümkün olduğu kadar kolaylaştırma” gibi ifadeler, bu hakkın gerçek anlamda uygulanabilir bir hak olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Bu durum, aile birleşiminin yabancı göçü ile yakından bağlantılı olmasından kaynaklanmaktadır. Zira, devletler yabancıları ülkeye kabul ve yerleşmeye izin vermeye ilişkin egemenlik haklarının sınırlandırılacağı düşüncesiyle bu hakkın sözleşmelerde güvence altına alınmasına olumlu yaklaşmamaktadır.

Aile birleşimi konusunda hüküm içeren uluslararası sözleşmelerde devletleri yeterince sınırlayan hükümlere yer verilmemiş olması ve taraf devletler için somut bir yükümlülük getirilmeyip bu konunun iç hukuklara bırakılmış olması, devletlerin aile birleşimi başvurularını değerlendirirken tamamen serbest oldukları anlamına da gelmez. Sözleşmelerde, taraf devlet vatandaşları için bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak bu Sözleşmelerde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hariç, taraf devletlerin yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde, hakları ihlal edilen kişiler için yasal başvuru yolları düzenlenmiş değildir.

Bu bağlamda, incelediğimiz Sözleşmeler arasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel bir ağırlığının olduğu belirtilmelidir. mevcuttur. Her ne kadar “aile birleşimi” Sözleşme’de açıkça düzenlenmemiş ise de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aile birleşiminin ihlaline ilişkin başvuruları “aile hayatına saygı gösterme yükümlülüğünü” düzenleyen 8. maddesi çerçevesinde ele almaktadır. AİHM kararlarında 8. maddenin devletlere, yabancılara (göçmen işçilere) aile birleşimi konusunda genel bir yükümlülük getirmediği vurgulanmış olsa da, aile birleşimi taleplerini değerlendirirken özel durumları dikkate alarak kişisel yarar ile kamu yararı arasında adil bir denge kurma yükümlüğü bulunduğu açıkça hükmetmiştir.

Devletlerin ülkelerine yönelik göç taleplerine karşı aldıkları sıkı tedbirler karşısında, aile birleşiminin yabancılar için en önemli yasal dayanak haline geldiği ve günümüzde uluslararası yasal göçün büyük bir bölümünü oluşturduğu gözden kaçırılmamalıdır.

## **KAYNAKÇA**

- AKINTÜRK**, Turgut - **ATEŞ KARAMAN**, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.II, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.
- APAP**, Joanna- **SITARPOULOS**, Nicholas: The right to family unity and reunification of third country migrants in host states:Aspects of international and European law,June 2001, (www. december18.net/ppaper53EurFamilyReunification.pdf)
- ATAK**, Songül: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Kararlarında Yabancıların Aile Yaşamı Hakkı, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: XI, sayı: 1-2, 2007 (105-127).
- AVRUPA SOSYAL ŞARTI**, Temel Rehber, Çev. Bülent ÇİÇEKLİ, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.
- BROWLINE**, Ian: Principles of Public International Law, 4th Ed., New York, 1990.
- CHOLEWINSKI**, Ryszard: Migrant Workers in International Human Rights Law, Oxford,1997.
- ÇİÇEKLİ**, Bülent: Avrupa Sosyal Şartının Yabancılara Sağladığı Güvenceler ve Türkiye, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:22, Sy.1, 2002 (21-55) (Sosyal Şart)
- ÇİÇEKLİ**, Bülent: Uluslararası Hukukta Yabancıların Hak ve Özgürlükleri, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 3, Sayı 12, 2007 (1-14). (Yabancılar)
- DUTERTRE**, Gilles: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, Avrupa Konseyi Yayınları, 2005.
- ERGÜL**, Ergin: AİHS ve Türk Hukukunda Sınırdışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012.
- FAMILY REUNIFICATION**, OHCHR Migration Papers, November 2005 <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/familyreunification.pdf>
- JOHN**, Arturo: Family Reunification for Migrants and Refugees: A Forgetton Human Right?A Comparative Analysis of Family Reunification under Domestic Law and Jurisprudence, International and Regional Instruments, ECHR Caselaw and the EU 2003 Family Reunification Directive, <http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/arturojohn.pdf> (12.2.2014)
- LAWSON**, Rick: Family Reunification Directive – Court of Justice of the European Communities, European Constitutional Law Review, Volume 3, Issue 02, June 2007 (324-342).

- OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW**, Volume I, Peace, Edt. Robbert JENNINGS-Arthur WATTS, 9th Ed., London, 1992.
- SCHMIDT**, Julia Margearethe: Family Renification, Thesis in Advanced European and International Studies, 2006.
- STAVER**, Anne Family Reunification: A Right for Forced Migrants?, Refugee Studies Centre, Working Paper Series No: 51, University of Oxford November 2008.
- STAVER**, Anne: Family reunification policies and diverse family life: a fraught relationship. (<http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2010/Staver.pdf>)
- THYM**, Daniel: Respect For Private And Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right To Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 57, January 2008, (87-112)
- WIESBROCK**, Anja: Court of Justice of the European Union: The Right to Family Reunification of Third-Country Nationals under EU Law, *European Constitutional Law Review*, 6, 2010 (462-480).

# İŞ HUKUKU BOYUTUYLA TÜRKİYE'DE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBING) VE DÜNYADAN ÖRNEKLER (*Psychological Harassment in Turkish Labor Law and Global Applications*)

Arzu ARSLAN ERTÜRK\*

## ÖZET

Bu makalede, günümüzde çalışma hayatının önemli bir sorunu olarak karşımıza çıkan, işçinin gerek kişilik haklarına ve sağlığına gerekse kariyerine ağır şekilde zarar veren psikolojik taciz (mobbing) süreci incelenmektedir. Bu kapsamda, psikolojik taciz kavramı, tanımı, unsurları, ortaya çıkışı, sonuçları, konuya ilişkin mevcut kanuni düzenlemeler, Yargıtay'ın ilgili kararları da dikkate alınmak suretiyle açıklığa kavuşturulmaktadır. Yine uluslararası alanda sergilenen bakış açısına örnek teşkil etmesi amacıyla, bazı ülkelerin psikolojik tacize ilişkin yasal düzenlemeleri de ele alınmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Psikolojik taciz, mobbing, psikolojik şiddet, manevi taciz, taciz.

## *Abstract*

The aim of this article is to review the psychological harassment issue that heavily damages the worker's personal rights, health and professional career, and which also is one of the important problems that we encounter in the professional life of today. Within this context, the concept of psychological harassment, definition, factors, occurrence, results, related legal regulations are being clarified while also taking decisions of the Turkish Supreme Court into consideration. In addition to these, in order to provide examples for the global perspective, legal regulations of some countries regarding psychological harassment are also reviewed.

**Keywords:** Psychological harassment, Mobbing, Psychological violence, Harassment, Bullying, Moral harassment.

---

\* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## Giriş

Psikolojik taciz (mobbing), günümüzde tüm kültürlerde ve tüm iş kollarında; cinsiyet, yaş, tecrübe hiyerarşi, eğitim gibi bir takım farklar gözetmeksizin karşılaşılan bir davranış biçimidir. Bu davranış biçimi eski olmasına rağmen kavram olarak ortaya çıkışı oldukça yenidir<sup>1</sup>. Psikolojik taciz önceleri, küreselleşmenin beraberinde getirdiği rekabet ortamından kaynaklanan, artan bu rekabet ortamında, çalışanların birbirlerine uyguladığı bir baskı olarak düşünülmüştü. Ancak zaman içerisinde bu baskının boyutu ve şiddeti genişleyerek artmış, hem işçi hem de işyeri açısından ciddi olumsuz kayıplara sebep olan bir işyeri terörüne dönüşmüştür<sup>2</sup>.

Psikolojik taciz öncelikle Avrupa'da ve Amerika'da 1990'lı yılların başında hukuk literatürüne girmiş ve mağdura hukuki koruma sağlamak amacıyla uygun yasal zemin inşa edilmeye başlanmıştır. Türkiye'de psikolojik taciz olgusu 2005 yılından bu yana tartışılmaktadır. Son yıllarda bu konu hakkında yürütülen farkındalık çalışmaları ve mağdurların açtığı emsal davalar ile psikolojik taciz, ülkemizde gündem güne dikkat çeken ve önem kazanan bir olgu haline gelmiştir. Bunda basının etkisi de gözardı edilemeyecek kadar büyüktür. Zira basın psikolojik tacize ilişkin mahkeme kararlarına detaylı bir şekilde yer vermekte, dava sonucunda ceza alan davalıların ünvanlarıyla ve isimleriyle ifşa etmekte ve verilen cezalara dikkat çekmektedir. Bu durum ise, iş hayatında gerek işyerindeki verimlilik açısından gerekse çalışanların psikolojileri açısından büyük önem taşıyan böylesine bir konunun sürekli gündemde kalmasını sağlamaktadır<sup>3</sup>.

Psikolojik taciz kavramı değişik açılardan tıp, psikoloji, insan kaynakları ve hukuk gibi pek çok alanı ilgilendiren bir kavramdır. Özellikle çalışma hayatı kapsamında değerlendirildiğinde, psikolojik tacizin önlenmesinin insan kaynaklarının görev alanı içerisinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Şöyle ki; söz konusu kavram öncelikle kurumların ve işyerlerinin insan kaynakları departmanlarında değerlendirilmeli ve gerekli önlemler alınmalıdır. Zira bir işyerinde psikolojik taciz olaylarının dallanıp budaklanmasının, olayın herhangi bir mağdur tarafından dava konusu edilmesinin ve ardından da basına yansımalarının bu işyerinin kurumsal kimliğine zarar vereceği şüphesizdir. Diğer yandan, psikolojik taciz olaylarının ardından, işyerinde çalışanlarda gözlenen performans düşüklüklerinin, devamsızlıkların, işten ayrılmaların, dava giderlerinin, ödenecek tazminatların, sağlık giderlerinin, erken emeklilik maliyetlerinin getireceği maddi yük de oldukça yüksektir<sup>4</sup>. Ancak

<sup>1</sup> Güzel ve Ertan, 2007: 511; Demircioğlu, 2007: 115; Ergin, 2010: 245; Özgün, 2014: 1; Büyükkılıç, 2012: 72; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi, 2014: 7.

<sup>2</sup> İlhan, 2010: 1175; Akı, 2011: 87.

<sup>3</sup> Arslan Ertürk, 2012: 47.

<sup>4</sup> Cobb, 2012: 7; Ayrıntılı bilgi için bkz. Preventing Violence and Harassment in the Workplace at: <http://www.workplacebullying.org/res/articles/F6.pdf>.



buna rağmen günümüzde işyerlerinde, adlandırılan veya adlandırılmayan sayısız psikolojik taciz olayının yaşandığı ve hatta bazı büyük işletmelerin dahi insan kaynakları stratejilerini psikolojik taciz sayılabilecek pek çok esasa göre yapılandırdığı yaşanmakta olan bir gerçektir.

Diğer yandan, karşılıklı menfaatleri dikkate alındığında, işçi ve işveren her ne kadar birbirinin hasmı gibi görünse de, iş ilişkisi her iki tarafın karşılıklı menfaatlerinin dengede tutulmasını gerektiren bir ilişkidir. Taraflardan birisinin madden ya da manen zarara uğraması diğer tarafın da dolaylı olarak zarara uğraması sonucunu beraberinde getirecektir. Özellikle psikolojik taciz gibi bir durum söz konusu olduğunda, olayın işçi için olduğu kadar işveren için de tarafsız bir tutum içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu kavram işveren aleyhine de kötüye kullanılmaya açık bir kavramdır. Bu nedenle, asılsız psikolojik taciz suçlamalarının işveren aleyhine olduk olmadık bir şekilde kullanılmasının önüne geçmek, işçinin psikolojik tacize uğramasının önüne geçmek kadar önemlidir. Bunun sağlanabilmesi için, psikolojik taciz kavramının çok iyi bir şekilde tanımlanması, içeriğinin iyi bir şekilde doldurulması, olayların tarafsız bir şekilde değerlendirilmesi ve her iki taraf açısından da kötüye kullanılmalarının önüne geçecek yasal zeminin en iyi şekilde oturtulması gerekmektedir.

Yukarıda bahsettiğimiz şekliyle, birden fazla alanı ilgilendiren psikolojik taciz kavramı, bu çalışmamızda sadece konuya ilişkin İş Hukuku esasları dikkate alınarak incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle terimsel ve kavramsal olarak psikolojik taciz açıklığa kavuşturulduktan sonra konuya ilişkin Türk Hukukunda yer alan yasal düzenlemeler ile yaptırımlar ortaya konulacak ve dünyadan bazı örneklerle yer vermek suretiyle farklı ülkelerin konuya bakış açıları değerlendirilecektir.

### Terminoloji Sorunu

Literatürde psikolojik taciz kavramına ilişkin bir terminoloji sorunu mevcuttur. Zira bu kavram çeşitli ülkelerde farklı şekillerde adlandırılmaktadır:

Kuzey ülkeleri ile Anglosakson ülkelerinde “*mobbing*” olarak adlandırılan söz konusu kavram, Latince’de “kararsız kalabalık” anlamına gelen “mobile vulgus” teriminin “mob” kökünden türemiştir<sup>5</sup>. İngilizce’de çevresini kuşatma, topluca saldırma ya da sıkıntı verme anlamına gelen “*mobbing*” sözcüğü, daha çok bir hayvan sürüsünde zayıf üyenin diğer güçlü üyeler tarafından etrafının sarılıp yok edilmesini ifade etmek için kullanılmaktaydı<sup>6</sup>.

İş yaşamında *mobbing* kavramı ilk kez 1980’li yılların başında İsveç’te yaşayan psikolog *Heinz Leymann* tarafından kullanılmıştır. *Leymann*, çalışanlar arasında

<sup>5</sup> The New Webster Encyclopedic Dictionary of The English Language, Ed. Virginia S. Thatcher, New York, 1980: 541.

<sup>6</sup> Tınaz, 2006: 7; Savaş, 2007: 5; Tınaz ve Bayram ve Ergin, 2008: 3.

benzer tipte, uzun dönemli, düşmanca ve saldırgan davranışların varlığını saptamış ve bu davranışları “mobbing” sözcüğü ile ifade etmiştir<sup>7</sup>.

Terminolojide işyerinde bu çeşit benzer eylemleri ifade etmek için: bullying (zorbalık), work or employee abuse (iş ya da işçi tacizi), mistreatment (kötü muamele), emotional abuse (duygusal taciz), victimization (kurban etme), intimidation (gözdağı verme), verbal abuse (sözlü taciz), horizontal violence (yatay şiddet), psychological terror (psikolojik teör), psychological violence (psikolojik şiddet) gibi kavramlar da kullanılmaktadır<sup>8</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık ve Avustralya’da, psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek bir çok davranış, “zorbalık” anlamına gelen “bullying” terimi ile de ifade edilmektedir. Ancak “bullying” “mobbing”den farklı olarak, fiziksel saldırı ve tehdit anlamı da içermektedir. Bu nedenle iki terimin farklı kavramları ifade ettiği şüphesizdir. Söz konusu ülkelerde okul örgütlerinde geçen araştırmalarda “bullying” teriminin, işyerinde gerçekleşen araştırmalarda “mobbing” teriminin kullanıldığı görülmektedir<sup>9</sup>. Yine Avrupa’da Almanya, İtalya, Avusturya ile İsviçre’nin almanca ve italyanca konuşulan kantonlarında orjinal şekliyle “mobbing” terimi kullanılmaktadır.

Fransa’da söz konusu olguyu ifade etmek için “manevi taciz” anlamına gelen “le harcèlement moral” terimi ve Kanada’nın fransızca konuşulan Quebec Eyaleti iş kanunlarında “psikolojik taciz” anlamına gelen “harcèlement psychologique” terimi kullanılmaktadır<sup>10</sup>.

Yabancı kökenli bir kavram olması nedeniyle, mobbing kavramı ile ilgili olarak dünyada yaşanan terminoloji sorunu Türk literatürü için de mevcuttur. Türk Dil Kurumu bu sözcüğün Türkçe’deki karşılığına “bezdiri” olarak yer vermiştir<sup>11</sup>. Ancak söz konusu olguyu bilimsel zeminde tek bir sözcükle ifade etmek mümkün

<sup>7</sup> Tınaz, Bayram, Ergin, 2008:4; “Mobbing” terimini kullanmamakla beraber, bu konu hakkındaki ilk çalışmalar, Leymann’dan önce Amerikalı psikiyatrist Carroll Brodsky tarafından 1976 yılında, “zorbalık” (bullying) kavramı esas alınarak yapılmıştır. Brodsky bu kavramı “*bir kişi tarafından başkasına ızdırıp verme, başkasını yıpratma veya başkasından tepki almak için tekrar eden ve sürekli girişimler tacizdir.*” şeklinde tanımlamıştır. Bkz NG, 2010-2011:214; Guerrero, 2004: 480-481.

<sup>8</sup> Guerrero, 2004: 477; Tınaz, Bayram, Ergin, 2008: 6; Savaş, 2007: 7; Eser, 2012: 3; Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, 2011: 5; Cobb, 2012: 2 .

<sup>9</sup> Leymann, Heinz, “Psychological Terrorization -The Problem of Terminology”, The Mobbing Encyclopedia, <http://www.leymann.se/English/11310E.HTM> (Erisim tarihi: 02.02.2014); Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Clarke, 2011: 1263; Cobb, 2012: 3; Aynı yönde bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, 5-6; Tınaz, 2006:16; Savaş, 2007: 7; Tınaz, Bayram, Ergin, 2008: 7; İlhan, 2010: 1177.

<sup>10</sup> Béchamp, 2005: 1-2; Clarke, 2011: 1262; Tınaz, Bayram, Ergin, 2008: 6.

<sup>11</sup> Tınaz, eserinde bilimsel Türk Literatürü için “yıldırkaçır”deyiminin kullanılmasını önermektedir. Bkz, Tınaz, Bayram, Ergin, 2008: 11.

görünmemektedir. Bu nedenle pek çok internet sayfasında konuya ilişkin açıklamalarda aslından ayrılmaksızın “mobbing” sözcüğünün kullanılması tercih edilmiştir. Söz konusu olgunun nadiren “işyerinde duygusal taciz”, “duygusal saldırı”, “işyerinde moral taciz”, “işyeri sendromu”, “psikolojik şiddet” “işyerinde manevi taciz”<sup>12</sup> şeklinde kullanıldığı görülmektedir.

Türk Hukuk literatüründeki terminolojik gelişmeye göz attığımızda, “mobbing”in en çok “işyerinde psikolojik taciz” deymi ile ifade edildiği görülmektedir. Mobbing olgusunda işçiyeye bir taciz uygulandığı şüphesizdir. Ancak bu taciz fiziksel bir taciz olmayıp, hedef aldığı kişiyi, küçültücü, aşağılayıcı, dışlayıcı yok sayan sözlü davranışlarla ve yazılı beyanlara ortaya çıkan ve kişinin psikolojisini bozmaya yönelik bir tacizdir. Bu nedenle söz konusu eylemi ifade eden en uygun sözcük grubu “psikoloji taciz”dir<sup>13</sup>. İş Hukuku öğretisinde yapılan çalışmalarda da<sup>14</sup> “işyerinde psikolojik taciz” söylemi tercih edilmekte ancak kavramın tam anlamını ifade edebilme kaygısıyla, orjinal “mobbing” kelimesine de yer verilmektedir. Yine konuya ilişkin yargı kararlarında, öğretiye paralel olarak, “mobbing” teriminin “psikolojik taciz” deymiyle yan yana kullanıldığı görülmektedir<sup>15</sup>.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun<sup>16</sup>, işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin m. 417 hükmü, işçinin “psikolojik taciz”e karşı korunmasından bahsetmek suretiyle söz konusu terminoloji tartışmalarına son vermiştir. Kanun Koyucunun Borçlar Kanununda söz konusu kavrama türkçe bir karşılık ararken fazla zorlama ifadelerle gitmemesi, anlamı en yalın ve iyi şekilde ifade eden “psikolojik taciz” deyimini benimsemesi gayet yerinde bir yaklaşım olmuştur. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere “mobbing”, köken itibarıyla ulusal bir kavram olmayıp yabancı sistemlerden adapte edilmiştir. Kavramın Türkçe’de kelime olarak birebir karşılığının bulunmaması da bu durumun doğal bir sonucudur.

<sup>12</sup> Savaş, çalışmasında psikolojik tacizi yer yer cinsel taciz kavramıyla ilişkilendirmiş ve Fransızca’da kullanılan “harcèlement moral” teriminin Türkçe karşılığı olan “manevi taciz” söyleminin kullanımının doğru olacağını belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş, 2007: 8; Yine Mollamahmutoğlu ve Astarlı, “manevi taciz” ifadesini tercih etmektedir. Bkz. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2012: 747-748.

<sup>13</sup> Tınaz, Bayram, Ergin, 2008: 10.

<sup>14</sup> Bkz Güzel ve Ertan, Emre, 2007: 509-549; Bayram, 2007: 551-574; Çelik, “psikolojik taciz” ifadesinin yanında, “bezdiri” deyimine de yer vermektedir. Bkz. Çelik, 2012: 274; Tınaz, Bayram, Ergin, 2008:10; Süzek, 2013: 712 vd.; Narmanlıoğlu, 2012: 426; İlhan, 1177; Özgün, 2014: 2; Akı, 87, Büyükkılıç, 2012: 71 vd.

<sup>15</sup> Yarg. 9. HD 30.5.2008, E. 2007/9154, K. 2008/13307, Kazancı İçtihat Bankası; Yarg. 9. HD 14.3.2008 E. 2008/3122 K. 2008/4922, Çil, 2011: 465; Yarg. 9. HD 22.3.2010, E. 2010/10905, K. 2010/7511, Kazancı İçtihat Bankası; Yarg. 9. HD 4.11.2010, E. 2008/37500, K. 2010/31544, Kazancı İçtihat Bankası; Yarg. 9. HD 12.7.2011 E. 2009/13475 K. 2011/23573, Çil, 2011: 457-459; Yarg. 9. HD 10.5.2009 E. 2008/10408 K. 2009/26968, Çil, 2011: 463; Yarg. 9. HD 2.6.2009 E. 2008/375 K. 2009/15531, Çil, 2011: 463-464; Yarg. 9. HD 1.4.2011 E. 2009/8046 K. 2011/9717, Çil, 2011: 459-460.

<sup>16</sup> RG 4.2.2011, 27836.

Bu nedenle, TBK'da yer verilen "psikolojik taciz" ifadesinin yanında orijinal şekliyle "mobbing" deyiminin de kullanılabilir olması, kavramı tam olarak ifade edebilme kaygısının önüne geçilmesi açısından önem taşımaktadır.

## **Türkiye'de Psikolojik Taciz (Mobbing)**

### **Psikolojik Taciz Kavramı ve Belirleyici Unsurları**

#### **Psikolojik taciz kavramı**

Psikolojik taciz, işyerinde işçinin manevi kişiliğine yöneltilen, işveren, işveren vekili veya diğer işçiler tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan, kötü muamele, tehdit, şiddet, dışlama gibi düşmanca, aşağılayıcı ve yıldırıcı davranışlarla ortaya çıkan psikolojik bir terördür<sup>17</sup>. Bu kavramın, tek bir nedene bağlanamayacak kadar karmaşık olması nedeniyle, genel geçer bir tanımının yapılması ve sınırlarının kesin olarak belirlenmesi mümkün olmamıştır<sup>18</sup>. *Leymann* psikolojik tacizi, "bir veya birkaç kişi tarafından genellikle bir kişiye karşı sistematik bir biçimde uygulanan ve onu çaresiz ve savunmasız konuma iten, düşmanca ve etik olmayan bir iletişim biçimi" olarak tanımlamaktadır<sup>19</sup>. Psikolojik taciz kavramı üzerinde çalışan ve bu kavramın detaylarını ortaya koyan Fransız Psikolog *Marie-France Hirigoyen* ise 1998 tarihinde yazdığı eserinde psikolojik tacizi, "sözle, yazıyla, mimiklerle, bakışla ya da hareketle, tekrarlanmak ya da sistematik olarak uygulanmak suretiyle ortaya konan, işyerinde çalışanın kişiliğini, onurunu, fiziksel ya da ruhsal vücut bütünlüğünü ihlal eden ve aynı zamanda işyeri ortamını da bozan istismara yönelik davranışlar" olarak tanımlamıştır<sup>20</sup>.

**ILO**, "zalimce, kötü niyetli ve aşağılayıcı girişimler yoluyla bir bireye veya bir gruba zarar vermeyi amaçlayan saldırgan davranışları" psikolojik taciz olarak nitelendirmektedir<sup>21</sup>. Amerika-İş Sağlığı ve Güvenliği Ajansı (Occupational Society and Health Administration) *Psikolojik şiddet* olarak ele aldığı bu kavramı "İşyerinde gerçekleştirilen, kötü niyetli saldırgan eylemler veya taciz içerebilen şiddet" şeklinde genel bir ifadeyle tanımlamaktadır<sup>22</sup>. Yine İşyerinde Psikolojik Taciz Enstitüsü (The Workplace Bullying Institute ) psikolojik tacizi, "sindirme, tehdit sözlü taciz veya aşağılama ile çalışanların çalışmalarını engelleyerek onları sabote eden tekrarlanan

<sup>17</sup> Süzek, 2013: 408; Tınaz, 2006: 8; Bayram, 2003: 552; Mollamahmuoğlu ve Astarlı, 2012: 747; İlhan, 2010: 1177-1178; Özgün, 2014: 2; Akı, 87.

<sup>18</sup> Tınaz, 2006: 48; Savaş, 2007: 43; Guerrero, 2004: 478.

<sup>19</sup> Leymann, <http://www.leymann.se/English/11120E.HTM> (erişim tarihi 22.01.2014); Guerrero, 2004: 481; Cobb, 2012: 3.

<sup>20</sup> Hirigoyen, 2001, 13; Guerrero, 2004: 483; Cobb, 2012: 3.

<sup>21</sup> International Labour Office: Workplace Violence, 1998: 1; Cobb, 2012: 3.

Büyükkılıç, 2012: 79; Bayram, 2003: 552.

<sup>22</sup> Cobb, 2012: 4.

*kötü muamele*” olarak tanımlamaktadır<sup>23</sup>. Avrupa İş Sağlığı ve Güvenliği Kurumu (European Agency for Safety and Health at Work ) da psikolojik tacize ilişkin uluslararası tek bir tanımda mutabık kalamamıştır. Kurum “taciz”i “*çalışana ya da bir grup çalışana yöneltilmiş, onları mağdur etmeyi, aciz durma düşürmeyi, aşağılamayı ya da tehdit etmeyi amaçlayan, tekrarlanan ve makul olmayan davranışlar*” olarak ana hatlarıyla tanımlamaktadır<sup>24</sup>.

Türk İş Hukuku doktrininde konu ile ilgili kesin sınırları olan global bir tanımlamaya ihtiyaç olmadığı, İş Hukukunun barındırdığı temel ilkeler ve özel düzenlemeler çerçevesinde, hakimlerin önlerine gelen her olayın özelliklerine göre olayı yorumlayarak kavramın sınırlarını belirgin hale getirecekleri belirtilmektedir<sup>25</sup>. İşyerinde psikolojik taciz, bir yanıyla işçinin kişilik haklarını, iş sağlığını ve çalışabilirliğini etkileyen, diğer yanıyla da işverenin hukuki sorumluluğunu gerektiren, taraflarca kötü kullanıma açık bir İş Hukuku kavramıdır. Ayrıca kavramın hukukumuz için oldukça yeni olması, yerel bir kavram olmaması ve başka hukuklardan adapte edilmiş olması da bir belirsizlik yaratmaktadır. Bu nedenle, psikolojik taciz kavramının İş Kanununda açık bir şekilde düzenlenmesi, en azından genel çerçevesinin çizilmesi ve unsurlarının belirlenmesi, bu kavramın bazı benzer kavramlardan ayırıldılmesinin sağlanması açısından önemlidir. Ayrıca işyerinde psikolojik tacizin yaptırımının açık bir şekilde ortaya konulması, tarafların hak ve sorumluluklarının belirginleşmesi açısından önem taşımaktadır. Bu nedenle, İş Hukukunun temel ilkelerine ve yargı kararlarının yorumuna bırakılmaksızın, konuya ilişkin esaslı düzenlemelerin öncelikle İş Kanununda yapılması kanaatimizce önem taşımaktadır. Yapılacak uygun hukuki düzenlemelerin ardından, somut olayın özelliklerine göre hüküm ihdas eden yargı makamları, iş kanunlarında yer alan temel ilke ve prensipler ışığında konuya daha sağlıklı bir şekilde yön verecektir.

Türk iş kanunlarında işçiye yönelik psikolojik tacizi tanımlayan, yasaklayan ve yaptırıma bağlayan açık ve doğrudan bir hüküm mevcut değildir. Bununla birlikte, 4857 sayılı İş Kanununda, psikolojik taciz niteliği taşıyan bazı hukuka aykırı davranışları yaptırıma bağlayan ve işçinin maruz kalacağı bu tip davranışlar karşısında işverenin sorumluluğunu öngören dolaylı hükümler mevcuttur.

Psikolojik taciz kavramına 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer verilmiştir. TBK'nın “İşçinin kişiliğinin korunması” başlıklı m. 417 hükmünde işverene, işçilerin psikolojik tacize ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacize uğramış

<sup>23</sup> Cobb, 2012: 3.

<sup>24</sup> Cobb, 2012: 3.

<sup>25</sup> Öğretide, İş Hukukunda yapılan düzenlemelerin amacının işverenin hatalı davranışının cezalandırılması olduğu, bu nedenle yapılacak kesin tanımlamaların uygulama alanını daraltacağı, söz konusu durumun ise İş Hukukunun esnek yapısına uygun olmayacağı, Ceza Hukukunun aksine İş Hukukunda global ve belirli bir tanımlamaya gidilmesinin tehlikeli olabileceği üzerinde durulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş, 2007: 44.

olanların da daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü yüklenmiş; bu yükümlülüğe aykırılığın tazmini, sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere tabi kılınmıştır. Ancak söz konusu hüküm salt psikolojik tacizi düzenleyen bir hüküm olmayıp, bu kavramı daha genel bir şekliyle işçinin kişilik hakları kapsamında ele almaktadır. Bu nedenle hüküm, işçinin psikolojik tacize uğraması halinde işverene sorumluluk yüklemekle beraber, psikolojik taciz kavramına ilişkin herhangi bir tanıma ya da açıklamaya yer vermemektedir.

İşyerinde psikolojik tacizle mücadele edilmesi yolunda atılan en önemli adımlardan birisi Başbakanlığın yayınladığı “İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbingin) Önlenmesi” konulu genelgedir<sup>26</sup>. Kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör işyerlerine yönelik olan genelgede söz konusu taciz, “*Kastlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışmanı aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik taciz*” şeklinde ifade edilmiştir. Genelge işçiye uygulanan psikolojik tacizin önlenmesini, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak ve çalışma barışını geliştirmek kapsamında ele almış ve bu doğrultuda bir takım tedbirler öngörülmüştür. Bu tedbirler sırasıyla şöyledir:

1. İşyerinde psikolojik tacizle mücadele öncelikle işverenin sorumluluğunda olup işverenler çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri alacaktır.

2. Bütün çalışanlar psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve davranışlardan uzak duracaklardır.

3. Toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterilecektir.

4. Psikolojik tacizle mücadeleyi güçlendirmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi, ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlanacaktır.

5. Çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla “Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu” kurulacaktır.

6. Denetim elemanları, psikolojik taciz şikayetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandıracaktır.

7. Psikolojik taciz iddialarıyla ilgili yürütülen iş ve işlemlerde kişilerin özel yaşamlarının korunmasına azami özen gösterilecektir.

<sup>26</sup> Genelge 2011/2, RG. 19.03.2011 Tarih, Sayı 27879.

8. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve sosyal taraflar, işyerlerinde psikolojik tacize yönelik farkındalık yaratmak amacıyla eğitim ve bilgilendirme toplantıları ile seminerler düzenleyeceklerdir.

Konuya ilişkin Yargıtay kararlarına baktığımızda, psikolojik tacize yönelik net bir tanım kullanıldığı görülmektedir. Yargıtay'a göre psikolojik taciz<sup>27</sup>, “*işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanları ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışlar*”dır.

Doktrinde yer verilen tanımlar, genelgede yer alan ifadeler ve Yargıtayın benimsemiş olduğu tanımdan yola çıkarak daha belirleyici bir tanımlama yapmak gerekirse psikolojik taciz; *aynı kişi ya da kişileri hedef almak suretiyle, çalışan kişiyel kişilere, üstleri, eşit düzeyde çalışanlar, astları veya işyeri ile bağlantılı 3. kişiler tarafından, sindirmek, yıldırım, bezdirmek, itaate zorlamak amacıyla, sistemli ve bilinçli bir şekilde uygulanan, belirli bir süre devam eden, varlığı hareket, söz ve yazı ile keskinleşen, çalışanın kişiliğine, sağlığına ve çalışma yaşamına ağır bir biçimde zarar veren duygusal saldırı niteliğinde ve nadiren de şiddet içeren her türlü kötü muamele, tehdit ve aşağılama şeklindeki davranışlardır*<sup>28</sup>.

### **Belirleyici Unsurları**

İşyerinde meydana gelen her rahatsız edici davranış psikolojik taciz değildir. İşçinin işyerinde maruz kaldığı bir davranışın psikolojik taciz olarak nitelendirilebilmesi için zorunlu bazı unsurları içermesi gerekmektedir:

Psikolojik tacizin varlığından söz edebilmek için öncelikle, taciz olarak nitelendirilecek davranış işyerinde meydana gelmelidir<sup>29</sup>. Şüphesiz ki buradaki işyeri kavramı belirlenirken İş K. m.2'deki yasal esasların yanında, üretim yapısının ve çalışma türlerinin değişmesiyle beraber, modern İş Hukukunda esas alınan “işverenin iş organizasyonuna dahil olma” ölçütü de değerlendirilmelidir. Zira günümüzde işyeri eski dönemlerde olduğu gibi fiziki mekanla sınırlandırılabilir bir nitelik taşımamaktadır. Artık işyeri işverene bağımlılığın tespitinde yararlanılan göstergelerden birisi olup önemli olan “işin yapıldığı yer” değil, işçinin “işverenin iş organizasyonuna dahil olmasıdır”<sup>30</sup>. Bu durumda, işyerinde başlamak veya yapılan işle bağlantılı olmak kaydıyla, aynı işverenin iş organizasyonu dahilinde çalışan işçiler, astları ve üstleri arasında, mağdurun mesleki geleceğine zarar vermek kastıyla, fiziki işyeri ortamı dışına taşan, yazılı, sözlü olarak, gerçek ortamlarda ya da internet ortamında gerçekleşen psikolojik taciz nitelikli davranışlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

<sup>27</sup> Yarg. 9. HD., 30.05.2008 T., E. 2007/9154, K. 2008/13307; Yarg. 9. HD., 23.06.2008 T., E. 2007/42976, K. 2008/17137.

<sup>28</sup> Benzer tanımlar için bkz. Büyükkılıç, 2012: 73; Tınaz, 2006: 8.

<sup>29</sup> Büyükkılıç, 2012: 79.

<sup>30</sup> Doğan Yenisey, 2007: 85.

Bir işyerinde yaşanan psikolojik taciz olayının mağduru, o işyerinde çalışan kişi veya kişilerdir. Bu tür davranışları genellikle işveren ya da yönetici konumundaki “üst”, işçi konumundaki “ast”a yönelik olarak gerçekleştirmektedir (düşey psikolojik taciz). Yine eşit şartlar altında, aynı konumda çalışanlar arasında da psikolojik taciz olayları yaşanabilmektedir (yatay psikolojik taciz). İşçi konumundaki ast’ın yönetici konumundaki “üst”üne psikolojik taciz uygulaması (dikey psikolojik taciz) ise nadir görülen bir davranış biçimidir<sup>31</sup>. Bu noktada doktrinde tartışmalı olan husus, işyerinde çalışan sıfatı taşımayan müşteri, tedarikçi veya alt işveren gibi 3. kişilerin psikolojik taciz olayının faili olup olamayacağıdır. ILO, hangi seviyede olursa olsun yöneticinin, iş arkadaşının hatta müşterinin sergilediği bu niteliği taşıyan davranışların psikolojik taciz oluşturacağını kabul etmektedir<sup>32</sup>. Doktrinde işyeri dışındaki kişilerce gerçekleştirilen eylemlerin psikolojik taciz olarak nitelendirilerek kavramın sınırlarını genişletmenin doğru olmadığı, bu tür davranışların sadece Türk Ceza Kanunu kapsamında değerlendirileceği ileri sürülmektedir<sup>33</sup>. Ancak işyerinde meydana gelecek psikolojik taciz niteliği taşıyan bir eylem ister çalışanlar tarafından isterse de işyeri dışında kalan 3. kişiler tarafından gerçekleştirilsin, fiil ceza hukuku kapsamında suç niteliği taşımakta ise her iki durumda da Türk Ceza Kanunu kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bunun önüne geçen mevcut yasal bir düzenleme bulunmadığı gibi şu anki sistem failin cezalandırılması açısından bu durumu gerekli kılmaktadır. Kanaatimizce bu noktada işverenin “işçiyi gözetme borcu” kapsamında değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Bu borç kapsamında işveren, işçinin sağlığını ve güvenliğini korumakla yükümlü olup Kanun işverenin bu yükümlülüğünü işyerinde çalışan diğer kişilerin işçinin sağlığını ve güvenliğini tehdit eden eylemleri ile sınırlı kılmamaktadır. İşveren işçinin sağlığını ve güvenliğini, tehdit -ister işyeri içinden gelsin ister işyeri dışındaki 3. kişilerden kaynaklansın- korumakla yükümlüdür. Bu kapsamda, olayın işyerinde gerçekleşmesi veya işçinin yaptığı işle bağlantılı olarak meydana gelmesi kaydıyla, özellik gösteren bazı 3. kişilerin örneğin mağduru yaptığı işle alakalı olarak sürekli irtibatla bulunduğu müşteri yahut başka bir işyeri çalışanı tarafından maruz kaldığı fiiller de psikolojik taciz olarak değerlendirilebilmeli ve işverenin sorumluluğuna gidilebilmelidir<sup>34</sup>.

Psikolojik taciz kavramının belirleyici unsurlarını, konuya ilişkin yargı kararlarını, 2011/2 sayılı “İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbingin) Önlenmesi” konulu Başbakanlık genelgesini ve doktrinde yapılan tanımları da esas alarak ortaya

<sup>31</sup> Demircioğlu, 2007: 118; Büyükkılıç, 2012: 80; Şen, 2009: 51. Yapılan araştırmalar işyerlerinde uygulanan psikolojik tacizin %55’inin üstten asta uygulandığı, %45’inin ise aynı konumda çalışan işçiler arasında yaşandığı tespit edilmiştir. Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, 46; Hirigoyen, 2001: 56-61; Guerrero, 2004: 481.

<sup>32</sup> Cobb, 2012: 4.

<sup>33</sup> Şen, 2009: 60; Büyükkılıç, 2012: 80; Guerrero, 2004: 483; Hirigoyen, 2001: 26-27.

<sup>34</sup> Karşı görüş bkz. Büyükkılıç, 2012: 80.



koymak doğru olacaktır. Buna göre, davranışın; *kasıt içermesinin*, *devamlılık arzemesinin* ve *sistemik olarak ve belirli sıklıkla uygulanmasının* ortak temel unsurlar olduğu görülmektedir. Ancak burada belirtilen unsurların işçinin çalıştığı yere, yapılan işin özelliklerine, sektörel bir takım uygulamalara ve şirket kültürüne göre de objektif olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

### **Kasıt unsuru**

Konuya ilişkin 2011/2 sayılı Başbakanlık genelgesinde yer alan psikolojik taciz tanımında da belirtildiği üzere, bir hareketin psikolojik taciz kapsamında değerlendirilmesi için “kasıtlı” bir hareket olması gerekmektedir. Şöyle ki; psikolojik tacizin varlığını tespiti için, işçinin mağruz kaldığı davranışta psikolojik taciz kasıtının var olup olmadığı başka bir söylemle, davranışta “kötüniyet”in varlığı tespit edilmelidir<sup>35</sup>.

Kasıt unsuru, psikolojik tacizi “işyeri stresi”nden ayıran önemli bir husustur. İşyeri stresi, “*bireyi normal fonksiyonlarından saptıran psikolojik ve fiziksel davranışlarını değiştiren işle ilgili etmenlerin sonucunda oluşan psikolojik bir durum*” dur. İşyeri stresi işyeri içinden, dışından gruplardan ya da işçinin kendisinden kaynaklanabilmektedir. Aşırıya kaçmamak kaydıyla işyeri stresinin bireyin uyanık olmasını ve öğrenmesini sağlamak gibi bir takım olumlu etkilerinin bulunduğu, psikolojik büyüme, başarı ve yeni becerilerin kazanılması için bir miktar işyeri stresinin bulunması gerektiği söylenmektedir. Bununla beraber yoğun işyeri stresinin işçi ve işyeri açısından olumsuz etkileri olduğu da şüphesizdir<sup>36</sup>.

İşyerinde “psikoloji taciz” ve “stres” kavramları çoğunlukla birbirine karışan iki kavramdır. Zira işyerindeki stres, psikolojik tacizin işyeri kaynaklı nedenleri arasında yer almaktadır. Stresin bir işyeri kültürü haline geldiği işyerlerinde çalışan herkes psikolojik taciz riski altındadır. Ayrıca işyerindeki psikolojik tacizin mağdur üzerinde yarattığı etkilerden birisi de strestir<sup>37</sup>. Aralarındaki benzerliklere rağmen işyeri stresi ile işyerinde psikoloji taciz birbirinden farklı iki kavramdır. Bu iki kavram oluşumları, süreçleri ve hukuki nitelikleri açısından farklılıklar göstermektedir; İşyeri stresi iş hayatının bir parçasıdır. İşçiden işçiye öznel nitelik taşıyan bir kavram olmasına rağmen stresi yaratan faktörleri tümüyle ortadan kaldırmak mümkün değildir. Ayrıca, belli oranda stresin işçinin verimliliğini arttıracığı üzerinde durulmaktadır. Buna karşılık işyerinde psikolojik taciz, çalışma hayatında istenmeyen ve hukuka aykırı bir olgu olup, bu olgunun çeşitli hukuki düzenlemelerle ve işyerlerinde alınan önlemlerle önüne geçilmesi mümkündür<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Özgün, 2014: 3.

<sup>36</sup> Savaş, 2007: 41-42; Işıkhana, 2001: 2; Ünal, 2005: 18.

<sup>37</sup> Savaş, 2007: 42; Çobanoğlu, 2005: 40-41 ve 76.

<sup>38</sup> Savaş, 2007: 42-43; Çobanoğlu, 2005: 76.

İşyeri stresi ve işyerinde psikolojik taciz kavramlarını birbirinden ayırabilmek için kullanılacak ölçütlerden bir tanesi de *kasıt* unsurudur. Bu noktada öncelikle psikolojik taciz olarak nitelendirilecek davranışın o işyerinde belirli kişileri hedef alan bireysel bir davranış biçimi mi yoksa o işyerinde herkese uygulanan kolektif bir davranış biçimi mi olduğu değerlendirilmelidir. Bununla beraber, kasıt unsuru irdelenirken psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek davranışın amacını da tespit etmek önemlidir. Burada dikkat edilecek husus, söz konusu davranış ile kişiyi yıldırmak ve kendi inisiyatifi ile işten uzaklaştırmak mı hedefleniyor<sup>39</sup> yoksa psikolojik taciz olarak nitelendirilemeyecek, ölçülü bir davranış biçimi ile uygun rekabet ortamı yaratılarak verimlilik ve başarı artırılmaya mı çalışılıyor noktasıdır.

Diğer yandan, işyerinde psikolojik tacizi tespit etme noktasında failin kasıt tüm hukuk sistemlerinde bu kavrama özgü ayırıcı bir unsur olarak nitelendirilmemektedir. Özellikle Fransız Hukuku'nda, failin kastına önem atfedilmemesi, sırf kasıt yoktur diyerek işverenin sorumluluktan kurtulmasının söz konusu olmayacağı üzerinde durulmaktadır<sup>40</sup>. Ancak Finlandiya Hukuku'nda, Fransız Hukuku'nun gösterdiği bu yaklaşımın aksine, psikolojik taciz oluşturacak davranışın kasıtlı bir güç kullanımı olduğu ifade edilmektedir<sup>41</sup>.

Kanaatimizce Türk Hukuku açısından, gerek 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesinde gerekse Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın psikolojik tacize ilişkin olarak yayınladığı bilgilendirme rehberinde<sup>42</sup> açıkça yer verilmiş olan kasıt unsurunun, bir davranışın psikolojik taciz oluşturup oluşturmadığını tespit için aranacak bir unsur olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Diğer yandan, işyerinde psikolojik taciz gibi olumsuz bir hareketi, neredeyse çalışma hayatının bir parçası haline gelen ve tümüyle ortadan kaldırılması mümkün olmayan *işyeri stresi*, *çalışma* gibi kavramlardan ayırmaya yarayan tek ölçüt olması sebebiyle, failin kastının belirleyici unsurlardan birisi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Eğer işyerinde çalışan herkesin üstünde işyeri stresi olarak adlandırabileceğimiz kolektif bir baskı mevcutsa ve bu baskı bir kişi veya bir grup çalışanı taciz etme kasıt taşımıyorsa artık psikolojik tacizden bahsedilemeyecektir. Bu nedenle psikolojik taciz vakıalarında hakim önüne gelen olayda kasıt unsurunu irdemesi gerekmektedir.

### **Devamlılık unsuru**

İşyerinde bir davranışın psikolojik taciz olarak adlandırılabilmesi için taciz içeren söz konusu davranışın belirli bir süreden beri devam ediyor olması gerekmektedir.

<sup>39</sup> Bayram, 2003: 553; Süzek, 2013: 409.

<sup>40</sup> Guerrero, 2004: 488-489.

<sup>41</sup> Cobb, 2012: 11; Bkz. <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2002/en20020738.pdf>;

<sup>42</sup> ÇSGB İşyerlerinde Psikolojik Taciz Bilgilendirme Rehberi, 2014: 10 .

Leymann, işyerinde yaşanan çatışmanın psikolojik taciz olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu davranışların en az 6 aydan beri sürüyor olması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>43</sup>. Ege ise, süreye ilişkin parametrenin bazı durumlarda daha esnek tutulabileceğinden bahisle saldırgan davranışların şiddeti, uygulanma sıklığı, tacizcilerin konumu, sayısı, mağdurda meydana gelen psikolojik ve fizyolojik hasarı da dikkate alarak “hızlı mobbing” olgusundan bahsetmiş ve bu durum için de 3 aylık süre öngörmüştür<sup>44</sup>. Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonunun yaptığı çalışmada, en kısa psikolojik taciz sürecinin 6 ay ve genelde ortalama sürenin 15 ay olduğu, sürecin kalıcı ağır etkilerinin ortaya çıktığı dönemin ise 29-46 aylar olduğu belirtilmektedir<sup>45</sup>. Konuya ilişkin yargı kararlarında da öngörülen kesin bir süre mevcut olmamakla beraber, yargıya yansıyan kararlarda psikolojik taciz oluşturan davranışların genellikle 1- 1,5 yıldır devam etmekte olduğu görülmektedir. Bununla beraber doktrinde, bir davranışın psikolojik taciz olup olmadığı belirlenirken zamana değil, sürecin ortaya çıkardığı sonuçlara dikkat edilmesi gerektiği de öne sürülmektedir<sup>46</sup>.

Görüldüğü üzere, işyerinde meydana gelen bir olayın psikolojik taciz olarak adlandırılabilmesi için taciz olarak nitelendirilebilecek fiilin ne kadar süreden beri devam ediyor olması gerektiği konusunda birbirinden farklı sonuçlar mevcuttur. Ancak bu kavramın kötüye kullanımlara açık olduğu gözardı edilmemesi gereken bir gerçektir. Diğer yandan konunun çok güncel olması sebebiyle, çalışanlar çoğu kez günlük işyeri çatışmalarının, tek defalık olayların ve hatta işverenin yönetim hakkından kaynaklanan ikaz ve ihtarların dahi psikolojik taciz olduğu fikrine kapılmaktadırlar. Konuya ilişkin süreli sınırın mevcut olmadığı bir zeminde bu kavramın asgari bir süre belirlemeksizin sadece sonuca endeksli olarak yaptırıma bağlanması bir yandan işverenin işçiyi gözetme borcunun sınırını belirsiz bir hale getirecek diğer yandan da kötüye kullanımların önünü açacaktır. Bu nedenle, hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçmek amacıyla, konuya ilişkin asgari bir süre belirlenmek suretiyle objektif bir kriter öngörülmesi kaçınılmazdır. Ancak, her somut olayın özelliklerine göre yapılacak değerlendirmede mağdurun kişisel farklılıklarının da dikkate alınması, fiilin, mağdurun fiziksel ve ruhsal durumu, mesleki geleceği, itibar ve saygınlığı ile özgüveni üzerindeki olumsuz etkilerinin sabit olması durumunun süre koşulu ile birlikte değerlendirilerek sonuca varılması daha doğru olacaktır<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Leymann, Heinz, “The Definition of Mobbing at Workplace”, The Mobbing Encyclopedia, <http://www.leymann.se/English/12110E.HTM> (Erisim tarihi: 02.02.2014); Tınaz ve Bayram ve Ergin, 2008: 65; manevi tacizin tekrarlanan davranışlardan oluşan bir süreç olduğu yolunda bkz. Mollamahmutoğlu ve Astarlı 2012: 747; Büyükkılıç, 2012: 81.

<sup>44</sup> Tınaz ve Bayram ve Ergin, 2008: 65’den naklen.

<sup>45</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, 6, 16.

<sup>46</sup> Demircioğlu, 2007: 119.

<sup>47</sup> Aynı görüş Bkz. Büyükkılıç, 2012: 82.

Yine devamlılık kavramı içerisinde, “devamlılığın belirli bir süre kesilmesi” halinde psikolojik tacizin varlığına hükmedilip hükmedilmeyeceği de ayrı bir tartışma konusudur. Psikolojik tacizin varlığından bahsedebilmek için davranışın belirli bir süre devam etmesi şarttır. Ancak bu devam süreci içerisinde taciz olarak nitelendirilecek davranışlar belirli aralıklarla devam edebilir. Davranışların psikolojik taciz oluşturmak için gerekli olan illiyet bağına kopartacak şekilde kesilmesi halinde artık psikolojik tacizden bahsedilememekle beraber bu durumun her olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

### **Sistemik olarak ve belirli sıklıkla uygulanma**

İşyerinde psikolojik tacizden bahsedebilmek için var olması gereken diğer bir unsur da mağdura uygulanan ve taciz niteliği taşıyan davranışların sistemik olarak, belirli sıklıklarla meydana gelmesidir. Bu nedenle, bireyler arasında görülen tek defalık düşmanca davranışlar psikolojik taciz olarak nitelendirilemeyecektir. *Leymann*, işyerinde yaşanan düşmanca bir iletişimin psikolojik taciz olarak nitelendirilebilmesi için en az haftada bir, dolayısıyla da ayda 4 kez tekrarlanıyor olmasını aramaktadır. *Ege* ise davranışın ayda bir ya da birkaç kez tekrarlanmasını yeterli görmektedir<sup>48</sup>.

Konuya ilişkin yargı kararlarına bakıldığında, psikolojik tacizin varlığını tespit ederken hakimın mağdura uygulanan davranışın sistemik olarak uygulanıp uygulanmadığını değerlendirdiği görülmektedir. Örneğin; “failin mağdurdan 1 yıl içinde 5 kez yazılı savunma talep etmesi”<sup>49</sup>, yine “ failin mağdurdan 1,5 yıl içinde 5 defa yazılı savunma istemesi ve bir yıl içinde aynı disiplin suçundan 3 kez kınama cezası verilmesi”<sup>50</sup> failin belirli sıklıkla sistemik olarak uygulanması noktasında değerlendirilmiştir. Yargıtayın mağdurun failin davranışına sistemik olarak belirli sıklıkla mağruz kalıp kalmadığını değerlendirirken herhangi bir ölçüt belirtmediği, olayın objektif özelliklerini dikkate aldığı görülmektedir.

### **Psikolojik taciz niteliği taşıyan bazı davranış örnekleri**

Psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek davranışlar tek tip davranışlar olmayıp bu konuda farklı bir çok örnek vermek mümkündür. Bu davranışlardan bazıları da bir kez için hoşgörülebilir ya da tolere edilebilir olup, sürekli olarak ve değişik şekillerde yapıldıklarında kasıtlı bir tacize dönüşmekte ve terör yaratmaktadır<sup>51</sup>.

Hakaret içeren aşağılayıcı sözler, ırkçı söylemler, yazılar, e-mailler, e-maillerde sürekli olarak kullanılan bol ünlemler dikkat çeken, sürekli büyük harfli yazılar, ba-

<sup>48</sup> Tınaz/Bayram/Ergin, 2008: 65'den naklen; ayrıca bkz. *Leymann*, “The Definition of Mobbing at Workplace”. <http://www.leymann.se/English/12110E.HTM> (02.02.2014); Süzek, 2013: 408.

<sup>49</sup> Yarg. 9. HD., 30.05.2008 T., E. 2007/9154, K. 2008/13307.

<sup>50</sup> Yarg. 9. HD., 23.06.2008 T., E. 2007/42976, K. 2008/17137.

<sup>51</sup> Savaş, 2007: 19; Tınaz, 2006: 16.

ğırıp çağırarak iş yaptırma, sürekli eleştiri ve gereksiz sorularla rahatsız etme, işçiyi aşırı yük altına sokma, yetenek veya uzmanlık alanına girmeyen işler verme, konuşmama, alaya alma, hataya yönlendirme, küçük düşürücü şekilde engelleme, söz vermeme, yalnız bırakma, sosyal açıdan izole etme, dış görünüşü ve giyim tarzıyla alay etme, soyutlama, diskalifiye etme şeklinde devam eden davranışlar, uzun zaman iş vermeme, görevini değiştirme, görevinin ifasını zorlaştırma, orantısız disiplin cezaları, yeteneğine saldırma, sözlü ve fiziksel agresyon, kişisel eşyaların aranması, ayrımcı işlemlere muhatap kılınması gibi pek çok hareket işyerinde psikolojik taciz oluşturabilecek davranış türleridir<sup>52</sup>.

İşverenin yönetim hakkını kullanırken sergilediği bazı davranışlar psikolojik taciz oluşturmayacaktır. Bu kapsamda; çalışanın hatalarını söylemek, hataların tekrarlanmaması için uyarıda bulunmak, makul eleştiriler, toplantı sırasında zor soru yönelmek psikolojik taciz değildir. Yine kişiler arasında meydana gelen kişisel çatışmalar ve günlük tartışmalar da psikolojik taciz olarak yorumlanmamalıdır.

### **Psikolojik Tacizden Doğan Hukuka Aykırılığın Normatif Dayanakları**

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, işyerinde meydana gelen psikolojik taciz bir süreçtir. Bu süreci oluşturan ayrımcılık, iftira, hakaret gibi bazı davranışlar hukuka aykırı fiiller olup, tek başlarına hukuka aykırılık oluşturabilecek niteliktedir. Ancak sosyal faaliyetlere devam etmeme, yalnız bırakma, sürekli eleştirme, nezaket kurallarına aykırı davranma gibi psikolojik taciz oluşturabilecek bir takım davranışlar tek başlarına hukuka aykırı fiil niteliği taşımamaktadırlar. İşte tek başına hukuka aykırı fiil niteliği taşımayan ancak sistematik olarak sürekli tekrarlanan bu tip davranışlardan oluşan *sürecin kendisi* hukuka aykırılık oluşturmaktadır<sup>53</sup>. Buradaki hukuka aykırılığın normatif dayanakları; işçiyi gözetme borcu (TBK. m.417), eşitlik ilkesi (İş K. m. 5) ve dürüstlük kurallarıdır (MK. m.2).

### **İşverenin işçiyi gözetme borcu ve psikolojik taciz**

İş sözleşmesi, sadece maddi edimlerin değiş-tokuşundan ibaret bir sözleşme olmayıp, bunun yanında işçi ve işveren arasındaki kişisel ilişkileri de ihtiva eden bir sözleşmedir. Bu durumun bir sonucu olarak, işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan en önemli yan yükümlülüklerinden birisi de “işçiyi gözetme borcu”dur<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Psikolojik taciz oluşturabilecek davranış örnekleri ana hatları ile *iletişime yönelik saldırılar, sosyal ilişkilere yönelik saldırılar, sosyal imaja saldırılar, mesleki ve özel konumun kalitesine yönelik saldırılar ile sağlığa yönelik saldırılar* olmak üzere 5 kategoride sınıflandırılmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Cobb, 2012: 4; Guerrero, 2004: 481; Leymann, Heinz, *The Mobbing Encyclopaedia, Bullying; Whistleblowing*, Information <http://www.leymann.se/English/12220E.HTM> (erişim tarihi 02.02.2014); Tınaz/Bayram/Ergin, 2008: 53 vd.; Süzek, 2013: 408; İlhan, 2010: 1178; Akı, 2011: 89; Büyükkılıç, 2012: 83-84.

<sup>53</sup> Bayram, 2003: 553; Süzek, 2013: 408; Büyükkılıç, 2012: 74; Cobb, 2012: 2.

<sup>54</sup> Bu borç doktrinde “gözetim borcu”, “koruma borcu”, “ihtimam borcu”, gibi değişik deyimlerle de ifade edilmektedir. Bkz. Çelik, 2004: 153, dn.76.

Gözetme borcu, işverenin iş sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı işçiyi koruma, işçinin çalıştığı iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli tedbirleri alma ve işçinin menfaatlerinin zedelenmesine yol açabilecek davranışlardan kaçınma gibi yükümlülüklerinin bütünüdür<sup>55</sup>. İşverenin gözetme borcu geniş kapsamlı bir borçtur. Bu borç kapsamında işçinin korunması: onun yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü, ücret ve sosyal hakları gibi ekonomik, maddi değerlerinin yanında onur, saygınlık gibi manevi nitelikli tüm kişilik değerlerinin korunmasını ve gözetilmesini de ifade etmektedir<sup>56</sup>.

İşverenin işçiyi gözetme borcunun önemli bir kısmı, işçinin sağlığının korunması ve güvenliğinin sağlanması noktasında kendisini göstermektedir. İş sağlığı ve güvenliği yasaları uzunca bir dönem işçinin sağlığının ve vücut bütünlüğünün korunmasını hedeflemiş ve bu kapsamda daha çok “fiziksel riskler” üzerinde durmuştur. Ancak geçen zaman içerisinde, işçinin kişilik değerlerinin korunmasının önemi daha da belirginleşmiştir. Zira işyerlerinde yaşanan önemli değişiklikler iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yeni sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Günümüzde zorbalık, şiddet, taciz, ayrımcılık, stres gibi “psikolojik riskler” de tıpkı fiziksel riskler gibi çalışanları tehdit etmektedir. “İşle ilgili psikolojik riskler” olarak adlandırılan bu risklere, iş sağlığı ve güvenliğinin çağdaş sorunları demek yanlış olmayacaktır. İşyerinde stres, ayrımcılık, psikolojik şiddet gibi pek çok davranışla ortaya çıkan psikolojik taciz, iş sağlığı ve güvenliğini tehdit eden önemli bir risktir. İşçinin çalışma hayatı içinde sıkça karşı karşıya kaldığı bu risk sebebiyle, artık işveren, iş sağlığı ve güvenliği kapsamında, işçinin hem fiziksel hem de psikolojik sağlığını korumaya yönelik bir yaklaşım içerisinde hareket etmek zorundadır<sup>57</sup>.

4857 Sayılı İş Kanununda genel anlamda işverenin işçiyi gözetme borcu başlığını taşıyan ve borcun sınırlarını çizen bir hüküm mevcut değildir. Yine Kanunun m. 77 ile 89 arasında yer alan ve işverenin işçiyi gözetme borcuna ilişkin düzenlemeleri içeren “İş Sağlığı ve Güvenliği” başlıklı beşinci bölümü, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun m.37 hükmü ile yürürlükten kaldırılmıştır<sup>58</sup>. Ancak 6331

<sup>55</sup> Ulsan, 1990, 1; Ekonomi, 1980: 142-143; Çelik, 2012: 174; Süzek, 2013: 405; Centel, 1994: 162-163; Eyrenci, ve Taşkent ve Ulucan, 2010: 144; Narmanlıoğlu, 1998: 245-247; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2012: 638; Bayram, 2003: 554; Güneş/Mutlay çalışmasında, Borçlar Kanununun konuya ilişkin bölümünde “işçinin kişiliğinin korunması” başlığının kullanılmasını eleştirmekte, m. 417, m. 418 ve m. 419 hükümleri ile yapılan düzenlemelere bakıldığında, bu başlık yerine “işverenin işçiyi gözetme borcu” başlığının tercih edilmesinin daha yerinde olacağını belirtmektedir. Bkz. Güneş ve Mutlay, 2011: 257; İlhan, 2010: 1181; Özgün, [http://www.turkhukusitesi.com/makale\\_1293.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_1293.htm) 4.

<sup>56</sup> Süzek, 2013: 405 vd; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2012: 637 vd.; Bayram 2003: 556; Ayrıntılı Bilgi için Bkz. Bayram, İşinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, 2003: 421.

<sup>57</sup> Cobb, 2012: 2 ; Sevimli, 2013/I: 125.

<sup>58</sup> İş Kanununun yürürlükten kalkan m. 77/I hükmü “işverenler, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli olan her türlü önlemi almak, bu önlemlerle ilişkili olarak her türlü araç ve gereçleri noksansız olarak bulundurmakla yükümlüdür” şeklinde bir düzenlemek içermekteydi.

sayılı Kanun, yürürlükten kalkan hükümlere benzer düzenlemeler içeren, işverenin iş sağlığı ve güvenliği kapsamında işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğüne ilişkin çerçeve hükümlere yer vermektedir.

6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun<sup>59</sup> “İşverenin genel yükümlülüğü” başlıklı m.4 hükmü işverene, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü yüklemektedir. İşveren bu çerçevede, işyerinde mesleki risklerin önlenmesi, çalışanlara eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. Ayrıca, gerekli organizasyonun kurulması, gerekli araç-gerecin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi de işverenin bu yükümlülüğünün bir parçasını oluşturmaktadır. Kanun hükmü kapsamında işverenin görevi sadece önlem almakla sınırlı değildir. İşveren, risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmak, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek, varsa uygunsuzlukların giderilmesini sağlamak, yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri almakla da yükümlüdür.

6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun m.4/ç bendinin işverene yüklediği bir diğer önemli yükümlülük de çalışanların sağlık ve güvenliklerine *uygun işlerde çalıştırılmalarını* sağlamaktır. Madde hükmünde yer alan “işe uygunluk” kavramı, çalışanın yaptığı işe hem “bedenen” hem de “ruhen” uygunluğudur. Zira çalışanın sağlığı, onun beden sağlığının yanında ruh sağlığını da içermektedir<sup>60</sup>. İşverenin, gerek çalışanın işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamaya ilişkin genel yükümlülüğü gerekse çalışanı bedenen ve ruhen uygun işte istihdam etme yükümlü-

Yine aynı maddenin II. fıkrâ hükmü uyarınca ise işverenlere, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, bu risklere karşı alınması gereken önlemler, haiz oldukları hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin eğitimi vermek yükümlülükleri yüklenmekteydi.

<sup>59</sup> 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 20.06.2012 tarihinde kabul edilmiş olup, 28339 sayı ve 30.06.2012 tarihli resmi gazetede yayımlanmıştır. Kanunun maddeleri m. 39 hükmü uyarınca farklı yürürlük tarihlerine sahiptir. Söz konusu Kanunun en önemli özelliği kişiler açısından uygulama alanının geniş tutulmuş olması ve sadece işçilere değil *faaliyet alanına bakılmaksızın tüm çalışanlara* uygulanacak olmasıdır.

<sup>60</sup> Belirtmek gerekir ki 6331 sayılı Kanun da tıpkı Borçlar Kanunu m. 417 hükmünde amaçlandığı şekliyle işçinin sadece işyerinde iş kazası ve meslek hastalıkları kapsamında karşılaşılabilecek mesleki tehlikelere karşı maddi varlığının korunmasını değil, kişisel varlığında korunmasına yönelik düzenlemeler içermektedir. Bunun en önemli kanıtlarından birisi, 6331 sayılı Kanunun “Tanımlar” başlıklı m.3/g bendinde yer verdiği “iş kazası” tanımıdır. Söz konusu tanıma göre iş kazası “işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü *ruhen* ya da *bedenen* özre uğratan olay”dır. Madde hükmü vücut bütünlüğü kavramını hem bedenen hem de ruhen bir bütünlük hali olarak algılamaktadır. Şüphesiz ki işyerinde istihdam edilen işçinin sağlığı, onun beden sağlığının yanında ruh sağlığını da kapsamaktadır. Bu bağlamda, işçinin psikolojik sağlığının korunması için işyerinde uygun bir psiko-sosyal ortamın sağlanması da söz konusu hükümde belirtilen işverenin gözetme borcu kapsamında yer almaktadır.

lülüğü, onun işveren tarafından, ruh sağlığını ve mesleki geleceğini olumsuz etkileyecek olan iş ortamından ve çalışma şartlarından kaynaklanan her türlü olumsuzluğa karşı korunmasını gerektirmektedir.

İşverenin işçiyi gözetme borcu 6098 sayılı Borçlar Kanununda “İşçinin kişiliğinin korunması” başlığı altında m. 417 ile m. 419 hükümleri arasında düzenlenmiştir<sup>61</sup>:

Borçlar Kanunu m. 417/f 1 hükmü uyarınca, işveren, 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<sup>62</sup>. Aynı maddenin ikinci fıkrada hükmü ise işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi alma, araç ve gereçleri noksansız olarak bulundurma yükümlülüğünden bahsetmektedir<sup>63</sup>. Daha önceki şekliyle işçinin sadece iş sağlığı ve güvenliği açısından maddi kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin anlayış, söz konusu hüküm ile yerini işçinin manevi nitelikli kişilik değerlerinin korunması anlayışını da içeren daha geniş nitelikli bir düzenlemeye bırakmıştır. Ancak doktrinde haklı olarak<sup>64</sup>, anılan hükümle işverene atfedilen yükümlülüğünün “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlama” şeklinde ifade edilmesinin yerinde olmadığı üzerinde durulmaktadır. Şöyle ki; madde metninde “dürüstlük” sözcüğü ile ifade edilmek istenen MK. m. 2 anlamında “objektif iyiniyet” olmayıp madde metninin gerekçesinde yer verildiği şekliyle “ahlaka uygunluk” tur<sup>65</sup>. Esasen hüküm kapsamında düzenlenen psikolojik taciz ve cinsel taciz kavramlarının ahlaki kavramlar olduğu da şüphesizdir. Yine mehz İBK'nın konuya ilişkin m. 328/I hükmünün 1. cümlesinde de “ahlaka uygunluk” ifadesine

<sup>61</sup> Borçlar Kanunu'nda m. 417 işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin genel bir genel hüküm niteliğindedir. Madde 418 hükmünde “ev düzeni içine çalışmada”, m. 419 hükmünde ise “kişisel verilerin kullanılmasında” işçinin kişiliğinin korunması ele alınmıştır. Söz konusu maddelere ilişkin bu kapsamlı düzenlemeler dikkate alındığında, کنار başlık olarak “işçinin kişiliğinin korunması” yerine “işverenin işçiyi gözetme borcu”nun tercih edilmesinin daha yerinde olacağına ilişkin görüş için bkz. Güneş /Mutluay, 2011: 257.

<sup>62</sup> Yargıtay 9. HD de 01.04.2011 tarihinde verdiği 2009/8046 E, 2011/9717 K. no'lu kararında, işçinin kişilik haklarının ve sağlığının ağır saldırıya uğraması durumunda psikolojik tacizin varlığının tartışmasız olduğu yolunda karar ihdas etmiştir. Bkz. Çil, 2011: 459- 460.

<sup>63</sup> İlga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda işvereni işçiyi koruma borcunu düzenleyen m. 332 hükmünde “İş sahibi aklın hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaz etmeye ve müsabip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur.” denilmektedir.

<sup>64</sup> Centel, 2011: 14; Süzek, 2013: 407.

<sup>65</sup> BK. m. 417 hükmünün gerekçe metninde, “ Maddenin birinci fıkrasında, ... işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde “ahlaka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle” yükümlü olduğu kabul edilmiştir.” denilmektedir. Gerekçe Metni için bkz. Başöz ve Çakmakçı, 2011: 535.



yer verilmiş olduğu görülmektedir. Bu nedenle işverenin söz konusu yükümlülüğünün gerekçe metninde de belirtildiği şekliyle “ahlaka uygun bir düzenin sağlanmasına” yönelik olduğunun kabul edilmesinin hükmün amacı ve yorumu açısından daha doğru olacağı şüphesizdir.

Borçlar Kanunu m. 417 hükmü, modern anlamda işçinin korunmasını yönelik bir hüküm niteliği taşımaktadır. Söz konusu madde hükmü ile işverene getirilen önlem alma yükümlülüğü, işçinin sadece iş kazası ve meslek hastalığı kapsamında karşılaşacağı mesleki tehlikeler açısından maddi varlığının korunmasına yönelik olmayıp; aynı zamanda onun kişiliğinin korunmasını da öngörmektedir. Zira işyerinde istihdam edilen işçinin sağlığı, onun beden sağlığının yanında ruh sağlığına da kapsamaktadır<sup>66</sup>. Bu bağlamda, işçinin psikolojik sağlığının korunması için işyerinde uygun bir psiko-sosyal ortamın sağlanması da söz konusu hükümde belirtilen işverenin gözetme borcu kapsamında yer almaktadır.

İşçinin işyerinde psikolojik tacize karşı korunmasına ilişkin düzenlemeye ilk defa m. 417/f 1 hükmü ile Borçlar Kanununda yer verilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanununda bu konuya ilişkin herhangi bir açık düzenlemenin mevcut olmaması sebebiyle, söz konusu hüküm İş Kanununa tabi tüm iş ilişkileri açısından da uygulama alanı bulacaktır.

TBK.m. 417/f I hükmü, işçinin işyerinde psikolojik tacize karşı korunmasını sağlamaya yönelik olarak işverene iki aşamalı bir sorumluluk atfetmiştir; Buna göre işveren, öncelikle işyerinde ahlaka uygun bir düzeni sağlayarak işçilerinin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları için gerekli her türlü önlemi almakla ve bu tür davranışlara göz yummamakla yükümlüdür. İşyerinde konu ile ilgili iletişim açıklığının sağlanması, işyerinde doğru işleyen bir şikayet mekanizmasının kurulması, işverenin işyerinde bu konudaki hassasiyetini hissettirmesi, işyeri iç yönetmeliklerinde konuya ilişkin düzenlemelerin yer alması işverence alınması gereken tedbirlerinin başlıcalarıdır. Alınan her türlü önleme rağmen işyerinde psikolojik veya cinsel tacize uğramış olan işçiler mevcut ise, bu durumda işverenin söz konusu kişilerin daha fazla zarar görmelerini önlemek için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü gündeme gelecektir. Örneğin; psikolojik taciz niteliğindeki davranışları sergileyen işçi veya işçiler ikaz edilmeli, bu tür hareketlere maruz kalan işçilerin yerleri değiştirilmeli, hatta tüm bu önlemler sonuç vermezse tacizci işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmelidir (İş K. m. 25/II)<sup>67</sup>. İşverenin tüm bu önlem alma yükümlülüğünü yerine getirebilmesi şüphesiz ki onun işyerinde meydana gelen psikolojik taciz niteliğindeki olaylardan haberdar olmasına bağlıdır.

İşverenin işyerinde psikolojik taciz oluşturacak nitelikteki davranışların önüne geçmesi, bu tür davranışlara maruz kalan işçilerini koruması ve daha fazla zarar

<sup>66</sup> Centel, 2011: 13; Süzek, 2013:406; Özsunay, 1979: 123; Bayram 554; Aksi görüş Büyükkılıç, 2012: 96.

<sup>67</sup> Tuncay Kaplan, 2011: 49.

görmelerini önlemesi, onun koruma ve gözetme borcunun bir gereği olup, gerekli tedbirleri almaması ve bu tür davranışlara engel olmaması gözetme borcunun ihlali oluşturacaktır<sup>68</sup>.

### İşverenin eşit davranma borcu ve psikolojik taciz

Anayasal temelini “Kanun önünde eşitlik” başlıklı AY. m 10. hükmünde<sup>69</sup> bulan işverenin eşit davranma borcu, “Eşit davranma ilkesi” başlığı ile İş Kanunu m. 5 hükmünde yer almaktadır. Söz konusu hüküm bir yandan işverenin işçilerine yönelik keyfi davranışlarını yasaklarken diğer yandan da işverene eşit davranma borcu yüklemektedir<sup>70</sup>.

İş K. m. 5/ f I hükmü uyarınca, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep, engellilik hali ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. Aynı maddenin 6. fıkra hükmüne göre, ayrıma uğrayan işçi, 4 aya kadar ücreti tutarında bir ayrımcılık tazminat ile yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilecektir. Ayrımcılık yapıldığının ispat yükü işçiye aittir. Ancak işçi, böyle bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyarsa, bu takdirde artık işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır.(m.5/ VII).

İş Hukukunun en temel ilkelerinde birisi olan, hakkaniyet esasına dayanan “eşit davranma ilkesi” gereği işveren, haklı ve makul bir neden bulunmadığı sürece, işyerinde eşit değerde çalışan işçilerine eşit çalışma koşulları uygulayacak ve farklı davranamayacaktır. Böylece işverenin keyfi ayrımlarının önüne geçilmiş olacaktır<sup>71</sup>.

İşverenin eşit davranma borcu ile işyerinde psikolojik taciz kavramı birbirinden farklı kavramlar olsalar da bazı durumlarda birbirleri ile kesişmekte ve hatta iç içe geçmektedirler. Şöyle ki; eğer psikolojik taciz işyerinde ayrımcılık yapma saiki ile gerçekleştirilmişse, diğer bir söylemle; psikolojik taciz, ayrımcılığı gerçekleştirmenin aracı olarak kullanılmış ve ayrımcılığa ilişkin kanun hükmünde yer alan dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi bir takım öğeler kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmişse, işverenin eşit işlem borcunu ihlali söz konusu

<sup>68</sup> Tuncay Kaplan, 2011: 49.

<sup>69</sup> X. Kanun önünde eşitlik

*Madde 10- “Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

*Kadın ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*

.....

*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*

.....”

<sup>70</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Yenisey, 2006: 66 vd; Savaş, 2007: 29

<sup>71</sup> Tuncay, 1982: 5 vd; Ekonomi, 1980: 144-145; Çelik, 187; Centel, 1994: 165; Doğan Yenisey, 2006: 66; Bayram, 560; Zöllner ve Loritz, 1998: 216; İlhan, 1181-1182.

olmaktadır. İşyerinde bu şekilde psikolojik tacize uğrayan işçi, İş K. m. 5 hükmü uyarınca ayrımcılık tazminatı ile yoksun bırakıldığı haklarına yönelik talepte bulunabilecektir.

Belirtilen durumlardan biri ile karşılaşan mağdur işçi, m. 5/f 7 hükmünde yer alan ispat kolaylığından da yararlanabilecektir. Madde hükmü uyarınca işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığının ispat yükü işçiye ait olmakla beraber, işçinin aykırılığın varlığı olasılığını güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması yeterli olacak ve artık böyle bir durumda ispat yükü yer değiştirecek; işveren, aykırılığın var olmadığını kanıtlamak durumunda kalacaktır. Böylece hüküm ile ispat yükü yumuşatılmakta; psikolojik taciz gibi ispatı çok zor hatta bazen imkansız olan bir olguyu ispat edilebilir hale getirmektedir<sup>72</sup>.

Konuya ilişkin Avrupa Birliği direktiflerinde<sup>73</sup> ve buna paralel olarak, başta Fransa olmak üzere pek çok Avrupa ülkesinde ve Amerikan Hukuku'nda psikolojik tacizi ayrımcılıkla aynı esaslara bağlama ve ispat yükünü işverene atfetme eğilimi söz konusudur. Özellikle psikolojik tacizin bir alt kavramı olarak nitelendirilen cinsel taciz "cinsiyet temeline dayalı bir ayrımcılık" olarak nitelendirilmektedir. Bu gelişmelere paralel olarak, ülkemizde İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı" nda da psikolojik taciz ve cinsel taciz ayrımcılık kapsamında değerlendirilerek aynı esaslara tabi kılınmıştır.

Tasarı taslağında, Kanunun uygulamasına ilişkin tanımlara yer veren m. 2 hükmünde, "İşyerinde yıldırma" kavramı, ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacı ile kasıtlı olarak yapılan eylemler şeklinde tanımlanmışken aynı maddenin k bendinde "taciz" kavramı, psikolojik taciz ve cinsel taciz de dahil olmak üzere insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran, yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış olarak tanımlanmıştır. Tasarı taslağının 4. maddesinde "İşyerinde yıldırma" ve "taciz" kavramları, bu kanun kapsamına giren ayrımcılık türleri arasında sayılmıştır.

Söz konusu Tasarı taslağı ile, ayrımcılık olaylarını incelemek, ayrımcılığın önlenmesi ve ortadan kaldırılmasına yönelik faaliyetlerde bulunmak, re'sen ya da başvuru üzerine ayrımcılık iddialarını sonuçlandırmak, ayrımcılık iddiaları üzerine gerektiğinde uzlaştırma sürecini sonuçlandırmak üzere "Ayrımcılıkla Mücadele Kurulu" adı verilen bir kurulun oluşturulması öngörülmüştür (m.11-12). Ayrımcılık iddiasında bulunan herkes Kurula başvurma hakkına sahip olup, başvurular; yazılı dilekçe, elektronik posta, tutanağa geçirilen sözlü başvuru yolları ile de yapılabilecektir. Ayrıca Kurula, bütün operatörlerden ücretsiz olarak ulaşılabilecek bir başvuru hattı tahsis edilecektir (m.8). Ayrımcılık iddiasıyla Kurula, adli veya idari

<sup>72</sup> Özdemir, 2006: 218; Özdemir, 2006: 93; Savaş, 2007: 111.

<sup>73</sup> 05.07.2006 tarih ve 2006/ 54/EC sayılı Yönerge (<http://eur-lex.europa.eu>).

yargı organlarına yapılan başvurularda ispat yükü, iddianın açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu veya başvuru hakkının kötüye kullanıldığı haller dışında, ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişi veya kuruma aittir. İspat yüküne ilişkin bu hüküm ceza yargılamasında uygulanmayacaktır (m. 10).

Tasarı taslağı ile getirilen önemli yeniliklerden birisi de taraflar arasında “uzlaşdırma” yoluna gidilmesidir. Buna göre; Kurula yapılan başvurular, Başkan tarafından görevlendirilecek bir uzmanca raportör sıfatı ile incelenecektir. Raportör, yaptığı incelemenin sonucuna ilişkin yazılı raporunu, en geç bir ay içinde başkana sunacak ve başkan da başvurunun kabulü ya da reddi şeklinde bir ön karar verecektir. Başvurunun kabul edilmesi halinde görevlendirilecek uzman, soruşturmacı sıfatıyla şikâyet edilen taraftan savunmasını isteyecek; Başkan, savunma ve şikâyetçinin görüşünün alınmasından sonra, re’sen veya talep üzerine tarafları uzlaşmaya davet edebilecektir. Uzlaşma, en geç bir ay içinde sonuçlandırılacak olup, uzlaşma ayrımcı uygulamaya son verilmesi veya mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümleri içerebileceği gibi, mağdura belli bir tazminatın ödenmesi biçiminde de olabilecektir ( m. 9).

### **Dürüstlük kuralı ve psikolojik taciz**

Dürüstlük Kuralı, namuslu ve dürüst bir insandan beklenebilecek davranışları ifade etmektedir. Burada, ahlaklı, orta vasıflı, makul bir kişinin davranışı esas alınmakta ve bir davranışın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı, topluma hakim ahlaki ölçülere, geçerli adetlere, hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre belirlenmektedir<sup>74</sup>.

Medeni Kanunun “Dürüst davranma” başlıklı m. 2 hükmü uyarınca, “ *Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” Söz konusu madde hükmü kapsamında kişilerin dürüstlük kuralına uygun davranmaları; hak sahiplerinin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken, dürüst, namuslu, makul ve eylemlerinin sonuçlarını öngörebilecek orta zekalı bir kimsenin, benzer bir olay karşısında davranacağı gibi, hukuka, genel ahlaka, örf ve adet kurallarına, doğruluk ilkelerine uygun davranmaları; haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, ilişkinin karşı tarafındaki kişilerin güven duygusunu zedelememeleri gerekmektedir<sup>75</sup>.

MK. m. 2/f 1 kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da “güven düşüncesi” dir. Sözleşmeden doğan hukuki ilişkilerde, taraflardan herbiri verilen sözle bağlı kalacak, başka bir deyişle “ahde vefa” gösterecek ve karşı taraf da bu söze güvenebilme inancı içinde olacaktır. Böylece taraflar arasında “karşılıklı güven

<sup>74</sup> Oğuzman, 1990: 164; Akyol, 1995: 11.

<sup>75</sup> Edis, 1993: 287; İmre, 1980.; 290;Tınaz/Bayram/Ergin, 119; Bayram, 563.

ilişkisi” kurulacaktır<sup>76</sup>. Taraflar arasındaki güven ilişkisi gereği, “hiç kimse haklı beklentilerinde hayal kırıklığına uğratılamaz.”

Dürüstlük kuralı, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinde de uygulama alanı bulan bir kuraldır<sup>77</sup>. İşveren özellikle iş sözleşmesinden kaynaklanan<sup>78</sup> “yönetim hakkını” kullanırken ve/veya gözetim borcunu yerine getirirken bu hakkın sınırını oluşturan hukuk kurallarına, örf ve adet kurallarına ve dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdür.

Esasen işverenin yönetim hakkı ile işçinin kişilik hakları arasında çok ince bir çizgi bulunmaktadır. İşveren, yönetim hakkını kullanırken çoğu kez bu çizgiyi geçerek işçinin kişilik hakkı alanına girmektedir. Kuşkusuz ki bu durum her zaman işçinin kişilik haklarının ihlal edildiği anlamına gelmez. Zira iş hukukunun kendine özgü yapısı işverene işçinin bazı kişilik hakları üzerinde tasarruf etme yetkisi verirken işçiye de buna katlanma zorunluluğu getirmektedir<sup>79</sup>. Ancak bu durum, işverenin yönetim hakkını dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanma yükümlülüğünü bertaraf etmemektedir. Yine, işverenin yönetim hakkı ile işçinin kişilik hakları arasındaki ilişkinin diğer bir boyutu da; işverenin işçinin kişilik haklarını gözetme borcunu yerine getirirken önemli ölçüde yönetim hakkından yararlanacak olmasıdır. Zira işveren işçinin kişilik haklarının korunması bağlamındaki pek çok yükümlülüğünü, yönetim hakkını kullanmak suretiyle gerçekleştirecektir<sup>80</sup>. Bu nedenle, işverenin yönetim hakkını kullanma biçimi son derece önemlidir. Söz konusu hakkın işveren tarafından kötüye kullanılmasını bertaraf etmek için uygun bir denetim mekanizmasının etkin bir şekilde işletilmesi gerekmektedir.

İşverenin psikolojik taciz niteliğindeki davranışlarının hemen hemen hepsi, hakkın kötüye kullanılmasının somut örnekleridir<sup>81</sup>. Psikolojik taciz içeren davranış ister işveren tarafından isterse de işveren dışında kalan 3. kişiler tarafından uygulansın, işçinin yaşanan süreç içerisinde, işyerinde bu tür davranışlara katlanmak zorunda bırakılması dürüstlük kuralını ihlal etmektedir. Böyle bir durumda, iş sözleşmesinin tarafı olarak işveren, sözleşmeden kaynaklanan yönetim yetkisini kullanırken ve/veya gözetim borcunu yerine getirirken hukuka, genel ahlaka, örf ve adet kurallarına, doğruluk ve güven ilkesine aykırı davranmakta; işçinin nezdinde var olan güven duygusunu zedelemektedir. İş ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerin işveren tarafından dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak şekilde, işçiye zarar vermek kastıyla veya onu güç duruma sokacak şekilde kullanması durumu şüphesiz ki açık bir şekilde hakkın kötüye kullanılmasıdır.

<sup>76</sup> Egger/Çernis, 1947: m. 2, No.1; Edis, 1993: 290; İmre, 1980: 295.

<sup>77</sup> Tınaz/Bayram/Ergin, 2008: 119; Centel, 1994: 162-163.

<sup>78</sup> Türk İş Hukukunda işverenin yönetim hakkının yasal dayanağına ilişkin açık bir hüküm mevcut olmamakla beraber, doktrinde genel kabul gören görüş, bu hakkın dayanağının *iş sözleşmesi* olduğu yolundadır. Bkz. Taşkent, 1981: 37; Süzek, 1988: 226; Tınaz/Bayram/Ergin, 2008: 122.

<sup>79</sup> Tınaz/Bayram/Ergin, 2008: 127.

<sup>80</sup> Tınaz/Bayram/Ergin, 2008: 126-127; Büyükkılıç, 2012: 111-112.

<sup>81</sup> Bayram, 2003: 563; Tınaz/Bayram/Ergin, 2008: 119-120; Büyükkılıç, 2012: 74.

## Psikolojik Tacize Uğrayan İşçinin Başvurabileceği Hukuki Yollar

### İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkı

İşyerinde psikolojik tacize uğrayan işçinin başvurabileceği önemli hukuki yollardan birisi işgörme borcunu ifadan kaçınmaktır. İşverence gerekli tedbirler alınarak uygun çalışma ortamı sağlanıncaya kadar “çalışmaktan kaçınma hakkı”, psikolojik tacizin işçinin sağlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin bertaraf edilebilmesi açısından aynı zamanda son derece etkili bir tedbirdir. Mevzuatta işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, mülga BK. m. 325’in yerini alan TBK. m. 408 hükmü ile İş Kanununun mülga 83. maddesinin yerini alan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 hükmü kapsamında düzenlenmektedir:

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin olarak, İSGK m. 13’e göre genel hüküm niteliği taşıyan Borçlar Kanunu m. 408 hükmüne göre, “İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücret ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir işi yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.”

Söz konusu hükümde “işçinin iş görme ediminin yerine getirilmesinin işverenin kusuruyla engellenmesi” hususu üzerinde durulmaktadır. Buna göre işverenin, işçisine gerek fiziksel gerekse ruhsal sağlığı açısından iş sağlığı ve güvenliğine uygun bir çalışma ortamı sağlamaması, bunu sağlamak için işyerinde gerekli önlemleri almaması ve işçinin sağlığına uygun bir iş vermemesi halleri işverenin temerrüdü kapsamında değerlendirilerek işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmakta ve işverenin ücret ödeme borcu da devam etmektedir. İşyerinde psikolojik tacize uğrayan Borçlar Kanununun uygulama alanı içindeki işçi de söz konusu madde hükmü kapsamında, kendisine uygun çalışma ortamı sağlanana kadar çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir.

İş Kanunu kapsamında işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen İş Kanunu m. 83 hükmü<sup>82</sup> 6331 sayılı “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu” nun 37. mad-

<sup>82</sup> İş Kanunu m. 83 hükmü “İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul aynı gün acilen toplanarak kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar işçiye yazılı olarak bildirilir.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde talep, işveren veya işveren vekiline yapılır. İşçi tesbitin yapılmasını ve durumun yazılı olarak kendisine bildirilmesini isteyebilir. İşveren veya vekili yazılı cevap vermek zorundadır.

Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde işçi, gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir.

İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönem içinde ücreti ve diğer hakları saklıdır.

desi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak İş Kanunu'nda işçilere tanınan bu önemli hak, iş sağlığı ve güvenliği kapsamında, 6331 sayılı Kanunun m.13 hükmü ile "Çalışmaktan kaçınma hakkı" başlığı altında, sadece İş Kanununa tabi işçiler için değil, Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilere ve hatta tüm çalışanlara yönelik olarak düzenlenmiştir ( İSGK m. 2/ f I).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 hükmüne göre; İşyerinde *ciddi ve yakın* tehlike<sup>83</sup> ile karşı karşıya kalan çalışan, *iş sağlığı ve güvenliği kuruluna* başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilecektir. Böyle bir durumda kurul acilen toplanarak, durumu tutanakla tespit edecektir. Kurul kararı, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilecektir. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde ise çalışan, aynı nitelikteki başvuruyu işverene yaparak tedbir alınmasını talep edebilecektir. Böyle bir durumda da bu kez işveren derhâl karar vererek kararını yazılı olarak bildirmek yükümlülüğü altındadır.

Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir. Ancak çalışanın çalışmaktan kaçındığı döneme ilişkin ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan tüm hakları m. 13/f 2 hükmü uyarınca saklı tutulmaktadır.

İSGK m. 13/f 3 hükmü ile, ilga İş K. m. 83'ten farklı olarak, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda, çalışana iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ya da işverene başvurmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gitme hakkı tanınmakta olup çalışanın hükme uygun hareketinden dolayı hakları kısıtlanamayacaktır.

Yine İSGK m. 13/f 4 hükmü uyarınca, işverenin, işçinin talebine rağmen gerekli tedbirleri almaması durumunda işçinin, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmesini feshetme hakkı mevcuttur. Ancak İSGK m. 25'e göre işyerinde işin durdurulması halinde m. 13 hükmü uygulanamayacaktır (İSGK m.13/5).

Söz konusu madde hükmü uyarınca işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için; karşı karşıya kalınan tehlikenin *ciddi ve yakın* olması, çalışmaktan kaçınma talebinin haklılığı yönünde, iş sağlığı ve güvenliği kurulu veya işveren tarafından verilmiş bir kararın bulunması ve işyerinde işin durdurulması yoluna başvurulmaması olması

*İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbirin alınmadığı işyerlerinde işçiler altı iş günü içinde, bu Kanunun 24 üncü maddesinin (I) numaralı bendine uygun olarak belirli veya belirsiz süreli hizmet akitlerini derhal feshedebilir.*

*Bu Kanunun 79 uncu maddesine göre işyerinde işin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde bu madde hükümleri uygulanmaz.*" şeklinde bir düzenleme içermekteydi.

<sup>83</sup> İş Kanunu mülga m. 83 hükmü, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için işyerinde karşı karşıya kaldığı tehlikenin yakın, acil ve hayati nitelikte olması gerekliliği üzerinde dururken, İSGK m. 13/I hükmü "acil ve hayati tehlike" kavramı yerine "ciddi tehlike" kavramını tercih ederek, tehlikenin *ciddi ve yakın* olması gerektiği yönünde hüküm ihdas etmektedir.

gerekmektedir. İşyerinde yaşanan psikolojik taciz sürecinin mağdur işçinin çoğunlukla ruhsal, kimi zaman da fiziksel sağlığını bozacak nitelikte ciddi ve yakın tehlike oluşturacağı şüphesizdir. Böyle bir durumun varlığı halinde, işçinin talebi üzerine, iş sağlığı ve güvenliği kurulu veya işveren tarafından derhal gerekli tespitler yapılmalı ve tedbirlerin alınması yolunda karar verilmelidir. İşçi bu kararın ardından, maruz kaldığı psikolojik taciz davranışlarını sona erdirmeye yönelik uygun tedbirler işverence alınıp kendisine uygun çalışma ortamı sağlanıncaya kadar, madde hükmü uyarınca çalışmaktan kaçınabilecektir<sup>84</sup>. Böyle bir durumda işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi geçerliliğini korumaya devam edecek, iş görme edimini yerine getirmemesine rağmen, işçinin çalışmaktan kaçındığı döneme ilişkin ücret alacağı ile gerek kanunlardan gerekse iş sözleşmesinden doğan diğer hakları işlemeye devam edecektir. İşçi ancak işverence gerekli önlemleri alınmasının ardından tekrardan çalışmaya başlayacaktır. İşveren, söz konusu hüküm kapsamında çalışmaktan kaçınılan dönemde, ücret ve çalışma koşullarında bir değişiklik olmamak kaydıyla işçiye, iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli olmayan benzer bir işte çalışmasını önerebilecektir. Bu halde işçinin öneriyi kabul etmesi gerekmektedir. Zira işçinin böyle bir öneriyi reddetmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır<sup>85</sup>.

İSGK m. 13/f 1 hükmü ile öngörülen çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması her ne kadar işçinin yakın ve ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya olması sebebiyle, bu konudaki talebinin haklılığına ilişkin olarak, iş sağlığı ve güvenliği kurulu veya işveren/işveren vekili tarafından verilmiş bir kararın bulunması prosedürüne bağlı kılınmışsa da İSGK m. 13/f 3 hükmü ile bu duruma bir istisna getirilmiştir; *ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda* çalışan, iş sağlığı ve güvenliği kuru-

<sup>84</sup> İş K. mülga m. 83'ün yürürlükte olduğu dönemde doktrinde yer alan bir görüş, m. 83 hükmünde yer verildiği şekliyle, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararı ya da işveren/işveren vekili kararının işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının doğumu için kurucu nitelik taşıdığını, söz konusu karar mevcut olmaksızın bu hakkın kullanılamayacağını, zira hükmün gerekçesinde de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen işçinin, konunun teknik özellik taşıması sebebiyle kendi başına bu kararı veremeyeceğinin belirtildiğini, ileri sürmekteydi. Söz konusu görüşe göre, mülga m. 83 hükmünde belirtilen karar alınmaksızın ya da işçinin talebinin reddedilmesi durumunda BK. m. 325 (Şimdiki TBK m. 408) hükmü uyarınca işçinin çalışmaktan kaçınmasının mümkün olmayacağı, işçinin ancak m. 83'de belirtilen kurul ya da işveren/işveren vekili tarafından 6 iş günü içerisinde karar verilmediği veya dürüstlük kuralları gereğince işçiden çalışmasının beklenemeyeceği durumlarda çalışmaktan kaçınabileceği üzerinde durmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Engin, 2003: 88; Aydın, 2004: 245; Savaş, 2007: 99; Ünal, 2013: 58. Ancak doktrinde yer alan bir başka görüş ise; İş K. mülga m. 83 hükmünün, genel hükümler arasında yer alan ve alacaklı temerrüdünün özel bir şeklini oluşturan işveren temerrüdüne ilişkin hükmün (mülga BK m.325- TBK. m. 408) uygulanma olanağını ortadan kaldırmayacağı yolundaydı. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 2013: 912; Soyer, 2005: 411; Odaman, 2006: 885; Savaş, 2007: 99; Büyükkılıç, 2012: 103-104; Ünal, 2013: 58. Ancak 6331 sayılı İSGK m. 13/ f 3 hükmünün TBK. m. 408'e paralel yeni düzenlemesi karşısında artık TBK. m. 408'in uygulanma olanağı ortadan kalkmıştır, bkz. Süzek, 2013: 912.

<sup>85</sup> Süzek 2013: 911; Soyer, 2011: 683; Odaman, 2006: 885; Savaş, 2007: 99; Büyükkılıç, 2012: 103-104.



luna ya da işverene başvurmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir. İşçi bu halde, m. 13/f 1'deki prosedürle bağlı olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gidebilecek ve bu hükme uygun hareketinden dolayı hakları kısıtlanamayacaktır. İSGK m. 13/f 3 ile yakın ve ciddi tehlikenin önlenemez olduğu durumlara özgü olarak yaratılan bu istisna, söz konusu madde hükmünü çalışmaktan kaçınma hakkının işçi tarafından herhangi bir şarta veya izine tabi olmaksızın kullanılmasını öngören TBK. m. 408 ( mülga BK. m. 325) hükmüne yaklaştırmak suretiyle iki hüküm arasında, tartışmaların önüne geçecek bir paralellik sağlamıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 6331 sayılı İSGK sadece İş Kanunu kapsamındaki işçileri değil, Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu kapsamındaki işçileri ve hatta tüm çalışanları uygulama kapsamına almaktadır. Bu nedenle iş sağlığı güvenliği kapsamında işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen m. 13 hükmü hangi kanuna tabi olduğuna da bakılmaksızın ve ayırım gözetilmeksizin tüm işçilere ve çalışanlara uygulanacaktır. İşçinin ruhsal ve kimi zaman da bedensel sağlığını tehdit eden psikolojik taciz olaylarının işyerinde yakın ve ciddi bir tehlike oluşturduğu durumlarda mağdur işçi, iş sağlığı güvenliği kuruluna veya işveren/ işveren vekiline başvuracak, durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilecektir. Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınacaktır (İSGK m.13/f 1, 2). Öte yandan, psikolojik tacizin faili bizatihi işverenin kendisinin olması halinde veya işverenin tutum ve tavrından tacize son vermeyeceğinin açıkça anlaşıldığı durumlarda, işyerinde psikolojik tacizin önlenemez olduğundan bahisle, işçi söz konusu prosedüre uymak zorunda olmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir (İSGK. m. 13/f 3)<sup>86</sup>.

### **İş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle derhal feshi**

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13/f 4 hükmüne göre işçi, talebine rağmen işverenin gerekli tedbirleri almaması durumunda, tabi olduğu kanun hükümlerine göre iş sözleşmesini feshedebilecektir<sup>87</sup>. Söz konusu düzenleme kapsamda işçinin fesih hakkının doğması için, öncelikle ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya bulunması, bu nedenle iş sağlığı ve güvenliği kuruluna veya işverene başvuru-

<sup>86</sup> Ünal, 2013: 59.

<sup>87</sup> 6331 Sayılı İSGK m. 37 hükmü ile yürürlükten kalkan İş K. m. 83 hükmü de İSGK m. 13'e benzer bir şekilde işçiye iş sözleşmesini fesih hakkı tanımaktaydı. Söz konusu ilga düzenlemeye göre işçi, sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalması halinde, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna veya işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilmekteydi. Madde 83 hükmü, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbir alınmayan işyerlerinde işçilere altı iş günü içinde, İş Kanununun m.24/I uyarınca belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerini derhal fesih hakkı tanımaktaydı.

arak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirin alınmasını talep etmesi gerekmektedir.

İş K. m. 83 hükmünün İSGK m. 37 hükmü ile ilgasının ardından, işyerinde psikolojik tacize uğrayan işçinin, iş sözleşmesini fesih hakkını İSGK m. 13/f 4 hükmü kapsamında kullanması mümkün görünmektedir. Ancak söz konusu hükmün işyerinde psikolojik tacize ilişkin fesihlerde uygulanması hususunun ikili bir ayırım yapmak suretiyle ortaya konulması daha doğru olacaktır. Şöyle ki; eğer işyerinde psikolojik taciz işçinin beden ve özellikle ruh sağlığına zarar verecek *ciddi ve yakın bir tehlike* oluşturuyorsa, işçinin psikolojik taciz sebebiyle fesih hakkının doğması için, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna veya işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etmesi, ancak buna rağmen işverence gerekli tedbirin alınmamış olması gerekmektedir. Madde 13 hükmünden, söz konusu başvurunun, işçinin fesih hakkını kullanabilmesi için bir ön koşul olduğu anlaşılmaktadır. Ancak işyerinde psikolojik tacizin yakın bir tehlike olarak nitelendirilemeyeceği durumlarda, diğer bir söylemle psikolojik tacizin işyerinde zaten ortaya çıkmış olduğu durumlarda, işçi söz konusu prosedüre uymaksızın fesih hakkını kullanabilmelidir<sup>88</sup>. Yine psikolojik tacizin failinin doğrudan işveren olduğu durumlarda, işçinin işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasını istemesinin pratik bir faydasının olmayacağı da şüphesizdir. Böyle bir durumda işçinin fesih hakkını kullanmasının işverene başvuru ve tedbir alınmasını talep etme koşuluna bağlanamayacağı söylemek yanlış olmayacaktır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13/f 4 hükmü, işverenin talebe rağmen gerekli tedbirleri almaması durumunda işçinin tabi olduğu Kanun hükümlerine göre iş sözleşmesini feshedebileceğine işaret etmektedir. Psikolojik taciz işçi için, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eden bir haklı nedenle fesih sebebidir. Ancak İş K. m. 24/II hükmünün b ve d bendlerinde, işçinin gerek işveren tarafından gerekse diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğraması haklı nedenle fesih sebeplerinden birisi olarak zikredilmişken, işçinin psikolojik tacize uğramasına haklı nedenle fesih sebebi olarak yer verilmemiştir. Yine İş K. m. 24/II b ve c'de yer alan haklı nedenle fesih sebeplerinden "işverenin işçinin namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması" ile "işverenin işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı ağır isnad ve itamlarda bulunması" halleri tek başlarına değerlendirildiğinde psikolojik taciz oluşturmamakla beraber, bu tür davranışların bir süreç içerisinde tekrarlanarak devam etmesi durumu bu tür davranışlara psikolojik taciz niteliği kazandıracaktır. Bu nedenle İş K. m. 24/II hükmünün söz konusu bendleri haklı nedenle fesih sebebi olarak, maddi vakıalara uygun olduğu ölçüde kıyas yoluyla psikolojik taciz olaylarına da uygulanacaktır. Diğer bir söylemle; işyerinde yaşanacak psikolojik taciz olaylarına karşı gerekli önlemleri almakla yükümlü bulunan işveren, söz konusu yükümlülüğünü yeterince yerine getirmez veya bizzat

<sup>88</sup> Sevimli, 2013/I: 139; Ünal, 2013: 59.

kendisi psikolojik tacizde bulunursa, mağdur işçi İş Kanunu m. 24/II, b,c ve d hükümleri kıyasen uygulanarak iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir.

İşyerinde psikolojik tacizin faili işveren ise işçi, “işveren, işçinin veya aile üyelerinde birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa”, şeklindeki İş K.m. 24/II, b hükmündeki düzenleme uyarınca iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir. Yine psikolojik tacize uğrayan işçi, “işveren....işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı ağır isnad ve itamlarda bulunursa” şeklindeki m. 24/II c hükmü uyarınca da iş sözleşmesini feshedebilecektir<sup>89</sup>. Söz konusu fıkraların uygulama alanı bulabilmesi için bu davranışların Türk Ceza Kanununa göre suç oluşturması zorunlu değildir<sup>90</sup>.

İşyerinde meydana gelen psikolojik tacizin faili işveren değil de başka bir işçi ya da üçüncü kişiler ise işçinin bu defa, “işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa” şeklindeki m. 24/II, d hükmü uyarınca iş sözleşmesini feshedebilmesi mümkündür. Söz konusu fıkra ile işverenin gözetim borcu gereği, işçisini diğer işçilere ve üçüncü kişilere karşı koruma, bunlardan gelebilecek cinsel tacizlere karşı önlem alma yükümlülüğü öngörülmekte olup<sup>91</sup>, işyerinde psikolojik taciz durumunda da söz konusu hükmün kıyasen uygulanması mümkündür<sup>92</sup>. Ancak hükmün uygulama alanı bulabilmesi için, işçinin tacize uğraması yeterli olmayıp, bu durumu işverene bildirmesi ve işverenin de bu bildirimle rağmen gerekli önlemleri almamış olması gerekmektedir<sup>93</sup>. Durumun işverene bildirilmemesi yahut bildirim üzerine işverenin gerekli tedbirleri alması halinde bu fıkranın uygulanması mümkün olmayacaktır.

İşyerinde psikolojik tacize uğrayan işçi, yukarıda belirtilen fıkralar uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme hakkını, İş K. m. 26/1’de belirttiği üzere manevi taciz teşkil eden davranışları öğrenmesinden itibaren altı iş günü içinde ve her halde bir yıl içinde kullanmalıdır. Bu süreler hak düşürücü sürelerden olup durmaz ya da kesilmezler<sup>94</sup>. Dolayısıyla buradaki altı iş günlük süre, failin ve fiilin feshe yetkili tarafça öğrenildiği tarihten itibaren başlayacak ve söz konusu sürenin

<sup>89</sup> Süzek, 2013: 712; İlhan, 1182; Doktrinde Narmanlıoğlu, İş Kanununun bildirimsiz fesih sebebi olarak cinsel taciz teşkil edecek davranışları esas aldığına işaret etmektedir. Yazar bu nedenle madde metnine bağlı kalınarak söz konusu feshi sadece “cinsel anlam taşıyan ya da cinsel temele dayalı olup istenmeyen” davranışlarla sınırlamanın yerinde olacağını belirtmektedir. Bkz. Narmanlıoğlu, 2012: 426; Aynı görüş, Aydın, 2002: 91.

<sup>90</sup> Süzek, 2013: 712; Çelik, 2012: 274; Centel, 1994: 179; Bayram, 2003: 564.

<sup>91</sup> Süzek, 2013: 409, 712; Savaş, 2007: 113; İlhan, 1182.

<sup>92</sup> Savaş, 2007: 113; Mollamahmutöğlü ve Astarlı, 2012: 749; İlhan, 2010: 1182; Ünal, 2013: 60.

<sup>93</sup> Süzek, 2013: 714; Eyrenci ve Taşkent ve Ulucan, 2010: 189; Mollamahmutöğlü ve Astarlı, 2012: 748; Savaş, 2007: 113.

<sup>94</sup> Çelik, 2012: 301; Süzek, 2013: 719-720.

geçmesi halinde yapılan fesih haklı nedenle fesih olarak nitelendirilemeyecektir<sup>95</sup>. Ancak failin psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek davranışları, madde hükmünde söz konusu 6 iş günlük ve bir yıllık sürelerinin uygulanabilirliği açısından, haklı nedenle fesih sebebi oluşturan diğer davranışlara göre farklılık göstermektedir. Öncelikle mağdur işçinin maruz kaldığı davranışın psikoloji taciz olduğunun farkına varması çoğu kez uzun zaman almaktadır. Diğer yandan, psikolojik taciz tek bir hareketle oluşmamakta ve belli bir sürece yayılmaktadır. Bu nedenle fesih sürelerine sıkı sıkıya bağlı kalmak, söz konusu hükümlerin psikolojik taciz için uygulanabilirliğini ortadan kaldıracak ve mağdur işçiyi savunmasız bırakacaktır. Uygulamada *Yargıtay*'da bu duruma dikkat çekerek, taciz olayının etki ve sonuçlarının temadi etmekte olduğu, bu nedenle psikolojik tacize dönüşen eylemlerde 6 günlük hak düşürücü sürede fesih hakkının kullanılmadığından bahsedilemeyeceği yolunda karar ihdas etmiştir<sup>96</sup>. *Yargıtay*'ın söz konusu kararı uygulamanın ihtiyaçlarına cevap vermek açısından son derece isabetlidir. En azından konuya ilişkin yasal düzenleme yapıncaya kadar söz konusu süreler sıkı sıkıya bağlı kalınmamalı ve psikolojik taciz süreci içinde yer alan failin her hareketi ile yeni bir sürenin işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir<sup>97</sup>.

Yine işyerinde psikolojik tacizin işverenin bir işçisi tarafından başka bir işçiye uygulanması durumunda işveren, gerekli önlemler almak ve psikolojik tacizi bertaraf etmek üzere, "*işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması*" şeklindeki İş K. m. 25/II, c hükmü uyarınca psikolojik tacizin faili olan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir. Yukarıda da değindiğimiz üzere, söz konusu fıkrada her ne kadar psikolojik tacize ilişkin bir düzenleme mevcut değilse de, hükmün tıpkı m. 24/II, d'de olduğu gibi, cinsel tacize oranla işyerlerinde daha geniş ve yaygın bir şekilde ortaya çıkan ve daha üst bir kavram olan psikolojik taciz vakıalarına kıyasen uygulanması söz konusudur. Doktrinde bir görüş, işyerinde başka bir işçiye psikolojik taciz uygulayan İş K. m. 18 kapsamındaki iş güvencesine tabi işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence geçerli nedenle feshedilebileceği üzerinde durmaktadır<sup>98</sup>. Ancak kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira faili kim olursa olsun mağdur işçi açısından bakıldığında, işyerinde psikolojik taciz dürüstlük kuralları uyarınca iş ilişkisini sürdürülmesi beklenemez derecede ağır bir durum yaratmaktadır. Böyle bir hal fesih için geçerli sebepten öte bir haklı sebeptir. Diğer taraftan, işçinin iş güvencesi kapsamında olması, işçiler arasında sadece işe iadeyi talep etme hakkına sahip olup olmama konusunda bir fark yaratmaktadır. Yoksa kanun koyucunun iş güvencesine ilişkin İş K. m. 18 vd. hükümlerini ihdas ederken gözettiği amaç, geçerli nedenle fesih sebepleri ile haklı nedenle fesih sebeplerini iş güvencesine tabi olan işçilerle tabi olmayan işçi-

<sup>95</sup> Savaş, 2007: 115.

<sup>96</sup> Yarg. 9. HD 4.11.2010, E. 2008/37500, K. 2010/31544, Çil, 460-463.

<sup>97</sup> Savaş, 2007: 115; Aydın, 2004: 223; Çelebi, 2004: 716.

<sup>98</sup> Tınaz, 2006: xiii; Savaş, 2007: 113.

ler arasında fark yaratarak uygulamak değildir. Bunun aksini düşünmek işyerinde psikolojik taciz sebebiyle fesihlerde, iş güvencesi kapsamında olan işçilerle kapsam dışında kalan işçiler arasında kıdem tazminatı alacağından doğması açısından yerinde olmayan ve haksız bir ayırım yaratacaktır.

Türk Borçlar Kanununa tabi işçilerin haklı nedenle fesih sebepleri TBK. m. 435 hükmünde düzenlenmektedir. TBK. m. 435 hükmü, İş K. m. 24 hükmünden farklı olarak haklı fesih sebeplerini sayarak belirlemek yerine genel bir tanım vermek suretiyle belirleme yoluna gitmiştir. Madde hükmüne göre, sözleşmeyi feshe den taraftan, dürüstlük ilişkisine göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durumlar ve koşullar haklı neden sayılmıştır. İşyerinde psikolojik tacizin faili ister işveren olsun isterse de işverenin diğer bir işçisi veya üçüncü kişiler olsun, bu durumun mağdur işçiden dürüstlük kurallarına göre iş ilişkisini sürdürmesini bekleyemeyeceğimiz bir hal yaratacağı şüphesizdir. Bu sebeple, tıpkı İş Kanununa tabi işçilerde olduğu gibi Borçlar Kanununa tabi işçiler için de psikolojik tacize uğrama hali TBK. m. 435 hükmü kapsamında haklı nedenle fesih sebebidir. İşverenin işyerinde psikolojik taciz uygulaması yahut işçilerden birinin veya üçüncü kişilerin işyerinde psikolojik taciz uyguladığı kendisine bildirilmesine rağmen gerekli tedbiri almaması sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır. Böyle bir durumda TBK. m. 437/f I hükmü gereğince işveren, iş ilişkisine dayanan bütün hakları da gözönünde tutarak, sebep olduğu zararı tamamen gidermekle yükümlüdür. İşverenin söz konusu yükümlülüğü sadece maddi tazminatla sınırlı olmayıp manevi tazminatı da kapsamaktadır<sup>99</sup>.

### **Ayrımcılık tazminatı**

Eğer işyerinde psikolojik taciz, İş K. m. 5 hükmünde “eşit davranma ilkesi” başlığı ile yer alan, işçinin dili, ırkı, cinsiyeti, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi, engellilik hali ve benzeri sebepler kullanılarak, ayrımcılık yapma saiki ile gerçekleştiriliyorsa; diğer bir ifade ile, psikolojik taciz ayrımcılığı gerçekleştirmenin aracı olarak kullanılıyorsa, işverenin eşit işlem borcunu ihlali söz konusu olmaktadır<sup>100</sup>. Böyle bir durumda, işyerinde psikolojik tacize maruz kalan işçi, söz konusu borcun ihlal edilmesi sebebiyle, m 5/f 6 ve 7 hükmünde öngörülmüş olan “ayrımcılık tazminatı” talebinde bulunabilecektir.

İş K. m. 5/ f 6 hükmü uyarınca ayrımcılık tazminatı, ayırıma uğrayan işçinin 4 aya kadar ücreti tutarındadır. Ayrıca işçi aynı hüküm uyarınca yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir. Ayrımcılık yapıldığının ispat yükü işçiye aittir. Ancak işçi, böyle bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyarsa, bu takdirde artık işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır.(m.5/VII).

<sup>99</sup> Ünal, 2013: 60.

<sup>100</sup> Savaş, 2007: 110; Bayram, 2003: 564.

Konuya ilişkin olarak İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı” nda da bazı önemli yaptırımlar öngörülmektedir. Taraflar arasında uzlaştırma öngören tasarı taslağı uzlaştırma kapsamında, ayrımcı uygulamaya son verilmesi ve mağdura belli bir tazminatın ödenmesi şeklinde bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Ayrımcılık iddiasıyla Kurula, adli veya idari yargı organlarına yapılan başvurularda ispat yükü, iddianın açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu veya başvuru hakkının kötüye kullanıldığı haller dışında, ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişi veya kuruma aittir. İspat yüküne ilişkin bu hüküm ceza yargılamasında uygulanmayacaktır (m. 10). Ayrıca söz konusu Kurula, m. 23 hükmü ile idari para cezası verme yetkisi de tanınmıştır. Buna göre, Kurul, ayrımcı uygulamanın etki ve sonuçlarının ağırlığını, tarafların maddi gücünü ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisini dikkate alarak, gerçek kişiler, şahıs şirketleri ve diğer özel hukuk tüzel kişiliği olan kurumlar için 1.000 TL’den 5.000 TL’ye, sermaye şirketleri için 2.500 TL’den 15.000 TL’ye kadar idari para cezası uygulayabilecektir.

### **Maddi ve manevi tazminat**

İşyerinde psikolojik taciz, mağdur işçinin kişilik haklarına yönelik bir tecavüz olması sebebiyle bir haksız fiildir<sup>101</sup>. Aslında devamlılık gösterdiğinde psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek süreç içerisinde, failin davranışları tek tek değerlendirildiğinde de bunların pek çoğunun tek başına bile haksız fiil niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak, Türk Borçlar Kanununun işçiyi gözetme borcuna ilişkin düzenlemeler içeren ve bu kapsamda psikolojik tacize de yer veren m. 417 hükmü, işverenin söz konusu hüküm de dahil olmak üzere, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümüne, vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararlarının tazminini sözleşmeye aykırılıktan doğan hükümlere tabi kılmıştır. Bu kapsamda işverenin psikolojik tacize uğrayan işçiye karşı olan sorumluluğu TBK. m. 112 vd. da yer alan borca aykırılığa ilişkin hükümler kapsamında çözüme kavuşturulacak; TBK. m. 114/f2 uyarınca, sözleşmeye aykırılık hallerine haksız fiile ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacaktır. Doktrinde<sup>102</sup> işverenin işyerinde psikolojik taciz niteliğindeki davranışlarının hem haksız fiil sorumluluğu hem de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk doğurmakta olduğu, bu sebeple de mağdur işçinin psikolojik tacize ilişkin tazminat taleplerinde bu iki sorumluluk halinden doğan dava haklarının yarıştığı üzerinde durulmaktadır. Ancak işverenin psikolojik tacize ilişkin sorumluluğunun sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi kılındığına yönelik TBK. m. 417’nin açık söylemi karşısında, artık burada hakların yarıştığını söylemek kanaatimizce mümkün görünmemektedir. Sorumluluk sebeplerinin yarışmasını düzenleyen TBK. m. 60 hükmünde, bir kişinin sorumluluğunun birden çok sebebe dayandırılabilmesi

<sup>101</sup> Ünal, 2013: 49.

<sup>102</sup> Sevimli, 2013/I: 134; Savaş, 2007: 95; Şen, 2009:136; Ünal, 2013: 52.

halinde, zarar görenin farklı bir talebi olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, hakime en iyi sorumluluk sebebine göre karar verme yükümlülüğü yüklenmektedir. TBK. m. 417 hükmünün, bu konuda sözleşmeye aykırılık hükümlerinden doğan sorumluluk esaslarının uygulanacağı hususundaki açık söylemi karşısında artık hakim TBK. m. 60 hükmü uyarınca en iyi sorumluluk sebebine göre karar vermesi hali dahi söz konusu olamayacaktır. Kaldı ki bu durumda mağdur işçi açısından işverene karşı yönelteceği tazminat talebinde sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine dayanmasının ve hakim TBK. m. 60 hükmü uyarınca sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri üzerinden karar vermesinin pek çok açıdan daha lehe olduğu da şüphesizdir<sup>103</sup>.

Psikolojik tacize muhatap olan işçi, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk kapsamında, TBK. m. 112 vd. hükümler uyarınca işverenden maddi tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu durumda hakim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereği ve kusurun ağırlığını gözönüne alarak belirleyecektir (m. 51). Belirtmek gerekir ki psikolojik taciz vakalarında maddi tazminata ilişkin talepler çok büyük bir kalem oluşturmamaktadır. Ancak tacize uğrayan işçi bu nedenle sağlığını kaybetmiş ve tedavi görmüş ise yapmış olduğu tedavi ve ilaç masrafları bu kapsamda yer alacaktır.

Diğer yandan, psikolojik tacize uğrayan işçi, kişilik hakları ihlal edildiği gerekçesiyle, yine sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk kapsamında, uğradığı manevi zararlara ilişkin olarak, işverenden manevi tazminat talebinde bulunabilecektir (m. 58/I). Ancak hakim, manevi tazminat adı altında bir miktar paranın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimini kararlaştırabilecek veya manevi tazminata ekleyebilecektir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilecek ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilecektir. Mahkeme özellikle psikolojik taciz davalarında, tacize uğrayan işçinin kişilik haklarının ihlalini kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir<sup>104</sup>.

İşçinin maruz kaldığı psikolojik tacizin failinin işveren dışında diğer bir işçi veya üçüncü bir kişi olması halinde ise işçinin bu kişilerden talep edeceği maddi ve manevi tazminatlar haksız fiil hükümleri uyarınca hükme bağlanacaktır.

### **Koruyucu davalar**

Koruyucu davalar, işyerinde psikolojik taciz ile kişilik hakları saldırıya uğrayan mağdur işçi tarafından MK. m. 25 hükmü uyarınca açılacak *saldırıya son verilmesi, saldırının önlenmesi ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti* davalarıdır;

<sup>103</sup> Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri, gerek ispat külfeti (TBK m. 50/I- TBK m.112) gerekse zamanaşımı süresi açısından (TBK m.72- TBK m.146) haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre mağdur işçi için daha lehe olduğu yolunda bkz. Sevimli, 2013/I: 134; Ünal, 2013: 52-53.

<sup>104</sup> Centel, 2011: 15.

İşyerinde psikolojik tacize uğrayan işçi, oluşan bu durumu sona erdirmek amacıyla MK. m. 25/I hükmü uyarınca, hakimden sürmekte olan bu *saldırıya son verilmesini* yani psikolojik tacizin durdurulmasını talep edebilecektir. Saldırıya son verilmesi davasının açılabilmesi için, psikolojik taciz sürecinin devam ediyor olması gerekmektedir. Zira sona ermiş bir psikolojik taciz vakasında mağdurun bu davayı açmakta hukuki bir yararı mevcut değildir. Psikolojik taciz mağduru olan ve halen süreci yaşayan işçi, bu dava yoluyla saldırıyı durdurduktan sonra ayrıca MK. m. 25/II hükmü uyarınca mahkmeden, alınan kararı üçüncü kişilere bildirilmesini ya da yayınlanmasını isteyebilecektir.

Psikolojik tacize uğrayan işçinin MK. m. 25/I kapsamında açabileceği bir diğer dava da *saldırının hukuka aykırılığının tespiti* davasıdır. Kanun hükmü, bir saldırı sonucunda kişilik hakları zedelenmiş olan kimselere, saldırı bitmiş olmasına rağmen etkilerini halen devam ettiriyorsa bu saldırının hukuka aykırılığını tespit ettirme hakkı tanımaktadır. Buna göre işçi, sona ermesine rağmen etkileri devam eden psikolojik tacizin hukuka aykırılığının tespitini talep edebilecektir. Saldırının etkisini sürdürdüğü duruma örnek olarak, üçüncü kişilerin mağdurun kişilik hakkına yapılan tecavüzü öğrenmesi ve bu durumun onun şeref ve haysiyetine dokunması veya toplumda yanlış izlenimler uyandırması hali verilebilir<sup>105</sup>. Madde hükmü uyarınca mağdur işçi, tespit kararının yayınlanmasını ya da üçüncü kişilere bildirilmesini mahkmeden talep edebilecektir.

MK. m. 25 kapsamında başvurulabilecek bir diğer yol da *saldırı tehlikesinin önlenmesi* talebidir. Saldırının önlenmesi davası, kişiliğe tecavüzün henüz başlamadığı fakat saldırı tehdidinin bulunduğu hallerde söz konusu olabilecektir. Bu davanın amacı, failin davranışını yasaklayarak mağduru gelecekte gerçekleşecek bir saldırıdan korumaktır. Bu nedenle söz konusu davayı açabilmek için, saldırı tehdidinin varlığı ile bu tehdidin yakın ve ciddi olması şartı aranmaktadır. İşyerinde psikolojik taciz belli bir süreye yayılan ve tekrar eden davranışlardan oluşan bir süreç olması nedeniyle, başka bir söylemle, psikolojik tacizde birden fazla hareketin bulunduğu tek bir tecavüzün bulunması sebebiyle, işçinin bu vakılarda tacizin önlenmesi için dava açma şansı bulunmamaktadır<sup>106</sup>. Ancak belki iş sözleşmesi geçersiz bir şekilde feshedilen işçi, mahkeme kararı ile işe iadesinin ardından yeniden aynı işyerinde çalışmaya başlarsa, fesihden önceki çalıştığı sorunlu dönem değerlendirildiğinde bu kişinin psikolojik tacize maruz kalacağı yolunda ciddi ve yakın bir tehdit mevcut ise, hakim davayı kabul edebilir ve saldırının önlenmesi yolunda hüküm ihdas edebilir<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> Helvacı, 2006:125-126; Oğuzman ve Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2005: 159-160 ve 163; Savaş, 2007: 107.

<sup>106</sup> Savaş, 2007: 106; Bayram, 2003: 569; İlhan, 2010: 1182-1183.

<sup>107</sup> Bayram, 2003: 569.



## **Dünyadan Hukuki Düzenlemelere İlişkin Örnekler**

### **Genel Olarak**

İşyerinde psikolojik taciz (mobbing), günümüzde bütün ülke, meslek ve işçileri etkileyen küresel bir olgudur. Çeşitli kurum ve kuruluşlarca dünya çapında yapılan istatistikler bu durumun ne kadar yaygın bir şekilde yaşandığını gözler önüne sermektedir:

Uluslararası alanda faaliyet gösteren bir insan kaynakları şirketi olan “Monster Global Poll”, 2011 Mayıs ayında dünya çapında yaptığı bir ankette “ İşyerinde hiç psikolojik tacize uğradınız mı?” sorusunu yöneltmiştir. Soruyu cevaplayan 16.517 kişinin %64’ü “psikolojik tacize uğradığını ve durumdan fiziksel olarak zarar gördüğünü veya iş performansının düştüğünü”, % 16’sı “psikolojik tacize uğramadığını ancak başkalarının başına geldiğine tanık olduğunu”, %36’sı ise “psikolojik tacize uğramadığını” bildirmiştir<sup>108</sup>. Yine, dünya çapında yapılan araştırmalar sonucunda psikolojik tacize uğrayanlardan %83’ünün AB ülkesi vatandaşı işçiler, %65’inin Amerikalı işçiler ve %55’inin Asya kökenli işçiler olduğu tespit edilmiştir<sup>109</sup>.

Konuya ilişkin bazı ülkesel verilere göz atıldığında; Amerika’da psikolojik ve fiziksel taciz olaylarına cinsel taciz olaylarından 4 kat daha fazla rastlanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri işgücü raporlarına göre, Amerikalıların en az %50’si çalıştıkları işyerlerinde psikolojik tacize ilişkin bir deneyim yaşamaktadır. Bunların % 35’i psikolojik tacize maruz kalmakta, %15’i ise meydana gelen psikolojik taciz olaylarına tanık olmaktadır. Kaydedilen olayların çoğunda failin yönetici sıfatı taşıyan kişiler olduğu, Yine psikolojik taciz faillerinin % 62’sinin erkek ve mağdurlarının % 58’inin kadın olduğu tespit edilmiştir<sup>110</sup>. Amerika’da psikolojik tacize uğrayan kişilerin çoğunun işlerini bırakma eğiliminde olduğu ve uğradıkları tacizin uzun süren psikolojik etkileri sebebiyle uzun süre işsiz kaldıkları da tespit edilmektedir<sup>111</sup>.

İngiltere’nin en büyük sendikası olan UNISON’un yaptığı araştırmalara dayanarak yayınladığı 2011 raporunda, İngiltere’de son altı ay içinde her on işçiden 6’sının psikolojik veya fiziksel taciz mağduru olduğuna ya da etrafında yaşanan bu tür taciz olaylarına şahit olduğuna; bu tür taciz olaylarının %40’ının kamu sektöründe, %33’ünün de özel sektörde yaşandığına, problemin en yaygın olduğu sektörlerin, bankacılık-finance, eğitim ve sağlık sektörleri olduğuna işaret etmektedir<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> Cobb, 2012: 5.

<sup>109</sup> European Foundation For The Improvement of Living and Working Conditions Report: Foundation Findings: Physical and psychological violence at the workplace, September 2010, 7 vd.

<sup>110</sup> Cobb, 2012: 6. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve veriler için bkz. The Workplace Bullying Institute (WBI) Raporları, <http://www.workplacebullying.org/research/WBI-NatlSurvey2010.html> ( erişim tarihi: 02.02.2014); NG, 2010-2011: 214.

<sup>111</sup> NG, 2010-2011: 214.

<sup>112</sup> TUC, <http://www.tuc.org.uk/workplace-issues-7>, (erişim tarihi 02.01. 2014).

İstatistikler psikolojik tacizin Finlandiya'da da önemli bir sorun haline geldiğini göstermektedir. 2010 yılında ücretli çalışanların %24'ünün psikolojik tacize uğradığı kaydedilmişken bu oran 2011'de % 29'a ulaşmıştır. Psikolojik taciz olaylarının özel şirketlere nazaran kamu işyerlerinde ve belediyelerde daha sık yaşanmakta olduğu ve kadınların erkeklere nazaran daha sık tacize uğradıkları kaydedilmiştir<sup>113</sup>. Yine Almanya'da uzmanlar, işyerinde tacizin giderek büyüyen bir sorun olduğunu, günde ortalama 1 ila 1,5 milyon çalışanın taciz mağduru olduğunu vurgulamaktadırlar<sup>114</sup>.

Konuya ilişkin olarak Kanada'nın Quebec Eyaletinde Çalışma Standartları Komisyonunun kaydettiği istatistikler de oldukça çarpıcıdır; Komisyon Haziran 2004 ile Haziran 2009 arasından beş yıllık period içinde toplam 10.095 şikayet aldığını, bu şikayetlerin %95'inin psikolojik tacize ilişkin olduğunu, bu şikayetlerin %73'üne işçinin hiyerarşik üstü konumundaki bir kişinin de dahil olduğunu, tacize uğrayan işçilerin % 63'ünü kadınların oluşturduğunu, şikayetlerin ancak %35'inin arabuluculuk yoluyla çözümlendiğini kaydetmiştir. 1 Haziran 2004 ile 31 Mart 2010 arasında, Çalışma İlişkileri Komisyonu psikolojik tacize ilişkin 108 hüküm vermiştir. Bu hükümlerden 36'sında işçinin psikolojik tacize uğradığı, 72 tanesinde ise psikolojik tacizin mevcut olmadığı tespit edilmiştir<sup>115</sup>.

Yapılan araştırmalarla ortaya konulduğu üzere, bir işyeri terörüne dönüşen, gerek mali açıdan gerekse sağlıklı işgücünün korunması açısından çalışma hayatında büyük olumsuzluklara yol açan bu global sorunun önüne geçilmesi ve zararlarının azaltılması gerekmektedir. Bu noktada, ulusal ve uluslararası alanda yapılacak hukuki düzenlemelerin önemi oldukça büyüktür. Hemen belirtmek gerekir ki pek çok ülke psikolojik tacizi "*iş sağlığı ve güvenliği*" kapsamında değerlendirmiş, işçileri tacizden korumak amacıyla yasal düzenlemeler yapmıştır. Kanada, Avustralya, İsveç, Fransa ve en son Sırbistan da dahil olmak üzere dokuz Avrupa ülkesi taciz karşıtı yasalarla çalışanları korumayı amaçlamaktadır. Çalışmamızın bu kısmında örnek olması açısından Belçika, Finlandiya, Sırbistan, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'nın bazı eyaletlerinde psikolojik tacizi önlemek üzere yapılan düzenlemelere yer verilecektir.

## Belçika

Belçika'da işçi ve işverenlere uygulanmak üzere, 17 Mayıs 2007 tarihli "İşyerinde Şiddet, Taciz ve Cinsel Taciz de Dahil Olmak Üzere İşten Kaynaklanan Psikososyal Baskıların Önlenmesine İlişkin Kraliyet Kararnamesi", 6 Haziran 2007 tarihli Belçika Resmi gazetesinde yayınlanmıştır<sup>116</sup>. Söz konusu Kararnamede işçi-

<sup>113</sup> Cobb, 2012: 11.

<sup>114</sup> Johnston, 2010: 1.

<sup>115</sup> Chainey, 2010: 10-11.

<sup>116</sup> Kararname metni için bkz. <http://www.employment.belgium.be/WorkArea/showcontent.aspx?id=32252> (erişim tarihi: 04.02.2014).

lerin işyerinde çalışırken sağlık ve güvenlikleriyle ilgili 4 Ağustos 1996 tarihli “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası”nın (The Welfare Act ) muhtelif hükümlerine atıflar yapılmaktadır. Nitekim uygulama alanına ilişkin 1. bölümün m.1 hükmünde de, bu Kararnamenin 4 Ağustos 1996 tarihli “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası”nda belirttiği şekliyle, işverenlere ve işçilere uygulanacağı belirtilmektedir.

Kararnamenin tanımlara yer veren 2. maddesinin 3. bendinde “Çalışmadan kaynaklanan psikosozyal baskı” kavramı tanımlanmaktadır. Buna göre, “işyerinde yapılan işten kaynaklanan veya işin yapılması sonucunda ortaya çıkan ve kişinin fiziksel ya da ruhsal sağlığı üzerinde zararlı etkisi olan, psikosozyal nitelikli her türlü baskı” çalışmadan kaynaklanan psikosozyal baskıdır.

Kararnamenin “çalışmadan kaynaklanan psikosozyal baskının önlenmesine ilişkin genel prensipler” başlıklı 2. bölümünde, konuya ilişkin olarak işverene yüklenen temel yükümlülükler yer verilmektedir:

Bu kapsamda işverene yüklenen en temel yükümlülük işyerinde psikosozyal baskıya sebep olan durumları tespit etmek, belirlemek ve değerlendirmek için “risk analizi yapmak”tır. İşveren söz konusu risk analizini yaparken, işyerinde strese, çatışmaya, şiddete, psikolojik tacize ya da cinsel tacize sebep olan durumları da dikkate almalıdır. Kararname risk analizinin bu konuda yetkin bir önleme danışman ile beraber, işyerinde yapılan işin niteliği, çalışma koşulları, çalışma ortamı, ve iş ilişkileri de dikkate alınmak suretiyle detaylı bir şekilde yapılmasını öngörmektedir (m. 3). İşveren, risk analizi sonucunda yapılan değerlendirmeye dayanarak, her çeşit psikosozyal baskıyı önlemek amacıyla uygun tedbirleri almalıdır (m.4). Kararname işverene, m. 3 ve m. 4 hükmü uyarınca yapılan risk analizinin sonuçlarını, “İşyeri Önleme ve Koruma Komitesi” (the Committee for Prevention and Protection at Work)<sup>117</sup> ile paylaşma yükümlülüğü yüklemektedir. İşveren, komite ile sadece risk analizi sonuçlarına göre tespit edilmiş verileri paylaşacak ve risk analizi sonucunda belirlenen önleme tedbirlerine ilişkin komitenin görüşlerini alacaktır (m.6).

Kararnamenin dördüncü bölümünün birinci alt bölümü “işyerinde taciz, şiddet ve cinsel tacizinin önlenmesi” ne ilişkin özel hükümlere yer vermektedir. Bu bölümde yer alan hükümlerin uygulanabilmesi için, işveren tarafından bir “önleme danışmanı”nın (authorised prevention advisor)<sup>118</sup> atanması öngörülmektedir (m. 11). Kararname, önleme danışmanının yanında işyerinde yine işveren tarafından atanacak bir “güvenilir kişi”nin de (confidential counsellor) görev yapmasını öngör-

<sup>117</sup> Kararnamenin 2. maddesinde belirtildiği üzere, risk analizinin sonuçları ve alınacak tedbirlerle ilişkin olarak işveren; İşyeri Önleme ve Koruma Komitesinin olmadığı işyerlerinde sendika temsilcisine, sendika temsilcisinin bulunmadığı işyerlerinde ise işçilere danışmakla yükümlüdür.

<sup>118</sup> Kararnamede adı geçen “önleme danışmanı”ı, işyerinde önleme ve korumanın sağlanabilmesi için iç ve dış hizmetler veren ve Kararnamenin 3. bölümünde belirtilen koşulları taşıyan bir gerçek kişidir(m. 2/4).

mektedir<sup>119</sup>. İşveren, atadığı bu kişilerin görevlerini her zaman etkin bir biçimde yerine getirmelerini sağlamakla yükümlüdür.

Kararnamenin işverene yüklediği diğer yükümlülükler; işçilerin ve İşyeri Önleme ve Koruma Komitesi üyelerinin, risk analizi sonuçlarına ilişkin uygulanacak önleme tedbirleri hakkında ve mağdur olduğu iddiası ile başvuran işçiye uygulanacak başvuru prosedürü hakkında gerekli tüm bilgilere sahip olmalarını sağlamak; önleme tedbirleri ve prosedürün uygulanabilmesi için gerekli eğitimi vermektir<sup>120</sup>.

Belçika'da psikolojik tacize ilişkin esaslı düzenlemeler, 17 Mayıs 2007 tarihli Kraliyet Kararnamesi'nin muhtelif hükümlerine göndermede bulunduğu, 4 Ağustos 1996 tarihli "*İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu*"nda (The Welfare Act )<sup>121</sup> yer almaktadır. İlgili düzenlemeler söz konusu Yasaya 11 Haziran 2002 tarihli "*İşyerinde Şiddet, Psikolojik Taciz ve Cinsel Tacizin Önlemesine İlişkin Kanun Değişikliği*" (Protection from Violence, Moral Harassment and Sexual Harassment at the Workplace) ile 10 Ocak 2007 tarihli "*Şiddet, Taciz ve Cinsel Taciz de Dahil Olmak Üzere İşten (Çalışmadan) Kaynaklanan Psikososyal Baskılara İlişkin Kanun Değişikliği*" metinleriyle girmiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu "işyerinde şiddet" kavramını; işçinin işyerinde ve çalışması ile bağlantılı olarak maruz kaldığı bedensel ve ruhsal tehdit ya da saldırı niteliğindeki davranışlar olarak tanımlamaktadır. Yine Kanuna göre işyerinde psikolojik taciz; işçinin kişiliğini, haysiyetini, bedensel ya da ruhsal bütünlüğünü hedef alan, onun işyerindeki performansını etkileyen, işyerindeki pozisyonunu tehdit eden veya tehlikeye sokan, düşmanca, küçük düşürücü, aşağılayıcı, zarar verici tehditler, eylemler, söylemler, jestler gibi tek taraflı davranışlar olarak tanımlanmaktadır. Psikolojik taciz niteliği taşıyan bu tarz davranışlar sık sık din, inanç, engellilik halleri, yaş,cinsiyet, cinsel eğilim, ırk ya da etnik köken gibi bir takım durumlarla da ilişkilendirilmektedir.

Kanun tacizi önlemek için işverene bir dizi yükümlülük yüklemektedir. Buna göre; öncelikle işverenin kendisi işyerinde psikolojik taciz ve cinsel taciz de dahil olmak üzere her türlü şiddet içeren davranışlarda bulunmaktan kaçınacaktır. Bu konuda işverene düşen en temel yükümlülük, işyerinde şiddet ve tacizin her türünü önlemek amacıyla, alınması gereken asgari tedbirleri belirlemek üzere bir risk analizi yapmaktır. İşveren bu konuya ilişkin gerekli maddi kaynağı ayırmakla, organizasyonu kurmakla, psikolojik tacize uğradığını beyan eden işçilere danışmanlık hizmeti vermekle, işçileri bilgilendirmekle ve gerekli eğitimi vermekle

<sup>119</sup> Kararnamenin "*işyerinde taciz, şiddet ve cinsel tacizin önlenmesi*"ne ilişkin özel hükümlere yer ver dördüncü bölümünün ikinci alt ayrımı, "güvenilir kişi"nin statüsüne ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Bkz. <http://www.employment.belgium.be/WorkArea/showcontent.aspx?id=32252> , 4 (erişim tarihi: 04.02.2014).

<sup>120</sup> Cobb, 2012: 9.

<sup>121</sup> Söz konusu yasaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel ve Ertan, 2007: 520 vd.

yükümlüdür. Ayrıca işveren, işyerinde her türlü şiddet ve tacizi önlemek amacıyla, kendisine yardımcı olmak ve işçilere yol göstermek için, konusunda gerekli bilgi ve donanıma sahip bir “önleme danışmanı” görevlendirmekle yükümlüdür. Elliden az işçinin çalıştığı işyerlerinde görevlendirilecek önleme danışmanları işyeri dışından da atanabilecektir. İşverene atfedilen bir diğer yükümlülük de işyerinde psikolojik tacize uğradığını beyan eden işçinin iş sözleşmesini sona erdirmemektir. Söz konusu durum işveren için bir fesih sebebi oluşturmamaktadır<sup>122</sup>.

## **Finlandiya**

Psikolojik taciz Finlandiya’da da iş sağlığı ve güvenliği kapsamında değerlendirilmekte olup 738/2002 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu<sup>123</sup> Cinsel taciz de dahil olmak üzere, her türlü psikolojik ve fiziksel tacize ilişkin düzenlemeler içermektedir. Kanun psikolojik tacizi, *bir kişiye ya da bir gruba karşı, onların fiziksel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ya da sosyal gelişimine zarar verebilecek kasıtlı güç kullanımı* olarak tanımlamaktadır.

Kanunun “İş ve Çalışma Koşullarına İlişkin Diğer Hükümler” (Further Provisions on Work and Working Conditions) başlıklı beşinci bölümünün “Şiddet Tehdidi” (Threat of Violence) başlıklı 27. maddesi, işyerinde yapılan iş ya da çalışma koşulları gereği, belirgin bir şekilde taciz tehdidinin mevcut olduğu durumlarda, varolan taciz tehdidinin ve taciz olaylarının mümkün olduğunca engellenmesini öngörmektedir. Bunun için işyerinde, şiddetin önlenmesi ve engellenmesine yönelik uygun güvenlik düzenlemeleri yapılmalı, ihtiyaç duyulduğunda işyerinde yardım çağırabilme olanakları sağlanmalıdır.

İşveren, Kanunun 27/II hükmü uyarınca, yapılan iş ya da çalışma koşulları gereği belirgin bir taciz tehdidi mevcut olan işyeri için öncelikle prosedürel bir yönetmelik hazırlamakla yükümlüdür. Söz konusu yönetmelikte, psikolojik tacizi önlemek için, kontrol altında tutulması ve engellenmesi gereken, işçiyi etkileyecek şiddet olaylarına ilişkin uygulanacak yöntemler ortaya konulacaktır. Bu kapsamda yapılacak güvenlik düzenlemeleri ve uygulamalar ise gerekli oldukça tekrar tekrar gözden geçirilmelidir.

Kanunun “Taciz” (Harassment) başlıklı m.28 hükmü, işyerinde taciz veya diğer uygunsuz davranış türlerinden birisinin ortaya çıkması ve işçinin sağlığına zarar vermesi ya da zarar verme riskini doğurması halinde işverene, öğrenir öğrenmez bu durumun giderilmesi ve iyileştirilmesi için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü yüklemektedir. Kanunun işveren için öngördüğü yükümlülüklerin yanında, hukuki düzenleme yapma noktasında devlete de sorumluluk atfettiği görülmektedir. Buna göre, farklı branşlarda ve görevlerde çalışan işçilerin sağlık ve güvenliğini etkileye-

<sup>122</sup> Cobb, 2012: 9.

<sup>123</sup> Söz konusu yasa metni için bkz. <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2002/en20020738.pdf>.

cek, şiddete ilişkin belirgin tehditlerle ilgili düzenlemeler içeren hükümlerin, hükümet kararnamelemleri ile düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir (m.27/III).

Finlandiya Hukuku işverene psikolojik taciz de dahil olmak üzere, her türlü taciz ve uygunsuz davranışa müdahale etme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu durum işveren için Kanuni bir zorunluluktur. Özellikle büyük işyerlerinde, tacizin işverence olabildiğince çabuk tespit edilmesi ve buna uygun prosedürel önlemlerin alınması oldukça önemlidir. İşyerinde psikolojik tacize ilişkin olayların çözülmesinde “arabuluculuk” müessesesinin kullanılması ön plana çıkmaktadır. Söz konusu müessesenin kullanılmasında dikkat edilecek en önemli husus, arabulucu sıfatı taşıyan kişinin tarafsız bir kişi olmasıdır. Bu kişi büyük işyerlerinde, iş sağlığı güvenliği konusunda görev yapan bir işyeri temsilcisi olabileceği gibi, küçük işyerlerinde konuya ilişkin olarak sendikalardan yardım istenebilmesi de mümkündür. İşyerinde alınacak tüm önlemlere rağmen taciz olaylarının önüne geçilememesi ve bu durumun işveren tarafından bildirilmesi halinde, sorunun çözümü “Devlet Bölgesel İş Güvenliği İdari Komisyonları” tarafından sağlanmaktadır. Komisyonun görevlendirdiği iş güvenliği müfettişleri, işyerini ziyaret etmeksizin ve mağdurla görüşmeksizin, sadece işverenin ve olayın taraflarının yazılı bildirimleri üzerinden karar vermektedirler. Komisyon müfettişlerinin verdiği kararların temyizi kabil değildir<sup>124</sup>.

### Sırbistan

Sırbistan’da işyerinde psikolojik taciz de dahil olmak üzere her türlü tacizin önlenmesine ilişkin yasal düzenleme “İşyerinde Tacizin Önlenmesine İlişkin Kanun” (The Bill on the Prevention of Abuse At Work) ile yapılmıştır. Haziran 2010 tarihinde kabul edilen Kanunun uygulama alanına, tam ve kısmi süreli çalışan tüm işçiler girmektedir. Kanun, işyerinde iş ilişkilerinin geliştirilmesine, tacizin önlenmesine ve tacizden korunmaya yönelik olarak işle ilgili olan ve olmayan hususların önemine, işyerinde ve işle ilgili tacizin önlenmesine yönelik tedbirlere, tacize uğramış kişilerin korunmasına ilişkin tedbir ve prosedürlere yönelik düzenlemeler içermektedir. Kanun hükümleri aynı zamanda cinsel taciz durumlarında da uygulanmaktadır<sup>125</sup>.

Kanun psikolojik tacizi “*işçinin, haysiyetini, itibarını, kişisel ya da mesleki bütünlüğünü, sağlığını, işyerindeki mevki ve statüsünü ihlal etmeyi amaçlayan; korkuya sebep olan, düşmanca, aşağılayıcı, saldırgan bir ortam yaratan, çalışma koşullarını kötüleştiren, işçiyi yalnızlaştıran, kendi insiyatifi ile iş sözleşmesini sona erdirmesine veya istihdam ilişkisine son vermesine neden olan, süreklilik gösteren aktif veya pasif davranışlar*” olarak tanımlamıştır. Ayrıca, bu tür davranışlara katılmak, kışkırtmak yahut

<sup>124</sup> Cobb, 2012: 12.

<sup>125</sup> Cobb, 2012: 12.

başkalarını bu tür davranmaya teşvik etmek de Kanun kapsamında psikolojik taciz olarak değerlendirilmektedir. Psikolojik tacizin faili, işyerinde çalışan bir işçi, işçi grubu yahut işveren olabilmektedir.

Kanun, işyerinde psikolojik taciz olaylarının önüne geçilebilmesi için işverene bazı önemli yükümlülükler de yüklemektedir. Buna göre işveren öncelikle işyerinde psikolojik taciz olaylarının yaşanmasını mümkün mertebe önleyecek organizasyonu kurmakla, işçilerin işyerindeki çalışma koşullarını, işverenden, işveren vekilinden yahut diğer işçilerden kaynaklanabilecek tacizlerin önüne geçilebilecek şekilde organize etmekle yükümlüdür. İşverenin bir diğer yükümlülüğü de konuya ilişkin bilgilendirme ve eğitim verme yükümlülüğüdür. İşveren, işyerinde çalışan işçileri ve işçi temsilcilerini: taciz yasağına, işçilerin bu konuya ilişkin hak görev ve sorumluluklarına, işyerinde tacizi engellemeye yönelik alınan tedbirlere, psikolojik taciz uygulamanın sonuçlarına ilişkin olarak önceden yazılı bir şekilde bilgilendirmekle ve gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür. İşveren, işveren vekilinin ya da işçinin işyerinde çalışan diğer bir işçiye uygulayacağı psikolojik taciz sebebiyle ortaya çıkacak zararlardan doğrudan sorumludur<sup>126</sup>.

### **Amerika Birleşik Devletleri**

Amerika Birleşik Devletleri'nde işyerinde psikolojik taciz ilk olarak 1976 tarihinde tartışılmaya başlanmıştır. Bu konuya ilk olarak Carroll Brodsky isimli Amerikalı bir psikiyatrist "Tacize Uğrayan Çalışan" (The Harassed Worker) isimli kitabında yer vermiştir. Günümüzde psikolojik taciz, Amerika Birleşik Devletleri'nde de çalışma hayatının önemli ve çok tartışılan sorunlarından birisidir<sup>127</sup>.

Amerika Birleşik Devletlerinde, ne federal yasalarda ne de eyalet düzeyinde işyerinde psikolojik tacize ilişkin spesifik bir kanun mevcut değildir. Bununla birlikte psikolojik taciz, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler ile ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler kapsamında, ele alınarak incelenmiştir<sup>128</sup>. İş hukuku ilişkilerinin ülkesel sınırları aşarak global bir nitelik kazanması sonucunda, Avrupadaki psikolojik taciz karşıtı yaklaşım, Amerikan Hukukunda da etkisini göstermiş, özellikle global işverenlerin farklı ülkelerde farklı kanuni uygulamalar ile karşı karşıya kalmamaları için, psikolojik tacize ilişkin pek çok düzenleme Amerikan Hukuku'na da adapte edilmiştir. Bu kapsamda "işyerinde zorbalık" kavramı birçok Amerikan şirketinde

<sup>126</sup> Cobb, 2012: 13; ayrıca bkz. In focus: Law on the prevention of harassment at the workplace <http://tclaw.co.rs/wp-content/uploads/2013/03/Law-on-the-prevention-of-harassment-at-the-workplace.pdf> (erişim tarihi: 02.02.2014).

<sup>127</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde işyerinde psikolojik taciz ilk olarak 1976 tarihinde tartışılmaya başlanmıştır. Bu konuya ilk olarak Carroll Brodsky isimli Amerikalı bir psikiyatrist "Tacize Uğrayan Çalışan" (The Harassed Worker) isimli kitabında yer vermiştir. Brodsky, 1976: 1.

<sup>128</sup> NG, 2011-2012: 216-217.

yasaklanmış uygulamalar listesine girmiş, sendikalar tarafından bu konuya ilişkin yasaklayıcı hükümlere toplu iş sözleşmelerinde de yer verilmiştir<sup>129</sup>.

Diğer taraftan eyaletlerde sunulan yasa tekliflerinin dayanağını oluşturan, işyerinde psikolojik tacize ilişkin esasların da yer aldığı “Sağlıklı İşyeri Yasa Taslağı” (Healthy Workplace Bill) adı altında model bir taslak hazırlanmış, New-york ve Kaliforniya da dahil olmak üzere 26 eyalette yasa teklifi olarak sunulmuştur. Bu taslakta, eşitlikten değil insan onurundan bahsedilmesi ise Amerikan Hukukundaki değişimin önemli bir göstergesidir<sup>130</sup>.

Söz konusu taslakta mağdur işçinin kötüniyetli failin tacizine maruz kaldığı ve bu sebeple de zarara uğradığı iş ortamları “tacize müsait iş ortamları” olarak tanımlanmakta ve işçinin işyerinde psikolojik tacize maruz kalması hukuka aykırı bir davranış olarak nitelendirilmektedir. Taslak metinde psikolojik taciz kapsamında dava edilebilir nitelikteki davranışlar, *işverenin meşru işletmesel menfaatleri ile bağdaşmayacak, makul bir kişinin düşmanca ve saldırganca bulabileceği davranışlar ve dışlama içeren hareketler* olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda; aşağılama, hakaret, yakıştırma, tehdit, korkutma içeren, işçinin iş performansını zayıflatan ya da sabote eden, onun fiziksel ve psikolojik hassasiyetini kötüye kullanan, tekrarlanan sözlü ifadeler ya da davranışlar, taciz içeren davranışlardır. Bahsedilen davranışlar sınırlı sayıda olmayıp, bir davranışın taciz niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde, “*şiddeti, şekli ve sıklığı*” dikkate alınmaktadır. Özellikle, devamlılık taşımayan tek defalık hareketler psikolojik taciz olarak nitelendirilmemektedir<sup>131</sup>.

Amerika Birlesik Devletleri Hukuku bakımından işyerinde psikolojik taciz konusunda ilginç bir mahkeme içtihadında ise, işyerinde psikolojik taciz, “*ifade özgürlüğü*” (freedom of speech) kapsamında değerlendirilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri İkinci Derece Temyiz Mahkemesinin 2009 tarihinde verdiği bu kararda<sup>132</sup>, 1987 tarihinden beri mühendis olarak görev yapan Bryan Sousa, 2002 tarihinde, kendisinden daha düşük seviyede çalışan başka bir işçi ile sözlü ve fiziksel bir tartışma yaşamış; bunun üzerine, işyerinde bir grup tarafından psikolojik tacize maruz kaldığını raporlamış ve işyerinde mevcut düşmanca ortam hakkında işverene defalarca şikayette bulunmuştur. Bryan Sousa ayrıca, konu hakkında Connecticut Eyaleti Adalet Bakanına da şikayette bulunmuş ve sendikasını konu hakkında bilgilendirmiştir. Şikayetlerinin sonuçsuz kalması üzerine Bay Sousa yıllık izinlerini kullanarak ve rapor alarak işyerinden bir müddet uzaklaşmış, Ocak 2004 tarihinde işyerine döndüğünde de işvereninden evden çalışma veya tele-çalışma yapması için talepte bulunmuş; ancak bu talebi reddedilmiştir. Bunu takip eden aylarda Bay

<sup>129</sup> Clarke, 2011: 1232.

<sup>130</sup> Yasa Teklifi hakkında bkz. <http://www.healthyworkplacebill.org/> (Erişim tarihi: 02.02.2014).

<sup>131</sup> Clarke, 2011: 1232; Cobb, 2012: 13.

<sup>132</sup> Bryan Sousa v. Arthur Roque JR., Robert Kaliszewski, Joanne Driver, William Evans, Jane Stahl, Docket No. 07-1892-cv, 578 F.3d 164, 2009, U.S. App., Lexis 18844.



Sousa izin kullanmaya devam etmiş, ancak 18 Ekim 2004 tarihinde işbaşı yapması gerektiği aksi takdirde kendisine “ücretsiz izin” uygulanacağı ihtarını almıştır. Bahsedilen günde işe başlamayan Bay Sousa'nın iş sözleşmesi devamsızlık sebebiyle işveren tarafından feshedilmiştir.

Söz konusu olayla ilgili olarak açtığı davada Bay Sousa, işyerinde psikolojik tacize maruz kalması ile Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ile güvence altına alınan “hukuken eşit korunma hakkını” ve “ifade özgürlüğünün” ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Ancak, inceleme davacının “ifade özgürlüğünün” ihlali iddiası üzerinde yapılmıştır. Kararda, işçinin işyeri ortamı hakkında yapmış olduğu şikayetlerin dikkate alınmamasının ifade özgürlüğünün ihlali niteliği taşıyıp taşımadığı tartışılmıştır. İlk derece mahkemesi, kamu çalışanı olan Sausa'nın bu şikayet hakkını bir “vatandaş” sıfatıyla “kamu yararı” gözeterek mi kullandığı yoksa bir “işçi” olarak “şahsi çıkarlarını” gözeterek mi kullandığı hususu üzerinde durmuş ve işçinin şikayetinin şahsi olduğuna, bir kamu yararı” (public concern) bulunmadığına, bu nedenle de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Ancak İlk derece mahkemesinin bu kararı İkinci Derece Temyiz Mahkemesince bozulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, şikayeti yapanın “işçi” olması tek başına şikayet konusunda kamu yararı olmadığını göstermez; ayrıca şikayetin sebebi şikayetin kamusal ilgi bulunan bir konuda olup olmadığının değerlendirilmesinde bir faktör olsa da tümüyle belirleyici bir faktör değildir. Mahkeme, kamu yararının olup olmadığını, şikayetin içeriğine göre belirlenmesi gerektiğini belirterek, Sausa'nın psikolojik tacize ilişkin şikayetlerinde kamu yararı olduğundan bahisle ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek koruma altına almıştır.

## **Kanada**

### **Quebec Eyaleti**

Kuzey Amerika'da psikolojik tacize ilişkin ilk yasal düzenlemeler Kanada'nın Quebec eyaleti tarafından yapılmıştır. Quebec'te işyerinde psikolojik tacizin önlenmesine ilişkin yasal düzenlemeler 01.06.2004 tarihinde “Çalışma Standartları Kanunu”nun (An Act Respecting Labour Standards) “Çalışma Standartları” (Labour Standards) başlıklı dördüncü bölümüne eklenen “Psikolojik Taciz” başlıklı kısım V.2'de yer alan 81.18, 81.19 ve 81.20 hükümleri ile girmiştir. Kanun ayrıca “Başvuru Yolları” (Recourses) başlıklı beşinci bölümünde, “Psikolojik Tacize Karşı Başvuru Yolları” (Recourses Against Psychological Harassment) başlıklı kısım II. 1'de yer alan 123.6 – 123.16 hükümleri arasında psikolojik tacize karşı başvuru yolları ve bazı özel iyileştirici yaptırımlar öngörmektedir<sup>133</sup>. Kanunun psikolojik tacize ilişkin hükümleri, işyerinde çalışan tüm işçilere, deneme süreli işçilere ve hatta üst düzey yöneticilere dahi herhangi bir istisna gözetilmeksizin uygulanacaktır<sup>134</sup>.

<sup>133</sup> İlgili Kanun metni için bkz. [http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/N\\_1\\_1/N1\\_1\\_A.html](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/N_1_1/N1_1_A.html) (erişim tarihi: 02.02.2014).

<sup>134</sup> Béchamp, 2005: 2.

Kanunun 81.18 hükmü psikolojik tacizi; *işçinin onurunu veya ruhsal ya da bedensel bütünlüğünü etkileyen ve işçi için zararlı bir çalışma ortamı doğuran, süreklilik gösteren (tekrarlanan), düşmanca, istenmeyen sözlü açıklamalar, davranışlar ya da jestler şeklindeki her türlü rahatsızlık verici davranış* olarak tanımlanmıştır. İşyerinde işçinin maruz kaldığı bir davranışın psikolojik taciz olarak nitelendirilebilmesi için bazı unsurların mevcudiyetini aramaktadır. Madde 81.18 hükmü öncelikle söz konusu davranışın “rahatsızlık verici davranış” (vexatious behaviour) olmasını aramaktadır. Kötü niyetli davranış, mağdur üzerinde olumsuz etkileri gözlenebilen, onu aşağılayan, alay eden ya da taciz eden her türlü davranış olabilir. Söz konusu davranışın fail tarafından kasten ya da zarar verme niyetiyle yapılmış olup olmaması sonucu değiştirmeyecektir<sup>135</sup>. Yine psikolojik taciz olarak nitelendirilecek söz, davranış ya da hareketin tek defalık olmayıp belirli bir periyod içinde süreklilik göstermesi gerekmektedir<sup>136</sup>. Ancak Kanun, mağdurun üzerindeki zarar verici etkisi uzunca bir zaman devam etmek kaydıyla, tek defalık önemli etkili vakıa ve davranışların da psikolojik taciz kapsamında değerlendirilebileceği üzerinde durmaktadır. Psikolojik taciz olarak nitelendirilecek davranış, düşmanca ve istenmeyen bir davranış olup, söz konusu davranış işçinin onurunu, ruh ya da vücut bütünlüğünü olumsuz etkileyecek ve işçiyi yalnızlaştıran, dışlayan, aşırı kontrol altına alan ya da aşırı stres yükleyen zararlı bir çalışma ortamı doğuracaktır<sup>137</sup>.

Kanunun psikolojik taciz tanımının ve unsurlarının işçi-işveren ilişkisi bağlamında incelenmesi gerekmektedir. Zira başka bazı durumlarda taciz olarak nitelendirilemeyecek bir davranış, taraflar arasındaki hukuki bağımlılık ilişkisi sebebiyle, taciz olarak kabul edilebilmektedir. Psikolojik tacizin faili; işçinin çalışma arkadaşı, üstü konumundaki bir kişi hatta işletme dışında kalan ve işçinin işi gereği bağlantı içinde olduğu müşteri, tedarikçi gibi 3. kişiler de olabilmektedir<sup>138</sup>.

Kanunun 81.19 hükmü, psikolojik tacizi önleme konusunda işverene düşen yükümlülükler ve işçilerin konuya ilişkin haklarına yer vermektedir; Buna göre her işçi, psikolojik tacizden arındırılmış bir çalışma ortamında çalışma hakkına sahiptir. İşveren psikolojik tacizden arındırılmış bir çalışma ortamı sağlamak için işçiyi, sadece amir ve yönetici sıfatı taşıyan üstlerinden gelebilecek taciz tehditlerinden değil aynı zamanda çalışma arkadaşlarından, ve hatta işçinin işi gereği bağlantı içinde olduğu müşteri, tedarikçi gibi 3. kişilerden gelebilecek taciz tehditlerinden de korumakla yükümlüdür<sup>139</sup>.

Kanun işverene psikolojik tacizden arındırılmış çalışma ortamı sağlamak için, psikolojik tacizi önleyecek makul önlemleri almak ve işyerinde mevcut psikolojik

<sup>135</sup> Béchamp, 2005: 1-2; Chainey, 2010: 11-12.

<sup>136</sup> Béchamp, 2005: 2.

<sup>137</sup> Chainey, 2010: 12-13; Béchamp, 2005: 2.

<sup>138</sup> Chainey, 2010: 12.

<sup>139</sup> Chainey, 2010: 12; Béchamp, 2005: 2.

taciz olaylarını, öğrenir öğrenmez durdurmak şeklinde iki yönlü bir yükümlülük öngörmektedir. İşverenin söz konusu yükümlülüğü, Quebec Medeni Kanunu'nun 5. Kitap, 2. Başlık, 7. Bölümünde yer alan 2087 hükmünün öngördüğü “ işçinin sağlık, güvenlik ve onurunu korumak için yapılan işin doğası gereği her türlü önlemler alma” genel yükümlülüğü ile de uyumludur.

İşveren, psikolojik tacizi önleyecek makul tedbirler alma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere öncelikle psikolojik tacize karşı yeni bir işyeri politikası oluşturmalıdır. Söz konusu politikanın etkili olabilmesi için her işyerinde bir işçi şikayet mekanizması kurulmalı ve psikolojik taciz olaylarının soruşturulmasına yönelik uygun bir prosedür de belirlenmelidir. İşverenin tacizi önlemeye yönelik politikasının işyerinde etkin bir biçimde uygulanabilmesi için uygun yaptırımların da öngörülmesi önemlidir. Son olarak, işveren işyerinde belirlenen bu psikolojik taciz karşıtı politika hakkında tüm işçileri eksiksiz bir şekilde bilgilendirmeli ve gerekli eğitimi vermelidir.<sup>140</sup>

İşyerinde psikolojik tacize ilişkin başvuru yolları, Kanunun “Başvuru Yolları” (Recourses) başlıklı 5. Bölümünün “Psikolojik Tacize Karşı Başvuru Yolları” (Recourses Against Psychological Harassment) başlıklı II.1 no'lu kısmında, 123.6 – 123.16 hükümleri arasında yer almaktadır. Buna göre, işyerinde psikolojik tacize maruz kaldığını iddia eden işçi, taciz niteliği taşıdığını iddia ettiği son olaydan başlamak üzere 90 gün içinde, “Çalışma Standartları Komisyonu” na (Labour Standards Commission)<sup>141</sup> bir şikayet dilekçesi ile yazılı olarak başvurmalıdır. Şikayet dilekçesi bizzat işçi tarafından doldurulabileceği gibi, işçinin rızası ile kar amacı gütmeyen bir organizasyon tarafından da kaleme alınabilecektir ( 123.6-123.7).

Çalışma Standartları Komisyonu, psikolojik tacize ilişkin şikayetleri, Çalışma Standartları Sözleşmesinde yer alan diğer hükümlere aykırılık sebebiyle yapılan şikayetlere göre öncelikle ve derhal soruşturmakla yükümlüdür (123.8). Soruşturma sırasında Komisyon, konuya ilişkin her türlü bilgi ve belgenin kendisine sunulmasını isteme yetkisine sahiptir. Komisyon, yaptığı inceleme sonucunda psikolojik tacizin mevcut olmadığı, şikayetin yersiz ya da kötü niyetli olduğu kanaatine ulaşırsa, şikayeti takip etmekten vazgeçebilecektir. Ancak Komisyonun bu yöndeki kararı kesin hüküm niteliğinde olmayıp işçiyi tümüyle bağlayıcı niteliğe sahip değildir. Böyle bir durumda işçi, şikayetinin Komisyon tarafından, çalışma ilişkilerine ilişkin

<sup>140</sup> Béchamp, 2005: 2, 3.

<sup>141</sup> Çalışma Standartları Komisyonu (Commission des normes du travail), Kanunun “Komisyon” (The Commission) başlıklı III. Bölümünde yer alan esaslara göre, çalışma standartlarını sağlamak ve denetlemek üzere kurulmuş, hükümet tarafından atanmış en fazla 13 üyeden oluşan tüzel kişiliğe sahip resmi bir kuruluştur. Bu kuruluşun merkez ofisinin yeri Hükümet tarafından belirlenerek Quebec resmi gazetesinde yayınlanmak suretiyle ilan edilmektedir. İlk merci olarak psikolojik taciz olaylarının incelenmesine ilişkin görev ve yetkiye de sahip olan bu Komisyonun hukuki niteliği, kuruluşu, işleyişi, görevlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. [http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/N\\_1\\_1/N\\_1\\_1\\_A.html](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/N_1_1/N_1_1_A.html) (erişim tarihi: 02.02.2014).

uyuşmazlıkların çözümünde uzman mahkeme olarak görev yapan “Çalışma İlişkileri Komisyonu” na (The Labour Relations Commission) sevk edilmesini talep etme hakkına sahiptir (123.9).

Çalışma Standartları Komisyonu, soruşturma evresinde, tarafların rızası ile bir arabulucunun atanmasını isteyebilir (123.10). Bu süreç içinde, işverenle arasındaki iş sözleşmesi hala devam eden işçi, arabuluculuk oturumlarına katılması sebebiyle çalışmadığı dönemlerde tıpkı işyerindeymiş gibi ücrete hak kazanacaktır (123.11).

Çalışma Standartları Komisyonunca yapılan soruşturmanın sonucunda tarafların anlaşamamaları halinde Komisyon, işçinin psikolojik taciz şikayetini, konuya ilişkin uzman mahkeme olan Çalışma İlişkileri Komisyonuna yeniden görüşülmek üzere, yönlendirmektedir (123.12). Çalışma İlişkileri Komisyonunda yapılacak muhakeme sırasında işçinin Çalışma Standartları Komisyonunun avukatları tarafından ücretsiz temsil edilmeyi talep etme hakkı da mevcuttur. Yapılacak muhakeme sırasında ispat yükü şikayetçi işçiye aittir<sup>142</sup>.

Söz konusu şikayetin kabul görebilmesi için Çalışma İlişkileri Komisyonunda, işçinin psikolojik taciz mağduru olduğu ve işverenin konuya ilişkin 81.19 hükmündeki yükümlülüklerini yerine getirmede başarılı olamadığına dair kanaatin oluşması gerekmektedir. Kanun Çalışma İlişkileri Komisyonuna oldukça geniş bir yaptırım yetkisi tanımaktadır. Kanunun 123.15 hükmüne göre Çalışma İlişkileri Komisyonu;

- aa) İşverenin işçiyi eski işine iade etmesine,
- bb) İşverence işçinin gelir kaybının tazmin edilmesine,
- cc) İşverenin tacizi önlemeye yönelik gerekli tedbirleri almasına,
- dd) İşverenin psikolojik tacizden kaynaklanan maddi ve manevi zararları ödemesine,
- ee) İşçide iş kaybından dolayı meydana gelecek zararların işverence tazminine,
- ff) İşçinin komisyonca belirlenen makul bir süre için alacağı psikolojik desteğin işverence karşılanmasına,
- gg) Gerekirse işçinin sicil kayıtlarının düzeltilmesine

ilişkin hüküm ihdas edebilecektir. Bunlara ek olarak, Çalışma İlişkileri Komisyonu tarafların haklarını korumak için geçici nitelikli her türlü tedbiri almaya da yetkilidir (Quebeck İş Kodu 118 hükmü).

Kanunun psikolojik tacize ilişkin hükümleri toplu iş sözleşmeleri açısından da etkilidir, Söz konusu hükümlerin her toplu iş sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir (81.20).

<sup>142</sup> Béchamp, 2005: 3.

### Manitoba Eyaleti

Manitoba Eyaletinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa dayalı olarak yayınlanan, 217/2006 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinde değişiklik yapan 15 Ekim 2010 tarihli ve 147/2010 sayılı Yönetmeliğin öngördüğü esaslı değişiklikler ile çalışanın psikolojik tacizden korunmasına yönelik yeni düzenlemeler yapılmıştır<sup>143</sup>. Söz konusu düzenlemeler 1 Şubat 2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Değişiklik Yönetmeliği tacizi, çalışanın sağlığını riske sokacak “sakıncalı davranışlar” ya da Çalışanın ruhsal veya bedensel vücut bütünlüğünü olumsuz yönde etkileyen “aşırı davranışlar” olarak tanımlamaktadır (Section 1.1/c). Yönetmelik bu kapsamda; dil, din, ırk, mezhep, renk, cinsiyet, cinsel tercih, cinsiyet odaklı karakteristik özellikler, medeni durum, ailevi durum, gelir kaynağı, politik görüş, bağlantı ya da aktivite, engellilik hali, fiziksel özellikler, yaş, milliyet, soy, etnik kökene yönelik sakıncalı davranışları veya çalışanı önemli ölçüde aşağılayan, bezdiren, tekrarlanan aşırı davranışları psikolojik taciz kapsamında değerlendirmektedir. Ancak uzun süren ve çalışanın üzerinde zararlı etkileri bulunan tek seferlik davranışlar da psikolojik taciz oluşturabilmektedir (Section 1.1.1.(1), a ve b). Psikolojik taciz oluşturan davranış; yazılı veya sözlü bir yorum, fiziksel bir davranış, ifade veya durum veya bunların herhangi bir kombinasyonu olabilir (Section 1.1.1. (3)) Yönetmelik, işverenin işyerindeki yönetim hakkından kaynaklanan makul uygulamaları ise psikolojik taciz olarak nitelendirmemektedir (Section. 1.1.1.(2).

Yönetmeliğin bu kapsamda işverene yüklediği temel yükümlülükler; işyerinde psikolojik tacizi önlemek, meydana gelen psikolojik taciz olaylarına son vermek, doğan zararları gidermek ve bunun için de gerekli tedbirleri almaktır.

### Ontario Eyaleti

İşyerinde psikolojik tacize ilişkin düzenlemeler Ontario Eyaletinde de İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında yer almaktadır. Ontario Hükümetinin, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda değişiklik yapmak üzere 20 Nisan 2009 tarihinde meclise sunduğu, işyerinde şiddetin ve tacizin önlenmesine ilişkin hükümler içeren 168 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Değişiklik Kanun Tasarısı 9 Aralık 2009’da kabul edilerek kanunlaşmıştır. Söz konusu değişiklik Kanununun 15 Haziran 2010’da yürürlüğe girmesiyle, Ontario Eyaletinde işyerinde psikolojik taciz ve şiddet kavramı artık yasal bir zemine kavuşmuştur<sup>144</sup>. Ontario Eyaleti İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu “Şiddet ve Taciz” başlıklı Kısım III.01’de, 32.01-32.07 hükümleri arasında psikolojik tacize ilişkin düzenlemelere yer vermektedir:

<sup>143</sup> Değişiklik metni için bkz. <http://web2.gov.mb.ca/laws/regs/2010/147.pdf> (erişim tarihi:02.02.2014) ve [http://www.workplacebullying.org/multi/pdf/2011\\_Manitoba.pdf](http://www.workplacebullying.org/multi/pdf/2011_Manitoba.pdf) (erişim tarihi:02.02.2014).

<sup>144</sup> Pugen ve Ratelband, 2014: 15.

Kanun Psikolojik tacizi; *işyerinde bir çalışana yöneltilen, istenmeyene, istenmeyeceği bilinen yahut tahmin edilen, bezdirici eylem ve hareketler* olarak tanımlamıştır. Söz konusu tanım sadece ayrımcılık yasağı dahilinde yaş, cinsiyet, etnik köken, din, engellilik gibi öğeler kullanılmak suretiyle ortaya konan kötü niyetli eylem ve davranışları değil, ayrımcı öğeler taşımayan diğer bezdirici eylem ve davranışları da psikolojik taciz kapsamında değerlendirmektedir<sup>145</sup>.

Kanunun 32.01. (1) hükmüne göre işveren, psikolojik taciz ve şiddete ilişkin bir işyeri politikası belirleyecek, söz konusu politika yazılı olarak kaleme alınacak ve işyerinde herkesin görebileceği bir yere asılarak ilan edilecektir (32.01.2). Kanun bu yükümlülüğü işyerinde beşten fazla işçi çalıştıran işverenler için öngörmüş olup, bu sayının altında işçi çalıştıran işverenler, durumu denetleyen bir müfettiş tarafından zorunlu görülmediği takdirde söz konusu yükümlülüğe tabi değildir (32.01.3). İşveren, işyerinde belirlemiş olduğu psikolojik tacize ve şiddete ilişkin politikasını her yıl düzenli olarak gözden geçirip revize etmekle de yükümlüdür (32.01.1).

İşveren işyerinde belirlediği psikolojik tacize ve şiddete ilişkin politikaları uygulamaya geçirebilmek üzere sürdürülebilir bir program yapmakla yükümlüdür (32.02.1). Söz konusu program;

- a) İşçiyi fiziksel zarara uğratabilecek risklerin kontrol altına alınmasına,
- b) İşyerinde bir psikolojik taciz olayının yaşanması halinde veya yaşanma olasılığının bulunması halinde acil yardım çağırılmasına,
- c) İşçilerin işyerinde psikolojik taciz olaylarını işverene bildirmesine,
- d) İşverenin işyerinde meydana gelen psikolojik taciz olaylarını ele almasına ve incelemesine

İlişkin önlem ve prosedürleri içermelidir (32.02.2).

İşveren psikolojik tacize ilişkin riskleri belirlerken, benzer işyerlerinde yaygın olan şartlar ve kendi işyerine özel şartları da dikkate alarak, işyerinden, yapılan işin niteliğinden ya da çalışma şartlarından kaynaklanan riskleri de analiz etmekle yükümlüdür (32.03.1 ve 2). Yapılan risk analizi sonucunda, işyerinde psikolojik taciz riski olduğu sonucuna varılırsa, değerlendirme sonuçları, işyerinde bu konuya ilişkin görev yapan komiteye ya da iş güvenliği temsilcisine bildirilmelidir. İşyerinde bu konuya ilişkin faaliyet gösteren bir komitenin ya da temsilcinin olmaması halinde işveren, psikolojik tacize ilişkin risk analizi sonuçlarından doğrudan çalışanları haberdar etmekle yükümlüdür (32.02.3). Söz konusu hükümlerde de belirtildiği üzere işveren, işyerinde belirlenecek psikolojik taciz politikası ve uygulamaya ilişkin uygun programın içeriği hakkında bilgi ve talimat verme yükümlülüğü altındadır. Bilgilendirme ve talimat verme her bir işçiye uygun ve olabildiğince şahsa yönelik

<sup>145</sup> Pugen ve Ratelband, 2014: 2.

olarak yapılmalıdır. Bu konuya ilişkin eğitimlerin de yüz yüze yapılması gerekmektedir. Zira elektronik ortamlarda yapılan bilgilendirmelerin etkili ve yeterli olmadığı ifade edilmektedir<sup>146</sup>.

### **Sonuç**

İşyerinde işçiyi yıldıran, bezdiren, kişiliğine ve sağlığına ağır biçimde zarar veren psikolojik taciz olayları günümüz çalışma hayatının önemli bir sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Psikolojik taciz bir süreçtir. Bu süreci oluşturan ayrımcılık, iftira, hakaret gibi bazı davranışlar, tek başlarına hukuka aykırılık oluşturabilecek fiillerdir. Ancak işyerinde işçinin yalnız bırakılması, sürekli eleştirilmesi, nezaket kurallarına aykırı bir takım davranışlara maruz bırakılması tek başına hukuka aykırı fiil niteliği taşımamakla beraber, sistematik olarak sürekli tekrarlanan bu tip davranışlardan oluşan sürecin kendisi hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

İşyerinde meydana gelen her rahatsızlık verici olayı psikolojik taciz olarak nitelendirmek doğru değildir. İşverenin yönetim hakkını kullanırken sergilediği bazı davranışlar psikolojik taciz oluşturmayacaktır. Bu kapsamda; çalışanın hatalarını söylemek, hataların tekrarlanmaması için uyarıda bulunmak, makul eleştiriler, toplantı sırasında zor soru yöneltmek psikolojik taciz değildir. Yine kişiler arasında meydana gelen kişisel çatışmalar ve günlük tartışmalar da psikolojik taciz olarak yorumlanmamalıdır.

Psikolojik tacizin varlığından söz edebilmek için taciz olarak nitelendirilecek davranışın işyerinde meydana gelmesi gerekmektedir. Şüphesiz ki buradaki işyeri kavramı belirlenirken İş K. m.2'deki yasal esasların yanında işçinin "işverenin organizasyonuna dahil olma" ölçütü de dikkate alınmalıdır. İşyerinde başlamak kaydıyla, işverenin iş organizasyonu dahilinde çalışan işçiler, astları ve üstleri arasında fiziki işyeri ortamı dışında da süreklilik gösteren, ve hatta gerçek ortamlar dışında internet ortamı da kullanılmak suretiyle devam ettirilen davranışlar psikolojik taciz kapsamında değerlendirilmelidir.

Psikolojik tacizin faili işçinin üstleri, astları, çalışma arkadaşları ve hatta müşteri, tedarikçi, altışveren gibi 3. kişiler de olabilmektedir. Zira işverenin kişilik haklarını, vücut bütünlüğünü korumaya yönelik gözetme borcu, işçiyi sadece işyerinde çalışan diğer işçilerden korumaya yönelik olmayıp, işi ile bağlantılı olarak işçinin iletişim içinde bulunduğu diğer kişilerin eylem ve davranışlarından korumayı da kapsadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

İşçinin maruz kaldığı eylem ya da davranışın psikolojik taciz olup olmadığını belirleme hususunda önem atfedilecek bir diğer unsur, süreklilik gösteren söz konusu eylem davranışın, işçinin mesleki geleceğine, beden ya da ruh sağlığına, kişilik

<sup>146</sup> Pugen ve Ratelband, 2014: 3.

haklarına zarar vermek kastıyla yapılıyor olmasıdır. Kasıt unsuru, psikolojik taciz durumunu, işyeri stresi ve çatışmadan ayıran en önemli husustur.

Günümüz şartlarında, bir işyeri terörüne dönüşen, gerek mali açıdan gerekse sağlıklı işgücünün korunması açısından çalışma hayatında büyük olumsuzluklara yol açan psikolojik taciz olaylarının önüne geçilmesi ve zararlarının azaltılması giderek önemli bir hal almıştır. Psikolojik taciz olaylarının ardından, işyerinde çalışanlarda gözlenen performans düşüklüklerinin, devamsızlıkların, işten ayrılmalarının, dava giderlerinin, ödenecek tazminatların, sağlık giderlerinin, erken emeklilik maliyetlerinin öncelikle işveren ve sonrasında ülke ekonomisi için getireceği maddi yük tahmin edildiğinden daha yüksektir. Bu durum, konuya ilişkin ulusal ve uluslararası alanda yapılacak hukuki düzenlemelerin önemini arttırmaktadır. Pekçok ülke psikolojik tacizi “iş sağlığı ve güvenliği” kapsamında değerlendirmiş, iş sağlığı ve güvenliği kanunlarına eklenen bölümler ve konulan açık hükümlerle çalışanları psikolojik taciz de dahil olmak üzere her türlü tacizden korumayı amaçlamıştır. İşçinin fiziksel sağlığının yanında, vücut bütünlüğünün bir parçası olan ruhsal sağlığının korunmasının işçinin işyerindeki sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasının önemli bir bölümünü oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Diğer yandan, psikolojik taciz olayları işveren aleyhine de kötüye kullanılmaya açık olaylardır. İş ilişkisi işçi ve işverenin karşılıklı menfaatlerinin dengede tutulmasını gerektiren bir ilişkidir. Taraflardan birisinin madden ya da manen zarara uğramasının diğer tarafın da zarara uğraması sonucunu beraberinde getireceği şüphesizdir. Bu nedenle, psikolojik taciz olaylarının işçi için olduğu kadar işveren için de tarafsız bir tutum içinde değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır. Asılsız psikolojik taciz suçlamalarının işveren aleyhine olduk olmadık bir şekilde kullanılmasının önüne geçmek, işçinin psikolojik tacize uğramasının önüne geçmek kadar önemlidir. Bunun sağlanabilmesi için, psikolojik taciz kavramının çok iyi bir şekilde tanımlanması, içeriğinin iyi bir şekilde doldurulması, olayların tarafsız bir şekilde değerlendirilmesi ve her iki taraf açısından da kötüye kullanılmaların önüne geçecek yasal zeminin en iyi şekilde oturtulması gerekmektedir.



## KAYNAKÇA

- Akı, M. (2011) Mobbing (Psikolojik Terör) Tanımı ve Türleri Türk ve Karşılaştırmalı Hukukta Yeri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.21, Mart 2011,
- Akyol, Ş. (1995) Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul.
- Arslan Ertürk, A. (2012) Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 27, Eylül 2012.
- Aydın, U. (2002) **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Eskişehir.
- Başöz, L. ve Çakmakçı, R. (2011) **Gerekçeli, Karşılaştırma Tablolu, Yeni ve Eski Kanun Metinleri ile Birlikte Yeni Türk Borçlar Kanunu**, İstanbul.
- Bayram, F. (2007) Türk İş Hukuku Açısından Psikolojik Taciz (Mobbing), **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı 14.
- Bayram, F. (2003) **Türk İş Hukukunda İşverenin İşinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu**, Yayınlanmamış Doktor Tezi, İstanbul.
- Béchamp, Louise, **Psychological Harassment Provisions in Quebec Labour Law**, 205, 1-2 <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=6104e4...> (erişim tarihi 02.02.2014).
- Brodsky, C. M.(1976) **The harassed worker**. Lexington, MA: D.C. Heath and Co.
- Büyükkılıç, G.(2012) İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi, **Legal İSGHD**, C. 9, S.33.
- Chainey, A. (2010) **Workplace Violence and Psychological Harassment: An Overview of the Quebec Experience**, Ottawa, [http://www.cba.org/cba/cle/PDF/adm10\\_chainey\\_paper.pdf](http://www.cba.org/cba/cle/PDF/adm10_chainey_paper.pdf), ((erişim tarihi: 02.02.2014).
- Clarke, A. (2011) Essica, Beyond Equality? Against the Universal Turn in Workplace Protections, **Indiana Law Journal**, C. 89.
- Cobb, E. P. (2012) **Workplace Bullying: A Global Health and Safety Issue**, <http://ilera2012.wharton.upenn.edu/refereedpapers/cobbellen.pdf>, ( erişim tarihi: 02.02.2014).
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (2013), **İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi**, Mayıs 2013, Ankara [http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgb/dosyalar/kitap/kitap07\\_mobbing](http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgb/dosyalar/kitap/kitap07_mobbing) (erişim tarihi: 02.02.2014)
- Çelebi, Ö. (2004) İş İlişkisinde Manevi Taciz, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, İstanbul.
- Çelik, N. (2012) **İş Hukuku Dersleri**, 25. Bası, İstanbul.
- Çelik, N. (2004) **İş Hukuku Dersleri**, 17. Bası, İstanbul.

- Centel, T. (1994) **İş Hukuku** C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul.
- Centel, T. (2011) Türk İş Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 24, Aralık.
- Çil, Ş. (2011) **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Hukuk Dairesi, 2010-2011 Yılları**, Ankara.
- Çobanoğlu, Ş. (2005) **Mobbing İşyerinde Duygusal Saldırı ve Mücadele Yöntemleri**, İstanbul.
- Demircioğlu, R. (2007) Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1-2, C. 11.
- Doğan Yenisey, K. (2007) **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, İstanbul.
- Doğan Yenisey, K. (2006) İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırmacılık Yasağı, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2006/4, S. 11.
- Edis, S. (1993) **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara.
- Egger/Çernis**, (1947) **Medeni Kanun Şerhi, Giriş ve Kişiler Hukuku**, Ankara.
- Ekonomi M. (1980) **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri**, C.I, 2. Bası, İstanbul.
- Ergin, H. (2010) Oldukça Eski, fakat Yeni İfade Edilen Bir Olgu: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, C. 1, İstanbul.
- Eser, Oktay, **Mobbing Kavramının Türkçe Serüveni**, [http://turkoloji.cu.edu.tr/YENI%20TURK%20DILI/oktay\\_eser\\_mobbing\\_kavrami.pdf](http://turkoloji.cu.edu.tr/YENI%20TURK%20DILI/oktay_eser_mobbing_kavrami.pdf), (Erişim tarihi: 17.02.2012).
- Eyrenci, Ö. ve Taşkent, S. ve Ulucan, D. (2010), **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul.
- European Foundation For The Improvement of Living and Working Conditions Report (2010), Foundation Findings: **Physical and psychological violence at the workplace**, September 2010.
- Güneş, B. ve Mutlay F, B. (2011/3) **Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi**, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.30.,
- Güzel, A. ve Ertan, E. (2007), İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı 14, 2007.
- Guerrero, M. I. S. (2004), The Development of Moral Harassment(or Mobbing) Law İn Sweden and France as a Step Towards EU Legislation, **Boston College International and Comparative Law Review Student Publications**, Volume 27, Number 2, 2004.

- Hirigoyen, M-F. (2001), **Malaise dans le travail: Harcèlement moral**, démêler le vrai du faux de.
- Işıkkhan, V. (2001), “Çalışma Hayatında Stres Olgusu ve Başa Çıkma Yolları”, **İşveren Dergisi**, Haziran 2001, C.39, S.9.
- İlhan, Ü. (2010), İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Tarihsel Arka Planı ve Türk Hukuk Sisteminde Yeri, **Ege Akademik Bakış**, C. 10, S. 4, Ekim.
- İmre, Z. (1980), **Medeni Hukuka Giriş**, Yenienmiş 3. Bası, İstanbul.
- International Labour Office (1998), Workplace Violence: A New Global Problem, **World of Work Magazine**, No:26, September-October, [http://www.ilo.org/global/publications/magazines-and-journals/world-of-work-magazine/issues/DWCMS\\_080629/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/global/publications/magazines-and-journals/world-of-work-magazine/issues/DWCMS_080629/lang--en/index.htm) (erişim tarihi: 15.08.2013).
- Johnston, V. (2010), Workplaces bullying trial begins, **Deutsche Welle**, 20.01.2010, <http://www.dw.de/workplace-bullying-trial-begins/a-5150735-1>, (erişim tarihi 02.01. 2014).
- Leymann, H., Psychological Terrorization -The Problem of Terminology, **The Mobbing Encyclopedia**, <http://www.leymann.se/English/frame.html> (Erisim tarihi: 02.02.2014).
- Leymann, H. Bullying; Whistleblowing, Information About Mobbing at the Workplace, **The Mobbing Encyclopaedia**, <http://www.leymann.se/English/frame.html> (erişim tarihi 02.02.2014).
- Leymann, Heinz, “The Definition of Mobbing at Workplace”, **The Mobbing Encyclopedia**, <http://www.leymann.se/English/frame.html> (erisim tarihi: 02.02.2014).
- Mollamahmutoğlu, H. ve Astarlı, M. (2012), **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu-6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşlenmiş 5. Bası, Ankara.
- Narmanlıoğlu, Ü. (2012), **İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I**, Yeni Mevzuata göre Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul .
- Narmanlıoğlu, Ü. (1998), **İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İzmir.
- NG, A. (2010-2011), Chasing Rainbows”: Challenging Workplace Bullying in Australia and the United States, **Journal of Workplace Rights**, , C. 15(2).
- Odaman, S. (2006), İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri ile Uluslararası Standart, **Legal İHSGH Dergisi**, C.11.
- Oğuzman, M. K. (1990), **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul.
- Oğuzman, K. ve Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2005), **Kişiler Hukuku** (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul.

- Özdemir, E. (2006), **İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü İspat Yükü ve Araçları**, İstanbul.
- Özdemir, E. (2006/4), İşyerinde Cinsel Taciz, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S.11.
- Özgül, Kemal, Altuğ, İşyerinde Mobbing ve Mobbingin Hukuki Değerlendirilmesi, **Türk Hukuk Sitesi**, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_1293.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1293.htm) (erişim tarihi: 15.08.2013).
- Özsunay, E. (1979), **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 4. bası, İstanbul.
- Workplace Bullying Institute (2013), **Preventing Violence and Harassment in the Workplace** at: <http://www.workplacebullying.org/res/articles/F6.pdf>.
- Pugen, D. ve Ratelband, B., **Bill 168: Workplace Violence and Harassment Amendments to OSHA**, [http://www.mccarthy.ca/pubs/bill\\_168\\_paperseminar\\_feb2010.pdf](http://www.mccarthy.ca/pubs/bill_168_paperseminar_feb2010.pdf) (erişim tarihi:02.02.2014).
- Savaş, B. (2007), **İşyerinde Manevi Taciz**, İstanbul 2007.
- Sevimli, K. A. (2013/1), "Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S.36.
- Sur M. (2005), "İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", **A.Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul.
- Süzek, S. (1988), İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Prof. **Dr. Metin Kutal'a Armağan**, Ankara.
- Süzek, S. (2013), **İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku)**, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul.
- Şen, S. (2009), Psikolojik Taciz ve İş Hukuku Boyutu, **Çimento İşveren Dergisi**, Eylül.
- Soyer, M. P. (2011), İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları, **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. I, İstanbul.
- Taşkent, S. (1981), **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul.
- The New Webster Encyclopedic Dictionary of The English Language (1980), Ed. Virginia S. Thatcher, New York.
- Tınaz, P. (2006), **İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing)**, İstanbul.
- Tınaz, P. ve Bayram, F. ve Ergin, H. (2008), **Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing)**, İstanbul.
- TUC, <http://www.tuc.org.uk/workplace-issues-7>, (erişim tarihi 02.01. 2014).
- Tuncay, C. (1982) **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul.
- Tuncay Kaplan, E. (2011) Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 24, Aralık.

- Uluslan, İ. (1990) **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu- Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul.
- Ünal, C. (2013) Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi **Legal İHSGH Dergisi**, C. 10, S.37, 2013.
- Ünal, A. (2005) İş Hukuku ve İnsan Kaynakları Yönetimi Boyutuyla Çalışma Yaşamında Stres-AB Düzeyinde Konunun Ele Alınışı ve Gelişim”, **Çimento İşveren Dergisi**, S.5, C.19, Eylül.
- Zöllner, W. ve Loritz, K.G. (1998) **Arbeitsrecht**, 5. Auflage, München.



**ÖZEL OKUL ÖĞRETMENLERİ  
VE ÖĞRETİM YILINA HAZIRLIK ÖDENEĞİ**  
*(Private School Teachers and Preparation Subsidy for  
Academic Year)*

**Emre ERTAN\***

**ÖZET**

5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu özel okul öğretmenlerinin ücreti konusunda istisnai kurallar içermektedir. Buna göre, özel okul öğretmenlerine devlet okullarındaki emsallerinden daha düşük ücret ödenemez. Ayrıca işveren devlet okullardan çalışan öğretmenlere yapılan tüm ek ödemeleri özel okul öğretmenlerine de sağlamak zorundadır. Öğretim yılına hazırlık ödeneği, söz konusu ek ödemeler arasında yer almaktadır. Ne var ki Yargıtay 2012 yılında, özel okul öğretmenlerinin öğretim yılı hazırlık ödeneğinden yararlanamayacağına hükmetmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Özel Eğitim Kurumları Kanunu, Ücret, Öğretim Yılına Hazırlık Ödeneği

***Abstract***

Law No. 5580 concerning Private Education Institutions contains exceptional rules regarding the wage of the private school teachers. Accordingly, the private school teachers can claim the minimum amount of the wage that is being payed to their counterparts working at the state schools. Moreover, the employer (private school owner) has the obligation to provide all the additional specific allocations to the teachers. Preparation subsidy for academic year is one of these additional specific allocations. Nonetheless, In 2012 the Supreme Court ruled that the the private school teachers can not benefit the preparation subsidy for academic year.

**Keywords:** Law Concerning Private Education Institutions, Wage, Preparation subsidy for academic year

---

\* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü

## I. GİRİŞ VE KONUNUN ÖNEMİ

İlk bakışta özel okul öğretmenlerinin hukuki statü bakımından öteki işçilerden herhangi bir farkının bulunmadığı; başka bir söyleyişle bu işçilerin de iş sözleşmesinin kurulması, ücret ve iş sözleşmesinin sona ermesi başta olmak üzere her konuda 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi oldukları sanılabilir. Ne var ki 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nda; kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticilerin, *bu Kanun hükümleri saklı kalmak üzere* 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olduğu dile getirilmektedir (m.9/5a). Nitekim iş sözleşmesinin kuruluş aşamasındaki denetim ve izin prosedürü, öğretmenlerle en az bir yıl süreli zincirleme belirli süreli iş sözleşmelerinin bağtlanabilmesi, üçüncü kişi konumundaki Valiliğin öğretmene disiplin cezası uygulayabilmesi ve hatta Milli Eğitim Bakanlığı'nın görüşü alınmak koşuluyla öğretmenin görevine dahi son verilebilmesi ortada idare hukukundan da izler taşıyan sıra dışı bir iş ilişkisi olduğunu göstermektedir. Esasen bir yanını özel okulla Devlet'in, diğer yanını ise öğretmenin oluşturduğu ve bünyesinde hem iş hukukunun hem de idare hukukunun özelliklerini barındıran karma bir hukuki ilişki söz konusudur. Zira eğitim ve öğretim hizmetinin Devlet tarafından veya devletin gözetim ve denetimi altında verileceğine ilişkin Anayasa hükmü özel okul öğretmenleriyle ilgili özel bir düzenlemeyi zorunlu kılmakta; böyle bir düzenleme de karma bir hukuki yapının ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır.

Özel Eğitim Kurumları Kanunu, özel okul öğretmenlerinin ücret ve diğer özlük hakları konusunda özel düzenlemeler içermektedir. Bu normların amacı; özel okul öğretmenlerinin ücret ve özlük haklarını devlet okullarında çalışan emsalleriyle aynı düzeye yükseltmek, devlet okullarındaki öğretmenlere sosyal yardım kapsamında sağlanan tüm ek ödemelerin özel okul öğretmenlerine de verilmesini sağlamak ve aynı yaşamsal kamusal hizmeti veren kişiler arasında hukuki statüden kaynaklanabilecek olası bir eşitsizliğin önüne geçmektir. Özel okullarda ve diğer özel eğitim kurumlarında çalışan yöneticilerle öğretmenlerin ücret ve ek ödemeleriyle bağlantılı olarak ortaya çıkan uyumsuzluklar, azımsanmayacak sayıda Yargıtay kararına konu olmuştur. Bununla birlikte, iş hukuku öğretisi özel okul öğretmenlerini genellikle zincirleme belirli süreli iş sözleşmeleri, kıdem tazminatı ve iş güvenliği gibi sorunlar bağlamında irdelemiş<sup>1</sup>; ancak özel okul öğretmenlerine ödenecek

<sup>1</sup> **Canbolat**, Talat: Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2007/13, s. 207; **Centel**, Tankut: Özel Okul Öğretmeniyle Sözleşme Yapılması, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2007/6, s. 22–26; **Güzel**, Ali/**Ertan**, Emre: Avrupa Birliği Hukukunda ve Özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) Kararlarında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılma ve Yenilenme Koşulları, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2007/18, s. 415–416; **Çelik**, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 101; **Güzel**, Ali/**Özkaraca**, Ercüment/**Ugan**, Deniz: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt I, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 542–545; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 245.



ücret ve ek ödemeler gibi konuların üzerinde pek fazla durulmamıştır. Buna karşılık, sosyal yardım kapsamındaki ek ödemeler arasında yer alan öğretim yılına hazırlık ödeneğinden özel okul öğretmenlerinin yararlanamayacağı ve öğretim yılına hazırlık ödeneğinin ödenmemesinin haklı fesih nedeni sayılamayacağı yönündeki 2012 tarihli Yargıtay kararı, konunun önemini ortaya koymuş ve sorunun mutlaka bilimsel bir perspektiften ele alınmasını kaçınılmaz hale getirmiştir.

## II. ÖZEL ÖĞRETİM KURUMLARI KANUNU'NDA ÜCRET

İşverenin iş sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğü niteliğindeki ücretin belirlenmesinde borçlar hukukuna egemen sözleşme özgürlüğünün yasa koyucunun müdahalesi yoluyla işçi lehine daraltılması, iş hukukunun yerleşik ilkeleri arasında başı çekmektedir. Gerçekten işverenin ücret ödeme borcunun kapsam ve içeriğinin saptanması bütünüyle iş sözleşmesi taraflarına terk edildiğinde, iş sözleşmesinin kendine özgü yapısından *-işçinin sözleşmenin kuruluş aşamasında çoğu kez pazarlık olanağından yoksun olması ve iş ilişkisini karakterize eden bağımlılık unsuru-* yararlanan işveren ücretin tutarını dilediği gibi tespit edebilmekte; işçi ise işverence dayatılan ve kendisiyle aile bireylerinin temel gereksinimlerini bile karşılamakta çoğu zaman yetersiz kalan bir ücret karşılığında iş görme edimini ifa etmek zorunda kalmaktadır. İşte bu noktada, sözleşme özgürlüğü ilkesinin ücret konusunda katı bir biçimde uygulanmasının yaratabileceği adaletsiz ve hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçları ortadan kaldırmak amacıyla iş hukukunda kullanılan temel tekniğin, ücret tutarına işçiye asgari yaşam düzeyi sağlamaya elverişli bir alt sınır getirme olduğu anımsatılmalıdır. Yasa koyucu tarafından çizilen söz konusu alt sınır, *asgari ücret* olarak adlandırılmaktadır. Nitekim İş Kanunu, iş sözleşmesi ile çalışan ve İş Kanunu'nun kapsamına giren ve girmeyen tüm işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırlarının en geç iki yılda bir belirleneceğini kurala bağlamaktadır (İK m. 39/1). Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nun asgari ücrete ilişkin düzenlemesi, İş Kanunu'nun kapsamındaki işçilerin dışında; Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu gibi öteki kanunlara tabi işçileri de kapsamaktadır. Daha yalın bir anlatımla, işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulama alanı dışında kalan ve Basın İş Kanunu'nun, Deniz İş Kanunu'nun veya Borçlar Kanunu'nun kapsamında bulunan işçilere de asgari ücretin altında bir ödeme yapması olanak dışıdır.

Asgari ücrete ilişkin genel norm, özel kanunlarla bazı işçi grupları için daha yüksek bir taban ücret öngörülmesine engel oluşturmamaktadır. Yasa koyucu, iş sözleşmesiyle çalışan kişinin icra ettiği mesleğin özelliğini ve iş görme ediminin niteliğini de dikkate alarak bir takım işçiler için farklı bir taban ücret belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisi kesinlikle sınırsız da değildir. Şayet işçinin icra ettiği mesleğin özelliği

ve iş görme ediminin özgün niteliği pozitif bir ayırmıcılığı haklı kılmıyorsa özel düzenlenmenin Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesini zedelediği söylenebilecektir. Öte yandan belli meslekleri icra eden işçiler yönünden özel bir taban ücret belirlenmesi, kimi zaman anayasal bir gereklilik olarak da karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 'eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi' başlıklı maddesinde; eğitim ve öğretimin Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı düzenlenmiştir (Any . m. 42/3). Şu halde eğitim ve öğretim de tıpkı adalet, sağlık ve güvenlik gibi, kural olarak Devlet tarafından yerine getirilmesi gereken asli kamusal hizmetler arasında yer almakta olup; Devlet eğitim ve öğretim hizmetini tamamen özel sektöre devredemez. Bununla beraber, maddenin devamında özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esasların '*Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak*' kanunla düzenleneceği ifade edilmek suretiyle özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine özel ilk ve orta dereceli okullar açabilme olanağı tanınmıştır (Any. m. 42/5). Ancak özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin özel ilk ve orta dereceli okullar kurabilmesi eğitim ve öğretimin kamusal niteliğini ortadan kaldırmamakta; aksine Anayasa eğitim ve öğretim hizmetinin özel ilk ve orta dereceli okullarda da Devletin gözetim ve denetimi altında yapılmasını ve özel ilk/orta dereceli okulların bağlı olduğu esasların Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenlenmesini buyurmaktadır. Mülga 625 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nun<sup>2</sup> yerini alan 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nun<sup>3</sup> temelinde de böyle anayasal bir gereklilik yatmaktadır.

Nitekim 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nda özel okullarda iş gören öğretmenlere dengi resmi okullarda çalışan ve aynı kıdeme sahip öğretmenlerden daha düşük bir ücret ödenemeyeceği kurala bağlanarak, ücret konusunda, aynı kamusal hizmeti veren kişiler arasında salt işverenin hukuki statüsünden kaynaklanabilecek bir eşitsizliğin önüne geçilmek istenmiştir. Buna göre, özel okullarda yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmeti yapanlara, kıdemlerine göre (emekliler hariç) dengi resmi okullarda ödenen aylık ile sosyal yardım kapsamındaki ek ödeme tutarlarından az ücret verilmesi mümkün değildir (m. 9/2). Hemen belirtelim ki, fıkranın kişiler bakımından uygulanma alanı, özel okullarda yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmeti yapanlarla sınırlıdır. *Özel okullarda yöneticilik hizmeti yapanlar* ibaresinden kasıt, müdür ve müdür yardımcılardır. Buna karşın, *eğitim-öğretim hizmeti yapanlar* sözcükleriyle öğretmenlere gönderme yapılmaktadır. Dolayısıyla anılan fıkra, iş görme edimini özel eğitim kurumlarında yerine getiren muhasebeci, avukat, insan kaynakları uzmanı ve hizmetli gibi yardımcı personele ödenecek ücrete uygulanma olanağından yoksundur. Öte yandan, yasal düzenlemede '*emekliler hariç*' denilerek özel okullarda yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmeti yapanlara

<sup>2</sup> R.G., 18.6.1965, 12026.

<sup>3</sup> R.G., 14.2.2007, 26434.

ilişkin bir istisna getirilmiştir. Şu halde devlet okulundan emekli olmasının ardından özel bir okulda işe başlayan öğretmene asgari ücret dahi ödenmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Kuşkusuz kanunun *ratio legis*'i dikkate alındığında, emekli öğretmenlerin ücrete ilişkin koruyucu hükmün kapsamı dışında bırakılmasının yerinde olup olmadığı ayrıca tartışmaya açık bir konudur.

Ele alınması gereken önemli bir sorun; özel okullarda dışındaki diğer özel öğretim kurumlarında, özellikle dershanelerde çalışan öğretmenlerinin durumudur. Öncelikle özel eğitim kurumlarının salt okullardan ibaret olmadığına ve Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun okullar dışındaki özel eğitim kurumlarını da kapsadığına işaret edilmelidir. Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun *amaç ve kapsam* başlıklı 1. maddesinin 2. fıkrasında, Kanun'un Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişilerce açılan özel öğretim kurumları ile yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarını kapsadığı açıklanmış; *tanımlar* başlıklı 2. maddenin (b) bendinde de Kanun'da geçen *kurum* sözcüğüyle okul öncesi eğitim, ilköğretim, ortaöğretim, özel eğitim okulları ile çeşitli kursların, uzaktan öğretim yapan kuruluşların, dershanelerin, motorlu taşıt sürücülere kurslarını, hizmet içi eğitim merkezlerinin, öğrenci etüt eğitim merkezlerinin, özel eğitim ve iyileştirme merkezleri ile benzeri özel öğretim kurumlarının ifade edildiği belirtilmiştir. Buna karşılık, özel öğretim kurumlarında çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticilerin başta ücret olmak üzere özlük haklarını düzenleyen 9. maddede; okullarda yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmeti yapanlara, kıdemlerine göre (emekliler hariç) dengi resmî okullarda ödenen aylık ile sosyal yardım kapsamındaki ek ödeme tutarlarından az ücret verilemeyeceği ve sosyal yardım kapsamındaki ek ödemelerin bütçe kanunlarıyla resmî okul öğretmen ve personeline sağlanan haklara denk olarak okul öğretmenlerine ve personeline de ödeneceği kurala bağlanmak suretiyle ücret ve sosyal yardımlar kapsamındaki ek ödeme tutarlarına ilişkin olarak sadece özel okul yönetici ve öğretmenlerine ayrıcalık tanınmıştır. Madde metninde sadece okullarda yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmeti yapanlardan söz edilmesi de bu tespiti doğrulamaktadır. Zira özel eğitim kurumu kavramı okuldan çok daha geniş olup, Kanun'un tanımlar başlıklı 2. maddesinin (b) bendinde de tanımlandığı üzere okul kavramıyla okul öncesi eğitim, ilköğretim, özel eğitim ve ortaöğretim özel okulları kastedilmektedir. Bununla birlikte, dersane ve diğer özel öğretim kurumlarında görev yapan öğretmenlere de devlet okullarında çalışan öğretmenlere göre daha düşük bir ek ders ücreti ödenmesi mümkün değildir. Zira Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin 4. fıkrasında; kurumlardaki ek ders ücreti miktarının resmî okullar için tespit edilen miktardan az olamayacağı yazılıdır. Şu halde anılan fıkrada okul yerine *kurum* sözcüğüne yer verildiğinden, diğer özel öğretim kurumlarında çalışan öğretmenler de devlet okullarında ödenen ek ders ücretini talep edebilir. Eş deyişle, yasanın okullar dışındaki özel öğretim kurumlarında iş gören öğretmenleri ve eğitimci personeli devlet okullarında çalışan öğretmenlerle eşitlediği yegâne parasal hak, ek ders ücretidir.

Peki, özel okul öğretmenlerinin alacağı ücret nasıl hesaplanacaktır? Fıkra da özel okullarda yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmeti yapanlara, kıdemlerine göre dengi resmî okullarda ödenen aylık ile sosyal yardım kapsamındaki ek ödeme tutarlarından az ücret verilemeyeceği belirtilmektedir. Öyleyse özel okullarda çalışan yönetici veya öğretmene verilecek ücretin hesabında iki temel unsur, öğretmenin meslekteki kıdemi ve dengi devlet okulunda ödenen aylık ile sosyal yardım kapsamındaki ek ödeme tutarıdır. Örneğin özel bir lisede çalışan ve meslekte onuncu yılını tamamlayan tarih öğretmenine, devlet lisesinde görev yapan ve aynı kıdeme sahip tarih öğretmeninden daha az ücret ödenemeyecektir. Özel okul öğretmenin ücreti kıdem yönünden eş değer (emsal) devlet memuru öğretmenin derece ve kademesi dikkate alınarak hesaplanmalıdır<sup>4</sup>. Özel okul yönetici ve öğretmenlerinin ücrete esas mesleki kıdemlerinin belirlenmesinde, ilgili yönetici ve öğretmenlerin devlet okullarındaki çalışma süreleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Ekleyelim ki, devlet okullarında görev yapan öğretmenlerin maaşlarına yapılan zamların özel okul öğretmen ve yöneticilerinin aylık ücretlerine de yansıtılması gerekir<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> “...Davacı, davalı özel öğretim kurumunda 625 sayılı yasa kapsamında Türkçe öğretmeni olarak çalışmaktadır. Hüküm altına alınan kıdem tazminatı, ücret alacağı ve yıllık ücret alacağı taraflar arasında imzalanan sözleşmedeki ücret üzerinden hesaplanmıştır. Ancak davacı gerçek ücretinin bu ücret üzerinde olduğunu iddia etmiştir. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 33. maddesi uyarınca “Özel okullarda yöneticilik ve eğitim - öğretim hizmeti yapanlara, kıdemlerine göre (emekliler hariç) dengi resmi okullarda ödenen aylık ile sosyal yardım kapsamındaki ek ödeme tutarlarından az ücret verilemez. Birim ek ders ücreti miktarı, resmi okullar için tespit edilen miktardan az olamaz Türkçe öğretmeni olan davacının kıdemine göre anılan hüküm doğrultusunda dengi, resmi okulda ödenen aylık ile sosyal yardım kapsamındaki ek ödeme tutarları ile resmi okullar için tespit edilen alabileceği ücret ve ek ders ücreti belirlenmeli, belirlenen bu ücret üzerinden hüküm altına alınan tazminat ve alacaklar hesaplanmalıdır. Eksik inceleme ile karar verilmesi isabetsizdir...” Yarg. 9. HD, 25.9.2008, E:2007/27783 K:2008/24862, www.legalbank.net

<sup>5</sup> “...Davacı, her yılın Ocak ve Temmuz aylarında yapılan ücret artış farkları yönünde isteklerde bulunmuş ve bilirkişi 1988–1989 ve 1994 yılları ücret artış farkları için hesaplamalar yapmış, ancak 1990–1991–1992 ve 1993 yılları ücret bordrolarının sunulmamış olması nedeniyle bu yıllar için hesaplamalarda bulunmadığı gibi, sadece ücret artışını değerlendirmeye alıp, diğer ödemelerde olması gereken artışları hesaplama dışı bırakmıştır. Ancak, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa göre, özel okul öğretmenlerine ödenen ücretler resmi okul öğretmenlerine ödenen ücretten daha az olamaz kuralı gereğince, resmi okul öğretmenlerine yapılan her türlü artış karşılığında özel okul öğretmenine de artış yapılması gerektiğinden ücret dışındaki diğer ödeme kalemlerinde meydana gelen artışların dikkate alınmaması hatalıdır. Dava dilekçesinden davacının çalıştığı tüm seneler ile ilgili ücret artış farklarını istediği anlaşılmaktadır. Ancak işverence isteğe rağmen 1.1.1988-1.8.1989 ve 1.1.1994-15.4.1994 dönemini kapsayan bordrolar gönderilmiş ve davalıdan usul hükümlerinin bağlayıcılığı da hatırlatılarak tüm bordrolar yeniden istenmemiş ve bu nedenlerle sadece yukarıda belirtilen sürelerle sınırlı kalınarak değerlendirme yapılmıştır. Bu durumda yapılacak iş, işverene verilecek kesin mehilin neticeleri de belirtilmek suretiyle eksik bordroların yeniden istenilmesi ve yine gönderilmediği takdirde, yukarıda belirtilen ve özel okul öğretmenlerine ödenen ücretler, emsali resmi okul öğretmenlerine ödenen ücretten az olamaz kuralından hareket ederek doğacak farkları belirlemektir...” Yarg. 9. HD., 22.5.1997, 4198/9699, www.legalbank.net

Özel okullar tarafından istihdam edilen öğretmenler, temel ücretin yanında ücret ekleri bakımından da devlet okullarındaki meslektaşlarıyla eşitlenmiştir. Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nda, açıkça özel okullarda çalışan yöneticilere ve öğretmenlere dengi devlet okullarında görev yapan yöneticilerle öğretmenlere ödenen aylıkla sosyal yardım kapsamındaki ek ödemelerden daha az ücret ödenemeyeceği ve sosyal yardım kapsamındaki ek ödemelerin bütçe kanunlarıyla resmî okul öğretmen ve personeline sağlanan haklara denk olarak özel okul yönetici ve öğretmenlerine de ödeneceği vurgulanarak, devlet okulu öğretmenlerine sağlanan tüm ek ödemelerin özel okul öğretmenlerine de verileceği hükme bağlanmıştır. Bu doğrultuda, özel okul bünyesinde istihdam ettiği yönetici ve öğretmenlere, Devlet Memurları Kanunu çerçevesinde eş değer devlet okulu yönetici ve öğretmenlerine sağlanan aile yardımı ödeneği, yabancı dil tazminatı ve benzeri tüm ek ödemeleri ifayla yükümlüdür<sup>6</sup>. Aynı biçimde, özel okullarda ödenen ek ders ücreti, resmî okullar için tespit edilen miktarın altında kalmaz.

Özel okul yönetici ve öğretmenlerinin sosyal yardım kapsamında aldığı ek ödemelerin hukuki niteliği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Özel okul yönetici ve öğretmenlerine sosyal yardım kapsamında yapılan tüm ek ödemeler, geniş anlamda ücret (ücret eki) olarak değerlendirilmelidir. Bu itibarla, özel okul yönetici ve öğretmenlerinin tüm ek ödemelerinde zamanaşımı süresi beş yıldır (İş Kanunu m. 32/8). Ayrıca gününde ödenmeyen ek ödemeler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanmalıdır (İş Kanunu m. 34/1). Nihayet Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından tutarı yıllar itibarıyla belirlenen çocuk ve aile yardımı dışında, öğretmen ve yöneticilere yapılan tüm ek ödemeler prime esas kazanç sayılacaktır<sup>7</sup>. Ancak Özel Eğitim Kurumları Kanunu, sosyal yardım kapsamındaki ek ödemeleri gelir vergisinden muaf tutmuştur (Özel Eğitim Kurumları Kanunu m. 9/3).

<sup>6</sup> "...Davacı egzersiz ders ücreti ve rehberlik sınıf öğretmenliğinden doğan ücret alacaklarını da talep etmektedir. Davalı taraf cevap dilekçelerinde, bu ücretlerin davacıya ödendiğini ileri sürmüş ve bu ödemelerle ilgili bir kısım belgeleri dosyaya sunmuşlardır. 17.3.1986 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Millî Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı Öğretmen ve Yöneticilerinin ücretli ders saatlerine ait esaslar arasında yer alan 15. maddede, eğitimin özelliği dikkate alınarak Anadolu ve Fen Liselerinde görevli öğretmenlere zorunlu ve isteğe bağlı ek ders görevi dışında haftada 4 saat daha "ders niteliğinde egzersiz görevi" ücreti ödenir denilmektedir. Davalı taraf, bu ücretin ödendiğini ileri sürmekle okulun yukarıda belirtilen okullar statüsünde yer aldığı şeklindeki davacı iddiası kanıtlanmakla, ödemeler dışında kalan egzersiz görev ücretinin belirlenerek davacıya ödenmesi gerekirken bu yönler üzerinde durulmayarak karar verilmesi hatalıdır. Davacı taraf ayrıca yukarıda belirtilen ücret esasları ile ilgili tıbbî 11. maddesi gereğince rehberlik ve sınıf öğretmenliği ücreti talep etmekte ise de, 11. madde ilkököl öğretmenleri için hak getirmiş olup davacı lise öğretmeni olduğundan bu yönden bir isteği olamayacağı düşüncesiyle bu konu bozma nedeni sayılmamıştır..." Yarg. 9. HD., 22.5.1997, 4198/9699, www.legalbank.net

<sup>7</sup> Prime esas kazanç kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza, Canikli-oğlu, Nürşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 279 vd.*

### III. ÖĞRETİM YILINA HAZIRLIK ÖDENEĞİ

Milli Eğitim çevrelerinde *kırtasiye parası* olarak bilinen ve öğretmenlerin kitap, kırtasiye malzemesi gibi temel gereksinimlerini karşılamayı amaçlayan öğretim yılına hazırlık ödeneği, Devlet Memurları Kanunu'nun ek 32. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede, eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfına dâhil öğretmen unvanlı kadrolarda görevli olup; fiilen öğretmenlik yapanlara (ilköğretim ve okul müdürleri ile yardımcıları, cezaevi okullarında çalışan öğretmenler, yönetici, eğitim uzmanı ve eğitim uzman yardımcıları dâhil) her öğretim yılında bir defaya mahsus olmak üzere ve öğretim yılının başladığı ay içinde Milli Eğitim Bakanı tarafından belirlenecek tarihte Bakanlar Kurulunca belirlenecek miktarda, öğretim yılına hazırlık ödeneği ödeneceği belirtilmektedir. Şu halde öğretim yılına hazırlık ödeneğine hak kazanabilmenin başlıca koşulları; eğitim/öğretim hizmetleri sınıfına dâhil öğretmen unvanlı kadrolarda görevli olmak ve fiilen öğretmenlik yapmaktır. İlköğretim ve okul müdürleri ile yardımcıları, cezaevi okullarında çalışan öğretmenler, yönetici, eğitim uzmanı ve eğitim uzman yardımcılığı da öğretim yılına hazırlık ödeneğinden yararlanmaktadır. Öğretim yılına hazırlık ödeneği, her öğretim yılında bir defaya özgü olmak üzere ve öğretim yılının başladığı ay içinde ödenir. Öğretim yılına hazırlık ödeneğinin öğretim yılının başladığı ay içinde hangi tarihte ödeneceğini belirleme yetkisi, Milli Eğitim Bakanı'na aittir. Öğretim yılına hazırlık ödeneğinin tutarı ise, her yıl Bakanlar Kurulu tarafından saptanır.

6363 sayılı 2013 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'na ekli (K) cetvelinin "VI- Diğer Ödemeler" kısmının 3. maddesiyle "657 sayılı Kanununun ek 32 nci maddesi uyarınca verilecek öğretim yılına hazırlık ödeneği Bakanlar Kurulu kararı aranmaksızın 740 Türk Lirası olarak ödenir" hükmü getirilmiş; böylece öğretim yılına hazırlık ödeneği 2013–2014 öğretim yılı için 740 TL olarak belirlenmiştir<sup>8</sup>. Milli Eğitim Bakanlığı da 6.9.2013 tarih ve 10903426/869/2347968 sayılı bir yazıyla öğretim yılına hazırlık ödeneğinin 16.9.2013 tarihinden itibaren ödeneceğini duyurmuştur. Yukarıda da değinildiği gibi, Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nda; sosyal yardım kapsamındaki ek ödemelerin bütçe kanunlarıyla resmî okul öğretmenlerine sağlanan haklara denk olarak özel okul öğretmenlerine de ödeneceği son derece net bir biçimde dile getirilmektedir. Bu bağlamda, öğretim yılına hazırlık ödeneği de sosyal yardım kapsamında ek bir ödeme niteliği taşımakla, bu ödeneğin devlet okullarında görevli öğretmenlere ödenen tutar oranında özel okullarda çalışan yönetici ve öğretmenlere de ödenmesi gerektiğinden kuşku duyulmamalıdır. Burada Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nun, özel okullarda çalışan öğretmenleri özlük hakları yönünden 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi tuttuğunun altı çizilmelidir (m. 9/5a). İş Kanunu da ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmeyen veya ödenmeyen işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı tanımaktadır (İş Kanunu m. 24/II e). Ücret kavramına aylık temel ücret

<sup>8</sup> R.G., 31.12.2012, mükerrer 28514.

retin dışında ikramiye ve prim gibi ücret ekleri de girmektedir. Bundan dolayı, hak ettiği ikramiye veya primi alamayan işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshederek ödenmeyen ikramiye veya prim alacağının dışında koşulları gerçekleşmiş işverenden kıdem tazminatı da talep edebilir. Aynı biçimde, öğretim yılına hazırlık ödeneği de özel okul öğretmenleri bakımından ikramiye veya prim gibi bir ücret eki sayıldığından öğretim yılına hazırlık ödeneğini alamayan özel okul öğretmeni de iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir; ayrıca özel okulda en az bir yıl çalışmışsa kıdem tazminatına da hak kazanır<sup>9</sup>. Acaba Yargıtay özel okullarda görev yapan öğretmenlerin işverenden öğretim yılına hazırlık ödeneği isteyip isteyemeyeceği ve öğretim yılına hazırlık ödeneği alamayan özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmelerini haklı nedenle derhal feshedip edemeyeceği konularında nasıl bir tutum sergilemiştir? Aşağıda öncelikle Yargıtay'ın ilgili kararları aktarılacak; bilahare bu kararların hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilecektir.

#### IV. YARGITAY KARARLARI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

##### 1. Kararlar

1997 yılında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen somut olayda; davacı öğretmen; kıdem tazminatı, egzersiz ders ücreti, *hazırlık ödeneği*, zorunlu tasarruf ve neması, vergi iadesi ile ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesi istemiyle dava açmış; iş mahkemesi isteği kısmen hüküm altına almıştır. Yargıtay bozma ilamından anlaşıldığı kadarıyla, yerel mahkeme sadece 1993 ve 1994 yıllarına ilişkin öğretim yılına hazırlık ödeneklerinin davalıdan tahsiline karar vermiş; davacının diğer yıllara ait öğretim yılına hazırlık ödeneklerine yönelik talebini bilirkişi raporuna dayanarak reddetmiştir. Ne var ki Yargıtay; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ek 31. maddesi gereğince resmi okul öğretmenlerine her öğretim yılı başında ödenen öğretim yılına hazırlık ödeneğinin davacıya da ödenmesi gerektiği, bilirkişinin eksik incelemeyle sadece 1993–1994 yılları için belirlemede bulunarak diğer yıllar için hesaplama yapmamasının ve mahkemenin bilirkişinin bu düşüncesine itibar ederek isteğin reddine karar vermesinin hatalı olduğu gerekçesiyle iş mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Öğretim yılına hazırlık ödeneğinde zamanaşımı süresi beş yıl olup, işverenin temerrüdü durumunda mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanmalıdır. Öğretim yılına hazırlık ödeneğinden sigorta primi de kesilmelidir. Buna karşın, öğretim yılına hazırlık ödeneğinden gelir vergisi kesilmez.

<sup>10</sup> "...Davacı öğretim yılına hazırlık ödeneği adı altında ayrı bir talepte de bulunmuştur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa 9.4.1990 tarih ve 418 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 12. maddesiyle eklenen ek 31. maddesi gereğince, resmi okul öğretmenlerine her öğretim yılı başında ödenen öğretim yılına hazırlık ödeneğinin davacıya ödenmesi gerekir. Bilirkişinin eksik incelemeyle sadece 1993–1994 yılları için belirlemede bulunup, diğer yıllar için hesaplama yapmaması ve mahkemenin bilirkişinin bu düşüncesine itibar ederek isteğin reddine karar vermesi hatalıdır..." Yarg. 9. HD., 22.5.1997, 4198/9699, www.legalbank.net

Okullar dışındaki diğer özel eğitim kurumlarınca istihdam edilen öğretmenlerin öğretim yılına hazırlık ödeneği talep edip edemeyeceği sorunu da çeşitli Yargıtay kararlarında tartışılmıştır. Yargıtay 2001 yılında verdiği iki kararda; mülga 625 Sayılı Kanunda bazı konularda özel okullar ile özel dershaneler ayırımı yapıldığını, anılan Kanununun 33. maddesinde özel okullarda yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmeti yapanların dengi resmi okullarda ödenen aylık ve sosyal yardım kapsamındaki ek ödemelerden yararlanacakların belirtildiğini, özel dershaneler için bu ödemeler öngörülmediğini ve bu husus göz önünde tutulmaksızın dershanede öğretmen olarak görev yapan davacı için resmi okullarda ödenen Sosyal Yardım niteliğindeki öğretim yılına hazırlık ödeneğinin hüküm altına alınmasının doğru olmadığına hükmetmiştir<sup>11</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2005 tarihli kararına konu olayda; özel okulda müdür sıfatıyla çalışan davacı, ihbar tazminatı, öğretim yılına hazırlık ödeneği, ek ders ücreti, fazla çalışma ve ücret alacağına ödetilmesine karar verilmesini istemiş; iş mahkemesi son 33 günlük ücret alacağı dışında kalan isteklerin reddine karar vermiştir. Yargıtay bilirkişinin de 2001 yılı için öğretim yılına hazırlık ödeneğinin ödenmediğini belirterek hesaplama yaptığını ve bordrolarda söz konusu ödemeye dair bir bilgi ve belge olmadığı halde anılan istemin reddedilmesinin hatalı olduğunu ifade ederek kararı bozmuştur<sup>12</sup>.

Ancak Yargıtay 2012 yılında eski içtihadından dönmüştür. Somut uyuşmazlıkta, davacı öğretmen her yıl Eylül ayında ödenen öğretim yılına hazırlık ödeneğinin davalı işverence ödenmemesi üzerine iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini ileri sürerek kıdem tazminatı, öğretim yılına hazırlık ödeneği, öğretim yılına hazırlık ödeneğinin %1 fazlası, kalan ücret ve iş sözleşmesinin 4.maddesi gereğince tazminat alacağı gibi taleplerde bulunmuş; iş mahkemesi de davacının iş sözleşmesini

<sup>11</sup> "...625 sayılı Kanunda bazı konularda Özel Okullar ile Özel Dershaneler ayırımı yapılmıştır. Anılan Kanununun 33. maddesinde Özel Okullarda yöneticilik ve Eğitim-Öğretim hizmeti yapanların dengi Resmi Okullarda ödenen aylık ve Sosyal Yardım kapsamındaki ek ödemelerden yararlanacakları belirtilmiştir. Özel Dershaneler için bu ödemeler öngörülmemiştir. Bu husus göz önünde tutulmaksızın dershanede öğretmen olarak görev yapan davacı için Resmi Okullarda ödenen Sosyal Yardım niteliğindeki öğretim yılına hazırlık ödeneğinin hüküm altına alınması da doğru değildir..." Yarg. 9. HD., 24.10.2001, 12364/16583, www.legalbank.net "...625 Sayılı Kanunda bazı konularda Özel Okullar ile özel Dershaneler ayırımı yapılmıştır. Anılan Kanununun 33. maddesinde Özel Okullarda yöneticilik ve Eğitim-Öğretim hizmeti yapanların dengi Resmi Okullarda ödenen aylık ve Sosyal Yardım kapsamındaki ek ödemelerden yararlanacakları belirtilmiştir. Özel Dershaneler için bu ödemeler öngörülmemiştir. Bu husus göz önünde tutulmaksızın dershanede öğretmen olarak görev yapan davacı için Resmi okullarda ödenen Sosyal Yardım niteliğindeki öğretim yılına hazırlık ödeneğinin hüküm altına alınması da doğru değildir..." Yarg. 9. HD., 24.10.2001, 10219/16653, www.legalbank.net

<sup>12</sup> "...Davacı işçi eğitim ve öğretim ödeneği yönünden talepte bulunmuş, bilirkişi de 2001 yılı için bu ödeneğin ödenmediğini belirterek hesaplama yapmıştır. Dosyada bulunan bordrolarda söz konusu ödemeye dair bir bilgi ve belge olmadığı halde, anılan isteğin reddine karar verilmesi de hatalı olmuştur..." Yarg. 9. HD., 6.6.2005, E:2004/30811 K:2005/20459, www.legalbank.net



haklı nedenle feshettiği gerekçesiyle davacının kıdem tazminatı ve öğretim yılına hazırlık ödeneği taleplerinin davalı işverenden tahsili yönünde hüküm kurmuştur. Ancak öğretim yılına hazırlık ödeneğini, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ek 32. maddesi uyarınca aynı kanunun eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfına dâhil öğretmen unvanlı kadrolarda görevli olup fiilen öğretmenlik yapanlara, her öğretim yılında bir defaya mahsus olmak üzere ve öğretim yılının başladığı ay içinde Milli Eğitim Bakanı tarafından belirlenecek tarihte Bakanlar Kurulunca belirlenecek miktarda yapılan ödeme olarak tanımlayan Yargıtay; bu ödeneğin değinilen yasa kapsamındaki öğretmenlere ödenecek bir hak olduğunu, davacının tabi olduğu mülga 625 sayılı Kanun ve 5580 Kanunda Özel Öğretim Kurumlarında çalışan öğretmenlere “*eğitim ve öğretime hazırlık ödeneği*” verileceğine dair özel bir düzenleme olmadığı gibi bu ödeneğin geniş anlamda ücret kapsamında sayılma olanağı da bulunmadığını, davacının öğretim yılına hazırlık ödeneğini alamadığı gerekçesiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyeceği, dolayısıyla davacının öğretim yılına hazırlık ödeneğinin ve buna bağlı kıdem tazminatı istemlerinin reddedilmesi gerektiğini belirterek yerel mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir<sup>13</sup>.

## 2. Değerlendirme

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin eski tarihli kararları, öğretim yılına hazırlık ödeneğinin özel okul öğretmenlerine de ödenmesi gerektiği doğrultusundadır. Yürürlükten kalkan 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 33. maddesinde; özel okullarda yöneticilik ve eğitim - öğretim hizmeti yapanlara kıdemlerine göre (emekliler hariç) dengi resmi okullarda ödenen aylık ile sosyal yardım kapsamındaki ek ödeme tutarlarından az ücret verilemeyeceği ve sosyal yardım kapsamındaki ek ödemelerin bütçe kanunlarıyla resmi okul öğretmen ve personeline sağlanan haklara denk olarak özel okul öğretmenlerine ve personeline de ödeneceği düzenlenmişti. Şu halde, Yargıtay'ın önceki kararlarıyla özel okul öğretmenlerini de öğretim yılına hazırlık ödeneği hakkından yararlandırması olağan karşılanmalıdır. Zira mülga 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu son derece açıktır. Öğretim yılına hazırlık ödeneği de devlet okullarında çalışan ve memur statüsüne sahip öğretmenlere sağla-

<sup>13</sup> “...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ek 32. maddesi uyarınca öğretim yılına hazırlık ödeneği, Kanunun eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfına dâhil öğretmen unvanlı kadrolarda görevli olup fiilen öğretmenlik yapanlara, her öğretim yılında bir defaya mahsus olmak üzere ve öğretim yılının başladığı ay içinde Milli Eğitim Bakanı tarafından belirlenecek tarihte Bakanlar Kurulunca belirlenecek miktarda yapılan, öğretim yılına hazırlık ödeneğidir. Bu ödenek maddede açıkça belirtildiği üzere değinilen yasa kapsamındaki öğretmenlere ödenecek bir hak olup, davacının tabi olduğu mülga 625 sayılı Kanun ve 5580 Kanunda Özel Öğretim Kurumlarında çalışan öğretmenlere “*eğitim ve öğretime hazırlık ödeneği*” verileceğine dair özel bir düzenleme olmadığı gibi, bu ödeneğin geniş anlamda ücret kapsamında sayılma olanağı da yoktur. Davacının bu hakkın ödenmediğinden bahisle iş akdini haklı olarak feshettiği kabul edilemez. Bu itibarla eğitime ve öğretime hazırlık ödeneği ve buna bağlı kıdem tazminatı talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” Yarg. 9. HD., 25.4.2012, Esas: 2010/7642 Karar: 2012/14341, Çalışma ve Toplum.Dergisi 36, 2013/1, s. 472-473.

nan sosyal yardım kapsamında bir ek ödeme olup; özel okul öğretmenlerinin devlet okullarındaki emsallerine tanınan bu haktan yoksun bırakılması düşünülemez.

Ne var ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2012 tarihli kararıyla önceki yerleşik uygulamasıyla da çelişecek bir tarzda öğretim yılına hazırlık ödeneğinin sadece devlet memuru öğretmenlere tanınan parasal bir hak niteliği taşıdığını, özel okul öğretmenlerinin işverenlerinden öğretim yılına hazırlık ödeneği talep edemeyeceklerini ve dolayısıyla öğretim yılına hazırlık ödeneğini alamayan özel okul öğretmenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyeceğini karara bağlamıştır. Yargıtay'ın bu kararı, yasa hükmünün sözüne ve özüne açıkça aykırıdır. 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinde; okullarda yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmeti yapanlara, kıdemlerine göre (emekliler hariç) dengi resmî okullarda ödenen aylık ile sosyal yardım kapsamındaki ek ödeme tutarlarından az ücret verilemeyeceği ve sosyal yardım kapsamındaki ek ödemelerin bütçe kanunlarıyla resmî okul öğretmen ve personeline sağlanan haklara denk olarak okul öğretmenlerine ve personeline de ödeneceği son derece net ve başka türlü bir yoruma olanak vermeyecek bir biçimde dile getirilmektedir. Bu bağlamda, öğretim yılına hazırlık ödeneği de devlet okullarında çalışan ve memur statüsüne sahip öğretmenlere sağlanan bir haktır. Öyleyse işveren, dengi devlet okullarında çalışan öğretmenlere sosyal yardım kapsamında yapılan ek ödemeler arasında yer alan öğretim yılına hazırlık ödeneğini bünyesinde istihdam ettiği yönetici ve öğretmenlere ödemekle yükümlüdür. Buna göre, öğretim yılına hazırlık ödeneğini alamayan özel okul yöneticisi veya öğretmeni iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/II (e) maddesine dayanarak haklı nedenle feshedebilir; şayet iş sözleşmesi belirli süreliyse bakiye süre ücretini de talep edebilir. Ayrıca yönetici veya öğretmenin asgari bir yıl çalışma süresini tamamladığı durumlarda işverenden kıdem tazminatı da istenebilir. Tüm bu açıklamalar ışığında; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yanlılgı bir değerlendirmeye dayanan 2012 tarihli kararıyla oldukça açık bir yasal düzenlemeyi yok saydığı ve önceki isabetli içtihatlarıyla da çeliştiği ortadadır. Belirtelim ki, hukuk devletinde yasanın bahsettiği bir hakkın yargı kararıyla ortadan kaldırılması tasavvur dahi edilemez. O halde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önüne gelecek yeni uyuşmazlıklarda, önceki uygulamasıyla da uyumlu olarak, özel okul yönetici ve öğretmenlerinin öğretim yılına hazırlık ödeneğinden yararlanabileceği yönünde kararlar vermeli ve öğretim yılına hazırlık ödeneğinin ödenmemesini haklı fesih nedeni saymalıdır.

## V. SONUÇ

Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nda özel eğitim kurumlarında çalışan eğitimci personele ilişkin temel iş hukuku normlarından önemli ölçüde ayrılan çeşitli kurallar yer almaktadır. Özellikle iş sözleşmesinin bağitlanması ve sona ermesi aşamalarını düzenleyen hükümlerle idareye işçiye disiplin cezası uygulama yetkisi tanıyan kural, iş hukukuyla idare hukukunun deyim yerindeyse iç içe girdiği karma bir hukuki yapının varlığına işaret etmektedir. Öte yandan eğitim-öğretim hizmetinin sürekliliğine rağmen yasanın işverene en az bir yıl süreli zincirleme belirli süreli iş sözleşmeleri bağitlayabilme hakkı tanınması dikkat çekici başka bir düzenlemedir. Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nun kapsamına özel okulların yanında dershane gibi diğer özel eğitim kurumlarında çalışan yönetici ve öğretmenler de girmektedir. Belirtelim ki, yasanın diğer özel eğitim kurumlarında çalışan yönetici ve öğretmenleri devlet okullarında çalışan öğretmenlerle eşitlediği tek hak, ek ders ücretidir. Buna karşılık, Özel Eğitim Kurumları Kanunu özel okul yönetici ve öğretmenlerinin ücreti ve ücret ekleri konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun asgari ücrete ilişkin hükmünü işçi lehine adeta *by-pass* etmiş; özel okul öğretmen ve yöneticilerine –emekliler hariç- dengi devlet okullarında çalışan ve eş değer kıdeme sahip yönetici ve öğretmenlerin aldığı ücretin altında bir ödeme yapılmasını yasaklamıştır. Yasa koyucu özel okul yönetici ve öğretmenlerine aylık temel ücret konusunda ayrıcalık tanımakla da kalmamış; devlet okullarında görev yapan öğretmenlere yapılan ek ödemelerin en az aynı tutarda özel okul yönetici ve öğretmenlerine de yansıtılmasını zorunlu kılmıştır.

Öğretmenlerin her öğretim yılı başında aldığı öğretim yılına hazırlık ödeneği de Devlet Memurları Kanunu çerçevesinde ve sosyal yardım kapsamında yapılan ek ödemeler arasında önemli bir yer tutmaktadır. Yargıtay çeşitli kararlarında, isabetli olarak, özel okul yönetici ve öğretmenlerinin de öğretim yılına hazırlık ödeneği talep edebileceklerine hükmetmişti. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2012 yılında; özel okul öğretmenlerinin öğretim yılına hazırlık ödeneğinden yararlanamayacağına, zira öğretim yılına hazırlık ödeneğinin devlet okullarında görev yapan öğretmenlere özgü bir hak olduğuna, öğretim yılına hazırlık ödeneğini alamayan öğretmenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedemeyeceğine ve dolayısıyla kıdem tazminatına da hak kazanamayacağına karar vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin görüşü, Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nda yer alan açık düzenlemeyle kesinlikle bağdaşmamaktadır. Yargıtay ileride ele alacağı özdeş olaylarda yasanın sözüne ve özüne uygun bir tutum takınmalı, eski içtihadını göz ardı etmemeli ve binlerce öğretmeni yasadan doğan haklarından mahrum bırakmamalıdır. Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti'nin banisi M.K. Atatürk'ün öğretmenlere hitaben söylediği şu veciz cümle anımsatılmalıdır: "...Öğretmenler! Yeni nesil sizlerin eseri olacaktır...". Aksi takdirde, geleceğimizi emanet ettiğimiz öğretmenlere yasa tarafından tanınan bir hakkın yargı erki tarafından yok sayılması toplumsal vicdanı sızlatacaktır.



**KÜÇÜKLERİN ÇALIŞMASINA İLİŞKİN  
YASAK VE SINIRLAMALAR İLE BUNLARA AYKIRILIK  
HALİNDE İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ SORUNU**  
*(Regulations about Prohibitions and Restrictions on Child Labour  
and Problem of Invalidity of Employment Agreement in Case of  
Contradiction to Such Regulations)*

**Ercüment ÖZKARACA\***  
**Canan ÜNAL\*\***

**ÖZET**

Küçüklerin çalıştırılması geçmişten günümüze hem dünyada hem ülkemizde kronikleşmiş bir sorundur. Bu sorun küçüklerin çalıştırılması tamamen yasaklanarak ortadan kaldırılmak istense de bunun gerçekleştirilmesi kısa vadede mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple, uluslararası ve ulusal düzeyde düzenlemelerle küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin bazı yasak ve sınırlamalar ile bazı küçüklerin çalıştırılması hukuken kabul edilmektedir. Biz de çalışmamızda öncelikle mevzuatta küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin yasak ve sınırlamalara yer verecek, daha sonra bu yasak ve sınırlamaların hukuki niteliğini inceleyeceğiz. Türk Hukukunda konu hakkındaki mevzuatın küçüklerin korunması amacını sağladığını savunmak güçtür. Ancak, sorunun asıl kaynağı mevzuat değil, uygulamadır. Mevzuata aykırı olarak yasak ve sınırlamalara uygun olmayacak şekilde çalıştırılan küçüklerin iş sözleşmelerinin geçersizliği sorunu bu sebeple çalışmamızın asıl amacını oluşturmaktadır. Buna ilişkin açıklamalarımızda Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 21.5.2013 tarihli ve E. 2012/16405, K. 2013/11851 sayılı kararı detaylı olarak incelenecek ve birçok yönüyle eleştirilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Küçüklerin çalıştırılması, iş sözleşmesinin geçersizliği, ileri etki (ex nunc), TBK m. 394/III, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 21.5.2013 tarihli ve E. 2012/16405, K. 2013/11851 sayılı kararı.

***Abstract***

The child labour has become a chronic problem both in Turkey and in the world from past to present. The entire solution, which is forbidding totally, is not seen possible in the short term. That's why some children can be employed

\* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

as per international and national regulations providing some prohibitions and restrictions in order to save children. In this article, these prohibitions and restrictions will be firstly explained and secondly legally described. Accordingly, it is not possible to argue that the regulations on child labour in the Turkish law are sufficient to achieve goal of saving children. However, the essential reason of child labour problem is the application, not regulations. Hence, we will essentially discuss invalidity of employment agreements made by children contrary to the prohibitions and restrictions. Within this scope, the judgment of the 22<sup>nd</sup> Civil Chamber of Court of Appeal, dated 5.21.2013 numbered 16405/11851, will be explained in detail and criticized.

**Keywords:** Child labour, invalidity of employment agreement, ex nunc, Turkish Obligation Law Article 394/III, judgment of the 22<sup>nd</sup> Civil Chamber of Court of Appeal dated 5.21.2013 numbered 16405/11851.

## GİRİŞ

2012 yılı verilerine göre, dünyada 168 milyon çocuk çalışma hayatındadır. Bu sayı dünyadaki toplam çocuk nüfusunun % 11'ine tekabül etmektedir. Bunların yarısından fazlası -yaklaşık 85 milyon çocuk- tehlikeli işlerde çalışmaktadır. En çok sayıda çocuğun çalıştırıldığı yerler Asya ve Pasifik olmakla (78 milyon civarında veya çocuk nüfusunun % 9,8'i) birlikte çocuk işçi yoğunluğunun en fazla olduğu yer Sahraaltı Afrika'dır. Burada her beş çocuktan birinden de fazlası işçidir (59 milyon civarında veya çocuk nüfusunun % 21'inden fazlası)<sup>1</sup>.

Çocuk işçiliği sorunu, ülkemizin de en önemli sorunlarından ve sosyolojik temelleri olan bu sorun çok yönlü bir yaklaşımı gerektirmektedir. Avrupa Birliği üyeliği yolundaki ülkemiz için bu sorunun çözümü zaruret taşımaktadır<sup>2</sup>. Gerçekten, Türkiye Avrupa Birliği İlerleme Raporlarında 1998 yılından bu yana çocuk işçiliği konusunda sık sık eleştirilmektedir. 2013 yılı Raporunda da çocuk hakları konusunda ve bu kapsamda çocuk işçiliği ile mücadelede Türkiye'nin daha fazla çaba sarf etmesi gerektiği belirtilmiştir. Rapora göre, ekonomik faaliyette bulunan 6 ila 17 yaşındaki çocukların % 5,9 olan oranı düşmemiştir. Raporda 2012 yılı Ulusal Çocuk İşgücü Anketi verilerine yer verilirken 2012 yılında 28 çocuk işçinin iş kazasında öldüğü ifade edilmektedir. Çocuklar, ölümcül iş kazalarında kurbanlar olarak nitelendirilirken meslek hastalıklarının büyük çoğunluğunun rapor edilmediğinin de vurgusu yapılmaktadır<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> International Labour Office, **Making Progress against Child Labour, Global Estimates and trends 2000-2012**, International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC), Geneva 2013, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---ipec/documents/publication/wcms\\_221513.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_221513.pdf) (Erişim tarihi: 13.01.2014), vii.

<sup>2</sup> *Akm*, Levent: "Working Conditions of the Child Worker in Turkish Labour Law", **Employee Responsibilities and Rights Journal**, Volume 21, Number 1, March 2009, 53-67, 66.

<sup>3</sup> Avrupa Birliği Türkiye 2013 İlerleme Raporu için bkz. [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2013/package/tr\\_rapport\\_2013.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/tr_rapport_2013.pdf) (Erişim tarihi: 6.12.2013), 13, 14, 39, 40, 48, 57, 64

Çocuk işçiliğinin kökeni uzun yıllar öncesine dayanmaktadır. Fransız İhtilali sonrası Avrupa'da çocuk işçiliği en gaddar şekliyle yaşanmıştır. Başta Fransa olmak üzere, İsviçre, Belçika gibi ülkelerde "sözleşme özgürlüğü" ve "serbest piyasa ekonomisi" köylerden şehirlere akın eden işsizler ordusunun yarattığı emek piyasasında işçiler aleyhine sonuçlar doğurmuştur. Bu dönemde Fransa'da günlük çalışma süresi 15-16 saate çıkarken işçilere çalışmaları karşılığında para değil fiş verilmesi ve o fişlerle fabrikanın yanında kurulu işveren kantinlerinden sadece karınlarını doyuracak kadar yiyecek alabilmeleri, eve "ekmek" götürememeleri nedeniyle çocukların da çalışması mecburiyetini doğurmuştur. Bu dönemde 4-5 yaşındaki çocukların tekstil fabrikalarında bobin taşıma işlerinde; 6-7 yaşındaki çocukların iplik bağlama işlerinde, büyüklerin giremediği dehlizlerde maden işlerinde çalıştırıldıkları görülür. Daha sonra bu çocuklar askere alındıklarında "yanaşık düzende" ellerinde tüfekler "hazırol" vaziyetinde ayakta durur iken bir müddet sonra aniden yere kapanırlar. Veba salgını şüphesi ile yerden kaldırılan bu genç askerlerde bir hastalığa rastlanmaz. Ama hepsinin ortak özelliği ülkenin madenlerinin ve fabrikalarının bulunduğu sanayileşmiş bölgelerden gelmeleridir. 1837 yılında Fransa'da 10 bölgeden askere çağırılan 10.000 gencin 8.980'i sakat ve hastadır. Bu bölgelerde günde 16-17 saat çalışarak bu sürenin en az 13 saatini kapalı ve havasız yerlerde geçiren ve yetersiz beslenmeyle büyüyen askerlik görevini yapan bu gençlerle ilgili yüksek orandaki sakatlık ve hastalıklar, ilk sosyal politika tedbirlerinin çok ilginçtir ki "insani" nedenlerle değil, "milli güvenlik" nedeniyle alınmasına yol açmıştır<sup>4</sup>.

Kökeni uzun yıllar öncesine dayanan ve kronikleşmiş hale gelen bu soruna, günümüzde başta uluslararası ve bölgesel belgeler ile insan hakları boyutunda çözümler bulunmaya çalışılmaktadır. Asıl amaçlanan çocuk işçiliğinin tamamen sonlandırılması iken bu kısa vadede mümkün gözükmemektedir. Bu bağlamda toptan yasaklama yerine çocukların ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal veya toplumsal gelişimi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunması amacıyla düzenlemeler öngörülmektedir. Bu düzenlemeler ile belirli yaşta küçüklerin çalıştırılması yasaklanmakta ve küçük işçilerin çalışma koşulları büyüklere nazaran farklılaştırılmaktadır.

Biz de çalışmamızda öncelikle İş Hukuku mevzuatında küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin yasak ve sınırlamaları inceleyeceğiz ve bu kapsamda ilk olarak uluslararası ve bölgesel düzenlemelere yer verdikten sonra Hukukumuzdaki düzenlemelere ayrıntılı olarak değineceğiz.

Daha sonra söz konusu düzenlemeler ile öngörülen yasak ve sınırlamaların hukuki niteliği üzerinde durularak en nihayetinde de bu yasak ve sınırlamalara aykırı şekilde çalıştırılan küçüklerin iş ilişkilerinin akıbeti irdelenecektir.

<sup>4</sup> **Demir**, Fevzi: "Çalışma Hayatında Çocukların Korunması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Özel Sayı, 2010, Basım Yılı 2012, 547-577, 548-549.

Belirtelim ki, bizi bu çalışmayı yapmaya sevk eden Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2013 tarihli ve birçok yönüyle eleştirilmesi gereken bir kararıdır<sup>5</sup>. Söz konusu kararda, 11 yaşında çalışmaya -daha doğru bir ifadeyle çalıştırılmaya- başlayan bir kişinin mevzuatta öngörülen asgari çalışma yaşından önceki çalışması yok sayılmıştır. Buna gerekçe olarak, asgari çalışma yaşından küçük çocuklarla iş sözleşmesi kurulması olanağı olmaması gösterilmiştir. Söz konusu yaklaşımda, 11 yaşındaki çocuk ile yapılan iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu şekilde asgari çalışma yaşından küçük olmasına rağmen mevcut sosyo-ekonomik gerçeklerin bir yansıması olarak çalışma hayatına girmek zorunda bırakılan, ekonomik anlamda sömürülen ve asgari çalışma yaşını aşan bir küçüğe nazaran çok daha fazla korunma gereksinimi olan küçüğün emeği hiçe sayılmıştır. Özel Dairenin asgari çalışma yaşına ilişkin yasal düzenlemeye aykırı olarak çalıştırılan küçüklerin iş sözleşmelerinin akıbetine ilişkin verdiği bu son derece isabetsiz kararının değerlendirilmesinin 1 Temmuz 2012 tarihinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun<sup>6</sup> yürürlüğe girmiş olması sebebiyle de faydalı olacağını düşünmekteyiz. Zira, Türk Borçlar Kanunu ile iş sözleşmelerinin geçersizliği konusunda Hukukumuzda ilk defa özel yasal bir düzenlemeye yer verilmiştir ve söz konusu düzenleme -TBK m. 394/III- kaleme alınışındaki özensizlikler nedeniyle açıklanmaya muhtaçtır.

## I. İŞ HUKUKU MEVZUATINDA KÜÇÜKLERİN ÇALIŞMASINA İLİŞKİN YASAK VE SINIRLAMALAR

### 1. Uluslararası ve Bölgesel Düzenlemeler

Çocuk hakları, uluslararası ve bölgesel birçok düzenlemeye konu olmuş, bu belge ve sözleşmelerin bir bölümü ülkemiz tarafından usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuştur<sup>7</sup>. Çalışmamızın sınırlandırılması ihtiyacı gereği, tüm düzenlemeler incelenmeyecek; bu düzenlemelerden özellikle önem arz eden ve kanun çalışmalarında dikkate alınan, daha doğru bir ifadeyle alındığı belirtilen düzenlemeler üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda, Türkiye Avrupa Birliği üyesi olmamasına rağmen AB ile müzakere aşamasında olması sebebiyle bağlayıcı olmamakla birlikte önemli bir kaynak olan AB yönergesine ilişkin açıklamalara da yer verilecektir.

#### a. Birleşmiş Milletler Bildirge ve Sözleşmeleri

Çocuk haklarının var olduğunun evrensel olarak kabulünün ilk adımı olmakla birlikte bağlayıcı olmayan 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi<sup>8</sup>, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1959 tarih ve 1386 (XIV) sayılı

<sup>5</sup> Yarg. 22. HD, 21.5.2013, E. 2012/16405, K. 2013/11851, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 624-626.

<sup>6</sup> RG, 04.02.2011, 27836.

<sup>7</sup> Bu sözleşmelere ilişkin liste için bkz. <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/cgm.portal?page=cc&id=5> (Erişim tarihi: 05.12.2013).

<sup>8</sup> Tam metin için bkz. [http://www.cocukhaklari.gov.tr/tr/content/show/25/birlesmis\\_milletler\\_cocuk\\_haklari\\_bildirisi.html](http://www.cocukhaklari.gov.tr/tr/content/show/25/birlesmis_milletler_cocuk_haklari_bildirisi.html) (Erişim tarihi: 5.12.2013).



kararıyla kabul edilmiştir. Bu Bildirgenin 2. maddesine göre, çocuk özel olarak korunmalı, yasa ve gerekli kurumların yardımı ile çocuğun fiziksel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve toplumsal olarak sağlıklı normal koşullar altında özgür biçimde ve onuru zedelenmeyecek şekilde yetişmesi sağlanmalıdır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabule edilip imza, onay ve katılıma açılmış olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi<sup>9</sup> ise, devrim niteliğinde sayılabilecek bir insan hakları sözleşmesidir. Zira, 19. yüzyıldan itibaren çocuk işgücünün sınırlandırılması, temel eğitimin sağlanması, aşırı ihmal ve istismar hallerinde çocuk ve ebeveynler için finansal destek sağlanması yönündeki önlemler, ebeveynlerin haklarının ve görevlerinin tanımlanması için öngörülürken bu Sözleşme ile çocuk, yetişkin gibi hakların özerk sahibi olarak kabul edilmiştir<sup>10</sup>.

Sözleşme 49. maddeye uygun olarak 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde çekince koyarak onaylamıştır<sup>11</sup>. Sözleşme, Birleşmiş Milletlerin en geniş kapsamlı kabul gören sözleşmesidir.

Söz konusu Sözleşmeye göre, çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta ergin olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır (m. 1)

Sözleşmenin 3. maddesinde, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının<sup>12</sup> temel düşünce olduğu ifade

<sup>9</sup> Tam metin için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf> (Erişim tarihi: 5.12.2013).

<sup>10</sup> Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Bakırcı**, Kadriye: **Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması**, İstanbul 2004, 90-91.

<sup>11</sup> 4058 sayılı Onay Kanunu, RG,11.12.1994 gün, 22138. Türkiye'nin koyduğu çekince şu şekildedir: "Türkiye Cumhuriyeti, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 17., 29. Ve 30. Maddeler hükümlerini TC Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama ve uygulama hakkını saklı tutmaktadır."

<sup>12</sup> Çocuğun yararı, kavram olarak uluslararası belgelerde ve iç hukukta yerini almış olmasına rağmen tanımlanmamıştır. Bu bilinçli bir tercihtir. Zira, çocuğun yararı onun yaşı, yaşadığı çevre ve bulunduğu sosyal şartlara göre değişebilen, göreceli ve varsayım dayalı bir kavramdır. Somut olay esas alınarak yapılacak her tespiti hukukçuların genel hukuk bilgisini aşan pedagojik, psikolojik, sosyolojik, tıbbi bilgileri gerekli kılmaktadır, **Elçin Grassinger**, E. Gülçin: "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. 1, İstanbul 2010, 823-846, 825. Yargıtay kararlarında çocuğun yararı kavramı tanımlanmamakla birlikte "çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesi" üzerinde durularak çocuğun yararının kapsamı belirlenmektedir. Konu hakkında bazı kararlar için bkz. Yarg. HGK, 22.12.2010 E. 2010/2-649, K. 2010/683; Yarg. 2. HD, 27.03.2003, E. 2003/3165, K. 2003/4303; Yarg. 2. HD, 21.6.1983, E. 1983/4328, K. 1983/5655; Yarg. 2. HD, 30.3.2010, E. 2009/2449, K. 2010/6073; Yarg. 2. HD, 06.06.2011, E. 2010/9148, K. 2011/9892; Yarg. HGK, 05.06.2002, E. 2002/2-451, K. 2002/466; Yarg. 2. HD, 11.11.2004, E. 2004/12100, K. 2004/13459 (Kazancı İçtihat Bankası).

edilmiştir. Çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesi bu madde dışında sözleşmenin tüm maddelerinde etkisini ve izini göstermektedir<sup>13</sup>.

Sözleşmeye göre, taraf devletler, çocuğun ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler (m. 32/I). Görüldüğü gibi, çocuğun korunması Sözleşmede temel hak olarak öngörülmüştür ve hakkın sujesi çocuktur. Ayrıca taraf devletlerin bu korumanın uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi alması gerektiği belirtilirken, bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak, taraf devletlerin özellikle şu önlemleri alması gerektiği ifade edilmiştir (m. 32/II):

(i) İşe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit etmek;

(ii) Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yapmak;

(iii) Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörmek.

Sözleşmenin denetim mekanizması olan Çocuk Hakları Komitesinin Yorum kararına göre, asgari çalışma yaşının belirlenmesi konusunda çocuğun yaşama ve gelişme hakkı (m. 6) ile çocuğun yeteneklerine saygı (m. 5) önemli kriterlerdir. Ayrıca, asgari çalışma yaşının zorunlu eğitim ile tutarlı olarak tespiti gerekir. Yine, asgari çalışma yaşı Sözleşmenin temel ilkesi olan çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesine uygun ve ayırimcılık yasağını ihlal etmeyecek şekilde belirlenmiş olmalıdır. Bunun yanı sıra, taraf devletler, zararlı çalışma biçimlerini belirlemeli ve yasaklamalıdır<sup>14</sup>. Yorum kararına göre, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin gereği olarak, taraf devletler çocuğu doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren hiçbir konuda keyfi ölçüt kullanamayacak, çocuğun üstün yararını gözeteceklerdir<sup>15</sup>. Bu kapsamda yasama, yürütme ve yargı çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesi ile bağlıdır.

Birleşmiş Milletlerin Kölelik, Kölelik Ticareti ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Ortadan Kaldırılması Ek Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi gibi sözleşmelerinde de çocuk işçiliğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> *Elçin Grassinger*, Çocuğun Menfaati, 824.

<sup>14</sup> Çocuk Hakları Komitesinin 27 Kasım 2003 tarihli 5 numaralı Yorum Kararı, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/14/PDF/G0345514.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 5.12.2013); *Kılıç*, Şebnem: **Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçinin Hakları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), 26.

<sup>15</sup> Çocuk Hakları Komitesinin 27 Kasım 2003 tarihli 5 numaralı Yorum Kararı, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/14/PDF/G0345514.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 5.12.2013)

<sup>16</sup> Sözleşmeler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Bakırcı*, 89 vd.; *Kılıç*, 31 vd.

## **b. Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri ve Tavsiye Kararları**

Uluslararası Çalışma Örgütü, çalışma hayatında küçüklerin korunmasına ilişkin birçok karar ve sözleşme kabul etmiştir. Türkiye tarafından usulüne göre onaylanan UÇÖ sözleşmeleri, 1959 tarihinde onaylanan 15 sayılı Trimci ve Ateşçi Sıfatıyla Gemilerde İşe Alınacakların Asgari Yaş Haddinin Tespiti Hakkında Sözleşme, 1937 tarihinde onaylanan 45 sayılı Kadınların Yer Altı Çalışması Sözleşmesi, 1959 tarihinde onaylanan 58 sayılı Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tesbiti Hakkında Sözleşme, 1992 tarihinde onaylanan 59 sayılı Sanaayi İşyerlerine Alınacak Çocukların Asgari Yaş Sınırını Belirleyen Sözleşme, 1983 tarihinde onaylanan 77 sayılı Çocukların ve Gençlerin İşe Elverişlilikleri Yönünden Sağlık Muayenesine Tabi Tutulmaları Hakkında Sözleşme, 1968 tarihinde onaylanan 115 sayılı Çalışanların İonize Radyasyondan Korunması Hakkında Sözleşme, 1991 tarihinde onaylanan 123 sayılı Yeraltı Madenlerinde İşe Alınmada Asgari Yaş Hakkında Sözleşme, 1972 tarihinde onaylanan 127 sayılı Tek Kişinin Kaldırabileceği En Fazla Yük Sözleşmesi, 1998 tarihinde onaylanan 138 sayılı İstihdamda Asgari Yaş Sözleşmesi, 2001 yılında onaylanan 182 sayılı Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerinin Önlenmesine İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesidir.

6 Haziran 1973 kabul tarihli 138 sayılı İstihdamda Asgari Yaş Sözleşmesinde çocuk işçiliğinin tamamen ortadan kaldırılması ve asgari çalışma yaşının yükseltilmesi amaçları açıkça belirtilmektedir. Tüm sektörleri kapsayıcı düzenlemelere yer veren bu Sözleşmede, çalışma yaşı zorunlu eğitimin tamamlandığı yaştır; ancak her halükarda 15 yaştan az olamaz (m. 2/III). Sözleşme, asgari çalışma yaşından farklı olarak tehlikeli işlerde çalışma yaşını 18'e çekmiştir. Ayrıca, sağlık ve gelişimlerine zarar vermeyecek ve okula devamlarına, yetkili makamca onaylanmış meslekî oryantasyon ve eğitim programlarına katılmalarını veya eğitimle ilgili olarak verilen bilgilerden yararlanmalarını engellemeyecek işler olarak tasvir ettiği hafif işler bakımından ulusal mevzuat ile 13 ila 15 yaşındaki kişilerin çalışmasına izin verilebileceğini belirtmiştir (m. 7/I).

1 Haziran 1999 kabul tarihli 182 sayılı Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerinin Önlenmesine İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi ise, 138 sayılı Sözleşmeden farklı olarak çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması değil, en kötü biçimlerinin önlenmesi amacını taşımakta olup devletlere alınması gereken önlemleri program hükümler şeklinde göstermektedir. Bu Sözleşmede çocuk işçiliğinin en kötü biçimleri; çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askeri çatışmalar, çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburi çalıştırılmaları gibi kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerini; çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını, bunlar için teda-

rikini ya da sunumunu ve doğası ve gerçekleştirdiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işleri kapsar. Her ne kadar 138 sayılı Sözleşme ile 182 sayılı Sözleşme arasında yaklaşım farkı olsa da her iki sözleşme de UÇÖ'nün temel sözleşmeleri olarak kabul edilmekte ve birbirlerini tamamlamaktadır<sup>17</sup>. Ancak, 182 sayılı Sözleşme asgari çalışma yaşına ilişkin istisna içermemesi sebebiyle 138 sayılı Sözleşmeden bir adım ileridir<sup>18</sup>.

### c. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyi tarafından 18 Ekim 1961 tarihinde kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı, 26 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 1989 yılında onayladığı Şartın bazı hükümlerine çekince koymuştur. Konulan çekinceler arasında “Çocukların ve Gençlerin Korunması Hakkı”na ilişkin 7. maddenin bazı fıkraları da yer almaktadır. Avrupa Sosyal Şartı yerine 1996 tarihinde imzalanan ve 1999 yılında yürürlüğe giren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartındaki eksikliklerin giderilmesi ve sosyal hakların kapsamının genişletilmesi amaçlanmıştır. Türkiye tarafından 27 Eylül 2006 tarihinde 5547 sayılı Kanun<sup>19</sup> ile onaylanan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına da Türkiye bazı çekinceler koymakla birlikte, çocuk ve gençlerin korunmasına ilişkin ve 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartındaki düzenlemeye benzer bir düzenleme olan 7. maddeye çekince koymamıştır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 7. maddesine göre, “*Taraf devletler çocukların ve gençlerin korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;*

1. *Çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı belirlenen hafif işlerde çalıştırılmaları durumu dışında asgari çalışma yaşınının 15 olmasını sağlamayı;*
2. *Tehlikeli veya sağlığa zararlı olduğu öngörülen işlerde, asgari çalışma yaşınının 18 olmasını sağlamayı;*
3. *Henüz zorunlu eğitim çağında olanların, eğitimlerinden tam anlamıyla yararlanmalarını engelleyecek işlerde çalıştırılmamalarını sağlamayı;*
4. *18 yaşından küçüklerin çalışma sürelerinin, gelişmeleri ve öncelikle de mesleki eğitim gereksinimleri uyarınca sınırlandırılmasını sağlamayı;*
5. *Çalışan gençlerin ve çırakların adil bir ücret ve diğer uygun ödemelerden yararlanma hakkını tanımayı;*

<sup>17</sup> *Centel*, Tankut: “182 sayılı ILO Sözleşmesi'nin Türk Çalışma Yaşamına Etkisi”, *TÜHİS* 2002, 10-17, 11; *Kılıç*, 45.

<sup>18</sup> *Bakırca*, 227, dn. 29; *Ertan*, İ. Mert: “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku ve Türk Hukukunda Asgari Çıraklık Yaşı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2008/2, 173-198, 183.

<sup>19</sup> RG, 03.10.2006, 26308.

6. Gençlerin, işverenlerin izniyle normal çalışma saatlerinde mesleki eğitimde geçirdikleri sürenin, günlük çalışma süresinden sayılmasını sağlamayı;

7. 18 yaşın altındaki çalışanlara yılda en az dört haftalık ücretli izin hakkını tanımayı;

8. 18 yaşın altındaki kişilerin, ulusal yasalar ve yönetmeliklerle belirlenen işler dışında gece işinde çalıştırılmamalarını sağlamayı;

9. Ulusal yasalar veya yönetmeliklerle belirlenen işlerde çalışan 18 yaşın altındaki kişilere düzenli sağlık kontrolü yapılmasını sağlamayı;

10. Çocukların ve gençlerin özellikle doğrudan veya dolaylı olarak işlerinden doğan tehlikeler başta olmak üzere, uğradıkları bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel olarak korunmalarını sağlamayı taahhüt ederler.”

#### d. Avrupa Birliği Direktifi

Avrupa Birliği ile üyelik sürecinde olan Türkiye, Avrupa Birliği İlerleme Raporlarında 1998 yılından bu yana çocuk işçiliği konusunda sık sık eleştirilmektedir. 2013 yılı Raporunda da çocuk hakları konusunda ve bu kapsamda çocuk işçiliği ile mücadelede Türkiye'nin daha fazla çaba sarf etmesi gerektiği belirtilmiştir. Diğer taraftan Çocuk Hakları Sözleşmesinin İhtiyari Protokolünün imzalanmış olması olumlu olarak değerlendirilmiştir<sup>20</sup>.

Avrupa Birliği'nin 2 Haziran 1994 tarih ve 94/33 sayılı İşte Gençlerin Korunmasına İlişkin Direktifine<sup>21</sup> göre, çocuk 15 yaşın altında ya da zorunlu eğitime devam etmekte olan kişidir (m. 3/b). Genç ise, 18 yaşın altındaki herkesi kapsar (m. 3/a) ve bu Direktif iş sözleşmesi veya iş ilişkisinin tarafı olan gençlere uygulanır (m. 2/I). Direktifte çocuk işçi tanımlanmamakta, çocukların çalıştırılması yasaklanmaktadır. Buna göre, 15 yaşın üstünde ve zorunlu eğitimi tamamlayan kişiler, çocuk değildir ve Direktifte ergen olarak tanımlanmıştır (m. 3/c). Görüldüğü gibi, Direktif kapsamında genç, iki gruptan oluşur: çocuk ve ergen. Bu gruplardan çocukların çalıştırılması yasak iken ergenlerin çalışma koşullarının düzenlenmesinde Direktif üye ülkelere yükümlülükler yüklemekte ve ergenlerin korunmasını hedeflemektedir. Bu kapsamda iç hukuktaki düzenlemelerin söz konusu Direktife göre yorumlanması gerekmektedir<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Avrupa Birliği Türkiye 2013 İlerleme Raporu için bkz. [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2013/package/tr\\_rapport\\_2013.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/tr_rapport_2013.pdf) (Erişim tarihi: 6.12.2013), 13, 14, 39, 40, 48, 57, 64.

<sup>21</sup> Tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994L0033:en:HTML> (Erişim tarihi: 5.12.2013). Direktif ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. **Blanpain**, Roger: **European Labour Law**, Lahey 2003, 367 vd.; **Barnard**, Catherine: **EC Employment Law**, Newyork 2000, 421 vd.

<sup>22</sup> **Barnard**, 421-422.

## 2. Hukukumuzdaki Düzenlemeler

### a. Anayasa

Anayasanın Başlangıç Kısmında “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” belirtilmiştir.

Anayasanın 50. maddesine göre “*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler, kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.*”. Görüldüğü gibi, küçüklerin çalışma şartları bakımından korunması anayasal bir ödevdir.

12 Eylül 2010 tarihinde halk oylamasına sunularak kabul edilen 5982 sayılı Kanun<sup>23</sup> ile Anayasanın 10. maddesine ve 41. maddesine çocuklara ilişkin düzenlemeler eklenmiştir. “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddeye eklenen fıkraya göre “*çocuklar... için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*”. Anayasanın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddesine eklenen fıkraya göre “*Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.*”.

Ayrıca küçükleri ilgilendiren bir diğer önemli Anayasa maddesi, 42. madde-  
dir. “Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevler” başlığı altında eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi düzenlenmiştir. Buna göre, “*Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz (f. I). İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur (f. V)*”.

Bu hükümler uyarınca, devlet küçüklerin insan onuruna yakışır bir hayat sürmelerinin sağlanması, eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılmaması ve istismara maruz kalmamalarını sağlayarak çalışma hayatında küçüklerin özel olarak korunmasını sağlama ödevi altındadır. Bu konuda gerekli tedbirleri alması anayasal bir yükümlülüktür.

### b. Kanunlardaki Düzenlemeler

Anayasanın bahsedilen maddelerinin gereği olarak, birçok kanunda küçük işçileri koruyucu düzenlemelerle sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Bu konuda 4857 sayılı İş Kanunu<sup>24</sup>, bu Kanunun yürürlükten kaldırdığı 1475 sayılı İş Kanunu<sup>25</sup>, 854 sayılı Deniz İş Kanunu<sup>26</sup>, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu<sup>27</sup> gibi kanunlarda çeşitli hükümlere yer verilmiştir<sup>28</sup>. Aşağıda küçüklerin çalıştırılmasına

<sup>23</sup> RG,13.05.2010, 27580.

<sup>24</sup> RG, 10.06.2003, 25134.

<sup>25</sup> RG, 01.09.1971, 13943.

<sup>26</sup> RG, 29.04.1967, 12586.

<sup>27</sup> RG, 06.05.1930, 1489

<sup>28</sup> Türkiye’de küçük işçilerin korunmasına yönelik düzenlemelerin tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Demir*, Çocukların Korunması, 554 vd.

ilişkin kanuni düzenlemeler, İş Hukuku literatüründeki genel yaklaşım çerçevesinde 4857 sayılı İş Kanununa tabi işlerde çalışıp çalışmamaya göre tasnif edilerek açıklanacaktır.

### aa. İş Kanunu Kapsamında Çalışma

İş Kanununun “Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı” başlıklı 71. maddesine göre; “Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar<sup>29</sup>, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler.

*Çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır. Çocuğun gördüğü iş onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamaz, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremez.*

*Onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile onbeş yaşını tamamlamış, ancak onsekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, ondört yaşını bitirmiş ve ilk öğretimini tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler, onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit işlerde çalıştırılabilecekleri ve çalışma koşulları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından altı ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle<sup>30</sup> belirlenir.*

<sup>29</sup> 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununda (RG, 12.01.1961, 10705) 6287 sayılı Kanun (RG, 11.04.2012, 28261) ile yapılan değişiklik sonucu ilköğretim, dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumudur (m. 7). İlköğretim, öğrenim çağında bulunan kız ve erkek çocuklar için mecburidir (m. 2). Mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter (m. 3). Söz konusu değişiklik ile mecburi eğitim yaşı 6-14 yaştan 6-13 yaşa değişmiştir. Konu hakkında haklı eleştiriler için bkz. **Öngel**, F. Serkan: “4+4+4 Çocuk İşçi Yaşını 13’e Düşürür”, **Bianet**, 09.06.2012, <http://www.bianet.org/biamag/cocuk/138949-4-4-4-cocuk-isci-yasini-13-e-dusurur> (Erişim tarihi: 12.12.2013)

<sup>30</sup> Konu hakkında Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılması Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte (RG, 06.04.2004, 25425) yapılan değişiklik ile “16 Yaşı Doldurmuş Fakat 18 Yaşını Bitirmemiş Genç İşçilerin Çalıştırılabilecekleri İşler” başlıklı Ek-3 Yönetmelik metnine eklenmiştir, RG, 21.02.2013, 28566. Buna göre söz konusu işler: 1. Toprağın pişirilmesi suretiyle imal olunan kiremit, tuğla, ateş tuğlası işleri ile boru, pota, künk ve benzeri inşaat ve mimari malzeme işleri, 2. Kurutma ve yapıştırma işleri, kontrplak, kontratabla, yonga ağaçtan mamul suni tahta ve PVC yüzey kaplamalı suni tahta imali işleri ile empenye işleri, 3. Parafinden eşya imali işleri, 4. Kuş ve hayvan tüyü kıllarının temizlenmesi, didikleme, ayrılması ve bunlara benzer işler, 5. Plastik maddelerin şekillendirilmesi ve plastik eşya imali işleri. (PVC'nin imali ve PVC'den mamül eşyaların yapımı hariç), 6. Mensucattan hazır eşya imali işleri (Perde, ev tekstili, otomobil ürünleri ve benzerleri). 7. Kağıt ve odun hamuru üretimi işleri, 8. Selüloz üretimi işleri, 9. Kağıt ve kağıt ürünlerinden yapılan her türlü eşya ve malzemenin imali işleri, 10. Zahire depolarındaki işler ile un ve çeltik fabrikalarındaki işler, 11. Her türlü mürekkep ve mürekkep ihtiva eden malzeme imali

*Temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuzbeş saatten fazla olamaz. Ancak, onbeş yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilir.*

*Okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma süreleri yukarıda birinci fıkrada öngörülen süreleri aşamaz.”.*

Madde gerekçesine göre, 1475 sayılı Kanundaki düzenlemeden farklılıklar içeren söz konusu düzenleme ile çalıştırma yaşı ve çocukların çalıştırılması yasağı bakımından madde Avrupa Birliği'nin 2 Haziran 1994 tarih ve 94/33 sayılı Direktifine uygun olarak yeniden düzenlenmiştir. Öncelikle “çocuk” ve “genç işçi” kavramları getirilmiş; 15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaklanmıştır. Ancak, istisnaen 14 yaşını doldurmuş ve ilköğretimi bitirmiş çocukların nitelikleri belirtilen hafif işlerde çalıştırılabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca maddede, çocuk ve genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işlerde esas alınacak hususlar ve bu işçilerin işyerinde çalışma süreleri okula gidip gitmediklerine göre yeniden düzenlenmiştir.

Madde metni ve gerekçesinde “çocuk işçi” ve “genç işçi” ayırımına yer verilmesine rağmen bu kavramlar tanımlanmamıştır. Bu kavramların tanımı, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte yapılmıştır. Yönetmeliğe göre çocuk işçi, 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimi tamamlamış kişi iken genç işçi, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış kişidir (m. 4). 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da “genç çalışan” tanımı yapılmıştır. Kanuna göre, 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını doldurmamış çalışan genç çalışandır (m. 3/I, e). Bilindiği gibi, bu Kanun sadece işçilere uygulanmayacak, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere kendi özel kanunlarındaki statüye bakılmaksızın kamu ve özel işyerinde istihdam edilen tüm gerçek kişilere (çalışan) uygulanacaktır. Buna göre, 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını tamamlamamış çırak ve stajyerler de 6331 sayılı Kanun kapsamında genç çalışandır.

Madde gerekçesi, maddenin Avrupa Birliği'nin 2 Haziran 1994 tarih ve 94/33 sayılı Direktifine uygun olarak tekrar düzenlendiğini belirtmesine rağmen bu saptamanın isabetli olduğunu düşünmemekteyiz. Zira yukarıda da bahsettiğimiz gibi söz konusu Direktifte çocuk işçi ve genç işçi tanımı yapılmamıştır. Direktif, çocuk ve genç tanımı yapmıştır ki bu tanımlar da kanun maddesindeki yaklaşımdan farklıdır. Çocuk, 15 yaşından küçük ya da zorunlu eğitimi devam eden kişidir. Başka bir

işleridir. Aynı Yönetmelikte yapılan bir başka değişiklik ile Yönetmeliğin 5. maddesinin 5. fıkrasına “5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarından mezun olan meslek sahibi 16 yaşını doldurmuş genç işçiler; sağlığı, güvenliği ve ahlakının tam olarak güvenceye alınması şartıyla bu Yönetmeliğin eklerinde belirtilen sınırlamalara bağlı kalmaksızın ihtisas ve mesleklerine uygun işlerde çalıştırılabilirler.” cümlesi ilave edilmiştir, RG, 25.10.2013, 28802.



ifadeyle İş Kanununun aksine 13 yaşında çalışan kişi de çocuktur. Ayrıca Direktif çocuk işçiliğini yasaklayıcı bir yaklaşım sergilemektedir.

Kanunun 72. maddesi ile maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde 18 yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaklanmıştır. Kanunun 73. maddesine göre de sanayie ait işlerde 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır.

Yönetmelikte yapılan değişiklik ile eklenen fıkraya göre, yaş kayıtlarına bağlı olarak müsaade edilen işlerden olsalar dahi bazı işlerde 18 yaşını doldurmamış işçilerin çalıştırılması yasaklanmıştır. Bunlar; hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri, alkol, sigara ve bağımlılığa yol açan maddelerin üretimi ve toptan satış işleri, parlayıcı, patlayıcı, zararlı ve tehlikeli maddelerin toptan ve perakende satış işleri ile bu gibi maddelerin imali, işlenmesi, depolanması işleri ve bu maddelere maruz kalma ihtimali bulunan her türlü işler, gürültü ve/veya vibrasyonun yüksek olduğu ortamlarda yapılan işler, aşırı sıcak ve soğuk ortamda çalışma gerektiren işler, sağlığa zararlı ve meslek hastalığına yol açan maddeler ile yapılan işler, radyoaktif maddelere ve zararlı ışınlarla maruz kalınması ihtimali olan işler, fazla dikkat isteyen ve aralıksız ayakta durmayı gerektiren işler, parça başı ve prim sistemi ile ücret ödenen işler, eğitim amaçlı işler hariç iş bitiminde evine veya ailesinin yanına dönmesine imkan sağlamayan işler, işyeri hekimi raporu ile fiziki ve psikolojik yeterliliklerinin üzerinde olan işler, eğitim, deney eksikliği, güvenlik konusunda dikkat eksikliği getirme ihtimali olan işler, para taşıma ve tahsilat işleri ile 4857 sayılı İş Kanununun 69. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işlerdir (m. 5/son). Buna göre, 18 yaşından küçükleri sanayie ait işlerde gece çalıştırma yasağı kanun ile öngörülmüş iken sanayie ait olmayan işlerde gece çalıştırma yasağı Yönetmelik ile düzenlenmiştir<sup>31</sup>. Bu düzenlemenin başta 138 sayılı UÇÖ Sözleşmesi olmak üzere uluslararası sözleşmelere uygun olduğu savunulabilir. Ancak yasağın tehlikeli işler bakımından sadece gece çalışma için değil, gündüz çalışmayı da kapsayacak şekilde kapsamının genişletilmesi gerekir. Her ne kadar Yönetmelikte bazı tehlikeli işler bakımından genel olarak 18 yaşından küçükleri çalıştırma yasağına yer verilse de konunun düzenleniş tarzı iki yönden eleştiriye açıktır. Öncelikle, bu yasağa ilişkin işlerin sınırlı sayıda sayılma yöntemi ile belirtilmesi isabetsizdir. Zira, bu sayılanlar dışında tehlikeli işlerin mevcudiyeti de söz konusu olabilir. Ayrıca, böyle önemli bir yasağın yeri Yönetmelik değil, Kanundur.

İş Kanununda yıllık izin hakkı bakımından da küçük işçileri koruyucu düzenlemeler öngörülmüştür. Kanunun m. 53/V hükmünde, kıdemine bakılmaksızın

<sup>31</sup> *Akm*, Yönetmelikte yapılan bu değişiklik öncesinde 16 yaşından küçüklerin sanayie ait olmayan işlerde de gece çalıştırılmayacağına savunmuştur. Yazar, İş Kanununda boşluk olduğundan yola çıkarak Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 174 hükmünün uygulanması gerektiği görüşündedir. Buna göre, İş Kanunu kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın 16 ila 18 yaşındaki küçüklerin sanayie ait olmayan işlerde gece çalıştırılabileceğine ilişkin görüşü için bkz. *Akm*, Working Conditions, 58.

yaşı 18 ve daha küçük olan işçilere verilecek yıllık izin süresinin 20 günden az olamayacağı hükme bağlanmıştır<sup>32</sup>. Oysa yıllık izin süresi kural olarak kıdemi bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlar için on dört günden az olamaz (m. 53/IV). İş Kanunu m. 71 hükmüne göre çıkarılan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te<sup>33</sup> de, çocuk ve genç işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresinin 20 günden az olamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu Yönetmeliğe göre yıllık ücretli iznin kesintisiz kullanılması esas iken ancak yararı olduğu durumlarda çocuk ve genç işçinin isteği üzerine en fazla ikiye bölünerek kullanılması mümkündür (m. 10/I). Okula veya eğitime devam eden çocuk ve genç işçilere yıllık ücretli izinleri okulların tatil olduğu, kursa ve diğer eğitim programlarına devam edilmediği dönemlerde verilir (m. 10/II)<sup>34</sup>.

## ab. İş Kanunu Kapsamı Dışında Çalışma

### (1) Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışma

854 sayılı Deniz İş Kanunu, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir iş sözleşmesi ile çalışan gemiadamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanmaktadır. Bir iş sözleşmesine dayanılarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere "gemiadamı" denir (m. 2/I, B)<sup>35</sup>. Kanunda küçüklerin çalışmasına ilişkin özel hükümler yer almamaktadır. Ancak gemiadamı olma koşulları arasında yeterlik dereceleri için yaş koşulu öngörülmüştür (Gemiadamları Yönetmeliği<sup>36</sup> m. 50/I, b).

Güverte sınıfı gemiadamı yeterliklerini sağlamak için tayfalardan gemici olmak için müracaat edenler 16 yaşını bitirmek, en az ilköğretim okulu mezunu olmak, usta gemici olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmek, en az ilköğretim okulu mezunu olmak; güverte lostromosu olmak için müracaat edenlerden sınırlı Vardiya Zabiti; yakın kıyusal sefer bölgesinde sefer yapan 500 GT'den daha küçük gemilerde sınırlı vardiya zabiti olmak için müracaat edenler 18 yaşını bitirmiş olmak; sınırlı kaptan, yakın kıyusal sefer bölgesinde sefer yapan 500 GT'den küçük gemilerde sınırlı kaptan olmak için müracaat edenlerden 20 yaşını bitirmiş olmak; vardiya zabiti 500-3000 GT arası gemilerde vardiya zabiti olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmiş olmak; uzakyol vardiya zabiti 3000 GT ve daha büyük gemilerde uzakyol vardiya zabiti olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmiş olmak gerekir (Yönetmelik m. 8).

<sup>32</sup> *Demir*, Çocukların Korunması, 572.

<sup>33</sup> RG, 06.04.2004, 25425.

<sup>34</sup> Konu hakkında bkz. *Tuğ*, Adnan/*Baysal*, Ulaş: "İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, C. 2, İstanbul 2011, 1869-1880, 1876-1877.

<sup>35</sup> Konu hakkında bkz. *Kar*, Bektaş: *Deniz İş Hukuku*, Ankara 2012, 75 vd.

<sup>36</sup> RG, 31.07.2002, 24832.

Makine sınıfı gemiadamı yeterliklerini sağlamak için Tayfalar yağcı olmak için müracaat edenlerden 16 yaşını bitirmek, usta makina tayfası olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmek, elektro-teknik tayfası olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmek; Başmühendis/Başmakineistler ve Makine Zabıtları Sınırlı Makine Zabiti 750 kW'den daha küçük ana makine ile yürütülen ve yakın kıyısız sefer yapan gemilerde sınırlı makine zabiti olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmek, Sınırlı Başmakineist 750 kW'den daha küçük ana makine ile yürütülen ve yakın kıyısız sefer yapan gemilerde sınırlı başmakineist olmak için müracaat edenlerden 20 yaşını bitirmek, Makine Zabiti 750-3000 kW arası ana makine ile yürütülen gemilerde makine zabiti olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmiş olmak, Uzakyol Vardiya Mühendisi/Makinisti 3000 kW'den büyük ana makine ile yürütülen gemilerde uzakyol vardiya mühendisi/makinisti olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmek gerekir (Yönetmelik m. 9).

Yardımcı sınıf gemiadamları yeterliklerini sağlamak için elektrikçi ve elektronikçinin 18 yaşını bitirmiş olması; Elektro-teknik zabiti 750 kW ve üstü ana makine ile yürütülen gemilerde elektro-teknik zabiti olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmiş olması; güverte ve makine stajyerinin 16 yaşını bitirmiş olması; kamarotun 16 yaşını tamamlamış olması; aşçının 18 yaşını tamamlamış olması gerekir (Yönetmelik m. 10).

Yat sınıfı gemiadamları yeterliklerini sağlamak için Yat Kaptanı (499 GT) en yakın karadan 200 milden daha fazla uzaklaşmadan, 499 GT ve daha küçük özel ve ticari yatlarda Yat Sınıfı gemiadamı olmak için müracaat edenlerden 21 yaşını bitirmiş olmak; Yat Kaptanı (2999 GT) 500-2999 GT arasındaki özel ve ticari yatlarda kaptan olmak için müracaat edenlerden 23 yaşını bitirmiş olmak gerekir (Yönetmelik m. 11).

Balıkçı sınıfı gemiadamları yeterliklerini sağlamak için Balıkçı Gemisi Kaptanı; balıkçı gemisi kaptanı olmak için müracaat edenler 18 yaşını bitirmiş olmak; açık deniz balıkçı gemisi kaptanı olmak için müracaat edenler 20 yaşını bitirmiş olmak gerekir (Yönetmelik m. 12). Can kurtarma araçlarını kullanma yeterliği belgesi 18 yaşından küçük olmayan gemiadamlarına düzenlenebilir (Yönetmelik m. 19).

Ayrıca yaş konusunda Deniz İş Kanununda açık bir düzenleme yer alamamakla birlikte 6. maddede trimciler ve ateşçiler ile yapılacak iş sözleşmelerinde 25.05.1959 gün ve 7292 sayılı Kanunla onanan sözleşmenin özetinin yer alması gerektiğini düzenlemiştir. Bu Sözleşme, 1921 kabul tarihli 15 sayılı UÇÖ sözleşmesi olup söz konusu Sözleşmeye göre asgari çalışma yaşı 18'dir. Ancak 138 sayılı Sözleşmenin yükümlülüklerinin kabulü, yürürlüğe girmesi halinde ve yürürlüğü girdiği tarihte 15 sayılı UÇÖ sözleşmesinin yürürlükten kalkması gerektirir (138 sayılı Sözleşme m. 10/son). Deniz işleri, doğası veya yapıldığı koşullar bakımından genç kişilerin sağlığını tehlikeye düşürebilecek nitelikte olması sebebiyle tehlikeli

işlere girer (138 sayılı Sözleşme m. 3/I) ve bu işler bakımından asgari çalışma yaşı 18'dir<sup>37</sup>.

Belirtelim ki, 138 sayılı Sözleşme tehlikeli işler bakımından yaş sınırına ilişkin bir istisna getirmiştir. Sözleşmeye göre, ulusal mevzuat ile genç kişilerin sağlığı, güvenliğinin ve ahlakının tam olarak güvenceye alınması ve genç kişilerin ilgili faaliyet dalında yeterli özel öğrenim veya mesleki eğitim görmeleri koşuluyla 16 yaşından itibaren istihdamlarına veya çalışmalarına izin verilebilir (m.3/III).

Yönetmelikte de gemiadamlarının 16 yaşını tamamlaması yeterlik belgelerini almak için yaş koşulunu sağlamak bakımından yeterlidir. Ancak yaş koşulu yanında zorunlu eğitimi tamamlamak ile mesleki eğitim konusunda da belirli koşullar öngörülmüştür. Bu kapsamda söz konusu düzenlemelerin 138 sayılı UÇÖ Sözleşmesine uygun olduğu savunulabilir<sup>38</sup>.

Yıllık izin konusunda Deniz İş Kanununda küçük çalışanlar için özel düzenleme yer almamaktadır. Kanuna göre, izin süresi altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan gemiadamları için 15 günden ve bir yıl ve daha fazla hizmeti olanlar için yılda bir aydan az olamaz. Söz konusu düzenleme genel kanun olan Türk Borçlar Kanununun 422. maddesindeki düzenleme bakımından küçük işçinin daha lehine olduğu için yıllık izin konusunda DİK hükmü uygulanacaktır.

### (2) *Basın İş Kanunu Kapsamında Çalışma*

Basın İş Kanununda<sup>39</sup> küçüklerin çalışmasına ilişkin özel düzenleme bulunmadığından genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu uygulama bulacaktır.

Ancak belirtelim ki, Basın İş Kanununda öngörülen yıllık izin hakkı, küçük işçiler dahil bu kanun kapsamındaki tüm işçilere (gazeteci) uygulanacaktır. Buna göre, günlük mevcutelerde çalışan küçük gazetecilere en az bir yıl çalışmış olmak koşuluyla yılda dört hafta tam ücretli izin verilirken günlük olmayan mevcutelerde çalışan küçük gazetecilere de her altı aylık çalışma devresi için iki hafta ücretli izin verilir (m. 21/II).

### (3) *Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Çalışma*

İş Kanunu m. 4 hükmünde sayılmak suretiyle bu Kanunun kapsamı dışında kalan işlere, bu işlerin Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununun da kapsamına

<sup>37</sup> Ayrıca bkz. *Bakırçı*, 229; *Bayram*, Fuat: "AB İlerleme Raporundaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2007/13, 51-96, 71; *Kılıç*, 95; *Kar*, 125.

<sup>38</sup> Yönetmeliğin 23.08.2012 tarih ve 28390 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik ile değiştirilmeden önceki haline ilişkin benzer değerlendirmeler için *Bakırçı*, 230; *Bayram*, AB İlerleme Raporu, 72-73.

<sup>39</sup> Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, 20.06.1952, 8140.

girmemeleri durumunda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Bu kapsamda çalışan küçük işçiler bakımından da Türk Borçlar Kanunu uygulama alanı bulacaktır. Yine, Basın İş Kanununda küçük işçilerin çalışması konusunda boşluk bulunduğu için Basın İş Kanunu kapsamına giren işlerde çalışan küçük işçiler bakımından Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Ancak, Türk Borçlar Kanununda da küçüklerin çalışmasına ilişkin çok sayıda özel düzenlemenin olduğu söylenemez.

Bu konuda tek özel düzenleme, TBK m. 422 hükmüdür. Bu maddeye göre, işveren 18 yaşından küçük işçilere en az üç hafta yıllık izin vermekle yükümlü kılınmıştır.

Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işlerde çalışan küçükler hakkında 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu uygulama bulacaktır<sup>40</sup>. Bu Kanuna göre, 12 yaşından aşağı bütün çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çırak olarak istihdamı yasaktır. 12 yaş ile 16 arasında bulunan kız ve erkek çocuklar günde azami sekiz saatten fazla çalıştırılmaz (m. 173). 12 yaş ile 16 yaş arasında bulunan çocukların saat yirmiden sonra gece çalışmaları yasaktır (m. 174). Mahallî belediyelerince bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda on sekiz yaşından aşağı çocukların istihdamı menolunur (m. 176)<sup>41</sup>.

Görüldüğü gibi, Umumi Hıfzısıhha Kanununda asgari çalışma yaşı 12 olarak öngörülmüştür. Ancak, bu mutlak bir kural değildir. Kanunla, ilköğretim çağına olup mecburi ilköğretim kurumlarına devam etmeyenlerin ücretli veya ücretsiz çalışması yasaklanmıştır (m. 59/I). 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununa göre, mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter. İlköğretim, dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumudur.

İlköğretim kurumlarına devam eden küçüklerin ise ancak çalıştırılmasını düzenleyen kanun hükümlerinin uygulanması koşuluyla ve ders zamanları dışında ça-

<sup>40</sup> Benzer yönde *Demir*, Çocukların Korunması, 565; *Bakırcı*, 229; *Centel*, Tankut: **Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği**, İstanbul 1982, 137; *Kılıç*, 97.

<sup>41</sup> Yasağın maddede sayılı yerler ile sınırlı olmadığı, genel olarak eğlence işyerlerini kapsadığı kabul edilmelidir. *Centel*, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, 140; *Engin*, Murat: "Gençlerin İş Güvenliği", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1994, 16-17; *Tuğ/Baysal*, Çocuk ve Genç İşçi, 1877; *Seçer*, Öz: "Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2010/28, 1425-1453, 1438. Ayrıca daha sonra kabul edilen Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun (2559 sayılı Kanun, RG, 14.07.1934, 2751) 4771 sayılı Kanun (RG, 09.08.2002, 24841) ile değiştirilen m. 12/I hükmüne göre, kanuni istisnalar saklı kalmak üzere eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde onsekiz yaşından küçükler çalıştırılmaz.

lıştırılması mümkündür (m. 59/II). Bu çalışmanın uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler uyarınca ancak küçüklerin öğrenim haklarından tam olarak yararlanmalarına engel olmayacak hafif işlerle sınırlı olduğu savunulmuştur<sup>42</sup>.

Belirtelim ki, Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 179/son hükmüne göre 12'den 16 yaşına kadar çocukların istihdamı memnu olan sıhhate mugayir ve muhataralı işlerin neden ibaret olduğu iş kanununda tasrih edilecektir. Bu madde uyarınca bu Kanunun uygulandığı Türk Borçlar Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamına giren işler bakımından da dolaylı olarak İş Kanunu hükümlerinin uygulama bulacağını savunmak yanlış olmaz. 1930 tarihli Umumi Hıfzısıhha Kanununun zaman içinde birçok değişikliklere uğramasına rağmen ilginçtir ki küçüklerin çalışmasına ilişkin hükümler (günümüz itibariyle) 84 yıldır değişmeden aynı şekilde kalmıştır. Bu durumun küçüğün yararı ilkesinin gerektirdiği korumayı sağlayamadığı bir gerçektir. Bu kanundaki düzenlemeler uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu gibi İş Kanunu ile de uyumsuzluk içindedir<sup>43</sup>. 16 yaşından büyük çocukların istihdamı memnu olan sıhhate mugayir ve muhataralı işlerin neden ibaret olduğunun tespitinde İş Kanununun uygulama bulamayacak olması da kanunların kapsamına giren küçükler bakımından farklı esasların uygulanması anlamına gelmektedir ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu sebeplerle, mevzuatta değişiklik yapılması bir gerekliliktir.

### 3. Değerlendirme

Türk Hukukunda küçüklerin çalışmasına ilişkin asgari çalışma yaşı ve çalışma koşullarına ilişkin olarak farklı kanunlarda farklı düzenlemeler yer almakta ve bu düzenlemeler farklı esasları benimsemektedir. İş Kanununda asgari çalışma yaşı kural olarak 15, istisnaen 14 yaş olarak öngörülürken, Deniz İş Kanununda çalışılan işe göre 16 veya 18 yaş kabul edilmekte, Basın İş Kanununa ve Türk Borçlar Kanununa tabi olarak çalışan küçükler bakımından Umumi Hıfzısıhha Kanununun uygulaması gereği kural olarak 12 yaş benimsenmektedir. Bu farklılıkların yapılan işin niteliğinden kaynaklandığını savunmak mümkün olmadığı gibi, öngörülen esasların Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun olduğunu savunmak da mümkün değildir<sup>44</sup>.

Söz konusu uluslararası sözleşmelerde ve konu ile ilgili AB Direktifinde asgari çalışma yaşı kural olarak 15 olarak kabul edilirken bu koşulun yanında zorunlu ilköğretim eğitiminin tamamlanması koşuluna da yer verilmiştir. İş Kanununda 14

<sup>42</sup> *Bakırcı*, 258-259.

<sup>43</sup> Benzer yönde *Tuğ/Baysal*, Çocuk ve Genç İşçi, 1871; *Ertan*, Asgari Çıracılık Yaşı, 193.

<sup>44</sup> *Bakırcı*, 81-85; *Urbanoğlu Cengiz*, İhtar: "4857 sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ocak-Şubat 2012, Y. 24, S. 98, 203-230, 206, dn. 9.

ila 15 yaşındaki çocuk işçiler bakımından öngörülen ilköğretimi tamamlama koşulunun 15 ila 18 yaşındaki genç işçiler bakımından aranmaması isabetli değildir. Basın İş Kanununa ve Türk Borçlar Kanununa tabi olarak çalışan küçükler bakımından Umumi Hıfzısıhha Kanununa göre ilköğretim çağında olup okula gitmeyenler bakımından öngörülen çalışma yasağına rağmen, okula gidenlerin çalışmasına izin verilmesi isabetli değildir. Zira, bahsedilen kişiler ilköğretimi tamamlama yaşından küçük olabilmektedir ve bunların çalıştırılması uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle aykırıdır. Bu yüzden Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 179/son hükmünde İş Kanununa yapılan atıftan hareketle asgari çalışma yaşına ilişkin olarak da İş Kanunundaki esasların benimsenmesi düşünülebilir. Başka bir ifadeyle, 12'den 16 yaşına kadar küçüklerin istihdamı memnu olan sıhate muğayir ve muharatalı işlerin neden ibaret olduğunun belirlenmesinde İş Kanunu esas alınacağından İş Kanunu ile öngörülen asgari yaş sınırı da bu bağlamda düşünülerek TBK ve Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından da uygulanmalıdır. Zira, kural olarak 15 yaşından önce çalışmanın da küçüğün sağlığına aykırı olduğu kabul edilmelidir.

Belirtelim ki, özellikle küçük işçilerin ağırlıklı olarak çalıştırıldıkları işlerin İş Kanunu kapsamı dışında kalan işler olması sebebiyle kanuni düzenlemeler arasında yaratılan farklılık küçüğün üstün yararının gözetilmesi ilkesine aykırı olduğu gibi eşitlik ilkesine de aykırıdır. Mesela mevzuata göre 50 ve daha az işçi çalıştıran tarım işyerleri ve işletmelerinde TBK uygulanır (İş K. m. 4/I, b). 51 işçi çalıştıran bir tarım işyerinde İş Kanunu uygulanırken 50 işçi çalıştıran bir tarım işyerinde Türk Borçlar Kanununun uygulanması ve bu kapsamda küçüklerin çalıştırılması bakımından farklı asgari çalışma yaşının ve esasların benimsenmesi makul müdür ya da küçüklerin korunması bakımından yaratılan bu farklılık ölçülü müdür? Yine, 51 işçi çalıştıran tarım işyerinde 17 yaşındaki işçi küçüklere yönelik korumadan yararlanırken aynı yaştaki işçinin 50 işçi çalıştıran tarım işyerinde yetişkin olarak kabulü isabetli midir? Bu soruların olumlu cevaplanması kanaatimizce mümkün değildir.

Yine, mevzuata göre bir ailenin üyeleri ve üçüncü dereceye kadar (dahil) hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde çalışanlar TBK kapsamındadır (İş K. m. 4/I, d). Bu durumda evde el sanatlarında iki kardeşi ile çalışan küçük TBK kapsamında iken iki kuzeni ile birlikte çalışan küçüğün İş Kanunu kapsamında olması söz konusu olacaktır.

Küçüklerin farklı kanunlara tabi olmaları sebebiyle farklı korumaya tabi tutulması son derece sakıncalıdır. İş Kanunu kapsamı dışındaki işlerin küçüklerin ağırlıklı olarak çalıştırıldığı alanlar olması küçük işçilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin kapsamının sınırlı kalması sebebiyle küçüklerin korunması bakımından olması gerekenin gerisinde bir güvence sağlamaktadır. İstatistikler, vahameti ortaya koymaktadır. Türkiye'de TÜİK tarafından yapılan anket çalışmalarının sonuçlarına

göre, tarımda istihdam edilen çocuklar, çalışan çocukların en geniş kitlesini oluşturmaktadır. TÜİK (2006) verilerine göre, çalışan çocukların % 41'i tarım işçisi (392 bin kişi), % 43,7'si ücretsiz aile işçisi olarak çalışmaktadır<sup>45</sup>.

Kanaatimizce uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin de gereği olarak hemen yapılması gereken, hangi kanun kapsamında olduğuna bakılmaksızın, küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin özel düzenlemeler yapılarak asgari çalışma yaşının tehlikeli işler haricinde kural olarak 15 yaş olarak benimsenmesi, tehlikeli işlerde bu yaşın 18 olarak öngörülmesi ve her halükarda küçüklerin çalışmasının zorunlu eğitimi tamamlama koşuluna bağlanmasıdır<sup>46</sup>. Ayrıca bu konuda zorunlu eğitimi tamamlama yaşı ile asgari çalışma yaşı arasında uyum sağlanması da önemlidir. Aksi takdirde mevcut durumda olduğu gibi zorunlu eğitimi 13 yaşında tamamlayan küçüğün fiiliyatta asgari çalışma yaşından önce çalıştırılmasının ve bu şekilde ekonomik sömürüye maruz kalmasının önü açılmış olmaktadır<sup>47</sup>. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi de Türkiye'ye zorunlu eğitimi tamamlama yaşı ile asgari çalışma yaşının aynı belirlenmesi yönünde tavsiyede bulunmuştur<sup>48</sup>. Bu

<sup>45</sup> İstatistiki verilen için bkz. <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/cgm.portal?page=cc&cid=3> (Erişim tarihi: 18.12.2013). Küçüklerin tarımda çalışmasına ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. *Gülçubuk*, Bülent: "Tarımda Çocuk Emegi Sömürüsü ve Toplumsal Duyarlılık", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2012/2, 75-94.

<sup>46</sup> Konu hakkında 24. Dönem 3. Yasama Yılında Cumhuriyet Halk Partisi İstanbul Milletvekili Süleyman Çelebi tarafından İş Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi sunulmuştur. Kanun teklifi, 29.4.2013 tarihi itibarıyla Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu (Esas Komisyon) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu (Tali Komisyon) gündemindedir. Kanun teklifi ile on beş yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılabilmelerine yönelik istisnaların kaldırılması ve bu yaşı doldurmayanların hiçbir şekilde çalıştırılmaması, sanayiye ait işlerde ise on sekiz yaşını doldurmuş çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır.

Kanun teklifine göre, "22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu m. 71 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve 73 üncü maddesinin birinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. 'Onbeş yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılması; sanayie ait işlerde ise onsekiz yaşını doldurmuş çocuk ve genç işçilerin çalıştırılması yasaktır.'" Bkz. [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=127058](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=127058) (Erişim tarihi: 12.12.2013).

<sup>47</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 43. maddesi uyarınca kurulan Çocuk Hakları Komitesinin asgari çalışma yaşı ve zorunlu eğitimin sona erme yaşı arasında uyumun sağlanması gerekliliği yönündeki raporu için bkz. UN Committee on the Rights of the Child (CRC), **Report of the UN Committee on the Rights of the Child, Ninth Session** (Geneva, 22 May-9 June 1995), 9 June 1995, CRC/C/43, <http://www.refworld.org/docid/3f4773d34.html> (Erişim tarihi: 12.12.2013), parag. 175; UN Committee on the Rights of the Child (CRC), **Report of the UN Committee on the Rights of the Child: Thirty-second Session** (13 - 31 January 2003), 23 June 2003, CRC/C/124, <http://www.refworld.org/docid/417679f44.html> (Erişim tarihi: 12.12.2013), parag. 449; ayrıca bkz. Ertan, Asgari Çıracılık Yaşı, 180.

<sup>48</sup> UN Committee on the Rights of the Child (CRC), **Report of the UN Committee on the Rights of the Child: Twenty-seventh Session** (Geneva, 21 May-8 June 2001), 23 July 2001, CRC/C/108, <http://www.refworld.org/docid/3f487f254.html> (Erişim tarihi: 12.12.2013), parag. 106. Aynı yönde Centel, Çocukların İş Güvenliği, 94.



kapsamda 2012 yılında yapılan değişiklik<sup>49</sup> ile zorunlu ilköğretimi tamamlama yaşının 14 yaşından 13 yaşına indirilmesinin isabetli olmadığı açıktır. Oysa yapılması gereken zorunlu ilköğretimi tamamlama yaşının asgari çalışma yaşı olan 15 yaşa yükseltilmesi idi<sup>50</sup>.

Hatırlatalım ki, UÇÖ verilerine göre, Türkiye’de 1997 yılında zorunlu eğitimin 5 yıldan 8 yıla çıkarılmasının etkisiyle 1994 yılında ekonomik faaliyette bulunan 1 milyon çocuk sayısı, 1999 yılında yarı yarıya azalmıştır<sup>51</sup>. İlköğretimi tamamlama yaşının 13 yaşına indirilmesinin küçük işçi yaşını fiilen 13’e düşüreceği ve küçük işçi sayısını artıracacağı ne yazık ki öngörülebilir bir sonuçtur<sup>52</sup>.

Ayrıca belirtelim ki, Anayasa m. 90/son hükmü gereği başta 138 sayılı UÇÖ Sözleşmesinin Türk İş Hukuku mevzuatının bir parçası haline geldiği de savunulmaktadır<sup>53</sup>. Gerçekten, özellikle asgari çalışma yaşı konusunda 138 sayılı UÇÖ Sözleşmesi ve de 158 sayılı UÇÖ Sözleşmesindeki düzenlemeler kanun hükmündedir. Bu düzenlemelerin doğrudan uygulanabilir olduğu kabul edilmelidir. Zira bu konuda Sözleşme hükümleri ile kanun hükümleri arasında bir çatışma vardır. Bu durumda kanun maddelerine üstünlük tanımak sözleşmelerin amacına ve ruhuna uygun değildir. Bu kapsamda küçüklerin üstün yararının gözetilmesi amacını taşıyan ve özellikle asgari çalışma yaşı konusundaki UÇÖ Sözleşmeleri hükümlerinin doğrudan uygulanması, mahkemeler tarafından kararlara yansıtılması, kararlarda gerekçe olarak gösterilmesi, temyiz nedeni olması ve yüksek yargı içtihatlarında kanun hükmü gibi yer alması gerekmektedir<sup>54</sup>. Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde küçük işçilerin korunmasına ilişkin olarak kanunlar arasındaki makul ve ölçülü olmayan farklılık da engellenmiş olacaktır.

<sup>49</sup> 6287 sayılı İlköğretim ve eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun, RG, 11.04.2012, 28261.

<sup>50</sup> Ertan, *Asgari Çıracılık Yaşı*, 194.

<sup>51</sup> International Labour Organization (ILO), **The End of Child Labour: Within Reach, Global Report Under The Follow-up to The ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work**, 2006, International Labour Conference, 95th Session, Report I (B), Geneva, <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-i-b.pdf> (Erişim tarihi: 12.12.2013), 12; *Kılıç*, Cem: “Gelişmekte Olan Ülkelerde ve Türkiye’de Çocuk İşgücü Kullanımı (Çocuk İşçiliğini Önleme Programı-IPEC)” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1-2, Yıl 2001, 49-63, 61. Bu gerekçeye de dayanarak zorunlu eğitimin 8 yıla çıkarılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. *Centel*, Tankut: “Çalışan Çocukların Hakları ve Türkiye”, *MHB*, Y. 16, S. 1-2, 1996, 19-38, 37.

<sup>52</sup> *Öngel*, Çocuk İşçi Yaşı, 1.

<sup>53</sup> *Bayram*, AB İlerleme Raporu, 73.

<sup>54</sup> UÇÖ Sözleşmelerinin doğrudan etkisi konusunda *Taşkın*, Ahmet: “Uluslararası Çalışma Örgütü ve ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka Etkisi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2011/30, 451-490, 480, 486.

## II. YASAK VE SINIRLAMALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

On sekiz yaşından küçüklerin çalışmasına ilişkin olarak mevzuatta öngörülen maddelerdeki yasak ve sınırlamaların hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Hakim görüş tarafından konu ehliyet sorunu olarak kabul edilirken<sup>55</sup> ehliyetin hak ehliyeti<sup>56</sup> mi fiil ehliyeti<sup>57</sup> mi olduğunu konusunda görüş birliği mevcut değildir.

Hak ehliyeti, genel olarak haklara ve borçlara sahip olma ehliyeti olarak tanımlanabilir. Türk Medeni Kanunu<sup>58</sup> m. 8 hükmünde hak ehliyetine ilişkin olarak genellik ve eşitlik ilkesi benimsenmiştir. Maddeye göre “*Her insanın hak ehliyeti vardır (f. I). Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittir (f. II, c. 2).*”. Görüldüğü gibi, hak ehliyetine hukuk düzeni tarafından bir takım sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Bu konuda kanunun öngörülen farklılıkların bazılarının dayanağı, yaştır. Mesela, TMK m. 124 hükmüne göre, erkek ve kadınlar kural olarak 17 yaşını doldurmadıkça evlenemez; ancak olağanüstü hallerde hakim, önemli bir sebep varsa, 16 yaşını doldurmuş kadın veya erkeğin evlenmesine izin verebilir. Yaş sebebiyle hak ehliyetinin sınırlandırıldığı başka bir kanuni düzenleme örneği, evlat edinmeye ilişkin TMK m. 305 vd. hükümleridir. Bu maddelere göre, kural olarak birlikte evlat edinmeleri zorunlu olan eşlerin ya her ikisinin de 30 yaşını doldurmuş olmaları ya da 30 yaşını doldurmamış olmakla birlikte beş yıldan beri evli olmaları, gerekmektedir (m. 306/II). Eşlerden biri diğerrinin çocuğunu evlat edinecekse de söz konusu eşin ya 30 yaşını doldurmuş olması ya da evliliğin en az iki yıldır devam ediyor olması gerekmektedir (m. 306/III)<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> *Saymen*, Ferit H.: **Türk İş Hukuku**, İstanbul 1954, 458 vd.; *Tunçomağ*, Kenan: **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul 1988, 82; *Tunçomağ*, Kenan/*Centel*, Tankut: **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul 2008, 79-80; *Selçuki*, Sabih: **İlmi-Kazi İçtihatlarla Yeni İş Kanunu ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 1967, 51 vd.; *Çelik*, Nuri: **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul 2013, 125.

<sup>56</sup> *Mollamahmutoğlu*, Hamdi/*Astarlı*, Muhittin: **İş Hukuku**, Ankara 2011, 429; *Urbanoğlu Cengiz*, Ehliyet, 210; ayrıca bkz. *Centel*, Çocuk ve Gençlerin İş Güvenliği, 134.

<sup>57</sup> *Saymen*, 458; *Selçuki*, 50.

<sup>58</sup> 4721 sayılı Kanun, RG, 08.12.2001, 24607.

<sup>59</sup> Yaş sebebiyle başka bir hak ehliyeti sınırlaması vasiyetname ve miras sözleşmesi yapılması konusunda getirilmiştir. TMK m. 502 hükmüne göre, vasiyetname yapabilmeye ehliyetine sahip olabilmek için 15 yaşını doldurmak ve ayırt etme gücüne sahip olmak; TMK m. 503 hükmüne göre, miras sözleşmesi yapabilmek için ise tam fiil ehliyetine sahip olmak yani ergin olmak, ayırt etme gücüne sahip olmak ve kısıtlı olmamak gerekmektedir. Hak ehliyetinin ergin olma koşuluna bağlandığı başka sınırlayıcı düzenlemeler, kefil olma, vakıf kurma, önemli bağışta bulunma (TMK m. 449, 343); vasi olarak atanma (TMK m. 413); din seçme (TMK m. 341); çocuk dernekleri dışındaki dernekleri kurma (TMK m. 64; Dernekler Kanunu m. 3) konularındadır. Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Dural*, Mustafa/*Öğüz*, Tufan: **Türk Özel Hukuku C. 2 Kişiler Hukuku**, İstanbul 2013, 39 vd.; *Oğuzman*, M. Kemal/*Seliçi*, Özer/*Oktay Özdemir*, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2010, 42; *Hatemi*, Hüseyin/*Kalkan Oğuztürk*, Burcu: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2013, 4-5.

Hak ehliyetini yaş sebebiyle sınırlayan söz konusu düzenlemelerden farklı olarak, İş Hukuku mevzuatında küçüklerin çalışmalarına ilişkin yasak ve sınırlamaların küçüğün çalışma hakkına ve çalışma ilişkisinden doğan borçlara sahip olmasına ehil olması şeklinde değerlendirilmesi isabetli olmayacaktır. Zira, bu düzenlemeler ile amaçlanan, küçüklerin ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal veya toplumsal gelişimi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunmasıdır. Söz konusu yasak ve sınırlamalar küçüğün hak ehliyetini sınırlamadığı gibi, aksine küçüğün korunmasına yönelik bir hak niteliğindedir. Ayrıca belirtelim ki, hak ehliyetinde temel ilkenin genellik ve eşitlik olması sebebiyle, hak ehliyeti bakımından sınırlama getiren düzenlemelerin uygulama alanının kuşkulu olması halinde TMK m. 8/II hükmünün dar yorumlanması gerekir<sup>60</sup>. Bu sebeplerle, İş Hukuku mevzuatındaki küçüklerin çalışmasına ilişkin yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümlerin küçüğün hak ehliyetinin sınırlandırılması şeklinde kabul edilemez.

Diğer taraftan, söz konusu yasak ve sınırlamaların, küçüğün fiil ehliyeti sınırlaması olarak nitelendirilmesi de yerinde olamayacaktır. Bilindiği gibi, fiil ehliyeti kişinin kendi fiiliyle hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesidir (TMK m. 9). Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin fiil ehliyetine sahiptir (TMK m. 10). Erginlik, kişinin 18 yaşının doldurulmasıyla başlar (m. 11); ancak 15 yaşını dolduran küçük kendi isteğiyle ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir (m. 12). Evlenme de kişiyi ergin kılar (m. 11/II).

Ayırt etme gücüne sahip olan küçük -ergin kılınmadığı takdirde- sınırlı ehliyetsiz grubuna dahildir ve TMK m. 16 hükmüne göre yasal temsilcisinin rızası olmadıkça kendi istemiyle kural olarak borç altına giremez. Küçüğün yasal temsilcisi, velayet altında mı vesayet altında mı olduğuna göre değişmektedir. TMK m. 335 hükmüne göre, ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır ve yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanılmak zorundadırlar (m. 336/I). Sınırlı ehliyetsiz küçüğün işlemlerine ana ve babanın birlikte rıza göstermesi aranır. Ancak, velayet hakkı, boşanmada çocuk kendisine bırakılan tarafa, ölüm halinde sağ kalan eşe ait olduğundan ve ortak hayata son verilme veya ayrılık halinde hakim tarafından birine verileceğinden velayet hakkı ana ve babadan hangisine verilmişse onun rızası yeterli olacaktır<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> *Oğuzman/Seliçi /Oktay Özdemir*, 40-41.

<sup>61</sup> *Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir*, 69; *Dural/Öğüz*, 80; *Kökkelinç Eraltuğ, Aşegül/Fırat Şimşek*, Aşşe: "Çocuk ve Genç İşçinin İş İlişkisinde Veli ve Vasinin Rolü", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2009/21, 89-118, 99. Yargıtay da ayırt etme gücü bulunmakla birlikte ergin olmayan küçüğe çalışmasının karşılığı olarak aylık ücretleri ile izin ücretinin ödenmeyeceğine hükmeden yerel mahkeme kararını velinin izniyle çalışmaya başlamış olması sebebiyle bozmuştur, Yarg. 9. HD 12.02.2002, E. 2001/17321, K. 2002/2667, Kazancı İçtihat Bankası.

Velayet altında bulunmayan küçükler, vesayet altına alınır (m. 404/I). Bu durumda küçüğün iş sözleşmesine vasisi rıza gösterecektir<sup>62</sup>. TMK m. 462/I, b. 7 hükmü gereği iş sözleşmesinin geçerliliği için vasinin rızası yanında sulh mahkemesinin de izni gerekir<sup>63</sup>.

Küçüğün iş sözleşmesi ile borç altına girebilmesi için küçüğün velisi/velilerinin rızası veya vesayet altındaysa vasisinin rızasıyla sulh mahkemesinin izni gerekir. Rıza, açık olabileceği gibi örtülü olarak da verilebilir<sup>64</sup>. Yasal temsilci işleme baştan rıza gösterebileceği (izin) gibi sonradan da rıza verebilir (onay). İş sözleşmesinin rıza olmadığı durumlarda geçersizliği gündeme gelebilecek olmakla birlikte somut olayın özelliklerine göre farklı değerlendirmeler de söz konusu olabilecektir<sup>65</sup>. Ancak, her halükarda söz konusu ehliyet sorunları ile İş Hukuku mevzuatında küçük işçilerin korunmasına yönelik yasak ve sınırlamalar birbirinden ayrılacaktır. Sınırlı ehliyetsiz grubunda yer alan küçük, yasal temsilcinin rızasını almak koşuluyla (ve gerektiği durumlarda sulh mahkemesinin izni ile) iş sözleşmesi ehliyet sorunu orta-

<sup>62</sup> *Dural/Öğüz*, 80; *Kökkılınç Eraltuğ/Fırat Şimşek*, Çocuk ve Genç İşçi, 100.

<sup>63</sup> *Tunçomağ/Centel*, 80; *Öğüz*, M. Tufan: "Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar", Sicil, Mart 2008, 23-26, 24.

<sup>64</sup> *Oğuzman/Seliçi /Oktay Özdemir*, 70; *Dural/Öğüz*, 81; *Öğüz*, 24; *Kökkılınç Eraltuğ/Fırat Şimşek*, Çocuk ve Genç İşçi, 100; *Tunçomağ*, 81; *Tunçomağ/Centel*, 79; *Eyrenci*, Öner/*Taşkent*, Savaş/*Ulucan*, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul 2006, 87; *Demir*, Çocukların Korunması, 567; Aynı Yazar: *İş Hukuku ve Uygulaması*, İzmir 2013, 92; *Akyiğit*, Ercan: *İş Hukuku*, Ankara 2013, 106.

<sup>65</sup> İlk hal olarak ana ve babanın birlikte velayet hakkına sahip olduğu durumlar bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Burada ana ve babanın birlikte rıza göstermesi gerekmele birlikte TMK m. 342/II hükmüne göre "iyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin değerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler". Bu hüküm uyarınca ana veya babadan birinin rızasının olduğu durumlarda iş sözleşmesinin diğer tarafın iyiniyeti halinde, iş sözleşmesi geçerli olarak kurulacaktır. Ancak iş sözleşmesinin diğer tarafının diğer yasal temsilcinin rızasının olmadığı bildiği veya gerekli özeni gösterdiği takdirde bilebileceği durumlarda iş sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olabilecektir. Velayet hakkının ana veya babadan sadece birine ait olması halinde bu hakka sahip kişinin tek başına rıza göstermesi yeterlidir. Her halükarda veli veya velilerin küçüğün bir meslek yürütmesi veya ev dışına çıkmasına izin vermekle, bu yaşamın gerektirdiği sözleşmeleri de yapmaya rıza gösterdiği kabul edilmelidir. *Tunçomağ*, 81; *Tunçomağ/Centel*, 79; *Aktay*, A. *Nizamettin/Arıcı*, Kadir/*Senyen Kaplan*, E. *Tuncay: İş Hukuku*, Ankara 2012, 72; *Demir*, Çocukların Korunması, 567. Aynı Yazar, 92; ayrıca bkz. *Akyiğit*, İş Hukuku, 106.

Küçüğün velayet değil vesayet altında olduğu durumlarda ise vasinin rızasının yanında sulh mahkemesinin izni gerektiğinden vasi rıza gösterse dahi sulh mahkemesinin izin vermemesi halinde sözleşmenin geçersizliği gündeme gelecektir.

Bir başka durum yasal temsilcinin iş sözleşmesine rıza göstermesi değil, küçüğün adına bizzat sözleşme yapma halidir. TMK m. 339/III hükmüne göre, "Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar". Vesayet konusunda benzer bir hükme TMK m. 450/II'de yer verilmiştir; "Vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür.". Bu düzenlemeler gereği ve iş sözleşmesinin işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşme niteliğinde olması sebebiyle küçük işçinin yararına olmayan ve istemediği bir iş sözleşmesi ile bağımlı olmaması gerekir. Bu sebeple, iş sözleşmesinin geçersiz olduğunun kabulü gerekir. Benzer yönde, *Tunçomağ/Centel*, 80; aksi yönde, *Öğüz*, Ehliyet, 25.

dan kalkacak olmakla birlikte İş Hukuku mevzuatından kaynaklanan bazı yasaklar ve sınırlamalar varlığını sürdürebilecektir.

Özetle, İş Hukuku mevzuatındaki küçüklerin çalışmasına ilişkin yasak ve sınırlamaların kanaatimizce ehliyet başlığı altında değerlendirilmesi isabetli değildir. Tekrar vurgulayalım ki, bu konudaki düzenlemeler küçüğün korunması amacıyla küçüğe tanınan haklardır.

Doktrinde ayrıca küçüklerin korunmasına ilişkin sınırlamaların fiil ehliyetinin sınırlandırılmasının yanında emredici düzenlemelerle çalışma ilişkisinin düzenlenmesi olduğu savunulmaktadır<sup>66</sup>. Bizim daha isabetli bulduğumuz görüş ise, küçüklere yönelik bu yasak ve sınırlamaları ehliyet sınırlandırılması olarak değerlendirmezken; bu düzenlemelerin emredici hüküm niteliğinde<sup>67</sup> olduğunu veya kanundan doğan yasaklar<sup>68</sup> olduğunu savunmaktadır.

Öncelikle belirtelim ki, İş Hukuku mevzuatında küçüklerin korunmasına ilişkin yasak ve düzenlemeler, sözleşme serbestisinin sınırlandırılması niteliindedir. Bilindiği gibi, Borçlar Hukukunun temel ilkesi sözleşme serbestisidir. TBK m. 26 hükmüne göre “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*”. Sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisinin sınırları ve bu sınırların aşılmasının yaptırımı TBK m. 27 hükmünde düzenlenmiştir<sup>69</sup>. Madde-nin birinci fıkrasına göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*”. Buna göre, sözleşmenin geçersizliği genel olarak üç nedene dayanır. Bunlardan birincisi hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılık, emredici hükümlere aykırılık, kanunun yasaklayıcı hükümlerine aykırılık, kamu düzenine aykırılık ve kişilik haklarına aykırılığı kapsayıcı niteliktedir. İkinci geçersizlik nedeni, ahlaka aykırılıktır. Son geçersizlik nedeni ise sözleşme konusunun imkansız olmasıdır<sup>70</sup>.

İş Hukuku mevzuatında küçüklerin çalışmasına ilişkin yasak ve sınırlamaların hukuki niteliği değerlendirilirken bu düzenlemelerin tasnif edilmesi öncelikli gerekliliktir. Zira, örneğin kural olarak on beş yaşından önce çalışmanın yasaklanması

<sup>66</sup> *Kılıç*, 88.

<sup>67</sup> *Akyiğit*, Ercan: **Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, İstanbul 1990, 16, 21 vd.; *Sümer*, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2010, 157; *Avcı*, Özgür: “İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2010/28, 1397-1424, 1408.

<sup>68</sup> *Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan*, 74.

<sup>69</sup> TBK m. 26 madde gerekçesi.

<sup>70</sup> *Kocayusufoğlu*, Necip/*Hatemi*, Hüseyin/*Serozan*, Rona/*Arpacı*, Abdülkadir: **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul 2008, 531 vd.; *Süzek*, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2013, 318 vd.; *Aynı Yazar*: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (1)**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28 Mayıs 2011, İstanbul 2012, 57-98, 83 vd.

(İş K. m. 71/I) ile temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten fazla olamayacağına (İş K. m. 71/IV) ilişkin düzenlemeler farklı niteliktedir. İlk tip düzenleme ile öngörülen ve buna benzer yasaklara aykırılık<sup>71</sup>, kanunun yasaklayıcı hükümlerine aykırılık<sup>72</sup> iken ikinci tip düzenleme emredici hüküm niteliğindedir. Belirtelim ki, İsviçre-Türk Hukuklarında, Alman Hukukundan farklı olarak “emredici hükümler” ile “yasaklayıcı hükümler” arasında kesin ve açık bir ayırım yapılmaz ve geniş anlamı ile “emredici hükümler” kavramı bunların her ikisini de kapsayacak biçimde kullanılır. Zaten her iki aykırılık hali de hukuka aykırılıktır. Bu ayırımın belirleyici kriteri, yasaklayıcı hükümlerin emredici hükümlerden farklı olarak, geçersiz sözleşme hükmünün yerini alıp bu ilişkiye zorunlu biçimde uygulanacak bir kanun hükmünün olmasıdır<sup>73</sup>.

Bilindiği gibi, İş Hukuku doktrininde emredici hükümler<sup>74</sup>, mutlak emredici ve nisbi emredici hükümler (sosyal kamu düzeni hükümleri) olarak ikili ayırım altında incelenmektedir<sup>75</sup>. Mesela mutlak emredici hüküm nitelikteki İş Kanunu m. 21/son hükmünde, iş güvencesi kapsamındaki işyerlerinde işverence yapılan geçersiz fesihlerin hukuki sonuçlarını düzenleyen 1-3. fıkralardaki düzenlemelerin değiştirilemeyeceğine ilişkin düzenlemeye aykırılık emredici hükme aykırılıktır. Bu nedenle TBK m. 27 hükmü gereği geçersizdir. İşçi ve işverenin İş Kanunu m. 21/son hükmüne aykırı olarak mesela iş güvencesi tazminatı işçinin bir yıllık ücreti tutarında belirlediklerini düşünelim. Bu durumda, söz konusu sözleşme hükmü geçersiz olduğu gibi, hakim 1. fıkrada öngörüldüğü üzere, işçinin başvurusu üzerine işverenin bir ay içinde işiye işe başlatmaması halinde en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminata hükmedecektir.

İş Kanunu m. 71/IV hükmünde yer alan temel eğitimi tamamlamış ve okula

<sup>71</sup> *Süzek*, 320; yabancı işçiler bakımından benzer yönde *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 540-41. Yabancı işçilerin özel kanunlarda yasaklanmış meslek ve işlerde çalışmasının ile 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun (RG, 6.3.2003, 25040) kapsamında izin almaksızın çalışmasının emredici hükümlere aykırılık olduğu yönünde bkz. *Canbolat*, Talat: “Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2007/13, 187-220, 213.

<sup>72</sup> Bu tip düzenlemelerin emredici hukuk kurallarına aykırılık olduğu yönünde *Akyığıt*, İş Hukuku, 106.

<sup>73</sup> *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 537; *Doğan Yenisey*, Kübra: “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, C. 1, İstanbul 2011, 33-82, 47.

<sup>74</sup> Kast edilen dar ve teknik anlamda emredici hükümlerdir.

<sup>75</sup> Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 536; *Eren*, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2011, 287 vd.; *Süzek*, 30 vd.; *Özdemir*, Erdem: “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 38, 2005, 95-120; *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 40 vd.

gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten fazla olamayacağına ilişkin düzenleme ise, nisbi emredici niteliktedir<sup>76</sup>. Mesela, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile 17 yaşındaki ve maddede koşulları sağlayan bir küçüğün günde beş saat, haftada 25 saat çalışması kararlaştırılabilirken günde sekiz saat haftada 40 saat çalışması kararlaştırılamaz. Bu durumda söz konusu sözleşme hükmü geçersiz olacak ve çalışma süresi bakımından İş Kanunu m. 71/IV hükmü esas alınacaktır. Bunun sonucunda günde 8 saat olmak üzere haftada 40 saat çalıştırılan küçüğün 5 saatlik fazla çalışma ücretine hak kazandığı kabul edilmelidir. Belirtelim ki, İş Kanuna İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde<sup>77</sup> 18 yaşını doldurmamış işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağına (m. 8/I, a) ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir<sup>78</sup>. Küçüğün çalışma süresinin sınırlandırılarak korunması amacını taşıyan bu düzenlemenin fiilen fazla çalışmanın gerçekleştiği durumlarda fazla çalışma ücretine hak kazanma önünde bir engel olduğu yönünde yorumlanmaması gerekir. Zira, burada hukuka aykırı bir çalışma vardır ve yaptırımı fazla çalışma ücreti olmalıdır<sup>79</sup>.

Hukuka aykırılık hallerinden bir diğeri olan kanunun yasaklayıcı hükümlerine aykırılık, çalışma yaşına ilişkin İş Kanunu m. 71/I hükmüne aykırılık halinde söz konusudur. 12 yaşındaki bir küçüğün çalıştırılmasında ortaya çıkan hukuka aykırılık hali, emredici hükümlere aykırılık hallerindeki kadar kolay değildir; çünkü bu hukuka aykırılık halinde geçersiz sözleşme hükmünün yerine geçip uygulanacak bir kanun hükmü yoktur. 12 yaşında bir küçüğün çalıştırılmasında sözleşmenin tarafı bakımından hukuka aykırılık vardır. Zira, asgari çalışma yaşına ilişkin sınırlama sözleşme tarafını seçme serbestisinin istisnasıdır. Kanunda asgari yaş sınırına ilişkin düzenleme geniş anlamda emredici hüküm olarak nitelendirilebilecek olmakla birlikte, dar ve teknik anlamı ile emredici hüküm değildir<sup>80</sup>.

Önemle belirtelim ki, kanunda öngörülen yasaklayıcı hükümler sözleşme serbestisinin sınırı olması sebebiyle dar ve teknik anlamdaki emredici hükümler ile benzerlik taşısa da yasaklayıcı hükümlere aykırı şekilde kurulan iş sözleşmelerinin akıbeti söz konusu hükümlerin nitelik farkı dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Küçüklere ilişkin İş Hukuku mevzuatında yer alan yasaklayıcı hükümler,

<sup>76</sup> Benzer şekilde öngörülen Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 173/II hükmü ile 12 ile 16 yaş arasındaki çocukların günde azami 8 saatten fazla çalıştırılmayacağı düzenleme de nisbi emredici niteliktedir.

<sup>77</sup> RG, 06.04.2004, 25425.

<sup>78</sup> Düzenlemeler gereği fazla çalışma yaptırma olanağının hukuken sözkonusu olduğuna ilişkin görüş için bkz. *Centel*, Türkiye, 26.

<sup>79</sup> Hukuka aykırı fazla çalışmalar için ayrıca bkz. *Ekonomi*, Münir: “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, *Kamu-İş*, C. 7, S. 3/2004, 1-14, 4-5; *Yamakoğlu*, Efe: *Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma*, İstanbul 2011, 91-92.

<sup>80</sup> Benzer yönde *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 48.

küçüklerin iş sözleşmesinin tarafı olmasını engelleyici nitelik taşıması halinde bu sözleşme hükümlerine aykırı yapılan iş sözleşmelerine TBK m. 27 hükmünün doğrudan doğruya uygulanması mümkün değildir. Zira, TBK m. 27 hükmü, sözleşmenin tarafını seçme serbestisinin değil, sözleşmenin konusunu (içeriğini) belirleme serbestisinin istisnasıdır<sup>81</sup>. Bu sebeple söz konusu yasağın geçersizlik yaptırımına tabi olduğu TBK m. 27 hükmünü kıyas yolu ile uygulamak suretiyle ya da geçersizliği doğrudan doğruya yasaklayıcı hükmün kendisine dayandırmak şeklinde açıklanabileceği doktrinde ifade edilmektedir<sup>82</sup>.

İş Kanunu m. 71/I hükmünün lafzında, kural olarak on beş yaşını doldurmuş çocukları çalıştırma yasağının ihlali halinde yahut belirli işleri yapması yasaklanan küçükler ile bu işlere ilişkin sözleşme yapılması halinde sözleşmenin geçersiz olacağına ilişkin açık bir düzenleme olmadığı için yapılması gereken geçersizlik yaptırımının gerekip gerekmediğini araştırmaktır. Burada belirleyici olan, düzenlemenin anlamı ve amacı olmalıdır<sup>83</sup>. Bu kapsamda, düzenlemenin anlamı ve amacının geçersizlik yaptırımını gerektirmediğinin tespiti halinde kanunun söz konusu yasaklayıcı hükmünün niteliğinin düzen hükmü<sup>84</sup> olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Düzen hükmüne aykırılık halinde yapılan hukuki işlem geçerliliğini korumakla birlikte başka bir yaptırım ile karşı karşıya kalır. Bu yaptırım çoğu zaman cezai bir yaptırım iken bazen konu hakkında idari bir yaptırım da öngörülebilir<sup>85</sup>. Belirtelim ki, İş Kanununun m. 71/I hükmüne aykırı olarak küçüklerin çalıştırılması halinde m. 104 hükmü ile idari yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak bu durum tek başında hükmün düzen hükmü olarak nitelendirilmesi sağlamaz; küçüklerin korunması amacıyla öngörülen söz konusu düzenlemeler bakımından geçersizlik yine de gündeme gelecektir. Düzenlemenin anlamı ve amacı gözetildiğinde nasıl bir geçersizlik halinin kabulü gerektiği aşağıdaki başlık altında detaylı olarak değerlendireceğiz.

<sup>81</sup> TBK m. 26 hükmü, "F.Sözleşmenin İçeriği / I. Sözleşme özgürlüğü" başlığı altındır. Benzer yönde bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 527; Eren, 282-285.

<sup>82</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 540.

<sup>83</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 540; *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 50; *Süzek*, Hukuka Aykırılık, 83.

<sup>84</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, çalışma izni olmayan yabancıların çalışmasına ilişkin verdiği bir kararda geçersizlik halinde bundan sadece işverenin yarar sağlayacak olmasından ve işverene karşı hiçbir hak ileri süremeyen işçinin zarar göreceğinden hareketle sözleşmenin geçersizliğinin işçinin korunmasına ilişkin kanun hükümleri ile bağdaşmayacağını ve bu yüzden çalışma izni olmayan yabancılara yönelik öngörülmüş yasağın amacına uygun düşmeyeceğini öne sürerek iş sözleşmesinin geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Hiç kuşkusuz başta idari olmak üzere uygulanabilecek diğer yaptırımlar saklıdır. Federal Mahkeme isabetli olarak, yasaklayıcı kanun hükmü bu hususu daha ağır basan bir kamu yararının bulunması halinde yasaklayıcı hükme rağmen yapılan sözleşme yine de geçersiz kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. BGE 114.II.279. Ayrıca bkz. BGE 117.II.47, 117.II.287. Karar için bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 541-542

<sup>85</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 538; *Süzek*, 320; *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 49-50; *Süzek*, Hukuka Aykırılık, 83.



### III. YASAK VE SINIRLAMALARA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

#### 1. Genel Olarak

İş Hukuku mevzuatındaki çalışma yaşına ilişkin yasaklara ve çalıştırılması yasak işlere ilişkin düzenlemelere aykırılığın geçersizlik yaptırımına tabi olması, söz konusu yasaklayıcı kanun hükümlerinin küçüğü koruma amacının bir gereğidir. Ancak, bu hallerde TBK m. 27 hükmünün doğrudan yahut kıyas yoluyla uygulanabilir olduğunu düşünmemekteyiz. Kanaatimizce, söz konusu geçersizlik doğrudan doğruya yasaklayıcı hükmün kendisine dayanmaktadır<sup>86</sup>. Bu sebeple, geçersizlik TBK m. 27 hükmünde düzenlenen “kesin hükümsüzlük” yaptırımından farklılaşmaktadır.

Kesin hükümsüzlük, bir hukuki işlemin yapılması anında kurucu unsurların var olmasına rağmen kanunda aranan geçerlik koşullarından kamu düzenini ilgilendirecek nitelik taşıyanların gerçekleşmemesinin yaptırımıdır<sup>87</sup>. Bilindiği gibi, Borçlar Hukukunda kesin hükümsüzlük hukuki işlemin baştan itibaren (ex tunc) geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır. Kesin hükümsüzlük durumu ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir; hukuki işlemi geçersiz kılmak için bir dava açma ihtiyacı olmadığı gibi, bir beyanda bulunma zorunluluğu da yoktur. Açılmış herhangi bir davada hukuki işlemin kesin hükümsüz olduğu anlaşılırsa, hakim geçersizliği re’sen dikkate almak zorundadır<sup>88</sup>. Ancak, kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının kötüye kullanılması halinde kesin hükümsüzlüğü ileri süren korunmaz<sup>89</sup>.

İş Hukuku mevzuatındaki çalışma yaşına ve bazı işlere ilişkin yasaklara aykırılık halinde küçüğün çalışmaya başlaması halinde geçersizliğin geçmişe etkili hüküm doğurduğunun kabulünün küçük işçinin emeğinin korunması ilkesi ile örtüşmediği açıktır<sup>90</sup>. Bu durum, iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurmasının sonucu-

<sup>86</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 540. TBK m. 394/III hükmündeki “geçersizlik” kavramının TBK m. 27’de yer verilen durumlara uygulanacak olan yaptırımın iş sözleşmeleri için farklı olduğunu belirtmek için getirildiği yönünde görüş için bkz. *Yüreklî*, Sabahattin: “Alt İşverenin Taraf Olduğu Toplu İş Sözleşmesinin Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlüğünün Geçmişe Etkili Olmaması”, *Sicil*, 2013, S. 30, 93-102, 98. Yazar, toplu iş sözleşmesinin hükümsüz olduğu durumlarda da hükümsüzlüğün sonuçlarına ilişkin TBK m. 27 değil, TBK m. 394/III hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir, 100. Ayrıca toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün ileri etkili olduğu yönündeki Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 9. HD 08.05.2008, E. 2008/15782, 2008/11746; Yarg. 22. HD. 16.03.2012, E. 2012/1135, K. 2012/4487, Kazancı İçtihat Bankası.

<sup>87</sup> *Akyığıt*, Kesin Hükümsüzlük, 5; *Oğuzman*, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, İstanbul 2011, 184; Eren, 299; *Urbanoğlu* Cengiz, Ehliyet, 218; *Mollamahmuttoğlu/Astarlı*, 492; *Sümer*, 156; *Yüreklî*, Alt İşveren, 97; ayrıca benzer yönde Süzek, Hukuka Aykırılık, 82.

<sup>88</sup> Yarg. İBK 13.05.1964, E. 1964/1, K. 1964/3, RG, 08.07.1964, 11748; *Oğuzman/Öz*, 185-86; *Tekinay*, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, 375-376; Eren, 300-301; Bakırcı, 422; *Narmanlıoğlu*, Ünal: *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, İstanbul 2012, 245; Süzek, Hukuka Aykırılık, 83, *Demir*, 99; *Sümer*, 157; *Yüreklî*, Alt İşveren, 97; *Urbanoğlu* Cengiz, Ehliyet, 218.

<sup>89</sup> *Oğuzman/Öz*, 186; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 377.

<sup>90</sup> *Tünçomağ/Centel*, 89; *Bakırcı*, 423; *Urbanoğlu* Cengiz, Ehliyet, 222 vd.

dur. İş sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan işçinin korunması ilkesi İş Hukukunun doğuş sebeplerindedir. Küçük işçilerin yaş küçüklüğü nedeniyle korunma gereksiniminin daha fazla olduğu ise tartışmasızdır.

Küçük işçilerin çalıştırılmasına ilişkin yasaklara aykırı iş sözleşmelerinin geçersizliğinin baştan itibaren hüküm doğurması ancak iki halde kabul edilebilir. Bunlardan ilki, küçüğün çalışmaya başlamaması hali<sup>91</sup> iken ikinci hal kamu düzenini ağır şekilde ihlal eden konu fuhuş, kaçakçılık, kalpazanlık, adam öldürme veya benzeri haller olan iş sözleşmeleridir. Zira bu durumda küçüğün kişilik haklarının sömürülmesi söz konusudur ve ancak baştan itibaren geçersizlik ile bunun önüne geçilmiş olabilecektir<sup>92</sup>. Öte yandan, konusu kamu düzenini ağır şekilde ihlal eden bu sözleşmelerin küçük olmayanlarla yapılması halinde de sözleşmeler geçersiz sayılacaktır. Burada ister küçük ister küçük olmayan bir işçi olsun geçersizliğin baştan itibaren hüküm doğurduğu kabul edilmelidir.

Söz konusu iki hal dışında kanuna aykırı çalıştırılan küçüklerin iş sözleşmelerinin geçersizliğinin ileri etkili hüküm doğurması yukarıda belirtilen hususlar dışında, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin de gereğidir. Gerçekten, söz konusu Sözleşmede asgari çalışma yaşı belirlenmesi ile küçüklerin ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal veya toplumsal gelişimi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunmasının amaçlandığı açıkça ifade edilmiştir. Sözleşmenin dayandığı temel düşüncenin küçüğün yararı olması sebebiyle asgari çalışma yaşına ilişkin yasakların amacının çocuğun korunması olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Türkiye'nin onayladığı UÇÖ Sözleşmeleri ve diğer sözleşmeler ile konu hakkındaki AB Direktifi de benzer amaçlar taşımaktadır. Asgari çalışma yaşına ve de niteliği gereği tehlikeli bazı işlerde çalışmaya ilişkin yasaklara aykırılık halinde sözleşmenin geçersizliği bu amaç kapsamında değerlendirildiğinde, sözleşmenin baştan itibaren geçersizlik yaptırımını gerektirdiğini savunmak isabetli olmayacaktır. Zira, 12 yaşında bir küçüğün çalıştırılması halinde baştan itibaren geçersizlik yaptırımının uygulanması küçüğün yararına hizmet etmediği gibi aksine emeğinin sömürülmesi anlamına gelecek; küçüğe zarar verecektir.

<sup>91</sup> *Streiff*, Ullin/*von Kaenel*, Adrian/*Rudolph*, Roger: *Arbeitsvertrag – Praxiskommentar* zu Art. 319-362 OR, Zürich 2012, OR 320, N.8; Geiser, Thomas/Müller, Roland : *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Bern 2012, Rn. 298.

<sup>92</sup> *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, 495; *Narmanlıoğlu*, 247; *Soyer*, M. *Polat*: “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1991*, İstanbul 1993, 1-30, 4; *Tunçomağ/Centel*, 89-90; *Süzek*, 328; Aynı Yazar, *Hukuka Aykırılık*, 88; Bakırcı, 423-424; *Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan*, 88; Akyiğit, *Kesin Hükümsüzlük*, 39; Sümer, 157, 160; *Caniklioğlu*, Nurşen: “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi”, *Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri*, 20-21 Eylül 2011, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2011, 78-109, 83; *Urhanoglu* Cengiz, *Ehliyet*, 222.

## 2. TBK m. 394/III Hükümü ve Geçersizliğin Etkisi Sorunu

### a. Hükümün Dayanakları ve Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Küçük işçilere ilişkin olarak sözleşme serbestisine getirilen asgari çalışma yaşı ve çalışabilecek işlere ilişkin diğer sınırlamalara aykırılığın yaptırımı, TBK m. 27 hükmünde düzenlenen kesin hükümsüzlükten ayrılmakla birlikte, konu özellikle Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra önemli bir tartışmayı beraberinde getirmiştir. Zira, Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinde iş sözleşmesinin geçersizliğinin hüküm ve sonuçlarını doğurma anına ilişkin bir fıkra yer verilmiştir. Maddenin 3. fıkrasına göre, “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.”.

818 sayılı Borçlar Kanununda<sup>93</sup> yer verilmeyen bu fıkra, yenilik niteliği taşımakla birlikte uygulaması tartışmalıdır. Zira, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, İş Hukukunun özel niteliği gereği Borçlar Hukukunun ilke ve kavramlarının normun gerisinde yatan menfaatler dengesi dikkate alınarak iş ilişkilerinde geçersizlik konusunda uyarılma yoluna gidilmiştir. Bu çerçevede küçük işçileri koruma amacıyla iş sözleşmesinin kurulması bakımından getirilen yasaklara aykırı bir iş sözleşmesinin kurulması halinde normun koruma amacından hareketle geçersizliğin baştan itibaren değil, ileri etkili (ex nunc) olarak etkisini gösterdiği kabul edilmiştir<sup>94</sup>.

İş ilişkilerinde geçersizliğin baştan itibaren sonuç doğurması halinde işçi İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan doğan hakları talep edemeyecek ve iş görme ediminin iadesi mümkün olamayacağından çözülmesi olanaksız bir “tasfiye sistemi” ortaya çıkacak<sup>95</sup>, hatta sosyal sigortalar anlamında ödenen primlerin iadesi gündeme gelecektir. Bu gerekçelerle, doktrinde iş sözleşmelerinde geçersizliğin ileri etkili hüküm doğurduğu savunulmuş ve geçersizliğin ileri sürüldüğü ana kadar sözleşmenin tıpkı geçerli bir iş sözleşmesi gibi hüküm ve sonuç doğuracağı oybirliği ile kabul edilmiştir<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> RG, 08.05.1926, 366.

<sup>94</sup> *Narmanlıoğlu*, 246; *Doğan Yenisey*, Kübra: “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, 297-336, 303; geçersizlik yaptırımı ve uyarılma hakkında bkz. *Süzek*, 38-39.

<sup>95</sup> *Süzek*, 325; Aynı Yazar, Hukuka Aykırılık, 88; *Canıklıoğlu*, Türk Borçlar Kanunu, 78-109, 82; *Koç*, Sedef: “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Hizmet Sözleşmesi ile İlgili Yeni Düzenlemeleri”, *Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan*, C. 1, İstanbul 2004, 586-604, 588; *Güneş*, Başak/*Mutlay*, F. Barış: “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2011/3, S. 30, 231-288, 238; benzer yönde Seçer, Çocuk ve Genç İşçi, 1442.

<sup>96</sup> *Tunçomağ*, 97; *Tunçomağ/Centel*, 89-90; *Çelik*, 136; *Soyer*, Değerlendirme, 3-4; *Süzek*, 325; *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 96-97; *Akyiğit*, Kesin Hükümsüzlük, 53; *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, 430, 495; *Narmanlıoğlu*, 246; *Demir*, 99-100; *Bakırcı*, 423; *Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan*, 88;

818 sayılı Kanun döneminde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 1958 yılında verdiği bir kararda<sup>97</sup> herhangi bir işte çalışması iş mevzuatınca yasaklanmış bir kişinin yasağa rağmen çalışması halinde işçi sayılacağını ve sosyal sigorta yasalarının sağladığı haklardan yararlanacağını kabul etmiştir. Söz konusu karara göre, “*İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlarını korumak olmasına, belki işte çalışması yaşı veya kadın olması itibariyle veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velevki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebinin taraflardan birisi ileri sürüncüye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve salahiyetlerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve işçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygun ve bunun aksine olan düşüncenin kanunun gayesine aykırı olacağına ve iş aktinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin aktin hükümsüz sayılmasıyla korumak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek şekilde tatbikinin kanunun gayesine uygun olarak tefsiri lazım geldiği yollu hukuk kaidesine aykırı düşeceğine ve 255 sayılı tefsir kararıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi dahi batıl olan iş aktinin muteber bir akit gibi işçi lehine hukuki neticeler doğurması gerekeceğini kabul etmiş olmasına göre Ticaret Dairesinin içtihadı kanunun ruhuna uygun ve doğrudur.*” Görüldüğü gibi, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu işçinin, dolayısıyla kadın işçi ve küçük işçinin yararından hareketle sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olmadığı sonucuna varmış; kesin hükümsüzlüğün taraflardan biri tarafından ileri sürülmesine kadar iş sözleşmesinin geçerli olduğunu, çalışanın da işçi sayılması gerektiğini belirtmiştir. Bu karar, İçtihadı Birleştirme Kararı olması sebebiyle benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayıcı olması (Yargıtay Kanunu<sup>98</sup> m. 45/V) açısından önemlidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 394/III hükmünün madde gerekçesinde “...*öğreti ve uygulamada da benimsendiği gibi, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün*

**Yüreklî**, Alt İşveren, 98; **Öğüz**, 26; **Sümer**, 159; **Doğan Yenisey**, Kübra: “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, İstanbul 2008, 9-100, 15; **Urbanoglu** Cengiz, Ehliyet, 220; **Kökümlüç** Eraltuğ/**Fırat** Şimşek, Çocuk ve Genç İşçi, 112. Bu yaklaşım, iş ilişkisi-iş sözleşmesi ayırımına ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan iş sözleşmesinin hükümsüzlüğüne karşın iş ilişkisinden o ana kadar doğan haklarının göz önünde tutulması esasına uygun bulunmuştur. Çünkü, iş ilişkisi kanunen yasaklanmış bir iş sözleşmesine dayansa da fiili de olsa geçerli olan bir iş ilişkisi söz konusudur. Bkz. **Demir**, Çocukların Korunması, 563-564. Çıraklık sözleşmesinin geçersizliği halinde iş sözleşmesinde olduğu gibi geçersizliğini ileri etkili olduğu yönünde bkz. **Uşan**, Fatih: **Çıraklık Sözleşmesi**, Konya 1994, 76-77; **Doğan Yenisey**, Değerlendirme, 16. Alman Hukukunda iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili olduğuna ilişkin **Richardî**, Reinhard/**Dörner**, Hans-Jürgen/**Weber**, Cristoph: **Personalvertretungsrecht**, 4. Auflage 2012, BPersVG § 4, Rn. 42; Müller-Glöge, Rn. 639.

<sup>97</sup> Yarg. İBKG 18.06.1958, E. 1957/20, K. 1958/9, Kazancı İçtihat Bankası.

<sup>98</sup> RG, 08.02.1983, 17953.

*hüküm ve sonuçlarını doğur*”acağı ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi, gerekçede getirilen düzenlemenin konuya ilişkin uygulama ve öğretici görüşleri ile uyumlu olduğu belirtilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, madde gerekçesinde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki yaklaşım benimsenip iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili hüküm doğurması öngörülürken; İçtihadı Birleştirme Kararından farklı olarak *geçersizliğinin sonradan anlaşılması* koşuluna yer verildiği dikkat çekmektedir. Böyle bir koşula, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde öğretide de yer verilmemiştir. Dolayısıyla, bir ilk tespit yapmak gerekirse, madde metninde yer alan “geçersizliği sonradan anlaşılan” ibarelerinin gerekçedeki anlaşılış biçimi ile öğretici ve uygulamada benimsenen görüşler ile uyumlu olmadığı kanaatindeyiz. Zira, gerekçede bu ibarelerle ilgili olarak, “...*Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkra da belirtildiği gibi, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır...*” ifadelerine yer verilmiştir<sup>99</sup>. Yukarıda yer verilen, bağlayıcı nitelikteki İçtihadı Birleştirme Kararında ise, çok açık bir şekilde, “...*çalışması yaşı veya kadın olması itibarıyla veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velevki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde...*” denilerek gerekçede belirtilenin aksine bir yaklaşım benimsenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m. 394/III hükmünde kullanılan söz konusu ibarelerin gerekçedeki anlaşılış biçimi ile yarattığı farklılık, doktrindeki tartışmaların temelini oluşturmuş ve geçerliliğin sonradan anlaşılması koşulunun yerindeliği ile bu kapsamda maddenin uygulamasının nasıl olacağı yönünde farklı görüşler savunulmuştur.

*Doğan Yenisey*, TBK m. 394/III hükmünün lafzını eleştirirken, geçersizliğin sonradan anlaşılması koşulunun benimsenmesi halinde, küçük işçiler bakımından geçersizliğin sonradan anlaşılması söz konusu olmadığından maddenin uygulama bulmaması sonucunun ortaya çıkabileceğine işaret etmektedir. Bu durumda işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi ile örtüşmeyen bir durumun ortaya çıkacağına dikkat çeken yazar maddenin uygulamasının tartışmalara sebep olacağını ifade etmektedir<sup>100</sup>.

*Güneş ve Mutlay*’a göre, madde metninde yer verilen bu koşula rağmen taraflar bilsin veya bilmesin yürürlüğe girmiş ve taraflar arasında uygulanmış bir iş sözleşmesinin geçersizliği her halükarda ileriye yönelik olarak hüküm doğurur. Zira iş sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşme olup sözleşmenin baştan itibaren ge-

<sup>99</sup> Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM, Dönem: 23 Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 321, 169-170.

<sup>100</sup> *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 303. Yazar başka bir yayınında isabetli olarak İş Hukukunda yasaklayıcı normların yaptırımının her zaman geçersizlik olmadığını belirtmektedir, Sosyal Kamu Düzeni, 50.

çersiz sayılması uygulamada tasfiye sorunlarının ortaya çıkmasına sebep olacaktır<sup>101</sup>. Bu sorunların ortaya çıkmasını engellemek için *Caniklioğlu* da hükmün yorumlanmasında işçiyi koruma amacından hareket edilmesi ve 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki esasların benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>102</sup>.

Doktrinde *Soyer*, Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden tasarı hakkında yazdığı bir makalesinde *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşulunun isabetli olmadığını ifade ederken, fıkranın şu şekilde değiştirilmesi gerektiğini belirtmiştir: “*Geçersiz iş sözleşmesi, ortadan kaldırıluncaya kadar, geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Bununla birlikte, akdin geçersizliğini bilen veya bilebilecek durumda olan işverenin geçersizlik itirazı hukuku korunmaz. Hukuki ilişkiye sonuç bağlanmasının hukuk düzeni tarafından hiçbir şekilde caiz görülemeyecek olduğu haller saklıdır.*”<sup>103</sup>.

*Caniklioğlu* ve *Arslan Ertürk* de *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşulunun madde metninden çıkarılması gerektiğini savunmakla<sup>104</sup> birlikte *Caniklioğlu* yukarıda da belirtildiği gibi, Kanunda değişiklik yapılsa da işçi lehine yorum ile işçinin iş sözleşmesi yapılırken durumu bilmesi halinde dahi geçersizliğin ileri etkili sonuç doğurduğunun kabulü gerektiği görüşünü ileri sürmektedir<sup>105</sup>. *Yüreklî* de benzer bir yaklaşımla *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşulu aranmaksızın iş sözleşmesinin ortadan kaldırılmasına kadar geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul edilmesi gerektiği savunmaktadır. Ayrıca yazar, iş sözleşmesinin geçersizliğini bilen veya bilebilecek durumda olan işverenin geçersizlik itirazının korunmayacağını da belirtmektedir<sup>106</sup>. *Narmanlıoğlu* da iş sözleşmesinin geçersizliğinin tespit edildiği ana kadar geçerli bir iş sözleşmesi varmış gibi kabul edilmesi gerektiğini savunurken işin ifasını kabul ederek bundan yarar sağlayan işverenin sonradan sözleşmenin geçersizliğini geçmişe etkili olarak talep

<sup>101</sup> *Güneş/Mutlay*, Genel Hizmet Sözleşmesi, 237. *Doğan Yenisey*'e göre, bu görüş cazip görünmekle birlikte açık madde hükmünün göz ardı edilmesine yol açacaktır, Hizmet Sözleşmesi, 303.

<sup>102</sup> *Caniklioğlu*, Türk Borçlar Kanunu, 82. Ayrıca Yargıtayın da benzer yönde değerlendirmeler yaptığı kararları mevcuttur: “*Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 18.06.1958 tarih ve 20/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre iş sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkilerinde geçersizlik geçmişe değil, ileriye etkili şekilde sonuç doğurur. Bu ilke 11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddenin üçüncü fıkrası ile kanuni bir kural haline gelmiş bulunmaktadır.*”, Yarg. 22. HD, 13.07.2012, E. 2011/12951, K. 2012/16944; Yarg. 22. HD 16.05.2012, E. 2011/18524, K. 2012/9992, Kazancı İçtihat Bankası.

<sup>103</sup> *Soyer*, Polat: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın “*Genel Hizmet Sözleşmesi*”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 149-167, 152-153; benzer yönde, Süzek, 328, dn. 84.

<sup>104</sup> *Arslan Ertürk*, Arzu: “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Sempozyum No. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, 533-559, 539.

<sup>105</sup> *Caniklioğlu*, Türk Borçlar Kanunu, 82.

<sup>106</sup> *Yüreklî*, Alt İşveren, 27. Yazar, TBK m. 394/III'ün uygulanmasında İş Kanununa tabi iş ilişkilerinin geçersizliği üzerinde durmuştur.

etmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığını belirtmektedir. Ancak yazar maddenin anlatımının berrak ve başarılı olmadığını belirtirken “geçersizliğin sonradan anlaşılın” ibaresinin önceden bilinen geçersizlik durumunu dışarıda bıraktığını ifade etmektedir<sup>107</sup>.

*Süzek*, TBK m. 394/III hükmü ile iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili olmasının işçi tarafından durumun bilinmemesi koşuluna bağlanmasının İş Hukukunun niteliği ve koruma amacıyla örtüşmediğinden hareketle İş Kanuna tabi iş sözleşmeleri bakımından uyarılama gereği ortaya çıktığını savunmaktadır. Yazar bu bağlamda TBK m. 394/III hükmünün iş ilişkilerine aynen uygulanmamasının ve *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşulu aranmaksızın geçersiz iş sözleşmesi ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağıının kabulü gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak, Türk Borçlar Kanununa tabi iş sözleşmeleri bakımından farklı bir değerlendirme yapmaktadır. Yazar, bu sözleşmelerin ileri etkili sonuç doğurması için TBK m. 394/III hükmünün açıklığı karşısında *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşulunun aranması gerektiğini savunmaktadır<sup>108</sup>.

*Mollamahmutoğlu ve Astarlı*, TBK m. 394/III hükmünün iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili olması yönünde genel kabule uygun olarak düzenlemenin yerinde olduğunu belirtirken, sözleşmenin geçersizliğini bilmekle birlikte iyiniyetle işini ifa eden işçinin, geçersizlik ileri sürülünceye kadar iş sözleşmesi geçerliymişçesine iş ilişkisinden doğan işçilik haklarından yararlanmaya devam edeceğini savunmaktadır. Yazarlar, TBK m. 394/III’ün mehz hüküm olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 320/III hükmüne göre yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Buna göre, iyiniyet koşulu, işin yapılmasında aranmalı, iş ilişkisinin mevcudiyeti için aranmamalıdır<sup>109</sup>.

Aşağıda mehz Kanun hükmünü ve bu hükmeye ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararları ile öğreti görüşlerini incelerken de açıklayacağımız üzere, gerekçede, Kanunda kullanılan “Geçersizliği sonradan anlaşılın hizmet sözleşmesi” ibarelerine ilişkin olarak yer verilen açıklamalar, hükmün düzenleniş amacı, mehz Kanundaki düzenleme ve gerekçedeki diğer açıklamalarla uyumlu değildir. Bu açıdan Kanun metninde de yer almayan bu açıklamaların dikkate alınmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Her şeyden önce m. 394/III hükmünde yanlış anlaşılmalara sebep olacak tarzda “Geçersizliği sonradan anlaşılın hizmet sözleşmesi” ibarelerinin kullanılması isabetli olmamıştır. Aşağıda açıklanacağı üzere, mehz Kanunda, sonradan geçersiz olduğu ortaya çıkan bir iş sözleşmesine dayalı olarak anlamına gelecek şekilde, “auf Grund eines Arbeitsvertrages, der sich nachträglich als ungültig erweist” ifadeleri kullanılmıştır. Burada anlatılmak istenen, hakkında bir geçersizlik nedeni bulunan,

<sup>107</sup> *Narmanlıoğlu*, 247.

<sup>108</sup> *Süzek*, 326-328.

<sup>109</sup> *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, 496; aynı yönde *Urbanoğlu İstar*, 225.

tarafar arasında yapılmış ve uygulanmakta olan bir iş sözleşmesinin sonradan geçersiz olduğunun ileri sürülmesi/ortaya çıkması durumundaki hukuki sonucu açıklamaktır. Nitekim, TBK m. 394 hükmünün gerekçesinde, daha isabetli bir çeviri olarak, “İşçi, geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir sözleşme gereğince işveren için bir iş gördüğü takdirde; sözleşmenin her iki tarafı da, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle hizmet ilişkisine son verilinceye kadar, geçerli bir sözleşme varmışçasına, hizmet ilişkisinden doğan borçlarını ifa etmekle yükümlüdür.” ifadelerine yer verilmiştir.

Öte yandan, gerekçede, “Maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 320 nci maddesi göz önünde tutulmuş; ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek, bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan, “iyiniyetle işgörme” koşuluna Tasarıda yer verilmemiştir.”<sup>110</sup> denilerek, düzenlemenin mehz hükümden farklı olarak iyiniyet kavramından bağımsızlaştırıldığı açıkça ortaya konulmuştur. Yine Tasarının Genel Gerekçesinde, “Tasarının, ‘818 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Değişiklikleri ve Yenilikleri’ başlığı altında, 393 üncü maddenin son fıkrasına ‘...’ hükmü eklenerek, işçilerin menfaati korunmuştur.” denilmiştir<sup>111</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 394/III hükmünde, iş görme ediminin iyiniyetli ifası koşulu aranmaması isabetli olmuştur<sup>112</sup>. Gerçekten, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, “iyiniyetle ifa” koşuluna yer verilmemesi işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesinin gereğidir. Türk Medeni Kanunu m. 3 ve İsviçre Medeni Kanunu m. 3 hükmüne göre iyiniyet, genel olarak durumun gerektirdiği tüm özeni gösterdiği halde, bu hakkın kazanılmasına veya başka bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ilişkin bir hukuki eksikliğin varlığının farkında olmamak şeklinde tanımlanabilir<sup>113</sup>. Türk Medeni Kanunu (ve İsviçre Medeni Kanunu) m. 3 hükmünde, Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olanın iyiniyetin varlığı (f. I) olduğu belirtilirken durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı ifade edilmiştir (f. II). Buna göre, sadece hukuki eksikliği bilen değil bilmesi gereken de iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır. Bu şekilde sübjektif nitelikteki iyiniyetin varlığının kabulünde bir bakıma objektif bir esas aranmaktadır<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM, Dönem: 23 Yasama Yılı: 3 , S. Sayısı: 321, 170.

<sup>111</sup> Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM, Dönem: 23 Yasama Yılı: 3 , S. Sayısı: 321, 17.

<sup>112</sup> *Soyer*, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, 152; *Aynı Yazar*: “Genel Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 15. Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, İstanbul 2012, 165-208, 167-168; *Arslan Ertürk*, Yeni Türk Borçlar Kanunu, 538. İyiniyetli ifa koşuluna ilişkin İsviçre Hukukundaki tartışma için bkz. *Soyer*, Yeni Türk Borçlar Kanunu, 168, dn. 153.

<sup>113</sup> Doktrindeki iyiniyet tanımları için bkz. *Akkanat*, Halil: **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, İstanbul 2010, 31 vd.; *Oğuzman*, Kemal/*Barlas*, Nami: **Medeni Hukuk**, İstanbul 2013, 241.

<sup>114</sup> *Akipek*, Jale G./*Akıntürk*, Turgut/*Ateş Karaman*, Derya: **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul 2011, 161; *Akkanat*, 18; *Oğuzman/Barlas*, 233; benzer yönde, bkz. *Serozan*, Rona: **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul 2013, 260.



Mehaz hüküm olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 320 hükmündeki gibi Türk Medeni Kanunu m. 394/III'te de “iyinietli ifa” koşulu aransaydı özellikle çalışma yasakları bakımından çalıştırılmasının yasak olduğunu bilen veya bilebilecek durumda olan kişiler hakkında TBK m. 394/III hükmü uygulanmayabilecekti. Başka bir ifadeyle çalıştırılmasının yasak olduğunu bilmesi gereken (gerekli özeni göstermiş olsaydı bilebilecek durumda bulunan) kişilerin, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili olarak hüküm doğurması imkanından yararlanması mümkün olmayabilecekti. Çünkü TMK m. 3/II hükmüne göre, “*durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniet iddiasında bulunamaz.*”

Görüldüğü gibi, kanun koyucu geçersiz iş sözleşmelerinde işçilerin menfaatinin koruyacak bir düzenleme getirmek amacıyla hareket etmiş ve İsviçre Borçlar Kanunu’nu esas aldığı bu düzenlemede, mehaz hükümden farklı olarak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesini üstün tutarak iyinietle ifa koşuluna yer vermemiştir. Ancak tüm bu anlatılanlarla uyumsuz bir şekilde ve salt mehaz hükmün isabetli olmayan çevirisine dayanarak, aynı gerekçede, işçinin sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmesi halinde, iyinietli sayılmayacağı ve geçersizlik sonradan anlaşılmadığı için bu hükümden yararlanamayacağı belirtilmiştir<sup>115</sup>. Kanun koyucunun iyinietini aramadığını, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesini daha üstün tuttuğunu açıkça belirtmesi karşısında, işçinin sözleşmenin geçersizliğini bilip bilmemesinin bir önem taşımadığı kanaatindeyiz. Aksi kabul edilerek, işçinin geçersizliği bilmesi durumunda bu hükümden yararlanamayacağı söylenirse, iyinietle ifa koşuluna yer verilmemiş olmasının sonucu da açıklanamayacaktır. Bu sonucu, sadece sözleşmenin geçersizliğini baştan yani sözleşmenin kurulmasından itibaren bilen işçilerin düzenlemeden yararlanamayacağı, geçersizliği başlangıçta bilmemekle birlikte iş ilişkisinin kurulmasından sonra iyinietini kaybeden işçilerin ise düzenlemeden yararlanabileceği şeklinde açıklamanın tutarlı olmayacağı kanısındayız. Nitekim, İsviçre Hukukunda gerek başlangıçtaki gerek sözleşmenin devamı sırasındaki bilgi durumu, işçinin iyinietli olması koşulu kapsamında incelenmektedir<sup>116</sup>.

Esasen, aşağıda açıklanacağı üzere, İsviçre Hukukunda, işçinin geçersizliği bilip bilmemesi kapsamındaki tartışmaların sebebi Kanunda kullanılan, sonradan geçersiz olduğu ortaya çıkan bir iş sözleşmesine dayalı olarak anlamındaki, “auf Grund eines Arbeitsvertrages, der sich nachträglich als ungültig erweist” ibareleri

<sup>115</sup> İyinietli ifa koşuluna kanun metninde bilinçli olarak yer verilmemesine rağmen madde gerekçesinde iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilen işçinin iyinietli olmaması sebebiyle geçersizliğin ileri etkili hüküm doğurmasına ilişkin bu düzenlemeden yararlanamayacak olduğunun belirtilmesi doktrinde “inanılmaz” bir çelişki olarak nitelendirilmektedir. Bu konuda bkz. *Soyer*, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, 152; Aynı Yazar, Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri, 168; *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 303; *Süzek*, 324, dn. 73; *Arslan Ertürk*, Yeni Türk Borçlar Kanunu, 539; benzer yönde *Mollamahmutoglu/Astarlı*, 496; *Urhanoglu İstar*, 223.

<sup>116</sup> *Stahelin*, Adrian: Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, 4. Auflage, Zürich 2006, OR 320, N. 30; *Streiff/von Kaenell Rudolph*, OR 320, N.11.

değil; kanun koyucumuzun işçinin emeğini üstün tutarak aramadığı, işçinin iyiniyetle iş görmesi anlamındaki “Leistet der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit” ibareleridir<sup>117</sup>. Üstelik, iyiniyetle ifa koşulunun arandığı İsviçre Hukukunda dahi, salt işçinin iş sözleşmesinin geçersizliğine yol açan nedeni bilmesi, -işverenin de bu durumu bilip bilmemesinden bağımsız olarak- Federal Mahkeme kararlarında işçinin bu hükümden yararlanmasına engel görülmemektedir. Başka bir deyişle, böyle bir durumda da, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ex nunc sonuç doğuracağı kabul edilmektedir. Aşağıda bu konu üzerinde durulacaktır.

## **b. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 320/III Hükümü ve Uygulaması**

### **aa. Yasal Düzenleme ve Öğreti Görüşleri**

Maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere, TBK m. 394/III hükümü, TBK'nın hizmet sözleşmesine ilişkin diğer pek çok hükmünde olduğu gibi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri esas alınarak düzenlenmiştir. İsv. BK m. 320/III'e göre, “*İşçi, sonradan geçersiz olduğu ortaya çıkan bir iş sözleşmesine dayalı olarak işverene bağımlı bir şekilde iyiniyetle iş gördüğü takdirde; sözleşmenin geçersizliği sebebiyle biri veya diğeri tarafından sözleşmeye son verilinceye kadar, her iki taraf da iş ilişkisinden kaynaklanan borçlarını geçerli bir sözleşme varmış gibi aynı şekilde ifa etmekle yükümlüdür*”.

Görüldüğü gibi, TBK m. 394/III'ün mehazı olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 320/III hükmünde, işçinin bu hükümden yararlanabilmesi için, geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir iş sözleşmesi çerçevesinde iyiniyetli olarak iş görme borcunun ifa edilmesi koşulu aranmaktadır. İsviçre Hukukunda, işçinin sözleşmenin geçersiz olduğunu bilip bilmemesine ve bu bilgi durumunun geçersizliğin hangi andan itibaren sonuç doğuracağına etkisine ilişkin tartışmalar da tamamen bu koşul nedeniyle yapılmaktadır. Yoksa, hükümden sonradan geçersiz olduğu ortaya çıkan bir iş sözleşmesinden söz edilmiş olması nedeniyle değil<sup>118</sup>. Başka bir açıdan değerlendirildiğinde, iş sözleşmesinin geçersizliğinin hangi andan itibaren sonuç doğurduğu, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ortaya çıkması ile ilgili değil, işçinin iyiniyetle ifasının ne zamana kadar sürdüğü ile ilgilidir.

Belirtelim ki, İsviçre Borçlar Kanunu m. 320/III hükümü, Kanuna 1972 yılında eklenmiş olup, önceki dönemde, geçersiz iş sözleşmelerinden kaynaklanan problemler, sebepsiz zenginleşmenin veya bir haksız fiilin varlığı kabul edilerek çözülmüştür<sup>119</sup>. Sürekli borç ilişkilerinin belirtilen kurumlar çerçevesinde tasfiyesinin

<sup>117</sup> *Portmann*, Wolfgang; in *Basler Kommentar*, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011, OR 320, N. 24; *Streiff von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N. 11; *Geiser/Müller*, Rn. 295; *Portmann, Wolfgang/Stöckli*, Jean-Fritz: *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Zürich 2007, N. 125.

<sup>118</sup> *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 24; *Streiff von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.11.

<sup>119</sup> *Streiff von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.8; ayrıca bkz. *Geiser/Müller*, Rn. 295.

yarattığı güçlükler, düzenlemeye 1972 yılında eklenen bu hükümlerle geçersizliğin ileriye etkili (ex nunc) olarak kabul edilmesi suretiyle aşılacak istenmiştir. Bu düzenleme sayesinde işçinin aldığı ücreti iade etmesine ve işverenin ifa edilmiş olan iş görme ediminden sağladığı yararların karşılığı olarak işçi için bir tazminat belirlenmesine gerek kalmadığı belirtilmektedir<sup>120</sup>.

İsviçre Hukukunda m. 320/III’te düzenlenen sonucun kabulü için dört koşulun gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir: (i) iş sözleşmesinin kurulması, (ii) bu iş sözleşmesinin geçersiz olması, (iii) işçinin kötünietli olmaması ve (iv) geçersiz olan bu sözleşme nedeniyle iş görme ediminin ifa edilmiş olması. Şayet sözleşmenin geçersizliği henüz işçi işe başlamadan ileri sürülürse, bu takdirde geçersizlik baştan itibaren (ex tunc) söz konusu olacak ve bu konuda genel kurallar uygulanacaktır<sup>121</sup>. Görüldüğü gibi, koşullar arasında sözleşmenin geçersizliğin sonradan anlaşılması gibi bir koşul bulunmamaktadır. Şüphesiz geçersizliğin baştan bilinip bilinmediği hususuna İsviçre Hukukunda da sonuç bağlanmaktadır. Ancak, bu tartışmalar Kanunda aranan işçinin iyiniyetli olması koşulu kapsamında yapılmaktadır.

İncelememiz açısından önem taşıyan işçinin iyiniyetli olması koşulu açısından İsviçre Hukukunda, üçüncü fıkradaki bu yeni düzenlemenin işçinin durumunu iyileştirmek amacıyla getirildiğinden ve işçinin kural olarak iyiniyetli sayılacağından hareket edilmesi gerektiği ancak iş sözleşmesinin geçersizliğine kötünietli olarak kendisi neden olan işçinin bu korumadan yararlanamayacağı belirtilmektedir<sup>122</sup>.

Hukukumuzdan farklı olarak işçinin iyiniyetli olmasını arayan düzenlemenin kapsamı konusunda öğretide değişik görüşler bulunmaktadır. Buradaki iyiniyet açısından İsv. MK m.3/II hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı, yani işçinin gerekli özeni göstermesi durumunda geçersizliği bilebilecek durumda olmasının kötünietli kabul edilmesi için yeterli olup olmayacağı tartışmalıdır<sup>123</sup>. Şayet işveren işçinin iyiniyetli olduğuna ilişkin karinenin aksini ispat edebilirse, iş sözleşmesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye edilecektir<sup>124</sup>. İşçi başlangıçta iyiniyetli olmakla birlikte, işe girdikten sonra bu iyiniyetini kaybederse, bu tarihten sonraki çalışması için sözleşmeden kaynaklanan taleplere hak kazanamayacaktır<sup>125</sup>.

<sup>120</sup> *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.8; *Portman/Stöckli*, N. 129.

<sup>121</sup> *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.8; *Geiser/Müller*, Rn. 298.

<sup>122</sup> *Geiser/Müller*, Rn. 296; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N. 11; *Staehein*, N. 30.

<sup>123</sup> Bu konudaki tartışmalar için *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N. 11; *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 24.

<sup>124</sup> *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 24; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N. 11.

<sup>125</sup> *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.11. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin iyi ya da kötünietli olmayacağı gerekçesiyle, iş sözleşmesinin işçinin ayırt etme gücüne sahip olmaması nedeniyle geçersiz olduğu durumlarda, iyi niyet koşulunun aranmaması hakkında bkz. *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.11. Bu konuda ayrıca bkz. *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 303; *Akkanat*, 30

Kanunda düzenlenmemiş olan iş sözleşmesinin her iki tarafının da geçersizliğe yol açan nedeni bilmesi ihtimali ile ilgili olarak, inceleme konumuzu oluşturan yaş küçüklüğü sebebi ile çalışması yasak olan kişiler örnek verilmekte ve bu durumda da m. 320/III hükmünün uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, işçi iyiniyetli olmamakla birlikte işveren de aynı şekilde iyiniyetli değildir ve bu nedenle iş sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi İsv. BK m. 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırı olacaktır<sup>126</sup>.

#### **ab. Federal Mahkemenin Konuya İlişkin İçtihadı**

İsviçre Federal Mahkemesi, İsv. BK m. 320/III'ye ilişkin kararlarında, oldukça işçi lehine bir tutum izlemekte ve mümkün olduğunca m. 320/III hükmünün uygulanması, yani geçersizliğin ileriye etkili sonuç doğurması yönünde kararlar vermektedir. Federal Mahkeme'nin konuya ilişkin bir kararında bu konuda öğreti görüşlerine de yer verilerek ayrıntılı açıklamalarda bulunulmuştur. Mehz hükümde Hukukumuzdan farklı olarak iyiniyetle ifa koşulu aranmasına rağmen, İsviçre Hukukunda geçersizliğin baştan itibaren kabulünün oldukça sınırlı durumlarda söz konusu olduğunu göstermesi açısından söz konusu karara değinmekte fayda görüyoruz.

Karara konu olayda, davacı A.C., 1976-1986 yılları arasında çalıştığı işyerinin C. AŞ'ye devrini müteakip 31.03.2001 tarihine kadar otuzun üzerinde işçinin amiri olarak bu işyerinde çalışmıştır. Davacı A.C., 1999 yılına kadar çalışma belgelerini düzenlemekle de görevli iken, bu tarihten itibaren aynı işyerinde çalışan kardeşi D.C. bu konuda görevlendirilmiştir. Davacı şirketten ayrıldığında kardeşleri D.C. ve P.C. kendisine 01.06.2000 tarihli bir çalışma belgesi vermişlerdir. Ancak davacı belgeyi beğenmeyerek daha iyi bir belge düzenlenmesi amacıyla mahkemeye başvurmuştur. Davacı, (davalı) X Kooperatifindeki müdürlük pozisyonuna başvurduğunda, mahkeme henüz sonuçlanmamıştır. Bununla birlikte, davacı A.C., işe başvuru evraki arasında kardeşleri tarafından düzenlenen 01.06.2000 tarihli çalışma belgesini değil, kendisinin hazırlayıp eşinin imzaladığı 08.05.2000 tarihli bir çalışma belgesini sunmuştur. Bu çalışma belgesinde, davacı hakkında ne C. AŞ tarafından düzenlenen 01.06.2000 tarihli ne de iş mahkemesinin 09.12.2002 tarihli kararında düzenlenmesi öngörülen çalışma belgesinde yer alan üstün özelliklere yer verilmiştir. Davacı 07.08.2000 tarihli iş sözleşmesi ile işletme müdürü olarak işe alınmıştır.

Davalı X Kooperatifi 29.06.2001 tarihinde davacının iş sözleşmesini süreli fesih bildirimini ile feshetmiştir. 2001 yılı Ağustos ayı başında davalı işveren, C. AŞ'nin düzenlediği 01.06.2000 tarihli çalışma belgesinden haberdar olmuş ve bu belgede kendisine sunulan belgeden farklı hususların olduğunu tespit etmiştir. Bunun üzerine davalı işveren, 13.09.2001 tarihli yazı ile davacıya feshedilen iş sözleşmesinin bağlayıcı olmadığını bildirmiştir.

<sup>126</sup> *Geiser/Müller*, Rn. 297; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.11; *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 24.

Davacı 24.06.2002 tarihinde Ağustos ila Kasım aylarının ücreti ve 13. aylığın kistelyevm usulü ile hak ettiği kısmı için 21.443 Frank talepli bir dava açmıştır. İş mahkemesi, davalının iradesi sahte çalışma belgesi ile fesada uğratılmasaydı sözleşmeyi bağtılamayacağını kabul etmekle birlikte, m. 320/III'e dayanarak davacıya Ağustos ayından işverenin sözleşme ile bağlı olmadığını açıkladığı 13 Eylül 2001 tarihine kadarki ücreti ve 13. aylığı için 14.741 Frank ödenmesine karar vermiştir.

Aargau Kantonu Yüksek Mahkemesi, 30.06.2005 tarihli kararında, işçinin işvereni hile ile yanılttığı konusunda iş mahkemesinin görüşünü benimsemiş, ancak davacı işçinin iş görme borcunu iyiniyetle ifa etmiş olmadığını, bu nedenle m.320/III'ün uygulanamayacağını kabul etmiştir. Buna göre, hile ile sözleşmenin yapılmasını sağlayan davacı en azından olası kasıt ile hareket etmiştir. Bu sebeple, sözleşmenin iptali ex tunc sonuç doğuracak ve iş sözleşmesinin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde tasfiyesi gerekecektir. Davacı bu hükmü temyiz etmiştir. Bunun üzerine İsviçre Federal Mahkemesi, 23.11.2005 tarihli kararında:

*“4.1 Kural olarak, irade fesadına uğrayan tarafça iptal edilen sözleşme ex tunc geçersizdir. İfa edilmiş edimlerin iadesi gerekir. Aynı edimler açısından aynı talep (vindikasyon) ilkesi, diğerleri açısından sebepsiz zenginleşme kuralları uygulanır. Burada sözleşmeye dayalı bir tasfiye ilişkisinin bulunduğundan hareket etmek gerekir...*

*4.2 Sürekli bir borç ilişkisinin aynı talep ilkesi ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyesi her halükarda önemli uygulama sorunlarının ortaya çıkmasına neden olur, hatta bazen buna imkan olmaz. Bu nedenle, Kanunda m. 320/III hükmünde iş sözleşmesi için bir istisna öngörülmüştür. Federal Mahkeme bu hükmün tüm sürekli borç ilişkileri açısından uygulanacağını kabul etmiştir (BGE 129 III 320)... Bu hükme göre, iş ilişkisinin iptali tıpkı bir fesih gibi ileriye etkili (ex nunc) sonuç doğuracaktır.*

*4.2.1 Madde 320/III hükmünün uygulanabilmesinin ilk koşulu, bağtlanan iş sözleşmesinin geçersiz olmasıdır. Dava konusu olayda işçinin işverenin iradesini hile ile fesada uğratması sonucu bu koşul gerçekleşmiştir. Hükmün uygulanabilmesi için ayrıca işçinin işe başlamış olması gerekir. Bu koşul da gerçekleşmiş olup, davacı 07.08.2000 tarihli sözleşmeye dayanarak işletme müdürü sıfatıyla bir yılı aşkın süre çalışmıştır. Son olarak, hükmün uygulanabilmesi için işçinin iş görme edimini iyiniyetle ifa etmiş olması gerekir. Somut olayda da, davacının davalıya karşı iş görme edimini iyiniyetle ifa edip etmediği uyumsuzluk konusunu oluşturmaktadır.*

*4.2.2 Aargau Kantonu Yüksek Mahkemesi esas olarak, davacının iş sözleşmesinin sona ermesine İsv. BK m. 28 anlamında hilesi ile sebep olduğu gerekçesiyle iyiniyet koşulunun gerçekleşmediğini ve bu nedenle m. 320/III'ten yararlanamayacağını kabul etmiştir. Davacı ise, buna karşı, “iş görme borcunu iyiniyetle ifa” koşulunun m.320/III'ün uygulanmasına engel olabilmesi için, işçinin sözleşmenin kurulması aşamasında sadece eksikliği bilmesinin yeterli olmadığını, buna ek olarak eksikliğin hukuki sonucunun sözleşmenin hukuken bağlayıcı olmadığı hususunda da bilgi sahibi olması gerektiğini ileri sürmüştür.*

**4.2.3** Geçersiz iş sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşme gibi işlem görmesi kuralı, sadece işçinin iyiniyetle iş görmüş olması halinde geçerlidir. Öğretide, MK m. 3/I uyarınca, iyiniyetin varlığının asıl olduğu konusunda görüş birliği mevcuttur... Buna karşılık, işçinin iyiniyetinin MK m. 3/II ışığında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda görüşler farklılaşmaktadır. Öğretinin bir kısmı, işçinin kendisinden beklenen özeni göstermesi durumunda eksikliği bilebilecek durumda olması halinde iyiniyete dayanamayacağını, işçinin kanunu bilmediğini ileri süremeyeceğini kabul etmektedir<sup>127</sup>. Öğretideki diğer görüş, sadece işçinin sözleşmenin geçersizliği hakkında bilgisi olduğunun ispatlanması halinde iyiniyete dayanılmayacağını kabul etmektedir. Bu görüşe göre işçi, somut olarak sözleşmenin hukuken bağlayıcı olmadığını ve böylece sözleşmeden kaynaklanan taleplerin söz konusu olmayacağını bilmelidir<sup>128</sup>.

**4.2.4** BK m. 320/III hükmünün yorumlanmasında, kanun koyucunun bu düzenleme ile iş ilişkilerinin tasfiyesini kolaylaştırmak istediğinden hareket edilmesi gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi, iş ilişkisinin geçersizliğinin geçmişe etkili (ex tunc) sonuç doğurması, uygulanması büyük güçlükler neden olacak hatta imkansız olabilecek şekilde, sözleşmenin aynı talep ilkesi ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyesine yol açacaktır. BK m. 320/III hükmünün ratio legis'i ise, her iki tarafça ifa edilmiş olan bir iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesine kadar tüm etkilerini doğurmasıdır. İş sözleşmesinin geçersizliğinin sonuçları ancak ve ancak ileriye etkili olarak yani taraflardan birinin buna dayanmasından itibaren uygulama alanı bulur. Çoğu zaman güçlükle uygulanabilen aynı talep ilkesi ve sebepsiz zenginleşme hükümleri yerine her iki taraf geçersizliğin ileri sürüldüğü ana kadar sözleşmeden kaynaklanan taleplere sahip olur. Salt iş ilişkisinin kolaylaştırılmış tasfiyesi dahi, BK m. 320/III hükmünün uygulanabilme koşullarının dar yorumlamamasını ve iyiniyetin varlığını kabul için ağır koşullar ileri sürülmemesini gerektirir.

Bunun dışında, işçinin iyiniyetle çalışıp çalışmadığının tespitinde MK m.3/II hükmünün uygulanmasının adil olmayan sonuçlara yol açabileceği dikkate alınmalıdır. İş sözleşmesinin geçersiz olduğu pek çok olayda, örneğin işçinin fiil ehliyetine sahip olmaması veya yasal çalışma yasaklarına aykırılık halinde, kural olarak, işçinin iş sözleşmesinin geçersizliğine yol açan sebebi bildiği veya en azından gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olacağından hareket edilebilir. Ancak öğretide, örneğin sözleşme konusu işi yapması mümkün olmayan bir genç veya geçerli çalışma izni olmadan çalışan bir yabancıdan da, iş sözleşmesinin geçersizliğine yol açan nedeni bilmesine veya

<sup>127</sup> *Jürg Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 13 zu Art. 320 OR; *Frank Vischer*, Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, 3. Aufl., Basel 2005, S. 82 f.; *Adrian Staehelin*, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, N. 34 zu Art. 320 OR; *Duc/Subilia*, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, N. 13 zu Art. 320 OR; *Gabriel Aubert*, Commentaire romand, CO I, Basel 2003, N. 5 zu Art. 320 OR). Federal Mahkeme kararının metninde atf yapılan öğreti görüşlerine, kararda yer aldıkları biçimiyle, dipnotlarda yer verilecektir.

<sup>128</sup> *Manfred Rebbinder*, Berner Kommentar, Bern 1985, N. 47 zu Art. 320 OR; *Bruno Pellegrini*, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willensmängeln, Diss. Zürich 1983, S. 161 ff., insbes. S. 165 f.

gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olmasına rağmen BK m. 320/III hükmünden yararlanabileceği konusunda birlik bulunmaktadır<sup>129</sup>. Bu tür durumlar da dikkate alınarak, **BK m. 320/III hükmünün şu şekilde yorumlanması gerekir: İşçinin sadece sözleşmenin kurulması aşamasında eksikliği bildiğinin değil, aynı zamanda bu eksikliğin hukuki sonucu olarak sözleşmenin hukuken bağlayıcı olmadığını bildiğinin somut olarak ispatlanması halinde Kanunda aranan işçinin iyiniyetli olması koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.**

Öte yandan, BK m. 320/III hükmünün tarihsel gelişimi de bu yorum biçimini doğrulamaktadır. Pellegrini'nin belirttiği gibi, Kanunu ihlal eden bir iş ilişkisinin geçmiş dönem için nasıl mevcut sayılacağı ve -geçerli bir iş ilişkisinin varlığından bağımsız olarak- işçinin sebepsiz zenginleşme talebi yerine ücret talep hakkı nasıl gerçekleştirilebileceği şeklinde iki sorunun yanıtlanması gerekiyordu. "İyiniyetle" ibaresinin kullanılmasının arkasında özel bir amaç bulunmamaktadır. Pellegrini, haklı olarak buradan, kanun metni haline gelen "iyiniyetle iş görme" ibarelerine sadece, işçinin sözleşmenin geçersizliğini bildiğinin somut olarak ispatlanması halinde BK m. 320/III hükmüne dayanamayacağı anlamı yüklemektedir.

**4.2.5** Özet olarak, işçi sadece sözleşmenin hukuken bağlayıcı olmadığını bildiğinin somut olarak ispatlanabilmesi durumunda BK m. 320/III hükmüne dayanamayacaktır. Böylece, sadece kanuna aykırılığın değil, aynı zamanda bunun hukuki sonucunun bilinmesi aranmaktadır. Bu çerçevede iyiniyetin korunmasının sınırı konusundaki genel kural olan MK m. 3/II İş Hukuku alanında uygulanma alanı bulunmamaktadır.

**4.3** Somut olayda, davacının bilinçli olarak kendisi tarafından hazırlanan ve eşi tarafından imzalanan bir çalışma belgesini kullandığı ve böylece davalının iş sözleşmesi kurmasını sağladığı ortaya konmuştur. Buna karşılık, yerel mahkeme kararını bozan kararda, davacının yaptığı hilenin hukuki sonuçlarını bildiği sonucu çıkarılabilecek herhangi bir tespit bulunmamaktadır. Davacının her iki tarafça aylarca ifa edilen iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz olduğunu bildiğini gösterebilecek herhangi bir bulgu bulunmamaktadır. Davacının hilesinin varlığı halinde hukuki sonucunu bildiği ispatlanamadığından, davacının sözleşme ile kararlaştırılan ücret karşılığında iş görme edimini yerine getirme hususunda iyiniyetli olduğu kabul edilmelidir. Aargau Kantonu Yüksek Mahkemesi'nin davacının, davalının sözleşme ile bağlı olmadığını açıkladığı 13.09.2001 tarihine kadarki ücret talebini reddederek BK m. 320/III hükmüne aykırı hareket etmiştir. Bu nedenle temyiz talebi kısmen haklı olup, davalı iş mahkemesinin 27.06.2003 tarihli kararına uygun olarak davacıya 14.741.20 Frank ödemekle yükümlü tutulmalıdır".

Görüldüğü gibi, Kanunda açıkça işçinin iyiniyetle iş görmesi koşulunu arayan İsviçre Hukukunda, Federal Mahkeme, sürekli borç ilişkilerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyesinin güçlüğü de dikkate alarak, işçinin geçersizlik nedenini bilmesine bağlı olarak geçersizliğin baştan itibaren sonuç doğurmasını

<sup>129</sup> *Streiff/Von Kaenel*, a.a.O., N. 11 zu Art. 320 OR; *Staehelin*, a.a.O., N. 35 zu Art. 320 OR; *Vischer*, a.a.O., S. 83; *Brühwiler*, a.a.O., N. 13 zu Art. 320 OR.

oldukça sınırlı durumlarda kabul etmektedir. Hatta bir kişinin sadece geçersizlik sebebini değil, bunun hukuki sonucu olarak sözleşmenin bağlayıcı olmadığını da bildiğinin ispatının güçlüğü de dikkate alındığında, baştan itibaren geçersizliğin, örneğin işçinin hukukçu olması gibi durumlar dışında, hiç uygulanmadığı sonucuna dahi varılabilecektir. Yüksek Mahkeme'nin buradaki yaklaşımı Hukukumuz bakımından da dikkate alınması gereken bir yaklaşımdır. Geçersiz iş sözleşmesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye etmek yerine, sözleşmeye dayalı taleplere öncelik verilmesi daha isabetli ve uygulanması sorunlara yol açmayan pratik bir yaklaşım olacaktır. Bu sonucun kabulü ile işçiye başkaca özel bir fayda da sağlanmış olmamaktadır. Zira, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesi halinde, sözleşme bir fesih beyanı ile sona ermediği için işçinin feshe bağlı haklar olan kıdem tazminatı ve ihbar tazminatından yararlanması veya işe iade davası açabilmesi söz konusu olmayacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi, Hukukumuzda işçinin emeğinin korunması ilkesi üstün tutularak İsviçre Hukukundaki tartışmalara neden olan iyiniyetle ifa koşuluna yer verilmemiştir. Buna rağmen, gerekçede sanki bu koşul Hukukumuzda da mevcutmuşçasına yer verilen açıklamaların uygulama açısından belirleyici olmaması gerekir. İş sözleşmesinin geçersizlik sebebini bilen işçiye sadece gerekçede belirtilen, işverenin de bu sebebi bilmesi hali ile sınırlı koruma sağlamak düzenlemenin amacı ile uyumlu olmadığı gibi, Hukukumuz açısından 1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile oluşan hukuki koruma düzeyi açısından da bir geriye gidiş anlamına gelecektir.

### c. İleriye Etkili Sonuç Doğuracak Geçersizliğin İleri Sürülmesinin Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu m. 394/III hükmü uyarınca iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesi ile birlikte sözleşme ileriye etkili olarak ortadan kalkacak ve tarafların bu sözleşmeden kaynaklanan borçları, yani işçinin iş görme işverenin de ücret ödeme borçları sona erecektir. Burada iş sözleşmesi bir fesih beyanı ile sona ermediğinden<sup>130</sup>, işçi ya da işveren feshe bağlı haklara sahip olmayacaktır. Örneğin, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin geçersizliğinin işçi tarafından ileri sürülmesi halinde işveren, İş Kanunu m. 17'ye aykırı hareket ettiği gerekçesiyle işçiden ihbar tazminatı talep edemeyecek; aynı durum işçi açısından da geçerli olacaktır<sup>131</sup>. Bu-

<sup>130</sup> İsviçre Hukukunda geçersizlik nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde fesih bildirim sürelerine uyulmasına gerek olmadığı yönünde, *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N. 12; *Geiser/Müller*, Rn. 295; *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 25. Alman Hukukunda aynı yönde, *Preis*, Ulrich : in *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz*, 4. Auflage, München 2012, 1. Teil, K. Rn. 1.

<sup>131</sup> İsviçre Hukukunda, işçinin hemen iş bulamaması nedeniyle uğradığı zararı duruma göre culpa in contrahendo kapsamında talep edilebileceği yönündeki görüş için bkz. *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 25; *Geiser/Müller*, Rn. 295; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N. 12. İş sözleşmesinin geçersizliğinin işe başlamadan önce ileri sürülmesi durumunda tarafların zararlarını aynı ilke kapsamında talep edebileceği yönünde, *Geiser/Müller*, Rn. 298.



nun gibi, geçersizliğin işveren tarafından ileri sürülmesi durumunda, işçi işverene bağlı olarak bir yıldan uzun süre çalışmış dahi olsa, iş sözleşmesi 1475 sayılı İş K. m. 14'te belirtilen hallerden biri nedeniyle sona ermediği için kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Aynı şekilde, bir fesih işlemi söz konusu olmadığından, işçinin işveren tarafından iş sözleşmesinin geçersiz olduğu gerekçesiyle sona erdirilmesinden itibaren bir ay içinde işe iade davası açma hakkı da söz konusu olmayacaktır<sup>132</sup>.

Buna karşılık, iş sözleşmesi, sözleşmenin geçersizliği ileri sürülmeksizin, kıdem tazminatına hak kazandıran bir fesih nedeni veya işçinin ölümü nedeni ile sona ermişse, işçi kıdem koşulunu da yerine getirmiş olmak kaydıyla, kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. İşçinin feshe bağlı olmayan hakları açısından ise, ileriye etkili olarak geçersiz olan iş sözleşmesinin geçerli bir iş sözleşmesinden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Örneğin, iş sözleşmesinin geçersizliği ileri sürüldüğünde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izinlerinin bulunması halinde, bunların karşılığının son ücreti üzerinden ödenmesi gerekir.

Belirtelim ki, işçinin iş güvencesi kapsamında oluşu, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesine engel değildir. Şüphesiz geçersizliğin ileri sürülebilmesi için bunun için geçersizlik sebebinin hala mevcut olması gerekir<sup>133</sup>. İnceleme konumuz açısından bakıldığında, yaş küçüklüğü nedeniyle iş sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürme hakkı, kanaatimizce işçinin kanunun aradığı yaşa ulaşmasına kadar söz konusu olup, bundan sonra sözleşme kurulurken işçinin gerekli yaşın altında olduğu ileri sürülerek iş sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi mümkün değildir<sup>134</sup>. Aynı şekilde, artık iş sözleşmesinin işçinin yaşının küçük olduğu dönemle sınırlı olarak da geçersiz olduğu sonucuna varılamayacaktır. İş sözleşmesinin işçinin kanunun aradığı yaş koşulunu tamamlamasından sonra feshedilmesi ve işçinin bu feshe bağlı olarak örneğin kıdem veya ihbar tazminatına hak kazanması halinde, işçinin aranan yaş sınırının altında kalan hizmet süresi de bu tazminatlara esas hizmet süresinin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Aynı ilke, örneğin iş güvencesi tazminatının miktarının tayini gibi işçinin hizmet süresinin esas alındığı tüm haklar açısından geçerlidir. Belirtelim ki, uygulamada Yargıtay'ın bu temel ilkelere uygun kararlarına rastlanıldığı gibi, bunlardan sapma niteliğinde isabetsiz kararlarına da rastlanmakta olup, aşağıda bu kararlar detaylı olarak değerlendirilecektir.

### 3. Konuya İlişkin Yargıtay İçtihadının Değerlendirilmesi

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2012 tarihli bir kararında, devamsızlık yaptığı tarih itibarıyla akıl hastası olduğu Adli Tıp Kurumu raporu ile sabit olan davacının

<sup>132</sup> Alman Hukukunda da işçi iş sözleşmesinin geçersizlik nedeniyle sona erdirilmesi halinde feshe karşı koruma hükümlerinden yararlanamamaktadır. Bu konuda bkz. *Müller-Glöge*, Rudi: in Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, 6. Auflage, München 2012, § 611 BGB, Rn. 639. İsviçre Hukukunda aynı yönde, *Portmann/Stöckli*, N. 128.

<sup>133</sup> *Portmann/Stöckli*, N. 128; *Geiser/Müller*, Rn. 295; *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 24.

<sup>134</sup> Aynı yönde, *Sümer*, 160.

iş sözleşmesinin TBK m. 394/III hükmü gereği davacının akıl hastalığına yakalanması ile ileriye etkili olarak geçersiz hale geldiği yönünde karar verilmiştir. Karara göre, “...İş sözleşmesi, kuruluşunda geçerlilik koşullarından birini taşımyorsa genel hükümlere göre yaptırımı geçersizdir. Geçersizlik, kural olarak, hukuki işlemi geçmişe etkili şekilde hükümsüz kulan bir yaptırım ise de, 30.09.1958 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 18.06.1958 tarih ve 20/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre iş sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkilerinde geçersizlik geçmişe değil, ileriye etkili şekilde sonuç doğurur. Bu ilke 11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddenin üçüncü fıkrası ile kanuni bir kural haline gelmiş bulunmaktadır. Buna göre, geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesi, iş ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu açıdan geçersizlik, taraflardan birinin öne sürdüğü andan itibaren geleceğe yönelik etkili olacaktır.”<sup>135</sup>.

Görüldüğü gibi, Özel Daire bu kararda 1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına atıfta bulunmuş ve bu kararda benimsenen ilkenin TBK m. 394/III ile kanun hükmü haline geldiğini açıklayarak, geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesinin iş ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağını belirtmiştir.

Oysa, ayırt etme gücünü sonradan kaybeden işçi bakımından *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşulu değil, geçersizliğin sonradan ortaya çıkması söz konusudur. Bu durumda TBK m. 394/III hükmünün uygulanması, hükmün lafzından hareketle değil, amaçsal yorum metodunun benimsenmesi ile mümkün olacaktır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2013 yılında verdiği başka bir kararda asgari çalışma yaşından önce çalışmaya başlayan bir işçi bakımından aynı yaklaşımın benimsenmemiş olması eleştiriye açıktır. Kararda çalışma yaşının kanuni alt sınırından önce iş sözleşmesi kurulma olanağı olmadığı belirtildikten sonra, kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde kurulan böyle bir iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz olduğunu sonucuna ulaşılmıştır.

Söz konusu karara göre, “...her ne kadar davacı tanıkları davacının 1996 yılından işyerinde çalışmaya başladığını beyan etmişlerse de, 01.02.1985 tarihinde doğmuş olan davacının 1996 tarihinde onbir yaşında olduğu görülmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 71. maddesinde, onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu, ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabileceği öngörülmüştür. Bu kurala göre çalışma yaşının alt sınırı ondört yaş olarak belirlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.04.1991 tarih 1991/9-107 esas sayılı kararında da belirtildiği üzere, ondört yaşından küçük çocuklarla iş sözleşmesi kurulma olanağı bulun[ma]maktadır.

<sup>135</sup> Yarg. 22. HD, 13.07.2012, E. 2011/12951, K. 2012/16944, Kazancı İçtihat Bankası.

*Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersizdir. Kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde yapılan hizmet sözleşmesi 4857 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalacaktır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, mahkemece hizmet süresinin 31.10.1996-14.09.2010 tarihleri arasında belirlenmesi isabetsizdir...<sup>136</sup>.*

Kararda atıfta bulunulan 1991 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre de “Küçüklerin belli bir yaştan önce çalıştırılmaları yasağını koyan iş Kanununun bu kuralları koruyucu nitelikte olup, kamu düzeni ile ilgilidir. Bu kurallar uyarınca, 15 yaşından ve kimi koşullarda hafif işlerde 13 yaşından küçük çocuklarla hizmet sözleşmesi kurulması olanağı yoktur. Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersizdir.”<sup>137</sup>.

Önemle vurgulayalım ki, söz konusu Hukuk Genel Kurulu kararı ve buna atıfta bulunan 22. Hukuk Dairesi kararı birçok yönden isabetsizdir. Her şeyden önce, Hukuk Genel Kurulu'nun Yargıtay Kanunu m. 45 uyarınca bağlayıcı nitelikteki İçtihadı Birleştirme Kararına aykırı karar vermiş olması yerinde değildir.

Özel Daire'nin kararına konu olayda da, davacının iş sözleşmesi 14.09.2010 tarihinde, yani davacı 25 yaş 7 ay 13 günlük iken feshedilmiştir. Davalı işveren, iş sözleşmesinin geçersiz olması nedeniyle sözleşme ile bağlı olmadığını davacının 14-15 yaşını doldurmasından önce ileri sürmemiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, geçersizliğin ileri sürülebilmesi için, ileri sürme anında geçersizlik sebebinin mevcudiyetini koruyor olması gerekir. Davacı kanunda aranan yaşa ulaştıktan sonra artık bu nedenle, ileriye etkili de olsa iş sözleşmesinin geçersiz kılınması mümkün değildir. Böyle bir durumda, kararda varılan sonucun aksine, işçinin gerekli yaş sınırının altında iken geçirdiği hizmet sürelerinin dışlanması uygulamasının yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Konunun 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı ile ilişkilendirilmiş olması da isabet taşımayan bir diğer yöndür.

Ayrıca, İş Hukuku mevzuatında asgari çalışma yaşı kural olarak 15, istisnaen 14 olarak öngörülmüşken söz konusu kararda 14 yaşından küçüklerle iş sözleşmesi kurulması olanağından bahsedilmesi istisnanın kural gibi yansıtılmasıdır. Gerçekten, küçüğün yaptığı işin hafif işler arasında olup olmadığına ve ilköğretimi tamamlayıp tamamlamadığına ilişkin değerlendirme yapılmadan 14 yaşın asgari çalışma yaşı olarak kabullenilmesi hukuka uygun değildir.

Özel Daire, yukarıda yer verdiğimiz 2012 tarihli kararında, 1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına ve bu kararda benimsen ilkeyi kanun hükmüne dönüştürdüğünü belirttiği TBK m. 394/III hükmüne atıfta bulunmuşken, daha sonrasında verdiği bu kararda söz konusu hüküm ve karara yer vermemiştir.

<sup>136</sup> Yarg. 22. HD, 21.05.2013, E. 2012/16405, K. 2013/11851, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 624-626.

<sup>137</sup> Yarg. HGK, 03.04.1991, E. 1991/9-107, K. 1991/168, Kazancı İçtihat Bankası; kararın eleştirisi için bkz. *Soyer*, Değerlendirme, 1-2; *Doğan Yenisey*, Değerlendirme, 16.

Öte yandan, kararda, kanunda belirtilen yaş sınırının altındaki kişilerle yapılan iş sözleşmelerinin baştan itibaren geçersiz olduğunun bir faraziyeymiş gibi belirtilmiş olması da isabetsizdir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kanaatimizce böyle bir iş sözleşmesinin geçersizliği, işçi henüz kanuni yaş sınırının altındayken ileri sürülmüş olsa dahi, ileriye etkili (ex nunc) olacaktır.

İşçilerin harcadığı emeğin korunması ilkesine iyiniyete oranla üstünlük tanınmasının benimsendiği bir hukuk sisteminde, küçük işçilerin emeğinin göz ardı edilmesi sonucunu doğuran aksi yaklaşımın isabet derecesi tartışmalıdır. Kurulan iş sözleşmesinin hukuken geçerli olup olmadığı ile ilgilenebilecek gelişmişlikte dahi olmayan, ruhi, fiziksel koşulları el vermemesine rağmen kendisinin veya ailesinin geçimini sağlamak zorunda kaldığı/bırakıldığı için çalışan çocukların asgari yaş sınırının altında geçen çalışma süresinin kıdemlerine dahil edilmemesi, çocuğun emeğinin hükmün ratio legis'ine aykırı olarak yok sayılması anlamına gelmektedir. Çocuk işçiliğinin sakıncaları ve önlenmesi gereği tartışma dışıdır. Ancak bu yasağa aykırı olarak çocuk işçi çalıştırılması halinde, geçersizliği baştan itibaren etkili kabul edip, hizmet süresini yok sayarak çocuğa emeğinin karşılığını vermemek bu amaçla hizmet etmekten çok, yasağa aykırı davranan işvereni ödüllendirmek sonucunu doğuracaktır.

Normun konulma amacına uygun olarak yorumlanıp uygulanması gerekir. Bu konuda tam ehliyetsizler hakkındaki bir İçtihadı Birleştirme Kararında yer verilen açıklamalar son derece önemlidir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 09.03.1955 tarihli kararına göre, "*Medeni Kanunun onbeşinci maddesindeki hükmün vazında asıl gaye ve maksadın Medeni hakları kullanmaktan gayri mümeyyizlik sebebiyle mahrum olan kimselerin korunması olduğu meydandadır (Züricîh şerhi tercümesi şahsın hukuku madde-Onsekiz No : Onüç ) şu halde bu kanun hükmünü, sevk gayesine münafi olarak, mümeyyiz olmıyanın aleyhine tefsir etmek, mesela, mümeyyiz olmıyan kimsenin alacağını temin etmek için yapılmış kefalet veya mümeyyiz olmıyan kimseye yapılan hibeyi muteber saymamak bu gayenin dışında kalan neticeler olacaktır. Bundan başka, mümeyyiz olmıyan kimsenin yaptığı bir iş akti, batıl sayıldığı takdirde iş veren, yalnız mamelekinde husule gelen zenginleşmeden dolayı bir miktar para verecek, mukavele edilen ücretle mülzem bulunmıyacaktır. Ayrıca bu kimseyi, iş akti hükümsüz olduğundan- İşçi Sigortalarından ve işçiyi koruyan diğer kanun hükümlerinden istifade ettirmemek vaziyeti hasıl olacaktır. Keza mümeyyiz olmıyan bir kimsenin satın aldığı piyango biletine ikramiye isabet etse, satış hükümsüz olduğu için, ikramiyenin de kendisine ait olmaması nitecesine varmak icabedecektir. Görülüyor ki, onbeşinci maddenin mümeyyiz olmıyan kimse aleyhine olarak dermeyan edilmesi, bu hükmün konması maksadına aykırı ve adil olmıyan neticeler doğurmaktadır.*"<sup>138</sup>. Öğreti de, ayırt etme gücü iş sözleşmesinin kurulması anında olmayan bir kişi bakı-

<sup>138</sup> Yarg. İBK, 09.03.1955, E. 1954/22, K. 1955/2, RG, 27.06.1955, 9039.

mından geçersizliğin ileri etkili olduğunun kabulü gerektiğini savunmaktadır<sup>139</sup>. Bu durum dürüstlük kuralının da bir gereğidir. Zira, baştan itibaren geçersizliği ileri sürme hakkının ayırt etme gücü olmayan işçiyi koruma amacından saptırılarak kullanılmasını, TMK m. 2/II hükmü engeller ve iş sözleşmesi tam ehliyetsiz biri tarafından yapılmış olmasına rağmen geçerli olur<sup>140</sup>.

Söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve buna paralel öğreti görüşü, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir küçük gibi, ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen kanunun çalışmayı yasakladığı yaştaki bir küçük ile yapılan iş sözleşmelerinin geçerliliği bakımından da dikkate alınmalıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 15. maddesinin ayırt etme gücüne sahip olmayan kimse aleyhine ileri sürülmesi, bu hükmün konulma amacına aykırı olduğu gibi, İş Kanunu m. 71 vd. hükümlerindeki küçüklerin çalışmasına ilişkin yasaklamaların küçük aleyhine ileri sürülmesinin de, küçüğü koruma amacına aykırı olduğu açıktır. Her iki durumun da adil olmadığı tartışma götürmeyecek bir gerçektir. Bu durum, uluslararası sözleşmeler ve Anayasadan kaynaklanan yükümlükler kapsamında küçük işçilerin emeklerinin korunması ilkesine de aykırıdır. Yine, baştan itibaren geçersizliği ileri sürme hakkının kanunun küçük işçinin emeğini koruma amacından saptırılarak kullanılması dürüstlük kuralına da aykırıdır. Tekrar hatırlatalım ki, İş Hukuku mevzuatındaki küçük işçilere yönelik yasaklayıcı ve sınırlayıcı düzenlemelerin amacı küçüklerin ekonomik sömürüye karşı korunmasıdır; sömürülen küçüklerin mağduriyetin artırılması değildir. Oysa söz konusu karar aksi bir tablo yaratmıştır.

## SONUÇ

Küçüklerin çalıştırılması bütün dünyada önlenmek istenmekle birlikte kısa vadede önlenmesi mümkün olmayan ve önleninceye kadar bazı küçüklerin uygun çalışma koşulları içinde çalışmasına razı olunan bir açmazdır. Konu hakkında uluslararası ve ulusal düzeyde birçok yasaklayıcı veya sınırlayıcı düzenleme olmasına rağmen ülkemizde ve çoğu ülkede küçüklerin ekonomik sömürüye maruz kaldığı bir gerçektir. Oysa, söz konusu düzenlemeler ile küçüklerin tehlikeli işlerde çalıştırılmamaları, çalışmalarının eğitimlerine zarar vermemesinin sağlanması ve sağlıklarını ve bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve sosyal gelişimlerini olumsuz etkilemeyecek şekilde çalıştırılmasının sağlanmasına yönelik düzenlemelerle küçüklerin erişkinlere göre farklı koşul ve durumlarda çalışmasının sağlanması amaçlanmaktadır.

Türk Hukukunda asgari çalışma yaşı ve küçüklerin çalıştırılmasında çalışma koşullarına ilişkin düzenlemeler ile küçük işçilerin korunması hedeflenirken mev-

<sup>139</sup> Nomer sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olan bir kişinin iş sözleşmesine dayalı olarak belirli bir süre çalışması halinde geçersizlik sebebi ortaya çıkıncaya kadar iş sözleşmesinin hüküm doğuracağını belirtmektedir. Yazar, TBK m. 394/III hükmüne yer vermeden bu sonuca ulaşmıştır *Nomer*, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, 41.

<sup>140</sup> *Dural/Öğüz*, 72-73.

zuatta farklı kanunlarla farklı esasların benimsenmesi hedeflenenin gerçekleşmesi önünde bir engel oluşturmaktadır. Mesela İş Kanununda asgari çalışma yaşı kural olarak 15, istisnaen 14 yaş olarak öngörülürken Deniz İş Kanununda çalışılan işe göre 16 veya 18 yaş kabul edilmekte, Basın İş Kanununa ve Türk Borçlar Kanununa tabi olarak çalışan küçükler bakımından ise Umumi Hıfzısıhha Kanununun uygulanması gereği kural olarak 12 yaş benimsenmektedir. Bu farklılıklar ne yapılan işin niteliğinden kaynaklanmaktadır, ne de öngörülen esaslar Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygundur.

Küçüklerin ağırlıklı olarak çalıştırıldıkları alanların Türk Borçlar Kanunu kapsamında olması ve dolayısıyla Umumi Hıfzısıhha Kanununun uygulanması, küçük işçilerin büyük ölçüde korunmaması anlamına gelmektedir. Yaratılan bu ülke tablosunda, mevzuat ile küçük işçilerin korunmasına ilişkin korumanın yetersiz olduğunu söylemek gerekir. Amaç doğrudur; ancak önemli bir araç niteliğindeki mevzuat mevcut haliyle bu amacı gerçekleştirme elverişli değildir.

İlk olarak, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin de gereği olarak hangi kanun kapsamında olduğuna bakılmaksızın, asgari çalışma yaşı tekrar düzenlenmeli ve küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin düzenlemelere yeknesaklık kazandırılmalıdır. Bu kapsamda, asgari çalışma yaşı tehlikeli işler haricinde kural olarak 15 yaş olarak benimsenmeli, tehlikeli işlerde ise 18 olarak öngörülmesi ve her halükarda küçüklerin çalışması zorunlu eğitimin tamamlama koşuluna bağlanmalıdır. Bu konuda zorunlu eğitimi tamamlama yaşı ile asgari çalışma yaşı arasında uyum sağlanması da büyük önem taşımaktadır. 2012 yılında yapılan mevzuat değişikliği ile zorunlu eğitimi tamamlama yaşının 13'e indirilmesi asgari çalışma yaşının da fiiliyatta 13'e inmesi sonucunu doğuracaktır. Bu durumun sıkıntılı olduğunu söylemeye dahi gerek yoktur. Yapılması gereken, zorunlu ilköğretimi tamamlama yaşının indirilmesi değil, bilakis asgari çalışma yaşı olan 15 yaşa yükseltilmesi idi.

Küçük işçilerin korunmasında en az mevzuat kadar önemli olan diğer husus, uygulamaya ilişkindir; mevzuattaki yasak ve sınırlamalara rağmen çalıştırılan küçüklerin emeklerinin korunması gerekmektedir.

Küçükler, gayet de tehlikeli işlerde çalıştırılmakta; çalıştırılmaları sonucunda eğitimleri zarar görmekte, sağlıkları ve/veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve/veya sosyal gelişimleri olumsuz etkilenmektedir. Biz de, çalışmamızda yasaklara ve sınırlamalara rağmen çalıştırılan küçüklerin iş sözleşmelerinin akıbeti tartıştık. Amacımız, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu hukuka aykırı durumu, başta uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ışığında küçüğün yararını gözeterek çözümlenmeye çalışmak olmuştur.

Bu kapsamda Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin çalışmamızda ayrıntılı olarak yer verdiğimiz 2013 tarihli kararı önemlidir; çünkü birçok yönden eleştirilecek niteliktedir. Söz konusu kararda, 11 yaşında çalıştırılmaya başlayan küçük ile asgari

çalışma yaşından önce “iş sözleşmesi kurulması olanağının olmaması” gerekçesiyle 14 yaşından önceki çalışmalarının yok sayılması küçüklerin çalıştırılması sorununa gözlerini kapamak olarak yorumlanabilir.

Özel Dairenin bu isabetsiz yaklaşımı, 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararına da terstir. Söz konusu içtihadı birleştirme kararında yerinde olarak iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili (ex nunc) olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Konu hakkında Türk Borçlar Kanununda (m. 394/III) yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Özel Daire, kararın ilişkin olduğu dönemde yürürlükte olmamakla birlikte, diğer kararlarında değinmesine rağmen bu kararında söz konusu düzenlemeden bahsetmemiştir. Bu düzenlemenin, kaleme alınışında özensizlik nedeniyle uygulaması öğretilerde tartışmalara sebep olsa da, mehzaz hüküm olan İsviçre BK m. 320/III hükmü dikkate alınarak yorumlandığında somut olayda iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili olduğu kabul edilmelidir.

Gerçekten, TBK m. 394/III hükmünün lafzında geçersizliğin ileri etkili sonuç doğurmasında *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşuluna yer verilmiştir. Yasak ve sınırlamalara aykırı olarak küçüklerin çalıştırıldığı durumlarda geçersizliğin sonradan anlaşıldığını söylemek ilk bakışta mümkün gözükmemektedir. Ancak, -varlığı kabul edildiği takdirde- bu koşulun uygulanması sorunlara yol açacaktır. Zira, bu koşul karşısında “geçersizlik kim tarafından anlaşılacaktır, geçersizliğin anlaşılması olması ne demektir, bunun tespiti nasıl olacaktır?” şeklinde sorular akla gelmektedir. Bu ve benzeri soruların cevaplandırılması kolay değildir. Hatta bu durumun mehzaz hükümde yer verilen “iyiniyetli ifa”nın ispatından dahi daha belirsiz bir tablo yarattığını söylemek yanlış olmaz. Madde gerekçesinde açıkça maddede işçinin emeğinin korunması amacıyla iyiniyetli ifa koşuluna yer verilmediği belirtmiştir. İşçinin geçersizlik nedenini bilip bilmemesi ise İsviçre Hukukunda, iyiniyetle ifa koşulunun aranması nedeniyle tartışılmaktadır. Yoksa kanun metninde geçersizliğin sonradan ortaya çıkması ibarelerinin bulunması nedeniyle değil. Öte yandan, Hukukumuzdan farklı olarak iyiniyetle ifa koşulunun aranmasına rağmen, Federal Mahkeme, bu koşulu oldukça dar yorumlamakta ve işçinin sadece geçersizlik nedenini değil, bunun doğurduğu hukuki sonucu da bildiğinin ispatlanması durumunda geçersizliğin geçmişe etkili olduğunu kabul etmektedir. Bu kapsamda İsviçre Federal Mahkemesinin ve öğretisinin yaklaşımı Hukukumuz bakımından da dikkate alınmalı; iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkisi (ex nunc) bakımından ağır koşulların varlığı kabul edilmemelidir.

Küçüğün iş görme edimini ifa etmeye başladığı durumlarda iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesi halinde iş sözleşmesinin ileri etkili olarak sona erdiği kabul edilmeli, asgari çalışma yaşından küçükken yapılan çalışma da geçerli bir çalışma olarak işçinin kıdemine dahil edilmelidir. Aksi durum, yasağa aykırı davranan işvereni ödüllendirmek, yasağa rağmen çalışma zorunda kalan küçüğün de mağduriyetini perçinlemektir.

**KAYNAKÇA**

- Akın**, Levent: "Working Conditions of the Child Worker in Turkish Labour Law", **Employee Responsibilities and Rights Journal**, Volume 21, Number 1, March 2009, 53-67 (Working Conditions).
- Akıpek**, Jale G./**Akımtürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul 2011.
- Akkanat**, Halil: **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, İstanbul 2010.
- Aktay**, A. Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen Kaplan**, E. Tuncay: **İş Hukuku**, Ankara 2012.
- Akyiğit**, Ercan: **İş Hukuku**, Ankara 2013 (İş Hukuku).
- Akyiğit**, Ercan: **Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, İstanbul 1990 (Kesin Hükümsüzlük).
- Arslan Ertürk**, Arzu: "Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları", **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3-4 Haziran 2011, Sempozyum No. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, 533-559 (Yeni Türk Borçlar Kanunu).
- Avcı**, Özgür: "İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2010/28, 1397-1424 (Hükümsüzlük).
- Bakırcı**, Kadriye: **Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması**, İstanbul 2004.
- Barnard**, Catherine: **EC Employment Law**, Newyork 2000.
- Bayram**, Fuat: "AB İlerleme Raporundaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2007/13, 51-96 (AB İlerleme Raporu).
- Blanpain**, Roger: **European Labaour Law**, Lahey 2003.
- Canbolat**, Talat: "Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2007/13, 187-220 (Belirli Süreli İş Sözleşmesi).
- Caniklioğlu**, Nurşen: "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi", **Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri**, 20-21 Eylül 2011, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2011, 78-109 (Türk Borçlar Kanunu).
- Centel**, Tankut: "182 sayılı ILO Sözleşmesi'nin Türk Çalışma Yaşamına Etkisi", **TÜHİS 2002**, 10-17 (ILO Sözleşmesi).



- Centel**, Tankut: “Çalışan Çocukların Hakları ve Türkiye”, **MHB**, Y. 16, S. 1-2, 1996, 19-38 (Türkiye).
- Centel**, Tankut: **Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği**, İstanbul 1982 (Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği).
- Çelik**, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013.
- Demir**, Fevzi: “Çalışma Hayatında Çocukların Korunması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Özel Sayı, 2010, Basım Yılı 2012, 547-577 (Çocukların Korunması).
- Demir**, Fevzi: **İş Hukuku ve Uygulaması**, İzmir 2013.
- Doğan Yenisey**, Kübra: “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, İstanbul 2008, 9-100 (Değerlendirme).
- Doğan Yenisey**, Kübra: “Hizmet Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler**, İstanbul 2012, 297-336 (Hizmet Sözleşmesi).
- Doğan Yenisey**, Kübra: “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. 1, İstanbul 2011, 33-82 (Sosyal Kamu Düzeni).
- Dural**, Mustafa/**Öğüt**, Tufan: **Türk Özel Hukuku C. 2 Kişiler Hukuku**, İstanbul 2013.
- Ekonomi**, Münir: “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, **Kamu-İş**, C. 7, S. 3/2004, 1-14.
- Elçin Grassinger**, E. Gülçin: “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. 1, İstanbul 2010, 823-846 (Çocuğun Menfaati).
- Engin**, Murat: “Gençlerin İş Güvenliği”, **Çimento İşveren Dergisi**, Eylül 1994 (İş Güvenliği).
- Eren**, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2011.
- Ertan**, İ. Mert: “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku ve Türk Hukukunda Asgari Çıracılık Yaşı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/2, 173-198 (Asgari Çıracılık Yaşı).
- European Commission, **Turkey 2013 Progress Report, Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014**, Brussels 16.10.2013, [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2013/package/tr\\_rapport\\_2013.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/tr_rapport_2013.pdf) (Erişim tarihi: 6.12.2013).
- Eyrenci**, Öner /**Taşkent**, Savaş/ **Ulucan**, Devrim: **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul 2006.

- Geiser, Thomas/Müller, Roland*: Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2012.
- Gülçubuk, Bülent*: “Tarımda Çocuk Emegi Sömürüsü ve toplumsal Duyarlılık”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2012/2, S. 33, 75-94 (Tarımda Çocuk).
- Güneş, Başak/Mutlay, F. Barış*: “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/3, S. 30, 231-288 (Genel Hizmet Sözleşmesi).
- Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu*: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2013.
- International Labour Office, **Making Progress against Child Labour, Global Estimates and trends 2000-2012**, International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC), Geneva 2013, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---ipec/documents/publication/wcms\\_221513.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_221513.pdf) (Erişim tarihi: 13.1.2014).
- International Labour Organization (ILO), **The End of Child Labour: Within Reach, Global Report Under The Follow-up to The ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 2006**, International Labour Conference, 95<sup>th</sup> Session, Report I (B), Geneva, <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-i-b.pdf> (Erişim tarihi: 12.12.2013)
- Kar, Bektaş*: **Deniz İş Hukuku**, Ankara 2012.
- Kılıç, Cem*: “Gelişmekte Olan Ülkelerde ve Türkiye’de Çocuk İşgücü Kullanımı (Çocuk İşçiliğini Önleme Programı-IPEC)” **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, Yıl 2001, 49-63.
- Kılıç, Şebnem*: **Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçinin Hakları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir*: **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul 2008.
- Koç, Sedef*: “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Hizmet Sözleşmesi ile İlgili Yeni Düzenlemeleri”, **Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, C. 1, İstanbul 2004, 586-604 (Borçlar Kanunu Tasarısı).
- Kökkılınç Eraltuğ, Ayşegül/Fırat Şimşek, Ayşe*: “Çocuk ve Genç İşçinin İş İlişkisinde Veli ve Vasinin Rolü”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2009/21, 89-118 (Çocuk ve Genç İşçi).
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin*: **İş Hukuku**, Ankara 2011.
- Narmanlıoğlu, Ünal*: **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, İstanbul 2012.
- Nomer, Haluk*: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2011.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami*: **Medeni Hukuk**, İstanbul 2013.

- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1**, İstanbul 2011.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe: **Kişiler Hukuku (Geçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2010.
- Öğüz**, M. Tufan: “Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar”, **Sicil**, Mart 2008, 23-26 (Ehliyet).
- Öngel**, F. Serkan: “4+4+4 Çocuk İşçi Yaşını 13’e Düşürür”, **Bianet**, 9.6.2012, <http://www.bianet.org/biamag/cocuk/138949-4-4-4-cocuk-isci-yasini-13-edusurur> (Erişim tarihi: 12.12.2013) (Çocuk İşçi Yaşı).
- Portmann**, Wolfgang: in **Basler Kommentar**, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011.
- Portmann**, Wolfgang/**Stöckli**, Jean-Fritz: **Schweizerisches Arbeitsrecht**, Zürich 2007.
- Preis**, Ulrich: in Ascheid/Preis/Schmidt, **Kündigungsgesetz**, 4. Auflage, München 2012.
- Richardi**, Reinhard/**Dörner**, Hans-Jürgen/**Weber**, Cristoph: **Personalvertretungsgesetz**, 4. Auflage 2012.
- Saymen**, Ferit H.: **Türk İş Hukuku**, İstanbul 1954.
- Seçer**, Öz: “Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2010/28, 1425-1453 (Çocuk ve Genç İşçi).
- Selçuki**, Sabih: **İlmi-Kazi İçtihatlarla Yeni İş Kanunu ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 1967.
- Serozan**, Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul 2013.
- Soyer**, M. Polat: “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1991**, İstanbul 1993, 1-30 (Değerlendirme).
- Soyer**, Polat: “Genel Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları**, 3-4 Haziran 2011, İstanbul 2012, 165-208 (Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri).
- Soyer**, Polat: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul 2008, 149-167 (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı).
- Staubelin**, Adrian: **Obligationenrecht, Der Arbeitvertrag**, Art. 319-330a, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, 4. Auflage, Zürich 2006.

**Streiff**, Ullin/*von Kaenel*, Adrian/*Rudolph*, Roger: **Arbeitsvertrag – Praxiskommentar** zu Art. 319-362 OR, Zürich 2012.

**Sümer**, Haluk Hadi: **İş Hukuku Uygulamaları**, Konya 2010.

**Süzek**, Sarper: **İş Hukuku**, İstanbul 2013.

**Süzek**, Sarper: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (1)**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28 Mayıs 2011, İstanbul 2012, 57-98 (Hukuka Aykırılık).

**Taşkın**, Ahmet: “Uluslararası Çalışma Örgütü ve ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka Etkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2011/30, 451-490 (ILO Sözleşmeleri).

**Tekinay**, Selahattin Sulhi/*Akman*, Sermet/*Burcuoğlu*, Haluk/*Altop*, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993.

**Tuğ**, Adnan/*Baysal*, Ulaş: “İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması”, **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. 2, İstanbul 2011, 1869-1880 (Çocuk ve Genç İşçi).

**Tunçomağ**, Kenan: **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul 1988.

**Tunçomağ**, Kenan/*Centel*, Tankut: **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul 2008.

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), **Report of the UN Committee on the Rights of the Child: Thirty-second Session** (13 - 31 January 2003), 23 June 2003, CRC/C/124, <http://www.refworld.org/docid/417679f44.html> (Erişim tarihi: 12.12.2013)

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), **Report of the UN Committee on the Rights of the Child: Twenty-seventh Session** (Geneva, 21 May-8 June 2001), 23 July 2001, CRC/C/108, <http://www.refworld.org/docid/3f487f254.html> (Erişim tarihi: 12.12.2013).

UN Committee on the Rights of the Child, **Ninth Session** (Geneva, 22 May-9 June 1995), 9 June 1995, CRC/C/43, <http://www.refworld.org/docid/3f4773d34.html> (Erişim tarihi: 12.12.2013).

**Urhanoğlu Cengiz**, İftar: “4857 sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ocak-Şubat 2012, Y. 24, S. 98, 203-230 (Ehliyet).

**Uşan**, Fatih: **Çıraklık Sözleşmesi**, Konya 1994.

**Yamakoğlu**, Efe: **Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma**, İstanbul 2011.

**Yürekli**, Sabahattin: “Alt İşveren Taraf Olduğu Toplu İş Sözleşmesinin Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlüğünün Geçmişe Etkili Olmaması”, **Sicil**, 2013, S. 30, 93-102 (Alt İşveren).

**ÖZEL BEDEN EĞİTİMİ VE SPOR TESİSLERİ  
YÖNETMELİĞİ'NE TABİ ÇALIŞACAK ANTRENÖR,  
MASÖR VE DİĞER EĞİTİCİLER AÇISINDAN  
BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ**

*(Fixed Time Labor Contract With Coach, Masseur and Other  
Trainers in Terms of "Private P.e. and Sport  
Facilities Regulation")*

**Ümit ORHAN\***

**ÖZET**

Ülkemizde gençlik ve spor ile ilgili temel hizmetler 3298 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a göre düzenlenmiştir. Bu Kanun dayanak gösterilerek, Türk sporunun geliştirilmesi, yaygınlaştırılması, sporcu sayısının artırılması için sporla ilgili bütün kaynakları en etkili şekilde devreye sokmak üzere gerçek veya tüzel kişilerce beden eğitimi ve spor tesisleri kurulması ve bu tesislerin işletilmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemek amacıyla da Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliği çıkarılmıştır. Yönetmelikte, özel beden eğitimi ve spor tesislerinde antrenör, masör ve diğer eğiticiler olarak çalışacak personelle de ilgili olarak bazı hükümlere yer verilmiş ve bu kişilerle yapılacak olan iş sözleşmelerinin belirli süreli olarak yapılması şartı koymuştur. Belirli süreli iş sözleşmesi ile ilgili 4857 sayılı İş Kanunu'nda özel düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesi yapmak ve yenilemek belirli objektif şartların varlığına bağlanmıştır (m.11). Yönetmelik hükümlerinin İş Kanunu'nun aradığı bu şartları taşıyıp taşımadığını incelediğimizde, ilk olarak böyle bir düzenleme ile objektif koşulun sağlandığı düşünülse de, düzenlemenin kanun değil de yönetmelik olmasından dolayı hukuka aykırıdır.

**Anahtar kelimeler:** Spor Hukuku, Antrenörlük İş Sözleşmesi, Masörlük İş Sözleşmesi, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Normlar Hiyerarşisi.

***Abstract***

In Turkey, the basic services about youth and sports is regulated with The Code About Organization and Mission of Sports Head Office. Based on this Code; "Private Physical Education and Sports Facilities Regulation" is regulated as a by-law, which has procedures and basics to establish a Private Physical

\* Dr. (Ph.D.), Marmara Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Yüksekokulu.

Education and Sports Facilities by a natural or a legal person, to improve and universalize Turkish Sports, to increase number of athletes, to ideally activate all resources of sports. By this regulation, a fixed-term condition is drawn up about labour contracts with trainers, masseurs and other educators. Fixed – term labour contracts are specially regulated in Turkish Labour Code No:4857. According to this Code, drawing up a fixed term condition depends on some situations (Art.11). We debated these conditions with the mentioned Regulation; primarily, the condition provides legality with Regulations articles. But on the other hand it is not legal because it is regulated with a by-law not with a Code.

**Keywords:** Sports Law, Trainer Employee Contract, Masseur Employee Contract, Fixed – Term Employee Contract, Hierarchy of Norms.

## Giriş

Spor ve beden eğitimi son yıllarda oldukça fazla talep gören ve ekonomik olarak büyük meblağlarla ifade edilen bir alan haline gelmiştir. Bu anlamda özel beden eğitimi ve spor tesisleri de gerek üyelerine sağladığı serbest zaman ve sağlık hizmetleri gerekse sosyalleşme ortamı dolayısıyla talep görmektedir.

Gençlik ve spor ile ilgili temel hizmetler 3298 sayılı Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a göre düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Söz konusu kanun ülkemizde spor teşkilatı ile ilgili tek düzenleme değildir. Ancak sporla ilgili devlet teşkilatı ve bağımsız spor federasyonları için temel düzenleme niteliğindedir ve bu Kanun dayanak gösterilerek birçok yönetmelik yayınlanmıştır. Bu yönetmeliklerden birisi de Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliği'dir<sup>2</sup>. Söz konusu yönetmeliğin 2. maddesine göre yönetmeliği amacı, Türk sporunun geliştirilmesi, yaygınlaştırılması, sporcu sayısının artırılması için sporla ilgili bütün kaynakları en etkili şekilde devreye sokmak üzere gerçek veya tüzel kişilerce beden eğitimi ve spor tesisleri kurulması ve bu tesislerin işletilmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemek olarak ifade edilmiştir.

Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri ülkemizde özellikle beden eğitimi ve spor yüksekokulları öğrencileri ve mezunları açısından bir istihdam kapısıdır. Bu kişilerden bir spor kulübü bünyesinde çalışmayanların çoğunluğu, mesleklerini bu gibi tesislerde sürdürmeyi tercih etmektedirler. Söz konusu yönetmelik buralarda çalışan kişilerin iş yaşamı için önemli bir düzenlemedir. Yönetmelikte, özel beden eğitimi ve spor tesislerinde antrenör, masör ve diğer eğiticiler olarak çalışacak personelle de ilgili olarak bazı hükümlere yer verilmiş ve bu kişilerle yapılacak olan iş sözleşmelerinin belirli süreli olarak yapılması şartı koymuştur. Bu şart uygulamada bu tür tesis işleten işverenler tarafından uygulanmaktadır.

<sup>1</sup> R.G. 28.05.1986 S: 19120.

<sup>2</sup> R.G. 15.10.1999 S: 23847.

Belirli süreli iş sözleşmesi ile ilgili 4857 sayılı İş Kanunu'nda özel düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesi yapmak ve yenilemek belirli şartların varlığına bağlanmıştır (m.11). Bu makalede Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliğinde belirli süreli sözleşme yapma şartına ilişkin hükümlerinin hukukiliği İş Kanunu ve normlar hiyerarşisi bağlamında değerlendirilecektir.

## 1. Temel Kavramlar

### 1.1. Belirli Süreli İş Sözleşmesi

“Belirli süreli hizmet sözleşmesi; taraflarca sözleşmenin kurulduğu anda hukuki ilişkinin devam süresinin, diğer bir ifade ile sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği, bu anın sözleşmede açık veya örtülü olarak kararlaştırıldığı sözleşmedir<sup>3</sup>.”

Belirli süreli iş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu, 854 Sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetleri Tanzimi Hakkında Kanun'a<sup>4</sup> tabii çalışanlarla da yapılabilir. Ancak makale konusu meslekler İş Kanunu'na tabidir.

4857 sayılı İş Kanunu m.9/2, c.1'e göre iş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılır. Kanun'un 11. maddesinde ise belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi düzenlenmiştir. Buna göre iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. 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 (m.11/1).

İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri tanımlanmış, tarafların bu tür sözleşmeleri meydana getirmedeki serbestileri ILO'nun (Uluslararası Çalışma Örgütü) “İş sözleşmesine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmesi” ve Avrupa Birliği Çalışma Müktesebatı, özellikle Konseyin 99/70 sayılı yönergesi ile yürürlüğe konulan “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması”na uygun sınırlamalara tabii tutulmuştur<sup>5</sup>. 1999/70/

<sup>3</sup> ALPAGUT Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, TÜHİS, Ankara, s.7, [http://www.tuhis.org.tr/resim/files/alpagut\(1\).pdf](http://www.tuhis.org.tr/resim/files/alpagut(1).pdf) (Erişim tarihi: 14.02.2014)

<sup>4</sup> “Süresi belirli basın iş sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildirimine gerek olmaksızın sürenin dolması ile kendiliğinden sona erer (Borçlar Kanunu md. 430). Kendiliğinden sona eren böyle bir sözleşmede, gazetecinin işverene karşı ileri sürebileceği herhangi bir tazminat hakkı yoktur.” Bkz. ŞAKAR Müjdat, *Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Çalışma ve Toplum 2008/2*, S:17, s.12.

<sup>5</sup> ŞAKAR Müjdat, İş Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2011 s.178. CANBO-LAT Talat, *Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi*, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:13, 2007, İstanbul, s.192.

EC sayılı Yönergeye ek Çerçeve Anlaşmasının başlangıç ve genel düşünceler bölümleri; belirsiz süreli iş sözleşmelerini iş ilişkisinin genel görünümü olarak nitelendirerek bunların işçinin korunması bakımından önemine değinmektedir. Buna karşılık, belirli süreli iş sözleşmelerinin ancak bazı durumlarda işçilerin ve işverenlerin ortak çıkarlarına hizmet edebileceği belirtilmektedir. Görüldüğü üzere, çalışma yaşamında belirsiz süreli iş sözleşmelerinin genel kuralı, belirli iş sözleşmelerinin istisnai oluşturduğu yönündeki temel ilke, Avrupa Birliği hukukunca da benimsenmiştir<sup>6</sup>. Yargı kararlarıyla da, 11. madde düzenlemesi ile asıl olanın iş sözleşmesi tarafları arasında ILO Sözleşmesi ve AB Hukuku esaslarına uygun olarak belirsiz süreli iş sözleşmesinin yapılması olduğu vurgulanmıştır<sup>7</sup>.

Belirli süreli sözleşmeler, sürenin dolması ile bir fesih işlemine gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermektedir. Bu nedenle feshe bağlı bazı haklar ve özellikle iş güvencesi kapsamına giren işçiler bakımından, geçerli bir neden gösterilmesi koşuluyla önceden ihbar süresi verilmek suretiyle sözleşmenin sona erdirilmesi durumu belirli süreli sözleşmelerde yoktur<sup>8</sup>. Bu sebeple uygulamada belirli süreli iş sözleşmeleri, iş sözleşmesinin belirli süreli yapılması için İş Kanunu'nda sayılan objektif nedenlerin bulunmasını gerektğini bilmeyen işçiler karşısında bazı işverenler tarafından özellikle yapılmaktadır<sup>9</sup>.

Kısaca belirtmek gerekirse İş Kanunu 11. maddesine göre belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmek için;

<sup>6</sup> GÜZEL Ali, ERTAN Emre, *Avrupa Birliği Hukukunda ve Özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) Kararlarında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılma ve Yenilenme Koşulları*, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:18, 2008, İstanbul, s.414.

<sup>7</sup> Yargıtay 9.HD, 21.04.2009, E. 2008/9422 K. 2009/11563 ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.94, SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s.239.

<sup>8</sup> CANBOLAT s.190.

<sup>9</sup> Nitekim Yargıtay bir kararında bu hususu, "4857 sayılı İş Kanununun 11. maddesinde belirli süreli sözleşmesi düzenlenmiş ve iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı kuralına yer verilerek, asıl olanın belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu vurgulanmıştır. Gerçekten, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için işçinin belirsiz süreli sözleşme kapsamında çalışması gerekir. İşverenlerin iş güvencesi hükümlerinin etkinliğini azaltmak için yaygın olarak belirli süreli iş sözleşmesi düzenlemeleri imkân dâhilinde olduğundan, İş Kanununda belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi ve yenilenmesi özel bazı koşullara tabi tutulmuştur" şeklinde vurgulamıştır. Yargıtay 9.HD, 13.02.2007, E.2006/32500, K.2007/3291, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007.3.14, s. 231; "Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. İşçinin iş güvencesi dışında kalması için başvuru kötü niyetli uygulamalar korunmamalıdır". Y9HD, 31.03.2008, E.2008/7443, K.2008/7075, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008.3.18, s. 245–247. YİĞİT Yusuf, Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bu Serbestinin Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 14, Sayı: 2, 2012, s.101-166 (Basım Yılı: 2013) <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-14-2/yusufyigit.pdf> (E.T.:25.12.2013)



- işin belirli süreli olması,
- belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması,
- belirli bir olgunun ortaya çıkması ve
- benzer hallerin mevcut olması gerekir.

İş Kanunu'nun açık düzenlemesi uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi, tanım- da belirtilen objektif koşullara veya benzerlerine bağlı olarak yapılan bir sözleşme olduğuna göre, Türk Hukukunda bu koşullar olmaksızın, salt tarafların süre belir- lemeleri ile yani, sübjektif olarak süre belirlenmesi suretiyle bir iş sözleşmesi belirli süreli olarak kurulamayacak demektir<sup>10</sup>. Bazı yazarlar, objektif koşulları taşımayıp belirli süreli olarak yapılan bir iş sözleşmesinin bir kez yapılmasının belirli süreli olarak yapılmasına engel olmaması gerektiği kanaatindedir<sup>11</sup>.

Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir (m.11/2). Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar (m.11/3). Ancak objektif bir neden olmadıktan sonra ye- nilenen sözleşmeler belirli süreli sözleşme niteliğini kaybeder. Buna göre, esaslı bir sebep olmadıkça, belirli süreli iş sözleşmesi ikincisinin yapılmasıyla belirsiz süreliye dönüşerek işçi bu tür sözleşmenin koşullarından ve bu arada feshe karşı korumaya ilişkin kanun hükümlerinden yararlanacaktır<sup>12</sup>.

Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayırımının sınırları da İş Kanunu m. 12 de belirtilmiştir. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı be- lirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz (m.12/1). Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye oran- tılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça, belirsiz süreli

<sup>10</sup> ÇELİK, s.95; SÜZEK, s.239; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 4.Baskı Ankara, 2011, s.361; ŞAKAR, s.178; TUNÇOMAĞ Kenan, CENTEL Tankut, İş Huku- kunun Esasları, Beta Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2013, s.191-192; GÜNAY Cevdet İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2013, s.79; KILIÇOĞLU Mustafa, İş Hukukunda Temel Kavramlar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.137; EKONOMİ Münir, 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (1) – Kavram Süre ve Yenilenme - , Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:9, 2006, İstan- bul, s.26.

<sup>11</sup> TAŞKENT Savaş, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Huku- ku Dergisi, S:9, 2006, İstanbul, s.37.

<sup>12</sup> ÇELİK, s.100; SÜZEK, s.249; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.380; ŞAKAR, s.179; Yargıtay HGK., 06.02.2008 T., 2008/9-33 E., 2008/106 K. (KILIÇOĞLU, s.138)

iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır (m.12/2). Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır (m.12/3).

## **1.2. Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliği**

### **1.2.1. Kapsamı**

Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliğinin amacı 2. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, Türk sporunun geliştirilmesi, yaygınlaştırılması, sporcu sayısının artırılması için sporla ilgili bütün kaynakları en etkili şekilde devreye sokmak üzere gerçek veya tüzel kişilerce beden eğitimi ve spor tesisleri kurulması ve bu tesislerin işletilmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemek amacıyla Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliği çıkarılmıştır.

Söz konusu yönetmelikte tesisin tanımını yapılmıştır. Yönetmelikte yer alan tanıma göre tesis, gerçek veya tüzel kişiler tarafından beden eğitimi ve spor çalışmaları yapmak amacıyla açılan yerleri ifade etmektedir (m.4/6). Buna göre etrafımızda spor salonu, fitness salonu, vücut geliştirme merkezi, yoga ve pılates stüdyoları gibi değişik adlarla bildiğimiz tüm organizasyonlar bu Yönetmeliğe tabi olmak zorundadırlar. Yönetmelik, ayrıca kapsam dışı olan yerleri de belirtmiştir. Yönetmelik m.2/2'ye göre birden fazla spor branşının birlikte yapıldığı spor komplekslerinde yer alan spor masaj üniteleri dışında kalan masaj salonları bu Yönetmeliğin kapsamı dışındadır.

### **1.2.2. İçeriği**

Yönetmelikte tesis açmak için istenen belgeler, tesislerinin nitelikleri, yeterlilik belgesi, açılış izninin verilmesi, denetim, izin, yaş sınırı ve açık bulundurma saatleri ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.

Yönetmeliğin konumuz açısından asıl önemi, Yönetmelikte tesislerde antrenör, masör ve diğer eğiticiler olarak çalışacak personelle de ilgili olarak bazı hükümlere de yer verilmiş olmasıdır. Buna göre Yönetmelik m.6 ile tesis açmak için gerçek kişilerden istenen belgeler, m.7 ile de tesis açmak için tüzel kişilerden istenen belgeler düzenlenmiştir. Anılan maddelerin m.6/f ve m.7/c bentlerine göre tesis açmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerden, faaliyette bulunulacak her spor dalının çalıştırıcısına ait antrenör, masör veya diğer eğiticilerle yapılan bir yıllık sözleşmenin ilgili federasyon veya il müdürlüğünden tasdikli sureti istenmektedir.

İstenecek belgeler dışında konumuzla ilgili diğer bir düzenleme de söz konusu Yönetmeliğin 22. maddesinin 2. fıkrasıdır. Bu fıkra göre de “antrenör belgesi bulunan çalıştırıcılar aynı il veya ilçelerinde ikiden fazla tesisle sözleşme yapamazlar. Ayrıca başka illerde çalışamazlar. Sözleşmede çalıştırıcının çalışma saatleri ve izin günleri belirtilir. Çalıştırıcı çalışma saatleri içerisinde; hastalık, tabi afetler gibi özel durumlar dışında tesiste bulunmak zorundadır. Yapılan sözleşmeler bir yıllık olarak yapılır ve her yıl sonunda yenilenir. Çalıştırıcıların belgesi salonda herkesin görebileceği yere asılır.”

### 1.2.3. İş Kanunu'nun Kapsamı Açısından Antrenörlük, Masörlük ve Diğer Spor Eğiticiliği

Antrenör sporcunun başarısı için spor becerileri ve strateji ile gelişimini sağlayan kişidir<sup>13</sup>. Spor masörleri ise Spor Genel Müdürlüğü Spor Masörü Eğitim Yönetmeliğine tabi olarak bir takım eğitim ve lisans alma şartına bağlı olarak çalışan spor masörleri aynı yönetmeliğe göre spor masajı konusunda tıbbi ve genel bilgilere sahip olan, spor masajını belirli esaslara göre bir doktor veya fizyoterapistin denetimi altında uygulayan kişileri ifade eder (Sp.Mas.Eğ.Yön. m. 4/2). Adı geçen Yönetmelikte bir de diğer eğitimcilerden bahsedilmektedir ki, burada kastedilenin özel beden eğitimi tesislerinde devamlı durup müşterilerle ilgilenen antrenörlerin değil daha özel nitelikte stüdyo dersleri için belirli saatlerde gelen her türlü dans, pilates, yoga gibi alanların eğitimciler olduğu kanaatindeyiz.

“Amaç ve kapsam” başlıklı İş Kanunu 1. maddesine göre, İş Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlenen istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır. Ancak Kanun, bazı faaliyetleri, işyerlerini ve çalışanları uygulama kapsamı dışında bırakmıştır. “İstisnalar” başlıklı İş Kanunu'nun 4. maddesi (g) bendi ile sporcular İş Kanunu kapsamı dışına alınmıştır. Sporcular da bu istisnalar arasında sayılmışlardır. Sporcularla ilgili olarak öncelikli olarak özel düzenlemeler, özel düzenlemelerde düzenlenmemiş konularda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri (m.393 vd.) ve mevcutsa diğer özel düzenlemeler uygulanır<sup>14</sup>. Profesyonel sporcu ile spor kurumları arasında, taahhüt edilen spor ediminin ifası sebebiyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar ve çözümleri Borçlar Hukuku'nun düzenleme alanı içerisinde<sup>15</sup>. Burada masörler ve diğer eğitimciler kavramını bir yana koyarsak, sporcular kavramının içine antrenörlerin de dâhil olup olmayacağı sorunu gündeme gelebilir. Bu konuda farklı yönde birçok yargı kararı bulunmakla birlikte doktrinde baskın görüş antrenörlerin istisna sayılmaması gerektiği yönündedir.

<sup>13</sup> <http://tr.wikipedia.org/wiki/Antren%C3%B6r> (E.T.: 21.01.2014)

<sup>14</sup> BAŞTÜRK Faruk, İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.31.

<sup>15</sup> ERTAŞ Şeref, PETEK Hasan, Spor Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.73.

Bu tartışmaya ilişkin örnek yargı kararları da şu şekildedir:

- *İş Yasasının... maddesi ile yalnızca sporcular bu Kanun kapsamı dışında bırakılmış olup, antrenörler hizmet akdi ile çalışmaktadır. İşverenle antrenör arasında çıkan uyuşmazlıkta görevli mahkeme İş Mahkemesidir*<sup>16</sup>”.

- Antrenör de sporcu kapsamında değerlendirilecek olup, ücret, transfer bedeli ve prim gibi taleplere yönelik davasını, iş mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesine açması gerekir. “*Davacı, davalı spor kulübünde A takımı oyuncusu olarak görev yapmış, aynı zamanda yıldız takımının antrenörü olarak çalışmıştır. Açmış olduğu bu davada her iki görevi sebebiyle ücret, transfer bedeli, prim gibi isteklerde bulunmuştur. Mahkemece istek doğrultusunda hüküm kurulmuştur. 1475 sayılı İş Kanununun 5/9- maddesinde sporcular, İş Kanununun kapsamının dışında tutulmuştur. Antrenör de sporcu kapsamında değerlendirilmelidir. Buna göre davanın iş mahkemesinde görülmesi olanağı bulunmamaktadır. Söz konusu isteklerle ilgili davanın Asliye Hukuk Mahkemesinde açılması gerekir. Mahkemece bu yönden görevsizlik kararı verilmelidir*”<sup>17</sup>”.

- “... ayrıca kulüp veya federasyon antrenörlerinin profesyonel futbolcu kapsamına girmediği için 4857 Sayılı İş Kanununun 4. maddesinde sayılan istisnalar arasında bulunduğu da söylenemeyeceğinden, tarafların ve aralarındaki iş sözleşmesinin yürürlükteki İş Kanunu kapsamına girdiği sonucuna varılmıştır... sadece profesyonel sporcuların İş Kanununun kapsamı dışında bırakıldığı, antrenör ve teknik direktörlerin ise profesyonel sporcu kapsamına girmediği ve iş sözleşmesi ile çalıştıkları böylece işveren ve antrenör arasında çıkan uyuşmazlıkta İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı açıktır”<sup>18</sup>”.

- “... İster özel hakem, isterse genel mahkemede görülsün sporcu ile kulübü arasında alacaklarla ilgili uyuşmazlıkta İş Kanunu hükümlerinin uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Ancak antrenör, teknik direktör, idareci, masör ve benzeri elemanlar ile kulüpleri arasında çıkan uyuşmazlıklarda, bağlı oldukları federasyonun özel hükümleri dışında İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum yoktur. Somut olayda, davacının voleybol antrenörü olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtilen yasal ve hukuksal gerekçelere göre doğrudan aktif spor yapmayan, sporcuyu aktif spor yapması için hazırlayan antrenörün İş Kanunu kapsamında işçi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Dairenin son kararları bu yöndedir. Buna göre davacının iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilerek uyuşmazlığın esası hakkında bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”<sup>19</sup>”.

<sup>16</sup> Yargıtay 9. HD, 2003/19877 E, 2003/20178 K, 08.12.2003 (www.legalbank.net)

<sup>17</sup> Yargıtay 9. HD, 2003/14073 E, 2004/6561, 30.03.2004. (www.legalbank.net)

<sup>18</sup> TFF Tahkim Kurulu Kararı, 2006/11 E, 2006/43 K, 02.03.2006, TFF Tahkim Kurulu Örnek Kararları Editörler: ARSLAN Türker, **KOCASAKAL Ümit**, 2009

<sup>19</sup> Yargıtay 9. HD E. 2010/45651 K. 2010/35814, 02.12.2010. (www.legalbank.net)

Doktrine göz attığımızda ise, çoğunlukla bu sözleşme açısından uygulanacak mevzuatın İş Kanunu olduğu yönünde fikirler görülmektedir.

- "... kapsam dışı tutulanlar sadece 'sporcularla' sınırlandırıldığı için spor kulübünde diğer işlerde çalışanlara İş Kanunu uygulanır... m.4/9'da yer alan sporcu kavramı dar yorumlanmalı ve antrenörlerin bu yasadaki yararlanacakları sonucuna varılmalıdır... antrenörün asli görevi spor yapmak değil, sporcuları yarışma ve karşılaşmalara hazırlamaktır. Yani bir anlamda antrenör, öğreten ve eğitim veren kişidir<sup>20</sup>".

- "Bir istisna hükmünün kıyas yolu ile genişletilmesi mümkün olmamak gerekir. Öte yandan m.4/g bendinde sporla ilgili kişilerden değil, açıkça sporculardan söz edilmektedir. Sporcu ise, yarışmalara katılan kişidir. Bu kişileri hazırlayan kişilerin sporcu olmadığı açıktır. Sporcu kavramı karşı oy yazısında olduğu gibi geniş düşünüldüğü takdirde, sporcuların yarışmalara hazırlanmasını temin eden, kondisyoner, malzemeci gibi kişileri de İş Kanunu kapsamı dışında görmek gerekir ki, böyle bir sonucun isabetli olmayacağı açıktır<sup>21</sup>".

Kanaatimizce antrenörler, masörler ve diğer sporla ilgili eğitimciler İş Kanunu m.4'te sayılan istisnaların dışında tutulmalıdır ve çıkacak uyuşmazlıklarda Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesini düzenleyen hükümleri değil, İş Kanunu hükümleri uygulanmalıdır. Antrenörün "sporcu" ile aynı işi yaptığını söylemek öğretmen ile öğrenciyi aynı kefeye koymaktır<sup>22</sup>. Ayrıca Kanundaki 4. maddenin g bendinde açıkça ve sadece "sporcular hakkında" denmektedir. Kanun koyucu isteseydi burada sporcular deyimini yanına "ve diğer sporla uğraşanlar" deyimini ekleyebilirdi. Bunu yapılmamış olması antrenörlerin istisnalar arasında sayılmadığı anlamına gelir. Gerçekten İş Kanunu'ndaki kapsama ilişkin istisna hükümlerini dar yorumlamak ve mümkün olduğu ölçüde iş sözleşmesi ile çalışan kişileri İş Kanunu kapsamına almak gerekir<sup>23</sup>.

## 2. Yönetmeliğe Göre Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılması

Burada tartışılacak hukuki mesele, Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliğinin ilgili maddeleri ile bu tesislerde çalışacak antrenörler, masörler ve diğer eğitimcilerle yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olarak yapılmasının hukuka uygunluğudur. Bu sözleşmeler yenilenirken de yine belirli süreli olarak mı yenilenir? Aşağıda bu konuyu farklı yönlerden inceleyeceğiz.

<sup>20</sup> SÜZEK, s.215.

<sup>21</sup> EKMEKÇİ Ömer, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara: 2003, s.15

<sup>22</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ORHAN Ümit, Profesyonel Futbol Teknik Adam Sözleşmesi ve Uygulama Sorunları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s.15-18.

<sup>23</sup> SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Mimoza Yayınları, 4. Basım, Konya, 2010, s.8.

## 2.1. Yönetmelik Hükümünün Objektif Koşul Sayılması

Yukarıda belirli süreli sözleşmelerle ilgili genel olarak İş Kanunu 11. maddesinde sayılan haller dışında belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması diğer kanunlardan kaynaklanabilir<sup>24</sup>. 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu bu konuda güzel bir örnektir<sup>25</sup>. Bu Kanunun “**Özlük Hakları ve Sorumluluklar**” başlıklı **9. maddesine göre** 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 yapılır. Mazeretleri nedeniyle kurumdan ayrılan öğretmen ve öğreticilerin yerine alınacak olanlar ile devredilen kurumların yönetici, öğretmen ve öğreticileri ile bir yıldan daha az bir süre için de iş sözleşmesi yapılabilir.

Öğretideki bir fikre göre mevzuatın öngördüğü istisnai hal olarak 5580 sayılı Kanuna göre özel eğitim kurumları yönetici ve öğretmenleriyle yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri zincirleme yapılabilirler ve bu niteliklerini korurlar; belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmezler<sup>26</sup>. Yargıtay’a göre de, öğretmenlerle yapılan birer yıllık sözleşmeler işin niteliği itibarıyla ayrı ayrı belirli süreli sözleşmeler olup, ardı ardına her sene yapılmış olması bunların belirsiz süreli olduğunu göstermez. Süresi belirli olan sözleşme süresinin bitiminde kendiliğinden sona erer, işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz<sup>27</sup>. Ancak Yargıtay’ın belirli süreli iş sözleşmesinin

<sup>24</sup> Örneğin 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.9/1: “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 yapılır. Mazeretleri nedeniyle kurumdan ayrılan öğretmen ve öğreticilerin yerine alınacak olanlar ile devredilen kurumların yönetici, öğretmen ve öğreticileri ile bir yıldan daha az bir süre için de iş sözleşmesi yapılabilir.”

<sup>25</sup> Bu Kanun dışında 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun m.5 deki düzenleme de objektif koşul açısından örnek olarak gösterilmektedir:

“Madde 5-Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe süreli çalışma izni iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişiklikleri dikkate alınarak, yabancının ikamet izninin süresi ile hizmet akdinin veya işin süresine göre, belirli bir işyeri veya işletmede ve belirli bir meslekte çalışmak üzere en çok bir yıl geçerli olmak üzere verilir.

Bir yıllık kanuni çalışma süresinden sonra, aynı işyeri veya işletme ve aynı meslekte çalışmak üzere çalışma izninin süresi üç yıla kadar uzatılabilir.

Üç yıllık kanuni çalışma süresinin sonunda, aynı meslekte ve dilediği işvereninin yanında çalışmak üzere, çalışma izninin süresi altı yıla kadar uzatılabilir.

Türkiye'ye çalışmak üzere gelen bir yabancının beraberinde veya daha sonra getirmiş olduğu eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına da, yabancının kendisi ile birlikte en az beş yıl kanuni ve kesintisiz ikamet etmiş olmaları kaydıyla süreli çalışma izni verilebilir.

Bakanlık, süreli çalışma izninin çoğrafi geçerlilik alanını genişletebilir veya daraltabilir.”

<sup>26</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s.380, SÜZEK, s.250, ALPAGUT Gülsevil, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek D, Ocak 2004, s.77-78. EKONOMİ, a.g.m., CENTEL Tankut, Özel Okul Öğretmenleriyle Sözleşme Yapılması, Sicil Dergisi, S:6, Haziran 2007, s.22-24.

<sup>27</sup> Yargıtay 9. HD. 2004/28341 E, 2004/1165 K., 24.01.2005, Kararın Özü: Davacı 625 sayılı Ka-

Kanundan kaynaklandığı başka bir durumda sözleşmenin yenilenmesi halinde belirsiz süreli hale dönüşeceğine dair vermiş olduğu kararları da vardır. Örneğin, Yargıtay, noter kâtiplerinin bir yıllık süreye dayalı olarak işe alındıklarını, ancak davacı işçinin 1 yıllık süreden sonra da işyerinde çalışmaya devam ettiğini, davacının davalıya ait noterlik işyerinde çalıştığı süre dikkate alınacak olursa zincirleme yapılan sözleşmelerin belirsiz süreli iş sözleşmesi haline geldiğine karar vermiştir<sup>28</sup>.

Öğretideki farklı bir görüşe göre, özel bir faaliyet olarak özel öğretim kurumlarında çalışmakta olan yönetici ve öğretmenlerin belirli süreli iş sözleşmelerinde, objektif bir olgunun varlığının kabul edilmesini anlamsız bulunmuştur. 5580 sayılı Kanun bu kişilerle yapılacak iş sözleşmesinin süresinin asgari bir yıldan az olamayacağını belirtmiş olup, bunu aşar biçimde belirsiz süreli sözleşmeye engel bir durum yoktur<sup>29</sup>. Bu görüşü destekler diğer bir görüşe göre de belirli süreli sözleşmeden söz edebilmek için taraf iradeleri dışında, sözleşmenin sona ereceği tarihin objektif esaslara göre belirli olması gerekir. Kanun metni sözleşmenin sona erme tarihinin belirlenmesine yönelik bir hüküm içermemektedir. Burada, sözleşmenin sona erme tarihi yerine, sözleşmenin en az bir yıl süre ile yürürlükte kalması öngörülmüştür. Kanun koyucu, bir yıldan sonra sözleşmenin ne kadar daha yürürlükte kalacağı veya diğer bir söyleyişle, sözleşmenin sona erme tarihi konusunda bir düzenleme yapmamış, bunu, tarafların serbest iradesine bırakmıştır<sup>30</sup>. Biz de, bu konuda 5580 sayılı Kanun metninin, sözleşmenin sona erme tarihinin belirlenmesine yönelik bir hüküm içermediğinden, sözleşmenin en az bir yıl süre ile yürürlükte kalmasının öngörülmüş olduğu görüşüne katılmaktayız.

Konumuza dönersek, öncelikle Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliğinin ilgili hükmü değerlendirilmelidir. Yönetmelik m.22'de geçen cümle aynen şu şekildedir: *“Yapılan sözleşmeler bir yıllık olarak yapılır ve her yılsonunda yenilenir.”* 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun ilgili maddesinin konu ile ilgili hükmü ise şu şekildedir: *“Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen,*

---

nuna göre (Şimdiki 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu) çalışmaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı hükümler belirsiz hale dönüşmez. Açıklanan bu nedenle davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz.

Ayrıca bazı karar örnekleri için de Bkz. **GÜLER** Miktaad, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:5, Ocak – Şubat – Mart 2005, İstanbul, s.46.

<sup>28</sup> Yargıtay 9. HD. 2005/8643 E, 2005/36270 K, 16.11.2005. (www.legalbank.net)

<sup>29</sup> **AKYİĞİT** Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1.Cilt, Ankara 2006. s. 460.

<sup>30</sup> **CANBOLAT**, s.203-204; **ÇELİK**, s.101, dn.41; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU** Yeliz, Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.238:”Kanaatimizce, iş güvencesi hükümlerinin getirilmesinden sonra eğitimin aksamaması amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılması gerekliliğinin bulunmadığını kabul eden görüş yerindedir.”

*uzman öğretici ve usta öğretmenler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olarak yapılır*". Dikkat edilecek olursa 5580 sayılı Kanun'da "en az bir takvim yılı olmak üzere" ibaresi geçtiği halde söz konusu Yönetmelik hükmü "en az", "asgari", "bir yıldan az olamaz" gibi ifadeler içermemektedir. Yönetmelikte yer alan yapılan sözleşmeler bir yıllık olarak yapılır ve her yıl sonunda yenilenir ifadesi ile bu sözleşmelerin belirli süreli olduğu ve yenilenmesi durumunda objektif koşulun yeniden oluşacağı anlamı çıkmaktadır. Yönetmelik hükmünün normlar hiyerarşisine uygun olup olmadığı aşağıda incelenecektir.

## 2.2. Normlar Hiyerarşisi Açısından

### 2.2.1 Genel Olarak

Anayasa'nın 138. maddesinde de yer alan, "Normlar hiyerarşisi" ilkesi uyarınca, hukuk kuralları yukarıdan aşağıya doğru "anayasa", "kanun", "kanun hükmünde kararname", "tüzük", "yönetmelik" ve "diğer alt düzenleyici işlemler (Yönerge, Genelge vb.)" şeklinde sıralanmakta olup, alt kademe yer alan bir normun üst kademedeki norma aykırı olması ya da onun kapsamını aşan düzenlemeler içermesi mümkün bulunmamaktadır. Bu durum, "Genel kurallar, usulü dairesinde değiştirilinceye veya kaldırılıncaya kadar, düzenleyici işlem tesis etme yetkisi olan makam ve kurumları da bağlar" şeklinde ifade edilen "Tu patere legem quam facisti" prensibi ile izah olunmaktadır<sup>31</sup>. Ast kuralın üst kurala aykırı olamamasını gerekli kılan normlar hiyerarşisi, bir başka açıdan anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılı ilkesinin bir devamı niteliğindedir. Liberal ve demokratik toplumlarda kanunlar Anayasanın üstünlüğü ilkesine dayanır<sup>32</sup>.

Anayasa m.124'e göre de Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara (kanunlara ve tüzüklere) aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabilecekleri belirtilmektedir.

İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından belirli süreli sözleşmelere ilişkin hükümlere farklı kanunlarda da rastlanabileceğine yukarıda değinilmiştir. Nitekim

<sup>31</sup> Yargıtay 10. HD. 2011/2500 E., 2012/9052 K., 17.05.2012.

<http://www.calismatoplum.org/yargitay/yargitay35.htm> (E.T.:23.12.2013), Ayrıca bkz. **KULUÇLU** Erdal, Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkisi, Sayıştay Dergisi S:71, s.3. <http://www.sayistay.gov.tr/yayin/dergi/icerik/der71m1.pdf> (E.T.: 20.12.2013)

<sup>32</sup> **ESENER** Turhan, Hukuka Giriş, 10. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2012, s.120; **GÖZLER** Kemal, Hukuka Giriş, 10.Baskı, Bursa, 2013, s.202; **DERYAL** Yahya, Hukukun Temel Kavramları, 7. Baskı, Trabzon, 2011, s.41.



5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununu ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun bu düzenlemelere örnek verilebilir. Burada düzenlemelerin aynı güçte olduğundan dolayı özel kanun – genel kanun ilişkisi gündeme gelecek İş Kanunu genel kanun sayılacak, özel düzenleme içeren diğer kanun hükmü özel kanun olarak değerlendirilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenen belirli süreli sözleşmelerle ilgili esaslardan farklı olarak, Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliği ile özel beden eğitimi ve spor tesislerinde çalışacak antrenörler, masörler ve diğer eğitimcilerle yapılacak sözleşmelere ilişkin bir takım düzenlemeler getirilmiştir.

Buna göre Yönetmelik m.6 ile tesis açmak için gerçek kişilerden istenen belgeler, m.7 ile de tesis açmak için tüzel kişilerden istenen belgeler düzenlenmiş, m.6/f ve m.7/c bentlerine göre de tesis açmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerden, faaliyette bulunulacak her spor dalının çalıştırıcısına ait antrenör, masör veya diğer eğitimcilerle yapılan bir yıllık sözleşmenin ilgili federasyon veya il müdürlüğünden tasdikli sureti istenmiştir. Ayrıca m.22'de de antrenörler ile yapılan sözleşmeler bir yıllık olarak yapılacağı ve her yılsonunda yenileneceği ifade edilmiştir (m.22/2,c.5).

Kanaatimizce burada dikkat edilmesi gereken bir Kanun hükmü karşısında Kanunun düzenlemesine aykırı hükümler içeren bir Yönetmeliğin varlığıdır. Yani yapılmak istenen düzenleme ile genel saydığımız düzenleme aynı hiyerarşide değildirler. Dolayısıyla burada hukuk tekniği açısından normlar hiyerarşisine aykırı bir durum mevcuttur. Ancak olaya birde diğer açıdan aşağıdaki başlıktan yaklaşalım.

### **2.2.2. Yönetmelikteki Hükmün Kanunun Verdiği Yetki ile Yapılması**

Burada akla şöyle bir ihtimal de gelebilir: Acaba mevcut yönetmeliğin dayanağı iş ilişkileri ile ilgili bir düzenleme yetkisi verilmiş bir kanun mudur? Örneğin Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile TFF'ye Türkiye'deki her türlü futbol faaliyetini yürütmek, düzenlemek ve denetlemek yetkisi verilmiştir. Bundan dolayıdır ki TFF, futbolcuların çalışma şartları ile ilgili düzenlemeleri talimat adı altında çıkartmaktadır ve bu talimatlar da genel mevzuat hükümlerinden ayrık birtakım hükümler içerebilmektedir<sup>33</sup>.

Aynı husus Özel ve Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliği açısından değerlendirirsek; Yönetmelik; 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Gö-

<sup>33</sup> Örneğin futbol teknik direktörleri ile yapılacak sözleşmeler belirli süreli olmak zorundadır ve herhalde bitiş tarihi 31 Mayıs olarak düzenlenmelidir. (TFF Teknik Adamların Statüsü ve Çalışma Esasları Talimatı m.9/2)

revleri Hakkında Kanunun 2<sup>34</sup> ve 10<sup>35</sup> uncu maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır (Yön.m.3). Hâlbuki ilgili dayanak maddeler incelendiğinde, aslında Spor Genel Müdürlüğü'ne ne TFF'nin yetkilerine benzeyen genel bir görev ne de sporcuların ya da spor adamların çalışma ilişkilerini düzenlemek gibi özel bir görev verilmediğini söyleyebiliriz. Bu sebeple, özel beden eğitimi ve spor tesislerinde çalışacak antre

<sup>34</sup> Kanunun 2. maddesine göre Spor Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

- a) Vatandaşın ve okul dışı gençlerin fizik, moral güç ve yeteneklerini sağlayan beden eğitimi, oyun, jimnastik ve spor faaliyetlerini sevk ve idare etmek,
- b) Milli Eğitim Bakanlığına bağlı bütün öğretim kurumlarının; yurt içi ve yurt dışı spor faaliyetlerini programlamak, beden eğitimi ve spor faaliyetlerinin esaslarını tespit etmek, yürütmek, bu faaliyetlere ait araç, gereç ve benzeri ihtiyaçları sağlamak,
- c) Okul dışı izcilik ve spor faaliyetlerini programlamak, düzenlemek, yönetmek ve gelişmesini sağlamak; spor idarecisi, antrenör, monitör, spor elemanları ve hakemleri yetiştirmek, eğitmek, sayılarını artırmak, eğitim merkezleri kurmak,
- d) Sporcu ve spor kulüplerinin tescil, vize, aktarma işlemlerini yapmak,
- e) Spor federasyonlarının kurulması ve spor dallarını belirlemek için gerekli usul ve esasları tayin ve tespit etmek,
- f) Beden eğitimi ve spor faaliyetleri için gerekli olan saha, tesis ve malzemeleri yapmak, yaptırmak, işletmek ve bu tesisleri vatandaşın istifadesine sunmak,
- g) Sporcu sağlığı ile ilgili tedbirleri almak, sporcu sağlık merkezleri açmak, açtırmak, işletmek, işletilmesine yardımcı olmak, sporcuların sigortalanması işlemlerini yapmak ve yaptırmak,
- h) Spor müsabakalarında milletlerarası kuralların ve her türlü talimatın uygulanmasını sağlamak,
- i) (Mülga: 3/6/2011 –KHK–638/31 md.)
- j) Beden eğitimi ve spor alanında teknik bilgi ve spora ilgiyi artıracak yayınlar yapmak, faaliyetlerde bulunmak,
- k) (Mülga: 3/6/2011 –KHK–638/31 md.)
- l) Milletlerarası spor temas ve münasebetlerinde resmi merci görevi yapmak,
- m) Bu Kanuna göre tescili yapılmış bulunan spor kulüp ve kuruluşları ile spor amacını taşıyan teşekkül, sporcu ve spor elemanlarını denetlemek,
- n) Başarılı sporculara ve çalıştırıcılarına ayni ve nakdi yardım yapmak ve yapılmasını sağlamak, ödüllendirmek,
- o) Engelli bireylerin spor yapabilmelerini sağlamak ve yaygınlaştırmak üzere; spor tesislerinin engellilerin kullanımına da uygun olmasını sağlamak, spor eğitim programları ve destekleyici teknolojiler geliştirmek, gerekli malzemeyi sağlamak, konu ile ilgili bilgilendirme ve bilinçlendirme çalışmaları ile yayınlar yapmak, spor adamları yetiştirmek, engelli bireylerin spor yapabilmesi konusunda ilgili diğer kuruluşlarla işbirliği yapmak,
- p) İlgili mevzuat ve Bakanlıkça, verilen benzeri görevleri yapmak.”

<sup>35</sup> Söz konusu Kanun'un 10. maddesine göre Merkez Danışma Kurulunun görevleri şunlardır :

- a) Genel Müdürlükçe hazırlanan bütçe ile federasyonlar tarafından hazırlanan plan ve programları tetkik etmek,
  - b) Genel Müdürlükçe hazırlanan yıllık çalışma programını tetkik ve tasdik etmek,
  - c) Teşkilatı ilgilendiren yönetmelikleri hazırlamak,
  - d) Federasyonların kurulması ve meşgul olacakları spor dalları hakkında görüş bildirmek,
  - e) Spor saha, tesis ve malzemeleri ile ilgili konularda temel prensipleri tespit etmek,
  - f) Genel Müdürlükçe kendisine havale edilen diğer işler hakkında görüş bildirmek,
  - g) Spor Genel Müdürlüğü merkez ve taşra personeli ile sporcuların sosyal güvenliğini düzenleyici tedbirler konusunda ilgili yönetmelikleri düzenleyerek görüş bildirmek.
- (b) ve (c) bentlerinde yazılı işler hakkında Merkez Danışma Kurulunun vereceği karar kesindir. Ancak, bu kararlar Gençlik ve Spor Bakanı tarafından feshil veya tadil olunabilir.”

nörlerin sözleşmelerinin, düzenlenme şeklinin 4857 sayılı İş Kanunu'ndan farklı esaslara tabi tutulmasının yönetmelik ile düzenlenemeyeceği kanaatindeyiz. Böyle bir düzenlemenin kanun çıkarılması hukuk tekniği açısından daha isabetli olurdu.

### Sonuç

Değerlendirme yaparken ilk olarak Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliği'nin antrenör, masör ve diğer çalıştırıcıların iş sözleşmelerinin belirli süreli olarak yapılması gerektiğine dair düzenlenmesinin belirli süreli iş sözleşmesi yaparken ve sözleşmeyi yenilerken belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kıla- cak bir objektif neden oluşturup oluşturmadığı konusu tartışılmıştır. Yönetmelik m.22'de geçen cümle aynen şu şekildedir: *“Yapılan sözleşmeler bir yıllık olarak yapılır ve her yılsonunda yenilenir”*. Yönetmelik hükmü *“en az”, “asgari”, “bir yıldan az ola- maz”* gibi ifadeler içermemektedir. Bu açıdan, bu sözleşmelerin belirli süreli olduğu ve yenilenmesi durumunda objektif koşulun yeniden oluşacağı anlamı çıkmaktadır.

Konunun normlar hiyerarşisi açısından da değerlendirilmesi gerekmiştir. Çünkü söz konusu düzenleme bir kanun maddesi değil bir yönetmelik maddesidir. Dolayısıyla burada hukuk tekniği açısından normlar hiyerarşisine aykırı bir durum olduğu kanaatindeyiz. Yönetmelik, 4857 sayılı İş Kanunu'nda belirli süreli sözleş- meler ile ilgili esaslara aykırı bir düzenleme getirmektedir. Dolayısıyla bu konuda çıkacak bir uyuşmazlıkta görevli hakimin Yönetmelik yerine doğrudan 4857 sayılı İş Kanunu'nu uygulaması isabetli olacaktır.

Yönetmeliğin dayanağı olan Spor Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Spor Genel Müdürlüğü'ne iş ilişkileri ile ilgili bir düzenleme yetkisi verilmiş olup olmadığı da değerlendirilmiştir. Dayanak maddeler incelen- diğinde, aslında Spor Genel Müdürlüğü'nün kendi idari teşkilatı dışında çalışma ilişkilerini düzenlemek gibi bir yetkisinin olmadığı söyleyebiliriz.

Konu ile ilgili düzenlemenin hukuki açıdan eleştirisi dışında bir takım eleştiri- lerimiz de mevcuttur. Biz bu konunun yönetmelikle değil bir kanunla düzenlen- miş bile olsa çalışma barışı, iş huzuru, uluslararası normlar yada sektörel gereklilik açısından antrenör, masör ve diğer eğiticilerle yapılacak iş sözleşmelerinin belirli bir süre ile sınırlandırılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Açıkçası hangi gerekçe ile antrenör, masör ve diğer eğiticilerin iş sözleşmelerinin belirli bir süre ile sınırlandı- rılmak istendiği belirsizdir. Düzenlemenin bu haliyle, aslında objektif olarak belirli süreli sözleşme şartlarını taşımayan iş sözleşmesini belirli süreli iş sözleşmesi haline getirerek, çalışanları iş güvencesi, ihbar tazminatı, kıdem tazminatı gibi belirli bazı haklarından mahrum etmekten başka bir işlevi olmayacaktır.

**KAYNAKLAR**

- AKYİĞİT** Ercan, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- AKYİĞİT** Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1.Cilt, Ankara 2006.
- ALPAGUT** Gülsevil, *4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, Mercek D, Ocak 2004.
- ALPAGUT** Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, TÜHİS, Ankara, s.7, [http://www.tuhis.org.tr/resim/files/alpagut\(1\).pdf](http://www.tuhis.org.tr/resim/files/alpagut(1).pdf) (E.T.: 14.02.2014)
- ARSLAN** Türker – **KOCASAKAL** Ümit (Ed.) TFF Tahkim Kurulu Örnek Kararları, 2009.
- BAŞTÜRK** Faruk, İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU** Yeliz, Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- CANBOLAT** Talat, *Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi*, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:13, 2007, İstanbul.
- CENTEL** Tankut, *Özel Okul Öğretmenleriyle Sözleşme Yapılması*, Sicil Dergisi, S:6, Haziran 2007.
- ÇELİK** Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- DERYAL** Yahya, Hukukun Temel Kavramları, 7. Baskı, Trabzon, 2011.
- ERTAŞ** Şeref, **PETEK** Hasan, Spor Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- EKONOMİ** Münir, *4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (1) – Kavram Süre ve Yenilenme -*, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:9, 2006, İstanbul.
- EKMEKÇİ** Ömer, Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara: 2003.
- ESENER** Turhan, Hukuka Giriş, 10. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2012.
- GÖZLER** Kemal, Hukuka Giriş, 10.Baskı, Bursa, 2013.
- GÜLER** Mikdad, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:5, Ocak – Şubat – Mart 2005, İstanbul.
- GÜNAY** Cevdet İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2013.
- GÜZEL** Ali, **ERTAN** Emre, *Avrupa Birliği Hukukunda ve Özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) Kararlarında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılma ve Yenilenme Koşulları*, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:18, 2008, İstanbul.

- KILIÇOĞLU** Mustafa, İş Hukukunda Temel Kavramlar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- KULUÇLU** Erdal, Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkisi, Sayıştay Dergisi S:71, <http://www.sayistay.gov.tr/yayin/dergi/icerik/der71m1.pdf> (E.T.: 20.12.2013)
- MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi, İş Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- ORHAN** Ümit, Profesyonel Futbol Teknik Adam Sözleşmesi ve Uygulama Sorunları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- SÜMER** Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Mimoza Yayınları, 4. Basım, Konya, 2010.
- SÜZEK** Sarper, İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- ŞAKAR** Müjdat, İş Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2011.
- ŞAKAR** Müjdat, *Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı*, Çalışma ve Toplum 2008/2, S:17, s.12
- TAŞKENT** Savaş, *Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi*, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:9, 2006, İstanbul.
- TUNÇOMAĞ** Kenan, **CENTEL** Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2013.
- YİĞİT** Yusuf, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bu Serbestinin Sınırları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 14, Sayı: 2, 2012, s.101-166 (Basım Yılı: 2013) <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-14-2/yusufyigit.pdf> (E.T.:25.12.2013)



# İŞÇİNİN ÖLÜMÜNÜN İŞ İLİŞKİSİ BAKIMINDAN SONUÇLARI

(*Consequences of Employee's Death on Employment  
Relationship*)

İpek KOCAGİL\*

## ÖZET

İş sözleşmesi işçinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir sözleşmedir. Bundan dolayı, iş sözleşmesi işçinin ölümüyle sona erer ve iş görme borcu işçinin mirasçılara geçmez. Bununla birlikte, işçinin mirasçıları, koşulları gerçekleştiği takdirde, kıdem tazminatı talep edebilir.

**Anahtar kelimeler:** İşçinin ölümü, iş sözleşmesi, kıdem tazminatı

## *Abstract*

Labour contract is strictly related to the personality of the employee. Thus labour contract comes to an end upon the decease of the employee and the obligation of the employee performing the work does not pass to his/her inheritors. Nonetheless the inheritors of the employee can claim the severance payment if the required conditions are fulfilled.

**Keywords:** Decease of the employee, labour contract, severance payment.

## I. GİRİŞ

İş sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Borçlunun borcunu zaman içinde devamlı ve aralıksız olarak ifa edebildiği hallerde sürekli edim söz konusudur. Borç ilişkisindeki asli edimlerden en az biri sürekli edimi gerektiriyorsa, sürekli borç ilişkisi doğmaktadır. İş sözleşmesinde işçinin iş görme borcu sürekli olarak ifa edilir, işverenin edime olan menfaati de sürekli dir.<sup>1</sup> İş sözleşmesi, sürekli borç doğuran bir sözleşme olması nedeniyle, kendiliğinden ya da fesih yoluyla sona erdirilebilir. İş sözleşmesi ile çalışan işçinin geçimini sağlayabilmesi için iş ilişkisinin istikrarla devam etmesi gereklidir. Bu nedenle Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin feshine ilişkin genel kurallarından işçiyi koruyucu şekilde ayrılan özel düzenlemelere yer verilmesi ihtiyacı doğmuştur ve İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin emre-

\* Araş. Gör., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı.

<sup>1</sup> Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul, 2011, s. 12; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2012, s. 245

dici düzenlemelere yer verilmiştir.<sup>1</sup>

Ölüm iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erme hallerinden biridir. Ölüm olayı Medeni Kanun (TMK) ya da Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda da bu konuda bir hükme yer verilmemiştir. Ancak, ölüm halinde iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 440. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>2</sup>

İş sözleşmesi devam ederken, işçinin ölümü hem iş sözleşmesini etkiler hem de işçinin hak sahipleri bakımından bazı sonuçlar doğurur. Çalışmamızda, öncelikle işçinin ölümü halinde iş sözleşmesinin sona ermesi üzerinde durulacak, daha sonra işçinin hak sahiplerinin kıdem tazminatı ve Borçlar Kanunu ile getirilen ölüm tazminatı talep hakları üzerinde durulacaktır.

## II. İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

İş sözleşmesi işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşmedir. Liberal iktisat ve hukuk görüşünün egemen olduğu zamanlarda, iş sözleşmesinin işçinin belirli bir hizmeti yerine getirmeyi, işverenin ise bu hizmet karşılığı belirli bir ücreti ödemeyi borçlandıkları malvarlıksal nitelikte bir sözleşme olduğu kabul edilmekteydi. Çağdaş İş Hukuku, iş sözleşmesinin malvarlıksal nitelikte olduğu görüşünü terk etmiş ve iş sözleşmesinin işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşme olduğunu kabul etmektedir.<sup>3</sup>

İş sözleşmesinin kişisellik özelliği, işçinin borcunu bizzat ifa etmesini gerektirmektedir. İşçi kural olarak, sözleşme ile üstlendiği borcunu bizzat ifa etmek zorundadır (BK. m. 395).<sup>4</sup> İş sözleşmesinin kişisellik özelliği, işçinin ölümü halinde iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmaktadır. İşçinin ölümü halinde iş sözleşmesinin kendiliğinden son bulacağı Borçlar Kanunu'nun 440. maddesinde açık hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre:

“TBK madde 440- *Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer.*”

Ölüm kişiliği sona erdiren bir durumdur. Ölüm hayatın sona ermesidir. Ancak, ölümün hangi anda gerçekleşmiş sayılacağı hususu Medeni Kanunda düzenlenmemiştir. Bu husus tıp biliminin gösterdiği gelişmeler neticesinde değişmeye açıktır.<sup>5</sup> Ölüm anının ve ölüm halinin belirlenmesi tıp biliminin verilerine göre yapılacak bir işlemdir. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında

<sup>1</sup> Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2012, s. 333

<sup>2</sup> Akyiğit, Ercan, “*Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları*”, Sicil, Haziran 2011, s. 32

<sup>3</sup> Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, İstanbul, 2012, s. 90

<sup>4</sup> Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2012, s. 355; Süzek, s. 245

<sup>5</sup> Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2011, s. 20



Kanunun<sup>6</sup> 11. maddesinde ölüm halinin: “*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle*” belirleneceği düzenlenmiştir.<sup>7</sup> Eski öğretiden kalp atışlarının ve solunumun durması ölüm hali olarak kabul edilmekteyken, tıp biliminde yaşanan gelişmeler sonucu yapay kan dolaşımı ve yapay solunum ile kişinin yaşaması sağlanmaktadır. Ancak, beyin fonksiyonları tamamen duran bir kişinin dolaşım ve solunum sistemlerinin çalışması halinde yeni bir öğretinin kabulü gerekmiştir. Bu da beyin ölümüdür.<sup>8</sup> Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nde<sup>9</sup> ise, beyin ölümü kıstası kabul edilmiş ve ek madde 1’de beyin ölümü tanımlanmıştır. Ancak bu Kanun organ nakli bakımından ölüm anının belirlenmesinde beyin ölümü kıstasını kabul etmektedir. Kişiliğin sona ermesi bakımından ölüm anının tespitinde ölüm sürecine geri dönülemez şekilde girme anı dikkate alınmalıdır.<sup>10</sup>

İşçi gerçek kişi olduğundan ölümle birlikte kişilik sona erer ve kişiliğine bağlı hak ve borçları da sona erer. İşçinin ölümü halinde, sözleşmenin kendiliğinden son bulması, işçinin iş görme borcunu bizzat ifa etmesi gereğinin bir sonucudur. İş sözleşmesinin kurulmasında işçinin kişiliği önem taşıdığı için, iş görme borcunun kişiliği ile yakın ilişki içerisinde olduğu için, bu borcun mirasçılara geçmesi mümkün değildir.<sup>11</sup> Mirasbırakanın kişisel niteliklerinin göz önünde tutulduğu borç ilişkileri ölüm ile son bulduğundan, mirasbırakanın terekasında yer almazlar. İşçinin iş görme borcu da kişisel özellik gereği terekede yer almayacağından mirasçılara geçmez. Ancak, iş sözleşmesinin ölüm ile kendiliğinden son bulması ileriye etkili olacağından, işçinin muaccel olmuş ve malvarlığında alacak olarak yer almış hakları (örneğin ücret alacağı, fazla çalışma, yıllık ücretli izin, ihbar ve kıdem tazminatı alacakları gibi) terekede yer alır ve mirasçılara geçer.<sup>12</sup> İşverenin ölen işçinin mirasçılarının işgörüme borcunu talep etmesi mümkün olmadığı gibi işçinin ölümü nedeniyle uğradığı zararların tazminini istemesi de mümkün değildir. Ölen işçinin mirasçılarının işgörüme talebini kabul edip çalışmaya başlamaları halinde iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilemez, taraflar arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş olur.<sup>13</sup> İş sözleşmesinin işçinin ölümü halinde yakınlarından biriyle devam edeceğine gösteren bir kayıt içermesi, iş görme ediminin mirasçılara geçtiği

<sup>6</sup> RG: 3.6.1979, 16655

<sup>7</sup> Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2010, s. 58

<sup>8</sup> Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 21

<sup>9</sup> RG: 1.2.2012, 28191

<sup>10</sup> Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 23; Yazarlar, kalp ve solunumun durduğu anın ölüm anı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler, beyinsel ölüm görüşünün ancak beyin fonksiyonlarının tamamen durduğu fakat kalp ve solunumun devam ettiği durumda dikkate alınması gerektiğini belirtmektedirler (Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 22).

<sup>11</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 713; Yürekli, Sabahattin, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, 2011, s. 129

<sup>12</sup> Dural, Mustafa/Öz, Turgut, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2006, s. 8-10

<sup>13</sup> Narmanlıoğlu, s. 334 dipnot 4

anlamına gelmez. İşveren, bu hükme dayanarak mirasçılardan iş görme edimini yerine getirmelerini talep edemez. Ancak, bu kişilerle sıfırdan bir sözleşme yapılarak iş ilişkisi kurulması mümkündür.<sup>14</sup>

Sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi bakımından, işçinin ölümünün gerçek bir ölüm ya da gaiplik kararı veya ölüm karinesi sonucu ölmüş sayılma arasında bir fark yoktur.<sup>15</sup> Gaiplik kararı geriye etkili olarak hüküm ifade ettiğinden, gaipliğine karar verilen işçinin iş sözleşmesi ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haberin alındığı tarihte son bulmuş sayılır. Gaipliğine karar verilen kişi ya da ölüm karinesi sonucu ölmüş sayılan kişi daha sonra çıkıp gelirse karine hükmünü yitireceğinden, sözleşme ölümle son bulmaz ve işverenin haklı nedenle fesih hakkı gündeme gelir.<sup>16</sup>

### III. HAK SAHİPLERİNE TAZMİNAT ÖDENMESİ

#### 1. Hak Sahiplerine Kıdem Tazminatı Ödenmesi

Kıdem tazminatı her sona erme halinde doğmamakla birlikte iş sözleşmesinin sona ermesinin en önemli sonuçlarından biridir. Kıdem tazminatı, iş sözleşmesi Kanunda öngörülen sebeplerle sona eren işçiye veya mirasçılarna işveren tarafından ödenen bir miktar para olarak tanımlanmaktadır.<sup>17</sup> Uzun süre işyerinde çalışarak işverene katkı sağlayan ve tükettiği iş gücü karşılığı iş sözleşmesi sona erdiğinde (belirli sona erme hallerinde) kendisine veya ölümü halinde mirasçılarna toplu bir miktar para ödenmesi işçinin emeğinin karşılığıdır.<sup>18</sup>

Kıdem tazminatı 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemiştir. İş Kanunu'nun 120. maddesi ile 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükten kaldırılırken, 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesi istisna tutulmuş ve yürürlükten kaldırılmamıştır.<sup>19</sup> İş Kanunu'nun geçici 6. maddesinde; "*Kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulur. Kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı hakları saklıdır.*" hükmüne yer verilerek kıdem tazminatı konusunda 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesi hükümlerinin uygulanmaya devam edeceği düzenlenmiştir. Kıdem tazminatı Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda da düzenlenmiştir. Deniz İş Kanunu ile, 1475 s. Kanun'un 14. maddesindeki düzenlemeye paralel bir kıdem tazminatı hakkına yer verilirken, Basın İş Kanunu ile farklı

<sup>14</sup> Yürekli, s. 130; Akyiğit, Ölüm, s. 34

<sup>15</sup> Yürekli, s. 132; Akyiğit, Ölüm, s. 34

<sup>16</sup> Akyiğit, Ölüm, s. 34; Aksi görüşte, Yürekli, s. 132

<sup>17</sup> Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1972, s. 323; Akyiğit, Ercan, Kıdem Tazminatı, 2. Bası, Ankara, 2010, s. 27; Süzek, s.746; Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 975-976

<sup>18</sup> Narmanlıoğlu, s. 533

<sup>19</sup> Kıdem tazminatının Türk İş Hukukundaki gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 28 vd. ve s. 40 vd.

düzenlemeye yer verilmiştir.<sup>20</sup> İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu açısından işçinin mirasçılara verilecek kıdem tazminatının koşulları ayrı ayrı ele alınacaktır. Borçlar Kanunu kapsamında çalışanlar bakımından kıdem tazminatına yer verilmemiştir.

**a) İş Kanunu kapsamında çalışan işçinin ölümü halinde mirasçılara kıdem tazminatı verilmesinin koşulları**

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine göre:

“MADDE 14 — (Değişik birinci fıkrâ: 29.7.1983-2869/3 md.) Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin :

1- İşveren tarafından bu Kanunun 17 nci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,

2- İşçi tarafından bu Kanunun 16 ncı maddesi uyarınca,

3- Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,

4- Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;

5- (Ek: 25.8.1999 -4447/45 md.) 506 sayılı Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya **işçinin ölümü sebebiyle son bulması** hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.”

14. madde uyarınca kıdem tazminatına hak kazanmak için belirli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullar; İş Kanununa tabi olarak sürekli bir işte iş sözleşmesiyle çalışma, iş sözleşmesinin belirli nedenlerle son bulması ve kıdem koşuludur. Kıdem tazminatına hak kazanabilmek için bu koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.<sup>21</sup>

**aa) İş Kanunu kapsamında işçi olarak çalışmak**

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi, “bu kanuna tabi işçiler” ibaresine yer vermekle, kıdem tazminatına hak kazanmak için İş Kanunu kapsamında işçi olmak koşulunu düzenlemiştir. 1475 sayılı Kanun yürürlükten kalktığından, “bu

<sup>20</sup> Narmanlıoğlu, 534-535; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 29-30

<sup>21</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 43

*kanuna tabi*" ibaresi 4857 sayılı İş Kanununa tabi olarak anlaşılmalıdır.<sup>22</sup> İşçinin iş sözleşmesinin belirli-belirsiz süreli olması ya da tipik-atik olması önemli değildir, İş Kanunu'na tabi sürekli bir işte çalışmanın varlığı yeterlidir.<sup>23</sup>

İş Kanunu'nun kapsamına kimlerin girdiği Kanun'un 2. maddesinde belirtilmektedir.<sup>24</sup> İşçi sıfatına sahip olmayanların (çırak, stajyer, memur, sözleşmeli personel vb.) kıdem tazminatı talep hakları yoktur. Ancak, sözleşmeli personel statüsüne geçerken 308 sayılı KHK ile işçilikte geçirilen süreye ilişkin kıdem hakları saklı tutulduğuna dikkat edilmelidir. Bu istisnai durumda, işçilikte geçen süreye ilişkin kıdem tazminatı hakkı doğmaktadır.<sup>25</sup> Memur olarak çalışanların kıdem tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır ancak, Yargıtay memuriyette geçen süreleri de kıdem tazminatında dikkate almaktadır. 18 yaşından büyük olarak çıraklıkta geçirilen sürenin kıdem tazminatı hakkı doğurması tartışılmaktadır.<sup>26</sup>

İş Kanunu kapsamına giren her işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz. 14. maddede aranan diğer koşulların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Süreksiz işlerde çalışanlar kıdem tazminatına hak kazanamaz (İş K. m. 10/II). İş Kanunu kapsamı dışındaki işlerde<sup>27</sup> bu Kanun uygulanamayacağından, bu işlerde çalışanlar da kıdem tazminatı talep hakkına sahip değildir. İş Kanunu kapsamı dışında kalan 50'den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinde (m. 4/f.1 bent (b)), iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunması halinde kıdem tazminatına hak kazanılacağı Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.<sup>28</sup>

### bb) En az bir yıllık kıdem koşulu

İşçinin veya ölümü halinde mirasçılarının kıdem tazminatı talep edebilmeleri için aranan bir diğer koşul, işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte işyerinde en az bir yıllık kıdemini bulunmasıdır. İşçinin sahip olması gereken en az bir yıllık kıdem koşuluna açıkça yer verilmemişse de, 14. maddenin 1. fıkrasında *"işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işve-*

<sup>22</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 980-981

<sup>23</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 43

<sup>24</sup> İş Kanunu madde 2: *"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. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir."*

<sup>25</sup> Narmanlıoğlu, s. 539

<sup>26</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 43; Memurlu görevinden istifa ederek ayrılan kişinin bu süre için kıdem tazminatına hak kazanamayacağı yönünde: Yarg. HGK., 25.11.2009, e:2009/9-469, k:2009/570; Yarg. 9. HD., 2.1.2010, E:2010/1845, K:2010/1808; Yarg. 9.HD., 18.3.2009, E:2007/36163, K:2009/326; 1808 (Çil, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 3. Bası, Ankara 2011, s. 680-695)

<sup>27</sup> İş Kanununun 4. maddesinde belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde İş Kanunu hükümleri uygulanmaz.

<sup>28</sup> Yarg. 9 HD., 9.9.1992, E:1992/2280, K:1992/9386 (Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 981)

rence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.” hükmünden anlaşılmaktadır.<sup>29</sup> İşçinin en az bir yıllık kıdem koşulunu doldurmadan ölmesi durumunda mirasçılarının kıdem tazminatı talep hakları olmayacaktır. Ancak, bu bir yıllık kıdem koşulu Yargıtay’ın da kabul ettiği üzere nisbi emredici bir düzenlemedir ve iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile işçi lehine değiştirilmesi, azaltılması mümkündür.<sup>30</sup>

İş Kanunu kıdem süresinin hesabında, iş sözleşmesinin devam etmiş ya da fasılalarla akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalışılan süreyi esas almıştır.<sup>31,32</sup> İşçinin kıdem süresinin belirlenmesinde aynı işverene bağlı olarak aynı işyerinde çalışması şart değildir. İşçinin aynı işverene ait başka bir işyerinde geçirdiği çalışma süresi kıdem belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Farklı işyerlerinde görülen çalışmanın farklı işkoluna ait işlerde olması ya da işlerin farklı nitelikte olması da bu sürelerin kıdem süresinden sayılmasını engellemez.<sup>33</sup> Ancak, aynı işverenin değişik işyerlerinde geçen çalışmaların İş Kanunu kapsamında bulunmaması durumunda bu sürelerin kıdem süresinden sayıl-

<sup>29</sup> Süzek, s. 748; Narmanlıoğlu, s. 548; Çelik, s. 319-320

<sup>30</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1000; Yarg. 9. Hd., 2.2.2010, E:2010/3537, K:2010/1989 (Çil, s. 665-667); Yarg. 9. HD., 25.6.2009, E:2009/3611, K:2009/18066; Yarg. 9. HD., 28.4.2009, E:2009/3906, K:2009/12118 (Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 485)

<sup>31</sup> 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesinin IV. fıkrasında “T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir.” hükmü uyarınca, kamu kurumları bakımından farklı işverenler yanında geçen sürelerin belli şartlarla birleştirilmesi suretiyle kıdeme esas tutulması konusunda istisnai bir düzenlemeye yer verilmiştir. (Çelik, s. 333; Süzek, s. 775)

Farklı kamu kurumlarında geçen sürelerin birleştirilmesinde son kamu kurumunda işçi olarak çalışma şartının dışında sadece işçi olarak geçen sürelerin mi yoksa daha önce memur statüsünde geçen sürelerin de dikkate alınıp alınmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler için bkz. Süzek, s. 776.

<sup>32</sup> Yargıtay, işçinin kamu kurumunda geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi sonucu yaşlılık aylığına hak kazanması durumunda (yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla iş sözleşmesinin işçi tarafında feshi), kıdem tazminatında borçlanılan askerlik süresinin de göz önüne alınması gerektiği görüşündedir. (Karşı görüş için bkz. Süzek, s. 778) İşçinin yaşlılık aylığına hak kazanma durumu yoksa ya da işçi kamu kurumunda çalışmıyorsa, askerlik borçlanmasına ilişkin sürenin kıdem süresinden sayılmasını özel sektör işvereni karşı ileri süremeyecektir. Ayrıca, Yargıtay, işçi sağlığında askerlik süresini borçlanmış olsa bile (kıdeme esas alınması için mirasçılarının borçlanma talebinde bulunma hakkı yok), işçinin ölümü halinde mirasçılarının bu borçlanılan sürenin kıdem tazminatında dikkate alınmasını talep edemeyeceklerdir. (Çelik, s. 334 ve ilgili Yargıtay kararları için dipnot 144-145-146) İşçinin sağlığında borçlandığı askerlik süresi için, işçinin ölümü halinde mirasçılarının tarafından fark kıdem tazminatı talep edilebileceği yönünde karşı görüşte Yarg. HGK’nun 9.6.2004 9-339/357 sayılı kararı için bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 569 ve 589. Aynı görüşte Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 577

<sup>33</sup> Süzek, s. 768-769; Mollamahutoğlu/Astarlı, s. 1005

ması tartışmalara yol açabilir.<sup>34</sup> İş Kanunu kural olarak aynı işverene ait çalışmalarını dikkate alırken, bu kuralın istisnası aynı işyerinde çalışmak koşuluyla işverenin şahsında değişikliğin gerçekleşmesidir. İş Kanunu'nun 6. maddesinde işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği ve devralan işverenin, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hüküm geniş olarak anlaşılmalı ve işyerinin el değiştirdiği her durumda ya da işverenin şahsında veya statüsünde meydana gelen değişikliklerde işçinin o işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde kazanmış olduğu kıdem ve buna bağlı hakları korunmalıdır.<sup>35</sup> Ayrıca, işverene ait işyerinin başka bir yere nakli durumunda, oraya gitmeyi kabul eden işçinin kıdemi etkilenmez.<sup>36</sup>

Aynı işverene ait farklı işyerlerinde geçen bu çalışmaların aralıksız olması da gerekmemektedir. Kıdemin belirlenmesinde çalışılan toplam süre dikkate alınır.<sup>37</sup> İş Kanunu farklı işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilmesinde, fasıllı sözleşmelerin sona erme şekli bakımından bir sınırlamaya yer vermemiştir. Ancak, Yargıtay bu sürelerin birleştirilmesinde önceki sözleşmenin kıdeme hak kazandıracak şekilde sona ermesi koşulunu aramaktadır. Doktrinde Yargıtay'ın bu uygulaması eleştirilmektedir.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 535-536

<sup>35</sup> Narmanlıoğlu, s. 541

<sup>36</sup> Narmanlıoğlu, s. 542

<sup>37</sup> Aralıklı çalışma sonucu işçinin kıdem tazminatını alarak işyerinden ayrılması ve bir süre sonra tekrar aynı işverenin yanında çalışmaya başlaması durumunda önceki kıdem süresinin dikkate alınıp alınmayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, 1475 s. K. m 14/VIII uyarınca kıdem tazminatının aynı kıdem süresine ilişkin bir defadan fazla ödenemeyeceği ve bu nedenle kıdem tazminatı ödenerek son bulmuş hizmet süresinin daha sonraki dönemde dikkate alınmayacağı yönündedir. Yargıtay da bu yönde karar vermektedir. (Çelik, s. 322 ve kararlar için dipnot 77; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 543) Diğer görüş, aynı işverene ait işte çalışan işçinin kıdemi hesaplanırken tüm çalışma süresi dikkate alınarak son ücret üzerinden hesaplanması ve ödenen kıdem tazminatının bu tazminattan mahsup edilmesi yönündedir. (Süzek, s. 770)

Uygulamada, işçinin iş sözleşmesi şeklen feshedilip kıdem tazminatının ödendiği ancak işçinin çalışmasının aralıksız devam ettiği ve bu girdi-çıkıtı işlemi ile işverenin daha az kıdem tazminatı ödemeyi amaçladığı görülmektedir. Bu durumda Yargıtay yukarıda açıklanan içtihadına bir istisna getirerek işverenin davranışı daha az kıdem tazminatı ödemeye yönelik ise kıdem tazminatını tüm hizmet süresine göre son ücret üzerinden hesaplayarak ödenmiş kıdem tazminatlarının mahsubu suretiyle kıdem tazminatının hesaplanmasını kabul etmektedir. (Çelik, s. 323 ve kararlar için dipnot 81; Süzek, s. 771)

<sup>38</sup> Narmanlıoğlu, s. 545-547; Süzek, s. 772; Çelik, s. 326; Yarg. 9. HD. 25.6.2009, 3611/18066 (Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 560) Kamuda geçen önceki sürenin kıdem tazminatında hesaba katılabilmesi için, önceki sürenin de kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde son bulması gerektiğine ilişkin Yarg. HGK'nun 28.11.2007, 9-814/896 sayılı kararı için bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 592

İşçinin kıdem süresi işyerinde çalışmaya başlamasıyla başlar. İş Kanunu'nun 14. maddesinde kıdem süresinin başlangıcı bakımından iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, işçinin İş Kanunu kapsamında işe başladığı (ya da işçinin işverenin buyruğuna hazır halde beklediği (İş K. m. 66/c)) tarih esas alınmıştır. Kıdem süresinin sona erdiği tarih ise iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir. İşçinin ölümü halinde sürenin sonu ölüm günüdür.<sup>39</sup> Doktrinde çoğunluk, en az bir yıllık kıdemın "iş yılı" olarak anlaşılmaması gerektiği, fiilen çalışılan günlerin toplamı bir yılı doldurmuş olsa bile, sözleşmenin varlığını bir yıl koruması durumunda kıdem koşulunun gerçekleştiğini kabul etmektedir.<sup>40,41</sup> Ancak, Yargıtay kıdem süresinin hesabında fiilen çalışılan ya da çalışılmış sayılan günleri (İş K. m. 55) dikkate almaktadır. Yargıtay böylece, 3008 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi 1475 sayılı Kanun döneminde de "iş yılı" görüşünü kabul etmektedir.<sup>42</sup> Yargıtay, işçinin istirahatli olduğu sürenin makul süreyi aşması durumunda kıdeme dahil edilmemesi bakımından, İş Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde öngörülen sürelerin aşılmasını ölçüt olarak kabul etmektedir, ancak bu kriterin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.<sup>43</sup> Aynı şekilde Yargıtay, iş sözleşmesinin askıya alındığı hallerden tutukluluk ve ücretsiz izinde geçen süreleri de kıdem süresinden kabul etmemektedir.<sup>44</sup> 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 63. maddesi uyarınca, grev ve lokavtta geçen süreler kıdem hesabında dikkate alınamazlar ve bunun aksini öngören sözleşme de yapılamaz.<sup>45</sup>

İşçinin iş ilişkisi hangi Kanun'a tabi olursa olsun sendika yöneticiliğinde ge-

<sup>39</sup> Çenberci, s. 348; Süzek, s. 763

<sup>40</sup> Çenberci, s. 346; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 486; Narmanlıoğlu, s. 549; Süzek, s. 764; Karşı görüş Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 1001

<sup>41</sup> İşçinin çalışmasının 3008 sayılı Kanun döneminde başlayıp, 1475 sayılı Kanun döneminde son bulması halinde tüm sürenin tam yıl baz alınarak hesaplanması ve en az kıdem koşulunun bir yıl olarak kabul edilmesi gerekmektedir. (Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 491)

<sup>42</sup> Çenberci, s. 345-346; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 486-487; Yargıtay kararları için bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 486-487, dipnot 769-770-771)

<sup>43</sup> Çelik, s. 320; Yarg. 9 HD., 28.4.2009, E: 2009/3906, K: 2009/12118 (Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 509); Yargıtay ile aynı doğrultuda Günay, Cevdet İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Bası, Ankara 2010, s. 371

<sup>44</sup> Süzek, s. 764-765; Süzek, Yargıtay'ın iş sözleşmesinin askıya alındığı süreyi kıdem süresi olarak dikkate almamasını eleştirmektedir ve askı döneminde iş sözleşmesinin varlığını sürdürdüğünü belirterek, askı durumu yaratan ifa engelini askının kıdeme etkisi bakımından bir fark yaratmayacağını ve bu sürenin işçinin kıdeminden sayılması gerektiğini savunmaktadır. (Süzek, s. 766); Aynı görüşte, Narmanlıoğlu, s. 553; Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 702; Kar, Bektaş, Deniz İş Hukuku, Ankara 2012, s. 203, Ancak Yazar, ücretsiz izin, tutuklulukta ve hükümlülükte geçen sürelerin kıdem süresine eklenmemesi görüşündedir (s. 204); Ücretsiz izin süresinin kıdem süresinden sayılması görüşünde Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 497; Gözalı ve tutuklulukta geçen süre bakımından İş K. m. 25/IV'de öngörülen bildirim sürelerini aşan kısmın kendiliğinden kıdem süresine katılmayacağı görüşünde Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 512; Askı sürelerinin kıdem süresine dahil edilemeyeceği görüşünde Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 371

<sup>45</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 487

çerdiği süre 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 23. maddesine göre<sup>46</sup>:

İşçinin sendika yöneticiliğinde geçirdiği süre boyunca iş sözleşmesi askıda kalmaktadır. Yönetici işçinin, iş sözleşmesini feshetmeyerek, kanunda sınırlı sayıda sayılan, sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilememek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevinin sona ermesi halinde işverenin bu eski yönetici işçiyi bir ay içerisinde işe başlatma zorunluluğu vardır. Bu durumda eski yönetici işçinin, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesinin askıda kaldığı sürenin, daha sonra iş sözleşmesinin ölümle son bulması halinde hak sahiplerinin kıdem tazminatı talebinde kıdem süresinden sayılması düşünülebilir. Ancak, maddenin 3. fıkrasında, *“ödenek tazminatın hesabında, işyerinde çalışılmış süreler gözönünde bulundurulur”* hükmüne yer verilmiştir. Yöneticilikte geçen sürenin kıdem süresinde hesaba katılmaması gerekmektedir.<sup>47</sup>

Yargıtay ve doktrinde çoğunluk görüşü işçinin kıdeminin hesabında mevsimlik işlerin özelliği gereği, işçinin her yıl çalışılan ve çalışılmış sayılan sürelerin toplanması suretiyle kıdem belirlenmesini kabul etmektedir. Bu şekilde, iki mevsim arasında sözleşmenin askıda kaldığı süre kıdeme dahil edilmemektedir.<sup>48</sup> Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar bakımından da Yargıtay aynı şekilde işçinin kıdeminin hesabında fiilen çalışılan ve çalışılmış sayılan süreleri dikkate almaktaydı. Yargıtay 1977 tarihli bir kararında<sup>49</sup> haftada üç gün çalışan işçinin çalıştığı günleri toplayarak ölüm tarihi itibarıyla kıdemini en az bir yıl olması halinde kıdem tazminatı talebinde bulunabileceğine hükmetmiştir.<sup>50</sup> Yargıtay 2000 yılından itibaren verdiği kararlarda bu görüşünden dönmüştür ve doktrinde çoğunluğun kabul ettiği tüm

<sup>46</sup> “İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır. Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır. Yönetici, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanır.”

<sup>47</sup> Tuncay, Can, “Sendikalar Kanunu Tasarı Taslağının Getirdikleri”, Legal İSGHD, 2010, sy. 28, s. 1345; Akyiğit, Ercan, “Yeni Kanun’a Göre Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi”, Legal İSGHD, 2012, sy. 36, s. 35-36; Yazar, kıdem süresinin hesabında “işyerinde çalışılmış süreler göz önünde bulundurulur” hükmünün bunu anlatmak istediğini ancak anılan hükmün maddede ayrı bir fıkra olarak düzenlenmesi gerektiğini, bu haliyle 23. maddenin 3. fıkrasında belirtilen ihtimal için uygulanacağı yönünde kanaat oluşturabileceğini belirtmektedir. (Akyiğit, Sendika Yöneticiliği, s. 36); Ancak, askı süresinin kıdem süresine dahil edilmesi gerektiğine ilişkin doktrinde çoğunluk görüşü (dipnot 45) göz önüne alındığında hüküm doktrinde ve uygulamada tartışılabilir sebep olabilecektir.

<sup>48</sup> Çenberci, s. 352; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1006 ve dipnot 111’de belirtilen yazarlar; Narmanlioğlu, s. 557; Karşı görüş Süzek, s. 767, Çelik, s. 328; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 514; Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 371; Yarg. 9. HD., 17.6.2008, E:2007/21778, K: 2008/16394 (Çil, s. 621)

<sup>49</sup> Yarg. 9. HD. 24.10.1977, E. 77/13902, K. 77/15481 (Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1007 dipnot 115)

<sup>50</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1007; Çelik, s. 329



sürenin esas alınması görüşünü kabul etmiştir.<sup>51</sup> Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 13. maddesinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların yıllık ücretli izin hakkı bakımından iş sözleşmesinin devam ettiği süre esas alınmıştır. Bu nedenle, tam süreli ve kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar arasında kıdem hesabı bakımından ayrımı haklı kılacak bir gerekçe kalmamıştır.<sup>52</sup> Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları<sup>53</sup> da kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin kıdem hesabında sözleşmenin devam ettiği süreyi esas almıştır.<sup>54</sup>

### cc) İş Sözleşmesinin ölüm nedeniyle son bulması

İş sözleşmesi işçinin ölümü ile kendiliğinden son bulur. İşçinin iş sözleşmesi devam ederken ölmesi halinde en az bir yıllık kıdem süresini doldurmuş olması koşuluyla hak kazanmış olduğu kıdem tazminatı kanuni mirasçılara ödenir.<sup>55</sup> 1475 s. Kanun'un 14. maddesinin 1. ve 14. fıkralarında iş sözleşmesinin işçinin ölümü sebebiyle son bulması halinde kanuni mirasçılara kıdem tazminatı ödeneceği açıkça düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin işçinin ölümüyle son bulması mirasçılara kıdem tazminatı ödenmesi için yeterlidir. Ölümün niteliği ya da nedeni ile ilgili bir koşula maddede yer verilmemiştir.<sup>56</sup> Kanunda sadece işçinin ölümünden bahsedilmesi, ölüm nedenleri üzerinde durulmaması sonucu ölümün işçinin eceliyle ya da üçüncü kişilerin veya işçinin kusurlu hareketi ya da işçinin intiharı sonucu gerçekleşmesi önemli değildir.<sup>57</sup> Ancak, Yargıtay işçinin kendi kusurlu hareketi sonucu ölmesi halinde, ölüme neden olan davranış işveren açısından iş sözleşmesini haklı nedenle fesih sebebi oluşturuyorsa mirasçılardan kıdem tazminatı talep edemeyeceklerine hükmetmektedir.<sup>58</sup> Bu karar doktrinde eleştirilmektedir.<sup>59</sup>

Kanunda işçinin ölümü halinde kıdem tazminatının sadece kanuni mirasçılara ödeneceği düzenlenmiştir. Atanmış mirasçılardan kıdem tazminatı talep hakları yoktur. İşçinin, kıdem tazminatına hak kazandıktan sonra talep etmeden ölmesi

<sup>51</sup> Yarg. 9 HD. 27.9.2000, E: 2000/8184, K:2009/12733 (Çelik, s. 329); Yarg. 9 HD., 21.5.2001, e:2001/6063, k:2001/8620 (Çelik, s. 330, dipnot 118); Yarg. HGK 12.3.2003, E:2003/21-143, K:2003/159 (Çelik, s. 330, dipnot 119); Yarg. 9. HD., 8.12.2009, E:2009/44744, K:2009/33940 (Karaman, Mehmet Halis, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2010/2, sy. 25, s. 269 vd.); Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 523

<sup>52</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1008

<sup>53</sup> Yarg. HGK. 12.3.2003, E. 2003/21-143, K. 2003/159 (Çelik, s. 330 dipnot 119)

<sup>54</sup> Süzek, s. 768

<sup>55</sup> Narmanlıoğlu, s. 579

<sup>56</sup> Süzek, s. 757

<sup>57</sup> Süzek, s. 757; Hükme mutlak bir anlam verilmemesi, işçinin ölüme sebep olan davranış aynı zamanda Ceza Kanunu anlamında bir suç teşkil ediyorsa kıdem tazminatından söz edilemeyeceği görüşünde Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 997

<sup>58</sup> Yarg. 9 HD., 21.3.1978, E:1977/1676, K:1978/4008; Yarg. HGK., 21.12.1979, E:1978/9-1041, K:1979/1634 (Çelik, s. 318 dipnot 51); Süzek, s. 757

<sup>59</sup> Çelik, s. 318 dipnot 51 ve 52'deki yazarlar; Narmanlıoğlu, s. 580 dipnot 695; Süzek, s. 758; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 998; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 109

durumunda, sağlığında hak kazandığı bu kıdem tazminatı miras hukuku kuralları uyarınca tüm mirasçılara geçecektir. Ancak, iş sözleşmesinin ölümle son bulduğu durumda, Kanun uyarınca sadece kanuni mirasçılardan kıdem tazminatı talep hakları mevcuttur.<sup>60</sup> İşverenin de ölen işçinin birden fazla kanuni mirasçısı bulunması durumunda, kıdem tazminatını tüm mirasçılara birlikte ödemesi gerekir. Miras ortaklığına dahil alacaklar üzerinde mirasçılardan elbirliği halinde hak sahipliği söz konusudur.<sup>61</sup>

İşçinin ölümü gibi ölüm karinesi ve gaipliğine karar verilmesi halinde de kanuni mirasçılara kıdem tazminatı ödenmesi gerekmektedir. Medeni Kanununun 35. maddesi<sup>62</sup> uyarınca ölüme bağlı haklar, gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Bu hüküm uyarınca, gaibin kanuni mirasçılardan gaiplik kararının hüküm ifade ettiği gün olan ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haber alındığı tarihten itibaren kıdem tazminatına hak kazanırlar.<sup>63</sup> Ancak, ölmüş sayılan işçinin çıkıp gelmesi durumunda sözleşme ölümle son bulmadığından, ödenmiş kıdem tazminatının iadesi gerekecek, henüz ödenmemesi halinde ise işverenin ödemediği kaçınması mümkün olacaktır.<sup>64</sup>

#### **b) Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan işçinin ölümü halinde mirasçılara kıdem tazminatı verilmesinin koşulları**

Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesinin koşulları Kanununun 20. maddesinde hükme bağlanmıştır:

*"Bu Kanuna tabi gemi adamlarının hizmet akitlerinin:*

*1. İşveren tarafından bu Kanununun 14 üncü maddesinin 1 inci bendinde gösterilen sebepler dışında,*

*2. Gemi adamı tarafından bu Kanununun 14 üncü maddesinin II nci ve III üncü bentleri uyarınca,*

*3. Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,*

*4. Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı, yahut toptan ödeme almak amacıyla,*

*Feshedilmesi veya **gemi elemanının ölümü** veya 14 üncü maddenin 4 üncü bendi sebebiyle son bulması hallerinde gemi adamının işe başladığı tarihten itibaren*

<sup>60</sup> Çenberci, s. 334; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 109

<sup>61</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 109; Dural/Öz, s. 436

<sup>62</sup> TMK Madde 35 "İlândan sonuç alınmazsa, mahkeme gaipliğe karar verir ve ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır.

*Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur."*

<sup>63</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 998

<sup>64</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 110

hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence gemi adamına 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.

Gemi adamlarının kıdemleri hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik gemilerinde ve hizmetinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. Geminin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde gemi adamının kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitle-ri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/07/1975 tarihinden itibaren geminin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları gemi adamını çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki gemi adamının aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır.

12/07/1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmiş devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur.

Gemi adamının birinci bendin 4 üncü fıkrası hükmünden faydalanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır. **Gemi adamının ölümü halinde bu şart aranmaz.**

**Gemi adamının ölümü halinde yukarıdaki hükümlere göre doğan tazminat tutarı, kanuni mirasçılara ödenir.”**

Deniz İş Kanunu'nun 20. maddesinde kıdem tazminatı, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesindeki hükme paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Deniz İş Kanunu kapsamında kıdem tazminatına hak kazanabilmek için, 1475 s. Kanun'un 14. maddesinde açıklandığı üzere, Deniz İş Kanunu'na tabi bir iş sözleşmenin varlığı, sözleşmenin ölümle son bulması ve kıdem koşulu birlikte gerçekleşmelidir. Bu koşullar aşağıda ayrı olarak ele alınacaktır.

#### **aa) Deniz İş Kanunu'na tabi bir iş sözleşmesinin varlığı**

Deniz İş Kanunu kapsamında kıdem tazminatı talep edebilmek için aranan ilk koşul, bu Kanuna tabi bir iş sözleşmesiyle çalışmanın varlığıdır. İş Kanunu'nun 4. maddesinde<sup>65</sup>, Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren, denizlerde, göllerde ve nehirlerde taşıma işleri, İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunun nedeni, bu işlerin özellikleri nedeniyle özel düzenleme yapılması gerekliliğidir.<sup>66</sup> De-

<sup>65</sup> İş Kanunu'nun 4. maddesinde deniz ve hava taşıma işleri kapsam dışı bırakılmışken, “Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri”, İş Kanunu kapsamına alınmıştır.

<sup>66</sup> Çelik, s. 72

niz İş Kanunu'na tabi bir iş sözleşmesinin varlığının tespiti için öncelikle Deniz İş Kanunu'nun kapsamının tespiti gerekir. Kanun'un 1. maddesinde kapsama ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre: *"Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsular-da Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akti ile çalışan gemiadamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır.*

*Aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olduğu veyahut işverenin çalıştırdığı gemiadamı sayısı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde birinci bent hükmü uygulanır.*

*Bu kanunun uygulanmasında; sandal, mavna, şat, salapurya gibi olanlar da (gemi) sayılır.*

*Bakanlar Kurulu, ekonomik ve sosyal gerekler bakımından bu kanun hükümlerini yukardaki bentlerin kapsamı dışında kalan gemilerle gemiadamlarına ve bunların işverenlerine kısmen veya tamamen teşmile yetkilidir."*

Deniz İş Kanunu kapsamında bir iş sözleşmesiyle çalışmanın varlığı için öncelikle ortada bir gemi bulunması gerekmektedir. Kanun geminin tanımına yer vermemiş ve 3. fıkrasında nasıl hareket ettirildiğine bakılmaksızın sandal, mavna, şat ve salapurya gibi olanların da bu Kanun kapsamına girdiğini belirterek geniş bir düzenlemeye yer vermiştir. Başka kanunlarda geminin tanımlandığı görülmektedir.<sup>67</sup> Deniz İş Kanunu kapsamında gemi varlığının tespitinde bu tanımlardan yararlanılacaktır ancak, Deniz İş Kanunu'nun geminin tanımını yapmamakla beraber sınırlı bir sayma yoluna gitmediği ve geniş düzenlemesi gözden kaçırılmamalıdır.<sup>68</sup> Deniz İş Kanunu açısından gemi, serbestçe hareket edebilme ve tahsis amacına bakılmaksızın suda hareket eden her türlü araç olarak tanımlanabilir. Geminin huku-ki açıdan türünün farklı olması, Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesindeki koşulları taşıması şartıyla önem taşımaz.<sup>69</sup>

Gemi niteliğinin tespitinden sonra bu geminin Deniz İş Kanunu'nun kapsamına girebilmesi için Türk Bayrağı taşıması zorunludur. Geminin ne zaman Türk Bayrağı çekebileceği Türk Ticaret Kanunu'nun 940. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>70</sup>

Geminin Deniz İş Kanunu'nun kapsamına girebilmesi için belirli bir amaca tahsis edilmiş olması aranmaz. Ancak, Yargıtay Deniz İş Kanunu'nun kapsamını deniz taşıma işleri ile sınırlandırmaktadır.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> TTK m. 931; Denizde Can ve Mal Koruması Hakkında Kanun m. 1; 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcraı San'at ve Ticaret Hakkında Kanun m. 2

<sup>68</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 897; Gemi tanımında ayrıntılı bilgi için bkz. Kar, s. 108 vd.

<sup>69</sup> Kar, s. 108-109

<sup>70</sup> Kar, s. 110; Deniz İş Kanunu Kapsamına girmenin koşullarına ilişkin Yarg. 9. HD., 13.2.2012, E:2009/31285, K:2012/3117 (Çalışma ve Toplum, 2012/3 sy. 34, s. 208-212)

<sup>71</sup> Yarg. 9 HD., 28.4.2009, E:2009/6543, K:2009/12102 (Çil, s. 933-934); Mollamahmutoglu/As- tarlı, s. 287; Bedük, Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012, s. 284

Bu koşullara ek olarak, geminin Deniz İş Kanunu'na tabi olabilmesi için ya "grostonilatosu" ya da "çalıştırdığı gemi adamı sayısı" ile Kanun'un öngördüğü sınıra girmesi ya da Bakanlar Kurulu Kararı ile Kanun kapsamına girmesi gerekmektedir. Kanun, aynı işverene ait geminin ya da gemilerin toplam grostonilatosunun en az 100 olmasını aramaktadır. Bu koşulda gemide istihdam edilen gemi adamı sayısı önemli değildir. Ancak, grostonilatosu 100 den az olan bir gemi, ancak en az beş gemi adamı istihdam edilmesi koşuluyla Deniz İş Kanunu kapsamına girebilmektedir. Anılan iki koşulu da taşımayan bir geminin Deniz İş Kanunu kapsamına girebilmesi ancak, bu konuda Bakanlar Kurulu Kararı bulunması halinde mümkündür. Bu koşulları taşımayan gemi ve çalışanları Deniz İş Kanunu'nun kapsamı dışındadır.<sup>72</sup>

Deniz İş Kanunu kapsamına giren geminin tespitinden sonra, bu gemide çalışanların gemi işvereni ile arasındaki hukuki ilişkinin iş sözleşmesine dayanması zorunludur. Gemi adamının Deniz İş Kanunu çerçevesinde işçi sayılabilmesi iş sözleşmesinin varlığına bağlıdır.<sup>73</sup> Deniz İş Kanunu iş sözleşmesinin tanımına yer vermemiştir. Deniz İş Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu arasında genel kanun özel kanun ilişki bulunup bulunmadığı tartışmalı olmakla beraber, öğretide baskın görüş Deniz İş Kanunu ve 4857 sayılı İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunmadığı ve Borçlar Kanunu'nun genel kanun niteliğinde olduğu yönündedir.<sup>74</sup> Bu nedenle, iş sözleşmesinin tanımı konusunda TBK m. 393'de<sup>75</sup> yapılan tanım dikkate alınacaktır.<sup>76</sup>

Gemi adamı gemi işvereniyle yapılan iş sözleşmesi uyarınca çalışan kimsedir. Deniz İş Kanunu'nun 2. maddesinde gemi adamının tanımına yer verilmiştir. Buna göre: "*Bir hizmet aktine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere "gemiadamı" denir.*" Deniz İş Kanunu açısından gemi adamı işçidir. Gemi adamı ve işveren arasında iş sözleşmesinin varlığı gemi adamının işçi sıfatını kazanması için yeterlidir. Gemi adamı sayılmak için Kanun yapılan işin gemi ve denizle ilgili olmasını aramamıştır. Hatta doktor hemşire gibi, yaptıkları iş deniz ve gemiyle ilgili bulunmasa dahi, işverenle aralarında iş sözleşmesi bulunan kişiler gemi adamı sayılmıştır.<sup>77</sup> Gemi hizmetinde geçici olarak çalışanlar gemi adamı sayılmazlar. Örneğin, istifçiler, limanda yükleme boşaltmada çalışan işçiler gibi. Zorunlu kıla-

<sup>72</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 898; Süzek, s. 231; Bedük, s. 34-35

<sup>73</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 898

<sup>74</sup> Yılmaz, Ejder, "Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi", Sicil, Haziran 2011, sayı 22, s. 28; Kar, s. 34; Bedük, s. 42-43

<sup>75</sup> TBK m. 393: "*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*"

<sup>76</sup> 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde de, aynı unsurları taşıyan bir tanıma yer verilmiştir. İş K. m. 8; "*İş sözleşmesi bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.*"

<sup>77</sup> Kar, s. 76-77; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 899

vuz olarak olsa dahi, gemide bulunan kılavuz kaptanlar gemi adamı sayılmazlar.<sup>78</sup>

Deniz İş Kanunu'nun 2. maddesinde kaptanın aynı zamanda işveren vekili olarak kabul edilmesi nedeniyle Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 12.6.1969 tarihli, E: 37, K:7460 sayılı kararında kaptanın gemi adamı olmadığı ve bu nedenle davanın İş Mahkemesinde bakılmayacağına hükmedilmiştir. İş Mahkemesinin kararında direnmesi üzerine olay Yarg. HGK'na gitmiştir. Kaptanın gemi adamı sayılıp sayılmayacağı konusunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun iki farklı kararı vardır. Doktrinde, kaptan gemi adamı olarak kabul edilmektedir.<sup>79</sup>

Gemi adamı ve işveren arasında yapılan iş sözleşmesi Deniz İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca yazılı yapılmalıdır. Ancak, doktrinde yazılılık koşulunun geçerlilik koşulu değil ispat koşulu olduğu kabul edilmektedir.<sup>80</sup>

Deniz İş Kanunu kapsamı dışında kalanlar hakkında Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

### bb) En az bir yıllık kıdem koşulu

1475 sayılı Kanun'daki düzenlemeye paralel olarak, Deniz İş Kanunu kapsamında kıdem tazminatına hak kazanmak için aranan bir diğer koşul, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte işçinin en az bir yıllık kıdeme sahip olmasıdır. Daha önce üç yıl olan en az kıdem koşulu Kanun değişikliği ile bir yıla düşürülmüştür.<sup>81</sup> 1475 sayılı Kanun'da aranan en az bir yıllık kıdem koşulu ile ilgili yapılan açıklamalar Deniz İş Kanunu bakımından da geçerlidir.

Gemi adamının kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınacak süre gemi adamının işe başladığı tarihtir. Kıdem süresinin sonu ise, sözleşmenin sona erdiği tarih olan ölüm tarihidir.<sup>82</sup> Kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınacak süre konusunda Yargıtay ve doktrinin "iş yılı" ve "takvim yılı" konusunda farklı görüşlere sahip olduğu belirtilmişti. Bu görüşler çerçevesinde kıdem süresinin hesabında dikkate alınacak süreler konusunda 1475 sayılı Kanun için yapılan açıklamalar aynen Deniz İş Kanunu (çalışılmış sayılan günler m. 42/2'de düzenlenmiştir) bakımından da geçerlidir.

Deniz İş Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasında gemi adamının kıdemini iş sözleşmesinin fasilalarla aynı işverenin farklı gemilerinde veya hizmetlerinde devam etmiş bulunması halinde, kıdem süresinin tüm süre üzerinden hesaplanaca-

<sup>78</sup> Barlas, Nuray, Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Niteliği, İstanbul, 2000, s. 36

<sup>79</sup> Yarg. HGK kararları ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kender, Rayegan, "Deniz İş Kanununda İşveren, İşveren Vekili, Kaptan ve Gemi Adamı", İÜHF İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezinin 1984 Yılı Konferansları, İstanbul, 1985, s. 152-153

<sup>80</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 900; Kar, s. 125

<sup>81</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 910; Bedük, s. 285

<sup>82</sup> Kar, s. 203; Bedük, s. 295

ği düzenlenmiştir. Kıdem süresinin hesaplanmasında, işverenin farklı gemilerinde geçirilen süre yanında, aynı işverenin değişik hizmetlerinde (gemi işyeri sayılmayan ve deniz taşıma işi dışında) geçen sürelerin de dikkate alınacağı hükme bağlamıştır. Bu hüküm uyarınca, aynı işverenin farklı iş kollarına ait işlerinde geçirilen süreler ve aynı işverenin hizmetinde diğer kanunlara tabi geçirilen süreler birleştirilerek dikkate alınacaktır.<sup>83</sup> Ancak, fasıllı çalışma sonucu iş sözleşmesinin kıdeme hak kazandıracak şekilde son bulması konusunda 1475 sayılı Kanun bakımından açıklanan tartışmalar Deniz İş Kanunu bakımından da geçerlidir. Deniz İş Kanunu'nun 20. maddesinde 1475 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi Kamu kurumları bakımından değişik kamu kurumlarında T.C Emekli Sandığı Kanunu'na ve Sosyal Sigortalar Kanunu'na veya sadece Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi geçirilen sürelerin, gemi adamının Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malullük aylığına veya toptan ödemeye hak kazanması durumunda, iş sözleşmesinin kıdeme hak kazandıracak şekilde son bulması koşuluyla birleştirileceğine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.

Deniz İş Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasında, geminin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde gemi adamının kıdeminin hizmet süresinin toplamı üzerinden hesaplanacağı kuralına yer verilmiştir. 1475 sayılı Kanunda getirilen düzenlemeye paralel bir düzenlemedir. Her iki Kanun 1975 sonrası her iki işverenin beraber kıdem tazminatından sorumlu olduğunu, ancak eski işverenin bu sorumluluğunun işçiyi (gemi adamını) çalıştırdığı süre ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı olduğunu düzenlemiştir. Bu konuda 1475 sayılı Kanun bakımından yapılan açıklamalar Deniz İş Kanunu bakımından da geçerlidir. Ancak, burada dikkate alınması gereken bir başka hüküm Kanun'un 19. maddesinde öngörülen düzenlemedir. Buna göre: *“geminin Türk Bayrağını taşıma hakkı bulunduğu sürece mülkiyetin kısmen veya tamamen herhangi bir şahsa geçmesi hizmet aktinin feshini gerektirmez.”* Kanun'un 19. ve 20/II. maddeleri beraber değerlendirildiğinde, geminin devri sonucu gemi Türk Bayrağı taşıma hakkını kaybederse iş sözleşmesi sona ereceğinden hizmetler birleştirilemez.<sup>84</sup>

### cc) İş sözleşmesinin ölümle son bulması

1475 sayılı Kanun'un 14. maddesindeki düzenlemeye paralel olarak, Deniz İş Kanunu kapsamında kıdem tazminatına hak kazanabilmek için iş sözleşmesinin Kanun'un 20. maddesinde belirtilen sona erme hallerinden biri ile son bulmuş olması gerekmektedir. İşçinin ölümü ile iş sözleşmesinin sona ermesi, 20. maddenin 1. fıkrası uyarınca kıdem tazminatına hak kazandıran bir sona erme halidir. Kanunun 20. maddesinin 15. fıkrasında *“gemi adamının ölümü halinde yukarıdaki hükümlere göre doğan tazminat tutarı, kanuni mirasçılara ödenir”* hükmüne yer

<sup>83</sup> Kar, s. 204-205; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 912; Bedük, s. 296

<sup>84</sup> Kar, s. 206; Bedük, s. 298

verilmiştir. Yukarıda 1475 sayılı Kanun uyarınca işçinin ölümü ile iş sözleşmesinin sona ermesi çerçevesinde yapılan açıklamalar, paralel bir düzenleme içeren Deniz İş Kanunu'nun 20. maddesi bakımından da geçerlidir.

### c) Basın İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçinin Ölümü Halinde Mirasçılara Kıdem Tazminatı Verilmesinin Koşulları

Basın İş Kanunu'na tabi çalışanların<sup>85</sup> kıdem tazminatı konusunda Basın İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi ve Deniz İş Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan düzenlemelerden gazeteci lehine olmak üzere oldukça farklı bir düzenlemeye yer vermiştir. Basın İş Kanunu'nun 6., 7. ve 11. maddelerinde gazetecinin kıdem tazminatı talep edebilmesinin koşulları düzenlenmiştir. Deniz İş Kanunu'ndan ve 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, Basın İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme halleri Kanunen ya da sözleşme ile belirlenmektedir<sup>86</sup>

Gazetecinin iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi halleri doktrinde tartışmalıdır.<sup>87</sup> Kanunun 6., 7. ve 11. maddelerindeki düzenlemelere baktığımızda, iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erme halleri içerisinde işçinin ölümü düzenlenmemiştir. Ancak, Kanunun 18. maddesinde gazetecinin ölümü halinde tazminat ödenmesine ilişkin bir düzenleme mevcuttur.

*“Madde 18: Gazetecinin ölümü sebebiyle iş akdinin sona ermesi halinde, eşi ve çocuklarına ve bunlar bulunmadığı takdirde geçimi kendisine terettüp eden ailesi efesine mütteveffanın aylık ücretinin üç mislinden az olmamak üzere, kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı verilir.”*

Bu düzenlemenin niteliği ise tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, işçinin ölümünü kıdem tazminatına hak kazandıran bir sona erme şekli olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre, ölüm tazminatı eskiden kıdem tazminatı ile bağlantısı bulunmayan ayrı bir tazminat iken, 212 sayılı Kanunla Basın İş Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu, kıdem tazminatının ölüm halinde de ödeneceğini ve bunun alt sınırını düzenleyen bir hüküm halini almıştır.<sup>88</sup> Şakar, kıdem tazminatına hak ka-

<sup>85</sup> Basın İş Kanunu'nun Kapsamı için bkz. m. 1: *“Bu Kanun hükümleri Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğrafajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki “işçi” tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir.”*

<sup>86</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 937

<sup>87</sup> Kıdem tazminatına hak kazandıracak sona erme halleri konusunda farklı görüşler için bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 937 vd.; Göktaş, Seracettin/Çil, Şahin, Basın İş Hukuku, Ankara, 2003, s. 253

<sup>88</sup> Şakar, Müjdat, Basın İş Hukuku, İstanbul, 2002, s. 107; Yazar, TGS'nin yaptığı toplu iş sözleşmelerinde ölüm tazminatına ayrıca yer verilmediğini ve kıdem tazminatına ve ölüm yardımına ilişkin sözleşme hükümlerinde işçinin ölümünün kıdeme hak kazandıran hallerden biri olarak yer aldığını gerekçelerine eklemektedir. (Şakar, Tebliğ, s. 111)



zandıracak kıdem süresine (gazetecilik mesleğinde 5 yıl çalışmış olmak) sahip olmadan ölen gazetecinin hak sahiplerine ölüm tazminatı ödenmeyeceği görüşündedir.<sup>89</sup> Karşı görüş, işçinin ölümünün kıdem tazminatı hakkı doğurmayacağı, Basın İş Kanununun 18. maddesinde düzenlenen ölüm tazminatının kıdem tazminatı olarak nitelenemeyeceği görüşündedir.<sup>90</sup> Karşı görüş sahipleri şu gerekçelere dayanmaktadırlar: Madde 18 hükmünün Kanun içindeki sistematik yeri bunun kıdem tazminatı olarak nitelendirilmesine uygun değildir. Yasa koyucu, 212 sayılı Kanun ile getirdiği bu hakkı kıdem tazminatı olarak düzenlemek isteseydi, kıdem tazminatına ilişkin hükmün içinde düzenleme yoluna giderdi. Ölüm tazminatını kıdem tazminatından ayıran bir başka önemli nokta, kıdem tazminatı için aranan kıdem süresinin (5 yıllık kıdem süresi<sup>91</sup>) ölüm tazminatı için aranmamasıdır. Maddenin kenar başlığının da ölüm tazminatı olması, bu ödemenin kıdem tazminatından bağımsız ayrı bir tazminat olduğunu göstermektedir. Ayrıca yasal mirasçılar dışında başka hak sahiplerinin belirlenmesi de bir başka gerekçe olarak gösterilmektedir.<sup>92</sup>

Tartışmanın kaynağı, Basın İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 6. ve 11. maddelerinde işçinin ölümü haline yer verilmemiş, ancak, Kanun'un 18. maddesinde ölüm tazminatı başlığını taşıyan ayrı bir maddede işçinin ölümü halinde kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı ödenmesine ilişkin düzenlenmeye yer verilmesidir.

18. maddede düzenlenen ölüm tazminatının kıdem tazminatı niteliğinde olmadığını kabul eden görüşe göre, gazetecinin kıdemi ne olursa olsun onun ölümü halinde yakınlarına ölüm tazminatı dışında bir ödeme yapılamaz çünkü gazetecinin ölümü iş sözleşmesini kıdem tazminatına hak kazandıran bir sona erme şekli olarak düzenlenmemiştir.<sup>93</sup> Ancak, TGS'nin yaptığı toplu iş sözleşmelerinde gazetecinin ölümü kıdem tazminatına hak kazandıracak haller arasında sayılmaktadır.<sup>94</sup>

Basın İş Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen ölüm tazminatı, niteliği tartışmalı olmakla beraber, işçinin ölümü halinde işvereni tazminat ödeme borcu altına sokan bir düzenlemedir. Bu nedenle, işçinin ölümü halinde ödenecek olan bu tazminat aşağıda ölüm tazminatı bağılığı altında incelenecektir.

<sup>89</sup> Şakar, 108

<sup>90</sup> Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 938; Gökteş/Çil, s. 253; Gökçek Karaca, Nuray, Gazetecinin Basın İş Kanunundan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, İstanbul, 2010, s. 187 dipnot 366'da yer alan yazarlar; Uçum, Mehmet/Karataş, Hüseyin, "Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu-Basın İş Kanunu Karşılaştırması", Legal İSGHD, 2007, sy. 14, s. 602; Soyer, s. 19

<sup>91</sup> Gazetecinin bir defa 5 yıllık meslek kıdemi kazanması durumunda her bir işveren yanında yeni bir 5 yılın geçmesinin aranmayacağı yönünde: Yarg. 9. HD., 15.7.2008, E:2008/3647, K:2008/20448 (Çil, s. 795-796)

<sup>92</sup> Soyer, s. 19; Gökteş/Çil, s. 253-254; Gökçek Karaca, s. 187-188

<sup>93</sup> Gökçek Karaca, s. 188

<sup>94</sup> Şakar, s. 108

### d) Borçlar Kanunu Kapsamında Çalışan İşçinin Ölümü Halinde Mirasçılarının Kıdem Tazminatı Hakkı

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde işçinin veya ölümü halinde mirasçılarının kıdem tazminatı talep edebilmelerinin koşullarından biri işçinin İş Kanununa tabi çalışmasının varlığıdır. İş Kanunu'nun kapsam dışı bıraktığı işlerde iş sözleşmesiyle çalışan işçinin kıdem tazminatı talep edebilmesi ancak tabi olduğu kanunlarda bu konuda hüküm bulunması koşuluna bağlıdır. Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu, bu Kanunlara tabi işçiler için kıdem tazminatına ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Ancak, Türk Borçlar Kanunu, bu Kanuna tabi işçiler için kıdem tazminatına ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu nedenle, TBK kapsamında iş sözleşmesiyle çalışanların kıdem tazminatı talep hakları yoktur.<sup>95</sup> Ancak, Yargıtay<sup>96</sup> İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan tarım işlerinde çalışanlar için, iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde kıdem tazminatına ilişkin hüküm bulunması halinde, bu işçilerin bu hükme dayanarak kıdem tazminatı talep edebileceklerine karar vermiştir. Bu karardan yola çıkarak, Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçilerin iş sözleşmelerinde ya da toplu iş sözleşmesinde kıdem tazminatı talep edebileceklerine ilişkin bir düzenleme bulunması halinde, işçinin ölümü halinde hak sahipleri de kıdem tazminatı talep edebileceklerdir.<sup>97</sup>

TBK 440. maddesinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir düzenlemeye yer vererek, Borçlar Kanunu'na tabi hizmet sözleşmesiyle çalışan işçinin ölümü halinde işveren, ölen işçinin bazı yakınlarına belli bir miktarda ödeme yapma yükümlülüğü altına sokulmuştur. Bu tazminata ilişkin açıklamalar aşağıda ölüm tazminatı başlığı altında incelenecektir.

## 2. Hak Sahiplerine BK m. 440'da Düzenlenen Ölüm Tazminatı Ödenmesi

### a) Ölüm Tazminatı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda işçinin ve işverenin ölümünün iş sözleşmesine etkisi konusunda farklı bir düzenlemeye yer verilmemiş ancak ölümün hukuki sonuçları bakımından yeni bir hükme yer verilmiştir.<sup>98</sup> İşçinin ölümü halinde BK. m. 440'da yer alan düzenleme gereği hizmet sözleşmesi kendiliğinden son bulmaktadır.<sup>99</sup> İşçinin ölümünün hizmet sözleşmesine etkisi bakımından Türk Borçlar Kanunu ile getirilen yeni ve farklı bir düzenleme, işçinin ölümü ile hizmet

<sup>95</sup> Çelik, s. 314; Yürekli, s. 315

<sup>96</sup> Yarg. 9 HD. 9.9.1992, E: 1992/2280, K: 1992/9386 (Yürekli, s. 316 dipnot 370)

<sup>97</sup> Yürekli, s. 316; Bedük, s. 282

<sup>98</sup> Doğan Yenisey, Kübra, "Hizmet Sözleşmesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 324

<sup>99</sup> İşverenin ölümü halinde ise, BK. m. 441 f. 2 ile getirilen düzenlemeye göre işverenin ölümünün iş sözleşmesini sona erdirebilmesi, hizmet sözleşmesinin işverenin kişiliğinin dikkate alınması suretiyle kurulması şartına bağlanmıştır.

sözleşmesinin sona ermesi halinde işverenin işçinin mirasçılarına belli bir miktar tazminat ödeme borcu altına sokulmasıdır.<sup>100</sup> İşverenin bu ödeme yapma yükümlülüğünün temelini işverenin işçiyi gözetme borcunun sözleşme sonrasına etkisi oluşturmaktadır.<sup>101</sup>

*“Madde 440- Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşi ve ergin olmayan çocuklarına, yoksak bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür.”*

TBK 440. madde ile getirilen bu ödemeye hak kazanabilmek için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle, hizmet sözleşmesi maddede açıkça belirtildiği üzere işçinin ölümü ile son bulmalıdır.<sup>102</sup> Maddede sadece ölüm kavramına yer verildiğinden, işçinin ölüm şeklinin bir önemi yoktur.<sup>103</sup> Hizmet sözleşmesi (belirli-belirsiz ya da tam-kısmi süreli) işçinin ölümü ile son bulduktan sonra, Kanun kimlerin işverenden tazminat isteme hakkına sahip olduklarını belirtmiştir. Maddedeki düzenleme uyarınca, kanuni mirasçılık sıfatına bağlı olmaksızın işçinin sağ kalan eşi ve ergin olmayan çocukları, bunlar yoksak bakmakla yükümlü olduğu kişilerin bu ödemeyi talep edebilecekleri hükme bağlanmıştır.<sup>104</sup> Kanun yapılacak ödeme bakımından ölen işçinin sağ kalan eşi ile ergin olmayan çocuklarını öncelikli kabul etmiş ve bunların ya da birinin varlığı halinde ödemenin sadece onlara yapılmasını hükme bağlamıştır.<sup>105</sup>

İşçinin sağ kalan eşi deyiminde, hizmet sözleşmesi işçinin ölümü ile son bulunduğu anda, ölen işçinin hukuken evli bulunduğu kimse anlaşılmaktadır. İşçinin ölümden önce boşandığı eski eşi ya da ölüm anında resmi nikah olmadan beraber yaşadığı kimseler işverenden bu ödemeyi talep hakkına sahip değillerdir.<sup>106</sup> İşçinin sağ kalan eşi ile birlikte bu ödemeyi talep etme hakkına sahip öncelikli bir diğer grup, işçinin ölümü halinde ergin olmayan çocuklarıdır. Maddede yer alan düzenleme, işçinin çocukları bakımından başka bir istisnaya yer vermeksizin ergin olmama şartını aramaktadır. Ergin çocuklar bakımından tam ehliyeti bulunup bulunmaması göz önüne alınmamıştır ve ergin çocuklar bakımından bu ödemeyi

<sup>100</sup> Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 10. Bası, İstanbul, 2012, s. 424; Günay, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1383

<sup>101</sup> Akyiğit, Ölüm, s. 34; Yürekli, s. 133; Soyer, s. 18; Doğan Yenisey, 325; Süzek 760 dipnot 45

<sup>102</sup> Ölüm olayının ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı hususunda yer alan tartışmalara II. bölümde değinilmiştir.

<sup>103</sup> Yürekli, s. 133

<sup>104</sup> Alpagut, Gülsevil, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, Ankara 2012, s. 150

<sup>105</sup> Akyiğit, işçi ve işveren arasında buna aykırı yapılacak anlaşmanın geçersiz olacağı kanısındadır. (Akyiğit, Ölüm, s. 35); Yürekli, s. 135

<sup>106</sup> Akyiğit, Ölüm, s. 36; Aksi görüş, Yürekli, s. 136

talep hakkına yer verilmemiştir. Ancak, ölen işçinin ergin olmakla birlikte bakıma muhtaç çocukları bakımından bu düzenleme eleştirilmektedir. İsviçre öğretisinde de, işçinin bakmakla yükümlü bulunduğu çocuklarına reşit olup olmadıklarına bakılmaksızın işverenin bu ödemeyi yapması kabul edilmektedir.<sup>107</sup> Belirtmek gerekir ki, ergin olmak bakımından maddede bir ayrıma yer verilmemiş ve sadece yaş ile değil TMK m. 11/2 ve 12 uyarınca ergin kabul edilenler de bu ödemeye hak kazanamayacaktır.<sup>108</sup>

İşçinin ölümü halinde sağ kalan eşi ya da ergin olmayan çocukları bulunmadığı durumlarda Kanun, ölüm tazminatını talep hakkına işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sahip olduğunu hükme bağlamıştır. Maddede bakmakla yükümlü olunan kişi kavramına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Kanundan doğan bir bakım yükümünün bulunması durumunda bu kimselere ödeme yapılacağı açıktır. Bakmakla yükümlü olunan kişilerin belirlenmesinde, TMK 364 nafaka yükümlülerine ilişkin düzenlemeden ve 5510 sayılı SSGSSK 3. maddesinin 7. fıkrasında yer alan ölen sigortalının hak sahiplerine ilişkin düzenlemeden yararlanılabilir.<sup>109</sup> İşçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere sağlığında fiilen bakıyor olması şart değildir. Kanun işçinin sağlığında fiilen baktığı kimselerden değil, bakmakla yükümlü olduğu kimselerden söz etmiştir.<sup>110</sup>

TBK'nın 440. maddesinde; işverenin ödeme yapacağı kimseleri belirlerken bunlara hangi sıra ile ödeme yapılacağı konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sadece, sağ kalan eş veya ergin olmayan çocuk bulunmaması durumunda ödemenin bakmakla yükümlü olunan kimselere yapılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, sağ kalan eş ve çocuklar arasında ölüm tazminatının nasıl paylaşılacağı belirsizdir. Doktrinde, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadığı için sağ kalan eş ve çocuklar arasında ödemenin eşit paylaşılması ileri sürülmüştür. TMK'nın miras paylaşımına ilişkin kuralları burada uygulanmamalıdır.<sup>111</sup>

Ölüm halinde işverenin ödemesi gereken bu tazminat bakımından maddede işçinin belli bir kıdeme sahip olması aranmamıştır. İşçinin işe girdiği ilk gün ölmesi halinde dahi işveren bu ödemeyi yapma borcu altındadır. Ancak, işçinin hizmet sözleşmesinin belirli bir süre devamı hak sahiplerine ödenecek miktar bakımından önem taşımaktadır. Hizmet ilişkisi beş yıldan fazla sürmüşse, işverenin işçinin hak sahiplerine iki aylık ücretten oluşan bir ödeme yapması gerekmektedir. Hizmet ilişkisi beş yıl veya beş yıldan az süren işçinin hak sahiplerine ise bir aylık ücret

<sup>107</sup> Akyiğit, Ölüm, s. 36; Yürekli, s. 138

<sup>108</sup> Akyiğit, Ölüm, s. 36

<sup>109</sup> Akyiğit, Ölüm, s. 36-37

<sup>110</sup> Yürekli, s. 139

<sup>111</sup> Akyiğit, Ölüm, s. 37; TMK m. 5 uyarınca miras hukuku kurallarına göre paylaşılması gerektiği yönünde aksi görüş, Yürekli, s. 140

tutarında ödeme yapılacaktır.<sup>112</sup> Hizmet ilişkisinin işverenin aynı işyerinde sürekli olarak geçirilmesi maddede belirtilmediğinden, aynı işverene ait farklı işyerlerinde sürekli ya da aralıklı olarak geçirilen hizmet sürelerinin birleştirilmesi ileri sürülebilecektir.<sup>113</sup>

İşverenin ödemekle yükümlü olduğu bu tutar zarar koşuluna bağlı olmayan, miktarı Kanun tarafından belirlenmiş, hak sahiplerinin ekonomik durumundan bağımsız götürü bir tazminat niteliğindedir.<sup>114, 115</sup>

### b) Bu Tazminatın Diğer İş Kanunları Kapsamında Talep Edilmesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen ölüm tazminatının Borçlar Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından uygulanması bir sorun teşkil etmemekle birlikte diğer İş Kanunları kapsamındaki işçiler bakımından uygulanması öğretide tartışmalıdır. Diğer İş Kanunları bakımından bu tartışmalara yer vermeden önce, İş Kanunları ve Borçlar Kanunu arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca, *"Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır."* İş Kanunu'nun kabulü ile birlikte, iş ilişkilerini düzenleyen özel kanun yanında İş Kanunu'nun kapsamındaki işçiler bakımından Borçlar Kanunu genel nitelikli kanun olma özelliğini sürdürmektedir. İş Kanunu kapsamında olmayan işçiler bakımından ise Borçlar Kanunu doğrudan uygulanmaktadır. İş Kanunları bakımından Borçlar Kanunu'nun genel kanun niteliğinde olmasının anlamı, İş Kanunlarında açık hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağıdır. Ancak, İş Kanunlarında hüküm bulunan hallerde öncelik ilgili İş Kanunu'nun uygulanmasındadır.<sup>116</sup>

Türk Borçlar Kanunu'nun genel gerekçesinde belirtildiği üzere, Kanun'un hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan işçileri kapsayacaktır. Her iki Kanun arasında çatışma bulunan hallerde özel kanun olan İş Kanunu uygulanacaktır. İş Kanunu'nda boşluk bulunan hallerde genel kanun niteliğinde bulunan Borçlar Kanunu uygulama alanı bulacaktır. Ancak, hangi hallerde İş Kanunu'nda boşluk bulunduğu tespitini önem taşımakta-

<sup>112</sup> Soyer, Polat, *"Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi"*, Sicil, Haziran 2011, sy. 22, s. 18; Alpagut, 150

<sup>113</sup> Güneş, Başak/Mutlay, Faruk Barış, *"Yeni Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi"*, Çalışma ve Toplum, 2011/3, sy. 30, s. 272

<sup>114</sup> Akyiğit, Ölüm, s. 35-37

<sup>115</sup> Akyiğit, bu tazminat miktarının nisbi emredici hüküm niteliğinde olduğu görüşündedir (Akyiğit, Ölüm, s. 35); Aynı yönde Güneş/Mutlay, s. 273; Yürekli, s. 141

<sup>116</sup> Yılmaz, s. 28; Bedük, s. 42-43; Karşı görüş için bkz. Şakar, Müjdat, *"Gazetecilik Sözleşmesinin Sona Ermesi, İhbar ve Kıdem Tazminatı"*, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul 2006, s. 106

dır.<sup>117</sup> TBK m. 440 ile getirilen düzenleme bu bakımdan öğretide tartışmalara sebep olmuştur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 440. maddesinde düzenlenen ölüm tazminatının İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından uygulanması ayrı ayrı ele alınacaktır.

**aa) İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından TBK 440 uyarınca ölüm tazminatı talep edilmesi**

İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu iş sözleşmesinin işçinin ölümüyle son bulması halinde işçinin kanuni mirasçularına sadece kıdem tazminatı ödeneceğine ilişkin düzenlemeye yer vermiştir. İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından işçinin ölümü ile iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ölüm tazminatına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamında bulunan işçilerin TBK madde 440 uyarınca ölüm tazminatı talep etmeleri doktrinde tartışılmıştır.

Bir görüş, bu konuda hüküm içermeyen bu iki kanun kapsamındaki işçilerin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadıklarının önemi bulunmadan genel kanun niteliğinde bulunan Türk Borçlar Kanunu madde 440 uyarınca ölüm tazminatı talep haklarının bulunduğunu kabul etmektedir.<sup>118</sup> Bu görüşü savunan yazarlar, Borçlar Kanunu ile getirilen ölüm tazminatının kıdem tazminatından bağımsız bir ödeme olduğu, özellikle belli bir kıdem koşuluna bağlı olmadan ölüm tazminatına hak kazanılması ve ödenecek kişi çerçevesinin farklı olması gerekçelerine dayanmaktadırlar.<sup>119</sup> Bir başka gerekçe, İsviçre öğretisinde bu ödemenin ölüm nedenine dayanan, kıdem tazminatından bağımsız ve ona eklenerek yapılan bir ödeme olduğu konusunun tartışmasız olmasıdır. Ölüm nedenine dayanan bu ödeme sözleşmenin ard etkisi olarak kabul edilmektedir.<sup>120</sup> Süzek, bu gerekçelere ek olarak, sonraki genel kanunun önceki özel kanundan farklı bir düzenleme getirmesi durumunda, yasanın amacının belirlenmesi gerektiğini ve yeni tarihli genel kanun ile getirilen düzenlemenin her iki kanunu birlikte uygulama amacı taşıyabileceğini belirtmektedir.<sup>121</sup>

Diğer görüş, İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'nda işçinin ölümüne parasal olarak hukuki sonuç bağlandığını ve ölümün kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden biri olarak düzenlendiğini ve bu nedenle bu noktada kanunda boşluk bulunduğunu ileri sürmenin isabetli olmayacağını kabul etmektedir. Borçlar Kanunu'nun

<sup>117</sup> Alpagut, s. 127

<sup>118</sup> Akyiğit, Ölüm, s. 38; Doğan Yenisey, s. 325; Soyer, 18; Süzek, s. 759; Çelik, s. 196; Narmanlıoğlu, s. 335; Yürekli, s. 134; Bedük, s. 291

<sup>119</sup> Akyiğit, Ölüm, s. 38, Süzek, s. 758-759; Bedük, s. 291

<sup>120</sup> Soyer, s. 18; Doğan Yenisey, 325; Süzek 760 dipnot 45

<sup>121</sup> Süzek, s. 759

gereğesinde açıkça İş Kanunu kapsamı dışında bulunan işçiler için düzenleme getirildiğine ilişkin açıklamanın bu hükümlerin uygulanmasında dikkate alınması gerektiği ve İş Kanunu'na tabi işçiler için ölüm tazminatının ilave hak olarak kabul edilmesinin boşluk kavramından uzaklaşarak, farklı yasalardan lehe hükümlerin toplanması suretiyle yeni kurallar demeti yaratmaya götürdüğü savunulmaktadır.<sup>122</sup>

### **bb) Basın İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından TBK 440 uyarınca ölüm tazminatı talep edilmesi**

Bu başlık altında ölen gazetecinin yakınlarının, 18. maddede öngörülen ölüm tazminatı ile birlikte TBK m. 440'da düzenlenen ölüm ödemesini/tazminatını birlikte talep edip edemeyecekleri incelenecektir.

Basın İş Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen tazminatın kıdem tazminatı olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. İşçinin hak sahiplerinin Basın İş Kanunu kapsamında kıdem tazminatı talep hakları konusu incelenirken bu tartışmalara değinilmiştir. Basın İş Kanunu m. 18 hükmünün kıdem tazminatı niteliğinde olmadığı görüşü kabul edildiğinde ölen gazetecinin hak sahiplerine TBK m. 440 hükmü uyarınca ek ödeme verilmesinin gerekip gerekmediği gündeme gelmektedir.<sup>123</sup>

Basın İş Kanunu, İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'ndan farklı olarak ölüm tazminatı bağılı altında 18. maddesinde bu konuda özel bir hükme yer vermektedir.

Basın İş Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen ölüm tazminatı, kıdem tazminatı gibi hesaplanan, gazetecinin üç aylık ücreti tutarında asgari sınıra bağlanmış ve ödenmesi için ölen gazetecinin belli bir kıdeme sahip olması şartı aranmayan bir tazminattır. İşe yeni giren bir gazetecinin ölümü halinde dahi işverenin bu tazminatı ödemesi zorunludur. Bu tazminatı ödemeyen işveren için Kanun'un 26. maddesinde idari para cezası öngörülmüştür.<sup>124</sup> Ölüm tazminatının verileceği kişiler; ölen gazetecinin eşi ve çocukları ile bunlar bulunmadığı takdirde geçimini kendisinin sağladığı aile fertleridir. Ancak, hüküm bu tazminatın eş ve çocuklar arasında nasıl paylaşılacağına dair hüküm içermemesi ve geçimini sağladığı aile fertlerinin tespitinde karşılaşılabilecek güçlükler bakımından eleştirilmektedir.<sup>125</sup>

Basın İş Kanunu madde 18 hükmü, TBK m. 440 hükmünden farklı yönlere de sahiptir. Öncelikle, hak sahipleri ölen gazetecinin eşi ve çocukları ile bunlar yoksa geçimi gazeteciye düşen aile fertleridir. TBK m. 440 hükmünden farklı olarak,

<sup>122</sup> Alpagut, 15-152; Aynı yönde, Erdem, Özdemir, "Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi", Sicil, Eylül 2012, sy. 27, s. 41; Mollamahmutoğlu, s. 715; Güneş/Mutlay, s. 273

<sup>123</sup> Soyer, s. 18; Doğan Yenisey TBK m. 440 hükmü ile Basın İş Kanunu madde 18 hükmü uyarınca yapılacak ödemeler arasındaki ilişkinin tartışma yaratabileceğini belirtmiştir. (Doğan Yenisey, s. 325)

<sup>124</sup> Gökçek Karaca, s. 188

<sup>125</sup> Göktaş/Çil, s. 254

ölen gazetecinin çocukları bakımından ergin olmama şartı aranmamıştır. Bir diğer fark, TBK m. 440 hükmünde bakmakla yükümlü olunan ibaresine yer verilmişken, bu bakmakla yükümlü olunan kimselerin aile ferdi olması şartı aranmamıştır. Bir başka fark da ödenecek tazminatın miktarındadır. TBK m. 440 hükmünde ödenecek tazminatın miktarı belirlenirken hizmet süresinin 5 yıla kadar ve 5 yıldan uzun sürmesi kriter olarak kabul edilmiştir. Basın İş Kanunu madde 18 hükmünde ise, gazetecinin kıdemi ne olursa olsun, aylık ücretinin 3 katından az olmamak üzere kıdem hakkı tutarında bir ödeme yapılması öngörülmüştür.<sup>126</sup>

18. maddede yer verilen, TBK madde 440'da yapılan düzenlemeye benzer içeriğe sahip, ancak miktar ve ödeneceği kişiler bakımından biraz farklı ve hukuki niteliği tartışmalı bulunan bu ödeme doktrinde özel hüküm niteliğinde kabul edilmektedir. TBK madde 440 ölüm tazminatı başlığı altında genel bir düzenleme getirmekte ancak, Basın İş Kanunu'nda bu konuda yer alan düzenleme özel hüküm niteliğine sahiptir. TBK madde 440, Basın İş Kanunu madde 18 hükmünü açıkça ya da örtülü olarak yürürlükten kaldırmış da değildir. Bu durumda, aynı olay için ölen gazetecinin yakınlarına hem Basın İş Kanunu hem Türk Borçlar Kanunu kapsamında aynı temele dayanan iki ayrı ödeme yapılması mümkün değildir.<sup>127</sup>

#### IV. SONUÇ

Borçlar Kanunu'nun 440. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere işçinin ölümü iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmektedir. Ölümün iş ilişkilerine etkisi yalnızca sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi bakımından değil, işverenin tazminat borcu altına girmesi bakımından da önem taşımaktadır. İş sözleşmesinin işçinin ölümü ile son bulması durumunda işverenin hak sahiplerine yapmakla yükümlü olduğu iki tür ödeme gündeme gelmektedir. Öncelikle, işçinin ölümü halinde hak sahipleri, 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 hükmü ve Deniz İş Kanunu m. 20 hükmü uyarınca işverenden kıdem tazminatı talep etmektedirler. İş sözleşmesinin işçinin ölümü ile son bulduğu her halde, işveren kıdem tazminatı ödeme borcu altına girmemektedir. Yukarıda açıklanan koşulların varlığı halinde ancak kıdem tazminatı hakkı doğmaktadır. Borçlar Kanunu kapsamında hizmet sözleşmesine tabi çalışanlar bakımından kıdem tazminatı hakkı mevcut değildir. Önceki taraflar bu konuda sözleşme hükmü ile böyle bir ödemenin yapılması hususunda anlaşabilirler. Basın İş Kanunu kapsamında çalışanların kıdem tazminatı talep hakları bakımından doktrinde farklı görüşler olduğuna değinmiştik. Basın İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer verilen düzenlemenin hukuki niteliği bakımından öne sürülen görüşler çerçevesinde, ölen gazetecinin hak sahiplerinin kıdem tazminatı talep hakkı bulunup bulunmadığı tartışmalıdır.

<sup>126</sup> Akyiğit, Ölüm, s.38

<sup>127</sup> Akyiğit, Ölüm, s. 37; Soyer, 19; Yürekli, s. 134



İşverenin ölen işçinin hak sahiplerine yapması gereken bir diğer ödeme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin getirdiği yeni düzenlemelerden biri olan, Kanun'un 440. maddesinde yer verilen ölüm ödemesi/tazminatıdır. Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışanlar bakımından, sözleşmenin işçinin ölümü ile son bulması halinde işçinin hizmet ilişkisinin beş yıl ve daha az olması halinde bir aylık, beş yıldan fazla olması halinde iki aylık ücret tutarında tazminatın ölen işçinin yakınlarına işveren tarafından ödenmesi gerekmektedir. Bu tazminatın/ödemenin diğer İş Kanunları kapsamında çalışanlar bakımından uygulanması doktrinde tartışmaları beraberinde getirmiştir. Doktrinde, bu tartışmaların kaynağı olarak, Borçlar Kanunu'nun İsviçre'den çeviri yolu ile alınması ve iki ülkenin iş hukuku düzenlemelerinin büyük farklar içermesi ve İş Kanunları dikkate alınmadan çok ayrıntılı bir biçimde hizmet sözleşmesinin düzenlenmesi gösterilmektedir.<sup>128</sup>

<sup>128</sup> Soyer, Polat, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler", Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s. 166-167; Soyer, s. 19; Özdemir, s. 41 vd.; Alpagut, 124

**KAYNAKÇA**

- Akyiğit, Ercan, “Yeni Kanun’a Göre Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi”, Legal İSGHD, 2012, sy. 36
- Akyiğit, Ercan, “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları”, Sicil, Haziran 2011, sy. 22 (Ölüm)
- Akyiğit, Ercan, Kıdem Tazminatı, 2. Bası, Ankara 2010
- Alpagut, Gülsevil, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, Ankara 2012
- Barlas, Nuray, Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Niteliği, İstanbul 2000
- Bedük, Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012
- Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, İstanbul 2012
- Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1972
- Çil, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 3. Bası, Ankara 2011
- Doğan Yenisey, Kübra, “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006
- Erdem, Özdemir, “Yeni Borçlar Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, Sicil, Eylül 2012, sy. 27
- Gökçek Karaca, Nuray, Gazetecinin Basın İş Kanunundan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, İstanbul 2010
- Göktaş, Seracettin/Çil, Şahin, Basın İş Hukuku, Ankara 2003
- Günay, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012
- Günay, Cevdet İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Bası, Ankara 2010
- Güneş, Başak/Mutlay, Faruk Barış, “Yeni Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/3, sy. 30
- Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 3. Bası, Ankara 2010
- Kar, Bektaş, Deniz İş Hukuku, Ankara 2012
- Karaman, Mehmet Halis, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2010/2, sy. 25
- Kender, Rayegan, “Deniz İş Kanununda İşveren, İşveren Vekili, Kaptan ve Gemi Adamı”, İÜHF İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezinin 1984 Yılı Konferansları, İstanbul 1985

- Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, *İş Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 2012
- Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2012
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, *Kişiler Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2011
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, İstanbul 2011
- Soyer, Polat, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler*”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008
- Soyer, Polat, “*Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi*”, Sicil, Haziran 2011, sy. 22
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 8. Bası, İstanbul 2012
- Şakar, Müjdat, “*Gazeteci ile İşveren Arasındaki Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları*”, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, 1996
- Şakar, Müjdat, *Basın İş Hukuku*, İstanbul 2002
- Şakar, Müjdat, “*Gazetecilik Sözleşmesinin Sona Ermesi, İhbar ve Kıdem Tazminatı*”, *Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları*, İstanbul 2006 (Tebliğ)
- Tuncay, Can, “*Sendikalar Kanunu Tasarı Taslağının Getirdikleri*”, Legal İSGHD, 2010, sy. 28
- Uçum, Mehmet/Karataş, Hüseyin, “*Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu-Basın İş Kanunu Karşılaştırması*”, Legal İSGHD 2007, sy. 14
- Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 10. Bası, İstanbul 2012
- Yılmaz, Ejder, “*Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi*”, Sicil, Haziran 2011, sy. 22
- Yürekli, Sabahattin, *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara 2011



# İŞ HUKUKUNDA SADAKAT BORCUNUN GENEL BİR DEĞERLENDİRMESİ

*(General Evaluation of the Loyalty Obligation in the  
Employment Law)*

Hasan KAYIRGAN\*

## ÖZET

İş sözleşmesi karşılıklı güven esasına dayanmaktadır. Bu bağlamda işçi iş görme borcunu işverene karşı sadakatle yerine getirmelidir. Sadakat borcunun niteliğinin belirtilmesi yeterli olmayıp ayrıca kapsamının da belirlenmesi gerekecektir. Zira bir işçinin sadakat borcuna uygun olarak davranma yükümü ifade edilen kapsama göre tespit edilecektir. Bu kapsamda yükümlülükler uymayan işçiye karşı uygulanacak yaptırımlar da belirtilen esaslar içerisinde değerlendirilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Sadakat borcu, rekabet yasağı, sır saklama borcu.

## *Abstract*

Labour agreement is based on mutual trust. In this regard employee must work with loyalty for employer. Loyalty obligation's covering must designate. Because this covering will affect employee's obligation to employer. In this context it will be sum up sanctions to employee that violate obligations.

**Keywords:** Duty of loyalty, prohibition of competition, duty of secrecy.

## GİRİŞ

Devamlılık ilişkisini haiz sözleşme ilişkilerinde karşı tarafa duyulan güvenin önemi büyüktür. Zira tarafların birbirlerine duydukları güvenin ölçütü, borç ilişkisinin de nasıl sonuçlanacağını bir bakıma etkilemektedir. İş sözleşmesinin kişisellik yönü de işçi açısından sadakat borcu olarak kendini göstermektedir. İşçinin sadakat borcu içerisinde nasıl davranması gerektiği, bu borcun içeriğinin belirlenebilir olup olmadığı bu bağlamda önem kazanmıştır. Gerçekten işçinin sadakat borcu kapsamında ne tür bir davranış sergilemesi gerektiği ve bu davranışların sınırları da belirlenmelidir. Nitekim sadakat borcunun sonsuz olduğunu düşünmek eşyanın tabiatına aykırı olacaktır.

\* Arş. Gör., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

İzah edilen sebeplerle işçinin sadakat borcu içerisinde işverene karşı hangi konuda olacağı, sadakat borcunun içeriğinin kanun kapsamında nasıl belirlenmesi gerektiği ve bu borca aykırılık halinde yaptırımının ne olacağı tartışma konusu yapılmıştır. Bununla beraber 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>1</sup> getirilen ölçütlerin nasıl uygulanması gerektiği de ele alınmış ve çeşitli varsayımlarla konu incelenmiştir.

## I. Sadakat Borcu Kavramı

İşçi iş sözleşmesiyle işverenin hizmetine girer ve bu sayede kurulan kişisel ilişkinin gereği olarak her iki taraf için diğer tarafın menfaatlerini koruma ihtiyacı hasıl olur<sup>2</sup>. Bu bakımdan iş sözleşmesinin karşılıklı güven ilişkisine dayanması da işçinin sadakatle davranması gereğini ortaya çıkarmıştır<sup>3</sup>.

İşçinin sadakat borcunun bir temel borç haline dönüşmesi çağdaş iş hukuku anlayışının ürünüdür<sup>4</sup>. Emegün artık ticari bir meta olarak görülmediği çağdaş dönemde, işçi işveren arasındaki ilişkilerin kişisel nitelikte olduğu ve bu bağlamda belirli bir bağlılık borcunun da esas alınması gerektiği anlayışı benimsenmiştir<sup>5</sup>.

Sadakat borcu, işçinin işverene karşı asli edim yükümlülüğü olan iş görme borcu yanında yan edim yükümlülüğü ve davranış yükümü<sup>6</sup> niteliğindeki edim fiilleridir<sup>7</sup>. Bu açıdan sadakat borcu, işçinin işverenin emri altında iken iş sözleşmesindeki kişisel ilişkinin doğurduğu özellik gereğince işverene içtenlikle bağlanması,

<sup>1</sup> R.G., 04.02.2011, S. 27836.

<sup>2</sup> Kenan **Tunçomağ**, Türk İş Hukuku, C. I, 1. B., Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1971, s. 208; Ünal **Narmanlıoğlu**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 273; A. Nizamettin **Aktay**/Kadir **Arıcı**/E. Tuncay **Senyen Kaplan**, İş Hukuku, 6. B., Gazi Kitabevi, Ankara 2013, s. 100; Gülsevil **Alpagut**, "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 7, S. 25, İstanbul 2012, s. 23.

<sup>3</sup> Münir **Ekonomi**, İş Hukuku – Ferdi İş Hukuku, C. 1, 1. B., İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası, İstanbul 1976, s. 111; Muammer Vassaf **Tolga**, İş Hukuku, 3. B., Türkiye Ticaret Postası Matbaası, İstanbul 1958, s. 141; Kenan **Tunçomağ**/Tankut **Centel**, İş Hukukunun Esasları, 6. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 100; Sarper **Süzek**, İş Hukuku, 9. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 347-348; Can **Tuncay**, "İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 1047; Ercan **Akyiğit**, İş Hukuku, 9. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 144; Arzu **Arslan Ertürk**, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 2; Nevzer Sebla **Demirtaş**, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 36..

<sup>4</sup> A. Murat **Demircioğlu**/Tankut **Centel**, İş Hukuku, 17. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 97.

<sup>5</sup> Nuri **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 26. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 144; **Demircioğlu/Centel**, s. 97.

<sup>6</sup> "Sözleşmeden doğan borç ilişkisi edim yükümlülükleri ve özellikle asli ve yan edim yükümlülükleri yanında diğer bazı yükümlülükleri de içermektedir. Doktrinde söze konu yükümlülükler yan yükümler veya diğer davranış yükümleri olarak ifade edilmektedir.", Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 37.

<sup>7</sup> **Süzek**, s. 347; **Narmanlıoğlu**, s. 273; **Arslan Ertürk**, 169-175.

işverenin özellikle ekonomik menfaatlerinin korunması ile işçinin zarar ve ziyan doğuracak hareketlerden kaçınması olarak tanımlanmaktadır<sup>8</sup>.

Sadakat borcu, kendinden beklenen güvenin derecesine göre işletmenin içindeki konumu ve iyiniyet kurallarına uygun olarak işverenin menfaatlerini korumak ve gözetme mükellefiyetini barındırır<sup>9</sup>. Sadakat borcuna aykırılık oluşturan halleri tek tek saymanın mümkün olmadığı belirtilmelidir. Bu bağlamda sadakat borcuna aykırılık teşkil edecek haller içerisinde özetle şirket harcamaları için verilen kredi kartından kendisi için harcama yapılması<sup>10</sup>, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak<sup>11</sup>, sosyal paylaşım sitelerinden işverene aleyhine küçük düşürücü beyanlarda bulunmak<sup>12</sup> gibi hareketler gösterilebilir. Bir fiilin sadakat borcuna aykırılık oluşturup oluşturmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak işin niteliği, işyerinin özellikleri ve işveren nezdindeki güven ilişkisinin ne şekilde zarar gördüğü değerlendirilerek hakim tarafından bir sonuca ulaşılabacaktır<sup>13</sup>.

## II. Sadakat Borcunun Kapsamı

İş sözleşmesinin işçiye yüklediği ifa borcu, esas itibarıyla netice sorumluluğu içerisinde değerlendirilemez. Bu bağlamda sadakat borcu sözleşmeden beklenen amacın gerçekleşmesi açısından bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu borç, işçinin işi ifası sırasında doğruluk ve güven kurallarına uygun olarak yerine getirilmesini gerekli kılar ki; bu sebeple sadakat borcu iş sözleşmesinden doğan temel bir borç olarak telakki edilmekte ve iş sözleşmesinden doğan diğer borçların aslında sadakat borcundan doğduğu belirtilmektedir<sup>14</sup>. Gerçekten sadakat borcu,

<sup>8</sup> Ercan **Güven**/Ufuk **Aydın**, Bireysel İş Hukuku, 4. B., Nisan Kitabevi, Eskişehir 2013, s. 130; Fevzi **Demir**/Güvenç **Demir**, "İşçinin Sadakat Borcu Ve Uygulaması", Kamu İş Dergisi, C. 11, S. 1, İstanbul 2009, s. 2; **Tolga**, s. 141; **Tunçomağ**, s. 209; **Narmanlıoğlu**, s. 274; **Alpagut**, s. 24.

<sup>9</sup> **Alpagut**, s. 24.

<sup>10</sup> Y9HD., 19.02.2011, E.2000/8625, K.2003/66, **Şakar**, s. 86

<sup>11</sup> Haluk Hadi **Sümer**, İş Hukuku Uygulamaları, 3. B., Mimoza Yayıncılık, Konya 2009, s. 93 (Uygulamalar).

<sup>12</sup> "...Somut olayda, davalı işyerinde destek elemanı olarak çalışan davacının iş sözleşmesi işveren tarafından sosyal paylaşım sitesinde banka aleyhine küçük düşürücü yazışmalar yapması gereğiyle haklı nedenle feshedilmiştir. Davacının sosyal paylaşım sitesinde ... Bankasının reklamındaki kelimeleri kullanarak "bedavaaa atıyos, tutuyos, yerleştiriyos, çekiştiriyos, hak yiyos, sömürüyos, ezilyos, yalalaklık yapıyos, kelimelerinden oluşan bir reklam yapsa .... yeterince ilgi çeker" şeklindeki yazıları ile asıl işveren olan bankanın kurumsal imajını zedeler nitelikte görüldüğünden, doğruluk, bağlılık, ahlak ve iyi niyet kuralına aykırıdır. Fesih haklı nedene dayanmaktadır..." , Y22HD., 09.07.2013, E. 2013/18125, K. 2013/16954 (Yayınlanmamış Karar).

<sup>13</sup> Burcu **Savaş**, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayıncılık, Ankara 2012, s. 97; **Arslan Ertürk**, s. 182-185.

<sup>14</sup> Hamdi **Mollamahmutoglu**/Muhittin **Astarlı**, İş Hukuku, 4. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 529.

iş sözleşmesinin askıda olduğu dönemde dahi varlığını sürdüren bir borç olarak kendini göstermektedir<sup>15</sup>.

Asli edim olan iş görme borcunun tam ve doğru olarak ifasına yönelik olan bu yan edim niteliğindeki ve davranış yükümü niteliğindeki borç, olumlu ve olumsuz şekilde karşımıza çıkmaktadır. Nitekim işçi bu borç gereğince bazı davranışları yapma ve bazı davranışları da yapmama yükümlülüğü altına girmektedir<sup>16</sup>. İşçiye yüklenen bu sadakat borcunun içinde işverenin ve işyerinin hukuken haklı çıkarlarını koruma, işverene ekonomik, ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek davranışlardan kaçınma gibi olumsuz edimler bulunmakla birlikte aynı zamanda işverenin menfaatlerini korumak amacıyla işverene zarar verecek bir olay açısından önleyici tedbirler almak gibi aktif davranışlarda bulunma yükümü de yer almaktadır<sup>17</sup>. Bu bağlamda sadakat borcunun somut sınırları olmayan geniş kapsamlı bir yükümlülük olduğu da görülmektedir<sup>18</sup>.

İşçinin sadakat borcu ya kanundan doğacak ya da sözleşme ile belirlenebilecektir. Ancak sadakat borcunun bütünüyle de tespit edilmesi imkansız olduğundan kanun veya sözleşmede böyle bir hüküm bulunmadığı hallerde mesleki veya mahalli örf ve adet kuralları dikkate alınabilecektir<sup>19</sup>. Sadakat borcunun kapsamı sözleşme ile daraltılabilirse de bu borcun tamamen ortadan kaldırılması da hukuken mümkün gözükmemektedir<sup>20</sup>. Bunun sebebi ise sözleşmeden beklenen amacın gerçekleşmesinde temel borç olarak kabul edilmesidir<sup>21</sup>.

Esas itibariyle işçinin sadakat borcu, işverenin ve işletmesinin çıkarlarını korumak ve işverenin menfaatlerine zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma yükümünün ifade etmektedir<sup>22</sup>. Ancak işçinin sadakat borcu olarak nitelendirilebilecek bu yükümün sonsuz olduğunu düşünmemek gerekir. İşte kanun koyucu bu sınırı işverenin haklı menfaatinin korunması olarak göstermektedir (TBK. m. 396/1).

<sup>15</sup> Y9HD., 17.09.2012, E. 2011/46589, K. 2012/30209 (Legalbank Hukuk Programı, [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net), E. T. 13.11.2013 (Legalbank)).

<sup>16</sup> Arslan Ertürk, s. 148.

<sup>17</sup> Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 17. B., Mimoza Yayıncılık, Konya 2013, s. 64 (İş Hukuku); Müjdat Şakar, İş Hukuku Uygulaması, 9. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 86; Tunçomağ, s. 210; Ekonomi, s. 111; Tolga, s. 141; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 100-101; Tuncay, s. 1050 vd.; Narmanlioğlu, s. 273; Çelik, s. 144-145; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 108; Demircioğlu/Centel, s. 98; Alpagut, s. 24; Demir/Demir, s. 2; Poyraz, s. 55-56; Demirtaş, s. 38-39.

<sup>18</sup> Sümer, Uygulamalar, s. 93; Sümer, İş Hukuku, s. 64.

<sup>19</sup> Ferit H. Saymen, Türk İş Hukuku, 1. B., Hak Kitabevi, İstanbul 1954, s. 483; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 4. B., Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 108.

<sup>20</sup> Akyiğit, s. 146.

<sup>21</sup> Akyiğit, s. 146.

<sup>22</sup> Günther Löschning/Alpay Hekimler, Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku İle Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları, Efil Yayınevi, Ankara 2011, s. 140; Ercan Poyraz, İş Hukuku Şemalı Anlatımlı, 4. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 55; Tunçomağ/Centel, s. 100; Sümer, İş Hukuku, s. 64; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 100; Savaş, s. 96.



Ancak haklı menfaatin bulunduğu her durumda da işçinin sadakat borcunun mevcut olduğunu söylemek yanlış olacaktır. Zira ölçülülük ilkesi çerçevesinde işçinin, işverenin haklı menfaati karşısında daha üstün derecede ya da buna eş derecede bir menfaatinin bulunması halinde artık sadakat borcuna uyma yükümünün olmadığı kabul edilmelidir<sup>23</sup>.

Sadakat borcu işçinin ifa borcunu da etkiler<sup>24</sup>. Gerçekten sadakat borcu kimi durumlarda işçiyi normal durumda kendisinden istenebilecek olandan başka iş yapmaya veya işyerinin değiştirilmesini kabule dahi zorlayabilecektir<sup>25</sup>.

Bir fiilin sadakat borcunun kapsamına girebilmesi için söze konu davranışın bir zarara yol açması dahi aranmamalıdır<sup>26</sup>. Diğer bir deyişle, bir davranışın sadakat borcu içerisinde değerlendirilebilmesi için o davranışın yapılmaması halinde mutlak bir zarara sebebiyet vermesi aranmamalıdır. Yargıtay'ın kararlarına göre de bir zarara yol açmayan ve ceza hukuku bakımından suç oluşturmayan bir fiil yine de sadakat borcuna aykırı olarak kabul edilmelidir<sup>27</sup>. Ayrıca bu tür fiiller işveren vekili tarafından emir olarak verilse dahi işçi sorumluluktan kurtulamayacaktır<sup>28</sup>.

Sadakat borcunu açık olarak ilk defa düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu sadakat borcunun ölçütünü işverenin haklı menfaatinin korunması olarak belirlemiştir. Söz konusu haklı menfaatin çevresi ise iş ilişkisinin özel durumuna ve çalışma yaşamının değerlerine göre değişiklik gösterir<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> **Süzek**, s. 349; **Akyiğit**, s. 144; "...İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümler de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir..." , Y9HD., 07.03.2013, E. 2012/29826, K. 2013/8170 (Legalbank, E. T. 13.11.2013).

<sup>24</sup> **Tunçomağ**, s. 210; **Tunçomağ/Centel**, s. 101; **Demir/Demir**, s. 7.

<sup>25</sup> **Tunçomağ**, s. 210; **Tunçomağ/Centel**, s. 101; **Demir/Demir**, s. 7-12.

<sup>26</sup> **Arslan Ertürk**, s. 160-161; **Savaş**, s. 97.

<sup>27</sup> "...Hammaddede hırsızlığı iddiasına dayalı olarak Jandarma tarafından ifadesi alınan işyerinde forklift görevlisi olarak çalışan ... beyanında, ...'in olmadığı durumlarda yardımcı konumunda olan davacının talimatıyla yükleme yaptığını, 2006 yılı Eylül ayı içinde davacının talimatıyla yükleme yaptığını, yükleme aşamasında bir ara hammaddenin saklandığını, davacıya gelen telefon üzerine karşıdaki kişiye "... geldi gitti, taarruz geçti hepimize hayırlı oldun dediğini" beyan etmiştir. Hammaddelerin izinsiz çıkarılması olayına bağlı olarak bir kısım zanlılar hakkında kamu davası açıldığı, davacının da aralarında bulunduğu bazı kişiler hakkında takipsizlik kararı verildiği anlaşılmaktadır. Davacı hakkında takipsizlik kararı verilmesi eylemin suç oluşturup oluşturmadığı ile ilgili olup, davranışın doğruluk bağluluğuna aykırılık oluşturup oluşturmadığı ile ilgili belirleyici değildir..." , Y9HD., 15.01.2013, E. 2010/35409, K. 2013/600 (Yayınlanmamış Karar); Y9HD., 25.02.2010, 20717/4905, Kazancı İçtihat Bilgisayar Programı, E. T. 24.11.2011 (Kazancı).

<sup>28</sup> Y9HD., 18.02.2008, E. 2007/24607, K. 2008/195, Kazancı, E.T. 24.11.2011.

<sup>29</sup> **Demircioğlu/Centel**, s. 98.

Medeni hukuktaki iyiniyet kurallarının iş ilişkisindeki geniş kapsamlı tezahür şeklini oluşturan sadakat borcu genel olarak kapsamını, işverenin meşru menfaatlerini korumak amacıyla iyiniyet kurallarına uygun hareketler olarak belirlemek mümkündür<sup>30</sup>. Daha da somutlaştırmak gerekirse; yangında malları kurtarmak, arızaları derhal bildirmek ve bunun üzerine gerekli tedbiri almak, işyeri düzenini bozucu davranışlarından kaçınmak ve işverenin itibarını korumak gibi davranışlar, sadakat borcunun içerisinde yer alır. İşçinin raporlu olduğu dönemde başka bir işverenin yanında çalışması fiilini de Yargıtay isabetli olarak çeşitli kararlarında sadakat borcuna aykırılık olarak değerlendirmiştir<sup>31</sup>. Diğer bir taraftan haklı fesih hallerini düzenleyen İş Kanunu<sup>32</sup> m. 25/1-II bağlamında ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri çoğunlukla sadakat borcunun ihlal hallerini düzenlemektedir<sup>33</sup>.

Sadakat borcunun işçinin düşünceyi açıklama özgürlüğüne de etkisi bulunmaktadır. İşçinin sahip bulunduğu düşünce özgürlüğü, işverenin hayat alanına ve işletmesine katılması ve bundan doğan sadakat borcu nedeniyle sınırlanmıştır<sup>34</sup>. İşçi bu özgürlüğünü serbest iradesiyle katıldığı işletmenin düzenini bozacak veya işletmesine zarar verecek ya da ciddi tehlikeye sokacak şekilde kullanamaz<sup>35</sup>. Eğer

<sup>30</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 530; Tuncay, s. 1046; Alpagut, s. 23; Güven/Aydın, s. 130.

<sup>31</sup> YHGK., 29.05.1991, E. 1991/9-223, K. 1991/315 (Sümer, Uygulamalar, s. 96); Y9HD., 16.12.2010, E.2008/42769, K. 2010/38188 (Kazancı, E. T. 24.11.2011).

<sup>32</sup> R.G., 10.06.2003, S. 25134.

<sup>33</sup> "...4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinin (II) numaralı bendinde, ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan haller sıralanmış ve belirtilen durumlar ile benzerlerinin varlığı halinde, işverenin iş sözleşmesini haklı fesih imkânının olduğu açıklanmıştır. Yine değinilen bendin (e) alt bendinde, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan işçi davranışlarının da işverene haklı fesih imkânı verdiği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere yasadaki haller sınırlı sayıda olmayıp, genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkânı tanımaktadır..." , Y9HD., 31.05.2012, E. 2010/13173, K. 2012/19130 (Legalbank, E. T. 25.12.2013).

<sup>34</sup> "...İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin II'nci bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Böyle durumlarda işçi, anayasanın 25 ve 26'ncı maddesi ile güvence altına alınmış düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanamaz. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarfettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmamıştır. Sadece işverene karşı değil, işveren temsilcisine karşı yöneltilen ve haklı fesih gerektirecek ağırlıkta olmayan aleyhe sözler geçerli fesih nedeni sayılmamıştır. Bunun gibi, işçinin, işveren veya aile üyelerinden olmamakla birlikte, işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin fesih için geçerli neden oluşturacaktır. İşçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması 25/II, d hükmü uyarınca haklı fesih nedeni sayılmıştır. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedeni değildir..." , Y9HD., 15.04.2012, E. 2010/9703, K. 2012/17155, (Legalbank, E. T. 12.12.2013).

<sup>35</sup> Fatih Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasası), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 75 vd.

işçinin bu özgürlüğü bu türden görüşlere dayanmayan ve dolayısıyla keyfi olan sınırlamalara tabi tutulmuş ise bu sınırlamalar hukuka aykırı sayılır<sup>36</sup>. İşçinin düşünce açıklamaları ile işyerinde var olan iş akışını ve barışını bozması haklı görülemez. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi, sadakat yükümlülüğü çerçevesinde her işçinin, işletme barışını ciddi ve ağır biçimde tehlikeye düşürmeyecek ve işletmede diğer işçiler ile işverenle birlikte çalışmanın beklenebilir şekilde olmasını sağlayacak şekilde davranmakla yükümlü olduğunu vurgulamaktadır<sup>37</sup>.

İşvereni eleştiri hakkı açısından da düşünce özgürlüğü belli bir biçimde kısıtlanmaktadır. Sadakat borcu, aynı zamanda işçinin, işverene ve işletmenin işleyişine getirdiği haklı eleştiri ve şikayetlerinin çözümü için, öncelikle şirket veya işletme içi yolları devreye sokması yan yükümlülüğünü de kapsar<sup>38</sup>. Ancak bu anlamda işletme içi şikayet ve eleştiri yollarının işletilmeden sorunun kamuoyuna açıklanması, işçinin dikkate alma yan yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecek ve işçi bu durumda eylemini düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanarak savunamayacaktır. İşverene karşı asılsız ihbar şeref ve onur kırıcı sözler içeren düşünce açıklamaları 4857 sayılı İş Kanunu açısından haklı nedenle fesih sebebi oluşturmakta olup (m. 25/1-II), bu ağırlıkta olmayıp işveren aleyhine sürekli sözler söylenmesi ve işyerinin uyumunun olumsuz yönde etkilenmesi iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshine de (m. 18) yol açacaktır. Son olarak işçinin eleştiri sınırları içinde kalan söz ve davranışlarının işverene haklı fesih imkânı vermeyeceği de belirtilmelidir<sup>39</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere sadakat borcunun nelerden ibaret olduğunu bütün itibariyle belirtmek mümkün olamamaktadır. Burada esas sınır işverenin menfaatleridir. Bu kavramı belirlemek işverenin elinde olduğundan bu borca aykırılık halinde işverene iş güvencesi anlamında oldukça keyfi bir geniş bir hareket alanı sağlanmaktadır<sup>40</sup>. Bu açıdan sadakat borcunun kapsamı iş ve toplu iş sözleşmelerine hüküm konulmak suretiyle belirtilmeli, bu da yoksa kapsam belirlenirken iyiniyet kuralları ya da yerel örf ve adetler gözetilerek tayin cihetine gidilmelidir.

Sadakat borcunun başlıca örnekleri olarak sır saklama, rekabet etmeme ile teslim ve hesap verme borcu gösterilebilecektir:

### **A) Sır Saklama Borcu**

Sır saklama borcu işçinin işverene ait işe veya işletmeye ilişkin olup saklanması zorunlu bilgileri 3. kişilere açıklamama yükümünü içerir<sup>41</sup>. Bu kapsamda bilgilere

<sup>36</sup> **Tunçomağ**, s. 211.

<sup>37</sup> Zeki **Okur**, “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, *Kamu İş Dergisi*, C. 8, S. 4, Ankara 2006, s. 9.

<sup>38</sup> **Okur**, s. 16-17.

<sup>39</sup> Y9HD., 05.07.2012, E. 2010/15230, K. 2012/26635, (Legalbank, E. T. 14.11.2013).

<sup>40</sup> **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 531.

<sup>41</sup> **Uşan**, s. 93; **Tunçomağ**, s. 214; **Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan**, s. 101; **Alpagut**, s. 27; **Güven/Aydın**, s. 130; **Demir/Demir**, s. 23.

nasıl ulaşıldığının bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca sır saklama yükümü belirli bir meslek ile de sınırlandırılmamıştır<sup>42</sup>. Bu sırların içine öncelikle imalat ve iş sırları girecektir<sup>43</sup>. Nitekim kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda göre imalat ve iş sırları kavramı örnek olarak gösterilmektedir<sup>44</sup>. Ayrıca Ticaret Kanunumuza<sup>45</sup> göre imalat ve iş sırlarını yaymak haksız rekabet teşkil eden hususlar arasında yer almaktadır (TTK. m. 55/1-b-3). 6098 sayılı TBK'nda bu husus iş gördüğü sırada öğrendiği bilgiler ve özellikle üretim ve iş sırları şeklinde gibi bilgiler olarak nitelendirilmiştir (TBK. m. 396/2). Meslek veya ticari sırlar ise işyerinin kendine özgü başkalarının bilemeyeceği imalat usullerini ifade etmektedir<sup>46</sup>. Ayrıca sır saklama borcunun kapsamına salt üretim sırları yanında ayrıca ham madde temini, satış ve pazarlama, reklam stratejisi, insan kaynakları politikası, işletmenin ekonomik yapısı gibi konuların da girdiği ifade edilmelidir<sup>47</sup>.

Bir bilginin sır saklama borcu muhtevasında ele alınması için işçinin edindiği bilgilerin sır niteliğinde olduğunun bilincinde olması, bunun takdirinde de iş sözleşmesi, ilgili işçinin kişiliği, işletme içindeki pozisyonu, eğitimi, işyerindeki faaliyetin büyüklüğü ve işçinin aldığı ücret gibi unsurların esas alınması gerektiği belirtilmiştir<sup>48</sup>. Gerçekten sır saklama borcunun kapsamı iş ilişkisi dikkate alınarak belirlenecektir. Esas itibarıyla saklanması gereken sır; üretim, yöntem ve süreçlerine satış organizasyonu ve müşteri listeleri gibi her türlü ticari bilgilere veya işverenin kişisel ya da mali durumuna ilişkin olabilir<sup>49</sup>. Bu bağlamda işçinin bu bilgileri nasıl öğrendiğinin önemi bulunmamalıdır.

İşçinin saklamakla yükümlü bulunduğu bir sırrı kamu makamlarına açıklamakla mükellef tutulması halinde ise artık sır saklama yükümünden bahsedilemeyecektir<sup>50</sup>. Bu bakımdan işçinin sır saklama borcu işverenin mesleki veya ticari

<sup>42</sup> Narmanlıoğlu, s. 273.

<sup>43</sup> Tunçomağ, s. 214; Tuncay, s. 1067.

<sup>44</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 532.

<sup>45</sup> R.G., 14.02.2011, S. 27486.

<sup>46</sup> Narmanlıoğlu, s. 275; Tuncay, s. 1068.

<sup>47</sup> Sümer, İş Hukuku, s. 65.

<sup>48</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 533; Alpagut, s. 28..

<sup>49</sup> Süzek, s. 304; Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, s.93.

<sup>50</sup> Uşan, s. 96; Akyiğit, s. 145; Alpagut, s. 28; *Dosya içeriğine göre, davalı işyerinde müşteri mühendislik uzmanı olarak görev yapan davacının görev yaptığı dönemde 1.5.2008 fesih tarihinden önce şirkete ait gizli bilgi ve belgeleri üçüncü kişilere verdiği ya da şirkete ait meslek sırlarını ortaya attığı yolunda bir tespitin bulunmadığı, davacının iş sözleşmesinin 1.5.2008 tarihinde fiilen sona erdirildiği aynı gün davacının eşyalarını toplaması sırasında şirket yetkililerinin şüphe üzerine davacının hard diskine el koymak istedikleri, davacının direnmesi ve şirket yetkililerinin ihbarı ile zabıta tarafından bu diske el konulduğu anlaşılmaktadır. Şişli İlçe Emniyet Müdürlüğü'nün 16.10.2008 tarihli yazı içeriği ve Dijital Veri İnceleme Büro Amirliğince yapılan teknik inceleme raporundan davalı şirkete ait bilgi, belge ve dokümanlar olduğu tespit edilmiştir. Şişli Cumhuriyet Başsavcılığının 2008/29010 Sayılı konuşturma evrakında şirket adına müşteki olarak ifadesi alınan İnsan Kaynakları Yönetici İ. Ö.*

sırları olduğu ifade edilse de örneğin yargılama makamına ifade edilen sırların açıklanması sır saklama borcu içerisinde değerlendirilemeyecektir.

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ise bu borcun devam edip etmeyeceği konusunda 6098 sayılı Kanuna kadar herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. 6098 sayılı TBK.'na göre sır saklama yükümlülüğü sözleşme sonrası dönemi kapsayacak şekilde genişletilmiştir (m. 396/4). İşverenin haklı menfaatleri uygun düştüğü ölçüde sır saklama yükümü sözleşme sonrası da devam edecektir<sup>51</sup>. Bu kanundan önce bulunan sır saklama sözleşmesi yapılması fikrinin<sup>52</sup> artık önemini yitirdiği de anlaşılmaktadır.

Özetle işçi işi icabı vakıf olduğu sırları, işverenin mesleki ya da ticari sırlarını

*Ç. çözümlülüğü yapılan bu bilgilerden bir kısmının Antalya'daki tesise ait tank treyler bilgileri olduğunu, bu bilgilerin müşteriler tarafından bilinmeyerek ticari sır niteliği taşıdığını, bu bilgileri davacının kullanıp kullanmadığını bilmediğini kullanmış olabileceğini ayrıca Antalya'daki firma ile ilgili bir dava dosyasına ibraz ettiğini öğrendiğini belirtirken Şişli 9. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/235 Sayılı dosyasındaki ifadesinde davacıya şirket tarafından teknik bilgilerin depolanması için bilgisayar verdiğini, şirket ile sanık arasında ihtilaf doğduğunu, iş akdinin feshedildiğini, şirkete ait bilgileri kendisine ait harici hard diske kopyalamış olabileceğinden şüphelenmesi üzerine bu diske el koymak istediklerini, davacının direnmesi üzerine polis çağırıldıklarını sanığın sözleşmesinin feshinden sonra kendisinden şirkete ait eşyaları ve bilgisayarı istediklerini harici hard diske fesih günü el koymak istediklerin bildirmiştir. Tanık ifadesinden de anlaşılacağı üzere sözleşmenin feshinden önce davacının şirkete ait bilgi ve belgeleri üçüncü kişilere verdiği ya da gizli bilgileri kullandığı yolunda bir tespit bulunmamaktadır. Öte yandan davalı tanığı-müşteki, davacının şirkete ait bir takım bilgileri Antalya'da görülmekte olan bir dava dosyasına ibraz ettiğini ileri sürerek bunun da sır saklama yükümlülüğüne aykırı olduğu belirtmekte ise de, bu dosya davacının 29.3.2007 tarihinde Antalya K... Belek otelinde gaz tahliyesi yapılırken meydana gelen patlama sonucu bir kişinin ölümü birden fazla kişinin yaralanması ve maddi hasar meydana gelmesi sebebiyle proje sorumlusu mühendis olarak hakkında ceza davası açılan dosyadır. Davalı işveren firma ile K... Belek Otelinde otelindeki sözleşme gereği sıkıştırılmış doğalgaz sistemini kurmak için CNG dönüşümü için planlama yapıldığı davacının bu planlamada dönüşüm projesinin mühendisi olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının gerek şirkette üstlendiği görev gerekse yargılandığı dava dosyası sebebiyle kendisine ait özel hard diskinde şirkete ait bir takım bilgi ve belgelerin bulunması doğaldır. Davalı işveren davacının bu bilgileri üçüncü kişilere vererek sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiğini şirket menfaatlerinin davacının eylemi dolayısıyla zarar gördüğünü kanıtlayamamıştır. Davacının sanık olarak yargılandığı dava dosyasına da sorumlu mühendis olarak görev aldığı projeye ilişkin bilgileri sunması savunma hakkı kapsamında kalan eylem niteliğinde olup bu davranışının sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmesi hukukun mümkün değilidir. Davalı işveren davacının iş sözleşmesinin haklı veya geçerli sebeplerle feshedildiğini kanıtlayamadığından davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olmuştur...”, Y9HD., 12.09.2011, E. 2011/222, K. 2011/584 (Legalbank, E. T. 14.11.2013).*

<sup>51</sup> **Tunçomağ/Centel**, s. 102; **Alpagut**, s. 29.

<sup>52</sup> **Esener**, s. 158; Mülga kanun döneminde Tuncay'a göre ise sır saklama borcunun işverenin haklı menfaatinin dürüstlük kuralı çerçevesinde korunması gerektiği ölçüde devam edeceği belirtilmişti (**Tuncay**, s. 1069).

saklamak, başkalarına da açıklamama yükümü altındadır<sup>53</sup>. İşçinin bu borcu iş ilişkisinin devamı süresince öğrendiği tüm olaylar ve işverenin kendisinden saklamasını istediği sırları kapsamaktadır<sup>54</sup>.

## B) Rekabet Etmeme Borcu

İşçi iş sözleşmesi devam ederken işverenle rekabet etmeme yükümü altındadır. Bu kapsamda öncelikle iş sözleşmesi devam ederken rekabet etmeme borcunun içeriği tespit edilecektir. Ardından sadakat borcunun kapsamına girmemekle birlikte iş sözleşmesi sona erdikten sonra da rekabet yasağı sözleşmesi yapılabileceğinden ayrıca bu konuya da değinileceği belirtilmelidir.

### 1) İş Sözleşmesi Devam Ederken Rekabet Etmeme Borcu

Sadakat borcunun olumsuz yönünü oluşturan rekabet etmeme borcu, işverenle rekabet kabul edilen hallerden kaçınmayı gerektirir<sup>55</sup>. Bir işyerinde çalışan bir işçinin işverene ait mesleki ve ticari sırları öğrenme imkanı ve bunları kullanabilme ihtimalinin nazara alınması hususu işverene karşı rekabete girişme sorununu gündeme getirmiş<sup>56</sup> ve işçinin sadakat borcu sebebiyle hizmet ilişkisi içerisinde rekabet edemeyeceği hüküm altına alınmıştır (TBK. M. 396/3).

TBK 396/3'e göre eski düzenlemeden farklı olarak ilk defa işverene sadakat borcuna aykırılık oluşturacak şekilde 3. kişi yanında çalışma yasaklanmıştır. Hükümün zıt anlamından çıkan sonuca göre işçinin 3. kişinin yanında kısmi süreli olarak çalışması sadakat borcuna aykırılık oluşturmuyorsa işçi için herhangi yasak söz konusu olmayacaktır<sup>57</sup>. Bu düzenlemeye kadar böyle bir tamamlayıcı kural bulunmakla beraber yine de sadakat borcunun bu tür davranışları yasakladığının kabul edildiği belirtilmelidir<sup>58</sup>. Diğer taraftan işçinin kendisinin de bağımsız olarak sadakat borcuna aykırılık teşkil edecek şekilde faaliyette bulunması da yasaklanmıştır. Bu şekilde işçinin sadakat borcu çerçevesinde içerisinde işverenle rekabet edecek şekilde faaliyette bulunamayacaktır. Böylece yan faaliyet, işverenle rekabet teşkil edecek şekilde bulunulmadığı surette serbest olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Sözleşmenin devam ettiği süre içerisinde rekabet yasağının varlığı için herhangi bir anlaşma gerekmemektedir<sup>59</sup>. Yeni TBK'nda, mülga Borçlar Kanunu'ndan

<sup>53</sup> Narmanlıoğlu, s. 275; Uşan, s. 93-96.

<sup>54</sup> Narmanlıoğlu, s. 275.

<sup>55</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 108; Tuncay, s. 1060; Güven/Aydın, s. 130; Demir/Demir, s. 21; Demirtaş, s. 57.

<sup>56</sup> Savaş Taşkent/Mahmut Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 4, S. 16, İstanbul 2009, s. 22, *Ekonomi*, s. 111.

<sup>57</sup> Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 101; Alpagut, s. 25.

<sup>58</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 534.

<sup>59</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 108.

farklı olarak sözleşme süresi içerisindeki rekabet yasağını ayrıca düzenlenmiş (TBK. m. 396/3), sözleşme sonrası dönem için rekabet yasağı ise sözleşmenin sona ermesi bölümünde ele alınmıştır (TBK. m. 444). Buna göre, sözleşme süresince işçi iş görme borcu kapsamındaki işi, kendi adına ya da başkası adına yapmamak, işverene rakip bir kuruluşa ortak olmamak ya da herhangi bir şekilde ilgisi bulunmamak yükümü altında tutulmuştur (TBK. m. 396/3).

Basın İş Kanunu'nda dikkate değer düzenlemeye göre gazeteciler açısından rekabet yasağı bulunmamaktadır (BİK., m. 13/1). Bir gazeteci iş sözleşmesi ile bir gazetede çalışmakta iken aynı zamanda başka bir gazetede çalışabilmesinde herhangi bir kanuni engel yoktur<sup>60</sup>.

## 2) İş Sözleşmesi Sona Ermesinden Sonra Rekabet Etmeme Borcu

### a) Rekabet Yasağı Sözleşmesi

Sadakat borcunun bir gereği olan rekabet etmeme borcu sözleşmenin bitiminde ortadan kalkacaktır. Bu sebeple sözleşme sonrası dönem için ayrıca ve yazılı olarak tarafların bu hususu kararlaştırılması gerekir<sup>61</sup>. Zira, işçi iş ilişkisi kapsamında edindiği mesleki bilgileri sözleşme bitiminden sonra kullanmakta kural olarak serbesttir. Rekabet yasağı sözleşmesinin her meslekteki kişilere uygulanması da mümkün değildir. Gerçekten Basın İş Kanunu uyarınca düşünce özgürlüğünü sağlamak amacıyla gazeteciler ile iş sözleşmesinin bitiminden sonra rekabet yasağı sözleşmesi yapılması geçersiz sayılmıştır<sup>62</sup> (BİK. m. 13/2).

Sözleşme sonrası dönem için kararlaştırılacak rekabet yasağına ilişkin kayıtlar her iki tarafın da menfaatlerini dengeleyecek şekilde olmalıdır<sup>63</sup>. Burada bir tarafta işçinin anayasal güvence altına alınan çalışma hürriyeti, diğer tarafta ise işverenin haklı menfaati çatışma içerisindedir<sup>64</sup>. Bu amaçla TBK.'nda rekabet yasağı sözleşmesi birtakım kayıtlara tabi tutulmuştur (TBK. m. 444). Öncelikle rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilmesi için işçinin fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir<sup>65</sup>. Bu bakımdan sınırlı ehliyetsiz bir kişi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilmesi, işçinin yaptığı işin işverenin müşterilerini tanımaya ve işverenin gizli yönlerini öğrenmeye elverişli olması durumunda mümkündür<sup>66</sup>. Ayrıca işçinin edinebileceği bu bilgilerin kullanılması işverene önemli derecede zarar verebilecek düzeyde olması halinde rekabet yasağı sözleşmesi

<sup>60</sup> Haluk Hadi Sümer, Bireysel Basın İş Hukuku, Mimoza Yayıncılık, Konya 2013, s. 87 (Basın).

<sup>61</sup> Hülya Atlan Kazan, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Legal İSGHD., C. 9, S. 36, İstanbul 2012, s. 158; Tuncay, s. 1065.

<sup>62</sup> Sümer, Basın, s. 87-88.

<sup>63</sup> Taşkent/Kabakçı, s. 23.

<sup>64</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 538.

<sup>65</sup> Atlan Kazan, s. 160.

<sup>66</sup> Süzek, s. 352-353.

yapılabilmesine cevaz verilmektedir (TBK. m. 444/2). İşte işçinin pozisyonu bu bağlamda özel öneme sahip bulunmaktadır.

Müşteri çevresi hakkındaki bilgilerin ise mutlaka iş sırrı niteliğinde olması aranmamaktadır. Edinilen veya edinilebilecek bilginin işverenle rekabet oluşturacak derecede olması rekabet yasağı için yeterlidir<sup>67</sup>. Burada geçen iş sırrı ifadesini üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, işverenin saklanması haklı menfaati bulunan her çeşit bilgi olarak tanımlayabiliriz<sup>68</sup>. Daha önce de ifade edildiği üzere rekabet yasağının geçerli sayılabilmesi için işverene bu tür bilgilerin önemli ölçüde zarar verebilme ihtimali bulunmalıdır<sup>69</sup> (TBK. m. 444/2). Esas olan somut zararın gerçekleşmesi değil, önemli bir zarar olasılığının varlığıdır<sup>70</sup>. İşverenin kazancında ya da siparişlerinde önemli düşüşler olması ya da işverenin iş yapma olanaklarının önemli ölçüde sınırlandırması bu kapsamda örnek olarak belirtilebilir<sup>71</sup>.

Rekabet yasağının içerik bakımından geçerliliği açısından 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda "halin icabına göre münasip bir hudut dahilinde şart edilmiş ise muteberdir" şeklinde düzenleme ile olağan görülebilecek sınırlar içinde olmayan rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olacağı kabul edilmiş iken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye atan ve hakkaniyete aykırı şartlar içeren rekabet yasağı sözleşmesinin varlığı halinde hakime müdahale imkanı tanınmıştır (TBK. m. 445/2). Bu bağlamda hakim yapılan rekabet yasağı sözleşmesini tümünden geçersiz saymayacak ve gerekli düzeltmeleri yapabileme imkanına sahip olacaktır<sup>72</sup>.

6098 sayılı Kanunda düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi için mülga kanun döneminde öğretilen kabul edilen objektif, sübjektif ve şekil şartlarının öngörüldüğünü görmekteyiz. Gerçekten bu tasnife göre işin türü, zaman ve yer bakımından belirli şekilde sınırlandırılması ile işçinin işverenin müşteri çevresi ve üretim sırları ile işverenin yaptığı iş hakkında bilgi edinme imkanının bulunması gerektiği objektif şart olarak, işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemesi şartının da sübjektif şart olarak ve son olarak yazılı yapılması gereğinin de şekli şart olarak telakki edildiğini görmekteyiz<sup>73</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağının, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyeceği ve süresinin özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağı hüküm altına alın-

<sup>67</sup> Taşkent/Kabakçı, s. 25; Atlan Kazan, s. 163.

<sup>68</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 538; Süzek, s. 352.

<sup>69</sup> Süzek, s. 355.

<sup>70</sup> Taşkent/Kabakçı, s. 27; Atlan Kazan, s. 167; Demirtaş, s. 91.

<sup>71</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 538.

<sup>72</sup> Atlan Kazan, s. 173-174.

<sup>73</sup> Saymen, s. 485; Tuncay, s. 1066; Demir/Demir, s. 21.



mıştır (m. 445). Yer bakımından ülke düzeyinde çalışmama koşulunun getirilmesi mümkün olamayacaktır. Ancak Yargıtay hayatının önemli bir bölümünü yurt dışında geçiren yabancı için böyle bir şartın geçerli olacağı kanaatindedir<sup>74</sup>.

6098 sayılı Kanunda süre açısından da sınırlama getirilmiş ve rekabet yasağı sözleşmesinin özel durum ve koşullar dışında azami 2 yıl olarak kararlaştırılabileceği hüküm altına alınmıştır (TBK., m. 445/1). Özel durum ve koşulların bulunması halinde işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemek kaydıyla daha uzun bir süre kararlaştırılabileceği öngörülmüştür. Örneğin çok yüksek bir meblağdaki ivazlı bir rekabet yasağı sözleşmesi ile işçiye hayatını oldukça yeterli bir şekilde idame ettirebileceği bir ücretin kararlaştırılmış olması durumunda daha uzun bir süre kararlaştırılabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca rekabet yasağı sözleşmesi işin türü bakımından da sınırlandırılmış olmalı ve sözleşme yazılı yapılmalıdır (TBK. m. 445/2).

Yapılan rekabet yasağı sözleşmesi karşısında işverenin karşı edimde bulunması gereği doktrinde kabul edilmekle birlikte<sup>75</sup> 818 sayılı Kanunda böyle bir hüküm yer almazken yeni TBK'da rekabet yasağının sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri düzenleyen maddede hakim dikkate alabileceği unsurlar içerisinde değinilmiştir (TBK. 445/2). Ama yine de işverenin karşı bir edimde bulunması bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmemiştir<sup>76</sup>. Alman Ticaret Kanunu'nda işverenin her yıl için en az son ücretinin yarısı tutarında bir ödemede bulunması kabul edilmişken<sup>77</sup> hukukumuzda da işverene böyle bir yükümlülük öngörülmesinin hakkaniyete uygun olacağı düşüncesindeyiz.

## b) Rekabet Yasağı Sözleşmesine Aykırı Hareket Edilmesi

İşçi rekabet yasağına aykırı hareket ederse, TBK. m. 112 anlamında bir sorumluluğa tabi olup kusursuzluğunu ispatlayamadığı müddetçe zararı karşılamakla yükümlüdür. İşverene aralarında cezai şart kararlaştırmışlarsa bu şartı da yerine getirecek, şayet işverenin kararlaştırılan zarardan daha fazla zarara uğradığını ispat etmesi halinde bu zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur (TBK. m. 446/2). Ayrıca kararlaştırılması halinde bu davranışın hakim tarafından önlenmesi de işveren tarafından istenebilecektir (TBK. 446/3). Son olarak rekabet yasağı sözleşmesinin ivazlı yapılması halinde de ödenen miktara ne kadar süre uyulduysa uyulan bu

<sup>74</sup> "...Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır. Ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının Ülke sınırları ile belirlenmesi mümkün olabilecektir. Yine, il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırma işin niteliğine göre yerinde görülebilir..." , Y9HD, 24.12.2009, E. 2009/26954, K. 2009/36971 (Legalbank, E. T. 14.11.2013).

<sup>75</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 541.

<sup>76</sup> Atlan Kazan, s.175-176.

<sup>77</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 541.

süre için hesaplanacak miktar mahsup edilecek, kalan süre için ise ödenen miktar geri verilecektir<sup>78</sup>.

### c) Rekabet Yasağının Sona Ermesi

Rekabet yasağı ayrıca yapılan bir bozma sözleşmesi ile ya da sürenin sona ermesi ile biter. Bununla beraber süre dolmadan işverenin korunması gerekli haklı menfaatinin bulunmaması halinde de yasak son bulur (TBK. m. 447). Sözleşme işveren tarafından haklı nedene dayanmadan feshedilirse ya da işverene yüklenebilecek bir nedenle işçi tarafından feshedilirse yine rekabet yasağı sözleşmesi dikkate alınmayacaktır (TBK. m. 447/2). Burada kanun koyucunun amacı sözleşmenin sona ermesinde kusursuz olan işçinin konumunun bu nedenle yürürlüğe girecek rekabet yasağı ile daha da ağırlaştırmamaktır. Bunun yanında kimse kusuruna dayanarak hak iddia edememe kuralı gereğince de evleviyetle rekabet yasağının sona ermesi hakkaniyete uygun bir düşüncedir. Bu bakımdan işçinin iş sözleşmesinin feshi halinde işverene yükletebilecek bir kusurun varlığı rekabet yasağının bitmesi açısından şart kılınmıştır. Bu sebeple de evlenme, yaşlılık aylığı almak amacıyla ya da askerlik nedeniyle veya mücbir nedenle iş sözleşmesini fesheden işçi açısından da rekabet yasağı sözleşmesi uygulanmaya devam edecektir.

<sup>78</sup> “..Taraflar arasında fesih tarihinden 15 gün önce düzenlenen protokol başlıklı sözleşmede davalı işçi yönünden iki yıl süreli rekabet yasağı öngörülmüş ve rekabet etmemesi karşılığında işçiye 435.000,00 USD ödeme yapılmıştır. Sözleşmede işçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde ödenmiş olan 435.000,00 USD tutarın işverene iadesi kararlaştırılmıştır. Taraflar arasında ivazlı rekabet yasağı sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmede davalı işçinin doğrudan veya dolaylı olarak işverene rekabet halinde bulunmayacağı, GSM işletmelerinde yönetici, denetçi, ortak danışman ve benzeri sıfatlarla çalışmayacağı, işverene doğrudan ya da dolaylı olarak rekabet halinde kişi ve kuruluşlara tavsiyelerde bulunamayacağı, onları yönlendirici aktif ve pasif hareketlerde içine giremeyeceği belirtilmiştir. Dosya içeriğine göre rekabet yasağının öngörüldüğü süre içinde davalı işçi diğer operatörün kart dağıtım ve pazarlama işini alan bir şirketi kurmuş ve bu yolla rekabet yasağına aykırı davranmıştır. Mahkemece davalı işçinin rekabet yasağına aykırı davrandığı yönündeki gerekçesi yerindedir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda rekabet yasağı öngörülen iki yıllık sürenin 202 gününde yasağı aykırı davranılmadığı belirlenmiş, kalan 528 gününde ise sözleşme hükümlerine uyulmadığı tespit edilmiş, buna göre iki yıllık süre için öngörülen cezai şartın 528 günlük kısmına göre oranlama yapılarak ödenmesi gereken tutar 314,630,14 USD olarak belirlenmiştir. Sözü edilen oranlama iş hukuku ilkelerine uygundur. Ancak mahkemece sözü edilen indirim dışında % 30 oranında hakkaniyet indirimi yapılması hatalıdır. Zira somut uyuşmazlıkta rekabet yasağına aykırılık sebebiyle işçiden talep edilen tutar işveren tarafından daha önce ödenmiş olan miktardır. Başka bir anlatımla rekabet yasağına aykırılık sebebiyle işçinin malvarlığından eksilmeye neden olacak bir talepte bulunulmamıştır. İşverence ivazlı rekabet yasağı kapsamında yapılmış olan ödemenin iadesi istenmiştir. Bu noktada iadesi istenen cezai şartın fahiş olduğundan da söz edilemez. Bilirkişi raporunda, rekabet yasağına aykırı davranılan süreye göre oranlama yoluyla yapılan indirim yeterli olup mahkemece ayrıca indirimde gidilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir...”, Y9HD, 05.02.2013, E. 2010/36445, K. 2013/4274 (Legalbank, E. T. 10.05.2013).

Rekabet yasağının işyerinin devri halinde akıbeti de merak konusu olmuştur. İş sözleşmesi devam ederken işyerinin devredilmesi ve iş sözleşmesinde de iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra rekabet yasağının devam edeceğine ilişkin bir hüküm bulunması halinde söz konusu kaydın devralan nazarında devam edeceği kabul edilmelidir<sup>79</sup>. İş sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağının devam ettiği dönemde de işyerinin devri halinde aynı sonuca ulaşılması gerektiği öğretide ileri sürülmektedir<sup>80</sup>.

### C) Teslim ve Hesap Verme Borcu

Esas itibarıyla sadakat borcunun içerisinde telakki edilebilecek teslim ve hesap verme borcu<sup>81</sup> ayrıca TBK.'nda hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda işçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhâl ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle ve hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhâl işverene teslim etmekle yükümlü tutulmuştur (TBK. m. 397).

Bu hüküm çerçevesinde gece benzin istasyonunda çalışan bir pompacı müşterilerin verdikleri paraları derhal işverene teslim etmekle yükümlü tutulmuştur. Bu kapsamda paraların teslimi yerine işverene kendi kartından ödeme yapması sadakat borcuna aykırılık teşkil edecektir. Burada işverenin herhangi bir zararının bulunup bulunmaması önem taşımayacaktır.

### III. Sadakat Borcunun TBK. m 396'da Yer Alan Haklı Menfaat Ölçüsü Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Sadakat borcunun ifade edilen hususlar dışında işçiye işletmenin amacını geliştirme ve bu amaca uygun davranışlarda bulunma yükümü yükleyip yükleyemeyeceği de tartışmalıdır. Sorun özellikle belli bir eğilime aitliğiyle tanınan (dernek, cami, kilise vs.) işyerleri ve işverenler bakımından önem taşımaktadır. Dini bir kurumda çalışan kişinin akşam meyhanede çalışması ya da içki içmesi, ilköğretim okulunda din bilgisi dersi veren bir kadının gece kulübünde çalışması<sup>82</sup> ya da özel öğretim kurumunda çalışan bir öğretmenin öğrencileri ile toplum nazarında uygun

<sup>79</sup> **Taşkent/Kabakçı**, s. 42; "...İşçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devri halinde de kural olarak geçerliliğini sürdürür. Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde ise rekabet yasağı sona erer..." , Y9HD, 24.12.2009, E. 2009/26954, K. 2009/36971 (Legalbank, E. T. 14.11.2013).

<sup>80</sup> **Süzek**, s. 362; **Taşkent/Kabakçı**, s. 43.

<sup>81</sup> **Tuncay**, s. 1055.

<sup>82</sup> **Akyiğit**, s. 146; Akyiğit'e göre kozmopolit anlayışa ait bir partide çaycı olarak çalışan bir işçinin geri kalan zamanında da muhafazakar yahut faşist/komünist bir partide çalışması sorun olmamalıdır. Ancak bir okulda din kültürü ve ahlak bilgisi dersine giren bir kadının geceleri gece kulüplerinde striptiz yıldızlığı yapması pek de hoş karşılanmayacaktır (**Akyiğit**, s. 146).

görülme yen iliş kiler içinde bulunması halinde sadakat borcuna aykırılık oluşturacağı kabul edilmelidir.

Esas itibarıyla burada her bir olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmekte olup genellemeye de gidilemeyecektir. Ancak işçinin işletmenin hiyerarşik yapısındaki konumu son derece önem arz etmektedir<sup>83</sup>. Burada dikkate değer husus işverenin haklı menfaatinin zedelenmesi teşkil edecek durumların başka bir ifade ile ekonomik açıdan işletmenin zarar gördüğü hususların değerlendirilmesidir. Bu bakımdan hayvanları koruma derneğinin açmış olduğu bir hayvan barınağı işletmesinde temsil yetkisine sahip bir müdürün avlanmanın yasak olduğu bir mevsimde avlanması ya da avlanmasa yasak olan bir hayvanı öldürmesi ve bu durumu sosyal medyada paylaşması halinde, ya da kadınları koruma derneğinin kadınların çalışması için açmış olduğu bir dikim evinin müdürünün eşine fiziksel şiddet uygulaması sebebiyle hakkında dava açılması ve bu durumun medyaya yansımalarıyla toplumun haberdar olması halinde veya siyasi partide çalışmakta olan yetkili bir kişinin terörist propaganda yaparken gözaltına alınması hallerinde sadakat borcuna aykırılık oluşturacağı kanaatindeyiz. Zira bu durumlarda böyle bir niteliğe sahip olan işverenin haklı menfaati zarar görecektir veya zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Örneğin, insanlar hayvanlarını artık o işletmeye bırakmayacak, dernek üyeliklerini sona erdirebileceklerdir. Aynı zamanda siyasi partinin bir bakıma güvenilirliği zedelenebilecektir, yine aynı şekilde kadınları koruma derneğinin itibarı zarar görecektir. Son olarak özel öğretim kurumuna insanlar çocuklarını kaydettirmeyeceklerdir. Bu bakımdan bu işyerlerinde çalışmak suretiyle iş sözleşmesi bağitlanmasının özünde derneğin, partinin ve bu gibi özel amaçlarla kurulmuş işyerlerinin itibarlarına da zarar vermemeyi zimnen yüklenmiş olan işçilerin bu davranış yükümüne aykırı hareket etmeleri halinde 4857 sayılı İş Kanunumuzun 25/1-II bendi uyarınca ahlak ve iyiniyete uymayan hareketler kapsamında iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi yoluna gidilmesi gerekecektir.

#### IV. Sadakat Borcuna Aykırılığın Sonuçları

Sadakat borcuna aykırı davranılması halinde işverene haklı sebeple fesih imkanının tanınması ile birlikte şayet işveren bir zarara uğramışsa ayrıca uğradığı bu zararı genel hükümler çerçevesinde talep edebilecektir (İş K. 26/2). Sadakatsizlik düzeyine ulaşmayan ancak bağıllığının yeterli olmadığını gösteren davranışların ise İş Kanunu m. 18 hükmü uyarınca geçerli sebep olarak kabul edilmesi gerekmektedir<sup>84</sup>. Bunun yanında sadakat borcuna aykırılık teşkil eden fiil devam ettiği sürece işveren her zaman iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir<sup>85</sup>. Ancak sadakat borcuna aykırılık teşkil eden hareket bir defaya mahsus icra edilmiş ya da son bul-

<sup>83</sup> Löschning/Hekimler, s. 144.

<sup>84</sup> Süzek, s. 351.

<sup>85</sup> Tuncay, s. 1083; Güven/Aydın, s. 131.

muşsa, bu hareketin öğrenildiği tarihten itibaren 6 iş günü ve hareketin yapıldığı tarihten itibaren 1 yıl içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi gerekecektir (İş K. 26/1). Şartlara uyulması halinde sadakat borcuna aykırı hareket eden işçi kıdem tazminatından da yoksun kalacaktır (1475 sy. İş K. m. 14).

Rekabet yasağına aykırılık teşkil eden fiil iş sözleşmesinin derhal feshi sonucunu doğuracağı gibi işveren ayrıca uğradığı zararın tazminini de talep edebilecektir<sup>86</sup>. Yine sadakat borcuna aykırılık Ticaret Kanunu uyarınca haksız rekabet teşkil ediyorsa bu takdirde de Ticaret Kanunumuzda öngörülen yollara da başvurulabilmesi mümkündür<sup>87</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu'nda ayrıca sadakat borcuna aykırılığın özel bir halinin de düzenlendiğini görmekteyiz. İfade edilen hükme göre süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işverenin de işçinin bu davranışına, yeni işe girdiği işveren sebep olmuşsa, yeni işveren, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa, yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam etmesi hallerinde birlikte sorumlu olacaktır (İş K. m. 23). Burada sadakat borcuna aykırı davranan işçinin yanında bu durumun gerçekleşmesine sebep olan yeni işverenin de sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Yeni işverenin görüldüğü üzere her durumda sorumlu olduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda yeni işveren açısından tazminat sorumluluğu; işçinin bu davranışına kendisinin sebep olması, işçinin bu davranışını bilerek onu işe alması veya işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi ona çalıştırmaya devam etmesi hallerine bağlanmıştır<sup>88</sup>.

## SONUÇ

İşçi ile işveren arasında oluşan kişisel ilişkinin bir gereği olan sadakat borcuna göre işçi, işverenin haklı menfaati ölçüsünde ona doğruluk ve bağlılıkla iş görme borcunu yerine getirmekle mükelleftir. Ancak haklı menfaatin olduğu her durumda da işçinin koşulsuz bir şekilde sadakat yükümü altında olduğunun kabulü de mümkün değildir. İşçinin de menfaatinin olduğu kimi durumlarda işverenin menfaati ile eşdeğer olması ya da ondan daha üstün bulunması halinde işçinin sadakat yükümünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

İşçinin sadakat borcunun uzantıları olarak sır saklama ve rekabet etmeme, teslim ve hesap verme yükümü bulunmamaktadır. Sır saklama yükümü için sözleşme yapılmasına dahi gerek görülmemektedir. İfade edilen borç iş sözleşmesinin

<sup>86</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 108.

<sup>87</sup> Alpagut, s. 31.

<sup>88</sup> Narmanlıoğlu, s. 279.

sona ermesinden sonra dahi işverenin haklı menfaatinin bulunması karşısında devam eden bir yüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Rekabet yasağı ise iş sözleşmesi devam ederken bulunmakta olan ancak iş sözleşmesi sona erdikten sonra ise ayrıca kararlaştırılması gereken bir yükümlülüktür. Ancak rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilmesi için işçinin çalışma hayatının da sona ermesine müsaade edilmemiştir. Bu bakımdan rekabet yasağı sözleşmesinin yer, süre ve tür olarak da sınırlandırılması gerektiği öngörülmüştür. Hakime bu esaslara aykırı hareket edilmesi halinde ayrıca müdahale imkanı tanınmıştır.

Son olarak işverenin haklı menfaati ölçütünün amaç bakımından değerlendirilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. Buna göre de bir derneğin işletmesinde temsil yetkisine sahip bir müdürün derneğin itibarını haleldar edebilecek davranışlarının da sadakat borcuna aykırılık oluşturduğu belirtilmelidir. Bu takdirde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi imkanı doğacaktır.

Sadakat borcuna aykırı davranılması halinde iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih imkanı doğabileceği gibi ayrıca uğranılan zararların tazmini de talep edilebilecektir.

## KAYNAKÇA

- Aktay**, A. Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen Kaplan**, E. Tuncay, İş Hukuku, 6. B., Gazi Kitabevi, Ankara 2013.
- Akyiğit**, Ercan İş Hukuku, 9. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Alpagut**, Gülsevil, “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 7, S. 25, İstanbul 2012, s. 23-32.
- Arslan Ertürk**, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Atlan Kazan**, Hülya, “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Legal İSGHD., C. 9, S. 36, İstanbul 2012, s. 153-190.
- Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013
- Demir**, Fevzi /**Demir**, Güvenç, “İşçinin Sadakat Borcu Ve Uygulaması”, Kamu İş Dergisi, C. 11, S. 1, İstanbul 2009, s. 1-37.
- Demircioğlu** Murat/**Centel** Tankut, İş Hukuku, 17. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013
- Demirtaş**, Nevzer Sebla, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Ekonomi**, Münir, İş Hukuku – Ferdi İş Hukuku, C. 1, 1. B., İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası, İstanbul 1976,
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2012
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 4. B., Legal Yayıncılık, İstanbul 2010
- Güven**, Ercan /**Aydın**, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 4. B., Nisan Kitabevi, Eskişehir 2013.
- Löschning**, Günther/**Hekimler**, Alpay, Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku İle Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları, Efil Yayınevi, Ankara 2011
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin, İş Hukuku, 4. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2011
- Narmanlıoğlu**, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2012,
- Okur**, Zeki, “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Kamu İş Dergisi, C. 8, S. 4, Ankara 2006, s. 1-47.
- Poyraz**, Ercan, İş Hukuku Şemalı Anlatımlı, 4. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013
- Savaş**, Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayıncılık, Ankara 2012.

- Saymen**, Ferit H., Türk İş Hukuku, 1. B., Hak Kitabevi, İstanbul 1954
- Sümer**, Haluk Hadi, İş Hukuku, 17. B., Mimoza Yayıncılık, Konya 2013 (İş Hukuku).
- Sümer**, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 3. B., Mimoza Yayıncılık, Konya 2009 (Uygulamalar).
- Sümer**, Haluk Hadi, Bireysel Basın İş Hukuku, Mimoza Yayıncılık, Konya 2013 (Basın).
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 9. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013,
- Şakar**, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, 9. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2011
- Taşkent**, Savaş/**Kabakçı**, Mahmut, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 4, S. 16, İstanbul 2009, s. 21-46.
- Tolga**, Muammer Vassaf, İş Hukuku, 3. B., Türkiye Ticaret Postası Matbaası, İstanbul 1958,
- Tuncay**, Can, "İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 1043-1086.
- Tunçomağ**, Kenan, Türk İş Hukuku, C. I, 1. B., Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1971.
- Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013
- Uşan**, Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.



# İŞ HUKUKUNDA ÜCRETSİZ İZİN UYGULAMALARI

## *(Leave Without Pay Applications in Labour Law)*

Efe YAMAKOĞLU\*  
Eda KARACÖP\*\*

### ÖZET

Ücretsiz izin uygulaması iş sözleşmesinin askıya alınmasına ilişkin özel bir uygulamadır. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işverenler, işçileri ücretsiz izne çıkararak, ekonomik konjonktürün işletme üzerindeki olumsuz etkilerini hafifletmeyi amaçlamaktadırlar. Ücretsiz izinle ilgili İş Kanununda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, bazı hükümlerde ücretsiz izin niteliğinde düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Uygulamada işverenlerin, çoğu kez, tek taraflı olarak işçileri ücretsiz izne çıkarttığına rastlanmaktadır. Bu bağlamda karşılaşılan sorunların çözümü bakımından ücretsiz izin uygulamasının kanunla düzenlenmesinin bir gereksinim olduğu söylenebilir.

**Anahtar kelimeler:** Ücretsiz İzin, ekonomik kriz, İş Hukuku, ultima ratio, geçerli neden, yıllık ücretli izin

### *Abstract*

Leave without pay application is a specialized application for suspension of implementation of the employment contract. Especially during economic crisis periods, the employers, with the aim to mitigate the negative effects of the economic conjuncture on enterprises, apply leave without pay procedure for the employees. There is not any provision existed in Turkish Labour Law related to leave without pay. However, it is possible to find some provisions in the Code which is appropriate with the nature of unpaid leave. In practice the employers usually lets the employees go on unpaid leave unilaterally. In this context, to find a solution to the problems faced related to the application of the unpaid leave, it is needed to regulate this concept in Labour Law specifically.

**Keywords:** Leave without pay, economic crisis, Labour Law, ultima ratio, valid reason, annual leave with pay

\* Araş. Gör., T.C. Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Araş. Gör., T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

## GİRİŞ

Ücretsiz izin uygulaması iş sözleşmesinin askıya alınmasına ilişkin özel bir uygulamadır. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işverenler, işçileri ücretsiz izne çıkararak, ekonomik konjonktürün işletme üzerindeki olumsuz etkilerini hafifletmeyi amaçlamaktadırlar. Öte yandan işçiler de özel işlerini halledebilmek için işverenlerinden ücretsiz izne ayrılmayı talep edebilirler. İş Kanunumuzda sınırlı olarak, işçilere tanınan ücretsiz yol izni ve analık izni dışında, ücretsiz izin uygulaması ancak tarafların anlaşmasıyla gündeme gelebilmektedir.

Önemle belirtelim ki, ücretsiz izin müessesesine yaklaşımda ekonomik gerekçelerin, iş hukukunun temel felsefesi olan işçiyi koruma düşüncesinin önüne geçmemesi önem arz eder. Zira iş sözleşmesinin askıya alındığı ücretsiz izin döneminde işçi, zaten ücret gelirinden yoksun kalmaktadır. Bu sebeple, konuya ilişkin değerlendirmelerin bu hususu gözardı etmeden yapılması gerekmektedir.

Çalışmamızda ilk olarak ücretsiz izin kavramına ve bu kavramın benzer kavramlardan farkına genel olarak değinilmiştir. Daha sonra İş Kanununun yalnızca işçilere tanıdığı “ücretsiz izin” hakkı ile tarafların anlaşmasına dayalı ücretsiz izin uygulaması ayrı başlıklar halinde incelenmiştir. Nihayet muteber bir ücretsiz izin dönemine geçildikten sonra bu dönemin işçinin kıdemine ve tarafların sözleşmeyi fesih haklarına etkisi ile askı süresinin sona ermesi konularının üzerinde durulmuştur.

## I. ÜCRETSİZ İZİN KAVRAMI

Ücretsiz izin, ülkemizde yaygın bir şekilde başvurulmasına karşın İş Kanunumuzda yer almayan bir uygulamadır<sup>1</sup>. Bu konu, Yargıtay kararlarıyla açıklığa kavuşturulmuş ve “tarafların ücretsiz izin konusunda anlaşmaları halinde, ücretsiz izin süresince iş sözleşmesinin askıda kalacağı” esası kabul edilmiştir. İş sözleşmesinin askıda kaldığı bu süre içerisinde işçi çalışmayacak, işveren de işçiye ücret ödemeyecektir. Askıya alınma halinde sadece asıl ücret değil ücret ekleri de ödenmez. Bu dönemde işverene ait olan işletme riskine işçi katlanmış olacaktır<sup>2</sup>.

İşverenlerin işçileri tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarma hakkı yasal olarak mevcut değildir. Bu bağlamda, işletme riskleri, ekonomik konjonktürün iyi gitmesi, satışların durması, stok fazlalığı, işletmenin verimlilik ve rekabet yeteneğinin artırılması gibi ekonomik güçlükler iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu kendiliğinden doğurmaz<sup>3</sup>. Aynı şekilde işçinin de -Kanunda özel olarak belirlenen

<sup>1</sup> İşçiye tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkma olanağı veren yol izni ve analık iznini hariç tutmak gerekir. İş mevzuatından doğan bu ücretsiz izin haklarına ileride (III-1-a,b,c) ayrıntılı olarak değinilecektir.

<sup>2</sup> İş sözleşmesinin askıya alınmasında işverenin kural olarak ücret ödeme borcundan kurtulmasının hukuki nedeni bu sözleşmenin karşılıklı (*sinallagmatik*) bir sözleşme olmasıdır, **Süzek, Sarper:** İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 502.

<sup>3</sup> **Süzek, Sarper:** İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara 1989, s. 46-

durumlar haricinde- ücretsiz izne kendiliğinden çıkma imkanı bulunmamaktadır. İşçi ve işveren arasında yapılan iş sözleşmesinde veya işyeri için akdedilen toplu iş sözleşmesinde ücretsiz izinle ilgili bir düzenleme yapılmış ise bu düzenlemeye uygun olarak ücretsiz izin kullanılabilir. Bu yönde bir düzenleme yapılmamış ise, taraflar aralarında anlaşarak her zaman ücretsiz izin uygulamasına karar verebilirler.

Yukarıda belirttiğimiz açıklamalardan hareketle ücretsiz izni, tarafların anlaşması ile belli bir süre için verilen ve bu süre içinde iş sözleşmesinin askıda olduğu özel bir uygulama olarak tanımlamak mümkündür. İş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğuran ücretsiz izin uygulaması, taraf iradelerine uygun olarak sürekli borç ilişkisinin devamını sağlamakta<sup>4</sup> ve işletme gerekleri ile iş sözleşmesinin feshini önleme işlevi görmektedir<sup>5</sup>.

## II. ÜCRETSİZ İZİN KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

### 1. Kısa Çalışma Kavramından Farkı

Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde uygulamaya konulan “kısa çalışma” ve “ücretsiz izin” uygulamaları, işyerlerinde toplu işçi çıkarmanın önüne geçmekte ve işyerlerinin faaliyetinin devamını sağlamaktadır<sup>6</sup>. Bu bağlamda, önceleri İş Kanununun 65. maddesinde düzenlenen ancak daha sonra 15.05.2008 tarihli ve 5763 sayılı Kanunun 18. maddesi ile 4447 sayılı Kanuna eklenen “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği”ne ilişkin düzenlemenin ücretsiz izin kavramına benzediği söylenebilir<sup>7</sup>. Kısa çalışma da ücretsiz izin gibi geçici niteliktedir. Ancak bu kurumlar arasında bir takım farklar mevcuttur.

(i) Öncelikle kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğinin ödenmesi koşulu çok katı kurallara bağlanmıştır. Öyle ki, genel ekonomik kriz, sektörel veya bölgesel kriz ya da zorlayıcı sebeplerin (yangın, su baskını, deprem, salgın hastalık, seferberlik vb.) işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen durduracak veya haftalık çalışma sürelerini

47; **Yenisey, Kübra D.:** “Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 81; **Demir, Fevzi:** “Toplu İş Sözleşmesi İle İşçinin Onayının Önceden Alınması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2, Haziran 2006, s. 108; **Sen, Murat:** İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 235.

<sup>4</sup> **Süzek,** Askı, s. 42.

<sup>5</sup> **Demir,** İşçinin Onayı, s. 108; **Alp, Mustafa:** İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 228.

<sup>6</sup> **Demir, Fevzi:** “Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerine Etkileri”, Legal İSGHD, C. VI, S. 22, 2009, s. 542.

<sup>7</sup> Öğretide, kısa çalışma dönemlerinin de birer ücretsiz izin dönemi olduğu ifade edilmiştir, **Demir,** Kısa Çalışma, s. 549; Aynı yönde bkz. **Çil, Şahin:** İş Kanunu Şerhi C.II ve C.III, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 2971-2972.

geçici olarak önemli ölçüde azaltacak nitelikte olması gerekir. Ayrıca, işyerinde geçici olarak işin kısmen veya tamamen durması veya haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılarak uygulanması yahut en az dört hafta sürmesi gerekmektedir (4447 sayılı Kanun Ek m. 2/II). Kısa çalışma süresi, zorlayıcı sebebin devamı süresini ve her halde üç ayı aşamaz (4447 sayılı Kanun Ek m. 2/II). Görüldüğü gibi, bu koşulların mevcut olmadığı durumlarda kısa çalışma uygulamasına gidilemeyecektir.

(ii) Kısa çalışma yapılmasını isteyen işveren, talebini gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumu'na ve varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya yazılı olarak bildirmek yükümlülüğündedir. Bu çerçevede, kısa çalışmalarda, Kanunda öngörülen sürelerde çalışmayan işçilere Türkiye İş Kurumu tarafından kısa çalışma ödeneği verilirken<sup>8</sup>, ücretsiz izne çıkan işçilere kural olarak herhangi bir ücret ödenmemektedir.

(iii) Belirli koşulların varlığı halinde işverenin kısa çalışma başvuru talebi öncelikle Kurum tarafından sebep ve şekil yönünden değerlendirilir. Başvurunun uygunluğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş müfettişleri tarafından belirlenir. Bakanlığın uygunluğu belirlemesi ile kısa çalışma onayı alan işyerinde, işçilerin bu durumu kabul etmemeleri "objektif iyi niyet" kuralları ile bağdaşmaz<sup>9</sup>. Bunun tek istisnası, işçinin kısa çalışma ödeneğine henüz hak kazanmamış olmasıdır. İşsizlik sigortasına ödenmesi gerekli olan prim ödemeleri yeterli değilse, bu işçinin kısa çalışma kararını kabul etmeyerek haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi mümkündür<sup>10</sup>. Genel olarak ücretsiz izin uygulamasının süresi ve kapsamı konusunda ise tarafların anlaşması gerekir.

(iv) Nihayet, kısa çalışma süresi, yıllık izin süresi ve kıdem tazminatının hesabında dikkate alınırken<sup>11</sup> ücretsiz izin dönemi kıdem hesabında dikkate alınmamaktadır.

## 2. Yıllık Ücretli İzinden Farkı

Yıllık ücretli izin hakkı ile işçinin yılda belirli bir süre, ücret geliri kesilmeksizin dinlenebilmesi sağlanmıştır. Bu sayede işçinin sağlığı korunmakta ve işgücünün verimi artmaktadır. Anayasa'nın 50. maddesine dayanan bu temel hak bakımından

<sup>8</sup> Ancak işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, çalışma süreleri ve işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanma şartlarını yerine getirmesi gerekir (4447 sayılı Kanun Ek m. 2/II).

<sup>9</sup> **Aydın, Ufuk:** "Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, C. IV, S. 13, 2009, s. 32; **Ekmekçi, Ömer:** "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar", Sicil İş Hukuku Dergisi, C. IV, S. 14, 2009, s. 50-53.

<sup>10</sup> **Demir,** Kısa Çalışma, s. 546.

<sup>11</sup> 1983 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında, işçinin çalışılmış gibi sayılan sürelerinin hesabında, 1475 sayılı İşK. m. 51 (4857 sayılı İşK. m. 55/j)'nin esas alınması kararlaştırılmıştır, Yarg. HGK, 16.11.1983, E. 981/9-1067, K. 1983/1169., Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.10.2012.

818 sayılı Borçlar Kanununda hüküm olmaması dolayısıyla, bu Yasaya dayalı çalışanların yıllık ücretli izin haklarının mevcut olmadığı görülmekte idi<sup>12</sup>. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte gerek 4857 sayılı Kanuna gerekse Borçlar Kanununa tabi çalışanların yıllık ücretli izin hakları söz konusu olmaktadır. Her ne kadar Türk Borçlar Kanununun yıllık ücretli izne ilişkin 422, 423, 424 ve 425. maddelerindeki düzenlemeler İş Kanununun ilgili hükümleri ile birebir uyuşmasa da temelde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın belirli bir süre çalışması karşılığı dinlenmesi imkanın verilmesini düzenlemektedir. Söz konusu ücret ödenmediği takdirde, gelirini yitiren işçinin dinlenmek yerine gidip başka bir işte çalışacağı ihtimali düşünülerek izin günlerinde işçinin ücretinin aynen ödeneceği kabul edilmiştir.

(i) Yıllık ücretli izin serbest bir zamandan (*izin*) ve bu izin süresine ait ücretten oluşmaktadır<sup>13</sup>. Ücretsiz izin ise bu anlamda işçinin işgörme borcundan kurtulması dışında yıllık ücretli izinden tamamen farklıdır. Zira bu dönemde kural olarak işçi bir ücrete hak kazanamayacağı gibi, ücretsiz iznin amacı da esasen işçinin dinlenebilmesi değildir.

(ii) İşçinin yıllık ücretli izin hakkı kişilik haklarına ilişkindir. İşçinin izin hakkını satması (TBK m. 81) veya bu hakkından vazgeçmesi mümkün değildir<sup>14</sup>. Başka bir deyişle, yıllık ücretli iznin işveren tarafından işçiye kullanılması yasal bir zorunluluktur. Oysa işverenin işçiye ücretsiz izin verme yükümü (sözleşmeyle öngörülmüş değilse) mevcut değildir. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'ne<sup>15</sup> göre de işveren, işçinin talebi ve rızası olmaksızın işçiye yıllık ücretli izin hakkını kullandırma yetkisine sahiptir (m.10/I). Yönetmelikle sağlanan toplu yıllık izin kullanılması işletmede ortaya çıkan geçici nitelikteki iş azalmasına uyum sağlamak için başvurulabilecek elverişli bir araç olmakla beraber, bu yol ancak işçilerin hak kazanmış oldukları yıllık izinler bakımından kullanılacak bir araçtır<sup>16</sup>. Oysa ücretsiz izin kavramı iş güvencesi sistemiyle birlikte sözleşmenin feshinde geçerli neden ve ultima ratio ilkesi<sup>17</sup> uyarınca ele alınmaya başlanmıştır. Ücretsiz iznin fesihden önce

<sup>12</sup> Bu husus öğretide eleştirilmekte ve bu bağlamda, Anayasa'nın "Sosyal Devlet" (m.2), "Eşitlik İlkesi" (m.10) ile "Dinlenme Hakkına"(m. 50) aykırılığın söz konusu olduğu vurgulanmakta idi, Bkz. **Akyiğit, Ercan:** "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, Aralık, 2011, s.55; Aynı yazar, Yıllık Ücretli İzin, Seçkin Yayınları, Ankara 2000, s. 116.

<sup>13</sup> **Akyiğit**, s.30 vd.

<sup>14</sup> **Engin, Murat:** "Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, Ankara 2005, s. 11; Yarg. 9. HD. 14.11.2000, E. 11129, K. 16458, www.kazan-ci.com, 02.01.2013.

<sup>15</sup> RG. 25391, 03.03.2004.

<sup>16</sup> **Birben, Erhan:** İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2006, s. 250.

<sup>17</sup> İş Hukuku açısından ultima ratio, işverenin fesih işlemine son çare olarak başvurmasını ve fesih

alınması gereken bir tedbir olduğu ve sözleşme ilişkisinin değişen koşullara uyarlanarak devamını sağladığı öğretide belirtilmektedir<sup>18</sup>. İşyeri dışından kaynaklanan nedenlerle (satışların azalması, siparişlerin iptal edilmesi, sektörel kriz gibi) işletmede ortaya çıkan *geçici* olarak işgücü fazlalığı nedeniyle işverenin ücretsiz izine başvurması fesihle aynı derecede elverişli olup ultima ratio ilkesi gereğince işverenin dikkate alması gereken bir araçtır<sup>19</sup>. İşçi, ücretsiz izin teklifini kabul etmek zorunda olmamakla birlikte, işveren açısından –şayet başkaca alternatif de yoksa- feshe son çare olarak başvurulduğundan bahisle geçerli sebebin gerçekleştiği kabul edilecektir.

(iii) Nihayet, yıllık izin esnasında işçinin ücretli bir işte çalışması yaptırırma bağlanmışken (İşK. m. 58) ücretsiz izin süresince işçinin başka bir işte çalışması genel kurallara (haksız rekabet, sadakat borcu) tabidir<sup>20</sup>.

### III. ÜCRETSİZ İZİN UYGULAMALARI

#### 1. İş Kanunundaki Ücretsiz İzin Uygulamaları

##### a. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu bazı özel durumlarda işçiye tek taraflı olarak ücretsiz izne ayrılma imkanı tanımıştır. Aşağıda incelenen durumlarda sözleşmede yer alan bir hükmün uygulanması yahut tarafların anlaşması ile çalışma koşullarının değiştirilmesi değil, yasanın işçiye tanıdığı bir hakkın kullanımı söz konusudur.

##### b. Ücretsiz Yol İzni

İşçi yıllık ücretli iznini, işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirmek isteyebilir. Bu takdirde, iznini geçirmek istediği yere gidiş ve dönüşünde geçireceği zaman, yıllık izin süresinin azalmasına sebep olabilir. Kuşkusuz, bu durum, yıllık ücretli iznin amacını tam olarak yerine getirmesine, yani işçinin dinlenbilmesi amacına uygun düşmez<sup>21</sup>. Bunun için Kanunda, iznini işyerinin kurulu

---

yolunu seçmeden önce iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamak için gerekli tüm önlemleri alması anlamına gelmektedir (**Güzel, Ali**: “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, A. Can Tuncay’a Armağan, 1. Bası, İstanbul 2005, s. 62; **Kandemir, Murat**: “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, SBArD, Hüseyin Hatemi’ye Armağan, , Eylül 2005, S. 6, s. 278; **Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim**: Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2010, s. 169; **Birben**, s. 84; **Aktay, A. Nizamettin/ Arıcı, Kadir/ Senyen Kaplan, E. Tuncay**: İş hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2009 , s. 186).

<sup>18</sup> **Engin, Murat**: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 107; **Engin, Murat**: “Karar İncelemesi: İşletme Gereklere ve Ücretsiz İzin” Legal İSGHD 2004, C. I, S. 2, s. 541; **Tuncay, Can**: “Telekomünikasyon Alanında İşletme Gereklereyle İşe Son Verme”, Legal İSGHD 2006, S.: 10, s. 567.

<sup>19</sup> **Engin**, Ücretsiz izin, s. 540; **Eyrenci, Öner**: “Toplu İşçi Çıkarma Ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s. 554; **Birben**, s. 252.

<sup>20</sup> **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin, s. 63.

<sup>21</sup> **Ekonomi, Münir**: İş Hukuku C. I, Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İTÜ Vakfı Kitap Yayınları No: 18, İstanbul 1987, s. 347; **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin, s. 262.

bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olan işçilere bir olanak tanınarak, talep etmesi ve bu durumu belgelemesi koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren tarafından “toplam dört güne kadar ücretsiz izin” verilmesi öngörülmüştür (İşK. m. 56/VI). Yıllık ücretli iznin bölünerek kullanılması halinde dahi bu dört günlük ücretsiz yol izninin süresi değişmeyecektir. Başka bir deyişle, yıllık ücretli iznin örneğin ikiye bölünerek kullanılması halinde sekiz gün değil sadece dört günlük yol izni verilecektir<sup>22</sup>. Kuşkusuz, sözleşmelere aksi yönde hüküm konularak hem bölünerek kullanım için ayrı ayrı dört günlük yol izni verileceği öngörülebilir hem de dört günlük yasal süre artırılabilir<sup>23</sup>.

Verilecek yol izni en çok dört gündür; fakat bu hüküm her isteyene dört günlük ücretsiz yol izni verileceği anlamını taşımamaktadır. Bu sürenin belirlenmesinde, işçinin iznini geçireceği yerin işyerinin kurulu bulunduğu yere “uzaklığı” ve kullanılacak “vasıta” gözönünde tutulur<sup>24</sup>. İşçi, bu durumu belgelemesi halinde, işveren bu izni vermek “zorundadır”. Öte yandan, işçinin isteği olmaksızın kendiliğinden yol izninin yıllık ücretli izne ilave edilmesi de mümkün değildir<sup>25</sup>.

### c. Ücretsiz Analık İzni

4857 sayılı İş Kanununun “Analık Halinde Çalışma ve Süt İzni” başlığını taşıyan 74. maddesine göre kadın işçinin doğum öncesi ve sonrasında toplam onaltı hafta çalıştırılmaması esastır<sup>26</sup>. Çoğul gebelik halinde, doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta daha eklenecektir (İşK. m. 74/I). Söz konusu

<sup>22</sup> **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin, s. 266.

<sup>23</sup> **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin, s. 266.

<sup>24</sup> **Ekonomi**, Ferdi İş Hukuku, s. 347-348; **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin, s. 267. İzni başka yerde geçirmeyecek olmasına karşın yol izni alan işçi iznini işyerinde bulunan bir yerde geçiriyorsa bu durumda işveren iş sözleşmesini işçinin sadakat borcuna aykırı davranması gerekçesine dayanarak haklı nedenle derhal feshedebilecektir. **Çelik, Nuri**: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 26. Baskı, İstanbul 2013, s. 387; **Uzun, Bekir**: “4857 Sayılı İş Yasası ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği ile Getirilen Düzenlemeler Işığında Yıllık Ücretli İzin”, MERCEK, Nisan 2004, s. 77.

<sup>25</sup> **Mollamahmutoğlu, Hamdi**: İş Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2008, s. 959-960; **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin, s. 265; **Ekonomi**, Ferdi İş Hukuku, s. 348.

<sup>26</sup> Fransa İş Kanunu’nda analık izni doğumdan önce 6 hafta doğumdan sonra 10 hafta şeklinde belirlenmiştir. Art. L 1225-17 DU Code du Travail; Hırvatistan da analık izni doğumdan önce 4 doğumdan sonra 26 hafta olmak üzere toplam 30 hafta olarak, Danimarka’da ise toplam 52 hafta olarak düzenlenirken bunun 2 haftasının baba tarafından kullanılacağı belirtilmiştir. Kolombiya’da ise 2 haftası doğuma yakın olarak kullanılabilir şekilde toplam 14 hafta doğum izni öngörülmektedir. Küba’da ise 18 haftalık sadece ücretli doğum izni düzenlemesi bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi ve diğer Ülkelerdeki ilgili Kanun düzenlemeleri için Bkz. Employment Relations Research Series No: 80 Department of Business Enterprise & Regulation, ed, International Review of Leave Policies and Related Research 2007, <http://www.berr.gov.uk/files/40677.pdf>; **Ray, Rebecca/ Gornick, C Janet./Schmitt, John**: “Parental Leave Policies In 21 Countries”, Assessing Generosity and Gender Equality, <http://www.paidfamilyleave.org/pdf>.

süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilmektedir. Bu süreler hekim raporu ile belirlenir (İşK. m. 74/II)<sup>27</sup>.

İş Kanununun ilgili maddesinde ayrıca isteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin (çoğul gebeliklerde onsekiz hafta) bitiminden sonra, “altı aya kadar ücretsiz izin verileceği” hükme bağlanmıştır (İşK. m. 74/V)<sup>28</sup>. Düzenlemenin amacı, kadın işçiye çocuğunun bakımını gerekli şekilde sağlaması ve sağlığın korunmasıdır<sup>29</sup>. Madde metninde belirtilen altı aylık süre azami bir süredir. Başka bir deyişle kadın işçinin, daha kısa bir süre için ücretsiz izin talep etmesi mümkündür. İşverenin altı aya kadar istenen ücretsiz izinde takdir hakkı yoktur. Kadın işçinin analık iznine<sup>30</sup> çıkmak istemesi ve işverenin buna izin vermemesi halinde kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak ücretsiz “analık” iznine ayrılabilir<sup>31</sup>. Bunun gibi, ücretsiz analık izni vermeyen işveren veya işveren vekilinin bu tutumları İş Kanununun 74. maddesine aykırılık oluşturduğundan, kadın işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip, kıdem tazminatına da hak kazanabilir<sup>32</sup>. Bununla birlikte, altı aylık süreyi aşan ücretsiz izin talebi ancak işverenin bu isteği kabul etmesi halinde geçerli olacaktır<sup>33</sup>. Kuşkusuz, sözleşmelerle bu süre işçi lehine değiştirilebilir ve yasada yer almayan yeni askı halleri ve süreleri kararlaştırılabilir<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> Kadın işçinin doğum öncesi ve sonrası toplam 16 (+2) hafta kullandığı bu süre “doğum izni – maternity leave – *congé de maternité* – *congedo di maternità*- *mutterschaftsurlaub*” olarak ifade edilmektedir (“Doğum izni” terimi için bkz. **Blanpain, Roger / Colucci, Michele**: European Labour and Social Security Law Glossary / *Droit Européen du Travail et de la Sécurité Sociale Glossaire / Europäisches Arbeitsrecht und Soziale Sicherheit Glossar...* The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2002, s. 14; **Falasca, Giampiero**: Manuale Di Dritto Del Lavoro, Costituzione, Svolgimento e Risoluzione del Rapporto di Lavoro, Terza Edizione, Gruppo 24 Ore, Gennaio 2011, s. 236). 5510 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca kadın işçiye bu süreler için geçici iş göremezlik ödeneği ödenmektedir (SSGSSK m. 18/c-d).

<sup>28</sup> Doğum halinde altı aylık ücretsiz izin kullanma hakkına Bulgaristan (Art 333 of Bulgarian Labour Code) ve İtalya İş Kanunlarında da yer verilmektedir( **Falasca**, s.234).

<sup>29</sup> **Ekonomi**, Gebelik, s. 26.

<sup>30</sup> Burada “analık izni” olarak isimlendirmeyi uygun bulduğumuz terim, bugün birçok Avrupa ülkesinde hem kadın hem erkeğe tanınan bir hak olarak ülke mevzuatlarında düzenlenmektedir. Ülkemiz bakımından da çocuğun bakımının sağlanabilmesi “ebeveyn izni – parental leave – *congé parental* - *elternurlaub*” olarak İş Kanunumuzda düzenlenmesi isabetli olur, (“Ebeveyn izni” terimi için bkz. **Blanpain/Colucci**, s. 15); İngiliz Hukuku için bkz. **Ian Smith and Aaron Baker**: Smith & Wood’s Employment Law, 10th Edition. U.S., Oxford University Press, New York 2010, s. 232 vd. İtalyan İş Kanununun 28. maddesinin 1. fıkrasında analık izni yanında babaya da doğum halinde bazı durumlarda izin hakkı tanınmaktadır. Babalık izninin “*Congedo di paternità*” olarak adlandırıldığı düzelenme uyarınca, baba işçi, doğum akabinde annenin ölmesi, annenin çocuğu terk etmesi, çocuğun ciddi sakatlık hali veyahut vekâletin özel olarak kendine bırakıldığı hallerde izin hakkını kullanabilecektir. Bunun “analık izni” ne karşılık olarak düzenlendiği öğretilerde belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Falasca**, s.238-239

<sup>31</sup> Yarg. 9. HD. 13.07.2009, E. 2008/36349, K. 2009/20734, www.kazanci.com, 03.01.2013.

<sup>32</sup> Yarg. 9. HD. 26.09.2008, E. 2007/27521, K. 2008/25157, www.kazanci.com, 03.01.2013.

<sup>33</sup> **Güner, Erol**: “Doğum Yapan Kadın İşçinin Talebi Halinde Verilen Ücretsiz İzin Hangi Tarihten İtibaren Başlayacaktır?”, Mali Çözüm Dergisi, S. 98, 2010, s. 246.

<sup>34</sup> **Süzek**, Askı, s. 68.



Önemle belirtelim ki, doğum izninin sona ermesini takiben kadın işçinin çalışmaya başlaması ve aylar sonra ücretsiz “analık” iznine ayrılacağını işverenine bildirmesi yasaya uygun değildir<sup>35</sup>. Bunun gibi, doğum izninin bitimini takiben, yıllık ücretli iznin kullanılması ve ardından altı aylık ücretsiz iznin kullanılmak istenmesi, yasanın lafzına ve amacına (özüne) aykırı olur. Bu durum, yıllık ücretli iznin amacıyla da bağdaşmamaktadır. Zira yıllık ücretli izin işçiye, ücretinden bir eksilme olmadan dinlenebilmesi imkânı tanıyan bir haktır. Oysa doğum iznini takiben yıllık ücretli izin alan kadın işçinin, çocuğun bakımı ve sağlığını korumak için harcadığı çabada dinlenebilmesine olanak yoktur<sup>36</sup>. Bu bakımdan Kanunun 74. maddesinde belirtilen onaltı veya onsekiz haftalık sürenin bitiminin akabinde makul bir süre içinde ücretsiz izin talebinin işverene iletilmesi önem taşımaktadır.

İşe alınmada gebelik nedeniyle ayırım yasağı kapsamında değerlendirilebilecek bir konunun da bu noktada tartışılması gerekir. Esasen, işverenin kadın aday işe alırken, ona gebe olup olmadığını sorması “biyolojik veya işin özelliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmıyorsa” caiz değildir<sup>37</sup>. Bununla birlikte öğretide, işverenin de menfaatinin korunması gereğine işaret edilmekte ve işverenin iş sözleşmesinin kurulması sırasında doğum nedeniyle sürecek çalışma yasağını takiben altı aylık ücretsiz izin hakkını kullanıp kullanmayacağını kadın adaya sorabileceği ileri sürülmektedir. Bu izni kullanmayacağını bildirdiği halde, ücretsiz izin talebinde bulunan kadın işçinin iş sözleşmesi, İşK. m. 25/II,(a) uyarınca haklı nedenle feshedilebilecektir<sup>38</sup>.

#### d. Mazeret İzinleri

İş Kanununun 46. maddesinin III. fıkrası uyarınca, işçinin evlenmesi, anne veya babası veyahut eş, kardeş ya da çocuklarının ölümü halinde üç güne kadar kendisine izin verilmesi gerekmektedir. Bu izin süresince iş sözleşmesi askıda kalacağından işçi işgörme borcunu yerine getirme yükümü altında olmazken işverenin de ücret ödemesi gündeme gelmeyecektir. İşçinin yakınlarından birinin ölümü, işçinin mahkemede tanıklık etmesi, ailesini barındıracak bir yer araması yahut mücbir sebebin varlığı gibi durumlar da öğretide, işçinin işe devamsızlık göstermesi için meşru birer sebep olarak değerlendirilmektedir<sup>39</sup>. Bu hususta İşK. m. 46/III.(b), ailevi nedenleri sınırlı olarak belirtmiştir. Buna göre, “evlenmelerde üç güne kadar, ana

<sup>35</sup> Güner, s. 246.

<sup>36</sup> **Ekonomi, Münir:** “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/3, s. 25 vd.

<sup>37</sup> **Ekonomi,** Gebelik, s. 17.

<sup>38</sup> **Ekonomi,** Gebelik, s. 19.

<sup>39</sup> **Oğuzman,** s. 59; İsviçre hukukunda bakımından da evlilik, bir yakının ölümü, çocuğun doğumu, ev taşımak yahut bir sendikanın faaliyetine katılmak vs. bu kapsamda değerlendirilmektedir (Article 329, para. 3, CO), **Berstein, Alexandre/Mahon, Pascal:** Labour Law in Switzerland, Kluwer Law International, Hague-London-Boston 2001, s. 115.

veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri” demek suretiyle çalışılmış gibi sayılan askı süreleri belirlenmiştir. Bize göre, benzer durumlarda da işverenin, işçiyi gözetme borcu ve dürüstlük kuralları gereğince “eğer kendisini sıkıntıya sokmayacaksa” işçiye makul bir süre izin vermesi icap eder<sup>40</sup>. İşe gelmemeyi meşru kılan bu sebepleri önceden sınırlamak mümkün değildir. Somut olayın özelliğini dikkate alarak bir sonuca varmak gerekir<sup>41</sup>. Bu sürenin ne kadar olduğu “örf ve âdete” göre belirlenecektir<sup>42</sup>.

Son olarak belirtelim ki, meşru bir mazerete dayanarak devamsızlık yaptığını ispat külfeti işçinin üzerindedir. İşçi, “ailevi nedenler” gibi soyut bir neden ileri sürmemeli, devamsızlığı haklı kılacak nitelikte gerekçeler ortaya koymalıdır<sup>43</sup>.

## 2. Tarafların Anlaşmasına Dayalı Ücretsiz İzin Uygulaması

### a. Tarafların Anlaşması

#### aa. Bireysel veya Toplu İş Sözleşmesi ile Belirlenmesi

Uygulamada çoğu kez işverenlerin, tek taraflı olarak işçileri ücretsiz izne çıkarttığı görülmektedir. Böyle bir durum, ileride ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere hukuka uygun olmayacaktır<sup>44</sup>. Aynı şekilde işçinin, işverenin kabulü olmaksızın ücretsiz izne ayrılması da İş Kanununun işçilere tanıdığı bazı özel durumlar haricinde mümkün değildir. Bununla birlikte, işçi veya işveren arasında yapılan iş sözleşmesinde yahut akdedilen toplu iş sözleşmesinde ücretsiz izinle ilgili bir düzenleme yapılmış ise, bu düzenlemeye uygun olarak ücretsiz izin gündeme gelebilecektir<sup>45</sup>. Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de yer alır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü

<sup>40</sup> Süzek'e göre işçinin maddi çalışma imkansızlığı içinde bulunmamasına karşın, kişisel veya manevi nedenlerle işgörmeye edimini yerine getirmesi objektif iyi niyet kuralları gereği kendisinden beklenebilecek ise iş sözleşmesi bu süre boyunca askıya alınır, bkz. **Süzek**, Askı, s. 52 ve 18. dipnotta yer alan diğer yazarlar.

<sup>41</sup> **Oğuzman**, s. 59.

<sup>42</sup> İşçinin işe gelmemesine sebep olan meşru durumu zamanında işverene bildirmemiş olması veya izin alırken işvereni aldatmış bulunması sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. Böyle bir durumda işverenin sözleşmeyi feshetmesi mümkündür, **Oğuzman**, s. 59-60 dn. ; Ayrıca bkz. **Odaman**, s. 13.

<sup>43</sup> **Özdemir**, s. 314-315.

<sup>44</sup> İş sözleşmesinde yapılacak bir değişiklik ancak sözleşmenin tabi olduğu Kanunun öngördüğü şartlara uygun bir şekilde yapılması halinde geçerli olur, **Smith/Baker**, s. 111.

<sup>45</sup> **Taşkent, Savaş**: “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 1, S. 3, Eylül 2006, s. 22; **Demir**, İşçinin Onayı, s. 110; Yasada öngörülmemiş hallerde de iş sözleşmesinin askıya alındığı veya mevzuatta belirtilen askı süresinin uzatıldığı ya da askıya alınmaya yasal hüküm ve sonuçlardan farklı hukuki sonuçların bağlandığı taraflar arasında geçerli olarak (işçi lehine) kararlaştırılabilir, **Süzek**, Askı, s. 41; Aynı yazar bkz. **Süzek**, Ücretsiz İzinler, s. 127.

niteliğindedir<sup>46</sup>.

Tartışmalı olmakla beraber, işverenin çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapabilmesine imkan veren “saklı kayıtların-hükümlerin” çalışma yaşamının gerekleri ve sözleşme özgürlüğü karşısında geçerli olacağı öğretide genel olarak kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Burada, işletme gerekleri ve sözleşme serbestisinin korunması ile işçinin sözleşmenin kurulması esnasındaki güçsüz konumu birlikte göz önüne alınmalı ve bu çerçevede yorum yapılmalıdır<sup>48</sup>. Bu noktada, Türk Borçlar Kanununun genel işlem koşuluna ilişkin düzenlemelerinin de dikkate alınması önem taşımaktadır. Zira ilgili Yasanın 20. maddesinde genel işlem koşulu tanımlanmış<sup>49</sup> ve genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme ve kayıtların karşı tarafın menfaatine aykırı olması durumunda bunların sözleşmenin kapsamına girmesinin ancak sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme imkanının sağlanması ve düzenlemeyi karşı tarafın kabul etmesine bağlı olduğu yine 6098 sayılı kanunun 21. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Tartışmayı konumuz bakımından sınırlayacak olursak, kanımızca sözleşmede ücretsiz izin uygulamasını objektif koşullara bağlayan sözleşme hükümlerini geçerli saymak gerekir. Buna karşılık, işverene keyfi ve gereğinden uzun bir şekilde ücretsiz izne yollama hakkı tanyan bir kayda değer verilmemelidir<sup>50</sup>. Bu bağlamda

<sup>46</sup> **Çil, Şahin:** İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, (9. Hukuk Dairesi, 2008-2009 Yılı Kararları), Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2009, s. 288.

<sup>47</sup> **Alpagut, Gülsevil:** “İş Kanunu’nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararları”, Legal İSGHD, S. 9, Ocak-Şubat-Mart 2006, s. 49-64, s. 59 vd.; **Yenisey, Kübra D.:** “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, III. Yılında İş Yasası, **Bodrum** 21-25 Eylül 2005, s. 119 vd.; **Akyığıt, Ercan:** İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi C. I, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 993; **Özdemir, Erdem:** İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s. 151 vd.; **Süzek, İHU,** s. 607-608; Yargıtay’ın bu yöndeki bir kararı için bkz. Yarg. 9. HD. 27.12.2004, E. 20848, K. 29320, **Çankaya, Osman Güven/ Günay, Cevdet İlhan/Göktaş, Seracettin:** Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 600; Aksi yönde bkz. **Narmanlıoğlu, Ünal:** “İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 1, S. 3, Eylül 2006, s. 15 vd.

<sup>48</sup> Aynı yönde bkz. **Yenisey, Kübra D.:** “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/3, s. 98; **Uşan, Fatih:** “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, Özel Sayı, 2007, s. 217 vd.; **Süzek, İHU,** s. 609.

<sup>49</sup> Genel İşlem Koşulu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Soyer, Polat:** Genel İş Koşulları, İzmir 1987; **Atamer, Yeşim:** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001; **Havutçu, Ayşe:** “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu”, Legal HD. Ekim-2005, s. 3624 vd.; **Süzek, Sarper:** “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.24, Aralık 2011, s.5-13.

<sup>50</sup> Ayrıca bkz. **Alpagut,** s. 61.; Süzek, çalışma koşullarında yapılacak esaslı değişikliklere cevaz veren sözleşme hükümlerinin somut ve sınırlı olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir, **Süzek, İHU,** s. 608.

sözleşmenin kurulması sırasında saklı tutulabilecek değişiklik hükümlerinin hem içerik hem de yürürlük denetimi esastır<sup>51</sup>. Yargıtay da işverenin yönetim hakkının iş sözleşmesi hükmü ile genişletilmesinin mümkün olduğunu kabul etmekte, fakat somut olayın özelliğine göre işverenin bu hakkını kötüye kullanıp kullanmadığını denetlemektedir<sup>52</sup>.

Önemle ifade edelim ki; toplu iş sözleşmesi ile oluşan bir çalışma koşulunu işçi ve işverenin anlaşma ile işçi aleyhine değiştirebilmeleri mümkün değildir. Bu hususta işçinin yazılı rızası olsa dahi toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerini bertaraf edici bir değişiklik yapılamaz<sup>53</sup>. Bu sebeple TİS ile ücretsiz izin uygulamasını belli şartlara bağlayan yahut ortadan kaldıran bir düzenleme karşısında artık taraflar bu hususta anlaşarak *işçi aleyhine* bir ücretsiz izin uygulamasına geçemezler.

### bb. İş Sözleşmesi Devam Ederken Tarafların Anlaşması

İşverenin yönetim hakkı, iş sözleşmesinin yapısı gereği salt çerçeve olarak belirlenebilen çalışma koşullarının somutlaştırılmasına hizmet eder ve iş sözleşmesinin yapısından doğar<sup>54</sup>. Bu bağlamda, çalışma konularında “esaslı” değişiklik yaratmayan değişiklikler de, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir. İşveren, yönetim hakkına giren konularda tek başına yetki sahibidir<sup>55</sup>. Buna karşılık, özellikle ücret ve iş değişikliği sözleşmenin objektif esaslı unsurlarından olup, işverenin sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde tek taraflı yönetim hakkı bulunduğu kabul edilemez<sup>56</sup>. Bu hususta eski yasa döneminde öğretilen ve benimsenen ve Yargıtay’ca da uygun görülen ücretsiz izin uygulamasının “çalışma koşullarında esaslı değişiklik” anlamına geldiği, yeni İş Kanununda yasal bir dayanağa kavuşmuştur<sup>57</sup>. O halde, işçinin ücretsiz izne ayrılmasına ilişkin durumların, İş Kanununun “çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi” kenar başlıklı 22. maddesi uyarınca çözüme bağlanması gerekecektir.

Buna göre; *“İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre*

<sup>51</sup> Yenisey, Seminer, s. 119; Alpagut, s. 61.

<sup>52</sup> **Çil**, Şerh, s. 1581 vd.; **Süzek**, İHU, s. 609-610; Yarg. HGK, 11.10.2006, E. 2006/9-613, K. 2006/644; Yarg. 9. HD. 19.02.2007, E. 2006/32938, K. 2007/4686, **Akyiğit**, Şerh, s. 994.

<sup>53</sup> **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 60-61; Ayrıca bkz. **Çil**, Şerh, s. 1592; **Yenisey**, Seminer, s. 113; **Alpagut**, s. 50.

<sup>54</sup> **Alpagut**, s. 51.

<sup>55</sup> **Yenisey**, Seminer, s. 114-115; Aynı yazar bkz. Değişiklik ve Fesih, s. 104; **Alpagut**, s. 51.

<sup>56</sup> **Yenisey**, Seminer, s. 116.

<sup>57</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 497 ; **Taşkent**, s. 22; **Engin**, Fesih, s. 108; Aynı yazar bkz. Karar Değerlendirmesi, s. 541; **Aktay/Arıcı/Senyan**, s. 167; **Süzek**, Ücretsiz İzin, s. 127.

*içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.*

*Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz”.*

Önemle ifade edelim ki; İşK. m. 22 hükmü sadece iş güvencesi kapsamına giren işçileri değil, tüm işçileri ve tüm esaslı değişiklik hallerini kapsar<sup>58</sup>.

### aaa. İşveren Tarafından Yapılan Ücretsiz İzin Önerisi

Geçici ifayı kabul engellerinde iş sözleşmesinin kendiliğinden askıya alınması ancak “zorlayıcı bir nedenin” varlığı halinde mümkündür<sup>59</sup>. Buna karşılık, işverenin, risk alanı içinde bulunan umulmayan haller nedeniyle geçici olarak ifayı kabul güc-lüğüne düşmesi halinde, işveren alacaklı temerrüdüne düşer (TBK m. 408) ve ücret ödeme borcu devam eder<sup>60</sup>. İşverenler, işin azaldığı ve/veya faaliyete ara verilmesi zorunluluğunun doğduğu bu dönemlerde işçilere ücretsiz izin önererek işletmenin içinde bulunduğu koşulların olumsuz etkilerini hafifletmeyi amaçlamaktadırlar<sup>61</sup>.

Bu husus, özellikle iş güvencesinin uygulama alanındaki işçiler bakımından önem taşımaktadır. Nitekim Yargıtay, verdiği kararlarda geçici ifayı kabul engeline işverenin doğrudan feshe gidemeyeceğini, feshin son çare olması (*ultima ratio*) ilkesi uyarınca feshi önleyebilecek daha hafif önlemlerin denenmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>62</sup>. 4857 sayılı İşK. m. 22'nin gerekçesinde de, “*madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır*” denilmek suretiyle, fesih için geçerli neden olsa dahi, fesih yerine çalışma koşullarında değişiklik yapılarak sözleşmenin devam ettirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Bu gibi durumlarda, işveren bakımından temerrüdü sona erdirmenin tek yolu tarafların anlaşmalarıyla iş sözleşmesinin askıya alınmasıdır<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Engin, Değerlendirme, s. 543; Alpagut, s. 53 vd.

<sup>59</sup> Engin, Fesih, s. 106; Yenisey, Ücretsiz İzin, s. 81; Süzek, Askı, s. 46-47.

<sup>60</sup> Süzek, Askı, s. 47; Engin, Fesih, s. 106; Aynı yazar bkz. Değerlendirme, s. 540; Alpagut, s. 58; Akyiğit, Şerh, s. 1001; Alp, s. 229.

<sup>61</sup> Taşkent, ücretsiz izni, üretimin düşürülmesi ya da belli bir süre için tamamen durdurulması zorunluluğunun ortaya çıktığı dönemlerde başvuru, iş sözleşmesinin askıya alınmasına ilişkin özel bir uygulama olarak tanımlamaktadır, Taşkent, s. 22.

<sup>62</sup> Yarg. 9. HD. 23.03.2009, E. 2008/34202, K. 2009/7718, www.kazanci.com, 04.03.2013; Yarg. 9. HD. 16.12.2004, E. 27003, K. 27998, Legal İSGHD, 2005/6, s. 728-730; Ücretsiz izin, son çare olarak başvurulması gereken fesihden önceki bir tedbir, sözleşme ilişkisinin değişen koşullara uyarlanarak devamını sağlayan bir yöntemdir, Engin, Fesih, s. 107; Aynı yazar bkz. Değerlendirme, s. 541; Uşan, s. 232.

<sup>63</sup> Süzek, Askı, s. 46-47; Ayrıca bkz. Engin, Fesih, s. 106-107.

İş Kanununun 22. maddesinin I. fıkrası uyarınca işveren tarafından yapılan önerinin yazılı yapılması gerekmektedir<sup>64</sup>. İşveren tarafından yapılan bu önerinin, işçiler tarafından kabulü açık veya örtülü bir şekilde gerçekleşebilir<sup>65</sup>. Şöyle ki; İŞK. m. 22/II'ye uygun olarak işveren, işçiyi ücretsiz izne çıkarmak istediğini yazılı olarak bildirir, işçi de altı işgünü içinde bu öneriyi yine "yazılı olarak" kabul ederse iş sözleşmesi askıya alınmış olur. İşçi, kendisine yapılan bu öneriyi yazılı olarak kabul etmezse çalışma koşullarındaki bu değişiklik kendisini bağlamayacaktır. Öte yandan, işverenin ücretsiz izne çıkma önerisini herhangi bir itiraz öne sürmeden yerine getiren işçi de buna muvafakat etmiş sayılır<sup>66</sup>. Ücretsiz izin konusunda işçinin rızasının bulunup bulunmadığı hususunda bir tereddüt bulunduğu, ispat yükümü işverene ait olacaktır<sup>67</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, İş Kanununun açık hükmü karşısında işverenin işçileri ücretsiz izine çıkarma konusunda geçerli veya makul nedenleri olması öneri aşamasında herhangi bir önem taşımaz<sup>68</sup>. İşçilerin rızası alınmaksızın tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarılmaları, söz konusu işçilerin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmamasına göre kötü niyetli, geçersiz veya haksız fesih sayılacaktır<sup>69</sup>. İş-

<sup>64</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 497.

<sup>65</sup> **Taşkent**, s. 22; **Çil**, İlke Kararları, s. 290; **Aktay/Arıcı/Kaplan**, s. 167; Yarg. 9. HD. 10.10.2006, E. 2006/24775, K. 2006/26831, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 12, 2007/1, s. 201-202; Yarg. 9. HD. 30.03.2006, E. 2005/28789, K. 2006/8012, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 10, 2006/3, s.184- 185; Yargıtay uygulaması bu yönde olmasına karşın bazı yazarlara göre, bu yönde sözlü veyahut örtülü bir anlaşma geçerli sayılmaz, **Süzek**, İş Hukuku, s.497; **Alp**, s.229; **Engin**, İşletme Gereklere, s.107.

<sup>66</sup> **Taşkent**, s. 22-23; **Çil**, İlke Kararları, s. 290-291; Aynı yazar bkz. Şerh, s. 1584 vd.; Aksi yönde bkz. **Narmanlıoğlu**, s. 12-13; Yazar, değişiklik önerisinin yazılı bildirim ve yazılı kabulünü geçerlilik koşulu olarak kabul etmekte ve bu yönüne riayet etmeden gerçekleşen bir anlaşmanın hukuka aykırı olduğu için sonuç doğurmayacağını ifade etmektedir; Aynı yönde bkz. **Alp**, s. 229-230; **Yenisey**, Seminer, s. 128; **Süzek**, Ücretsiz izin, s. 128; Aynı yazar bkz. İHU, s. 434-435 ve 616 vd.; Akyiğit de kural olarak işçinin örtülü kabulüyle çalışma şartlarında değişikliğin gerçekleşmeyeceğini ifade etmektedir. Fakat işçinin değişikliğe uyup aylar sonra itiraz etmesinin örtülü kabul olarak değerlendirilmesini isabetli bulmaktadır, **Akyiğit**, Şerh, s. 999.

<sup>67</sup> **Taşkent**, s. 22; Çalışma koşullarında değişiklik teklifi ile işçinin kabulünün yapılmasına dair yazılı şekil şartının ispat yönünden ele alınması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Çil**, Şerh, s. 1591.

<sup>68</sup> **Süzek**, Ücretsiz İzin, s. 131; Aynı yazar bkz. İHU, s. 438; **Taşkent**, s. 23; **Yenisey**, Ücretsiz İzin, s. 82; Aynı yazar bkz. Seminer, s. 112; **Narmanlıoğlu**, s. 12; Öte yandan havalanın sert gitmesi karşısında inşaat işinin yürütülmesinin güçlüğü nedeniyle işverenin işçileri ücretsiz izne çıkarmak istediği bir olayda, ortada makul bir sebep bulunduğundan hareket eden Yargıtay, ücretsiz izni kabul etmeyen işçinin sözleşmeyi kendisinin feshetmesi gerektiğine hükmetmiştir, Yarg. 9. HD. 06.12.2000, E. 13381, K. 18384, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, s. 57 (Yargıtay'ın bu kararını isabetli bulmamaktayız).

<sup>69</sup> **Süzek**, Ücretsiz İzin, s. 133; Aynı yazar bkz. İHU, s. 440; İşverenin iş sözleşmesini feshetmeksizin değişikliği işçiye dayatması halinde, bunun işverenin temerrüdü olarak değerlendirilebileceği gibi, somut olayın özelliklerine göre iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olarak kabul edilebileceği de belirtilmiştir, **Canıklıoğlu, Nurşen**: "İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 5, S. 18, Haziran 2010,

veren, işçileri ücretsiz izne çıkarmak istemesinde geçerli bir nedeni varsa, işveren, bunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshetme yoluna gidebilir. Bu durumda iş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçi, geçersiz fesih iddiasıyla dava açabilir. Çalışma koşullarında esaslı değişiklik önerisinden vazgeçmeyen işverenin başvurduğu bu ikinci yol, “değişiklik feshi” olarak isimlendirilmiştir<sup>70</sup>.

Bu hususta son olarak, ücretsiz izne rıza gösteren işçinin, ikinci bir ücretsiz izne de rıza göstermiş sayılmayacağını ifade etmek gerekir. Örneğin, “hammadde yokluğu” nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınmasına rıza gösteren işçinin daha sonra benzer bir durum ortaya çıktığında rızası alınmaksızın işveren tarafından tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarılması mümkün değildir<sup>71</sup>.

### bbb. İşçi Tarafından Yapılan Ücretsiz İzin Önerisi

İşçi de özel işleri dolayısıyla ücretsiz izne ayrılmak isteyebilir. Fakat genellikle geçimini sadece emeği ile kazanan işçilerin bu yola başvurmasını istisnai bir durum olarak görmek ve olası bir uyumsuzluğu bu çerçevede değerlendirmek gerekir. İşçilerin talep ettiği ücretsiz iznin sebebi makul; ayrılmak istediği süre de şüphesiz ücretsiz izin kurumunun niteliğine uygun bir şekilde “geçici” olmalıdır. Örneğin, bir kadın işçinin evlat edinmesi halinde işvereninden çocuğun bakımı için ücretsiz izin istemesi doğaldır.

İş Kanunumuz, işverenin onayı olmaksızın işçilerin tek taraflı ücretsiz izne çıkabilmesini yukarıda “mazeret izinleri” başlığı altında açıkladığımız belirli durumlar için düzenlemiştir. Bunun dışında kalan ücretsiz izin taleplerinde işverenin kabulü şarttır<sup>72</sup>. Aksi takdirde işçi, iş sözleşmesinden doğan temel borcu olan “iş görme borcunu” yerine getirmemiş olur ve işveren açısından sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı doğar<sup>73</sup>. Ancak belirtelim ki; kanun koyucu, emredici hükümler vasıtasıyla, işverenin, işçinin devamsızlığı sebebiyle sözleşmeyi feshetme yetkisini sınırlandırmış ve ancak Kanunda belirtilen sınırlar dahilinde devamsızlık halinde sözleşmenin feshedebileceğini hükme bağlamıştır<sup>74</sup> (İŞK. m. 25).

s. 104-113, s. 109; Yargıtay kararlarına baktığımızda, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden uygulama, işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir, Yarg. 9. HD. 22.02.2010, E. 2008/17682, K. 2010/4016, Yarg. 9. HD. 01.06.2009, E. 2008/1017, 2009/15182, www.kazanci.com, 04.03.2013.

<sup>70</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şen**, s. 193 vd.; **Uşan**, s. 214 vd.; **Yenisey**, Seminer, s. 107 vd.; Aynı yazar bkz. Değişiklik ve Fesih, s. 99 vd.; **Alpagut**, s. 51 vd. **Süzek**, İHU, 622 vd.

<sup>71</sup> **Çil**, Şerh, s. 1588-1589.

<sup>72</sup> İznin işveren veya “yetkili” işveren vekilinden alınması gerekir, **Odaman, Serkan**: “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları”, ÇEİS, C. XVIII, S. 2, Mart 2004, s. 8.

<sup>73</sup> **Oğuzman, M. Kemal**: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955, s. 58; **Odaman**, s. 8; Yarg. 9. HD. 19.12.2006, E. 2006/12406, K. 2006/33449, www.kazanci.com, 05.04.2013.

<sup>74</sup> **Odaman**, s. 4 vd.

## b. Ücretsiz İzin Uygulamasının Geçerli Bir Nedene Dayanması Konusundaki Tartışmalar

İşveren tarafından yapılan öneriler bakımından ücretsiz izin, öğretide işverene ait olan işletme riskinin işçiye yüklenmesi olarak yorumlanmaktadır<sup>75</sup>. Bu görüşe göre, iş sözleşmesinin niteliğine aykırı olan işletme riskinin işçi tarafından yüklenilmesi ancak ortada haklı işletme gereklerinin bulunması halinde mümkün olabilecektir<sup>76</sup>. Bunun gibi, kısa çalışma hükümlerinden faydalanma şartlarının olup olmaması da işveren tarafından yapılan ücretsiz izin önerileri bakımından önem taşır. İşverenin kısa çalışma ödeneğinden yararlanmak için Bakanlığa başvurmadan işçileri ücretsiz izne çıkarma yoluna gitmesi halinde geçerli bir nedenin varlığı kabul edilemeyecektir<sup>77</sup>. Kuşkusuz, ücretsiz izin hususunda işverenin yaptığı öneride, bunun nedenini de açıkça belirtmesi gerekir. Zira işçinin sebebini bilmediği ve üstelik ücret gelirinden yoksun kalacağı bir öneriyi serbest iradesiyle kabul ettiği söylenemeyecektir<sup>78</sup>. Alman hukukunda işçinin, işverenin yaptığı esaslı değişiklik önerisini ihtirazı kayıtlı kabul etmesi seçeneği mevcuttur. Böylece işçi, açacağı bir tespit davası ile değişikliğin haklı bir nedene dayanmadığının tespitini isteyebilecektir<sup>79</sup>. Hukuk sistemimizde ise, değişiklik önerisini işçinin çekince ile kabul olmadığı bulunmamaktadır. Değişiklik önerisinin makul veya objektif ölçütlere uygun olup olmaması ancak işe iade davasında işverenin feshi önlemek için gerekli çabayı gösterip göstermediği noktasında dikkate alınabilecektir<sup>80</sup>.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler ücretsiz izin önerisinin iş güvencesi kapsamındaki işçi tarafından kabul edilmemesi durumunda, sözleşmenin işveren tarafından feshinin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı noktasında büyük bir öneme sahiptir. Ancak, işçinin de kabul ettiği bir ücretsiz izin önerisinin konu bakımından sınırlandırılması, sürekli borç ilişkisindeki değişiklik ihtiyacı ve tarafların anlaşarak ilişkiyi değiştirme serbestisinin tamamen göz ardı edilmesi sonucunu ortaya çıkarır<sup>81</sup>. Öte yandan, “ücretsiz izin” uygulaması sadece işletme kaynaklı ol-

<sup>75</sup> **Süzek**, İHU, s. 433-434; **Engin**, Fesih, s. 107; Aynı yazar bkz. Değerlendirme, s. 541.

<sup>76</sup> **Engin**, Fesih, s. 107; Aynı yazar bkz. Değerlendirme, s. 541.

<sup>77</sup> **Şen**, s. 236; **Alp**, s. 231.

<sup>78</sup> **Taşkent**, s. 23; Aynı yönde bkz. **Narmanlıoğlu**, s. 12; Askıya alma işleminde neden gösterilmesini fesih nedeni sayan Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9. HD. 19.09.2005, E. 29066, K. 30405, TÜHİS, Kasım 2005, s. 108-109; Aksi yönde bkz. **Başbuğ, Aydın**: İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 74; Yazar'a göre işveren hiçbir neden göstermeden de işçiye değişiklik önerisinde bulunabilecektir; **Alp**, s.229-230; **Engin**, İşletme Gerekleri, s. 109. Ancak **Süzek İş Kanununun 22. maddesinde** bu yönde bir zorunluluğun yer almadığını vurgulamaktadır, **Süzek**, İş Hukuku, s. 497.

<sup>79</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Alpagut**, s. 52; **Yenisey**, Değişiklik ve Fesih, s. 108 vd.

<sup>80</sup> **Alpagut**, s. 57; **Yenisey**, Değişiklik ve Fesih, s. 111.

<sup>81</sup> **Yenisey**, Değişiklik ve Fesih, s. 98, 102; **Alp**, s. 230; Bu hususta Demir, ücretsiz iznin geçerliliğini hem konu hem de süre bakımından kısıtlamanın mümkün olmadığını ileri sürmektedir, **Demir**, İşçinin Onayı, s. 109.



mayabilir. İşçi, özel işleri dolayısıyla işverenden böyle bir talepte bulunduğu ve işverenin bunu kabul etmesi halinde sözleşme geçerli şekilde askıya alınmış olacaktır. Bu husus, İşK. m. 22/II'de *" taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir "* demek suretiyle açıkça ifade edilmiştir<sup>82</sup>. Kanımızca, tarafların hiçbir neden yokken karşı tarafa ücretsiz izin önerisinde bulunması söz konusu değildir. Ancak burada İşK. m. 18'de belirtilen "geçerli neden"lerden daha esnek gerekçelerin iki taraf yönünden de ücretsiz izin uygulamasının geçerliliğine temel oluşturabileceğinin kabulü gerekir<sup>83</sup>.

### c. Ücretsiz İzin Süresi

Uygulamada işverenlerin, iş güvencesi hükümlerinden kaçınmak ve ihbar tazminatı ödememek amacıyla, işçileri uzun ve belirsiz süreli ücretsiz izne yollayarak onları yeni iş bulmaya zorladıklarına sıkça rastlanmaktadır. İşverenin sözleşmeyi geçici bir süre askıya alma niyeti olmaksızın, ücretsiz izin görüntüsü altında sözleşmeyi sona erdirmeye niyeti, dürüstlük kuralları gereği fesih iradesi olarak yorumlanmalıdır<sup>84</sup>. Gerçekten, işverenler bazen fesih iradesini perdelemek amacıyla görüntüde daha farklı bir işlem yapmakta, fakat gerçek irade feshe yönelik olabilmektedir. Bu nedenle fesih iradesi araştırılırken sadece açıkça feshe yönelen bir söz ve davranışın mevcut olması gerekmektedir<sup>85</sup>. Ayrıca, işsizlik sigortası uygulaması ile sözleşmenin ne zaman sona erdiğinin belirlenmesi büyük önem kazanmıştır<sup>86</sup>. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 48/V'e göre, *" sigortalı işsiz, bu maddede belirtilen ödeme ve hizmetlerden yararlanabilmesi için işten ayrılma bildirgesi ile birlikte hizmet akdinin feshedildiği tarihi izleyen günden itibaren otuz gün içinde Kuruma doğrudan veya elektronik ortamda başvurması gerekir. Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre işsizlik ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülür "*. Bu saptamalar sonucunda, ücretsiz izin uygulamasının, niteliği itibarıyla "makul ve geçici bir süre" olması gerektiği açıktır.

Bu hususta iş hukuku öğretisinde, işverenin işçiye yapacağı öneride ücretsiz izin süresinin açıkça belirtmesi gerektiğini savunan yazarlar olduğu gibi<sup>87</sup> askı

<sup>82</sup> İşK. m. 22/II'nin yapısı itibarıyla işçiden gelen bir değişiklik talebi üzerine sözleşme değişikliğini de içeren bir anlam taşıdığı yönünde ayrıca bkz. **Yenisey**, Seminer, s. 111 ; Ayrıca bkz. **Alp**, s. 230 ; **Çil**, İlke Kararları, s. 290-291 ; Aynı yazar bkz. Şerh, s. 1584 ; **Süzek**, iş sözleşmesinin askıya alınması ve buna bağlanan sonuçlar işçi lehine hukuki sonuçlar doğuruyorsa, İşK. m. 22'nin uygulanmasının gerekmediğini ifade etmektedir, **Süzek**, İHU, s. 434.

<sup>83</sup> İşK. m. 22'de yer alan "geçerli neden" kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususundaki tartışmalar için bkz. **Başbuğ**, s. 69 vd.

<sup>84</sup> **Süzek**, Ücretsiz İzin, s. 131; Aynı yazar bkz. İHU, s. 437-438; **Engin**, Fesih, s. 107; **Yenisey**, Ücretsiz İzin, s. 81-82; **Taşkent**, s. 25.

<sup>85</sup> **Caniklioğlu**, s. 108.

<sup>86</sup> **Yenisey**, Ücretsiz İzin, s. 82.

<sup>87</sup> **Demir**, İşçinin Onayı, s. 109; **Şen**, s. 236; **Engin**, Fesih, s. 109.

süresinin belirtilmesinin şart olmadığı da ileri sürülmüştür<sup>88</sup>. Kuşkusuz, işverenin bu husustaki önerisine ücretsiz izin süresini eklemesi ideal olandır. Zira işçi, ücret gelirinden yoksun kalacağı sürenin uzunluğunu bilebildiği ölçüde sağlıklı bir değerlendirme yapabilecektir<sup>89</sup>. Öte yandan, işveren, işçiyi ücretsiz izne çıkarmasını gerektirecek durumun ne kadar uzun süreceğini tam olarak tahmin edemiyor olabilir. Bu bakımdan, bu sürenin tam olarak belirtilmesi şartını aramamak gerekir<sup>90</sup>. Kanımızca, ücretsiz izin süresi tam olarak belirtilmese bile “belirlenebilir” olması gerekir. Bu bağlamda örneğin “ekonomik kriz bitene kadar” şeklinde bir ifadenin “belirlenebilir” ve “makul” bir süreyi ifade ettiği söylenemez<sup>91</sup>.

Yargıtay, somut olayın niteliğine göre farklı sürelerde devam eden ücretsiz izin sürelerini geçici olarak değerlendirmiştir<sup>92</sup>. Öğretide, Kanunda kısa çalışma için öngörülen üç aylık sürenin ücretsiz izinde geçiciliğin belirlenmesinde temel ölçü olarak esas alınmasının düşünülebileceği ifade edilmiştir<sup>93</sup>. Ancak bizim de katıldığımız görüş, somut olayın özelliğine göre askı süresinin daha kısa yahut daha uzun olabileceği yönündedir<sup>94</sup>.

#### IV. ÜCRETSİZ İZİN UYGULAMASININ SONUÇLARI

##### 1. Ücretsiz İzin Döneminde İş Sözleşmesinin Feshi

###### a. Genel Olarak

İş sözleşmesinin feshi, iki ayrı fesih türünü içine alan bir konudur. Bunlardan ilki haklı nedenle fesih, diğeri süreli fesihtir. Her ikisinin müşterek vasfı sözleşmenin bir tarafın irade beyanıyla sona erdirilmesi, yani fesih olmalarıdır. Bununla birlikte, ikisi ayrı hukuki dayanağa sahiptir. Haklı nedenle fesih, sürekli borç ilişkisi tesis eden sözleşmelerde objektif iyiniyet icabı iş ilişkisinin devamı kendisinden beklenemeyecek tarafı bu bağdan kurtarmayı tarif eder. Oysa süreli fesih, süresi belli olmayan bir sözleşmeyle ilelebet bağlı kalmayı önlemek amacıyla taşır. Haklı nedenle fesih, kural olarak, bütün iş sözleşmelerinde söz konusu olabilirken, süreli fesih sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusudur<sup>95</sup>.

<sup>88</sup> **Taşkent**, s. 23; **Süzek**, Ücretsiz İzin, s. 128; Aynı yazar bkz. İş Hukuku, s. 509.

<sup>89</sup> **Taşkent**, s. 23; **Süzek**, Ücretsiz İzin, s. 128; Aynı yazar bkz. İş Hukuku, s. 510.

<sup>90</sup> **Taşkent**, s. 23; İfa imkansızlığının devam süresinin önceden tahmin edilemediği tüm hallerde imkansızlığı devamlı saymamak gerekir. Çünkü ancak geçici imkansızlık nedeniyle sözleşme amacının gerçekleşmesi tehlikeye düşer ve bu yüzden dürüstlük kuralları gereği sözleşmeye devam karşı taraftan beklenemez hale gelirse, geçici imkansızlığa devamlı imkansızlığın hükümleri uygulanır, **Süzek**, Askı, s. 24-25.

<sup>91</sup> Ayrıca bkz. **Alp**, s. 230.

<sup>92</sup> Yarg. 9. HD. 20.12.2005, E. 28701, K. 40137, www.kazanci.com, 05.04.2013; Yarg. 9. HD. 30.03.2006, E. 28789, K. 8010, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/3, s. 184-185.

<sup>93</sup> **Engin**, Fesih, s. 109; Aynı yazar bkz. Değerlendirme, s. 542; Aynı yönde bkz. **Taşkent**, s. 26.

<sup>94</sup> **Süzek**, Ücretsiz İzin, s. 132; Aynı yazar bkz. İş Hukuku, s. 510.

<sup>95</sup> **Oğuzman**, s. 33.

## b. Ücretsiz İzin Döneminin Haklı Nedenle Fesih Hakkına Etkisi

İş sözleşmesinin askıya alınmasını yaratan durum, karşı tarafa haklı nedenle fesih hakkını vermemektedir. Başka bir deyişle, iş sözleşmesinin askıda kalması taraflara temel edimlerini ifa etmeme imkanı verdiğinden, işçinin iş görme edimini ifa etmemesi; buna karşılık işverenin de işçiye ücret ödememesi taraflar bakımından bir haklı fesih nedeni değildir. Buna karşılık, askı süresi için haklı nedenle fesih hakkına getirilen sınırlama mutlak değildir. Askı durumunda tarafların temel borçları dışında kalan işçinin sadakat borcu ve sınırlı da olsa talimatlara uyma borcu<sup>96</sup> devam eder. İşverenin de işçiye gözetme borcu askı döneminde varlığını korumaktadır<sup>97</sup>.

### aa. İşçi Tarafından İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

İşveren, gözetme borcu gereğince, işçinin gizli ve özel hayat alanları ile şeref, haysiyet ve mesleki itibarı gibi kişisel değerlerini korumakla yükümlüdür<sup>98</sup>. İşverenin bu borcuna aykırı davranması halinde işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir (İşK. m. 24/II).

Öğretide, askı döneminde işverenin işçileri gözetme borcunun yanı sıra eşit işlem yapma borcuna da uymak zorunda olduğu ifade edilmiştir<sup>99</sup>. Örneğin işyerindeki ekonomik güçlükler nedeniyle bir kısım işçinin ücretsiz izne çıkarılması, işverenin bu işçilerden sadece bir kısmına ücretlerini kısmen veya tamamen ödemeye devam etmesi<sup>100</sup> eşit işlem yapma borcuna aykırılık oluşturur<sup>101</sup>. Gerçekten, böyle bir durum İşK. m. 5 hükümlerine aykırılık teşkil edecek ve işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme imkanının yanında ayrımcılık tazminatı da talep edebilecektir.

<sup>96</sup> Bu dönemde işçi işyerinde genellikle bulunmayacağından kural olarak bu yöndeki talimatları ihlal etmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak istisnaen, örneğin arkadaşlarını ziyarete gelen işçinin işyerinde uygulanan kapı denetimine ilişkin talimatlara uyma zorunluluğu vardır, **Süzek**, Askı, s. 106-109; Aynı yazar bkz. İHU, s. 442.

<sup>97</sup> **Süzek**, Askı, s. 88 vd.; **Yenisey**, Ücretsiz İzin, s. 83; **Taşkent**, s. 20; **Aktay/Arıcı/Kaplan**, s. 168.

<sup>98</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaplan, Emine T.**: “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş, Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, C. VII, S. 2, 2003, s. 137 vd.; İşçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin açık düzenleme TBK’nın 417. maddesinde yer almaktadır. Yine aynı Kanununun 419. maddesinde işverenin işçiye ait kişisel verilerini koruması düzenlenmektedir. İşverenin işçinin kişisel verilerini koruması hakkının sınırı iş sözleşmesinin ifası için zorunlu haller oluşturmaktadır. **Karaçöp, Eda/Yamakoğlu, Efe**: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi”, Legal İSGHD, C. X, S. 38, 2013, s. 122.

<sup>99</sup> **Süzek**, Askı, s. 110.

<sup>100</sup> İş sözleşmesinin askıda olduğu ücretsiz izin döneminde işveren kural olarak ücret ödemekle yükümlü değildir, fakat tarafların askı süreci içinde belli bir tutarda ücret ödenmesi konusunda anlaşmaları mümkündür, **Taşkent**, s. 20; Ayrıca bkz. **Süzek**, Ücretsiz İzin, s. 127; Aynı yazar bkz. İş Hukuku, s. 514.

<sup>101</sup> **Süzek**, Askı, s. 110.

### ab. İşveren Tarafından İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

Ücretsiz izin döneminde işçinin iş sözleşmesinden doğan sadakat borcuna aykırı bir davranışta bulunması, işveren açısından haklı nedenle derhal fesih sebebi teşkil eder. Bu bağlamda örneğin, işçinin işverenin itibarını zedeleyecek davranışlarda bulunması, meslek sırlarını ve gizli bilgilerini kullanması ve/veya açıklaması<sup>102</sup>, diğer işçileri işverene zarar verecek davranışlara teşvik etmesi gibi sadakat borcuna aykırı davranışları sözleşmenin haklı nedenle feshine yol açabilir<sup>103</sup>. Kanımızca işverenin, işçi tarafından yapılmış olan ve ancak sözleşmenin askıya alınmasından sonra fark ettiği görevi kötüye kullanmaya dayanarak da sözleşmeyi haklı nedenle feshi söz konusu olabilir (İşK. m. 25/II). Bu bağlamda işçinin hırsızlık yaptığıının ortaya çıkması ya da işin güvenliğini tehlikeye düşüren bir olayda ağır ihmalinin saptanması sözleşmenin derhal feshini gerektirecek sözleşmeye aykırılıklara örnek gösterilebilir.

### c. Ücretsiz İzin Döneminin Süreli Fesih Hakkına Etkisi

Süreli fesih bildirim hakkı kural olarak sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinde kullanılabilen bir haktır<sup>104</sup>. Bu hakkın, ücretsiz izin döneminde (askı süresinde) kullanılması mümkündür, ancak bu ihbar süreleri, ücretsiz izin döneminde işleme-yecektir<sup>105</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus; iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından, ücretsiz izin döneminde fesih bildirimini yapılması halinde, fesih bildirimini yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde işe iade davası açılmazsa bu hakkın sona ereceğidir. Bu sebeple, askı süresinin bitmesinin beklenmemesi; işe iade davasının, fesih bildirimini takip eden bir ay içinde açılması gerekir<sup>106</sup> (İşK. m. 20).

Süreli fesih hakkı da her hak gibi iyiniyetle kullanılmalı, suistimal edilmemelidir<sup>107</sup>. Bu bakımdan iş güvencesi hükümleri dışında kalan işçiler de fesih hakkının kötüye kullanıldığını ileri sürebilir<sup>108</sup>. Olayın özelliğine göre işverenin fesih hakkını

<sup>102</sup> Smith/Baker, s. 160.

<sup>103</sup> Süzek, Askı, s. 89; Ayrıca bkz. Aktay/Arıcı/Kaplan, s. 168.

<sup>104</sup> Oğuzman, s. 158 vd.; Süzek, İHU, s. 443.

<sup>105</sup> Oğuzman, s. 202 vd.; Süzek, Askı, s. 90 vd.; Aynı yazar bkz. İş Hukuku, s. 518; Ekonomi, Gebelik, s. 25; Aktay/Arıcı/Kaplan, s. 168; İsviçre hukukunda askı döneminde kullanılan süreli fesih bildirimini geçersiz sayılmaktadır (Article 336c Co). Süreli fesih bildirimini askı döneminin başlangıcından önce verilmesi halinde ise askı dönemi sonunda hüküm ve sonuçlarını doğurur, Berenstein/Mahon, s. 130.

<sup>106</sup> Bir aylık hak düşümü süresi, fesih bildirimini tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır. Bu nedenle iş sözleşmesinin sona ermesine gerek yoktur. Özellikle bildirim sürelerine uyularak yapılan fesihlerde bu ayırım daha net ortaya çıkmaktadır, Canbolat, Talat: *İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı*, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer- KHÜ Yayınları, İstanbul 2010, s. 87-88.

<sup>107</sup> Berenstein/Mahon, s. 132.

<sup>108</sup> Oğuzman, s. 208 vd.; Özdemir, s. 339 vd.

objektif iyi niyet kurallarına ve meşru nedenlere dayalı olarak kullanıp kullanmadığı değerlendirilir. Bu durumda, iş sözleşmesinin geçersizliği iddia edilemese bile, işçi fesih hakkının kötüye kullanılmasına bağlanan tazminatları talep edebilir<sup>109</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, askı süresinin bitiminde işçinin iş görme edimini ihbar önelleri süresince ifa etmesi gereğidir<sup>110</sup>. Aksi takdirde devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesi işveren tarafından bu sefer haklı nedenle feshedilebilecektir (İşK. m. 25/II.g). Son olarak ifade edelim ki; ihbar sürelerine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle sözleşmenin feshedilmesi halinde (İşK. m. 17) fesih geçerli sayılacak, ancak ücretsiz izin (askı) döneminin sonunda hüküm ve sonuç doğuracaktır<sup>111</sup>.

## 2. Ücretsiz İzin Döneminin Kıdem ve Yıllık Ücretli İzin Sürelerine Etkisi

### a. İşçinin Kıdemine Etkisi

Ücretsiz izin döneminin sona ermesinin sonuçları incelenirken, ücretsiz izin süresinin işçinin kıdemine etkisinin de incelenmesi gerekir. İş mevzuatında, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin süreleri, ihbar süreleri gibi işçi lehine getirilmiş birçok hakkın doğumu ve hesaplanması işçinin işyerindeki kıdemi ile doğrudan ilgilidir<sup>112</sup>.

1475 sayılı eski İş Kanununun halen yürürlükteki 14. maddesinde “kıdem tazminatı”na hak kazanılması belirli usul ve esaslara bağlanmıştır. Kıdem tazminatının hesaplanmasında göz önüne alınacak kıdem süresinin başlangıcı İşK. m. 14’de belirtildiği gibi işçinin fiilen işe başladığı tarihtir<sup>113</sup>. Kanunun öngördüğü koşulların bulunması halinde işçiye, “*hizmet aktinin devamı süresince*” her geçen tam yıl için işverence otuz günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.

Kanunda belirtilen bir yıllık sürenin hesabında işçinin fiilen çalıştığı sürelerin yanında çalışmadığı halde işverenin buyruğuna hazır olarak geçirilen süreler (İşK. m. 66) ile sözleşmenin askıda kaldığı hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri, yıllık izin süreleri ile işverenin verdiği diğer izin süreleri (İşK. m. 55) ve kısa çalışma süresi dikkate alınır. Hatta işçinin raporlu olduğu ve “kıdemine göre İşK. m. 17’de sayılan ihbar önellerini altı haftaya kadar aşan” süreler de kıdem hesabında göz önünde tutulur. Buna karşılık Yargıtayın ücretsiz izin sürelerini kıdem süresi-

<sup>109</sup> **Süzek**, Askı, s. 94.

<sup>110</sup> Dava açılmış olsa dahi iş ilişkisi bildirim süresinin sonuna kadar devam edecektir, **Canbolat**, s. 88.

<sup>111</sup> **Süzek**, Askı, s. 97; **Ekonomi**, Gebelik, s. 25; **Aktay/Arıcı/Kaplan**, s. 168.

<sup>112</sup> **Süzek**, Askı, s. 109-110.

<sup>113</sup> Bununla birlikte, işçi, yapılan sözleşme uyarınca işverenin buyruğuna hazır olmakla birlikte, bazı nedenlerden ötürü çalışmaya başlatılmaması halinde, bu durumun ortaya çıktığı tarihten itibaren geçen süreler İşK. m. 66 hükümlerince çalışılmış gibi sayıldığından kıdem tazminatının hesaplanmasında başlangıç tarihi olarak esas alınır.

nin hesabına dahil etmemesi<sup>114</sup> öğretilerde bazı yazarlarca isabetsiz bulunmaktadır<sup>115</sup>. Oysa 1475 sayılı Kanunun da gerekçesinde belirtildiği üzere, izin, istirahat gibi iş sözleşmesini askıda bırakan bütün sürelerin gözönünde bulundurulması gerekir. Ayrıca 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde 3008 sayılı yasadaki farklı olarak kıdem tazminatının hesabında “iş yılı” esasını benimsenmemiş, açıkça “hizmet aktinin devamı süresince” ifadesine yer verilmiştir<sup>116</sup>.

### b. İşçinin Yıllık Ücretli İzin Süresine Etkisi

4857 sayılı İşK. m. 53/I'e göre “İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir”. Kanunun 55. maddesinin (j) bendinde “İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65 inci maddedeki kısa çalışma süreleri”nin de yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılacağı düzenlenmiştir. Öğretilerde, ücretsiz izinlerin de İşK. m. 55/(j) kapsamında yıllık ücretli izne hak kazanma açısından çalışılmış gibi sayılan süreler arasında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>117</sup>. Ancak Yargıtay, yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli olan bir yıllık bekleme süresinin hesabında “ücretsiz izin” süresini dikkate almamaktadır<sup>118</sup>.

Kadın işçiye doğum sonrası çalışma yasasının bitiminden sonra isteği halinde verilen altı aya kadarki ücretsiz izin süresinin, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmayacağı, İş Kanununun 74. maddesinin V. fıkrasında ayrıca hükme bağlanmıştır. İşçilerin evlenmelerinde üç güne kadar, ana veya babalarının, eşlerinin, kardeş veya çocuklarının ölümünde üç güne kadar verilecek izinler ise yıllık ücretli izin bakımından çalışılmış sayılan haller arasındadır (İşK. m. 55/I-ı).

### 3. Ücretsiz İzin Süresinin (Askı Süresinin) Sona Ermesi

Ücretsiz izin süresinin bitiminde askı hali kendiliğinden sona erer ve iş sözleşmesi tüm hükümleri ile birlikte kaldığı yerden devam eder<sup>119</sup>. Bunun anlamı herşeyden önce işçi tarafından işgörme ediminin ifa edilmesi zorunluluğudur. Askı

<sup>114</sup> Yarg. 9. HD. 14.05.2012, E. 2010/11576, K. 2012/16728, www.legalbank.net, 29.12.2013; Yarg. 9.HD. 15.05.2008, E. 2007/14104, K. 2008/12368; Yarg. 9. HD. 06.02.2007, E. 2007/2147, K. 2008/2294; Yarg. 9. HD. 24.05.2007, E. 2006/30640, K. 2007/16360, www.kazanci.com, 08.04.2013.

<sup>115</sup> Süzek, askı durumu yaratan ifa engelinin niteliğinin askının kıdeme etkisi açısından farklı bir sonuç doğurmayacağını, yasadaki aksine bir düzenleme getirilmediği sürece her türlü askı süresinin işçinin kıdeminden sayılması gerektiğini ileri sürmektedir, Süzek, Askı, s. 112; Ayrıca bkz. Yenisey, Ücretsiz İzin, s. 83-84.

<sup>116</sup> Süzek, Askı, s. 113; Yenisey, Ücretsiz İzin, s. 84.

<sup>117</sup> Yenisey, Ücretsiz İzin, s. 84; Süzek, Askı, s. 109 vd.; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s. 212.

<sup>118</sup> Yarg. 9. HD 25.06.2012, E. 2011/46873, K. 2012/24085, www.legalbank.net, 29.12.2013.

<sup>119</sup> Süzek, Askı, s. 116-117; Aynı yazar bkz. Ücretsiz İzin, s. 129; Engin, Fesih, s. 109; Yenisey, Ücretsiz İzin, s. 83.

durumunun sona ermesine karşılık işçi haklı bir sebebi olmaksızın işgörmeye edimini yerine getirmiyorsa, iş sözleşmesi işveren tarafından haklı sebeple derhal feshedilebilir<sup>120</sup> (İşK. m. 25/II,g). Aynı şekilde, işveren de askı halinin ortadan kalkmasıyla işçi tarafından sunulan işgörmeye edimini kabul etmek zorundadır<sup>121</sup>. Askı döneminin sona ermesiyle birlikte işçi, askıdan önceki işine geri dönecektir. Ancak işverenin işçiye aynı işi verme imkanı ortadan kalkmışsa, eski işine denk veya ona uygun bir işi, ücretinde bir düşme olmaksızın vermek zorundadır<sup>122</sup>. Kanımızca, işçinin yeni çalışma metodlarına ve tekniklerine adapte olma borcunun mevcudiyetini de kabul etmek gerekir<sup>123</sup>. O halde “işçiye uygun işin verilmesi” gereğini bu bağlamda değerlendirmek doğru olacaktır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri açısından, ücretsiz izin dönemi, sözleşmenin süresini etkilememektedir. Başka bir deyişle, belirli süreli iş sözleşmesi, askıda kalma süresi içinde bitecek olursa, iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir<sup>124</sup>. Örneğin, bir yıl süreli iş sözleşmesi onuncu ayın sonunda askıya alınmış ve askı hali de iki aydan fazla sürmüştü, iki ayın bitiminde sözleşme kendiliğinden sona erer<sup>125</sup>.

Ücretsiz izin döneminin uzatılması gerekiyorsa, işveren bu hususta işçinin rızasını almalıdır. Bu yola gitmeyerek, işçileri işe geri çağırılmamakla yetinen işverenin alacaklı temerrüdüne düşeceği ifade edilmektedir<sup>126</sup>. Yargıtay ise askı süresinin sonunda işçinin işe başlatılmaması halinde sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş sayılacağına hükmetmiştir<sup>127</sup>. İşçinin iş güvencesi hükümleri kapsamında olması halinde işe başlatılmaması geçersiz fesih olarak değerlendirilip, işe iadesine karar verilecektir<sup>128</sup>.

## GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Çalışmamızda değindiğimiz olgular ışığında, ücretsiz izin uygulamasına ilişkin yapılabilecek ilk saptama, sorunların esas olarak işveren tarafından yöneltilen “ücretsiz izin” önerilerinde toplandıdır.

Uygulamada işverenlerin, çoğu kez, tek taraflı olarak işçileri ücretsiz izne çıkarttığına rastlanmaktadır. Kuşkusuz, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik ancak işçinin onayı alınarak hayata geçirilebileceğinden, bu uygulama, söz konusu

<sup>120</sup> Yarg. 9. HD. 15.12.2005, E. 2005/11191, K. 2005/39628, www.kazanci.com, 08.04.2013.

<sup>121</sup> **Taşkent**, s. 21; **Süzek**, Askı, s. 117; Aynı yazar bkz. İş Hukuku, s. 520.

<sup>122</sup> **Süzek**, Askı, s. 117.

<sup>123</sup> **Smith/Baker**, s. 155-156.

<sup>124</sup> **Mollamahmutoglu**, s. 577; **Taşkent**, s. 21; **Süzek**, İHU, s. 442-443.

<sup>125</sup> **Süzek**, Askı, s. 90; Aynı yazar bkz. İHU, s. 443; **Ekonomi**, Gebelik, s. 13-14; **Aktay/Arıcı/Kaplan**, s. 168.

<sup>126</sup> **Engin**, Fesih, s. 109; Aynı yazar bkz. Değerlendirme, s. 542; **Süzek**, Askı, s. 118.

<sup>127</sup> Yarg. 9. HD. 29.04.2008, E. 2007/16633, K. 2008/10752, www.kazanci.com, 12.04.2013.

<sup>128</sup> Yarg. 9. HD. 13.01.2005, E. 30333, K. 705, **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 355.

işçilerin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmasına göre kötü niyetli, geçersiz veya haksız fesih sayılacaktır. İşverenin, işçileri ücretsiz izne çıkarmak istemesinde geçerli bir nedeni varsa, işveren, bunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshetme yoluna gidebilecektir.

Görüldüğü gibi işçinin, geçerli bir işletme gereğinin varlığını bilebilmesi çok da kolay olmadığından, bu öneriyi kabul etmemesi halinde sözleşmesinin feshe-dilmesi gündeme gelmektedir. Bu hususta Alman hukukunda, işçinin, işverenin yaptığı esaslı değişiklik önerisini ihtirazı kayıtlı kabul etmesi seçeneği mevcuttur. Böylece işçi, açacağı bir tespit davası ile değişikliğin geçerli bir nedene dayanmadığının tespitini isteyebilecektir. Böyle bir olanağın hukuk sistemimiz açısından da kabul edilmesi isabetli olacaktır.

Öte yandan, “ücretsiz izin” uygulaması sadece işletme kaynaklı olmayabilir. İşçi, özel işleri dolayısıyla işverenden böyle bir talepte bulunduğu ve işverenin bunu kabul etmesi halinde sözleşme askıya alınmış olacaktır. Her halükarda ücretsiz izin döneminin, niteliği itibariyle “makul ve geçici bir süre” devam etmesi gerekir. Kanımızca, ücretsiz izin süresi tarafların yapacağı öneride tam olarak belirtilmesi bile “belirlenebilir” olması şarttır.

Ücretsiz izin dönemi muteber bir şekilde başladıktan sonra, taraflar artık temel edimlerini ifa etmeme imkanına sahip bulunmaktadır. Buna göre, işçinin iş görme edimini ifa etmemesi; buna karşılık işverenin işçiye ücret ödememesi taraflar bakımından bir haklı fesih nedeni değildir. Ancak, ücretsiz izin döneminde tarafların temel borçları dışında kalan işçinin sadakat borcu ve sınırlı da olsa talimatlara uyma borcu, işverenin de işçiyi gözetme borcu devam eder. Tarafların söz konusu borçlarına aykırı bir davranış içine girmesi halinde, karşı taraf sözleşmeyi “ücretsiz izin döneminde” de haklı nedenle derhal feshedebilecektir. Süreli fesih bildirim hakkının ise, ücretsiz izin döneminde (askı süresinde) kullanılması mümkündür, ancak bu ihbar süreleri, ücretsiz izin döneminde işlemeyecektir.

Nihayet belirtelim ki, ücretsiz izin uygulamasının kanunla düzenlenmesinin; bu düzenleme kapsamında ücretsiz izin uygulamasına geçilmesinin şartları, geçici niteliğinin somutlaştırılması ve bu dönemin işçinin kıdem süresine etkisi gibi hususların açıklığa kavuşturulmasının isabetli olacağı kanısındayız.



**KAYNAKÇA**

- AKTAY, Nizamettin, Kadir ARICI ve E. Tuncay KAPLAN/SENİYEN:** İş Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- AKYİĞİT, Ercan:** Yıllık Ücretli İzin, Seçkin Yayınları, Ankara 2000 (“*Yıllık Ücretli İzin*”).
- AKYİĞİT, Ercan:** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, Aralık, 2011, s.50 vd.
- AKYİĞİT, Ercan:** İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi C. I, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008 (“*Şerb*”).
- ALP, Mustafa:** İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- ALPAGUT, Gülsevil:** “İş Kanunu’nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararları”, LİHSGHD, S.9, Ocak-Şubat-Mart 2006, s. 49-64.
- ATAMER, Yeşim:** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001.
- AYDIN, Ufuk:** “Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. IV, S. 13, 2009, s. 30 vd.
- BAŞBUĞ, Aydın:** İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, Beta Yayınları, İstanbul 2007.
- BİRBEN, Erhan:** İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2006.
- BLANPAIN, Roger and Michele COLUCCI:** European Labour and Social Security Law Glossary / *Droit Européen du Travail et de la Sécurité Sociale Glossaire / Europäisches Arbeitsrecht und Soziale Sicherheit Glossar...* The Kluwer Law International, Hague/London/NewYork 2002.
- BERENSTEIN, Alexandre and Pascal MAHON:** Labour Law in Switzerland, Kluwer Law International, Hague-London-Boston 2001.
- CANBOLAT, Talat:** “İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı”, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer- KHÜ Yayınları, İstanbul 2010, s. 83-134.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen:** “İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 5, S. 18, Haziran 2010, s. 104-113.
- ÇANKAYA, Osman Güven, Cevdet İlhan GÜNAY ve Seracettin GÖKTAŞ:** Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

- ÇELİK, Nuri:** İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 26. Baskı, İstanbul 2013.
- ÇİL, Şahin:** İş Kanunu Şerhi C.II ve C.III, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2007 (“Şerh”).
- ÇİL, Şahin:** İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, (9. Hukuk Dairesi, 2008-2009 Yılı Kararları), Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2009 (“İlke Kararları”).
- DEMİR, Fevzi:** “Toplu İş Sözleşmesi İle İşçinin Onayının Önceden Alınması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2, Haziran 2006, s. 93-113 (“İşçinin Onay”).
- DEMİR, Fevzi:** “Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerine Etkileri”, LİHSGHD, C. VI, S. 22, 2009, s. 540-552 (“Kısa Çalışma”).
- EKMEKÇİ, Ömer:** “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. IV, S. 14, 2009, s.50 vd.
- EKONOMİ, Münir:** İş Hukuku C.I, Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İTÜ Vakfı Kitap Yayınları No: 18, İstanbul 1987 (“Ferdî İş Hukuku”).
- EKONOMİ, Münir:** “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/3, s. 11-34 (“Gebelik”).
- ENGİN, Murat:** İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, Beta Yayınları, İstanbul 2003 (“İşletme Gereklere İle Fesih”).
- ENGİN, Murat:** “İşletme Gereklere İle Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi”, LİHSGHD, C. I, S. 2, 2004, s. 537-544 (“Değerlendirme”).
- ENGİN, Murat:** “Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, Ankara 2005.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim:** Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2010.
- EYRENCİ, Öner:** “Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s.552 vd.
- FALASCA, GIAMPIERO:** Manuale Di Dritto Del Lavoro, Costituzione, Svolgimento e Risoluzione del Rapporto di Lavoro, Terza Edizione, Gruppo 24 Ore, Gennaio 2011.
- GÜNER, Erol:** “Doğum Yapan Kadın İşçinin Talebi Halinde Verilen Ücretsiz İzin Hangi Tarihten İtibaren Başlayacaktır?”, Mali Çözüm Dergisi, S. 98, 2010, s. 237-247.
- GÜZEL, Ali:** “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, A. Can Tuncay’a Armağan, 1. Bası, İstanbul 2005, s. 60 vd.

- HAVUTÇU, Ayşe:** “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu*”, Legal HD. Ekim-2005, s. 3624 vd.
- KANDEMİR, Murat:** “*İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi*”, SBArD ,Hüseyin Hatemi’ye Armağan, , Eylül 2005, S. 6, s. 270 vd.
- KAPLAN, T. Emine:** “*İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı*”. Kamu-İş. Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, C. 7, S. 2, 2003, s. 137-151.
- KARAÇÖP, Eda/YAMAKOĞLU, Efe:** “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi*”, Legal İSGHD, C. X, S. 38, 2013, s. 83-148.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi:** İş Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2008.
- NARMANLIOĞLU, Ünal:** “*İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 1, S. 3, Eylül 2006, s. 9-19.
- ODAMAN, Serkan:** “*Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları*”, ÇEİS, C. XVIII, S. 2, Mart 2004, s. 4-15.
- ODAMAN, Serkan:** Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- OĞUZMAN, M. Kemal:** Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955.
- ÖZDEMİR, Erdem:** İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2006.
- RAY, Rebecca/ GORNICK, C Janet./SCHMITT, John:** “*Parental Leave Policies In 21 Countries*”, Assessing Generosity and Gender Equality, <http://www.paid-familyleave.org/pdf>.
- SMITH, Ian and Aaron BAKER:** Smith & Wood’s Employment Law, 10th Edition, Oxford University Press, U.S., New York 2010.
- SOYER, Polat:** Genel İş Koşulları, İzmir 1987.
- SÜZEK, Sarper:** İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara 1989(“*Askı*”).
- SÜZEK, Sarper:** “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, Özel Sayı, 2007, s. 115-133(“*Ücretsiz İzin*”).

- SÜZEK, Sarper:** İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013 (İş Hukuku).
- SÜZEK, Sarper:** “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.24, Aralık 2011, s.5-13.
- ŞEN, Murat:** İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- TAŞKENT, Savaş:** “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 1, S. 3, Eylül 2006, s. 20-28.
- TUNCAY, Can:** “Telekomünikasyon Alanında İşletme Gereklilikleri İle İşe Son Verme”, Legal İSGHD 2006, S.: 10, s. 560 vd.
- UŞAN, Fatih:** “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, Özel Sayı, 2007, s. 211-271.
- UZUN, Bekir:** “4857 Sayılı İş Yasası ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği ile Getirilen Düzenlemeler Işığında Yıllık Ücretli İzin”, MERCEK, Nisan 2004, s. 75 vd.
- YENİSEY, D. Kübra:** “Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 71-87 (“Ücretsiz İzin”).
- YENİSEY, D. Kübra:** “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, III. Yılında İş Yasası, **Bodrum** 21-25 Eylül 2005, s. 104-131 (“Seminer”).
- YENİSEY, D. Kübra:** “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/3, s. 93-115 (“Değişiklik ve Fesih”).
- Employment Relations Research Series No: 80 Department of Business Enterprise & Regulation, ed, International Review of Leave Policies and Related Research 2007, <http://www.berr.gov.uk/files/40677.pdf>.
- Yargıtay kararları için bkz. Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı: [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (çevrimiçi).

# İŞE İADE DAVASINI KAZANARAK İŞE BAŞLATILAN İŞÇİNİN DURUMU

*(Position of the Employee Who Had Being Allowed to  
Work Upon Winning of Reemployment Lawsuit)*

Abbas BİLGİLİ\*

## ÖZET

İşe iade davalarının sorunları nihai çözüme kavuşturmadığı ve yeni sorunlara yol açtığı görülmekte olup, uygulamada önemli sıkıntılar yaşandığı bilinmektedir. İşe iade davasını kazanarak yasal sürede başvuru yaparak işe yeniden başlatılan işçinin haklarının neler olduğu konusunda yaşanan sorunları gidermeye yönelik olarak öğretide ve yargısal içtihatlarda çözüm üretmeye yönelik görüşleri de dikkate alarak konu irdelenmiş ve incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** İş güvencesi, işe iade, dört aylık boшта geçen süre, mahsup, kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, sigorta primi, işsizlik sigortası

## *Abstract*

Reemployment lawsuit does not solve the ultimate cause of the problem and it leads new problems so that it is generally considered that, in practice it is known that experienced significant difficulties.

Reemployment lawsuit winning in the legal time is making submissions to work, that restarted what is rights of the worker that it is problems in order to eliminate doctrine and judicial precedents in providing solutions for vision, according to taking into account issues have been analyzed and studied.

**Keywords:** Job Security; reemployment; idle time for four months; set off; severance pay; annual leave fee; insurance premium; unemployment insurance

## Genel Olarak

İşe iade davası sonucunda feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmesi üzerine davalı işverenin işçiyi işe başlatması durumunda ödenecek hakların işçi ve işveren açısından incelenmesi ve irdelenmesi gerekmektedir.<sup>1</sup> Davacı işçi işe

\* Av., Adana Barosu

<sup>1</sup> BİLGİLİ, Abbas, “İşe İade Davası Sonunda İşe Başlatılan İşçinin Hakları”, Adana Barosu Dergisi, Eylül 2013, Sayı : 9, sh. 107 - 115

başlatılmış olduğundan işe başlatmama tazminatının gündeme gelmesi söz konusu olmayacak, yani işe başlayan işçi işe başlatmama tazminatı isteyemeyecektir. Ancak işe başlatılan işçinin en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerekir. Fakat daha önceki fesih ortadan kalkmış olduğundan; işçi, geçersiz sayılan fesih tarihinde şayet ihbar ve kıdem tazminatı almış ise bunları iade edecektir. Bu durumda iki taraf da alacaklı durumda olduğundan, tarafların alacakları mahsup işlemine tabi tutularak bakiyesinin alacaklıya ödenmesi gerekir.

### İşe Başlatmama Tazminatı

İş güvencesi tazminatı veya işe başlatmama tazminatı olarak adlandırılan tazminat, işe iade davası sonunda başvuru yaptığı halde işe başlatılmayan işçiye ödenmesi gereken bir tazminattır. Adından da anlaşılacağı üzere, sadece işe başlatılmayan işçinin hakkıdır. İşe iade davası sonunda işe başlatılan işçinin işe başlatmama tazminatı istemesinin yasal bir dayanağı yoktur. Bu nedenle de kendisine bu tazminat ödenmez.

### Mahsup Sorunu

İşe başlatılan işçinin boşta geçen 4 aylık sürenin ücretinin ödenmesi gerektiği konusunda kuşku yoktur. İş Yasası'nın 21/3. maddesindeki **“kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir”** şeklindeki hüküm, yasal sürede başvuru yaptığı halde işe başlatılmayan işçi için geçerli olduğu gibi, işe başlatılan işçi için de geçerlidir. Çünkü aynı maddenin bir sonraki fıkrasında da bu hükmeye değinilmekte ve **“İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir” (İş Kn. md. 21/4)** denilmektedir. Bu fıkradaki **“yukarıdaki fıkra”** denilen fıkra ise 21/3'deki fıkradır. Buradan da anlaşıldığına göre, işe iade davası sonunda işe başlatılan işçiye İş Kn. md. 23/3'deki dört aylık ücret ve diğer haklarının tahakkuk ettirilmesi gerekecektir.

İşe başlatılan işçiye daha önceki fesihle ihbar ve kıdem tazminatı ödenmemiş ise, mahsup işlemini gerektiren bir durum olmadığından, dört aylık ücret ve diğer haklarının tam olarak işe başlatılması ile birlikte ödenmesi gerekir.

Şayet işe başlatılan işçiye daha önceki fesihle ihbar ve kıdem tazminatı ödenmiş ise, yasal dayanağı kalmadığı<sup>2</sup> için işçinin bu tazminatları iade etmesi gerekeceğinden, İş Kn. md. 21/4 gereğince, karşılıklı olarak alacaklar mahsup edilecektir. Bir görüşe göre, iadenin dayanağı “sebepsiz zenginleşme”dir ve iade yükümlülüğü-

<sup>2</sup> SÜZEK, İş Hukuku, 8. Baskı, sh. 655; ALPAGUT, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, sh. 248

nün kapsamı iyi niyetli olması kaydıyla elinde kalan miktar ile sınırlıdır.<sup>3</sup> Bir diğer görüş de işverenin ödemiş olduğu ihbar ve kıdem tazminatını “sebepsiz zenginleşme” hükümlerine göre isteyebileceği, ancak burada işçinin iyi niyetli zenginleşen olmaması nedeniyle elinde kalan ile değil, işverenin ödemiş olduğu meblağın tamamı ile sorumlu olduğu yönündedir.<sup>4</sup> Bu görüşlere katılmayan bir başka görüş ise, İş Kanunu gibi özel bir kanunda düzenlenmiş bu husus için genel bir kanun olan Borçlar Kanunu’ndaki “sebepsiz zenginleşme” hükümlerine gidilmesine gerek yoktur, zira kanundan kaynaklanan bu durum için işçinin iyi veya kötü niyetli olmasına bakılmaksızın, elinde kalanla değil, ödemenin tamamından sorumlu olacağı yönündedir.<sup>5</sup>

Burada işçinin 4 aylık ücret ve diğer haklar konusunda alacaklı olduğu, işverenin de daha önce ödemiş olduğu ihbar ve kıdem tazminatlarını geri isteme hakkından dolayı alacaklı olduğu açık olduğuna göre, bunların mahsup edilmesi zaten muhasebe pratiği açısından gereklidir. Tarafların alacak ve borçları eşit düzeyde ise mahsup sonunda tarafların alacağı ve borcu kalmaz. Şayet işçinin alacağı işverenin alacağından fazla ise mahsup sonunda işçinin bakiye alacağı olacaktır. İşverenin alacağı işçinin alacağından fazla ise mahsup sonunda işverenin bakiye alacağı olacaktır. Dört aylık ücretin mahsubunu yapacak olan işverendir. Burada takas konusunda işçinin rızası/muvafakatı aranmaz.<sup>6</sup> Yasa koyucu, ücretin takas/mahsup işlemine tabi tutulamayacağı yasağına bu şekilde bir istisna getirmiştir.<sup>7</sup>

Nitekim Yargıtay da işçinin işe başlatılması halinde yapılacak olan mahsup işlemine değinmektedir. Örneğin bir kararda **“Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar doğmuş bulunan en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alaktan mahsubuna”** şeklinde hüküm kurulmasını istemektedir.<sup>8</sup>

**Örnek 1:** İşçinin 7 aylık iken işine son verildiğini, fesih tarihinde ücretinin 1.000 TL olduğunu ve açtığı işe iade davasını kazanarak işe başlatılmış olduğunu varsayalım. Bu işçinin toplam kıdem 7 ay olduğundan kıdem tazminatı hakkı zaten

<sup>3</sup> UÇUM, “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar”, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal Yayınevi, İstanbul 2005, sh. 86

<sup>4</sup> EKMEKÇİ, “Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 2004/1, sh. 180

<sup>5</sup> SARIBAY; Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayınevi, İstanbul 2007, sh. 226, 227

<sup>6</sup> UŞAN, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu İş, Cilt 10, Yıl 2008, Sayı 1, sh 17

<sup>7</sup> UŞAN, 17

<sup>8</sup> Yargıtay 22. HD. 26.11.2011 T., E.2011/46, K.2011/245 (Yargı Dünyası Dergisi, Ocak 2012, Sayı: 193, sh. 175 vd.)

mevcut değildir. 7 aylık hizmet süresine tekabül eden ihbar tazminatı ise 4 haftalık (28 günlük) ücreti kadardır. Bu ihbar tazminatının fesih anında peşin ödenmiş olduğunu varsayarsak, işverenin yeniden işe başlattığı bu işçiden geri isteyebileceği ihbar tazminatı miktarı  $1.000 / 30 \times 28 = 933,33$  TL'dir. İşçinin ise 4 aylık ücret alacağı olan  $4 \times 1.000 = 4.000$  TL alacağı mevcuttur. Alacakları karşılıklı olarak mahsup edecek olursak,  $4.000 - 933,33 = 3.066,67$  TL işçi alacaklı durumda olacaktır.

**Örnek 2 :** Hizmet süresi 10 yıl, son dönem aylık ücreti 1.000 TL olan işçinin işe iade davası sonunda işe başlatılması halinde brüt alacaklar işçi açısından 4 ay x 1.000 TL = 4.000 TL ücrettir. İşverenin fesih anında ihbar ve kıdem tazminatlarını peşin ödediğini varsayarsak, işçiden geri isteyebileceği brüt kıdem tazminatı 10 yıl x 1.000 TL = 10.000 TL kıdem tazminatı ve  $1.000 / 30 \times 56$  gün = 1.866,66 TL ihbar tazminatıdır. Bu durumda işverenin geri isteyebileceği kıdem ve ihbar tazminatı toplamı  $(10.000 + 1.866,66) = 11.866,66$  TL'dir. İşçinin alacağı ise 4.000 TL ücrettir. Mahsup işlemi sonunda  $11.866,66 - 4.000 = 7.866,66$  TL'nin işveren tarafından işçiden istenmesi gerekecektir.

İşe iade davasına konu olan fesihte işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödenmemiş ise, işe başlatılan işçinin işverene iade edeceği bir şey olmadığından, mahsup söz konusu değildir. Bu durumda işveren işçiye feshi izleyen 4 aylık süre içindeki ücret düzeyi üzerinden 4 aylık ücreti ve diğer hakları (ikramiye, sosyal hak, vs.) ödeyecektir.

### **İşçi Lehine Tahakkuk Ettirilecek Dört Aylık Ücretin Durumu**

İşverenin işe başlattığı işçi lehine tahakkuk ettirmesi gereken 4 aylık ücret ve diğer hakların, işe başlatılmayan işçiye ödenmesi gereken dört aylık ücret ve diğer haklardan bir farkı yoktur.

İşe başlatılan işçi lehine tahakkuk ettirilecek dört aylık ücretle birlikte "diğer haklar" denilen çıplak ücretin dışında yan haklar da varsa, onların da tahakkuka dahil edilmesi gerekecektir. Yani, ikramiye, ilave tediye, yemek ve yol ücreti, sosyal haklar, ücretin belirlenmiş bir oranında standart olan primler de "diğer haklar" kapsamında işe başlatılan işçinin haklarıdır.

İşe iade davası sonunda işçi lehine tahakkuk ettirilen dört aylık ücret ve diğer hakların, hangi zaman dilimindeki ücret düzeyinden hesaplanacağı sorununun da çözümlenmesi gerekmektedir. Daha önce de vurguladığımız üzere, dört aylık ücret ve diğer hakların feshi izleyen dört aylık süre içindeki ücret ve diğer haklar olması gerekir. Örneğin, işçinin ücreti fesih tarihinde asgari ücret düzeyinde ise, feshi izleyen dört aylık süre içinde geçerli olan asgari ücret üzerinden hesaplanacaktır. Bu dört aylık süre içinde asgari ücrette artış olmuş ise, artış da yansıtılacaktır.

**Örnek 1 :** Asgari ücretli bir işçinin işine 25.07.2011 tarihinde son verilmişse ve işçi işe iade davasını kazanıp işe başlatılmış ise, işçiye 25.07.2011 – 25.11.2011 tarihleri arasında geçerli olan dört aylık asgari ücret ( $4 \times 837,00$ ) ödenecektir.



**Örnek 2 :** Asgari ücretli bir işçinin işine 15.11.2011 tarihinde son verilmişse ve işçi işe iade davasını kazanıp işe başlatılmış ise, işçiye 15.11.2011 – 15.03.2012 tarihleri arasında geçerli olan dört aylık ücret ödenecektir. Bu durumda 15.11.2011 – 31.12.2011 tarihleri arasında 45 günlük sürede geçerli olan 837,00 TL olan asgari ücretten hesaplama yapılacaktır. Ayrıca, takip eden 01.01.2012 – 15.03.2012 tarihleri arasındaki 75 gün için ise 01.01.2012 – 15.03.2012 arasında geçerli 886,50 TL asgari ücretten hesaplama yapılacaktır.

Aynı şekilde, feshi izleyen dört aylık dönemde bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile ücrete zam gelmiş ise, bu zamların da yansıtılarak hesaplama yapılması gerekir.

İşe başlatılan işçinin ücret ve diğer haklarının tahakkuku yapılırken, sigorta primi, işsizlik sigortası primi, gelir vergisi ve damga vergisi kesilecek, vergiler vergi dairesine, sigorta primleri ise SGK'ya ödenecektir. İşçiye ödenecek olan veya mahsuba konu edilecek kısım net kısımdır.

Ücret ve diğer hakların ödendiği dört aylık sürenin işçinin hizmet süresinden sayılması da gerekmektedir.

### İade Edilmesi Gereken İhbar ve Kıdem Tazminatında Faiz Sorunu

İşe iade davası sonunda işe başlatılan işçinin iade etmesi gereken kıdem ve ihbar tazminatına faiz uygulanıp uygulanmayacağı konusu da çözümlenmesi gereken sorunlardan biridir. İşçi, geçersiz sayılan fesih tarihinde işverenden kıdem ve ihbar tazminatı aldığına göre ve işe yeniden başlatıldığı tarihte bunları iade edeceğine göre, kendisine ait olmayan bu meblağı bir süre üzerinde tutmuş demektir. Kıdem ve ihbar tazminatının işçide kaldığı süre için, iade edeceği tarihte faiz uygulanıp uygulanmayacağı konusunda öğretilerde farklı görüşlerin olduğu görülmektedir.

Örneğin; **Demir**; kıdem tazminatının geri ödenmesinden bahsederken, “... bu geri ödemenin kıyas yoluyla mevduat faizi ilavesiyle yapılması gerekir (1475 s. İş K. md. 14/12)” görüşündedir<sup>9</sup> ki, bu görüşe katılanlar da var.<sup>10</sup> **Centel** de burada en yüksek banka mevduat faizi değil, yasal faizin esas alınacağı kanısındadır.<sup>11</sup> Buna karşılık **Mollamahmutoğlu**; “...işçinin kıdem tazminatını iadesinde eski İş Kanunu'nun yürürlükteki md. 14/12 hükmü kıyasen uygulanamaz. Çünkü, gecikme süresi için mevduata uygulanan en yüksek faiz, kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi haliyle sınırlıdır; işçi, kıdem tazminatı değil de gerçekte kendisine ödenmiş kıdem tazminatı miktarınca bir meblağı iade yükümü altında bulunduğundan gecik-

<sup>9</sup> DEMİR, Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Baskı, İzmir 2003, 151

<sup>10</sup> AKTAY, Nizamettin /ARICI, Kadir/SENYEN KAPLAN, E. Tuncay; İş Hukuku, Seçkin Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2009, sh. 203

<sup>11</sup> CENTEL, Tankut, İş Güvencesi Kanunu /Konferans Notları, sh. 47, 48

me faizi kanuni faizden ibarettir” görüşündedir.<sup>12</sup> **Taşkent** ise daha farklı bir görüş ileri sürerek; “...geçersiz bir fesih nedeni ile işçinin işine son veren işverenin, yaptığı ödemeyi geri alırken bir de faiz elde etmesi adalet duygularına da uygun düşmeyecektir. (...) peşin olarak ödenen ücrete ve işçinin işe başladığında iade ettiği kıdem tazminatına faiz yürütülmeyecektir. Faiz, işe başlayan işçinin kıdem tazminatını geri vermemesi durumunda düşünülebilecektir” görüşündedir.<sup>13</sup>

**Kılıçoğlu** ise **Taşkent**'in görüşüne katıldığını ifade ediyor.<sup>14</sup> **Çil** de “tazminatlardan işçinin faydalanması sebebiyle faiz istenemeyeceği” kanısındadır.<sup>15</sup> **Uçum** da, “işçiden ödeme tarihinden itibaren faiz istenmesi olanaklı değildir” görüşündedir.<sup>16</sup> **Uzun** da; “...işçiye peşin olarak ödenmiş bildirim süresi ücretine ve kıdem tazminatına işe başlatıldığı tarihe kadar faiz yürütülmesi söz konusu olamaz. Faiz, işe başlatılan işçinin kıdem tazminatını geri vermemesi durumunda söz konusu olur” görüşündedir.<sup>17</sup> **Uşan**, **Sarıbay** ve **Manav** da faizin işe başlatıldığı tarihten itibaren söz konusu olmasını ve yasal faiz uygulanması gerektiğini belirtmektedir.<sup>18</sup>

Biz de işçinin işe yeniden başlatıldığında iade edeceği paraya faiz yürütülmesi gerektiği görüşündeyiz. Çünkü geçersiz feshi yapan işverenin, hukukça onaylanmayan bu eyleminin sonucuna da katlanması gerekir. Bu sonucun doğmasına neden olan işçi değil, işverendir. Zaten işçi işe başlatıldıktan sonra parayı iade ettiğinde işveren bunu faizsiz olarak kabul ederse sorun çıkmayacaktır. Ancak işveren işçiyi işe başlattıktan sonra işverenin istemesine rağmen, işçi parayı iade etmez ise (yani vermemekte direnirse) burada işçinin temerrüde düşeceği ve temerrüt hükümleri gereğince faiz yükü altına gireceği de unutulmamalıdır. Ancak, bu faizin de mevduat faizi değil, yasal faiz olması gerekir. Zira işverenin işçiye ödemesi gereken kıdem tazminatını geç ödemesi haline münhasır olan hükmün (1475 s. İş Kanunu, m. 14) burada kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı kanısındayız.<sup>19</sup>

Kıdem tazminatı için ulaştığımız bu sonuç, ihbar tazminatı için de geçerlidir. İşe başlayan işçinin işe başladığı tarihe kadar olan süre için ihbar tazminatına faiz işletilmemesi, başladıktan sonra ödemede gecikme olursa, işe başladığı tarihten iade edildiği güne kadar olan süre için yasal faiz uygulanması gerekir.

<sup>12</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2004, sh. 576

<sup>13</sup> EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, sh. 142, 143

<sup>14</sup> KILIÇOĞLU, Mustafa, 4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, sh. 233

<sup>15</sup> ÇİL, Şahin, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004, 1. Cilt, sh. 414

<sup>16</sup> UÇUM, Mehmet, İşe İade taleplerinde Başlıca Sorunlar, Güncel Hukuk, Şubat 2005, Sayı: 14, Sh. 29.

<sup>17</sup> UZUN, Bekir, Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul 2004, sh. 90

<sup>18</sup> UŞAN, Fatih, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu İş, Cilt 10, Yıl 2008, Sayı 1, sh. 18, 19; SARIBAY, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih usulü feshe itiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, sh. 228-230; MANAV, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, sh. 385, 386

<sup>19</sup> BİLGİLİ, Abbas, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Adana 2005, sh. 198, 199

Tarafların bu tazminatları ileride ödenebilecek tazminattan düşülmek üzere avans olarak kabul etmeleri ve mahsup işleminden vazgeçmeleri de mümkündür.<sup>20</sup>

Ödeme tarihi ile iade tarihi arasındaki dönemden işçi faizsiz olarak yararlandığına göre, fesihle ihbar ve kıdem tazminatının ödenmemiş olması halinde işçi bu yarardan mahrum kalmış demektir. Bu durumda işe başlatılan işçi işverenden faiz kadar bir yarar (ödeme) isteyebilecek midir sorusu da cevaplanmalıdır. İşçinin böyle bir faizi isteyemeyeceği öğretide kabul edilmekte<sup>21</sup> olup, kanımızca da işçi böyle bir faizi isteyemez.

### **Mahsup İşlemi Nasıl Yapılacağı Sorunu**

İş Yasası'nın 21/IV. maddesi gereğince yapılacak olan mahsubun nasıl yapılacağı da önem arz etmektedir. Şöyle ki, işçinin boşa geçen dört aylık süresi toplam hizmet süresine eklenmesi gereken bir süre olduğundan, bu sürenin sigorta priminin ve işsizlik sigortası priminin de tahakkuk ettirilerek SGK'ya bildirilmesi ve primlerin ilgili Kurum'a ödenmesi gerekmektedir. Bu nedenle de işçinin dört aylık ücret ve diğer haklarının mahsuba tabi tutulmadan önce brüt üzerinden netleştirilmesi gerekir. Kesintilerin ilgili birimlere ödenmesi, netinin (bakiyesinin) ise işçinin daha önce almış olduğu ihbar ve kıdem tazminatı toplamı ile mahsup işlemine tabi tutulması gerekir. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, ihbar ve kıdem tazminatı toplamı ile mahsup işlemine tutulması gereken meblağ, dört aylık ücret ve diğer haklar toplamının brütü değil, netidir.

**Örnek :** İşçiye geçersiz sayılan fesih tarihinde ihbar ve kıdem tazminatı toplamı olarak 10.000 TL ödendiğini varsayalım. İşçinin dört aylık ücret ve diğer haklarına esas olacak aylık brüt giydirilmiş ücretinin de 1.500 TL olduğunu kabul edelim. Bu varsayıma göre işçinin 4 aylık toplam brüt giydirilmiş ücreti  $4 \times 1.500 = 6.000$  TL olacaktır. Burada mahsup işleminin  $10.000 - 6.000 = 4.000$  TL şeklinde yapılması yanlıştır. Çünkü 6.000 TL ücret toplamının içinde sigorta primi, işsizlik primi, gelir vergisi ve damga vergisi de vardır. Bunları ayırıştırılmadan ve yapılacak mahsup işleminde işçinin sigorta primleri ve maliyeye ödenmesi gereken vergiler dikkate alınmamış olacaktır. Bu da SGK'nın prim kaybına, maliyenin ise vergi kaybına uğraması anlamına gelir. Vergi ve sigorta priminin bu hesaplama sonunda bulunan  $(10.000 - 6.000) = 4.000$  TL üzerinden yapılması da yine prim ve vergi kaybına neden olacaktır. Yapılması gereken işlem 6.000 TL olan dört aylık giydirilmiş brüt ücretten sigorta primi ile vergilerin kesilmesinden sonra, net miktarın mahsup işlemine tabi tutulmasıdır. Daha fazla ayrıntıya girecek olursak, brütten nete doğru yapılacak hesaplama şu şekilde yapılacaktır;

<sup>20</sup> ÇİL; Şahin, "Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, Sayı 1, Kış 2008, sh. 48

<sup>21</sup> ÇİL; Şahin, "Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, Sayı 1, Kış 2008, sh. 48

- Dört aylık ücret ve diğer hakların giydirilmiş brüt toplamı :  $4 \times 1.500,00 = 6.000,00$  TL
- % 14 sigorta primi :  $6.000,00 \times \% 14 = 840,00$  TL
- % 1 işsizlik sigortası primi :  $6.000,00 \times \% 1 = 60,00$  TL
- % 15 gelir vergisi :  $(6.000,00) - (840,00 + 60,00) = 5.100,00 \times \% 15 = 765,00$  TL
- % 0,759 damga vergisi :  $6.000,00 \times \% 0,759 = 45,54$  TL
- Dört aylık ücret ve diğer hakların net toplamı :  $(6.000,00) - (840,00 + 60,00 + 765,00 + 45,54) = 4.289,46$  TL
- Mahsup işlemi : Daha önce ödenmiş olan ihbar ve kıdem tazminatı toplamı  $10.000,00 - 4.289,46 = 5.710,54$  TL
- Bu örneğe göre, mahsup işlemi sonunda işçinin işverene iade etmesi gereken meblağ 5.710,54 TL'dir.
- Yine bu örneğe göre 840,00 TL sigorta primi ile 60,00 TL işsizlik sigortası priminin ilgili Kurum'a (SGK'ya) ödenmesi gerekecektir.
- Bu örneğe göre 765,00 TL gelir vergisi ile 45,54 TL damga vergisinin de ilgili Kurum'a (Maliye'ye) ödenmesi gerekecektir.
- Bu tahakkuku ve mahsup işlemini yapacak olan işverendir ve SGK ile Maliye'ye bildirim ve ödeme de işveren yapacaktır.

### **Mahsup Sonucunda Alacaklının Alacağını Tahsil Yöntemi**

Geçersiz sayılan fesihle işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödenmemiş ise işe başlatılan işçiye işveren tarafından dört aylık ücret ve diğer haklarının (mahsup söz konusu olmadığı için) tam olarak ödenmesi gerekecektir. Şayet işçinin dört aylık ücret ve diğer hakları iade etmesi gereken tazminat tutarından fazla ise, mahsup sonucunda bakiye ücret alacağı var demektir. Bu her iki halde de işçi alacaklı durumdadır. İşçinin işe başlatılması ile anılan ücretlerinin geciktirilmeden (işe başlatıldığı anda) ödenmesi gerekir. Çünkü bu ücretler eski döneme ait (geçersiz sayılan fesih tarihini izleyen dört aylık döneme ait) ücretlerdir. Bu nedenle de bu ücretler muaccel durumdadır. İşveren işe başlattığı işçiye söz konusu ücretleri ödemez ise veya işçinin onayı olmadan ödemeyi geciktirirse işçinin 4857 sayılı İş Yasası'nın 24/II maddesi gereğince iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği de açıktır. İşçi fesih hakkını kullanmayarak alacağı ücret için yasal yollara da (icra takibi veya dava yoluna) başvurabilir. İşe başladıktan sonra işçiye ödenecek olan ücret 20 gün içinde ödenmez ise işçi İş Yasası'nın 34. maddesindeki çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> AKYİĞİT, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, sh. 323

İşe iade davası sonunda işe başlatılan işçinin iade etmesi gereken ihbar ve kıdem tazminatı toplamı mahsup edilecek dört aylık ücret ve diğer hakları toplamından daha fazla ise, mahsup sonucunda işçi işverene borçlu kalacaktır. Bu durumda işverenin bu hakkını işçiden nasıl alacağı sorunu doğacaktır. Yukarıda da izah edildiği üzere, işçi işverene yapması gereken bu ödemeyi işe başladıktan hemen sonra yapmaz ise temerrüde düşeceğinden temerrüt tarihinden itibaren işleyecek faizi ile ödeme yapmak durumu ile karşı karşıya kalacaktır. İşveren, bu alacağını işçinin doğacak ücretinden mahsup edemez. Bu konuda yasal bir düzenleme mevcut değildir ve işverene böyle bir mahsup hakkı tanınmamıştır. Bu mahsubun yapılabilmesi için işçinin muvafakatı lazımdır.<sup>23</sup> İşçinin rızası olsa dahi sadece ¼'ünün kesilebileceği öğretilmektedir.<sup>24</sup> İşçinin ¼'den daha fazla kesilmesine onay vermesi halinde ¼'ü aşan kesintinin yapılabileceği kanısındayız. İşçinin ödeme yapmaması halinde işveren yasal yollara başvurarak, dava veya icra takibi yollarına gidebilir.<sup>25</sup>

İşçinin bu ödemeleri gerçekleştirmemesinin işe alma zorunluluğu bakımından etkisi bulunmadığı gibi, işverene sözleşmeyi fesih hakkı da vermez.<sup>26</sup> İşçinin bu ödemeleri yapmamasının geçerli fesih nedeni oluşturacağı şeklindeki görüşe<sup>27</sup> katılmıyoruz.

### **Daha Önce Ödenmiş Olan Yıllık İzin Ücretinin İade Zorunluluğu**

İş Yasası'nın 21/IV. maddesinde dört aylık ücret ve diğer hakların, işçi tarafından iade edilmesi gereken ihbar ve kıdem tazminatı ile mahsup işlemine tabi tutulmasından bahsedilirken, işçinin iade etmesi gereken başka borçlarından bahsedilmiyor. Oysa işe iade davası sonunda işe yeniden başlatılan işçinin iş sözleşmesi kesintiye uğramadan devam etmiş kabul edildiğinden, geçersiz sayılan fesih tarihinde işçiye ödenmiş olan yıllık izin ücreti varsa, bunun da işverene iadesi gerekir. Çünkü yıllık izin ücreti kullanılmayan yıllık iznin karşılığı olup, işveren bunu izin olarak kullandırmak zorundadır. Yıllık izin hakkından işçi de vazgeçemez ve çalışmakta olan işçinin yıllık izinlerinin karşılığında ücret ödemesi de yasal değildir. Sadece fesihte, kullanılmayan yıllık izinler varsa, bunların karşılığı fesihle birlikte işçiye ödenmesi gerekir. Fesih söz konusu değilse, yani iş sözleşmesi devam ediyor ise işçinin kullanmamış olduğu izinler, yine yıllık izin hakkı olarak mevcudiyetini korur. İşe iade davası sonunda işçi yeniden işe başlatılmış ise, daha önce para olarak almış olduğu yıllık izin ücretini iade etmesi ve hakkının yıllık izin olarak devam etmesi gerekir.

<sup>23</sup> UŞAN, 17

<sup>24</sup> UŞAN, 18

<sup>25</sup> ÇANKAYA, Osman Güven/GÜNAY, Cevdet İlhan/GÖKTAŞ, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, sh. 271

<sup>26</sup> ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", sh. 248

<sup>27</sup> AKYİĞİT, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, sh. 323

Nitekim bu konudaki bir Yargıtay kararında da “İşverenin işçiyi işe başlatması durumunda, iş ilişkisi kesintisiz devam ettiğinden, kullandırılmayan izin ücretine de hak kazanılması söz konusu olmaz. Daha önce işçiye kullandırılmayan izinler karşılığı olarak ödenmiş olan izin ücretleri de işverence geri istenebilir. 4857 Sayılı Yasa'nın 53. maddesinde işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceği kurala bağlandığına göre, işçinin daha önce ödenen izin ücretinin, işe iade sonunda işçinin işe başlaması halinde işçinin kullanmadığı izin hakkına sayılması da doğru olmaz” denilmektedir.<sup>28</sup>

### Dört Aylık Sürenin Sigortalı Hizmetten Sayılması

Yukarıda da izah edildiği üzere, geçersiz sayılan feshi izleyen dört aylık dönemin ücreti ödenirken, (daha doğrusu mahsup işlemine tabi tutulurken) dört aylık ücretten sigorta primi de kesilmekte ve bu primlerin işveren tarafından SGK'ya ödenmesi gerekmektedir. İşverenin yasal süresi içerisinde bu konuda bildirimde bulunmaması ve primleri ödememesi işvereni SGK'ya karşı sorumlu durumuna getirecektir. Bu görevini yapmayan işverenlere idari para cezası da uygulanmaktadır. Şayet işveren işçinin dört aylık ücretinden prim kesintisi yapmaz veya yapıp da Kurum'a bildirmez veya ödemezse işçinin bunu SGK'ya ihbar etmesi sonucunda SGK'nın işverenden bu primleri talep etmesi gerekir. Kanımızca işverenin dört aylık sürenin primini ödememesi halinde işçinin bu dönem için hizmet tespiti davası da açması mümkündür.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikte<sup>29</sup> işe iade davalarının sonucunda işe başlatılan veya başlatılmayan işçilerin primleri ile ilgili belgelerin verilmesi süresi ile ödeme süresi konusunda da düzenlemeler yapılmıştır. İş mahkemelerince verilen kararlar uyarınca, görevine iadesine karar verilen sigortalı personelin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunması ve işverenin usulüne uygun işe başlatması halinde, dört aylık süreye ilişkin aylık prim ve hizmet belgelerinin verilme süresi, işverenin davet yazısının sigortalıya tebliğ edildiği tarihi izleyen ayın 23'ünde sona erecektir. Primlerin ödenme süresi ise, işverenin davet yazısının sigortalıya tebliğ edildiği tarihi izleyen ayın sonunda sona erecektir.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Yargıtay 9. HD, 17.11.2011 T., E.2009/27110, K.2011/43871 (İstanbul Barosu Dergisi 2012/2, sh. 360 vd.); Yargıtay 9. HD, 01.02.2010 T., 47110/1923 (ERTABAK, İş Güvencesinin Kapsamı, sh.575); Yargıtay 9. HD, 05.11.2009 T., 11592/30449 (ERTABAK, sh. 576); Yargıtay 9. HD, 25.01.2010 T, 14767/987 (ERTABAK, sh. 577)

<sup>29</sup> Resmi Gazete: 21.08.2013/28742

<sup>30</sup> DEMİRCİ, Eyüp Sabri, “Görevine İade Edilen Sigortalıların Sosyal Güvenlik Kurumu'na Bildirim Sürelerinde Neler Değişti?”, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 252, Aralık 2013, sh. 225 vd.

### **Boşta Geçen Sürenin Hizmetten Sayılması**

İşe iade davası sonucunda işe yeniden başlatılan işçinin iş sözleşmesi devam edecektir. Daha önce yapılmış olan fesih, işe iade davasının işçi lehine sonuçlanması nedeniyle ortadan kalmış olduğundan, iş sözleşmesinin yeniden kurulması değil, devamı söz konusudur. Ancak işe başlatılan bu işçinin ileride iş sözleşmesi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandırıcı bir nedenle sona ererse, ihbar ve kıdem tazminatının hesabında sadece dört aylık sürenin mi, ya da boşta geçen sürenin tamamının mı dikkate alınacağı hususunun irdelenmesinde yarar var. Yargıtay işe iade davası sonunda işe başlatılmayan işçiler için dört aylık sürenin ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti açısından dikkate alınmasını kararlaştırmıştır. Muhtemelen bu görüşünü işe başlatılan işçilere de teşmil edecektir. Ancak öğretilerde sadece dört aylık sürenin ücrete ilişkin düzenlendiği belirtilerek, kıdem bağlı haklarda boşta geçen sürenin tamamının dikkate alınması gerektiği görüşü de ağır basmaktadır.<sup>31</sup>

Kanımcı burada çözümlenmesi gereken hususlardan birisi de, kıdem tazminatının veya yıllık iznin hak kazanılması için gerekli olan bir yıllık sürenin hesabına ilişkindir. Çünkü “hesaplamaya esas süre” ile “hak kazanmaya esas süre” kavramları farklı olabilmektedir. Şöyle ki, toplam hizmet süresi 6 ay olan bir işçinin işe iade davası 2 yıl sürmüş ise ve bu 2 yıl sonunda işe başlatılıp 1 ay çalıştırıldıktan sonra tekrar kıdem tazminatına hak kazandırıcı bir sebeple işine son verilmiş olduğunu varsayarsak, bu işçinin kıdem tazminatına ve yıllık izin ücretine hak kazanıp kazanmadığı sorunu ile karşılaşacağız. Çünkü sadece dört aylık ücreti ödenen süre dikkate alındığında, bu işçinin toplam süresi (6 aylık işe iade davası öncesi + 4 aylık ücreti ödenen boşta geçen süre + 1 aylık işe iade davası sonunda çalıştığı süre) 11 ay olacaktır. Bu durumda kıdem tazminatına ve yıllık izne hak kazanma açısından 1 yıllık süre tamamlanmadığı için kıdem tazminatına ve yıllık izne hak kazanmamış sayılacaktır. Ama boşta geçen sürenin tamamı dikkate alınırsa, bu işçinin toplam süresi ( 6 ay + 2 yıl + 1 ay) 2 yıl 3 ay olduğundan, kıdem tazminatına ve yıllık izne hak kazanmış olarak kabulü gerekecektir.

### **İşsizlik Sigortası Açısından Durum**

İşsizlik sigortasından yararlanma koşulları 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Yasası'nda düzenlenmiş olup, işe iade davası sonunda işe başlatılan veya başlatılmayan işçilerin işsizlik sigortası konusunda sorunlar yaşadığı bilinmektedir.

Bu nedenle, işe iade davalarının işsizlik sigortasını ilgilendiren bazı yönlerine değinmekte yarar var. İşçinin işsizlik sigortasından yararlanabilmesi için gerekli koşulların belirlendiği 4447 sayılı yasada da belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin İş

<sup>31</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, sh. 936; AKYİĞİT, sh. 321; SARIBAY, sh. 207; DEMİR, sh. 245; MANAV, Eda, sh. 380-382

Yasası'nın 25/II'deki sebeplerden biri kapsamındaki bir sebeple işe son verilmemiş olması gerekir.

25/II'ye dayanılarak feshedilen iş sözleşmelerinde işçi işsizlik sigortasından yararlanamayacaktır. Bu durumdaki bir işçi işine son verildiği anda yararlanamamakla birlikte, işe iade davasını kazanmakla, feshin 25/II kapsamında olma özelliği (haklı fesih özelliği) kalmamaktadır. Bu nedenle de başlangıçta faydalanmadığı işsizlik ödeneğinden, işe iade davasını kazanmış olmakla, işsizlik ödeneğinden geriye dönük olarak faydalanır hale gelmesi gerekir. Çünkü dava sürecinde işsiz kalmıştır ve işe son verilme işleminde işverenin haksız olduğu mahkeme kararı ile tespit edilmiştir. İşe iade davasını kazanan işçi, kesinleşmiş işe iade kararı ile birlikte İş Kur'a (şimdi SGK'ya) müracaat etmesi halinde İş Kur'un işçiyi işsizlik sigortasından yararlandırması gerekir.

İşçinin dört aylık ücretinden işsizlik sigortası primi de kesildiğine göre, anılan dört aylık süre, işsizlik sigortasından yararlanmaya esas süreden sayılacaktır.

İşe başlatılan işçinin almış olduğu işsizlik ödeneğini iade edip etmeyeceği konusunda öğretilerde farklı görüşler vardır. İşsizlik ödeneğinin iade edilmemesi gerektiği görüşünde olan **Uçum**, bu görüşünün gerekçesinde; bu ödemenin işçinin kusuru nedeniyle yapılan bir fazla ödeme olmadığı, dört aylık ücretle bu ödeneğin eş zamanlı olmaması ve bu ödeneği işçiden geri almakta hukuki yarar bulunmadığı, geri almanın da sigortacılık ilkesine ters düştüğü hususlarını vurgulamaktadır.<sup>32</sup>

İşçi anılan dört aylık dönem için işsizlik sigortasından yararlanmış ise, aynı dönemde hem ücret almış olması ve hem de işsizlik sigortasından yararlanmış olması bir çelişkidir. Çünkü işsizlik sigortasından yararlanabilmek için işçinin işsiz olması ve gelir elde etmemesi gerekir. İşe iade davasını kazandığı için işe yeniden başlayan işçinin şayet bu dönem için işsizlik sigortasından yararlanmış ise bu döneme ait işsizlik ödeneğini İş Kur'a iade etmesi gerekecektir.<sup>33</sup> Öğretilerde, bu iade yükümlülüğünü kabul eden bir görüşe göre, işe başlatılan işçiye işverenin ödeyeceği 4 aylık ücretten işsizlik ödeneğini keserek bunu Kurum'a iade etmesi gerektiği belirtilmekte ve Alman Feshe Karşı Koruma Yasası'nda bu hususun açıkça düzenlediği hatırlatılmaktadır.<sup>34</sup> Esasen Kurum sadece dört aylık dönemin değil, boşta geçen sürede işçiye ödenen işsizlik ödeneğinin tamamını talep etmekte ise de, Kurum'un

<sup>32</sup> UÇUM, Mehmet, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, Güncel Hukuk Dergisi, Şubat 2005, Sayı: 14, Sh. 31; UÇUM, Mehmet, "İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar", İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal Yayınevi, İstanbul 2005, sh. 90,91

<sup>33</sup> EKMEKÇİ, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", Mercek Dergisi, Temmuz 2003, sh. 139; BİLGİLİ, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, sh. 276; MANAV, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, sh. 372

<sup>34</sup> SOYER, Polat, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal Yayınevi, İstanbul 2005, Sh. 64



bu talebinin yersiz olduğu açıktır.<sup>35</sup> Çünkü işçi dört aylık sürenin dışındaki boşta geçen süre için gelir elde etmemiştir ve işsizdir. Kurum'un talep edebileceği işsizlik ödeneği sadece dört aylık dönem içindir. Kanımızca Kurum'un talep edebileceği dört aylık dönem dahi her zaman geçerli değildir.

Örneğin işçinin boşta geçen süresi toplam 10 ay ise ve işçinin yararlandığı işsizlik ödeneği de 10 aylık ise, Kurum 4 aylık kısmını isteyebilir, 6 aylık kısmını isteyemez. Ancak, işçinin boşta geçen süresi 20 ay ise ve işçi de 10 aylık işsizlik ödeneği almış ise işverenin 4 aylık işsizlik ödeneğini isteyememesi gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü yararlandığı 4 aylık sürenin dışlanarak, işsizlik ödeneğinden yararlanma tarihinin 4 ay sonrasına kaydırılması gerektiğini ve işçinin 10 aylık işsizlik ödeneğinden yararlanması gerektiği kanısındayız.

Öğretide işçinin 4 aylık süreye ait işsizlik ödeneğini iade etmesine gerek olmadığı görüşünde olanlar da vardır<sup>36</sup> ve bu görüş ağırlıktadır. Öğretide bir görüş de, bu konuda 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Yasası'nda değişiklik yapılmasını önermektedir.<sup>37</sup> Ancak Yargıtay 4 aylık ücreti ödenen döneme ait işsizlik ödeneğinin iadesi gerektiği görüşündedir. Yargıtay bu konuda **“işçinin boşta geçen ve çalışılmış gibi kabul edilen en çok dört aylık süre içinde gelir elde ettiği, işsiz kalmanın sonuçlarının bu şekilde telafi edildiği gözetildiğinde, dört aylık süre için ödenmiş olan işsizlik ödeneğinin İş Kurumu'na iadesi gerekir. Aksinin kabulü çifte ödemeye neden olacağı gibi, 4447 Sayılı Kanun'un “işsizlerin gelir kayıplarını bir ölçüde de olsa giderme” amacına da aykırılık teşkil eder”** demektedir ve yine aynı kararda işçinin kusurunun olmaması nedeniyle iade edilecek meblağa ancak temerrüt tarihinden itibaren faiz işletilebileceği, icra inkar tazminatına hükümlenemeyeceği da vurgulanmaktadır.<sup>38</sup> Anılan kararı inceleyen **Şahlanan** ise Yargıtay'ın görüşünü isabetli bulmayarak, işçinin iade yükümlülüğünün olmadığı şeklindeki öğretiyi görüşüne katılmaktadır.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> İşe iade davası sonunda işe başlatılan işçiden daha önce aldığı işsizlik ödeneğini keserek Kurum'a ödeyen işverenin yaptığı işleme karşı, işçinin Kurum'a (İş Kur'a) açtığı alacak davasında, ücreti ödenen 4 aylık dönem için işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması gerektiği ve bu nedenle 4 aylık kısma ait işsizlik ödeneğinin işçiye geri ödenmesine karar veren yerel mahkememe kararları vardır. (Adana 2. İş Mah. 17.03.2009 T., E.2008/444, K.2009/186; Adana 3. İş Mah. 20.03.2009 T., E.2008/399, K.2009/128; Adana 4. İş Mah. 16.06.2009 T., E.2008/320, K.2009/419)

<sup>36</sup> GÜZEL, “İş Güvencesine Ait Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, sh. 112; CENTEL, Tankut, İş Güvencesi, İstanbul 2012, sh. 177; SARIBAY, 234; UÇUM, “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade davaları” sh. 90; UŞAN, 21

<sup>37</sup> TUNCAY, “İş Güvencesi” (Karar İncelemesi), Çimento İşveren Dergisi, Mart 2004, sh. 61

<sup>38</sup> Yargıtay 10. HD. 05.04.2010 T. E.2009/10508, K.2010/4814 (Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2012, Sayı: 382)

<sup>39</sup> ŞAHLANAN, Fevzi, “Feshin Geçersizliği – İşsizlik Ödeneğinin İadesi”, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2012, Sayı: 382

## **Sonuç**

Pratikteki ismi işe iade davası olan iş güvencesi hükümlerinin mevcut haliyle sorunları çözmekte yeterli olmadığı açıktır. İşe iade davası açan işçi, işe başlatılsın ya da başlatılmasın, bir çok sorunla karşılaşmakta. İş sözleşmesinin diğer tarafındaki işverenlerin de bazı sorunlar yaşadığı bilinmektedir. İşe başlatılan işçinin önceki koşullarda başlatılması gerekirken farklı koşullarda başlatılması, ya da aynı koşullarda başlatıldıktan kısa süre sonra farklı koşullara tabi tutulması, işe başlayan işçinin 4 aylık ücretinin ödenmemesi halinde bunu nasıl tahsil edebileceği, işe başlayan işverenin daha önce ödemiş olduğu tazminatları nasıl tahsil edeceği, SGK'ya bildirim, işsizlik sigortası uygulamaları ilk akla gelen sorunlardır. Uygulamada bu sorunların nasıl çözüme kavuşturulabileceği konusundaki açıklamalarımız da aslında sorunu tam olarak çözebilecek nitelikte değildir. Gündelik yaşamın ayrıntılarında yeni sorunlar doğmakta ve iş güvencesi hükümlerinin ihtiyaçlara cevap verecek yeni düzenlemeye muhtaç olduğu görülmektedir.

## **B. TOPLU İŞ HUKUKU**



**6356 SAYILI KANUNDA ÖNGÖRÜLEN  
ÇERÇEVE SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ**  
*(Legal Character of Framework Agreement in the Law  
Numbered 6356)*

**Talat CANBOLAT\***

**ÖZET**

2012 yılında yürürlüğe giren 6356 sayılı Kanunda ülkemiz mevzuatında bu güne kadar yer almayan “Çerçeve Sözleşme” düzenlenmiştir. Kanunun 2. ve 33. maddeleri birlikte incelendiğinde çerçeve sözleşme; Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içeren yazılı sözleşme olarak tanımlanabilir. Kanunda çerçeve sözleşmenin isteğe bağlı olarak ve işkolu düzeyinde yapılacağı belirtilmiştir. Çerçeve sözleşmenin yapılabilmesi için Bakanlıktan yetki belgesi alınmasına da gerek yoktur. Çerçeve sözleşmenin tarafı olabilmek için hem işçi hem işveren tarafının Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen konfederasyona üye sendika olmasının aranmış olması isabetli olmadığı gibi hukuki bir değer de ifade etmemektedir. Zira sözleşme özgürlüğü kapsamında konfederasyonlara üye olmayan sendikaların yapmış oldukları sözleşmelerin hukuken geçersiz olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Türk Hukuku yönünden de toplu iş sözleşmesinin doğumu için normatif kısmın varlığı şarttır. Normatif hükümlerin iş sözleşmeleri üzerindeki emredici etkisi Kanunda açıkça düzenlenmiştir. Çerçeve sözleşmeye ilişkin düzenlemede böyle bir etkiden söz edilmemiştir. 6356 sayılı Kanunda düzenlenen Çerçeve Sözleşme toplu iş sözleşmesi niteliğinde de değildir. Normatif etkiye sahip olmadığından teknik olarak “*düzeyinden*” söz etme olanağı da yoktur. Çerçeve sözleşmenin Borçlar Hukuku sözleşmelerinden bir farkı yoktur. Bu nedenle kural olarak sadece tarafları arasında hüküm ve sonuçlarını doğururlar. Çerçeve sözleşmeyle toplu iş sözleşmesinin çatışması halinde hangi hükmün uygulanacağı Borçlar Hukuku kurallarına göre belirlenecektir. Bu durumda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 128. maddesinde düzenlenmiş olan “*üçüncü kişinin fiilini üstlenme*” ve 129. maddesinde düzenlenmiş olan “*üçüncü kişi yararına sözleşme şart*”a ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

---

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

**Anahtar kelimeler:** Çerçeve sözleşme, toplu iş sözleşmesi, ekonomik ve sosyal konye, mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk, istihdam politikası, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, üçüncü kişi yararına sözleşme/ şart

### *Abstract*

Came into the force In 2012, Act No. 6356 has a new regulation known as “framework agreement”. When article 2 and 33 examined together, “framework agreement” can be defined as a written contract contains some regulations relating occupational education, occupational safety and health, social responsibility and employment policies and it is signed between employer’s association and trade unions which is members of represented confederations in Economic and Social Council. According to law, framework agreement is optional and signed in sectoral level. Also, there is no need to authorization from the Ministry for establishing framework agreement. Framework agreement contracting parties, both trade unions and employers associations ought to be confederation’s members as represented in Economic and Social Council which is inappropriate and absent of legal value. Because, it cannot be claimed to confederation non-member union’s contracts are legally invalid in accordance with freedom of contract. In terms of Turkish law, the normative part is essential for collective agreement’s establishment. Mandatory effect of the normative provisions on employment contracts is clearly indicated by law. However, Trade Unions and Collective Agreements Act does not mention about such an effect for framework agreement. Besides, framework agreements is not in the same nature of collective agreement. Absence of normative influence, It can’t be mentioned as “collective agreement level” technically. Framework agreement has no difference from any obligations law agreement. For this reason, in principle, the agreement produces consequences and effects only for the parties. Framework agreement and collective agreement conflict shall be determined according to the rules of the law of obligations. In this case, the law of obligations Act no. 6098 provisions “art. 128 -*assumption of third party action*- and art. 129 -*third party beneficiary contract*-“ shall be applied.

**Keywords:** Framework Agreement, Collective Agreements, Economic and Social Council, Occupational Education, Occupational Safety and Health, Social Responsibility, Employment Policy, Assumption of third party action, Third Party Beneficiary Contract

## **I. GİRİŞ**

Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı olarak meclise gönderilen metin 6356 sayılı *Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu* olarak yasalaşarak yürürlüğe girmiştir<sup>1</sup>. Yeni Kanuna duyulan ihtiyaç Kanunun gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır<sup>2</sup>; “Gelenen

<sup>1</sup> RG, 07.11.2012, 28460.

<sup>2</sup> TBMM, Yasama Dönemi:24, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:197, 4-5.

noktada, 2821 ve 2822 sayılı kanunlarla Türk sendikacılığını ve dolayısıyla toplu sözleşme düzenini daha ileriye taşımak mümkün değildir. Dahası bu kanunlarda yapılan kısmi değişiklikler bir bütünlük arz etmediğinden uygulamada karşılaşılan sorunların çözümünde yeteri kadar başarılı olamamıştır. Çoğu zaman özgürlükçü bir yaklaşımla getirilen bu değişiklikler kanunların değiştirilmeyen diğer maddeleri içinde anlamsız hâle gelmiştir. Dolayısı ile yapılması gereken Türk endüstri ilişkileri sistemini ileri taşıyan, çağın değerlerini yansıtan ve aynı zamanda Türk çalışma hayatının sorunlarına köklü çözüm getiren uzun soluklu bir kanun yapmaktır. /Belirtilen gerekçelerle bu Kanun, Türk çalışma hayatının öteden beri evrensel normlara verdiği tepkiyi dikkate alarak, sendikal hak ve özgürlükler ile toplu sözleşme ve serbest toplu pazarlık hakkını özgürlükçü ve demokratik toplum esasları temelinde yeniden düzenlemektedir. Kuşkusuz ILO normları, Türkiye'nin AB'ye üyelik perspektifi, çalışma hayatının yapısal sorunları, yargı içtihatları ve doktrindeki eleştiriler Kanunun hazırlık safhasında dikkate alınmıştır. Ayrıca daha önce hazırlanan tasarı ve tekliflerden de yararlanılmıştır./Türkiye'nin ILO'ya üye olduğu 1932 yılından günümüze değin, sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık ve toplu iş uyuşmazlıklarının çözüm yolları, Türkiye-ILO ilişkilerinde belirgin rol oynamıştır. Mevcut düzenlemeler nedeniyle, özellikle 1980 sonrası ülkemiz, ILO'nun denetim mekanizmasının etkisiyle uluslararası alanda hak etmediği muameleye maruz kalmıştır. Bu durumun farkında olarak, Kanunda sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık süreçleri, 87 ve 98 No.lu ILO Sözleşmeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Sendika kurma, sendikaya üyelik, sendika yöneticisi olma, sendikal güvenceler, sendikal faaliyetler, sendikaların işleyişleri, denetimleri, serbest toplu pazarlık, iş uyuşmazlıklarının çözümü ve toplu iş sözleşmelerinin düzeyi, 87 ve 98 No.lu sözleşmeler paralelinde düzenlenmiştir. Kanunda, gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının örgütlenme hakkını düzenleyen 5 inci maddesi ile toplu iş sözleşmesi ve grev hakkını düzenleyen 6 ncı maddesi başta olmak üzere birçok hükmü de dikkate alınmıştır”.

Kanunun gerekçeleri iddialı olmakla birlikte madde metinleri ele alındığında Türk çalışma hayatına ilişkin sendikal örgütlenme ve toplu pazarlık açısından yeni bir dönemi başlatacak nitelikte olduğunu söylemek güçtür. Birçok düzenleme Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Birliği normlarının gerisinde kalarak, yeni bir dönemin kapısını açacak reform olmaktan daha çok yeni bir tedrici düzenleme mahiyetindedir. 6356 sayılı Kanunla ilk defa “Çerçeve Sözleşme” düzenlenmiştir. Çerçeve sözleşmenin hukuki niteliği, bunun toplu iş sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı ve toplu iş sözleşmesiyle çatışması halinde hangisinin uygulanacağı gibi birçok önemli konu öğretide şimdiden tartışma konusu olmuştur. Bu çalışmamızda Kanundaki çerçeve sözleşmeye ilişkin düzenlemeler ele alınacaktır.

## II. ÇERÇEVE SÖZLEŞMENİN TANIMI

6356 sayılı Kanunun uygulanması bakımından tanımlar 2. maddesinin birinci fıkrasında 12 ayrı bent halinde yer almıştır. Burada ayrı ayrı a) Bakanlık, **b) Çerçeve sözleşme**, c) Görevli makam, ç) Grup toplu iş sözleşmesi, d) İşletme toplu iş sözleşmesi, e) İşveren vekili, f) Konfederasyon, g) Kuruluş, ğ) Sendika, h) Toplu iş sözleşmesi, ı) Üst kuruluş ve i) Yönetici kavramları tanımlanmıştır.

Kanunda çerçeve sözleşme “*Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşmeyi*” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca madde gerekçesinde çerçeve sözleşmeye ilişkin şu hükümlere yer verilmiştir. “Ayrıca ülkemiz mevzuatında bugüne kadar yer almayan çerçeve sözleşmelere imkân tanınmıştır. Bu kapsamda, Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına bağlı işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde sadece kendi üyelerini kapsayan isteğe bağlı olarak çerçeve sözleşmeler yapılabilecektir”. Kanundaki tanım bu şekilde olmakla birlikte çerçeve sözleşmeyle hangi konuların düzenlenebileceği, diğer bir söyleyişle çerçeve sözleşmenin içeriği Kanunun 33. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre çerçeve sözleşme, mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir. Belirtilen iki madde birlikte değerlendirilerek, çerçeve sözleşme; Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içeren yazılı sözleşme olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>. Kanunda çerçeve sözleşmenin isteğe bağlı olarak ve işkolu düzeyinde yapılacağı hususu da belirtilmiş olup bu konuya aşağıda değinilecektir.

Önemle belirtelim ki, çerçeve sözleşmenin tarafı olabilmek için Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olmak yeterli olup, ayrıca toplu iş sözleşmelerinde olduğu gibi Kanunun 41. maddesinde belirtilen işyeri, işletme ya da işkolunda herhangi bir çoğunluğa sahip olmak gerekli değildir<sup>4</sup>. Bu nedenle çerçeve sözleşmenin yapılabilmesi için Bakanlıktan yetki belgesi alınmasına da gerek yoktur. Kanunda çerçeve sözleşmenin taraflardan birinin çağrısı ve karşı tarafın çağrısına olumlu cevap vermesi ile yapılabileceği belirtilmiştir(33/IV). Bununla madde gerekçede de belirtildiği gibi çerçeve sözleşmenin tarafların isteğine bağlı olarak yapılabileceği anlatılmak istenmiştir. Buna rağmen çerçeve sözleşmenin tarafı olabilmek için hem işçi hem işveren tarafının Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen konfederasyona üye sendika olmasının aranmış olması isabetli olmadığı gibi

<sup>3</sup> **CANBOLAT** Talat, 6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, 146 (Düzeyi ve Türleri).

<sup>4</sup> **KUTAL** Metin, Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme 31.01.2012 Tarihli Kanun Tasarısı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012 (Yeni Bir Düzenleme), 169; **CANBOLAT**, Düzeyi ve Türleri, 148.



hukuki bir değer de ifade etmemektedir<sup>5</sup>. Zira düzenleme tarafların tamamen serbest iradelerine bırakılmış olup, kamu düzenini ilgilendiren bir yönü olmadığından ve Kanunda açıkça yasaklanmadığından, sözleşme özgürlüğü kapsamında konfederasyona üye olmayan veya Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilmeyen konfederasyona üye olan sendikaların yapmış oldukları sözleşmelerin hukuken geçersiz olduğunu iddia etmek mümkün değildir<sup>6</sup>. Taraflar sözleşme özgürlüğü kapsamında Kanunlara aykırı olmayacak nitelikte istedikleri gibi düzenleme yapabilirler<sup>7</sup>.

### III. ÇERÇEVE SÖZLEŞMENİN DÜZEYİ

#### 1. Genel Olarak

Toplu iş sözleşmelerinin hangi düzeyde yapılabilecekleri, ülkelerin ekonomik ve sosyal koşulları ile bu sözleşmelerin işlevlerine verilen ağırlığa göre belirlenmektedir<sup>8</sup>. Toplu pazarlığın hangi düzeyde yapılacağı aynı zamanda o ülkedeki sendikal örgütlenme düzeyi ile de yakından ilgilidir<sup>9</sup>. Tarihi sürece baktığımızda sendikaların meslek, işyeri, işkolu ve genel esasa göre örgütlendikleri görülmektedir. Bugün dünyada işyeri sendikacılığı büyük ölçüde terkedilmiş olup meslek ve işkolu esasına göre sendikalaşma yaygınlık kazanmıştır. Mesleğe göre sendikalaşma ilkesinde sendikaların kurulması ve sendikalara üyelikte mesleğe göre bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre sadece aynı meslekten olan kişiler, örneğin, inşaat mühendisleri, mimarlar, şoförler, pilotlar, garsonlar, tornacılar vb. birleşerek meslek sendikası kurabilmekte veya kurulu bulunan bir meslek sendikasına üye olabilmektedir. Meslek sendikacılığının da yaygın olmadığı söylenmekle birlikte son yıllarda özellikle Almanya'da Pilot Sendikalarının almış oldukları uyarı grevlerinin dahi havayolu taşımacılığında oldukça etkili olduğu görülmüştür. Aynı şekilde Frankfurt Havaalanında görevli güvenlik görevlilerinin işi yavaşlatma eylemleri nedeniyle günlük ortalama 1.300 uçuşun yapıldığı Frankfurt havaalanında faaliyetler önemli ölçüde

<sup>5</sup> **CANBOLAT**, Düzeyi ve Türleri, 148.

<sup>6</sup> **CANBOLAT Talat**, 6356 Sayılı Kanununun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi yayını, (Toplu İş Sözleşmesi) 63; **CANBOLAT**, Düzeyi ve Türleri, 148.

<sup>7</sup> Krş. **TUNCAY/SAVAŞ**, 193. Yazara göre "Bu sözleşmenin yapılmasını nancak Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen sendikalara tanınmış olması bir ayırımcılık gibi ortaya çıkmaktadır. O halde dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmeden yararlanmak da mümkün olmayacaktır. Bunun eşitlik ilkesiyle bağdaşır olduğu kuşkuludur".

<sup>8</sup> **EKONOMİ Münir**, İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar, Kamu-İş, C.1, S.1, 1987, (İşletme Toplu İş Sözleşmeleri), 6; **KUTAL Metin**, 2822 Sayılı Yasada Toplu İş Sözleşmesi Kavramı, Düzeyi, İçeriği ve Sona Ermesi, İktisat ve Maliye D. C.XXX, S.12, Mart 1984, 3; **CANBOLAT Talat**, Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998, (Kişiler Açısından Uygulama Alanı), 11, **Aynı Yazar**, Düzeyi ve Türleri, 64 vd.

<sup>9</sup> **CANBOLAT**, Kişiler Açısından Uygulama Alanı, 11.

aksamıştır. Bu gelişmeler bazı işletmelerdeki bazı mesleklerde çalışanların sayısı az da olsa, işletmenin faaliyeti açısından kilit rol oynadıkları, bu işçilerin üye oldukları meslek sendikalarının önemli ve etkili olduklarını göstermiştir. Gerçekten de 200 pilotun işi bırakması binlerce çalışanı olan havayolu işletmesinin faaliyetini önemli ölçüde aksatmakta veya durdurmaktadır.

İşkoluna göre örgütlenme modelinde ülke çapında görülmekte olan işler belirli gruplara ayrılmakta ve her birine “işkolu” denilmektedir. Böylece her işyerinde yapılmakta olan asıl işe göre bu işyerinin girdiği işkolu belirlenmektedir. Bu ilke uyarınca sendikaların, kurulu buldukları işkolundaki işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip oldukları kabul edilmektedir<sup>10</sup>. İşçi ve işverenlerin sendika kurmalarında ve sendikaya üye olmalarında mesleklerine bakılmaksızın işyerinde yapılan asıl işin girdiği işkolu esas alınmaktadır. Örgütlenme ve toplu pazarlığın işkolu esasına göre yapılması, işyerinde çalışan farklı mesleklerdeki işçileri birleştirerek bunlar arasındaki dayanışmayı güçlendirdiği gibi işyerindeki çalışma koşullarının yeknesaklığını ve çalışma barışının gerçekleşmesini sağladığı söylenmektedir<sup>11</sup>.

6356 sayılı Kanununun 1. maddesinde belirtildiği gibi, toplu iş sözleşmesinin asıl amacı işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemektir. Belirtilen konular genellikle iş sözleşmesi veya bunun eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklarla düzenlenir. Nitekim Kanununun ikinci maddesinde toplu iş sözleşmesi “*İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi*” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım 2822 sayılı Kanununun 2. maddesindeki tanımla aynı olmakla birlikte “*hizmet akdi*” yerine “*iş sözleşmesi*” ve “*muhtevası*” yerine de “*içeriği*” deyimini kullanılmıştır.

Toplu iş sözleşmesinin içeriği Kanununun 33. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında toplu iş sözleşmeleri için zorunlu olan normatif hükümlerin düzenleneceği belirtildikten sonra ikinci fıkrasında ise borç ilişkisi doğuran hükümlerin de yer alabileceği hükmüne yer verilmiştir. Anılan maddeye göre “(1) *Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içerir.*/(2) *Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşme-*

<sup>10</sup> HUECK Alfred/NİPPERDEY Hans Carl, Grundriss des Arbeitsrechts II/1, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt, a.M 1968, 179; SÖLLNER A./ WALTERMANN B., Arbeitsrecht, 15. Auflage, München 2009, § 24 I 1; LÖWISCH Manfred, Arbeitsrecht, 8. Auflage, Düsseldorf 2007, Rn.184; ÇELİK Nuri, İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku 1 Sendikalar, 2. Bası, İstanbul 1979, (Sendikalar) 157 vd; Aynı Yazar, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 25. Bası, İstanbul 2012(Dersler), 451; DEMİR Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2013, 560; SUR Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 4. Bası, Ankara 2011, 75.

<sup>11</sup> HUECK/NİPPERDEY, 179 vd; ZÖLLNER/LORITZ, 99; ÇELİK, Sendikalar, 157 vd; CANBOLAT, Kişiler Açısından Uygulama Alanı, 12 vd.

nin uygulanması ve denetimini ve uyumsuzlukların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir". Kanunda 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi açıkça toplu iş sözleşmesinin "iş sözleşmesinin yapılması", "içeriği" ve "sona ermesine" ilişkin hükümleri kapsayacağı belirtilmiştir. Belirtilen konular toplu iş sözleşmesine karakteristik özelliğini veren *normatif* kısmına ilişkindir. Birçok ülkede olduğu gibi Türk Hukuku yönünden de toplu iş sözleşmesinin doğumu için *normatif* kısmın varlığı şarttır<sup>12</sup>. Belirtilen *normatif* hükmün bulunmadığı bir sözleşmeye hukuken toplu iş sözleşmesi denilmez.

Toplu iş sözleşmesinin varlığı için gerekli olan *normatif* hükümler başka sözleşmelerde bulunmayan objektif hukuk kurulları niteliği taşırlar ve uygulama alanındaki iş sözleşmeleri üzerinde doğrudan ve emredici etkiye sahiptir. Bu hükümler iş sözleşmelerini kanun gibi doğrudan doğruya ve emredici olarak etkiler. Nitekim 6356 sayılı Kanunun 36. maddesinde toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacağı, aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin alacağı açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık toplu iş sözleşmesinin borç ilişkisi doğuran hükümleri, diğer sözleşmelerden farksız olup, sadece taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğurur. Tek bir sözleşme olarak görünen toplu iş sözleşmeleri iki farklı nitelikteki hükümlerin birleşmesinden oluşmaktadır. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi, *normatif* ve borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindeki iki unsurun birleşmesinden oluşan kendine özgü bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir<sup>13</sup>.

Toplu iş sözleşmesinin kendine özgü niteliği özellikle *normatif* hükümlerinin yorumunda önem kazanacaktır. Toplu iş sözleşmesinin *normatif* hükümleri adeta kanun hükmü gibi yorumlanır<sup>14</sup>. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinin *normatif* hükmü yorumlanırken diğer kanunlardaki hükümler işin özüne uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Nitekim 6356 sayılı Kanunun 80. Maddesinde de, toplu iş sözleşmeleri hakkında bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu ile iş söz-

<sup>12</sup> MİMAROĞLU Sait Kemal, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1964, 114; ESENER Turhan, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, 414; ÇELİK, Dersler, 527; TUNÇOMAĞ Kenan/CENTELE Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013; ŞAHLANAN Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 8; TUNCAY A.Can/SAVAŞ F.Burcu, Toplu İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013, 162; DEMİR, 552; TUĞ Adnan, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1996, 10; CANBOLAT, Düzeyi ve Türleri, 27; Krş. AKTAY Nizamettin, Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 2000, 28-29.

<sup>13</sup> ÇELİK, Dersler, 534; TUNÇOMAĞ/CENTELE, 351; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, 24; TUNCAY/SAVAŞ, 180; CANBOLAT, Düzeyi ve Türleri, 61.

<sup>14</sup> AKYİĞİT Ercan, İş Hukuku, 9. Bası, Ankara 2013, 480. Yargıtay'a göre "Toplu İş Sözleşmesi hükmü yorumlanırken önce söze (lafza) bağlı kalınmalıdır. Tarafların ortak arzuları ve gerçek iradelerinin yorumunda temelini dürüstlük kuralında bulan "güven prensibi" dikkate alınmalıdır. Ayrıca *normatif* bir hükmün yorumunda sadece o hüküm değil maddenin ve hatta sözleşmenin tümü göz önüne alınıp, öteki hükümlerle bağlantısı değerlendirilip, sadece işçilerin lehine olacak bir yorum tarzı benimsenmeden, objektiflikten uzaklaşmadan sonuca gidilmelidir(Y.9.HD, 24.9.2001, E.2001/15268, K.2001/14427).

leşmesini düzenleyen diğer kanunların bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesinin borç ilişkisi doğuran hükümleri Borçlar Hukukuna ait sözleşmelerin tabi olduğu kurallara göre yorumlanır. 6098 sayılı Borçlar Kanununda sözleşmeler yorumlanırken tarafların ortak amaç ve gerçek iradelerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Buna ilişkin 19. Maddeye göre “*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır*”.

Borç ilişkisi doğuran sözleşmeler kural olarak sadece taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğururken, toplu iş sözleşmeleri Kanun gibi sözleşmenin tarafı olmayan kişilerin taraf olduğu iş sözleşmeleri üzerinde doğrudan ve emredici etkiye sahiptir. Toplu iş sözleşmesinin düzeyi de bu noktada önem kazanmaktadır. Bununla toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmeleri üzerindeki belirtilen emredici etkisinin hangi düzeyde uygulama alanı bulacağı anlatılmak istenmektedir. İşkolu düzeyinin kabul edilmesi halinde emredici etki de işkolu düzeyindeki iş sözleşmeleri üzerinde olacaktır. Buna karşılık işyeri düzeyinin kabul edilmesi halinde ise pazarlık belirli işyerinde uygulanmak üzere yapılacak ve toplu iş sözleşmesi de belirli işyerlerinde uygulama alanı bulacaktır. Bunun mutlaka tek bir işyeri olma zorunluluğu yoktur. İşyeri düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmeleri tek bir işyerini kapsayabileceği gibi birden fazla işyerini de kapsayabilir<sup>15</sup>. Bu durum sözleşmenin işyeri düzeyinde olmak üzere o ülkede hangi türlerinin benimsenmiş olması ile ilgilidir. Zira toplu iş sözleşmesinin düzeyi ile türü farklı kavramlar olup, belirli bir düzeyde olmakla birlikte sözleşmenin farklı türleri olabilir. Nitekim 6356 sayılı Kanun da 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi işyeri düzeyini benimsemesine rağmen işyeri, grup ve işletme toplu iş sözleşmesi olmak üzere üç ayrı sözleşme türüne yer vermiştir. Gerçekten de toplu iş sözleşmesinin düzeyine ilişkin olarak 6356 sayılı Kanun, 2822 sayılı Kanunda kabul edilen işyeri düzeyini benimsemiştir.

6356 sayılı Kanun toplu iş sözleşmelerinin sadece işyeri düzeyinde yapılabileceğini öngörmüştür. 6356 sayılı Kanununun 34. maddesine göre “*Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir*”. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin yapılmasında “*işyeri düzeyi*” esas alınacaktır. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, bir işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, bu işyerlerinin tamamı için bir toplu iş sözleşmesi yapılacaktır. Buna kanun anlamında “*işletme toplu iş sözleşmesi*” denilmektedir.

İşletme toplu iş sözleşmesi de işyeri düzeyinde yapılan sözleşme olmasına rağmen Kanunun 34. maddesinin ikinci fıkrasında “Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir

<sup>15</sup> **ESENER**, İş Hukuku, 436; **İŞİK** Rüchan, Türk Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Ehliyet ve Yetki, 3. Bası, Ankara 1977, 62-63; **OĞUZMAN** M.Kemal, Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesi, Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır, İstanbul 1973, 5; **ŞAHLANAN**, Toplu İş Sözleşmesi, 18; Krs. **AKYİĞİT**, İş Hukuku, 490; **CANBOLAT**, Düzeyi ve Türleri, 102-103.

kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir” şeklinde düzenleme getirilmiştir. 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi 6356 sayılı Kanunda da işletme toplu iş sözleşmeleri yönünden bir işletmeye bağlı tüm işyerleri için tek bir toplu iş sözleşmesi yapılmasını öngörmemekte tersine işletmeden bağımsız olarak bir işverenin aynı işletmeye bağlı olsun veya olmasın aynı işkolundaki tüm işyerleri için yapılacak toplu iş sözleşmesini ifade etmek için bu deyim kullanılmıştır. Bu anlamda işletme toplu iş sözleşmesi her zaman işletmenin bütün işyerlerini kapsamayacaktır. Değişik işkollarına giren işyerlerinden oluşan işletmede bütün işyerleri için değil ancak aynı işkoluna giren işyerleri için bir sözleşme yapılabilecektir. Belirtilen nedenlerle 6356 sayılı Kanundaki düzenlemede kullanılan “*işletme düzeyi*” ifadesi isabetli olmadığı gibi Kanunun genel sistematığına da uygun değildir<sup>16</sup>. Zira Kanunda işkoluna göre örgütlenme modeli benimsenmiş olup sendikaların kuruldukları işkolu dışında faaliyette bulunmaları ve toplu iş sözleşmesi imzalamaları hukuken mümkün değildir. Bu anlamda bir işletmeye bağlı farklı işkolundaki işyerlerinde örgütlü bulunan sendikaların da farklı olacağı açıktır. İşkolu ve işyerindeki çoğunluk açısından da aynı işkolunda çalışan işçiler hesaplamada dikkate alınacaktır. Bu yönleyle de işlemeye bağlı farklı işkolundaki işyerlerinin tek bir toplu iş sözleşmesi altında toplanmasının mümkün değildir.

## 2. Çerçeve Sözleşmenin Düzeyi

6356 sayılı Kanun çerçeve sözleşmeye ilişkin ikinci maddesinde “*işkolu düzeyinden*” söz etmiştir. Kanunun 2. Maddesine göre, “Çerçeve sözleşme: Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında *işkolu düzeyinde* yapılan sözleşmeyi” ifade eder. Buradaki işkolu düzeyinden neyin anlaşılması gerektiği açık değildir.

Konuya ilişkin öğretilerde ileri sürülen bir görüşe göre; Kanunda “*işkolu düzeyinden*” söz edilmesi karşısında çerçeve sözleşmeler işkolu düzeyinde yapılacak toplu iş sözleşmesi olup çerçeve sözleşmesi yapıldıktan sonra yine aynı işveren sendikası tarafından yapılacak olan işyeri veya işletme toplu iş sözleşmeleri için bağlayıcı olacak ve bu toplu iş sözleşmeleri üzerinde emredici etki gösterecektir<sup>17</sup>. Bu görüşe göre çerçeve toplu iş sözleşmesi ile işyeri veya işletme toplu iş sözleşmesinin çatışması durumunda, toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmeleri üzerindeki emredici etkisi, çerçeve sözleşme ile işyeri veya işletme toplu iş sözleşmeleri arasında da kıyasen uygulanmalıdır<sup>18</sup>.

6356 sayılı Kanunun işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin düzenlemede (m.34/2) olduğu gibi çerçeve sözleşmede de Kanunda yer alan “*işkolu düzeyi*” ifa-

<sup>16</sup> CANBOLAT, Toplu İş Sözleşmesi, 66-67; Aynı Yazar, Düzeyi ve Türleri, 104.

<sup>17</sup> BAŞBUĞ Aydın, Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012, 163, 167.

<sup>18</sup> BAŞBUĞ, 167.

desi isabetli olmadığı gibi, sırf bu ifadeden hareketle böyle bir sonuca varmak Kanunun sistemine uygun değildir. Zira yukarıda açıklanan toplu iş sözleşmelerinin iş sözleşmeleri üzerindeki emredici ve doğrudan doğruya etkisi toplu iş sözleşmesinin niteliğinin yanı sıra Kanunun açık hükmüne dayanmaktadır. Gerçekten de 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi, 6356 sayılı Kanunun 36. maddesindeki açık düzenlemeye göre “*Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması hâlinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir*”. Görüldüğü gibi Kanunda iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacağı ve aykırı hükümlerin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin alacağı açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık çerçeve sözleşmeler için Kanunda benzer bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle çerçeve sözleşmelerle kararlaştırılan hükümlerin normatif nitelikte oldukları ve bunların iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi üzerinden doğrudan doğruya ve emredici etkiye sahip oldukları söylenemeyecektir.

Bir sözleşmenin düzeyinden söz edebilmek için toplu iş sözleşmelerinde olduğu gibi sadece taraflar arasında hüküm doğurmayıp, bilakis sözleşmenin tarafı olmayan kişiler arasındaki sözleşmeler üzerinde emredici etkiye sahip olması ya da bunlara hak ve borçlar yüklemesi gerekir. Belirtilen emredici etki için Kanunda bu yönde hüküm bulunması ya da toplu iş sözleşmesinde olduğu gibi niteliğinden kaynaklanması gerekir. 6356 sayılı Kanunda düzenlenen çerçeve sözleşmeye ilişkin hükümlerde böyle bir etkiden söz edilmemiştir. Diğer yandan önemle belirtmek gerekir ki Kanunda düzenlenen çerçeve sözleşme toplu iş sözleşmesi niteliğinde de değildir<sup>19</sup>. Madde metninde çerçeve sözleşme deyimi özellikle kullanılmış olup “çerçeve toplu iş sözleşmesi” denilmemiştir<sup>20</sup>. Bu nedenle çerçeve sözleşmenin iş sözleşmeleri ya da toplu iş sözleşmeleri üzerinde emredici etkisinden söz etmek mümkün değildir. Çerçeve sözleşme kural olarak sadece taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Gerçekten de Kanuna göre çerçeve sözleşme Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen konfederasyon üyesi işçi sendikası ile işveren sendikası arasında isteğe bağlı olarak yapılan mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sos-

<sup>19</sup> KUTAL, Yeni Bir Düzenleme, 169; Aynı Yazar, İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri Işığında Türk Hukukunda Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, 143; NARMANLIOĞLU Ünal, 19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2012, 148; ALPAGUT Gülsevil, 6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi – Uluslararası Normlara Uyum, LegalİSGHD, C.9, S.35, 2012 (Uluslararası Normlara Uyum), 29; CANBOLAT, Toplu İş Sözleşmesi, 64; Aynı yazar, Düzeyi ve Türleri, 149; ÖNSAL Naci, Çerçeve Sözleşme, Türk Metal Dergisi, Sayı 152, Mart 2012; Krş. TUNCAY/SAVAŞ, 193.

<sup>20</sup> Krş. DEMİR, 559. Yazara göre “Görüldüğü gibi, 2822 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılan 275 sayılı yasa zamanındaki “işkolü toplu iş sözleşmeleri” yerine 6356 sayılı yeni yasa ile “çerçeve toplu iş sözleşmeleri” ihdas edilmiştir”.

yal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı taraflar arasında hüküm doğuran sözleşmedir. Normatif etkiye sahip olmadığından teknik olarak “*düzeyinden*” söz etme olanağı da yoktur<sup>21</sup>.

### 3. Çerçeve Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Çerçeve sözleşme toplu iş sözleşmesi niteliğinde olmadığından burada yer alan düzenlemeler tek başına normatif etkiye sahip değildir<sup>22</sup>. Bu nedenle çerçeve sözleşmesinde yer alan hükümler doğrudan iş sözleşmesindeki hükümlerin yerini almazlar. Çerçeve sözleşmenin Borçlar Hukuku sözleşmelerinden bir farkı yoktur<sup>23</sup>. Bu nedenle kural olarak sadece tarafları arasında hüküm ve sonuçlarını doğururlar. Buna karşılık çerçeve sözleşmesindeki düzenlemeler ayrıca toplu iş sözleşmelerinde yer verilmesi halinde normatif nitelik kazanacaktır. Aksi takdirde Kanunun yetkiye ilişkin hükümleri de dolanılmış olacaktır. Zira çerçeve sözleşmesinin tarafı olabilmek için Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen konfederasyona üye sendika olmak yeterli görülmüş bunun yanında işçi sendikasının sözleşmenin kapsayacağı, işyeri, işletme veya işkolunda çalışan işçilerin belirli bir çoğunluğunu üye kaydetmiş olması (yetki) koşuluna yer verilmemiştir<sup>24</sup>. Toplu iş sözleşmesinin yapılması için Kanunun 41. maddesinde öngörülen yetki koşullarını sağlamayan sendikaların yapacakları çerçeve sözleşmelerin daha sonra yapılacak toplu iş sözleşmeleri üzerinde emredici etkiye sahip olduğu ve tarafları bağlayacağına kabulü, yetkisiz sendikanın toplu iş sözleşmesi yapması anlamına gelecektir. Daha da önemlisi Kanunun sisteminde Konfederasyon üyesi işveren sendikasına üye farklı işverenlere ait işyerlerinde farklı işçi sendikalarının yetkili olabileceği de açıktır. Böyle durumlarda çerçeve sözleşmenin işkolu düzeyinde ve bağlayıcı olduğunun kabulü halinde, o işkolunda, yetkisiz olan konfederasyon üyesi sendikaların yapacakları çerçeve sözleşmelerin bu işkolunda yetkili olan diğer sendikaların yapacakları toplu iş sözleşmeleri yönünden de bağlayıcı olacağı gibi Kanunun sistemiyle bağdaşmayacak bir sonuç ortaya çıkmış olacaktır<sup>25</sup>. Bu nedenle çerçeve sözleşmenin tarafı olmayan işçi sendikası yönünden herhangi bir bağlayıcı yanı yoktur. Ancak buna rağmen tarafların çerçeve sözleşmesindeki hükümleri toplu iş sözleşmesine almalarına engel bir durum da yoktur.

Çerçeve sözleşmesi kararlaştırılan hükmün niteliğine göre tarafları olan işçi sendikası veya işveren sendikasına haklar sağlar veya tarafları borç altına sokar. Bunun dışında iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesiyle düzenlenecek hükümler içermesi halinde, bunlar iş sözleşmelerini doğrudan ve emredici olarak etkilemez ancak bu-

<sup>21</sup> CANBOLAT, Düzeyi ve Türleri, 153.

<sup>22</sup> CANBOLAT, Düzeyi ve Türleri, 153.

<sup>23</sup> Krş. TUNCAY/SAVAŞ, 193. Yazara göre “*Nitekim çerçeve sözleşme, “mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir” şeklindeki hüküm bu sözleşmede bir toplu iş sözleşmesinde bulunması gerekli olan normatif ve Borçlar Hukukuna ilişkin hükümleri değil, tali ya da soyut nitelikte bazı hükümler içereceğini göstermektedir*”.

<sup>24</sup> DEMİR, 559.

<sup>25</sup> CANBOLAT, Düzeyi ve Türleri, 154.

nunla taraflar ileride yapacakları toplu iş sözleşmelerine bu yönde hüküm koyacaklarına yönelik vadde bulunmuş olurlar. Taraflardan birinin buna yanaşmaması halinde Borçlar Hukukunun sözleşmeye aykırılığına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulabilecektir<sup>26</sup>. Taraflar buna aykırılığın yaptırımını cezai şarta bağlamış da olabilirler. Çerçeve sözleşmenin tarafları ile toplu iş sözleşmesinin tarafları her zaman aynı olmaz. Bu durumda yine Borçlar Hukuku kurallarına göre çözüme gidilecektir.

Çerçeve sözleşme aynı işyeri için yapılacak toplu iş sözleşmeleri yönünden bağlayıcı olmayıp, taraflar aynı dahi olsa, toplu iş sözleşmesinde çerçeve sözleşmeden farklı hükümler kararlaştırılabilir. Kanunda bunu engelleyen herhangi bir hüküm yoktur. Bunun anlamı borç ilişkisi doğuran hükümler yönünden taraflar arasında imzalanmış çerçeve sözleşmesindeki hükümlerin sonraki sözleşmeyle (toplu iş sözleşmesi) değiştirilmiş olmasıdır. Buna karşılık taraflardan birinin çerçeve sözleşmede kararlaştırılan konulardan bir ya da birkaçını toplu iş sözleşmesine alınmasına yanaşmaması ya da çerçeve sözleşmeyle çelişecek hükümler konulmasını talep etmesi halinde çerçeve sözleşmenin bağlayıcılığından söz etmek mümkün değildir. Bu durumda Kanunun sistemi içerisinde, özellikle işçi sendikasının menfaat uyumsuzluğu çıkararak işveren sendikası üzerinde baskı oluşturması ve gerektiğinde greve giderek diğer tarafı zorlaması mümkündür<sup>27</sup>. İşveren tarafının da işçi sendikasının alacağı grev kararından sonra lokavtla diğer tarafı zorlaması mümkündür.

Esasen 6356 sayılı Kanunda çerçeve sözleşmeye ilişkin konular toplu iş sözleşmesinden ayrılarak bu iki sözleşmesinin çakışmayacağı varsayımıyla düzenleme yapılmış ise de, toplu iş sözleşmesinde de borç ilişkisi doğuran düzenlemelere yer verilebilecek olması ve ayrıca özellikle çerçeve sözleşmeyle düzenlenebilecek olan istihdam politikalarının açık olmaması çakışmayı kaçınılmaz kılacaktır<sup>28</sup>. 274 ve 275 sayılı Kanunlar döneminde uygulanan ve çerçeve sözleşme niteliğinde olduğu söylenen “işkolu toplu iş sözleşmelerinin” yapılmasından doğan özellikle işyeri-ışkolu sözleşmeleri ayırımından kaynaklanan sorunlar nedeniyle bu sözleşme türü 2822 sayılı Kanuna alınmamıştır. 6356 sayılı Kanunda yer alan çerçeve sözleşmesine ilişkin düzenleme aynı nitelikte olmasa da benzer tartışmaları beraberinde getirecek gibi gözükmektedir. Bu nedenle çerçeve sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri isabetli bulmuyoruz.

Çerçeve sözleşmeyle toplu iş sözleşmesinin çatışması halinde hangi hükmün uygulanacağı çerçeve sözleşmesindeki hükmün hukuki niteliğine göre belirlenecektir. Yukarıdaki açıklamalardan çerçeve sözleşmesinin kural olarak taraflar arasında

<sup>26</sup> CANBOLAT, Düzeyi ve Türleri, 155.

<sup>27</sup> CANBOLAT, Düzeyi ve Türleri, 155. Krş. TUNCAY/SAVAŞ, 194. Yazara göre “Çerçeve sözleşmenin bir tarafın çağrısına değerinin olumlu cevap vermesi şartın bağlanmış olması da (md.33/4) bunu grup toplu iş sözleşmesi gibi anlaşma temelinde (isteğe) bağlı bir sözleşme olduğunu göstermektedir. O halde busözleşmenin yapılması konusunda taraflardan birinin diğerini grev, lokavt vs. tehdidiyle zorlaması mümkün değildir”.

<sup>28</sup> DEMİR, 559.



borç ilişkisi doğurucu nitelikte olduğu, toplu iş sözleşmesi niteliğinde olmadığı, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesini doğrudan doğruya ve emredici olarak etkilemeyeceği sonucuna varmış bulunuyoruz. Bu nedenle iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesindeki çerçeve sözleşmesine aykırı hükümlerin yerini çerçeve sözleşmesindeki hükümler almayacaktır. Durum böyle olmakla birlikte çerçeve sözleşmesindeki tüm hükümlerin sadece taraflar arasında borç ilişkisi doğuracağı, üçüncü kişi konumundaki işçilere hiçbir hak sağlamayacağını söylemek de isabetli olmayacaktır.

Borç ilişkisinden doğan alacak hakları kural olarak sadece borç ilişkisinin diğer tarafına karşı ileri sürülebilir nispi nitelikte haklardır. Bu nedenle borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilere hak ve borçlar yüklemeler. Taraflar dışında üçüncü bir kişiden alacak talebinde bulunulması alacak hakkının “*nispiliği*” ilkesine aykırıdır. Bu durum usul hukukunda husumet ehliyeti yokluğu nedeniyle davanın esastan reddini gerektirir<sup>29</sup>. Genel kural bu olmakla birlikte bunun bazı istisnaları vardır. Konumuz yönünden 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 128. maddesinde düzenlenmiş olan “*üçüncü kişinin fiilini üstlenme*” ve 129. maddesinde düzenlenmiş olan “*üçüncü kişi yararına sözleşme şartı*” borç ilişkisinin nispiliği ilkesinin yasal iki önemli istisnasını oluşturmaktadır.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye ilişkin Türk Borçlar Kanununun 128. maddesine göre “*Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür*”. Burada sözleşmenin taraflarından biri diğer tarafa üçüncü bir kişinin edimde bulunacağını, edimini yerine getirmemesi halinde bundan doğan zararları kendisinin üstleneceğini taahhüt etmektedir<sup>30</sup>. Edimi taahhüt edilen üçüncü kişi ismen *belirli bir kişi olabileceği gibi belirsiz ancak belirlenebilir kişi olması* da mümkündür. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, *bağımsız olarak yapılabileceği gibi bir sözleşmenin hükmü olarak da düzenlenebilir*. Kanun üçüncü kişinin taahhüt edilen edimini yerine getirmemesi halinde sözleşmenin tarafı olan taahhüt eden kişinin bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararları gidermekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda çerçeve sözleşmesindeki bazı hükümler sözleşmenin tarafı olan konfederasyon üyesi işveren sendikası yönünden üyesi işverenlerin fiilini taahhüt niteliğinde olabilir. Bu durumda çerçeve

<sup>29</sup> Bir kişinin belirli bir davada gerçekten davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı hususu, usul hukuku sorunu olmayıp dava konusu hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunudur. Bu nedenle taraflardan birinin taraf sıfatına sahip olmaması halinde dava usulden değil esastan reddedilir ve bu karar o davadaki taraflar arasında maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder (**KURU** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt I, İstanbul 2001, 1194).

<sup>30</sup> Geniş bilgi için bkz. EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı TBK'ya Göre Hazırlanmış 14. Bası, Ankara 2012, 1153 vd; **OĞUZMAN** M. Kemal/**ÖZ** M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, 391 vd; **REİSOĞLU** Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul 2011, 289 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2008, 20 vd; **AYAN** Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na göre hazırlanmış 7. Baskı, Konya, 2012, 59.

sözleşmesinin tarafı olan işveren sendikasına üye işverenlerin kararlaştırılan edimi yerine getirmemesi halinde sözleşmenin tarafı olan işçi sendikası bunları işveren sendikasından isteyebilecektir<sup>31</sup>.

Üçüncü kişi yararına sözleşme başlığını taşıyan Türk Borçlar Kanununun 129. maddesine göre “*Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir*”. Üçüncü kişi yararına sözleşmeler de *bağımsız ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi bir sözleşmenin hükmü olarak da düzenlenebilir*<sup>32</sup>. İkinci durumda üçüncü kişi yararına şarttan söz edilir. Her iki halde de, sözleşme taraflarından biri vadeden yani borçlu, diğer taraf ise vaadettiren yani alacaklı olarak yer alır. Sözleşme veya şartın konusu ise bir edimin sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi ve/veya kişiler yararına yerine getirilmesidir. Burada da lehine edim kararlaştırılan *kişi veya kişilerin somut olarak belirli olması şart olmayıp* belirlenebilir olması yeterlidir. Üçüncü kişi yararına sözleşmeler, borçlar hukukunda iki tür olarak ele alınmaktadır. Bunlardan ilki eksik üçüncü kişi yararına sözleşme, diğeri de tam üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişi sadece kendisinin taraf olmadığı sözleşmede taraf olarak yer alan vadeden borçlunun kendisine karşı ifa edeceği edimi kabule yetkilidir. Üçüncü kişinin taraf olmadığı sözleşmenin borçlusundan edimi talep ve dava hakkı yoktur. Buna karşılık tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişi doğrudan sözleşmeden doğan hakkını borçluya yani vadedene karşı talep ve dava hakkına sahiptir. Kanunun 129. Maddesinin ikinci fıkrasında bu durumu ifade etmek için üçüncü kişi veya üçüncü kişiye hâlef olanların da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebileceği belirtilmiştir. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede alacak hakkı doğrudan ve bağımsız olarak üçüncü kişinin hukuk alanında doğar. Çerçeve sözleşmesi toplu iş sözleşmesi niteliğinde olmasa da üçüncü kişi konumundaki işçiler yönünden üçüncü şahıs lehine sözleşme niteliğindeki hükümler içerebilir. Bu durumda işçilerin talep hakkının dayanağı Borçlar Kanununun belirtilen 129. maddesi olacaktır.

Çerçeve sözleşmenin içeriğine ilişkin konuların açık olmaması ve aynı zamanda toplu iş sözleşmesiyle de düzenlenebilecek konular olması nedeniyle uygulamada çerçeve sözleşmesiyle ve toplu iş sözleşmesiyle düzenlenen konuların çatışmasıyla karşılaşılacaktır. Bu durumda çözüm şekli de çerçeve sözleşmesinin hukuki niteliğine göre belirlenecektir. Toplu iş sözleşmesiyle düzenlenebilecek nitelikte olan ve toplu iş sözleşmesinde yer alması halinde normatif kabul edilerek iş sözleşmesini

<sup>31</sup> CANBOLAT, Düzeyi ve Türleri, 157.

<sup>32</sup> Geniş bilgi için bkz. AKYOL Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Ankara 2008, 100 vd; EREN, 1141 vd; OĞUZMAN/ÖZ, 415 vd; REİSOĞLU, 395 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, 20 vd; AYAN, 61-62; DURSUN Sanem Aksoy, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Kurumuna Avrupa Sözleşme Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Bir Bakış, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı 91-92, 2012, 147 vd.

doğrudan ve emredici olarak etkileyecek konuların çerçeve sözleşmesinde yer almaları bunlara normatif nitelik kazandırmayacaktır<sup>33</sup>. Çerçeve sözleşmesindeki bu hükümler taraflara borç yükleyecek nitelikte olup bununla taraflar ileride yapacakları toplu iş sözleşmelerine bu yönde düzenleme yapmayı vadetmiş olacaktır. Ayrıca düzenlemenin niteliğine göre üçüncü kişinin fiilini taahhüt ya da üçüncü şahıs yararına sözleşme/şart niteliğinde de olabilir. Bu durumda da konu yukarıda belirtilen ve Borçlar Hukuku kurallarına göre çözümlenecektir. Borç ilişkisi doğuran hükümlerin toplu iş sözleşmelerinde de yer alabilecek olması karşısında çatışan hükümlerin bu nitelikte olması durumunda Borçlar Hukukunun sözleşmelere ilişkin hükümleri uygulanacak ve tarafların konuya ilişkin en son iradelerine üstünlük tanınacaktır. Bu durumda tarafları aynı olan çerçeve sözleşme ve toplu iş sözleşmesinden hangisi daha sonraki tarihli ise onun uygulanması gerekir. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri ile çerçeve sözleşmenin çatışması halinde kural olarak toplu iş sözleşmesi uygulanacaktır. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri iş sözleşmesinin yerini alacak ve işçi bundan kaynaklanan talebini işverene karşı ileri sürecektir. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin işveren tarafı sendika olsa dahi işçiye karşı borç altına giren işverendir. Çerçeve sözleşmenin işveren tarafı işveren sendikası olduğu gibi, üçüncü şahısın (işverenin) fiilini taahhüt veya üçüncü şahıs (işçi) lehine sözleşme niteliğinde hükümler içerse dahi borç altına giren yine işveren sendikasıdır. Bu durumda işçi toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını işverenden talep edebileceği gibi, çerçeve sözleşmesindeki hükmün daha avantajlı olması halinde aradaki farkı Borçlar Kanununun yukarıda belirtilen hükümlerine göre işveren sendikasıdan talep edebilecektir.

6356 sayılı Kanunun 33. maddesine göre “Çerçeve sözleşme, sözleşmenin tarafı olan işçi ve işveren sendikasının üyeleri hakkında uygulanır ve **mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir**”. Esasen bu düzenleme ile kamu işyerlerindeki çerçeve protokolleri pozitif düzenlemeye kavuşturulması amaçlanmışsa da, Kanun metni buna uygun kaleme alınmadığından isteneni vermekten uzaktır.

Genel olarak mesleki eğitim, kişilere belirli bir meslekle ilgili olarak güncel bilgi ve becerileri kazandırma, fiziksel, düşünsel ve davranışsal yeteneklerini geliştirme ve üretken kılma sürecine verilen isimdir. 3008 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu işletmelerde mesleki eğitimi, mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları öğrencilerinin beceri eğitimlerini işletmelerde, teorik eğitimlerini ise mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında veya işletme ve kurumlarca tesis edilen eğitim birimlerinde yaptıkları eğitim uygulamaları olarak tanımlamıştır(m.3). Taraflar çerçeve sözleşmey-

<sup>33</sup> Krş. **TUNCAY/SAVAŞ**, 193. Yazara göre “Bu sözleşmenin yapılmasını nancak Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen sendikalara tanınmış olması bir ayrımcılık gibi ortaya çıkmaktadır. O halde dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmeden yararlanmak da mümkün olmayacaktır. Bunun eşitlik ilkesiyle bağdaşır olduğü kuşkuludur”.

le işverenlerin mesleki eğitime ilişkin mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini artırılabilir veya ilave yükümlülükler getirebilirler. Bu kapsamda örneğin Mesleki Eğitim Kanununun 18. maddesinde düzenlenen işletmede mesleki eğitim görececek öğrenci sayısını veya 24. maddesinde düzenlenen eğitime katkı payını artırabilirler. Çerçeve sözleşmelerin bu konudaki önemi işyerinde çalışanlara yönelik özellikle hizmet içi eğitim yönünden kendisini gösterecektir. Taraflar belirledikleri işlerde çalışan işçilerin, gelişen teknolojiye uyumunun sağlanması, bilgi ve becerilerinin artırılması için belirledikleri süre ve nitelikte eğitim verileceğini kararlaştırabilirler. Bunun işyerinde işverence sağlanacak araç ve eğiticilerle yapılacağını kararlaştırabilecekleri gibi, işçinin masrafları işverence karşılanacak dışarıdaki belirli nitelikteki eğitim kurumlarına gönderilmesi şeklinde olacağını da kararlaştırabilirler. Kanunda mesleki eğitimden söz edilmiş olmasına rağmen, doğrudan mesleki eğitime yönelik olmasa da örneğin, ilkyardım, depremde korunma ve hatta ebevyen eğitimini dahi bu kapsamda düşünmek gerekir. Tarafların “*eğitim*” adı altında ya da eğitimle bağlantılı olarak kararlaştıracakları bazı hükümler toplu iş sözleşmelerinde yer alması halinde, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği veya sona ermesine ilişkin normatif nitelikte olabilir. Örneğin işyerinde belirli işlerde ancak belirli mesleki yeterlilik belgesi olanların çalıştırılacağı/çalıştırılmayacağına ilişkin hükümler iş sözleşmesinin yapılmasına, belirli eğitimi alan işçilerin terfi ettirileceği veya ilave ücret verileceğine ilişkin hükümler iş sözleşmesinin içeriğine, performans veya işyerinden kaynaklanan nedenlerde iş sözleşmesinin feshedilmesi yerine öncelikle mesleki eğitim verilerek diğer bölümlerde çalıştırılacağına ilişkin hükümler de iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin normatif niteliktedir.

Çerçeve sözleşmenin konusu olan sosyal sorumluluğa ilişkin olarak, taraflar çerçeve sözleşmesiyle diğer sosyal sorumlulukların yanı sıra işverenlerin Küresel İlkeler Sözleşmesine katılması ve bunları etkin şekilde uygulamasını ya da işyerindeki sera gazı salımının azaltılması için temiz enerji kullanılmasını öngörebilirler. Bunların dışında işletmelerin içinde bulunduğu toplumdaki muhtaç, kimsesiz, engelli, gazilere ve şehitlerin geride kalanlarına yönelik sosyal sorumluluk projeleri de bu kapsamdadır. Aynı şekilde geleneksel sanatlar ve yöresel kültürlerle yönelik çalışmaların desteklenmesini de bu kapsamda değerlendirmek gerekir<sup>34</sup>.

6356 sayılı Kanundaki çerçeve sözleşmelere konu olabilecek “istihdam politikalarından” neyin anlaşılması gerektiği de açık değildir. Zira istihdam politikası devlet, işveren veya işçi kesimi için farklı anlamlara geldiği gibi, aktif çalışanlarla işsizler açısından da farklı anlamlara gelmektedir. En basitinden istihdam politikası, çalışan için iş ilişkisinin devamlılığı anlamında iş güvencesi ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi anlamındayken, işsizler için iş bulmak için yeni istihdam alanları açma anlamında kullanılmaktadır. Devlet için istihdamı koruyucu ve artırıcı politi-

<sup>34</sup> Geniş bilgi için bkz. CANBOLAT, Düzeyi ve Türleri, 164 vd.

kaldırıldı. Buna ilişkin Ulusal İsdihdam Startejisi hazırlanmıştır. İşveren içinse emek gücünden en uygun şekilde yararlanmaya yönelik esnek çalışma yöntemleridir. Bu nedenle içeriğini taraflar belirleyecektir. Belirli işlerde çocuk, genç ve kadın işçilerin çalıştırılmaması, genel olarak cinsiyet ve her türlü ayırimcılığın yasaklanmasının bu kapsamda olacağından şüphe yoktur. Ancak işkolunda haksız rekabetin önlenmesi ve yeknesak çalışma koşullarının sağlanması bakımından işkolu asgari ücretinin belirlenmesinden işyerlerinde işe alınma süreci, çalıştırma esasları ve işe son vermeye kadar geniş bir alanı kapsayacak şekilde anlaşılması mümkündür. Örneğin o işkolunda belirli yaşın altında veya üstünde işçi çalıştırılmaması (18 yaşın altında veya 50 yaşın üzerinde ya da yaşlılık aylığı almaya hak kazanan işçi çalıştırılmaması), çalışanlara belirli sosyal yardımların verilmesi veya verilmemesi, fazla mesai ücretlerinin yasal sınırın üzerinde kararlaştırılması (örneğin geceleyin, hafta sonları veya Pazar günleri yapılan çalışmaların % 100-200 zamlı olarak verilmesi), esnek çalışma modellerinin uygulanması ya da tersine işverenlerin belirli nitelikteki işleri alt işverenlere vermelerinin (uygulamadaki deyimiyile hizmet alımlarının) yasaklanması ve işe son vermede ihbar sürelerinin artırılması gibi esasen toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerini oluşturan konuları dahi kapsayacak şekilde geniş anlaşılması halinde uygulamada sorunlar çıkacaktır<sup>35</sup>.

Ancak hemen belirtelim ki, çerçeve sözleşmelerle özellikle işverence yürütülen bazı işlerin (yardımcı işler dahi olsa) alt işverenlere verilmesini yasaklayan ya da hangi işlerin alt işverenlere verilebileceğine ilişkin düzenlemeler getirilebilecektir<sup>36</sup>. Esasen çerçeve sözleşmelere ilişkin hükümler getirilmeden önce de gerek 275 sayılı Kanun gerekse 2822 sayılı Kanun döneminde yapılan toplu iş sözleşmelerine bu yönde hükümler konulmasının mümkün olduğu eskiden beri dile getirilmiştir<sup>37</sup>. 6356 sayılı Kanun yönünden de bu konunun mutlaka çerçeve sözleşmeyle düzenlenmesi zorunluluğu olmayıp toplu iş sözleşmelerine de benzer yönde hükümler konulabilecektir. Bunun gibi Kanunda çerçeve sözleşmeler için belirtilen mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk politikalarına ilişkin diğer konularda da toplu iş sözleşmelerine hükümler konulmasını engelleyen bir durum yoktur.

#### IV. SONUÇ

6356 sayılı Kanunla hukukumuzda ilk defa giren “çerçeve sözleşme” toplu iş sözleşmesi niteliğinde olmadığı gibi normatif etkiye de sahip değildir. Bu yönüyle yeni bir toplu iş sözleşmesi türü olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bazı ülkelerde uygulanan o işkolundaki ücret ve bazı çalışma koşullarını düzenleyen çerçeve toplu iş sözleşmeleriyle de benzer bir yönü yoktur. Ülkemizde fiilen uygulanan kamu

<sup>35</sup> Geniş bilgi için bkz. **CANBOLAT**, Düzeyi ve Türleri, 169 vd.

<sup>36</sup> Geniş bilgi için bkz. **CANBOLAT**, Düzeyi ve Türleri, 171.

<sup>37</sup> **ESENER**, İş Hukuku, 483; **CANBOLAT** Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, 100.

işyerlerindeki ücret zamlarını belirleyen çerçeve protokollerini pozitif düzenlemeye kavuşturacak nitelikte de değildir. Bu yönleriyle uygulamadaki hangi ihtiyaçtan kaynaklandığı belli olmadığı gibi düzenleniş şekli itibarıyla uygulamada birçok sorunlara neden olacağından isabetli değildir.

Kanunun 2. maddesinde çerçeve sözleşmenin tarafları, Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi sendikası ile işveren sendikası olarak belirtilmiştir. 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanunla birlikte değerlendirildiğinde, çerçeve sözleşmenin işçi tarafını Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu(Türk-İş), Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu(Hak-İş) ve Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonuna(Disk) üye işçi sendikaları, işveren yanını ise Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonuna üye işveren sendikası oluşturacaktır. Çerçeve sözleşmenin tarafı olabilmek için bu konfederasyonlara üye olmak yeterli olup, ayrıca toplu iş sözleşmelerinde olduğu gibi Kanunun 41. maddesinde belirtilen işyeri, işletme ya da işkolunda herhangi bir çoğunluğa sahip olmak gerekli olmadığından yapılabilmesi için Bakanlıktan yetki belgesi alınmasına da gerek yoktur. Tarafların serbest iradelerine bağlı olarak yapılacağından çerçeve sözleşmenin tarafı olabilmek için hem işçi hem işveren tarafının Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen konfederasyona üye sendika olmasının aranmış olması isabetli olmadığı gibi hukuki bir değer de ifade etmemektedir. Zira sözleşme özgürlüğü kapsamında konfederasyona üye olmayan veya Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilmeyen konfederasyona üye olan sendikaların yapmış oldukları sözleşmelerin hukuken geçersiz olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

Kanunda çerçeve sözleşmesinde yer alan hükümlerin bağlayıcılığı ve işçilere doğrudan talep hakkı vereceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Çerçeve sözleşme toplu iş sözleşmesi niteliğinde olmadığı gibi iş sözleşmelerini ya da toplu iş sözleşmelerini doğrudan ve emredici olarak etkileyecek şekilde “*normatif*” nitelikte de değildir. Bu nedenle çerçeve sözleşme kural olarak sadece taraflar arasında borç ilişkisi doğuracak nitelikte hükümler yer alacaktır.

Gerek 2822 sayılı Kanun gerekse 6356 sayılı Kanun toplu iş sözleşmelerinin sadece işyeri düzeyinde yapılabileceğini öngörmüştür. 6356 sayılı Kanunun 34. maddesine göre “*Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir*”. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin yapılmasında “*işyeri düzeyi*” esas alınacaktır. İşyeri, işletme ve grup toplu iş sözleşmeleri işyeri düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmesi türleridir. Buna rağmen Kanunun 34. maddesinde işletme toplu iş sözleşmeleri için işletme düzeyinde yapılabileceğinden söz edilmesi isabetli değildir. Zira 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi 6356 sayılı Kanunda da işletme toplu iş sözleşmeleri yönünden bir işletmeye bağlı tüm işyerleri için tek bir toplu iş sözleşmesi yapılmasını öngörmemekte tersine işletmeden bağımsız olarak bir işverenin aynı işletmeye bağlı olsun veya olmasın aynı işkolundaki tüm işyerleri için yapılacak

toplu iş sözleşmesini ifade etmek için bu deyim kullanılmıştır. Bu anlamda işletme toplu iş sözleşmesi her zaman işletmenin bütün işyerlerini kapsamayacaktır. Değişik işkollarına giren işyerlerinden oluşan işletmede bütün işyerleri için değil ancak aynı işkoluna giren işyerleri için bir sözleşme yapılabilecektir. İşletme toplu iş sözleşmesine ilişkin düzenlemede olduğu gibi çerçeve sözleşmede de Kanunda yer alan “*işkolu düzeyi*” ifadesi de isabetli değildir.

Çerçeve sözleşmenin borç ilişkisi doğuran hükümleri içeriğine göre işçi sendikası veya işveren sendikasına haklar sağlar veya tarafları borç altına sokar. Bunun dışında iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesiyle düzenlenecek hükümler içermesi halinde, bunlar iş sözleşmelerini doğrudan ve emredici olarak etkilemez ancak bununla taraflar ileride yapacakları toplu iş sözleşmelerine bu yönde hüküm koyacaklarına yönelik vadde bulunmuş olurlar. Taraflardan birinin buna yanaşmaması halinde Borçlar Hukukunun sözleşmeye aykırılığına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Çerçeve sözleşme toplu iş sözleşmeleri yönünden bağlayıcı olmayıp taraflar toplu iş sözleşmesinde çerçeve sözleşmeden farklı hükümler kararlaştırılabilir.

Kanunda çerçeve sözleşmenin içeriği mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikaları olarak belirlenmiş olmasına rağmen bunlardan neyin anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu konuların önemli bir bölümü aynı zamanda toplu iş sözleşmeleriyle hem borç ilişkisi doğuracak hem de normatif nitelikte düzenlenebilecek konulardır. Bu durum çerçeve sözleşmeyle düzenlenen konularla toplu iş sözleşmesinin çatışması kaçınılmaz görülmektedir. Böyle durumlarda çatışan hükümlerin borç doğurucu nitelikte olması halinde Borçlar Hukuku sözleşmelerine ilişkin kurallara göre çözümlenecek, toplu iş sözleşmesindeki normatif hükümle çatışması halinde toplu iş sözleşmesi geçerli olacaktır. Ancak çerçeve sözleşmedeki hükümler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 128. maddesinde düzenlenmiş olan “*üçüncü kişinin fiilini üstlenme*” ve 129. maddesinde düzenlenmiş olan “*üçüncü kişi yararına sözleşme/sart*” niteliğinde olabilir ve bu durumda işçilere talep hakkı verebilir.





# 4688 SAYILI KAMU GÖREVLİLERİ SENDİKALARI VE TOPLU SÖZLEŞME KANUNU UYARINCA KAMU GÖREVLİLERİ SENDİKALARI ÜYELİĞİ

*(Public Servants' Trade Unions' Membership  
According to the Law on Public Servants'  
Trade Unions and Collective Agreements  
Numbered 4688)*

Hakan KESER\*

## ÖZET

Ülkemizde, devletin iktisadi alanda yoğun bir biçimde yer alması ve birçok hizmetin kamu kurum ve kuruluşlarınca yerine getirilmesi kamu kesiminde personel istihdamını oldukça arttırmıştır. Endüstri devrimi ile birlikte ortaya çıkan sendikal hareket kamu çalışanlarını da etkilemiş ve kamu görevlilerinin örgütlenmelerine ilişkin 4688 sayılı Yasa yürürlüğe girmiştir. 12 Eylül 2010 Halk Oylaması'nda memur sendikacılığıyla ilgili olarak Anayasa'nın 53. ve 54. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Çalışmamızda Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu uyarınca kamu görevlileri sendikalarına üyelik ayrıntılı olarak ele alınmış ve kamu görevlileri sendikacılığının bugün geldiği nokta irdelenmeye çalışılmıştır. Yine memur sendikacılığıyla ilgili yasaların ILO normlarıyla çelişip çelişmediği hususuna da çalışmamızda değinilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Kamu görevlisi, sendika üyeliği, örgütlenme özgürlüğü, kamu işvereni, üyeliğin sona ermesi

## *Abstract*

In our country, taking part in an intensive format of the state in the economic field and the fulfillment of many services by public institutions and organizations in the public sector have been considerably increased the employment of servants in public sector. The movement of association emerged with the industrial revolution affect public employees and public servants and Act numbered 4688 concerning the organization of the public servants' associations came into force. In 12 September 2010 Referendum, the clause 53-54 of the Constitution related to civil servant unionism was amended. In this study, the membership of public servants' trade unions according to Law on Public Ser-

\* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü Öğretim Üyesi.

vants' Trade Unions and Collective Agreements has been examined in detail and the current situation of public servants' unionism has been studied. Also the situation towards ILO norm soft the laws that were legislated related to public servant unionism have been discussed.

**Keywords:** Public servant, membership of unions, freedom of associations, public employer, termination of membership

Ülkemizde, devletin iktisadi alanda yoğun bir biçimde yer alması ve birçok hizmetin kamu kurum ve kuruluşlarınca yerine getirilmesi kamu kesiminde personel istihdamını oldukça arttırmıştır. Bilindiği üzere, kamu kurumlarının bünyelerinde çok sayıda işçi, memur, sözleşmeli personel ve geçici personel istihdam edilmekte ve bu personele farklı kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve ilgili mevzuat hükümleri uygulanmaktadır.

Farklı yasal mevzuata tabi olma uygulamada bir çok sakıncanın ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Söz konusu bu sakıncaların başında, aynı kamu kurum ve kuruluşunda çalışmalarına rağmen, çalışanlar arasında farklı çalışma koşulları ve farklı ücret rejimlerinin ortaya çıkması gelmektedir.

Nitekim kamu çalışanlarının sahip oldukları sendikal haklar arasındaki farklılık da uygulamada ciddi dengesizliklere yol açmaktadır. Zira kamu kurumlarında çalışan işçi statüsündeki çalışanlar, kamu kurumlarında diğer statülerde çalışanların aksine grev hakkına sahip olmalarından dolayı, işçi sendikalarının grev silahını kullanarak yaptıkları toplu iş sözleşmeleri ile yüksek gelirler elde etme imkanına sahip olmakta, buna karşılık diğer kamu görevlileri ise son yasal düzenlemelerle birlikte toplu iş sözleşmesi hakkına sahip olsalar da grev hakkına sahip olmamaları sebebiyle daha düşük çalışma koşullarında çalışmayı kabullenmek durumunda kalmaktadırlar.

Bilindiği üzere, işçiler dışındaki kamu görevlilerince uzun yıllar sendikal hakların elde edilmesi yönünde mücadele verilmiş ve Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu 25 Haziran 2001 tarihinde TBMM'de kabul edilerek kanunlaşmıştır<sup>1</sup>. Kanun ilk haliyle uygulamada sorunlar yaratan büyük bir boşluğu kapatmış ve her ne kadar toplu iş sözleşmesi yapma ve grev hakkını içermese de yıllar sonra kamu görevlilerinin sendikal haklarını tekrar düzenleyen bir Kanun olmuştur.

Ancak Kanunun grev ve toplu iş sözleşmesi hakkını düzenlememiş olması sebebiyle uygulamada çok fazla bir işlevi olmamış ve bunun sonucu olarak da kamu görevlileri sendikalarına ilgi beklenen düzeyde olmamıştır. Daha sonra 1982 Anayasası'nın "Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı" başlıklı 53 üncü mad-

<sup>1</sup> RG.12.07.2001 t. No: 24460; Kanun Resmi Gazete'de yayınlandığı 12 Temmuz 2001'i izleyen otuzuncu günün sonunda 13 Ağustos 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

desine eklenen 3 üncü fıkrâ<sup>2</sup> ile memurlar ve diğer kamu görevlilerine de toplu sözleşme yapma hakkı getirilmesini takiben 04.04.2012 tarihli ve 6289 sayılı Kanun ile öncelikle 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun adı "Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu" olarak değiştirilmiş ve kamu görevlileri toplu iş sözleşmesinin esasları 4688 sayılı Kanun'da yerini almıştır.

Çalışmamızda öncelikle 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu kapsamında kamu görevlisi kavramı ele alınarak, Kanun kapsamındaki kamu görevlilerinin sınıflandırılması yapılacak; ardından da kamu görevlileri sendikalarına üyelik, kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacak personel ve kamu görevlileri sendikaları üyeliğinin sona ermesi konularına değinilecektir.

## **I- 4688 SAYILI KAMU GÖREVLİLERİ SENDİKALARI VE TOPLU SÖZLEŞME KANUNU KAPSAMINDA OLAN KAMU GÖREVLİLERİ**

### **A- Genel Olarak Kamu Görevlisi Kavramı**

1982 Anayasası'nın 128 inci maddesi; devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlilerince yürütüleceğini belirtmiş ve memurlar ile diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hak ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunlarla düzenleneceği; ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümlerinin saklı olacağı esasını getirmiştir. Görüldüğü üzere, 1982 Anayasası sadece memurları kamu görevlisi olarak görmemiş, memurlar yanında "diğer kamu görevlileri" olarak ifade ettiği bir kesimin varlığını da kabul etmiştir.

Kamu kesimindeki istihdam şekillerini düzenleyen en önemli Kanun olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4 üncü maddesi de, kamu hizmetlerinin, memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği esasını getirmiştir. Bu anlamda, kamu tüzel kişiliğini haiz kamu kurum ve kuruluşları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yazılı dört istihdam türünden biri veya birkaçını kullanmak zorunda olacaklardır. Zira, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 5 inci maddesinde "...bu kanuna tabi kurumlar, 4 üncü maddede yazılı dört istihdam şekli dışında personel çalıştıramazlar" şeklinde bir sınırlama getirmiştir.

Görüldüğü üzere, 1982 Anayasası ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu dikkate alındığında "kamu görevlisi" kavramının sadece memurları ifade ettiği söylenemeyecek, aksine bu kavramın memurların yanı sıra kamu hizmeti sunmakla görevli kamu tüzel kişiliğini haiz kamu kurum ve kuruluşlarında 657 sayılı Kanunda sözü edilen istihdam türlerinde çalışan kimseleri de içerdiği söylenebilecektir.

<sup>2</sup> 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile

Diğer yandan, genel olarak Devlet Memurları Kanunu anlamında kamu görevlisi olduğu belirtilen yukarıda sözü edilen kamu görevlilerinin dışında, yine 4688 sayılı Kanun'un 2 nci maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu kapsamında işçi statüsü dışında değişik unvanlarla çalışan ve 4688 sayılı Kanunda yer alan istisnalar dışında kalan diğer personel de kanun kapsamında kamu görevlisi olarak kabul edilecek ve kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecektir.

## **B- 4688 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kamu Görevlilerinin Sınıflandırılması**

### **1 - Genel Olarak**

Kamu görevlisi kavramının 1982 Anayasası'nda ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda tam olarak tanımlanmamasına karşın, 25.06.2001 tarih ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Ve Toplu Sözleşme Kanunu<sup>3</sup> 3 üncü maddesinde<sup>4</sup> “kamu görevlisi” kavramını tanımlamıştır. Buna göre, 4688 sayılı Kanuna göre kamu görevlisi; 4688 sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının kadro veya pozisyonlarında istihdam edilenlerden, işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlilerini ifade etmektedir. Maddenin ilk halinde yer alan “işçi statüsü dışındaki bir kadro veya pozisyonunda daimi surette çalışan adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu görevlileri” ifadesi, uygulamada sebebiyet verdiği tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla yapılan değişiklikle kaldırılmış ve tanım bu hale getirilmiştir.

Zira bu değişiklikten önceki dönemde, maddenin ilk halinde yer alan “daimi surette çalışan adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu görevlileri” ifadesine, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün, Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesinin, 87 sayılı İLO Sözleşmesinin ülkemizdeki uygulamasına ilişkin “2001 yılı Doğrudan Talebi” ve “2000 yılı Genel Doğrudan Talebi” nin yer aldığı raporunda da değinilmiş ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 3 üncü maddesinde yapılan kamu görevlisi tanımında yer alan “daimi surette çalışan” ibaresi nedeniyle, Kanunun ilgili maddesinin kapsam dışında kalan geçici surette çalışan personele de sendikalaşma hakkını verecek şekilde yeniden düzenlenmesi talep edilmiştir<sup>7</sup>.

Maddede kamu kurum ve kuruluşlarında “işçi statüsü” dışında çalışan kamu görevlilerinden bahsedildiği görülmektedir. Buna göre, 4857 sayılı İK'na göre, “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiler” dışında, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan tüm personel daimi surette çalışmak ve adaylık veya deneme süresini

<sup>3</sup> RG. 12.07.20011. No: 24460

<sup>4</sup> Değişik: 04.04.2012 tarih 6289 sayılı Kanun m.3 ile

tamamlamış olmak koşulları aranmaksızın 4688 sayılı Kanun açısından kamu görevlisi olarak kabul edilecektir. Doktrinde önceki dönemde ifade edilen, işçi statüsünün tespitinde İş Kanunu dışında diğer kanunlarda da yer alan işçi tanımlarının da burada dikkate alınması gerektiği görüşü, bugün için de kabul edilebilecektir<sup>5</sup>.

Buna göre, işçi kavramının tanımlanmasında, 4857 sayılı İK'daki tanımın yanında, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu<sup>6</sup> nun 2 nci maddesinin 4 üncü fıkrası uyarınca, iş sözleşmesi dışında, ücret karşılığı iş görmeyi; taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişilerin de, "işçi" tanımı içerisinde göz önüne alınmasının daha doğru olacağı ve bu çalışanların da "kamu görevlisi" kavramı dışında tutulması gerektiği ifade edilebilecektir.

Bunun gibi "kapsam dışı personel" olarak ifade edilen personel de yine 4688 sayılı Kanun'a göre kamu görevlisi olarak kabul edilmeyecek ve kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacaktır<sup>7</sup>. Bilindiği üzere, uygulamada toplu iş sözleşmesi taraflarının anlaşması sonucu, toplu iş sözleşmelerine, bazı görevlerde çalışan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklarına ilişkin bazı hükümler konulmaktadır. Böylece taraflarca, toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı kararlaştırılan işçiler, toplu iş sözleşmesinin kişisel kapsamı dışına çıkmış olmaktadır<sup>8</sup>. Kapsam dışı personel olarak adlandırılan bu kişiler genel olarak, işletmelerin üretim, yönetim ve denetim birimlerinde, müdür, müdür yardımcısı, mühendis, şef ve bu gibi genelde üst düzey hizmetlerde görev alan ve taraf işçi sendikasına üye olan veya olabilecek durumda olan; başka işçi sendikasına üye olan ya da olmayan, toplu iş sözleşmesinden sendika üyeliği suretiyle veya dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaları önlenen işçileri ifade etmektedir. Yargıtay da, toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılan sendika üyesi işçilerin sözleşmeden yararlanamayacaklarını kabul etmektedir<sup>9</sup>. Görüldüğü üzere, kamu kurumlarında sıkça rastlanan ve kapsam dışı

<sup>5</sup> GÜLMEZ, Mesut; Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e: 1926-2001; TODAİE, Ankara 2002, s.439

<sup>6</sup> RG. 07.11.2012 t. No: 28460

<sup>7</sup> DPD Başkanlığı 03.01.2002 tarih ve 34480 sayılı görüşü

<sup>8</sup> CAN, Mevlüt; Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği, İstanbul 1994, s. 48-49; CAN, Mevlüt; Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kapsam Dışı Personelin Niteliği, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.13, S. 4, Şubat 1995, s. 7; ÖZBEK, Oğuz; Sendikacılık ve Toplu İş Sözleşme Mevzuatı, 2.Bası, İstanbul 1986, s. 120-121; KESER, Hakan; Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, İzmir 1992, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.23 vd; REİSOĞLU, Seza; Toplu İş Sözleşmelerinde Kapsam Dışı Personelin Hukuki Durumu, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.6, S.1, Ocak 1982, s.4

<sup>9</sup> Yarg.HGK. 25.04.1986 t. E.1985/9-835 K.1986/449, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 1987, s.22; Yarg. 9. HD. 20.05.1985 t. E. 1985/2546 K.1985/5437, İşveren Dergisi, C.XXIV, S.10, Temmuz 1985, s.17-19; Yarg.9.HD, 05.04.1984 t. E.1984/3497 K.1984/3717; BERKSUN, Abdullah/ EŞMELİOĞLU, İbrahim; Açıklamalı Gereççeli İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989, s.169; Yarg. 9.HD. 23.05.1995 t. E.1995/4219 K.1995/17027 Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 1995, Kararlar Eki

personel olarak ifade edilen bu personel, iş sözleşmesi ile işçi statüsünde çalışmakta olması sebebi ile kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacaktır .

Bu şekilde işçi kavramı hariç tutulduğu takdirde genel olarak kamu görevlisi olarak kabul edebileceğimiz personel; memurlar, sözleşmeli personel ve geçici personel olarak karşımıza çıkmaktadır.

## 2 – Memurlar

1961 Anayasası'nın memurluğu temel istihdam biçimi olarak düzenlemesi doğrultusunda, Türkiye'de kamu personel rejimi, memurluk üzerine kurulmuştur. 1961 Anayasası asli ve sürekli görevlerin "memurlar" eliyle görüleceğini temel ilke olarak benimsemiştir. 1982 Anayasası ise 128 inci maddesinde; devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini belirtmiş ve memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin de kanunlarla düzenleneceği esasını getirmiştir.

657 sayılı DMK'nda, temel istihdam biçimi olarak memurluk kabul edilmiştir. Yani bir başka ifadeyle, kamu personel rejiminin temel kanunu olan Devlet Memurları Kanunu'ndaki sisteme bakıldığında memurluğun temel istihdam biçimi diğer statülerin istisnai olduğu söylenebilecektir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler memurdur(m.4). Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, memurlar devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinde asli ve sürekli olarak görev yapan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerini yürüten kimselerdir<sup>10</sup>.

Görüldüğü üzere, bir kimsenin memur sayılabilmesi için 657 sayılı DMK'nun 1 inci maddesi uyarınca kanun kapsamında olan bir kurumdan aylık almak suretiyle asli ve sürekli olarak görev yapması ve atama ile göreve getirilmiş olması gerekmektedir. Tanımda sözü edilen kamu hizmetleri, devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetimleri ve denetimleri altında genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve kamuya sunulmuş bulunan devamlı ve düzenli etkinliklerdir<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. GİRİTLİ/ BİLGİN/ AKGÜNER s.395vd.; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; Yönetim Hukuku, 14.Baskı, Ankara 2000, s. 163 vd.; YAŞAR, Hasan Nuri; İdare Hukuku, (Genel Esasları), Ankara Kasım 2013, s. 43

<sup>11</sup> ANY. MAH. 28.06.1995 t. E.1994/71 K.1995/23, RG. 20.03.1996, No.22586 Ayrıca bkz. PINAR, İbrahim; Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 9.Bası, Ankara 2006, s.54

Genel idare esasları ise; sadece devletin merkezi idare düzen ve örgütünü ifade eden “genel idare” anlamında olmayıp, özel kesimde uygulanan kural ve usuller karşısında kamusal yönetim biçimini ifade etmekte ve dolayısı ile tüm kamu kesimini kapsayan bir idare yönetimini anlatmaktadır<sup>12</sup>.

Memurluğa önce aday olarak girilmekte ve adaylık süresi içinde memur denemekte ve bir yandan da yetiştirilmektedir. Aday olarak atanmış Devlet memurunun adaylık süresi bir yıldan az iki yıldan çok olamamakta ve bu süre içinde aday memurun başka kurumlara nakli yapılamamaktadır. Aday olarak atanan memurların önce bütün memurların ortak vasıfları ile ilgili temel eğitime, bilahare sınıfları ile ilgili hazırlayıcı eğitime ve staja tabi tutulmaları ve Devlet memuru olarak atanabilmeleri için başarılı olmaları şarttır.

4688 sayılı Kanunun ilk halinde yer alan “adaylık süresini tamamlamamış olan memurun” Kamu Görevlileri Sendikalarına üye olamayacağına ilişkin düzenlemenin kaldırılmasıyla<sup>13</sup> geçmiş dönemde kamu görevlileri sendikalarına adaylığı mümkün olmayan aday memurların da kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecekleri söylenebilecektir<sup>14</sup>.

Nitekim önceki dönemde de bu durum; çalışma mevzuatında olması gereken paralelliğe de aykırı olduğu, işçilerin sendikalara üye olmasında deneme süreli hizmet sözleşmesi ile çalışıp çalışmamalarında her hangi bir fark olmamasına karşın, 4688 sayılı Kanundaki bu kısıtlamanın, örgütlenme özgürlüğünün tüm çalışanlara ayırsız şekilde tanınması ilkesine ve 87 sayılı İLO sözleşmesine aykırı olduğu gerekçesiyle doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir<sup>10</sup>.

Ancak kadrosuz görev yapan örneğin usta öğreticilerin, bir kadro veya pozisyona bağlı olmaksızın ek ders ücreti karşılığı görev yapmaları sebebiyle 4688 sayılı Kanun kapsamında kamu görevlisi statüsünde değerlendirilmeleri ve 4688 sayılı Kanuna göre kamu görevlileri sendikası kurabilmeleri ve sendika üyesi olmaları mümkün değildir<sup>15</sup>.

Yine bunun gibi, kapsam içerisindeki bir kamu kurumunda eser/prova/temsil başına yevmiye ücreti ile günlük olarak ve hizmet sözleşmesi imzalayarak çalışan misafir sanatçıların da yukarıda tanımlanan kamu görevlisi kapsamına girmediği ve kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacakları ifade edilebilecektir<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> DURAN, Lütfi; Sözleşmeli Personel , 07.12.1989 tarihli Cumhuriyet Gazetesi; PINAR, 55

<sup>13</sup> 04.04.2012 tarih 6289 sayılı Kanun m.3 ile

<sup>14</sup> DPD Başkanlığı 31/05/2012 tarih ve 10224 sayılı görüşü; Değişiklikten önceki görüş için bkz. DPD Başkanlığı 07.01.2002 tarih ve 33015 sayılı görüşü. Eleştirisi için bkz. GÜLMEZ, Mesut; Aykırılıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikalar Yasası, Amme İdaresi Dergisi, C:34, S:3, Eylül 2001, s.8; Gülmez (2002), s. 440-441.

<sup>15</sup> DPD Başkanlığı 07/12/2012 tarih ve 17549 sayılı görüşü

<sup>16</sup> DPD Başkanlığı 25/07/2012 tarih ve 10216 sayılı görüşü

### 3- Sözleşmeli Personel

Kamu kesimindeki istihdam şekillerinden bir diğeri olan sözleşmeli personel statüsü, öncelikle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4 üncü maddesinde düzenlenmiş ve kamu çalışma hayatında uygulanmaya başlanmıştır. Daha sonra 933 sayılı Kalkınma Planının Uygulanması Esaslarına Dair Kanun<sup>17</sup>'de ve 1978 tarihli Bakanlar Kurulu Kararında da yer alan sözleşmeli personel statüsü, 1980'li yıllardan sonra bazı kamu kurumlarının özel Kanunlarına konulan hükümlerle yaygınlaştırılmıştır. Bu anlamda, sözleşmeli personel statüsü 1980'e kadar genel olarak 657 sayılı Kanunun 4/B hükmü ve 1978 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı çerçevesinde kullanılırken, söz konusu statü 1980 sonrasında kamu personel rejimi içerisinde birden fazla alt istihdam biçimine sahip olmuştur. Böylece sözleşmeli personel, 657 sayılı Kanunda tanımlanan sınırlı ve istisnai bir istihdam kategorisi olmanın ötesine geçerek, "sürekli" ve çok türlü bir istihdam biçimi haline dönüşmüştür.

Gerçekten de Kanundaki ilk düzenleniş şekliyle sözleşmeli personel istihdam biçimi, 1965'de yalnızca yabancı uzmanlar için geçerli iken ve kurumların teşkilat kanunlarında açık düzenleme gerektirirken ve yalnızca bir kurumda (DPT) geçerli iken, sözleşmeli personel çalıştırma zamanla yeni alanlara yayılmıştır<sup>18</sup>. Nitekim 1980 yılında toplam 1.916.317 kamu personeli içerisinde, sadece 4.416 sözleşmeli personel mevcut iken, özellikle Kitlerde 1984'de 250 bin olan memur sayısı 1990'da 30 bine düşmüş buna karşın, 674 olan sözleşmeli personel sayısı ise 250 bine yükselmiştir<sup>19</sup>. Bu gelişmenin temelinde yer alan en önemli etken de "sendikal ve siyasal haklardan soyutlanmış, bireysel sözleşme ile istihdam edilmiş güvencesiz sözleşmeli personel statüsüyle", KİT'lerin kolayca özeleştirilmesinin yolunun açılmasıdır<sup>20</sup>.

DMK'na göre çalışan sözleşmeli personel ve Kitlerde çalışan sözleşmeli personel dışında yukarıda da sözü edildiği üzere 1960'larda yalnızca DPT için geçerli olan teşkilat kanunlarına bağlı olarak sözleşmeli personel çalıştırma uygulaması 1980 sonrasında, özellikle Başbakanlık merkez ve bağlı/ilgili kuruluşlarında uzman ve daha üst düzey personel için temel istihdam biçimi olarak kullanılmaya başlanmıştır. Önceleri sadece Başbakanlık merkez ve bağlı/ilgili kuruluşlarında yaygın olan uygulama 1990 lı yılların ikinci yarısında diğer kurumların da teşkilat Kanunlarına hükümler konulmak suretiyle yaygınlaştırılmıştır. Böylece 657 sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmaksızın sözleşmeli personel istihdamı da artmıştır. Zira Başbakanlık merkez ve bağlı/ilgili kuruluşlarında sözleşmeli personel istihdamı yal-

<sup>17</sup> R.G. 11.08.1967 t. No: 12671

<sup>18</sup> ASLAN, Onur Ender; Kamu Personel Rejimi – Statü Hukukundan Esnekliğe; TODAİE Ankara Mayıs 2005, s. 383

<sup>19</sup> ÇİTÇİ, Oya; Türkiye'de Kamu Görevlilerinin Sayısal Görünümü, Amme İdaresi Dergisi, C.21, S.3, Eylül 1988, s.40

<sup>20</sup> ASLAN, s.335



nızca belirli üst kadrolarda yaygın iken, sonraki teşkilat yasalarındaki düzenlemeler, sekreterinden daire başkanına kadar tüm personelin sözleşmeli olarak çalıştırılabilmesine imkan sağlayarak 657 sayılı Kanun ile oluşturulan sözleşmeli personel rejiminden, bütünüyle bağımsız bir sözleşmeli personel rejimini ortaya çıkarmıştır<sup>21</sup>.

Günümüzde ise, çıkarılan Kanunlarla kamu kurumlarında yaygınlaşan sözleşmeli personel uygulamasına bir sınırlama getirilerek, söz konusu bu personelin memur kadrosuna geçirilmesinin önünün açılmasına yönelik düzenlemeler yapılmaktadır. Nitekim 6495 sayılı Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un<sup>22</sup> 9 uncu maddesi ile 657 sayılı Kanuna eklenen geçici 41 inci madde uyarınca, Kamu kurum ve kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, ayın veya haftanın bazı günleri ya da günün belirli saatleri gibi kısmi zamanlı çalışanlar ile yükseköğretim kurumlarının araştırma-geliştirme projelerinde proje süreleriyle sınırlı olarak çalışanlar hariç olmak üzere; 25/6/2013 tarihi itibarıyla; ilgili Kanunların sözleşmeli personele ilişkin maddeleri<sup>23</sup> uyarınca; vizenmiş veya ihdas edilmiş sözleşmeli

<sup>21</sup> Bkz. KESER, Hakan; Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, 3.Bası, İzmir 2013, s. 79 vd. ASLAN, s. 335

<sup>22</sup> RG. 02.08.2013 t. No: 28726

<sup>23</sup> "657 sayılı DMK'nun 4 üncü maddesine, 2876 sayılı Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Kanununun 97 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine, 2945 sayılı Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 17 nci maddesine, 2985 sayılı Toplu Konut Kanununun ek 3 üncü maddesine, 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun 35 inci maddesine, 3238 sayılı Kanunun 8 inci maddesine, 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 30 uncu maddesine, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 7 nci maddesinin (e) fıkrasına, 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanuna, 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununun 24 üncü maddesine, 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 26 ncı maddesine, 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 29 uncu maddesinin sekizinci fıkrasına, 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 25 inci maddesine, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 28 inci maddesinin üçüncü fıkrasına, 5952 sayılı Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ile 13 üncü maddesine, 5978 sayılı Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 21 inci maddesinin üçüncü fıkrasına, 6093 sayılı Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 7 nci maddesine, 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 6 ncı maddesinin dokuzuncu fıkrasına, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesinin dördüncü fıkrasına, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnemenin ek 6 ncı maddesine, 388 sayılı Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Teşkilatının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemenin 6 ncı maddesine, 642 sayılı Doğu Anadolu Projesi, Doğu Karadeniz Projesi ve Konya Ovası Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlıklarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemenin 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasına, 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemenin 36/A maddesine ve 656 sayılı Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemenin 16 ncı maddesinin yedinci fıkrasına göre"

personel pozisyonlarında çalışmakta olan ve devlet memuru olabilme genel şartları taşıyanlara, 02.08.2013 tarihinden itibaren, kanunda belirtilen süreler içerisinde yazılı olarak başvurmaları hâlinde pozisyonlarının vizeli olduğu teşkilat ve birimde, 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kurumlar bakımından bu Kanun Hükmünde Kararnameye ekli cetvellerde yer alan bulunduğu pozisyon unvanıyla aynı unvanlı memur kadrolarına, diğer kurumlar bakımından bu kurumların kadro cetvellerinde yer alan aynı unvanlı memur kadrolarına; pozisyon unvanlarıyla aynı unvanlı memur kadrosu olmaması hâlinde ise, ilgisine göre 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli cetveller veya kurumların kadro cetvellerinde yer alan kadro unvanlarıyla sınırlı olmak üzere Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığınca müştereken belirlenen memur kadrolarına atanma imkanı getirilmiştir.

Aynı imkan İl özel idaresi, belediye ve bağlı kuruluşları ile mahalli idare birliklerinde 5393 sayılı Belediye Kanununun 49 uncu maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ve Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumunda 2954 sayılı Kanunun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) bendi ile geçici 12 nci maddesi çerçevesinde 25.06.2013 tarihi itibarıyla sözleşmeli personel pozisyonlarında çalışmakta olan sözleşmeli personele de getirilmiştir.

Yukarıda sözü edilen kurumlarda sözleşmeli personel olarak çalışmakta iken 25.06.2013 tarihinde askerlik, doğum veya ücretsiz izin nedenleriyle görevlerinde bulunmayanlardan ilgili mevzuatına göre yeniden hizmete alınma şartlarını kaybetmemiş olanlar hakkında da bu imkan geçerli olmuştur. Bu personel için kanunda belirtilen süreler yeniden hizmete alındıkları tarihten itibaren başlamıştır.

657 sayılı DMK'nun geçici 41 inci maddesi uyarınca, memur kadrolarına atanmaların, söz konusu mevzuat hükümlerine göre sözleşmeli personel olarak geçirdikleri hizmet süreleri, öğrenim durumlarına göre yükselebilecekleri dereceleri aşmamak kaydıyla kazanılmış hak aylık derece ve kademelerinin tespitinde değerlendirilmiştir.

Sonuç olarak bugün için, memur kadrolarına geçirilen sözleşmeli personel dışında, uygulamada adı "sözleşmeli personel" olmasına rağmen, aslında farklı niteliklere sahip personel istihdamı kamu kurumlarında azalmış olmasına rağmen devam etmektedir.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 3 üncü maddesinin değiştirilmesinden önceki dönemde<sup>24</sup> maddede yer alan "işçi statüsü dışındaki bir kadro veya pozisyonunda daimi surette çalışan adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu görevlileri" ifadesi karşısında, söz konusu bu farklı içerikteki sözleşmeli personelin hangilerinin kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecekleri hangilerinin olamayacakları hususu önem arz etmekteydi.

<sup>24</sup> Değişik: 04.04.2012 tarih 6289 sayılı Kanun m.3 ile

Nitekim bu dönemde, 4688 sayılı Kanunda kamu kurum ve kuruluşlarında işçi statüsü dışındaki bir kadro veya pozisyonda daimi surette çalışan, adaylık veya deneme süresini tamamlamış bir personelden söz edildiği için, geçici surette çalışması öngörülen 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli personelin 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununun kapsamında değerlendirilemeyeceği<sup>16</sup>; buna karşılık 399 sayılı KHK’de, 657 sayılı DMK’nun aksine kendisinde özel bir meslek bilgisi ve ihtisası aranmayan, geçici değil sürekli, istisnai değil her türlü işte çalıştırılan bir sözleşmeli personelden söz edilmesi sebebiyle<sup>25</sup> KİT’lerde istihdam edilen sözleşmeli personelin geçici statüde istihdam edilmemesi ve daimi statüde görev yapan bir kamu görevlisi olarak değerlendirilebilmesi sebebiyle söz konusu personelin kamu görevlileri Sendikalarına üye olabilecekleri görüşleri ifade edilmekteydi.

Ancak 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu’nun 3 üncü maddesinde yapılan değişikliklerle ilk halinde yer alan “işçi statüsü dışındaki bir kadro veya pozisyonunda daimi surette çalışan adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu görevlileri” ifadesinin, kaldırılması ile aynı adı taşımasına rağmen farklı istihdam şekillerini ifade eden sözleşmeli personel statüsünde çalışan kamu görevlilerinin tümünün kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecekleri ifade edilebilecektir<sup>26</sup>.

Diğer yandan uygulamada tartışmalara ve farklı görüşlerin doğmasına sebebiyet veren 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin<sup>27</sup> 14 üncü maddesinde yer alan sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma yasağı da 13.02.2011 tarih ve 6111 sayılı Kanun’un 120 nci maddesi ile kaldırılmış ve Kararnameye eklenen 13/A maddesi ile sözleşmeli personele, Anayasada ve özel kanununda belirtilen hükümler uyarınca sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilme ve bunlara üye olabilme hakkı getirilmiştir.

<sup>25</sup> KUTAL, Metin\$ Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Statüsü(Hukuki Sorunlar ve Yargı Kararları) Cahit TALAS’a Armağan, Ankara 1990, s.380

<sup>26</sup> Bu yönde bkz. “5393 sayılı Kanunun 49 uncu maddesi kapsamında sözleşmeli olarak çalışmakta olan personelin, kamu görevlileri sendikalarına üye olabileceklerdir.” DPD Başkanlığı 26.04.2007 tarih ve 6869 sayılı görüşü; “24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun hükümlerine göre sağlık Bakanlığında veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarında uzman tabip, tabip, hemşire, ebe veya sağlık memuru olarak çalışmakta iken aile hekimliği uygulaması kapsamında hizmet sözleşmesi imzalayanlarla Sağlık Bakanlığı personeli olup, aile hekimliği uygulaması kapsamında görevlendirilenler, kadroları ile ilgilerinin devam etmesi sebebiyle kamu görevlileri sendikalarına üye olabileceklerdir.” DPD. Başkanlığı 05/09/2008 tarih ve 16977 sayılı görüşü ; “3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 30 uncu maddesine istinaden çalıştırılan sözleşmeli personel kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecektir.” DPD. Başkanlığı 07.03.2008 tarih ve 4876 sayılı görüşü.

<sup>27</sup> RG. 29.01.1990 t. No: 20417 (Mükerrer)

#### 4 – Geçici Personel

657 sayılı DMK. m.4'de sözü edilen üçüncü tür istihdam şekli olan geçici personel statüsü yine aynı maddenin C bendinde tanımlanmıştır. Buna göre geçici personel,

-bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ile Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve

-belirtilen ücret ve adet sınırları içerisinde sözleşme ile çalıştırılan ve

- işçi sayılmayan kimselerdir.

Geçici personel uygulaması, daha çok bedensel çalışmalara ağırlık veren mevsimlik ve kısa süreli işlerde çalışacak kimselere ilişkindir.

Geçici personel istihdamı, DMK'nun ilk şeklinde yer almamış ancak daha sonra bu konuda ihtiyacın doğması ile 1974 yılında yapılan değişiklikle getirilmiş ancak çok kısıtlı bir uygulama alanı bulmuştur<sup>28</sup>.

Madde hükmünde de belirtildiği üzere, geçici personel çalıştırılabilecek hizmetin öncelikle bir yıldan az süreli veya mevsimlik bir hizmet olması gerekmektedir<sup>29</sup>. Ancak bir hizmetin geçici veya mevsimlik bir iş olup olmadığını tespit yöntemi ise yine Kanunda belirtilmiştir. Buna göre , bir hizmetin geçici veya mevsimlik olduğuna, Devlet Personel Dairesi ile Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca karar verilecektir. Ayrıca Bakanlar Kurulunun vermiş olduğu bu karar, çalıştırılacak geçici personel sayısı ile bu personele ödenecek ücret tutarını da içerecektir.

Geçici personel, sözleşmeli personel sayılamayacağı gibi, kanun gereği işçi de sayılamayacaktır. Zira madde hükmünde açık olarak geçici personelin işçi sayılmayan kimse olduğu belirtilmiştir.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 3 üncü maddesinin a fıkrasında yapılan kamu görevlisi tanımı dikkate alındığında, kamu kurumlarında çalışan geçici personelin de kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecekleri ifade edilebilecektir.

Ancak 657 sayılı Kanununun 4/C maddesi uyarınca geçici personel statüsünde istihdam edilen personelin sözleşmelerinin bitim tarihinde kamu görevinden ayrılmış olmalarından dolayı kamu görevlileri sendikalarındaki üyeliklerinin sona erecek, geçici personel statüsündeki pozisyonlara tekrar atananlardan kamu görevlileri sendikalarına üye olmak isteyenlerin ilgili mevzuat çerçevesinde yeniden üyelik başvurusunda bulunmalarının gerekecektir<sup>30</sup>

<sup>28</sup> PINAR, s.95

<sup>29</sup> Uygulama için bkz. Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu

<sup>30</sup> DPD Başkanlığı 06/02/2012 tarih ve 1661 sayılı görüşü

## II – KAMU GÖREVLİLERİ SENDİKALARINA ÜYELİK VE ÜYELİĞİN SONA ERMESİ

### A - Sendika üyeliğinin kazanılması

4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu kapsamında kamu görevlisi olan ve kamu görevlileri sendikalarına üye olması yasaklanmayan kamu görevlileri bakımından kamu görevlileri sendikalarına üye olmak serbesttir. Kamu görevlileri çalıştıkları işyerinin girdiği hizmet kolunda kurulu bir sendikaya üye olabileceklerdir.

4688 sayılı Kanunun 5 inci maddesi uyarınca kamu görevlileri sendikaları 11 hizmet kolunda kurulabileceklerdir. Söz konusu bu hizmet kolları ise, büro, bankacılık ve sigortacılık hizmetleri, eğitim, öğretim ve bilim hizmetleri, sağlık ve sosyal hizmetler, yerel yönetim hizmetleri, basın, yayın ve iletişim hizmetleri, kültür ve sanat hizmetleri, bayındırlık, inşaat ve köy hizmetleri, ulaştırma hizmetleri, tarım ve ormancılık hizmetleri, enerji, sanayi ve madencilik hizmetleri ile diyanet ve vakıf hizmetleri olarak sayılabilecektir.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun değişik<sup>31</sup> 14 üncü maddesi uyarınca kamu görevlileri sendikalarına üyelik, kamu görevlisinin üç nüsha olarak doldurup imzaladığı üye formu ile sendikaya başvurması ve başvurunun sendika yetkili organınca kabulü ile kazanılacaktır.

Üyelik başvurusu, sendika tarafından en çok otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik istemi kabul edilmiş sayılacak, haklı bir sebep gösterilmeden üyeliği kabul edilmeyen kamu görevlisinin, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahallî mahkemede dava açma hakkı olacaktır.

Kamu görevlileri sendikası, üyeliği kesinleşen kamu görevlisinin başvuru belgesinin bir örneğini üyenin kendisine verecek, bir örneği kendisinde kalacak, bir örneğini de üyelik ödentisine esas olmak ve dosyasında saklanmak üzere onbeş gün içinde işverene gönderecektir.

Kanun kapsamındaki bir kamu görevlisi, birden çok kamu görevlileri sendikasına üye olamayacak, birden çok sendikaya üyelik halinde ise sonraki üyelikler geçersiz sayılacaktır. Aynı tarihli birden fazla üyeliğe ilişkin bildirimler ise dikkate alınmayarak bu husus kamu işvereni tarafından ilgiliye ve sendikalara yazılı olarak bildirilecektir<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> 24.06.2004 t. ve 5198 sayılı Kanununun 1 inci maddesi ile

<sup>32</sup> UÇKAN, Banu; Türkiye'de Kamu Görevlileri Sendikacılığı (4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Çerçevesinde), İstanbul 2013, s.62; Kamu Görevlileri Sendikalarına Üyelik Formu için bkz. UÇKAN, s.143

4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun değişik<sup>33</sup> 25 inci maddesi uyarınca, kamu görevlileri sendikasına, kamu görevlisinin ödeyeceği üyelik ödentileri, doldurulan üyelik başvuru formuna ve sendika tüzüğünde belirtilen aylık ödenti tutarına göre kamu işverenince aylığından kesilerek beş gün içinde sendikaların banka hesaplarına yatırılacak ve ödenti listesinin bir örneği de ilgili sendikaya gönderilecektir. Kamu işvereni, sendikaya üye olan ve üyelik ödentisi kesilen kamu görevlilerinin listesini her ayın son haftasında, işyerinde herkesin görebileceği yerde ve kurumsal düzeyde duyurulabilecek diğer araçlarla ilan edecektir.

Aylık üyelik ödenti tutarı; kamu görevlisinin kadro ya da pozisyonuna bağlı ve her ay mutad olarak ödenmekte olan damga vergisine tâbi aylık brüt gelirleri toplamına, sendika tüzüğünde belirtilen oran uygulanmak suretiyle hesaplanacak, ödenti tutarı, 15 inci derecenin birinci kademesinden aylık alan Devlet memurunun damga vergisine tâbi brüt gelirleri toplamının binde dördünden az, otuzda birinden fazla olamayacaktır. Ayrıca, Sendika tüzüğüne, üyelik ödentisi dışında her ne ad altında olursa olsun, üyelere başka bir kesinti yapılmasını öngören hükümler konulamayacaktır.

Diğer yandan, aylıksız izinde olan kamu görevlilerine herhangi bir aylık ödenmemesi nedeniyle sendika üyelik ödentisi kesilmesine imkan bulunmaması ve mevzuatımızda da aylıksız izne ayrılan kamu görevlisinin sendika üyelik ödentisi adı altında bir ödeme yapmasına ilişkin bir düzenleme bulunmaması sebepleriyle, aylıksız izne ayrılmış kamu personelinden üyelik ödentisi kesilmesi söz konusu olmayacaktır<sup>34</sup>.

### **B – 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Uyarınca Kamu Görevlileri Sendikalarına Üye Olamayacaklar**

4688 sayılı Kanun'un temel amacının tüm kamu görevlilerinin sendikal haklardan yararlanmaları olmasına rağmen, kanun bazı kamu görevlerinin yaptıkları işlerin niteliği gereği sendika üyesi olamayacakları esasını getirmiştir. Sendika üyesi olamayacak kamu görevlilerinin belirlenmesi konusunda, 151 sayılı ILO sözleşmesinin birinci maddesinde yer alan; “Bu sözleşmede öngörülen güvencelerin, görevleri izlenecek politikaları belirleme olan ve yönetim işlevleri kabul edilen üst düzey görevlilere veya çok gizli nitelikte görevler ifade edenlere hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla belirlenecektir.” hükmünün dikkate alındığı Kanun gerekçesinde belirtilmiştir<sup>35</sup>

<sup>33</sup> 24.06.2004 t. ve 5198 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi ile

<sup>34</sup> DPD Başkanlığı 11/02/2013 tarih ve 5108 sayılı görüşü

<sup>35</sup> Bkz. Madde Gerekçeleri m.15 .<http://www2.tbmm.gov.tr/d21/l-0418.pdf>

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu kapsamında kamu görevlisi olmalarına karşın, bazı kamu görevlileri 4688 sayılı Kanun'un 15 inci maddesi uyarınca Kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacak ve sendika kuramayacaklardır.

Buna göre, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15 inci maddesine göre Kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacak ve sendika kuramayacak personel şu şekilde sıralanabilecektir.

a) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri,

b) Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar,

c) 4688 sayılı Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların müsteşarları, başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcıları, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilâtlarının denetim birimleri yöneticileri ve kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilâtlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, belediye başkanları ve yardımcıları,

Bu anlamda, il müdür yardımcısı, ilçe müdürlerine eşit ve daha üst konumda olmaları sebebiyle sendika üyesi olamayacaklardır<sup>36</sup>. Buna karşılık "hukuk müşaviri" dışında kalan "müşavir" unvanlı personel ise, kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecektir<sup>37</sup>

4688 sayılı Kanun'un ilk halinde (c) bendinde kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacak ve sendika kuramayacak kamu personeli arasında yer alan "100 ve daha fazla kamu görevlisinin çalıştığı işyerlerinin en üst amirleri ile yardımcıları" ise 04.04.2012 tarihli ve 6289 sayılı Kanununun 31 inci maddesiyle yasak kapsamı dışına çıkarılmışlardır.

d) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcıları,

Bu anlamda üniversite yönetim kurulu üyeleri kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacakları; ancak fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyelerinin kamu görevlileri sendikalarına üye olmalarının mümkün olduğu kabul edilebilecektir<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> DPD Başkanlığı 31/05/2012 tarih ve 10224 sayılı görüşü

<sup>37</sup> DPD Başkanlığı 12/06/2012 tarih ve 9931 sayılı görüşü

<sup>38</sup> DPD Başkanlığı 18/04/2013 tarih ve 2205 sayılı görüşü

Yine bunun gibi, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu çerçevesinde üniversitelerin tıp ve dış hekimliği fakültelerinde 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine göre çalışan personel ve üniversite hastaneleri, sağlık araştırma ve uygulama merkezleri ile sağlık bilimleri enstitüsünde 2914 sayılı Kanuna göre çalışan personel de ilgili hizmet kolunda örgütlü sendikalara üye olabilecektir<sup>39</sup>.

Ayrıca, yabancı uyruklu kamu çalışanları için sendikal hakların kullanımına ilişkin herhangi bir kanuni sınırlamanın bulunmadığı göz önüne alındığında, üniversitelerde sözleşmeli personel pozisyonlarında istihdam edilen yabancı uyruklu öğretim elemanlarının da kamu görevlileri sendikalarına üye olabilmeleri, üye olmak istedikleri kamu görevlileri sendikası tüzüğünde aksine bir hüküm olmaması kaydı ile mümkün olacaktır<sup>40</sup>.

- e) Mülkî idare amirleri,
- f) Silahlı Kuvvetler mensupları,
- g) Millî İstihbarat Teşkilâtı mensupları,

h) 4688 sayılı Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları,

Bu anlamda, merkezi Ankara'da olan Sermaye Piyasası Kurulunun denetim yetkisine haiz uzman ve uzman yardımcısı unvanlı personelinin yürüttükleri hizmet, görev, yetki ve sorumlulukları açısından bakıldığında 4688 sayılı Kanunun 15 inci maddesi kapsamına girdiği ve söz konusu personelin kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacağı Devlet Personel Dairesi Başkanlığınca mütalaa edilmiştir<sup>41</sup>.

i) Emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel

4688 sayılı Kanun'un ilk halinde (j) bendinde kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacak ve sendika kuramayacak kamu personeli arasında yer alan "kamu kurum ve kuruluşlarının özel güvenlik personeli" ise 04.04.2012 tarihli ve 6289 sayılı Kanunun 31 inci maddesiyle yasak kapsamı dışına çıkarılmışlardır.

- j) Ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri,

Bu anlamda Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi'nde çalışan kamu görevlileri de ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileriyle aynı nitelikte görev yapmaları sebebiyle kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacaklardır<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> DPD Başkanlığı 15/04/2013 tarih ve 6299 sayılı görüşü

<sup>40</sup> DPD Başkanlığı 21/12/2011 tarih ve 10556 sayılı görüşü

<sup>41</sup> DPD Başkanlığı 14/12/2012 tarih ve 18776 sayılı görüşü

<sup>42</sup> DPD Başkanlığı 25.07.2012 tarih ve 13305 sayılı görüşü



Uygulamada zaman zaman ortaya çıkan tereddütlü durumlara ilişkin olarak Başbakanlık Devlet Personel Dairesi Başkanlığı açıklamış olduğu görüşlerinde kamu görevlileri sendikasına üye olabilecek yada olamayacak kamu görevlilerine ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır. Buna göre,

-doğrudan merkeze bağlı, devlet tiyatroları müdürlüğü, koro müdürlüğü, koruma kurulları müdürlüğü, rölöve ve anıtlar müdürlüğünün müdür ve yardımcılarları<sup>43</sup> ;

-Orman İşletme Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatı olan bölge müdürlüklerine bağlı orman işletme müdürlüğü, orman bölge şefliği ile doğrudan adı geçen Genel Müdürlüğe bağlı Orman Harita ve Fotogrametri Müdürlüğü görevlerini yürüten personel<sup>44</sup>;

-Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne bağlı yurtlarda yurt müdürü ve müdür yardımcıları<sup>45</sup>;

- Basın yayın ve halkla ilişkiler müşaviri ve müşavir unvanlı kamu görevlileri<sup>46</sup>;

- Gümrük Müsteşarlığında görevli muhafaza memurlar<sup>47</sup>;

- “telekom muhafızı” ve “bekçi” unvanlı kamu görevlileri<sup>48</sup>;

- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı merkezi denetim elemanı olmayan Milli Eğitim Bakanlığı ilköğretim müfettişleri ile belediyelerde görevli iktisat müfettişleri<sup>49</sup>

-Bölge müdürlüklerine bağlı olarak görev yaptıkları bildirilen işletme müdürleri<sup>50</sup>

-Maliye Bakanlığı merkezi denetim elemanı olmayan vergi denetmenleri<sup>51</sup>;

kamu görevlileri sendikalarına üye olabileceklerdir.

Buna karşılık,

- il kültür müdür yardımcısı unvanlı kamu görevlileri<sup>52</sup>;

<sup>43</sup> DPD Başkanlığı. 29.11.2001 tarih ve 30136 sayılı görüşü

<sup>44</sup> DPD Başkanlığı. 30.11.2001 tarih ve 30699 sayılı görüşü

<sup>45</sup> DPD Başkanlığı. 18.10.2001 tarih ve 29162 sayılı görüşü

<sup>46</sup> DPD Başkanlığı. 18.10.2001 tarih ve 29162 sayılı görüşü

<sup>47</sup> DPD Başkanlığı. 29.01.2002 tarih ve 2256 sayılı görüşü

<sup>48</sup> DPD Başkanlığı. 03.01.2002 tarih ve 30133 sayılı görüşü ve 22.01.2002 tarih ve 1523 sayılı Görüşü

<sup>49</sup> DPD Başkanlığı. 03.01.2002 tarih ve 30132 sayılı görüşü

<sup>50</sup> DPD Başkanlığı. 30.11.2001 tarih ve 30135 sayılı görüşü

<sup>51</sup> DPD Başkanlığı. 20.03.2002 tarih ve 3484 sayılı görüşü

<sup>52</sup> DPD Başkanlığı. 09.10.2001 tarih ve 28050 sayılı görüşü

- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı merkezi denetim elemanı olan iş müfettişleri<sup>53</sup>;

kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacaklardır.

4688 sayılı Kanun'un ilk halinde (g) bendinde yer alan ve Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı dahil) çalışan sivil memurlar ve kamu görevlilerinin kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacaklarını ve sendika kuramayacaklarını belirten düzenleme ise Anayasa Mahkemesi'nin 10/4/2013 tarihli ve E.: 2013/21, K.: 2013/57 sayılı Kararı ile Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi verdiği kararda, asker kişi sayılmayan ve silah kullanımını gerektirmeyen kimi teknik ve lojistik hizmetleri yürüten sivil personel yönünden askeri bir disiplin anlayışını zorunlu kılan haklı bir neden bulunmadığını, sivil personelin sendika kurma hakkına sahip olmasının, askerliğin temelini teşkil eden disiplini zaafa uğratan bir unsur olarak görülemeyeceğini, Anayasa'nın 51 inci maddesinin birinci fıkrasında, sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkı tüm çalışanlar yönünden güvence altına alındığından Millî Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında çalışan sivil memurlar ve kamu görevlilerinin sendika kurması ve sendikalara üye olmasını yasaklayan kuralın, sendika kurma hakkına müdahale niteliği taşıdığını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Örgütlenme Hakkı"nı düzenleyen 11. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi uyarınca, kamu görevlilerinin sendika kurma hakkına meşru kısıtlamaların getirilebileceğini ancak, bunun için ikna edici ve zorlayıcı gerekçelerin bulunması gerektiğini, yerinde olarak belirtmiştir<sup>54</sup>.

Diğer yandan, 4688 sayılı Kanun uyarınca, sendikalara üye olmak hakkına sahip olanlardan Kanunda belirtilen "sendika üyesi olamayacaklar" arasında sayılan bir göreve atanması nedeniyle bu görevinin devamı süresince sendika üyeliği sona eren personelin, sendika üyesi olabileceği bir kadroya atanması sebebiyle yeniden sendika üyelik başvurusunda bulunmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır<sup>55</sup>.

### **C – Kamu Görevlileri Sendikaları Üyelikinin Sona Ermesi**

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun değişik<sup>56</sup> 16 ncı maddesi uyarınca, her üye üyelikten serbestçe çekilebilecektir. Üyelikten çekilme, çekilmek isteyen kamu görevlisi tarafından, üç nüsha olarak doldurulup imzalanan üyelikten çekilme bildiriminin kurumuna verilmesi ile gerçekleşecek, Kurum görevlisi, kayıt numarası ile tarih verilen çekilme bildiriminin

<sup>53</sup> DPD Başkanlığı. 03.01.2002 tarih ve 30132 sayılı görüşü

<sup>54</sup> AYM. 10.04.2013 t. E. 2013/21, K. 2013/57, RG. 12.07.2013 t. No: 28705

<sup>55</sup> DPD Başkanlığı 14/06/2012 tarih ve 7906 sayılı görüşü

<sup>56</sup> 24.06.2004 tarih ve 5198 sayılı Kanununun 2 nci maddesi ile

bir suretini derhal üyeye vermek zorunda olacaktır. Kamu işvereni ise, bildirim bir örneğini onbeş gün içinde sendikaya gönderecektir<sup>57</sup>.

Kamu görevlileri sendikası üyeliğinden çekilme, kamu işverenine başvurma tarihinden başlayarak otuz gün sonra geçerli olacak; çekilenin bu süre içinde başka bir sendikaya üye olması halinde yeni sendikaya üyeliği, bu sürenin bitim tarihinde kazanılacaktır.

Diğer yandan, kamu görevlileri sendikası üyeliğinin sona ermesi, üyenin sendikaya sendika üyeliğinden çıkarılması ile de gerçekleşebilecektir. Böyle bir durumda üyenin, sendikadan çıkarılma kararı sendika merkez genel kurulunca alınacaktır. Çıkarma kararı, çıkarılana ve işverene yazı ile bildirilecek; çıkarma kararına karşı üye, bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde görevli iş mahkemesine itiraz edebilecektir. Bu durumda mahkeme iki ay içinde kesin karar verecek, üyelik, çıkarılma kararı kesinleşinceye kadar sürecektir.

Diğer yandan, çekilme, göreve son verilmesi veya sair nedenlerle kamu görevinden ayrılanların ;

-kamu görevlileri sendikaları üyelerinin üyelikleri,

-sendika şubesi, sendika veya konfederasyon organlarındaki görevleri,

farklı bir hizmet koluna giren kuruma atanarlardan sendika üyesi olanların ise

-sendika üyelikleri,

-varsa sendika şubesi ve sendika organlarındaki görevleri

sona erecektir. Ancak varsa konfederasyon organlarındaki görevleri ise devam edecektir.

Bunun gibi, emekliye ayrılanların da sendika şubesi, sendika veya konfederasyon organlarındaki görevleri seçtikleri dönemin sonuna kadar devam edecektir.

Kamu Görevlileri Sendikaları ve Konfederasyonlarınca Düzenlenecek Üyeliğe Başvuru Belgesi, Çekilme Bildirimlerinin Şekli, İçeriği, Tutulacak Defterlerin Şekli, İhtiva Edeceği Bilgiler İle Kayıtların Düzenlenmesine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik<sup>58</sup>'in değişik<sup>59</sup> 7 nci maddesi uyarınca, sendika üyesi kamu görevlisinin, sendikanın kurulu bulunduğu hizmet kolunda kalmak şartıyla başka bir göreve atanması, kurum içinde nakledilmesi veya başka bir kurumdaki bir göreve atanması, farklı bir hizmet koluna giren kuruma atanması, emeklilik veya ölüm halinde, atamanın yapıldığı ve ayrıldığı işyerince, örneği Yönetmelik (EK-4) de gösterilen “Kamu Görevlileri Sendikaları Üyelikten Çekilme Dışındaki Diğer Nedenlerle Ayrılmalar ve İşyeri Değişikliği Bildirim Formu” düzenlenerek, değişik-

<sup>57</sup> Üyelikten çekilme bildirim formu için bkz. UÇKAN, s.146

<sup>58</sup> RG. 07.09.2001 t. No: 24516

<sup>59</sup> RG. 11.03.2005 t. No:25752

liği takip eden on beş (15) gün içinde ilgili sendikaya ve atandığı veya nakledildiği kuruma gönderilecektir.

Görüldüğü üzere, Sendika üyeliğinden çekilmek için Yönetmelik hükümleri çerçevesinde gerekli olan belge ve işlemler haricinde belge veya işleme gerek bulunmadığı; 4688 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümlerinde belirtilen usul ve şekil şartlarına uygun olmayan çekilme bildiriminin hukuken geçerli olmayacağı; sendika üyeliğinden çekilmenin, kamu görevlisi tarafından görev yaptığı kurumuna sendika üyeliğinden çekilme bildirimini vermesi ile gerçekleşeceği, çekilmenin kamu işverenine başvuru tarihinden itibaren otuz gün sonra geçerli olacağı, kamu kurum ve kuruluşları ile sendikalar arasında sendika üyeliğinden çekilme hususunda yapılacak olan yazışmalardaki usulün sendika üyeliğinden çekilmeye etkisi olmayacağı, belirtilen usule uygun olarak çekilme bildiriminde bulunan sendika üyesi kamu görevlisinin, sendika üyeliğinden çekilmesinin kabulüne veya geçerliliğine ilişkin ilgili sendikanın herhangi bir yetkisinin olmadığı ifade edilebilecektir<sup>60</sup>.

4688 sayılı Kanun uyarınca, üyeliğin devamı ve askıya alınması hallerinde 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 24 üncü maddesinde yer alan hükümler uygulanacaktır. Ancak bilindiği üzere, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 81 inci maddesiyle 2821 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış olup, 2821 sayılı Kanuna yapılan atıfların 6356 sayılı Kanuna yapılmış sayılacağı hüküm altına alınmıştır<sup>61</sup>.

6356 sayılı Kanunun “Sendika üyeliğinin sona ermesi ve askıya alınması” başlıklı 19 uncu maddesinde ise, herhangi bir askeri ödev nedeniyle silah altına alınanların sendika üyeliklerinin bu süre içinde askıda kalacağı belirtilmiştir.

Diğer yandan, 4688 sayılı Kanununun “Uygulamanın izlenmesi” başlıklı 42 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendinde yer alan; “Personel konularına ilişkin olarak karşılaşılabilecek sorunların Maliye Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşlerini alarak gidermeye Devlet Personel Başkanlığının yetkili olacağı düzenlemesine dayanarak, Devlet Personel Dairesi Başkanlığı sendikaya üyelik, sendika üyeliğinden istifa, istifa sonrası yeniden bir sendikaya üyelik, istifadan veya üyelikten vazgeçebilme vb. konularda ortaya çıkan tereddütleri gidermek, farklı uygulamalara mahal vermemek ve uygulamada birliği sağlayacak görüş tesis etmek amacıyla 10.04.2009 tarihinde Maliye Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı temsilcileri ile bir araya gelmiş ve söz konusu toplantıda oy çokluğu ile “İstifanın çekilme bildirimini kurumuna verilmesini takip eden otuz gün sonra geçerli olacağı göz önüne alındığında, sendika üyeliğinden çekilme bildiriminde bulunan bir kamu görevlisinin, otuz günlük süre içerisinde bu iradesinden bir di-

<sup>60</sup> DPD Başkanlığı 01/02/2012 tarih ve 1022 sayılı görüşü.

<sup>61</sup> DPD Başkanlığı 11/02/2013 tarih ve 5108 sayılı görüşü

lekçe ile vazgeçebileceği” değerlendirilmiş<sup>62</sup> ve bu değerlendirme doğrultusunda “Sendika üyeliğinden çekilme bildiriminde bulunan kamu görevlisinin, otuz gün içerisinde bu iradesinden bir dilekçe ile vazgeçip istifasını geri alabileceğine” ilişkin Devlet Personel Dairesi Başkanlığı görüşü tesis edilmiştir<sup>63</sup>.

Bu görüş doğrultusunda, çekilmeden vazgeçmeye ilişkin dilekçenin verilmesi ile kişinin sendika üyeliğinden çekilme iradesi ortadan kalkmakta ve mevcut sendika üyeliğinin devam etmesi gerekmekte olup, bu şartlar altında kişinin yeniden sendika üyeliğinden çekilmeye karar vermesi halinde, çekilme işleminin ancak 4688 sayılı Kanununun 16 ncı maddesinde öngörülen prosedüre uygun olarak gerçekleştirilebileceği değerlendirilmiştir<sup>64</sup>.

Bu anlamda, sendika üyeliğinden çekilme başvurusunda bulunan kamu görevlisinin, otuz günlük süre içerisinde bu iradesinden bir dilekçe ile vazgeçmesi halinde eski sendika üyeliği devam edeceğinden, yeniden eski sendikasına üyelik başvurusunda bulunmasına gerek bulunmayacaktır<sup>65</sup>.

## SONUÇ

Kamu görevlisi kavramının 1982 Anayasası’nda ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda tam olarak tanımlanmamasına karşın, 25.06.2001 tarih ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Ve Toplu Sözleşme Kanunu’nun 3 üncü maddesi “kamu görevlisi” kavramını tanımlamıştır. Kanundaki “kamu görevlisi” kavramı tanımı göz önüne alındığında, 4688 sayılı Kanun’un kapsamına giren “kamu görevlilerinin”, kamu kurum ve kuruluşlarının kadro veya pozisyonlarında işçi statüsünde istihdam edilen kamu görevlileri olduğu ifade edilebilecektir.

Bu şekilde işçi kavramı hariç tutulduğu takdirde genel olarak kamu görevlisi olarak kabul edilebilecek personel; memurlar, sözleşmeli personel ve geçici personel olacaktır.

4688 sayılı Kanunun ilk halinde yer alan “adaylık süresini tamamlamamış olan memurun” Kamu Görevlileri Sendikalarına üye olamayacağına ilişkin düzenlemenin kaldırılmasıyla aday dönemini tamamlamış memurlarla birlikte, geçmiş dönemde kamu görevlileri sendikalarına üyeliği mümkün olmayan aday memurların da kamu görevlileri sendikalarına üye olabilmelerinin önü açılmıştır. Ancak bir kadro veya pozisyona bağlı olmaksızın, ücret karşılığı görev yapan personelin 4688 sayılı Kanuna göre kamu görevlileri sendikası kurabilmeleri ve sendika üyesi olmaları ise mümkün olmayacaktır.

<sup>62</sup> Bkz. DPD Başkanlığı 24/04/2009 tarih ve 7140 sayılı görüşü

<sup>63</sup> DPD Başkanlığı 04/10/2012 tarih ve 13161 sayılı görüşü

<sup>64</sup> DPD Başkanlığı 04/10/2012 tarih ve 13161 sayılı görüşü

<sup>65</sup> DPD Başkanlığı 04/10/2012 tarih ve 13161 sayılı görüşü

Yine bunun gibi, 4688 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin değiştirilmesinden önceki dönemde maddede yer alan "işçi statüsü dışındaki bir kadro veya pozisyonunda daimi surette çalışan ... kamu görevlileri" ifadesi karşısında, farklı özellikler taşıyan sözleşmeli personelin hangilerinin kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecekleri, hangilerinin olamayacakları hususu önemli bir tartışma konusu iken, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 3 üncü maddesinde yapılan değişiklikle maddenin ilk halinde yer alan "işçi statüsü dışındaki bir kadro veya pozisyonunda daimi surette çalışan... kamu görevlileri" ifadesinin kaldırılması ile aynı adı taşımasına rağmen farklı istihdam şekillerini ifade eden "sözleşmeli personel" statüsünde çalışan kamu görevlilerinin tümünün kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecekleri ifade edilebilecektir.

4688 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin a fıkrasında yapılan kamu görevlisi tanımı dikkate alındığında, kamu kurumlarında çalışan geçici personelin de kamu görevlileri sendikalarına üye olabilecekleri ifade edilebilecektir. Ancak 657 sayılı Kanunun 4/C maddesi uyarınca geçici personel statüsünde istihdam edilen personelin, sözleşmelerinin bitim tarihinde kamu görevinden ayrılmış olmalarından dolayı kamu görevlileri sendikalarındaki üyelikleri sona erecek, geçici personel statüsündeki pozisyonlara tekrar atanarlardan kamu görevlileri sendikalarına üye olmak isteyenlerin ilgili mevzuat çerçevesinde yeniden üyelik başvurusunda bulunmaları gerekecektir.

4688 Sayılı Kanun kapsamında kamu görevlisi olan ve kamu görevlileri sendikalarına üye olması yasaklanmayan kamu görevlileri bakımından kamu görevlileri sendikalarına üye olmak serbest olup kamu görevlileri çalıştıkları işyerinin girdiği hizmet kolunda kurulu bir sendikaya üye olabilecekler ve her üye üyelikten serbestçe çekilebilecektir. Bununla beraber sendika üyeliğinden çekilme bildiriminde bulunan kamu görevlisinin, otuz gün içerisinde bu iradesinden bir dilekçe ile vazgeçip istifasını geri alabilmesi de mümkün olacaktır.

Ancak 4688 sayılı Kanun'un 15 inci maddesinde belirtilen Personel Kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacak ve sendika kuramayacaktır.

4688 sayılı Kanun'un ilk halinde bendinde kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacak ve sendika kuramayacak kamu personeli arasında yer alan "100 ve daha fazla kamu görevlisinin çalıştığı işyerlerinin en üst amirleri ile yardımcıları" ile "Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı dahil) çalışan sivil memurlar ve kamu görevlileri" kanun değişiklikleri ve Anayasa Mahkemesi iptal kararları ile yasak kapsamı dışına çıkarılmışlar ve bu personelin kamu görevlileri sendikalarına üyeliklerinin önü açılmıştır. Yabancı uyruklu kamu çalışanlarının sendika üyeliği de üye olmak istedikleri kamu görevlileri sendikası tüzüğünde aksine bir hüküm olmaması kaydı ile mümkündür.

Buna karşılık, 15 inci maddede belirtilen Personel dışında, Devlet Personel Dairesi Başkanlığı; il kültür müdür yardımcısı unvanlı kamu görevlileri ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı merkezi denetim elemanı olan iş müfettişlerinin de kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacaklarını belirtmiştir.

Diğer yandan, 4688 sayılı Kanun uyarınca, sendikalara üye olmak hakkına sahip olanlardan Kanunda belirtilen “sendika üyesi olamayacaklar” arasında sayılan bir göreve atanması nedeniyle bu görevinin devamı süresince sendika üyeliği sona eren personelin, sendika üyesi olabileceği bir kadroya atanması sebebiyle yeniden sendika üyelik başvurusunda bulunmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır.

**KAYNAKÇA**

- ASLAN, Onur Ender**, Kamu Personel Rejimi – Statü Hukukundan Esnekliğe; TODAİE Ankara Mayıs 2005
- BERKSUN, Abdullah/EŞMELİOĞLU, İbrahim**, Açıklamalı Gerekçeli İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989
- CAN, Mevlüt**, Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kapsam Dışı Personelin Niteliği, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.13, S. 4, Şubat 1995, s. 7 - 13
- CAN, Mevlüt**, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği, İstanbul 1994, s. 48-49
- ÇİTÇİ, Oya**, Türkiye’de Kamu Görevlilerinin Sayısal Görünümü, Amme İdaresi dergisi, C.21, S.3, Eylül 1988, s.40 vd.
- DURAN, Lütfi**, Sözleşmeli Personel, 07.12.1989 tarihli Cumhuriyet Gazetesi
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref**, Yönetim Hukuku, 14.Baskı, Ankara 2000
- GÜLMEZ, Mesut**, Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788’den 4688’e: 1926-2001; TODAİE, Ankara 2002
- KESER, Hakan**, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, İzmir 1992, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi
- KESER, Hakan**, Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, 3.Bası, İzmir 2013
- KUTAL, Metin**, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Statüsü (Hukuki Sorunlar ve Yargı Kararları) Cahit TALAS’a Armağan, Ankara 1990
- ÖZBEK, Oğuz**, Sendikacılık ve Toplu İş Sözleşme Mevzuatı, 2.Bası, İstanbul 1986
- PINAR, İbrahim**, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 9.Bası, Ankara 2006
- REİSOĞLU, Seza**, Toplu İş Sözleşmelerinde Kapsam Dışı Personelin Hukuki Durumu, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.6, S.1, Ocak 1982, s.4 vd.
- SUR, Melda**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 3.Bası, Ankara 2009
- UÇKAN, Banu**, Türkiye’de Kamu Görevlileri Sendikacılığı (4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Çerçevesinde), İstanbul 2013
- YAŞAR, Hasan Nuri**, İdare Hukuku, (Genel Esasları), Ankara Kasım 2013



# TÜRKİYE'DE İŞ UYUŞMAZLIKLARININ ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

*(Alternative Dispute Resolutions of Labour Issues in Turkey)*

Melda SUR\*

## ÖZET

Türk hukukunda, iş mahkemelerinin kuruluş tarzı ve görev kuralları hakkında yargının tarafsızlık ve bağımsızlığını gözeten ilkeler ile işçiyi koruma düşüncesi, iş uyuşmazlıklarında alternatif çözüm yollarına, özellikle tahkime karşı ihtiyatlı bir yaklaşıma neden olmuştur. Bununla birlikte, iş mahkemelerinin ve özellikle Yargıtay'ın iş davalarına bakan dairelerinin artan iş yükü ve davaların uzaması dolayısıyla bu geleneksel anlayış gözden geçirilmekte ve iş uyuşmazlıklarının alternatif çözüm yolları yönünde arayış ve çalışmalar sürdürülmektedir. Bu bağlamda özellikle tahkim ve arabuluculuk gibi alternatif çözüm yollarının iş uyuşmazlıklarına da teşmili üzerinde durulmaktadır. Farklı nitelikteki toplu menfaat uyuşmazlıklarında ise, arabuluculuk ve zorunlu tahkim müesseseleri geleneksel rollerini sürdürerek, sendikaların önde gelen işlevleriyle birlikte ilgili bir karşılaştırma olanağı sunmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** İş uyuşmazlıkları, iş mahkemeleri, alternatif çözüm yolları, tahkim, arabuluculuk.

## *Abstract*

The traditional view concerning the composition of labour courts tends to guarantee the independence and impartiality of courts. A similar conception leads to a restrictive approach towards arbitration and other alternative modes of resolution of labour litigation, due to the need to protect the worker. However, this restrictive approach tends to be abandoned, faced with an increasing number of files and workload touching in particular the labour chambers of the Court of Cassation. Therefore, alternative modes of resolution are studied and discussed, in view to improve the administration of Justice. On the other hand, collective interest disputes are of a different nature, and traditionally submitted to more diversified ways of solution, such as mediation and compulsory arbitration in some cases. At this regard, the important function given to trade unions, characterize the Turkish industrial relations system.

**Keywords:** Labour litigation, labour courts, alternative dispute resolution, arbitration, mediation.

---

\* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

## **Place des modes alternatifs de résolution des litiges du travail en Turquie<sup>1</sup>**

### **Introduction**

Les contentieux du travail, très fréquents en Turquie, occupent une part importante parmi les litiges dans le domaine civil. Il est naturel que dans ce contexte des travaux aient été entrepris afin de trouver des modes alternatifs de résolution, venant précéder, voire remplacer les classiques voies judiciaires.

Dans ce bref exposé, il s'agit de tracer d'abord les grandes lignes des modes traditionnels de résolution des litiges dans le domaine social (I). Ensuite devraient être analysées les propositions concrètes de modes alternatifs tels que la médiation et l'arbitrage, avec les arguments pour et contre ces procédures extrajudiciaires (II). Enfin, un état des procédés de solution des conflits collectifs de travail pourra permettre de situer et comparer les divers modes de résolution en Turquie (III).

### **I. Approche traditionnelle des modes de résolution des litiges juridiques**

#### ***A. Composition des tribunaux réservée aux juges de métier***

L'approche traditionnelle adoptée dans le domaine social peut se résumer en cette brève formule : *Pour les litiges juridiques la compétence est réservée aux tribunaux du travail composés exclusivement de magistrats de métier.*

C'est dans une telle perspective que la Cour Constitutionnelle avait annulé en 1971 les dispositions de la *Loi sur les tribunaux du travail* de 1950 prévoyant à l'origine une composition mixte, avec des membres représentant les travailleurs et les employeurs, présidés d'un juge de métier. Or cette composition quasi prud'homale fut considérée en contradiction avec le principe constitutionnel de l'indépendance des tribunaux (Arrêt du 13.4.1971, 1970/63 – 1971/38)<sup>2</sup>. Parmi les motifs de son arrêt, la Cour Constitutionnelle constate que les membres qui représentent respectivement les salariés et l'employeur continuent d'exercer leur métier et ne sont point liés par les règles régissant le statut des juges, qui garantissent à ces derniers l'impartialité et l'indépendance. En effet, ces représentants, après être choisis par des organisations de travailleurs et d'employeurs, organismes nullement impartiaux, sont ensuite nommés par les Ministères de la Justice et du Travail qui eux-mêmes font partie du pouvoir exécutif de l'État. La Loi prévoyait un système mixte : en un premier temps l'élection de 12 candidats par la Chambre

<sup>1</sup> Bu yazı, 6-7 Haziran 2013 tarihlerinde Bordeaux'da COMPTRASEC - Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale tarafından düzenlenen "L'accès à la justice sociale en droit international et comparé" başlıklı uluslararası Kolokyumda sunulan tebliğin makale hâline dönüştürülmüş şeklidir.

<sup>2</sup> Arrêt publié au Journal Officiel du 16.11.1971, No. 14017.

de Commerce et d'Industrie locale du côté employeur, et 12 par des délégués des travailleurs. Ensuite, parmi ces candidats, les Ministères de la Justice et du Travail nommaient un membre et trois suppléants appelés à siéger au tribunal pour une durée de deux ans<sup>3</sup>.

Ainsi, tenant compte, entre autres, du rôle prépondérant des administrations dans le choix des membres des tribunaux du travail, certaines caractéristiques mentionnées ci-dessus montreraient en effet que le système d'origine était loin de garantir l'impartialité et l'indépendance des tribunaux, vis-à-vis des nombreuses dispositions de la Constitution tendant à sauvegarder l'indépendance du juge.

### ***B. Approche restrictive à l'égard de l'arbitrage***

Outre le choix de la composition des juridictions du travail qui illustre une conception « publiciste » de la justice, une méfiance générale caractérise également l'approche à l'encontre de l'arbitrage, comme le montre l'attitude de la Cour Constitutionnelle aussi bien que celle de la Cour de Cassation.

#### *1. L'approche de la Cour Constitutionnelle*

Après que la Turquie ait ratifié la Convention 158 de l'OIT sur le licenciement (1982), le Code du Travail de 2003 avait introduit l'exigence d'un motif valable de rupture et le recours en réintégration des travailleurs en cas de licenciement injustifié avec une possibilité de recours à l'arbitrage dans le cadre de ces litiges basés sur les arts. 18-20 du Code du travail. Or, la Cour Constitutionnelle a annulé précisément la disposition qui prévoyait initialement la possibilité d'inclure dans des conventions collectives une clause d'arbitrage (Arrêt du 19.10.2005, E.2003/66, K.2005/72)<sup>4</sup>. Les principaux motifs d'inconstitutionnalité sont fondés sur l'exclusivité du pouvoir judiciaire réservé à des tribunaux indépendants (art. 9 de la Constitution), ainsi que le droit de chaque citoyen d'ester en justice (art. 36 de la Constitution).

Toutefois, notons que la disposition légale qui permet aux parties elles-mêmes de recourir à l'arbitre dans un délai de 1 mois à partir du licenciement (art. 20/I du Code du Travail) demeure valide. Ainsi, la Cour Constitutionnelle ne ferme pas complètement la voie à l'arbitrage, lorsque celui-ci se trouve choisi par les parties elles-mêmes au litige.

<sup>3</sup> Loi No.5521 du 30.1.1950, JO 4.2.1950, No. 7424.

<sup>4</sup> JO du 24.11.2007, No. 26710.

## 2. *L'approche de la Cour de Cassation*

Selon une jurisprudence bien établie, la Cour de Cassation, à l'instar de la Cour Constitutionnelle, considère les clauses d'arbitrage figurant dans des conventions collectives inopérantes à l'égard des salariés<sup>5</sup>.

La jurisprudence de la Cour de Cassation semble aller encore plus loin dans un sens restrictif, car de manière plus générale la Cour refuse tout effet à des compromis d'arbitrage consentis au niveau individuel, tant que la relation de travail continue. Parmi les motivations de cette jurisprudence, le caractère d'ordre public des droits des travailleurs est souligné, de sorte que les litiges du travail ne peuvent être laissés à la libre disposition des parties. L'inégalité du rapport de forces entre les deux parties et la dépendance économique et juridique durant la relation de travail rendrait inéquitable ce type de clauses (voir par exemple les arrêts de la Cour de Cassation, 9<sup>ème</sup> Chambre civile du 10.12.2007, 20796/37365<sup>6</sup> et du 26.5.2008, 10997/12660<sup>7</sup>).

Par contre des compromis d'arbitrage contractés après la fin de la relation de travail semblent acceptables et sont considérés valides. Toutefois, là encore, en dehors des actions en réintégration fondées sur les arts. 18-20 du Code du Travail où ce type de clause est expressément prévu par la loi, la clause d'arbitrage semble inopérante et ne saurait lier les parties. La motivation est basée sur une conception restrictive selon laquelle en dehors des cas énumérés par la loi et en dehors des droits et obligations que les parties elles-mêmes ont prévu de soumettre à l'arbitration, une interprétation restrictive s'impose<sup>8</sup>.

## C. *Approche restrictive à l'encontre d'actes de renonciation*

On peut considérer comme un prolongement logique de cette tendance, le souci de protéger la partie la plus faible qui conduit le juge, puis le législateur à apporter des restrictions dans le domaine des renonciations individuelles et autres clauses défavorables aux travailleurs.

### 1. *Invalidité des renonciations aux avantages apportés par la convention collective*

Une approche « protectrice » amène la Cour à refuser tout effet aux renonciations individuelles à des avantages apportés par la convention collective (sous

<sup>5</sup> HGK 10.11.1965 (Cour de Cassation, Chambres Réunies), 9/643/405, Resmî Kararlar Dergisi, No.5-6, Temmuz-Ağustos 1966, p.89 et s.. Voir également: 9<sup>ème</sup> Ch. Civile, 14.9.1964, 4983/5429, İKİD, No.49, Ocak 1965, p.3505-06.

<sup>6</sup> Cas d'une clause d'arbitrage imposée au travailleur en échange du paiement d'indemnités de rupture, Legal İş Hukuku Dergisi, 2008/17, p.138.

<sup>7</sup> *Tekstil İşveren Karar İncelemeleri*, İstanbul 2011, p.270-273; commentaires de F. Şahlanan.

<sup>8</sup> 9<sup>ème</sup> Ch. Civile, 22.3.2004, 5846/5621, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

réserve d'une transaction judiciaire)<sup>9</sup>. Cette jurisprudence est justifiée et dans l'ensemble approuvée par la doctrine. En effet, dans le cas contraire, il serait aisé à l'employeur d'imposer à ses salariés isolés des clauses défavorables par rapport à la convention collective conclue avec un syndicat. La Loi sur les Syndicats et les conventions collectives de travail met en avant les principes de la force obligatoire et de l'effet favorable des conventions collectives (art. 36), qui sont des principes inhérents à la nature même de la convention collective de travail et la raison d'être de la négociation collective.

### *2. Restrictions vis-à-vis des reçus pour solde de tout compte*

Une jurisprudence bien établie restreignait la pratique abusive des reçus pour solde de tout compte que l'employeur faisait très fréquemment signer au salarié durant, voire au début de la relation de travail. Le récent Code des Obligations de 11.1.2011 va plus loin que cette jurisprudence, en considérant automatiquement comme nuls les reçus pour solde de tout compte dressés durant la relation de travail. La loi exige de surcroît des conditions très strictes pour leur validité (art. 420 du Code des Obligations). Ainsi, ce type de document ne sera valide que s'il est signé après au moins un mois à partir de la date de la fin du contrat et doivent y être indiquées précisément la somme et la nature de chaque créance payée ; le paiement devra de surcroît être préalablement effectué par voie bancaire. Il apparaît ainsi que ces actes ne constituent plus des renonciations, mais de simples quittances qui étayant un paiement effectif et fortement formalisé.

Pour conclure à la première partie, on peut dire que la défiance à l'encontre de l'arbitrage et aux renonciations est tellement ancrée qu'elle sera difficilement abandonnée. Cette défiance se justifie par un souci de protection de la partie la plus faible, et correspond au principe constitutionnel de « l'État de droit, social, respectueux des droits de l'Homme » figurant parmi les principes considérés comme immuables (arts. 2 et 4) et concrétisé par l'article 5 qui énonce les buts et devoirs fondamentaux de l'État.

Or, des développements plus récents tendent à mettre en question le monopole et peut-être, la prééminence de la voie judiciaire.

## **II. Recherche de voies alternatives de résolution des litiges**

### *A. Différentes alternatives préconisées*

Actuellement, parmi les 150000 dossiers en attente auprès des chambres civiles de la Cour de Cassation, la moitié concernent les litiges du travail et de la

<sup>9</sup> 9ème Ch. Civile, 21.2.2006, 38473/4428, Yargıtay Kararları Dergisi, Ağustos 2006, p.1242; 27.12.2006, 14061/34861, Legal İHD, 2007/16, p.1582; 10.5.2007, 27830/14717, Çalışma ve Toplum 2008/1, S.16, p.313.

sécurité sociale<sup>10</sup>. Prenant en considération cette surcharge de travail touchant plus particulièrement les chambres sociales de la Cour de Cassation, de nouvelles chambres affectées aux litiges sociaux ont été créées : la 22<sup>ème</sup> Chambre, puis plus récemment la 7<sup>ème</sup> Chambre, en addition aux 9<sup>ème</sup>, 10<sup>ème</sup> et 21<sup>ème</sup> Chambres qui examinent respectivement les pourvois en cassation en matière de relations de travail, sécurité sociale et accidents du travail.

Deux facteurs auraient contribué à cet accroissement des procès : les demandes de réintégration de travailleurs licenciés en application des dispositions du Code du travail introduites en 2003, et d'autre part l'unification en 2006 du système de sécurité sociale qui a absorbé en son sein la caisse de retraite des fonctionnaires. Face à la surcharge de travail des tribunaux dans le domaine social, les autorités publiques ont été amenées à revoir leur optique formelle et protectionniste, et on peut se demander si un virage n'est pas en train de s'effectuer. Dans le but d'alléger la charge, les autorités judiciaires et académiques ont été amenées à rechercher de nouvelles solutions.

La présidence de la Cour de Cassation a récemment créé un groupe de travail pour débattre des diverses propositions tendant à assouplir et faciliter les modes de résolution des litiges, notamment par des méthodes alternatives qui viendraient en addition aux recours judiciaires traditionnels<sup>11</sup>. Les solutions préconisées sont diverses. Parmi les formules énumérées, il est question de :

- Groupes d'arbitres avec notamment une possibilité pour les parties de choisir l'arbitrage dans les cas de rupture du contrat ;

- Une extension de l'usage de la médiation prévue par la récente *Loi No.6325 sur la Médiation dans les litiges civils*<sup>12</sup>; le juge pouvant au début du procès conseiller aux parties de chercher une solution amiable ou également préconiser le recours à la médiation<sup>13</sup>.

- En matière de sécurité sociale, un recours préalable auprès de l'autorité administrative (l'Institution de la sécurité sociale) avant tout recours judiciaire ou arbitral, où les parties seraient tenues préalablement de s'adresser à l'administration habilitée à réviser l'acte administratif litigieux. Dans ces cas l'organe public aurait l'avantage d'être avisé à temps du problème et éventuellement prendre les dispositions adéquates.

<sup>10</sup> Discours du Président de la Cour de Cassation, Ali Alkan, lors de l'ouverture de l'année judiciaire, le 2.9.2013.

<sup>11</sup> Document de la présidence de la Cour de Cassation daté le 22.2.2013, adressé au Ministère de la Justice. Ces documents sont accessibles au public par le site du gouvernement.

<sup>12</sup> Loi adoptée le 7.6.2012, publiée au Journal Officiel du 22 juin 2012, No. 28331.

<sup>13</sup> La *Loi No.5521 sur les Tribunaux du Travail* en son article 7 (modifiée par la Loi No. 6325 sur la Médiation Civile), prévoit qu'en première audience du procès, le juge invite les parties à une transaction amiable ou à la médiation.

- Enfin, il est fait mention d'un recours obligatoire à des « groupes d'arbitres des contentieux du travail et de la sécurité sociale » lorsque l'intérêt pécuniaire reste en deçà d'une limite définie par la loi.

Toutes ces formules visent à obtenir une résolution des litiges plus rapide et moins onéreuse, de manière à alléger le poids des Cours et tribunaux en matière sociale et leur permettre par conséquent de mieux examiner les affaires en cours.

Notons que ces travaux reflètent dans une certaine mesure les résolutions<sup>14</sup> et recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ; notamment la *Recommandation (81)7 du 14 mai 1981 sur les moyens de faciliter l'accès à la justice* ; la *Recommandation (84)5 du 28 février 1984 sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice* ; la *Recommandation (86)12 du 16 septembre 1986 relative à certaines mesures visant à prévenir et réduire la charge excessive des tribunaux* ; la *Recommandation (93)1 du 8 janvier 1993 relative à l'accès effectif au droit et à la justice des personnes en situation de grande pauvreté* ; la *Recommandation (2001)9 du 5 septembre sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées* ; et la *Recommandation (2002)10 du 10 septembre 2002 sur la médiation en matière civile*.

## **B. L'arbitrage**

### *1. L'arbitrage réglé en droit turc*

En Turquie l'arbitrage dans le domaine civil est réglé dans le *Code de procédure civile*<sup>15</sup> en sa Partie XI, arts. 407-444. Les dispositions actuelles ont été largement calquées sur le modèle de la Loi type sur l'arbitrage commercial international<sup>16</sup>.

Comme on le sait, une des différences fondamentales de l'arbitrage par rapport au mode judiciaire est le caractère facultatif du recours qui est laissé au libre choix des parties. Les parties choisissent les arbitres, peuvent déterminer elles-mêmes les règles de procédure applicables, sous réserve des dispositions légales en la matière. Il leur est même possible de choisir les règles matérielles de droit à appliquer au litige en question.

Certes, en droit turc il existe des litiges qui ne peuvent être référés à l'arbitre<sup>17</sup> : ceux relatifs à des droits réels sur des biens immobiliers, et de manière plus générale

<sup>14</sup> Notamment la *Résolution No. 1 sur l'administration de la justice* au 21<sup>e</sup> siècle adoptée par les Ministres européens de la Justice à leur 23<sup>e</sup>ème Conférence les 8-9 juin 2000 à Londres, où il est question parmi d'autres points d'encourager le recours le cas échéant aux procédures extrajudiciaires.

<sup>15</sup> Loi No.6100 du 12.1.2011, entrée en vigueur au 1.10.2011, publiée au Journal Officiel du 4.2.2011, No. 27836.

<sup>16</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial et international (CNUDCI) – « UNCITRAL 1985 ».

<sup>17</sup> *Code de procédure civile*, art. 408.

les droits et obligations qui ne sont pas laissés à la libre disposition des parties. La législation a pourvu à l'impartialité des arbitres (arts. 417-418), l'égalité des parties, ainsi que le droit d'être entendu en justice (art.423) qui sont des principes impératifs régissant le déroulement de l'arbitrage.

## *2. Avantages et inconvénients de l'arbitrage et autres voies alternatives*

Les avantages de l'arbitrage sont multiples : à côté de la célérité, simplicité et discrétion de la procédure, l'arbitre pourra être choisi par les parties en fonction de sa spécialisation et ses connaissances techniques, de sorte qu'il ne sera pas nécessaire de recourir à des expertises coûteuses et laborieuses comme c'est le cas dans les procès. Par contre l'arbitre risque d'être moins bien doté du point de vue formation et expérience juridiques, comparé avec les juges de métier.

Quant à la durée de la procédure, l'arbitre aurait l'avantage (ou du moins le choix) de ne pas à s'occuper de nombreux dossiers, contrairement aux tribunaux qui souffrent d'une surcharge d'affaires. Grâce à la souplesse de la procédure, les notifications et soumissions de preuves peuvent se faire plus rapidement, par fax ou voie électronique ; les visites des lieux, constats et autres formalités ne requièrent pas de commission rogatoire. Les voies de recours sont plus limitées<sup>18</sup> et la sentence devient définitive et exécutoire plus rapidement. Enfin, comme la publicité n'est en principe pas requise, l'avantage de la discrétion dans la procédure arbitrale est particulièrement important, surtout en matière commerciale<sup>19</sup>.

En conclusion, le recours à l'arbitre évitera aux parties un processus long et coûteux.

Pourtant, les dangers ne sont point absents. Dans le domaine des droits sociaux qui sont des droits fondamentaux, un contrôle juridictionnel semble indispensable, surtout en considération des catégories désavantagées. Le respect de certaines règles de procédure tendant à obtenir un procès équitable s'avère d'importance cruciale. À cet égard, les principes du « juge compétent légal », de « l'égalité devant la loi » ont une signification particulière. Or ce sont justement ces principes qui peuvent être mis en cause en cas d'arbitrage et de médiation où le choix de l'arbitre ou médiateur est laissé à la disposition des parties. Il est probable que ce libre choix s'exerce aux dépens de la partie la plus démunie.

De surcroît, alors qu'il existe des mécanismes d'assistance judiciaire permettant dans le cadre des tribunaux étatiques de pallier au problème des coûts du

<sup>18</sup> Selon l'art. 439 du Code de procédure civile, les sentences arbitrales seront annulées par le tribunal compétent dans les cas énumérés, notamment pour les cas d'excès des limites de la compétence, d'irrégularité dans la procédure ayant un effet sur l'issue du procès, des violations du principe d'égalité des parties et du droit d'être entendu, et en cas de sentence contraire à l'ordre public.

<sup>19</sup> Voir: M. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2004, p.153-174 ; H. Pekcanitez/O. Atalay/M. Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara 2011, p.684-685.



procès, ces mécanismes feront souvent défaut dans le domaine des résolutions alternatives<sup>20</sup>. Enfin, les voies de recours sont restreintes, contrairement aux voies juridictionnelles.

### C. La médiation

#### 1. La médiation réglementée en droit turc

La récente *Loi sur la médiation dans les litiges civils* (Loi No.6325, date : 7.6.2012)<sup>21</sup>, constitue une sorte de réponse aux problèmes de surcharge des tribunaux. La Loi définit la médiation comme un mode de résolution facultatif, où une troisième personne indépendante et impartiale tente de faciliter le dialogue entre les parties qui parviendront elles-mêmes à trouver une solution (art.2/b). Comme la définition l'indique, les parties sont libres de recourir à ce mécanisme.

Les médiateurs sont choisis sur un registre et les conditions requises pour être médiateur sont définies par la loi et le règlement. Parmi ces conditions figurent notamment : une expérience d'au moins 5 années dans la profession, être diplômé de droit, passer par une formation spéciale de médiateur dans des institutions précisées (art. 20) et l'absence de condamnation pour crimes et délits intentionnels.

La Loi souligne que l'égalité des parties devra être assurée (art.3/2 ; art.9/3). À la fin de la médiation l'accord éventuel des parties sera rédigé par écrit et signé ; il obtient force exécutoire par le biais d'une mention du tribunal compétent.

Le recours à la médiation suspend le processus judiciaire déjà entamé, pour 3 mois, de manière renouvelable une seule fois à la demande des deux parties. *Le Règlement portant application de la Loi sur la médiation* précise que le médiateur s'abstiendra de donner d'avis juridique aux parties durant le processus de médiation, et ne peut « imposer une proposition de solution ou un catalogue de solutions qu'il aurait élaborés, ni contraindre les parties à s'entendre sur une formule conçue lors des négociations » (art. 19/5 du Règlement).

#### 2. Avantages et inconvénients de la médiation

Dans le domaine juridictionnel les inconvénients inhérents aux actions en justice ont toujours existé : Les différends entre les parties s'approfondissent dans un esprit d'antagonisme au long d'un procès qui durera des années. Le processus judiciaire et son issue sont en large partie hors du contrôle des parties, de sorte qu'il peut aboutir à une décision que ni l'une ni l'autre des parties n'a pu prévoir ni

<sup>20</sup> *La Recommandation (93)1* du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à l'accès effectif au droit et à la justice des personnes en situation de grande pauvreté, préconise notamment d'étendre l'aide judiciaire ou d'autres formes d'assistance à toutes les juridictions et toutes les procédures, contentieuses ou gracieuses.

<sup>21</sup> JO 22 Juin 2012, No. 28331.

désirer au départ. La procédure judiciaire est basée sur le constat de faits passés et leur confrontation à des normes prédéfinies ; alors que dans la médiation les parties parviennent elles-mêmes à une solution qui répondra à leurs intérêts et besoins dans le futur. De ce fait le résultat d'une composition amiable sera plus durable. Tenant compte de la nature de beaucoup de litiges civils, une solution amiable fondée sur des concessions réciproques aurait l'avantage de contenter les deux parties. Enfin, d'un point de vue plus global, les modes basées sur le dialogue et une approche pacifique contribueraient à la paix sociale<sup>22</sup>.

Les arguments énumérés ne manquent pas de poids. Toutefois il faut rappeler que dans les procédures extrajudiciaires, en dehors de l'arbitrage, la conformité à des normes juridiques ou contractuelles n'est nullement acquise. En fait, les procédés amiables aboutissent souvent à des solutions qui ne se conforment ni à la loi et ni aux obligations contractuelles. La solution acceptée serait alors plutôt comparable à une nouvelle convention entre les parties, en quelque sorte un « contrat », et ceci constitue sans doute un danger dans les relations entre le travailleur et l'employeur.

Il semble que les réserves émises par les milieux qui critiquent les modes alternatifs dans le domaine social ne sont pas tout à fait injustifiées<sup>23</sup>.

### III. Les conflits collectifs de travail

#### A. *Modes de résolution*

##### 1. *Aperçu général et médiation dans les conflits collectifs*

Envisagés d'un point de vu global, en Turquie, les modes de résolution des litiges et conflits du travail se différencient fondamentalement selon le type de différend en cause : Dans le domaine des conflits collectifs d'intérêts, les modes se diversifient et depuis très longtemps les modes amiables comme la médiation et l'arbitrage se trouvent favorisées et réglementées par la loi.

Il est important de noter que la médiation dans les conflits collectifs de travail se distingue nettement de la (nouvelle) médiation civile dont il a été fait mention plus haut. La médiation dans les relations collectives constitue la phase traditionnelle préalable à toute grève. C'est un mode de résolution de longue date réglementé par la législation sur les relations collectives de travail.

Notons que la « médiation » a succédé en 1983 à l'ancien mécanisme des « comités de conciliation » qui, dans le passé (1936-1983) devaient se constituer

<sup>22</sup> Özbek, p.159-180; Pekcanitez/Atalay/Özekes, p.706.

<sup>23</sup> Voir par ex.: Z. Şişli, « Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm », *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, p.45-67 et sources citées. Voir et comparer : D. Boulmier, « Contentieux individuels de travail et conciliation/médiation : état des lieux (dégradé !) », *Droit Social*, No.2, Février 2012, p.121-134.

séparément pour chaque conflit. Or ce procédé s'était avéré lourd et laborieux en pratique

En réalité le système actuel de la médiation reste au fond inchangé : toute grève doit être obligatoirement précédée d'une phase de règlement pacifique qui est actuellement une *médiation* assez fortement institutionnalisée. D'efficacité toute relative, cette phase est néanmoins considérée comme indispensable pour permettre aux parties de parvenir à un accord. La médiation est réglementée à l'article 50 de la *Loi sur les syndicats et les conventions collectives de travail*<sup>24</sup>, et des dispositions plus détaillées sont prévues dans le règlement sur l'arbitrage et la médiation.

Comme il ne s'agit pas de litiges juridiques, les conditions requises pour figurer à la liste officielle de médiateurs sont plus souples<sup>25</sup>. Le médiateur est choisi sur cette liste par les parties, et à défaut d'accord, nommé par la direction départementale de l'emploi. La durée de la médiation est de 15 jours et peut être prolongée de 6 jours à la demande des parties.

À la fin de la médiation, si les parties ne parviennent pas à un accord, un procès-verbal sera dressé par le médiateur et c'est après notification de ce « procès-verbal de désaccord » que le syndicat peut recourir à la grève.

## 2. L'arbitrage dans les conflits collectifs

L'arbitrage dans les conflits collectifs de travail qui sont des conflits d'intérêts, constitue en quelque sorte une alternative à la grève. Il faut distinguer l'arbitrage facultatif de l'arbitrage « obligatoire » de la *Cour supérieure d'arbitrage (Yüksek Hakem Kurulu)* qui est saisie sur la demande d'une des parties en cas d'interdictions de grève. En effet, dans les cas où la grève est interdite ou suspendue ou empêchée suite à un vote, chacune des parties peut s'adresser à la Cour supérieure d'arbitrage. Il s'agit d'un système d'arbitrage obligatoire dans le sens où l'accord des deux parties n'est pas requis pour y recourir et l'issue de cet arbitrage est une « convention collective de travail » ayant force obligatoire, rédigée par la Cour elle-même.

La Cour supérieure d'arbitrage est un organisme public de composition mixte. Elle se réunit sous la présidence d'un magistrat, celui ayant le plus d'ancienneté

<sup>24</sup> Loi No.6356 datée le 18.10.2012, publiée au Journal Officiel du 7.11.2012, No. 28460.

<sup>25</sup> Les principales conditions sont: détenir un diplôme dans un établissement d'enseignement supérieur au bout d'études d'une durée minimale de 4 ans où sont enseignés le droit, les relations industrielles, politique sociale et économie et avoir travaillé moins 5 ans dans le domaine des relations de travail; ou être diplômé d'une autre institution universitaire et avoir travaillé au moins 10 ans dans le domaine du droit du travail au sein d'institutions publiques; ne pas avoir de condamnation pour certains crimes et délits intentionnels; ne pas occuper de fonction dans un organisme public, parti politique ou un poste de direction d'un syndicat. (Règlement sur le Recours à l'Arbitrage et la Médiation de 1984, qui reste applicable jusqu'à la promulgation d'un nouveau règlement prévu.)

à la tête de l'une des chambres sociales de la Cour de Cassation. La Cour supérieure d'arbitrage est composée de représentants de l'administration, d'un membre universitaire et d'un nombre égal de représentants de travailleurs et d'employeurs. La fonction qu'elle exerce n'est nullement judiciaire, puisqu'elle est chargée de la confection et rédaction d'une convention collective au lieu et place des parties (arts. 54-57 de la Loi sur les Syndicats et les conventions collectives de travail).

La composition ainsi prévue garantit une certaine impartialité, et l'issue de l'arbitrage obligatoire est dans la pratique relativement favorable aux travailleurs ; c'est pourquoi les milieux syndicaux ne semblent pas hostiles à ce type d'arbitrage, qui pourtant ne correspond pas au modèle préconisé par les organes de contrôle de l'OIT<sup>26</sup>.

### **B. Rôle des syndicats**

Dans le cadre des actions en justice aussi bien que des actions collectives, *le rôle des syndicats se trouve privilégié* et régleménté par la loi.

#### *1. Dans le domaine judiciaire*

Les syndicats peuvent tenter des *actions en justice*, fréquentes en pratique, pour défendre les droits individuels sur simple demande écrite de leurs membres, sans besoin d'un mandat formel. Il s'agit de représentation légale pour ester en justice au nom d'un membre déterminé (Loi sur les Syndicats et les conventions collectives de travail, art.26/2).

Le législateur essaye d'assurer le respect des conventions collectives en vigueur par des règles tendant au recouvrement rapide des créances issues de ces conventions. La loi prévoit notamment un taux d'intérêt moratoire élevé correspondant au taux maximum applicable aux crédits commerciaux (art.53).

Dans le domaine des relations collectives, des actions en justice de nature spécifiquement collective comme celles ayant pour but l'interprétation des conventions collectives, la contestation de la représentativité d'un syndicat, la licéité d'une grève ou lock-out, sont réservées aux syndicats.

#### *2. Relations collectives*

Les syndicats sont les seuls acteurs légaux dans le domaine des relations collectives et conflits sociaux. Le syndicat dûment habilité détient *l'exclusivité du pouvoir de négocier* et de *conclure* une convention collective et, dans ce processus, déclencher une grève licite. Ce monopole syndical dans le domaine des conflits collectifs reflète

<sup>26</sup> Voir notamment: *Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'Administration du BIT*; 5ème éd. révisée, Genève 2006, par. 992-993, 1004.

encore un souci d'encadrement, tout en visant à rendre la présence syndicale plus effective.

Rappelons que les centrales syndicales désignent d'autre part des représentants au sein de la Cour supérieure d'arbitrage, qui prend le relais du syndicat représentatif dans les cas d'interdiction ou de suspension de la grève, en cas de désaccord, pour régler le conflit collectif.

### **Conclusion**

Ainsi, dans les modes de résolution des litiges et conflits du travail en Turquie, le clivage est bien net: La défiance des Cours à l'égard des modes non juridictionnels en cas de litiges d'ordre juridique se traduit par un certain refus des modes de résolution alternatifs comme l'arbitrage, dans un souci de protection du travailleur, qui dans le cas inverse risquerait de perdre la protection du "juge naturel". Or, la très lourde charge des tribunaux du travail et des chambres sociales de la Cour de Cassation ne peut être ignorée. Si l'accès à un tribunal équitable semble garanti, les lenteurs et retards dans le déroulement et l'issue des procès sont de nature à entacher le fonctionnement même de la justice.

Par contre, beaucoup plus souples par nature, la médiation et l'arbitrage restent réservés aux conflits collectifs d'intérêts. Dans ce type de conflits, l'arbitrage est même susceptible de « remplacer » la grève dans les cas d'interdictions et suspension de la grève.

D'un point de vue global, il est vrai que la médiation ou la conciliation sont des méthodes appropriées à la nature des conflits d'intérêts où prime l'opportunité ; alors que dans les litiges de droit il s'agit de sauvegarder le respect des normes juridiques et la sécurité des transactions.

Finalement, les mécanismes actuels en Turquie, fortement institutionnalisés, reflètent encore une conception "protectionniste" du législateur et du juge dans le domaine social. Il semble qu'une réflexion critique suivie d'un remodelage partiel du système judiciaire et plus particulièrement de la juridiction du travail seraient utiles, ce qui ressort d'ailleurs des travaux entrepris sur d'éventuelles réformes. Ces travaux suscitent néanmoins certaines inquiétudes. Car, en définitive, comme il a été remarqué dans la *Recommandation (2002)10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe*, la médiation peut contribuer à réduire le nombre de litiges et la charge de travail des tribunaux ; toutefois elle ne peut remplacer un bon système judiciaire juste, efficace et facilement accessible.



# TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERKLİĞİ VE YETKİ SORUNU

## *(Collective Bargaining Autonomy and Authorization Problem)*

Devrim ULUCAN\*

### ÖZET

Ülkemizde Toplu İş Hukuku sorunları tartışıldığında, bu özgün sözleşmenin içeriği, kapsamı ve etkisi yerine, kimin veya kimlerin toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olduğu, başka bir söyleyişle kimlerin toplu iş sözleşmesine taraf olacağı, öncelikli ve temel sorun olarak ortaya çıkmaktadır Avrupa Birliği Ülkelerinde ise yetki konusu yasalarla düzenlenmediği halde başlıca bir sorun olarak değerlendirilmemektedir. Oysa ülkemizde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip işçi kuruluşunun belirlenmesi sırasında yasal düzenleme ile getirilen devlet vesayeti ve tarafların tutumu nedeni ile ortaya çıkan sorunlar sistemin önünde en önemli engeli oluşturmaktadır. Son olarak 7.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile de devlet vesayetini ve gözetimini kaldıran ve tarafların girişimine bağlı olarak bir toplu iş sözleşmesi özerkliği sistemi oluşturulamamıştır.

**Anahtar kelimeler:** Toplu iş sözleşmesi, yetkili sendika, yetki belgesi

### *Abstract*

In Turkey whenever a debate about collective labour law issue arised, instead of evaluating collective labour agreement's content or effects, mostly discussions arise from the competence issues, especially related with who has the power to conclude a collective labour agreement. In European Union Countries although there is no legal regulations about the power to conclude a collective labour agreement, it is never have been seen as an important problem. But in our country while determining the workers' union competence to conclude a collective labour agreement many problems occur. The main reasons of the problems are the legal provisions which are designated by the government authorities and the attitudes of the collective labour agreement parties.

---

\* Prof. Dr., Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Lastly, the Law on Trade Unions and Collective Labour Agreements, No. 6356 which is effective from 7.11.2012 brings new provisions about the collective labour law sytem. Unfortunately, in the new code there is no different and useful provisions which can be a solution to the main problem. There is still a need to change the legal provisions about the competence and understanding of government custody and supervision over the collective labour system. Collective labour law parties must effectively be a part and must play an important role by themselves in the collective labour law system.

**Keywords:** Collective bargaining agreement, collective bargaining agency, certificate of authorization

Ülkemizde Toplu İş Hukuku sorunları tartışıldığında, bu özgün sözleşmenin içeriği, kapsamı ve etkisi yerine, kimin veya kimlerin toplu iş sözleşmesini yapma yetkisine sahip olduğu, başka bir söyleyişle kimlerin toplu iş sözleşmesine taraf olacağı, öncelikli ve temel sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Toplu İş Sözleşme Özerkliği sisteminin yerleştiği Avrupa Birliği Ülkelerinde ise bu konu yasalarla düzenlenmediği halde başlıca bir sorun olarak değerlendirilmemektedir. Oysa ülkemizde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip işçi kuruluşunun belirlenmesi sırasında yasal düzenleme ile getirilen devlet vesayeti ve tarafların tutumu nedeni ile ortaya çıkan sorunlar sistemin önünde en önemli engeli oluşturmaktadır. Bu engeli aşmak ve işleyen bir toplu iş sözleşmesi özerkliği sistemini sağlamak amacı ile gene yasa yolu ile düzenlemeler getirilerek bir çok girişimde bulunulmuştur. Son olarak 7.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile bir reform yapılmaya çalışılmış ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Kanunları bütünü ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, eski kanunlardaki temel yapıda bir değişikliğe gitmeden bazı maddeler değiştirilmiş veya bazı yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bu değişikliklere rağmen devlet vesayetini ve gözetimini kaldıran ve tarafların girişimine bağlı olarak bir toplu iş sözleşmesi özerkliği sistemi oluşturulamamıştır. Bunun kanaatimizce başlıca nedeni işçiyi temsil ettikleri kabul edilen sendikaların giderek etkilerini yitirmiş olmaları ve bu yönde bir taleplerinin ve ağırlıklarının da olmamasıdır.

### **I. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Toplu İş Sözleşmesi Yetkisine İlişkin Düzenlemeleri (SenTisK).**

2012 tarihli ve 6356 sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması başlıklı 8. Bölümünde genel olarak yetki konusu ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. SenTisK m. 41 hangi sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabileceğini, bu konuda yetkili olabileceğini somut kurallar getirerek belirlemiştir. Buna göre “ *Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması halinde bu işyeri*



*ve işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.*” Bir işletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin bulunması halinde başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir (SenTisK m. 41/3). Aynı maddenin 5. Fıkrasına göre “ *Bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünün tespitinde Bakanlıkça her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde her bir işkolunda toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayısı yer alır.*” Bu durumda yasanın aradığı çoğunlukta işçinin sendikaya üye olup olmadığını, işçilerin üyesi olduğunu sendikanın kendi beyan etmesi veya işverenin sendikayı kabul etmesi değil Bakanlık belirleyecektir. Bakanlığın işlevi burada bitmemektedir. SenTisK m. 42/1 hükmüne göre de “ *Toplu iş Sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası Bakanlığa baş vurarak yetkili olduğunun tespitini ister.*” Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre “ *Bakanlık kayıtlara göre başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde, başvuruyu, işyeri veya işletmedeki işçi üye sayısını, o işkolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı işgünü içinde bildirir.*”

Bakanlığın bir sendikanın yeterli çoğunluğa sahip olduğunu belirleyebilmesi için, ilgili sendikanın üye sayısını bilmesi zorunludur. Bu konuyu da kanun düzenlemiştir. Kanunun 17/5. Maddesine göre “ *Sendikaya üyelik, Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine e-Devlet kapısı üzerinden üyelik başvurusunda bulunulması ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile e-Devlet kapısı üzerinden kazanılır.*” Üyeliğin belirlenmesinde uygulanması öngörülen e-devlet kapısı üzerinden üyelik işlemlerinin, Bakanlık gibi bir kamu kurum aracılığı ile yapılması bazı kaygılara yol açabilecektir. Elli yıllık uygulamaların ortaya koyduğu sonuca göre, bu kere üyelik kayıtlarında sendikalara güven duyulmadığı için noter aracılığı ile üyelik yerine, elektronik ortamda üye kayıt sistemine geçildiği anlaşılmaktadır. Ancak, bu sistemde sendika ile üye arasında kamu otoritesinin gireceği, sendika üyeliği, sendikadan istifa veya çıkarılmada kamu otoritesinin hiçbir şekilde denetim ve müdahalede bulunamayacağı ilkesine aykırılık oluşturacağı kabul edilmektedir. Bu yüzden uygulamanın 87 sayılı İLO sözleşmesinin 2. Maddesine aykırı olduğu savunulmaktadır (M.Kutal, *Türk İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme, Sicil Dergisi, Mart 2012 sayı 25,s 159-177*). Görüldüğü gibi yetkili sendikanın yeterli çoğunluğa sahip olup olmadığının belirlenmesi sürecinde işin daha başında üyeliğe kayıt işlemleri, üyeliğin kazanılması ve kaybı dahi güvence sağlamak amacı ile olsa da bir kamu denetimi kapsamında gerçekleşmektedir. Oysa, hiç olmazsa üye kayıtlarının Bakanlık yerine bağımsız ve taraf temsilcilerinden oluşan bir özerk kurumda, gene elektronik ortamda tutulması ve yeterli çoğunluğa sahip yetkili sendikanın belirlenmesi toplu iş sözleşmesi özerkliği sistemine daha uygun olurdu.

Aynı madde içeriğinde “ *Bakanlık yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesine kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır.*” hükmü yer almak-

tadır. Eski Sendikalar Kanununda üyeliğin noter kanalı ile kazanılması ve kaybı halinde durum nasıl Bakanlığa bildiriliyorsa, bu defa noter aracılığı ile üyelik kaldırılarak, onun yerine e-devlet kapısı üzerinden, elektronik ortamda üyeliğe giriş ve çıkış sonuçta eski uygulamada olduğu gibi Bakanlığa gönderilmektedir. Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır. Bakanlık buna göre başvuruda bulunan sendikanın yeterli çoğunluğa sahip ve yetkili olup olmadığını belirleme yetkisine sahip olmaktadır. Ancak, hem işkolunda hem de işyeri veya işletme düzeyine yeterli çoğunluğa sahip olduğuna dair Bakanlıkça kendisine yetki tespiti belgesi verilen işçi sendikasının, hemen toplu görüşmeyi başlatması söz konusu değildir, yasanın öngördüğü bazı engelleri de aşması gerekmektedir.

Kanun, yetki belgesine itiraz yollarını sendikalar arasında rekabeti öngörerek düzenlemiş ve peşinen Bakanlıkça tutulan resmi kayıtların güvenilir olamayabileceğini kabul ederek, işverene ve rakip sendikalara hiçbir koşul aramadan itiraz etme olanağı sağlamıştır. Kanunun 43. Maddesine göre, kendilerine gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren, taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını nedenlerini de göstererek mahkemeye itiraz yapabilir. Bu durumda mahkeme kararını Bakanlık kayıtlarına itiraz olduğuna göre neye göre verecektir ? Bu konuda incelemeyi kendisi yapamayacağı için bilirkişi incelemesine gidilecektir. Bakanlığın tuttuğu kayıtlara güven olmayan bir yerde bilirkişi incelemesine güven duyulması nasıl kabul edilebilir.

Uygulamaya bakınca bu çarpık durum açıkça ortaya çıkmaktadır. Türk-İş' e bağlı Türk Metal Sendikası için yetki alma süreci, itiraz olmadığı durumda en fazla yüz gün iken, itiraz olması halinde bu süre, 2009 yılında olduğu gibi 1553 güne kadar çıkabilmektedir. Bu konuda yazılan bir doktora tezinde yer alan bilgilere göre 1992-2009 yılları arasında dört sektörde örgütlü sendikaların kazanmış olduğu 867 yetki davasında dahi sadece 281 işyerinde toplu iş sözleşmesinin imzalanabildiğini göstermiştir. Yüzde olarak ifade etmek gerekirse, sendikaların yetki davalarını kazandıkları işyerlerinde, toplu iş sözleşme yapma oranları %38 olmuş, işverenler yetki davası kazanılmış işyerlerinin %68'inde, açtıkları davalar ile uzatıkları yetki süreci sayesinde sendikasıylaştırmayı başarı ile yürütmüşlerdir (*M. Özveri, Sendikalar Hakları, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası, Birleşik Metal-İş, İstanbul, 2012, s.129, 139*).

Bir sendikanın yetki belgesini nasıl alacağı kanunun 44. Maddesinde düzenlenmiştir buna göre “ *Tespit yazısına süresi içinde itiraz edilmemişse sürenin bitimini takip eden altı iş günü içinde; yapılan itiraz reddedilmişse ya da kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen sendikanın itirazı sonucunda yetki şartlarına sahip olduğunu tespit eden kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren*

*altı işgünü içinde; ilgili sendikaya, Bakanlıkça bir yetki belgesi verilir.*” Yasa önce, toplu iş sözleşmesi yapmak için kendisini yetkili gören sendikaya karşı hem işverene hem de rakip sendikaya itiraz yollarını açıyor, bu yolları özenle düzenliyor, hem de itiraz yollarından bir şekilde başarı ile geçen ve yetki belgesini bekleyen sendikaya hemen yetki belgesinin verilmesini uygun görmüyor; itiraz süresinin bitiminde sonra veya itirazın reddinden sonra altı işgünü içinde yetki belgesinin verileceğini öngörüyor. Aynı şekilde kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğinden sonra altı işgünü içinde yetki belgesinin verileceği kabul ediliyor. Bakanlığın yetki belgesini, koşulların gerçekleşmesinden sonra altı işgünü içinde vermesi gerektiğine dair hüküm belki gecikmeyi engelleyeceği gerekçesi ile kabul edilebilir. Ancak, ilgili sendikanın da yetki belgesini aldığı tarihten itibaren on beş gün içinde karşı tarafı toplu görüşmeye çağırması zorunluluğu ileride de açıklanacağı gibi sendikalara karşı duyulan kuşkunun bir ifadesidir. Uygulamada yetki belgesini aldığı halde karşı tarafı görüşmeye çağırmaktan kaçınan ve elindeki yetki belgesini kötüye kullanan örgütlere (kaldı ki bunlar sendika olarak kabul edilemez) sık rastlanmış olması bu yolu açmıştır. Aynı 46. Maddenin diğer hükümleri de bu doğrultudadır. Yasa koyucunun kuşkusunun boyutları diğer fıkralarda daha açık bir biçimde kendini göstermektedir. 46. Maddenin ikinci fıkrasına göre, taraflardan biri yetki belgesinin alındığı tarihten itibaren on beş gün içinde karşı tarafı görüşmeye çağırılmazsa yetki belgesinin hükmü kalmayacaktır. Burada söz konusu olan, sendikanın aldığı yetki belgesine rağmen karşı tarafı süresi içinde görüşmeye çağırması nedeni ile yetkisini kaybetmesidir. İşveren tarafının bu konuda bir kaygısı olmayacağına göre, kaybeden gereğini yapmayan sendika değil işçi tarafı olacaktır. Bir sendikanın uzun uğraşlardan sonra işçilerin ekonomik ve sosyal haklarını korumak ve düzeltmek amacı ile aldığı yetki belgesinin gereği olan toplu görüşme için karşı tarafa çağrıda bulunmaktan kaçınmasının anlamı üzerinde düşünmek gerekir. Bu konuda daha ilginç bir düzenleme 47. Maddede yer almaktadır. Çağrının karşı tarafa tebliğinden itibaren altı işgünü içinde taraflar toplu görüşmenin yer, gün ve saatini aralarında anlaşarak belirleyecekler ve görevli makama bildireceklerdir. Anlaşma sağlanamazsa taraflardan birinin başvurusu üzerine yapılacak ilk toplantının yeri, günü ve saati görevli makamca derhal belirlenir. Yasa koyucu burada artık bu konuda da bir süre koymayı gereksiz görmüş ve bir süre koymamıştır, sadece görevli makamdan derhal tarafların ellerinden tutup bir araya getirmesini ve görüşmelerini sağlamasını istemiştir. Yasa koyucunun endişesi burada bitmemiş ve 47 maddenin ikinci fıkrasında toplu iş sözleşme yapma konusunda işçi tarafı olarak kabul edilen sendikanın, çağrı tarihinden itibaren otuz gün içinde yapılacak olan ilk toplantıya gelmemesi veya aynı süre içinde toplu görüşmeye başlamaması halinde yetkisini düşeceğini kesin bir ifade ile belirlemiştir. Bir sonraki fıkra olan üçüncü fıkrada da toplu görüşmenin süresinin de ilk toplantıdan itibaren altmış gün olacağı hükme bağlanmıştır.

Toplu iş uyuşmazlığı ile ilgili ilginç bir düzenleme de kanununun 49. Maddesinde yer almaktadır. Buna göre “*Toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya*

*tarafardan biri gelmez veya geldiği halde görüşmeye başlamazsa, toplu görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmezse veya taraflar toplu görüşme süresi içinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit ederlerse ya da toplu görüşme süresi anlaşma olmaksızın sona ererse, taraflardan biri uyuşmazlığı altı işgünü içinde görevli makama bildirir. Aksi halde işçi sendikasının yetkisi düşer.* ”Yasa koyucu aslında burada da öncelikle işçi tarafı olan sendikaya hitap ediyor ve sendikanın toplantıya katılmaması veya katıldığı halde görüşmemeye başlaması veya toplantıyı sürdürmemesi halinde bir yaptırım getiriyor ve yetkisinin düşeceğini belirtiyor. İşveren tarafı için böyle bir yaptırımın anlamsız olacağı kabul ediliyor ve toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen sendika olacağına göre 49. madde koşullarına göre bir sonuç alınamaması halinde işçi sendikasının uyuşmazlığı altı işgünü içinde görevli makama bildireceği varsayıyor. Böylece uygulamada sıkça rastlanan bir olgudan yola çıkarak yetki belgesi alan bir sendikanın toplu görüşme toplantısına katılmasını, toplantıyı sürdürmesini ve toplantıyı terk etmemesini ve hatta uyuşmazlık halinde görevli makama bu uyuşmazlığı bildirerek prosedürün sürdürülmesini sağlamak istediğini ortaya koyuyor.

Bu düzenlemeleri yakından inceleyen birisi, İş Hukuku literatüründe serbest toplu pazarlık kurumu diye de adlandırılan toplu iş sözleşmesi özerkliği bu olmasa gerek diye düşünecektir. Bu kısa açıklamalardan açıkça anlaşılacağı gibi 1961 Anayasası ile temelleri atılan fakat 1963 tarihli toplu iş hukukuna ilişkin yasalarla peşinen bir devlet vesayeti ve disiplini içinde sürdürülen toplu iş sözleşmesi özerkliği arada geçen bunca yıla rağmen gerçek anlamına uygun yapısal bir değişikliğe uğramamıştır. Bu gün 11 milyona yakın işçinin var olduğu kabul edilen ülkemizde altıyüzbin- yediyüzbin işçinin örgütlü olduğu, bunlarında ikiyüz-üçyüzbin tanesinin toplu iş sözleşmesi kapsamında olduğu göz önünde tutulursa 50 yıl içinde çok önemli bir sonuca ulaşamadığı görülecektir. Sistem, yetkinin belirlenmesinde, üyeliğin kazanılması ve kaybında ve çoğunluk tespitinde işlemlere hile karıştırılacağı varsayımına dayandırılmıştır. Bu konudaki düzenlemeler ve uygulamalar, uzun süre yargıyı ve öğretiyi meşgul etmiş, bu konuda önemli içtihatlar oluşmuş, çok sayıda kitap, makale ,doçentlik tezi ve doktora tezi yazılmış ve yazılmaktadır. Bütün bu çabalara karşın toplu iş sözleşmesi özerkliği işlevini yerine getiren bir kurum olarak ortaya çıkamamıştır.

Bir karşılaştırma yapmak için, bazı AB ülkelerindeki uygulamaları kısaca inceleyerek toplu iş sözleşmesi özerkliği bağlamında yetki sorununun nasıl belirlendiğini, bu konuda nasıl bir yöntem izlendiğini inceleyebiliriz. Burada sadece bir örnek oluşturmaları bakımından Fransa ve Alman toplu iş hukuku ele alınacaktır.

## **II. Toplu İş Sözleşmesi Yetkisine İlişkin Avrupa Birliği Ülkelerinden Fransa ve Almanya Örnekleri**

### **1) Fransız Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi**

Fransız Toplu İş Hukukunda toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine kimlerin sahip olduğunun belirlenmesi her hangi bir kamu makamının gözetiminde veya yetkisinde değildir. Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi sendikaların ve işveren örgütlerinin hakkı olduğu kabul edilmektedir. İlk sendikalar 1884 yılında üyelerinin mesleki çıkarlarını korumak üzere kendiliklerinden birer mesleki gruplar olarak örgütlenmişlerdir. Zamanla bu örgütler işçilerin çıkarlarını koruyan kuruluşlara dönüşmüşlerdir. İlginç olan sadece işçilerin değil herkesin sendika kurma hakkı olduğu kabul edilmektedir. Sendikaların tüzel kişiliğe sahip oldukları kabul edilmesine karşın bu konuda bir yasal kuruluş usulü de yoktur. Kuruluşun tüzüğünün ve yetkililerin isim listesinin yetkili belediyeye bildirilmesi yeterli olmaktadır. Bu kurala uyulmaması sendikanın varlığını ortadan kaldırmamaktadır. Sendikaların görevi tüzüklerinde belirtilen kişilerin maddi ve manevi çıkarlarını araştırmak ve savunmaktır. Tüzüklerinde belirtilen kişilerin mutlaka işçi olmaları da gerekmemektedir. Sendikanın kurulması gibi sendikaya üyelik de serbesttir. Kimsenin bu konuda engel olamayacağı ve işçi sendika üyesi olması nedeniyle işverence ayrımcılığa uğratılamayacağı gibi; işçinin sendik üyesi olamayacağına dair sözleşme hükümleri de geçersizdir. Kural olarak sendikaya üye olma ve üyelikten ayrılma özgürlüğünün kabul edilmesi karşısında, bu özgürlükten yararlanma her hangi bir kamu makamının gözetim ve denetimine bırakılmamıştır.

Uzun mücadelelerin sonunda 1950 tarihinde kabul edilen bir kanun ile toplu iş sözleşmesi taraflarına özgür toplu pazarlık hakkını tanımış, ancak toplu iş sözleşmesinin teşmil edilmesi yolu kapatılmıştır. 1971 yılında bir kanunla işyeri düzeyinde ve meslek ve işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi hakkı verilmiştir. Zaman içinde işyeri ve işletme olmak üzere iki düzeyde toplu iş sözleşme yapma kuralı yerleşmiştir. 1982 tarihli bir kanun toplu iş sözleşmesinin teşmilini yasaklayan hükmü kaldırmıştır.

2008 tarihinde yapılan bir düzenleme ile toplu iş sözleşme sisteminde önemli değişiklikler getirmiştir. Bu bağlamda sendikaların temsil gücü kavramı (Représentativité) Fransız Kolektif İş Hukukunda önemli bir kavramdır. Bu kavram sendikalara örgütlü olmayan işçileri de kapsayacak şekilde onların sözcüsü olma hakkı vermektedir.

2008 tarihli Sosyal Açından Demokrasinin Yenilenmesi ve İş Süreleri Reformu Yasasına göre, bir sendikanın öncelikle doğrudan temsil gücüne sahip olduğu yönünde bir kanaat oluşturması gerekmektedir. Daha önceki yıllarda sendikaların sadece faaliyet gösteriyor olmaları onların temsil gücüne sahip oldukları şeklinde algılanıyordu. Yeni düzenlemeye göre bundan böyle bir sendikanın temsil gücüne sahip olması için artık bazı koşullara sahip olması gerekecektir. Bunlar:

- Cumhuriyet değerlerine sahip olmak
- Bağımsız olmak
- Finansal açıdan şeffaf olmak
- Tanımlanmış olan mesleki ve sosyal çerçevede en az iki yıl faaliyet göstermiş olmak
- İş Kanununda belirtilen biçimde müzakere düzeylerinde kabul görmüş olmak
- Etkin ve tecrübeli olmak
- Gerçek anlamda üyelik aidatı ödeyen üye sayısını kanıtlayabiliyor olmak

Yeni Kanun sendikaların temsil gücünü (toplu iş sözleşmesi yetkisini kapsar şekilde anlaşılmalı) iki düzeyde belirlemektedir. Bunlardan birincisi işyeri ve işletme düzeyinde temsil gücü, ikincisi ise ulusal ve meslekler üstü düzeyde temsil gücüdür.

#### **a) İşyeri ve işletme düzeyinde temsil gücü**

Yukarıda belirtilen koşulların dışında önemli bir koşul daha getirilmiştir. Buna göre bir sendikanın temsil gücüne sahip olabilmesi için işyeri ve işletme içinde yapılan son sosyal seçimlerin ilk turunda en az yüzde on oy alması gerekmektedir. Yasa listelerin birleşmesi halinde (liste çokluğu) verilen oyların nasıl hesaplanacağını belirlemiştir. İşletme konseyi veya işçi temsilciliği seçimlerinde en fazla oyu alan sendika çoğunluk sendikası olarak kabul edilmektedir.

Temsil gücüne sahip sendikalar, sendika delegelerini belirlemek ve işletme komitelerinde bir sendika temsilcisi atama yetkisine sahiptir. Doğal olarak temsil gücüne sahip olan sendikalar toplu pazarlıktan taraf olma yetkisine de sahiptirler

Temsil gücüne sahip olmayanlar sendikalar ise işletmede bir seksiyon kurma hakları vardır ve sendika bir temsilci belirleyebilmektedir. Ancak işletme komitesine sendika temsilcisi atama yetkisi bulunmamaktadır.

Bir sendikanın işkolu düzeyinde temsil gücüne sahip olabilmesi için, yukarıda belirtilen koşullara sahip olması dışında, aynı zamanda dengeli bir biçimde coğrafi olarak faaliyet gösterdiğini kanıtlamak ve en son gerçekleştirilen işleme konseyi seçimlerinde veya başka bir sosyal seçimde en az oyların yüzde sekizini (%8) almış olması gerekir.

#### **b) Ulusal düzeyde ve meslekler kapsar düzeyde temsil gücü**

Bir sendikanın ulusal düzeyde temsil gücüne sahip olabilmesi için gene yukarıda belirtilen koşullar sağlaması dışında, aynı zamanda sosyal seçimler kapsamında belirlenen asgari oyları alması ve sanayi, inşaat, ticaret veya hizmet işkollarında temsil gücüne sahip olduğunu ortaya koyması gerekir. Ancak sendika ayrıca sosyal

seçimlerde asgari olarak yüzde sekiz (%8) oranında oy almış olduğunu kanıtlamalıdır (O. Kaufmann, *Fransa'da Toplu İş Sözleşme Sistemleri, Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Sistemleri, 2010 İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 171-177*).

Bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi belirlenirken, sendikalarla ilgili olarak sahte üyelik kayıtları yapıldığı veya yanlış bilgi verildiği gibi bir itiraz olmamaktadır. Çünkü, sendikaların böyle bir sahtecilik girişiminde bulunmadıkları anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu gibi kaygıları gidermek için, üyelik kayıtlarının bir kamu makamının denetim ve gözetiminde gerçekleşmesi gibi bir sorun da ortaya çıkmamaktadır. Bunun başlıca nedeni, Fransız Toplu İş Hukukunda, toplu iş sözleşmesi yapacak sendika belirlenirken, sendikanın sahip olduğu üye sayısı değil, işyeri veya işletme içinde işçinin temsili çerçevesine yapılan sosyal seçimlerde ortaya çıkan çoğunluğun esas alınması ve tamamen demokratik bir biçimde temsil gücüne sahip sendikanın belirlenmesidir. Bu nedenle sendikanın bağıtladığı toplu iş sözleşmesinden sadece üye işçiler değil, üye olmayan işçilerde yararlanmaktadır. İlginç olan, işçiyi temsil etme gücü bakımından sendikanın sahip olduğu üye sayısının değil, işyeri veya işletmede işçileri ne ölçüde temsil ettiği önemli olduğundan, Fransa'da örgütlenme oranı son derece küçük kalmıştır.

## 2) Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi

Toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine ve yetkisine hangi örgütlerin sahip olduğu bir yasa ile düzenlenmemiştir. Bu konuda da yargı kararları ve öğreti yol gösterici olmaktadır. Toplu iş sözleşmesi özerkliği işlevini yerine getirebilmesi için bu işleve uygun örgütün olması gerekir, bu nedenle toplu iş sözleşmesi özerkliği alanına giren örgütler sınırlıdır ve Anayasa (GG 9 III) anlamında tüm örgütler oluşturulan bu özerk alanda yer alamazlar. Toplu iş sözleşmesi alanında yer alabilecek örgütlerde birtakım özellikler bulunmalıdır. Genel olarak örgütlerde bulunması gereken özellikler dışında örgütün, anayasanın aradığı kolektif bir sözleşme mekanizmasını sağlayabilecek durumda olması veya bu izlenimi vermesi gerekir. Kendiliğinden oluşan topluluklarda bu özellik yoktur.

Federal İş Mahkemesi bunların dışında toplu iş sözleşmesi yasasının ikinci paragrafında toplu iş sözleşmesi tarafı olarak sendika kavramını yorumlarken bu konuda bazı ek koşulları da oluşturmuştur (BAG paragraf 2 RN.7 ff). Bu karara göre sendikaların her şeyden önce güçlü olmaları ve dayanma gücüne sahip olmaları gerekmektedir. Bu karar öğreti tarafından kolektif özerk alanı düzenleme konusunda örgütlere olağanüstü güven duyulduğu ve mahkemelere de olaya göre içtihatlar ile denetim sağlama yolunu açtığı için eleştirilmektedir (Erfurter Kommentar, Art 9 GG10 rn 66).

Toplu İş Sözleşmesi yapma yetkisi ise sadece örgüt tüzüğüne göre belirlenmektedir. Devletin bu alanı etkilemesi toplu iş sözleşmesi ehliyeti için gerekli olan

ölçüler ile ilgili olarak ancak dolaylı yoldan olabilmektedir. Buna karşılık devletin, değişik sendikalar arasında aynı işyeri ile ilgili olarak yetki talepleri olması halinde örgütler arasında oluşan bu rekabete, çatışma kuralları veya yetki ihtilafı kuralları ile müdahale etme yetkisi yoktur. Örgütler arasında çıkabilecek yetki ihtilaflarında, (rekabet etme durumlarında) devletin bu konuda pratik çözümler üretmesi yöntemi, anayasa ile sağlanmış bir temel hak kavramı ile bağdaşmayacağı için devletin tarafsızlığı ilkesinin esas olduğu kabul edilmektedir.

Alman Sendikalar Birliği (DGB) üyesi sendikalar arasında tüzükleri gereği bir işyerinde bir sendika ilkesi benimsendiğinden böyle bir sorun bulunmamaktadır. Yetki çatışması çıktığında sorun anlaşma ile çözümlenemezse Alman Sendikalar Birliğinin, DGB'nin bu konuda yetkili hakemi sorunu bağlayıcı bir şekilde ve kesin olarak çözer (Erfurter Kommentar, Art 9 GG Art 10 rn 68).

Diğer yandan Alman Toplu Sözleşme Kanunu (TSK'nın) 2. maddesinin 1. Fıkrası sadece sendikaların, işveren örgütleri veya işveren örgütü üyesi olmayan işverenlerin toplu sözleşme tarafı olabileceklerini kabul etmiştir. Örgütlerin faal olarak toplu sözleşme sistemi içinde yer alabilmeleri için aranan şartlar ise (toplu sözleşme yetkisi) yasa koyucu tarafından belirlenmemiş olup, bu konudaki çerçeve yargı kararları ile şekillenmiştir (Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 2 Aufl. 2004, 2 Rn 8 ff.).

#### **a) Toplu sözleşme imzalama yetkisinin koşulları**

Toplu sözleşme yetkisi bir anlamda toplu sözleşme sistemi içerisinde yer alabilme yetkisidir. Burada söz konusu olan, normatif etkisi olan toplu sözleşmelerin imzalanması konusunda işlem yapma yetkisinin tanınmış olunmasıdır. (Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 2 Aufl. 2004, 2 Rn 1 ff.) İşçi sendikası cephesinden bakıldığında, bireysel düzeyde güçsüz durumda bulunan işçilerin, birleşerek örgütleri aracılığı ile kolektif düzeyde eylem ve işlemlerle girişimde bulunmaları sonucu güçlerini arttırdıkları ve bu kapsamda toplu iş sözleşmeleri ile ücret ve çalışma koşullarını iyileştirdikleri görülmektedir.

- koalisyon statüsü (örgüt olma koşulu)

Örgütün toplu sözleşme yetkisine sahip olabilmesi için Anayasanın 9. maddesinin 3. Fıkrasında ifade bulmuş olan koalisyon şartını yerine getirmiş olması gerekmektedir. Buradaki koalisyon şartını yerine getirmiş olması işçi, gerekse işveren cephesinde olsun zorlama olmadan, isteğe bağlı ve kendi iradelerine dayalı uzun süreli bir organizasyon (sendika) olması gerekmektedir. Bu nedenle kısa süreli oluşumlar veya iradi olmayan oluşumlar toplu sözleşme yetkisine sahip değildirler. Oluşumların amacı "çalışanların mevcut çalışma koşullarını ve ekonomik şartlarını korumak ve geliştirmek" yönünde odaklanmış olmalıdır.

- Sendikaların tüzük yoluyla toplu sözleşme sistemi içinde yer alma özgürlüğü

Toplu sözleşme sistemi bir bütün olarak ele alındığında -yasayla düzenlenmiş



olmasa da- toplu sözleşme yetkisi farklı boyutlarda ortaya çıkmaktadır. İlk etapta toplu sözleşme imzalanması konusunda bir irade bulunması, yani koalisyonun bunu kendine amaç edinmesi gerekmektedir. Bu yönde bir hedef bulunmuyorsa hiçbir koalisyon toplu sözleşme sistemi içinde yer alıp bir toplu sözleşme imzalamak veya iş mücadelesi araçlarına başvurmak konusunda zorlanamaz. Bu nedenle toplu sözleşme partnerleri kendi tüzüklerinde yapacakları bir değişiklik ile toplu sözleşme yetkisini kendileri için ortadan kaldıracırlar. (İstemli olarak toplu sözleşme yetkisinin kaldırılması- gewolte Tarifunfaegigkeit)

- Güç oranı

Güç oranının anlamı, toplu pazarlık aşamasında ortaya çıkan uyumsuzlukları, karşı tarafın belirlemiş olduğu şartlar doğrultusunda sonuca bağlanmasını gerektirmeyecek bir baskı uygulayabilecek oranda güce sahip olunmasıdır. Ancak Federal İş Mahkemesi bu koşulun sadece işçi sendikaları tarafından yerine getiriliyor olmasını aramaktadır. Çünkü, Toplu İş Sözleşmesi Kanununun TGS'nin 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "güçsüz işverenler" de toplu sözleşme imzalama konusunda yetkilidirler. (BAG 20.11.1990-1 ABR 62/89- NZA 1991, 428). Alman toplu sözleşme hukukunda, toplu sözleşme yapma yetkisi için "etkinlik" şartı aranmadığından dolayı, mahkemeler önceleri küçük sendikaları güçlerini birleştirmek amacıyla yetkisiz hale getirmeye çalışmışlardır. Ancak gelişmeler daha çok sendikaların kendi alanlarında güçlü ve etkin sendikalara dönüşmelerine, özellikle meslek sendikaları (Pilotlar, Lokomotif, Hekimler) biçiminde örgütlenmelerine neden olmuştur.

Toplu sözleşme yetkisi, toplu sözleşme alanında bir monopolün oluşmasına izin vermemektedir. Özellikle Hıristiyan Metal İşçileri Sendikası (BAG 28.3.2006-1 ABR 58/04-NZA 2006, 1112) ve daha önceden de Uçuş Personeli Sendikası UFO'ya (BAG 14.12.2004-1 ABR 51/03, "UFO" –EzA 2 TVG Nr. 27=AP Nr. 1 zu 2 TVG Tariffahigkeit) toplu sözleşme yetkisinin tanınmış olunması içtihat alanında önemli bir değişimi ortaya koymuştur. Bu durum bugün de özellikle az sayıda üyeye sahip, ancak örgütlülük düzeyi yüksek ve işletme düzeyinde etkin bir biçimde iş mücadelesi araçlarına başvurabilen meslek grubu sendikaları için (Pilot Sendikası ve Lokomotif Sendikası gibi) geçerli olmaktadır.

Yargı kararlarında belirli bir dönemde "küçük anlaşmalar" olarak nitelendirilen bu tip bağitlanan toplu sözleşmelerin aslında sendikaların geliştirmiş oldukları toplu pazarlık politikasının bir ürünü mü, yoksa sadece bir anlamda "hatır-gönül toplu sözleşmeleri" (Gefaelligkeitstarifvertraege) mi oldukları yönünde tartışılmıştır.

- Demokratik organizasyon yapısı

Geleneksel olarak toplu sözleşme yetkisi için "demokratik" bir örgütlenmenin varlığı koşulu aranmaktadır. Ancak buradaki demokrasi ilkesinin anayasa hukukunda yer alan demokrasi ilkesi ile bir yakınlığı bulunmamaktadır. Buradaki de-

mokratlık kavramı daha çok üyelerin kabul edilebilir bir düzeyde, seçim hakları, toplu sözleşme komisyonlarında ve üye toplantıları aracılığıyla toplu düzeyde iradelerinin belirlenmesi anlaşılmaktadır. Demokrasinin tam olarak geçerli olmadığı özellikle işveren örgütlerinde belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Çünkü bu örgütlerde oy hakkı istihdam edilen çalışan sayısı ya da ödenen ücrete göre belirlenmektedir.

#### - Potansiyelin Yüksekliği

Bir toplu sözleşmenin imzalanabilmesi için örgütün potansiyelinin yeterli düzeyde olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile amacına ulaşabilmek için yeterli personele ve mali güce sahip olması gereklidir. Sendikalar ve işveren örgütleri sözleşme taraftarları olarak güçlerini ortaya koyabilmeli, gerektiğinde kurumlarda (hakem, arabulucu) etkin olabilmeleri ve de bağladıkları toplu sözleşmeyi gerektiğinde mahkeme huzurunda savunabilmelidirler. Burada da yine üyelerden bağımsız bir biçimde örgütün hareket ediyor olması gerekmektedir.

#### - Güvenirlik

Nihayetinde örgütün, çıkacak kolektif uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak devlet tarafından konulmuş olan arabuluculuk sistemini ve iş mücadelesi araçlarını tanıması gerekmektedir. Toplu sözleşmeler ile amaçlanan çatışmanın yaratılması değil, önlenmesidir. Bu nedenle devrimci nitelikte salt mücadele etmek amacıyla iş mücadelesi araçlarına başvuracak örgütlerin (teoride de olsa) kabul edilmesi mümkün değildir.

### **b) Toplu Sözleşme Yetkisi ve Ehliyetinin Belirlenmesi**

Kimin toplu iş sözleşmesine taraf olacağı genellikle bir tartışma konusu olmamaktadır ve bu konuda devletin ne üye kaydında ne de çoğunlu belirlemede bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu konuda bir uyuşmazlık çıkması halinde ki bu duruma sık rastlanmamaktadır. Belirtildiği gibi Alman Sendikalar Birliğine üye sendikalar bakımında bu üst kuruluş hakemi sorunu çözmektedir. Böylece bu uyuşmazlık bir iç sorun olarak görülmekte ve üst kuruluşun (DGB) bu uyuşmazlığı çözmesi gerektiği kabul edilmektedir. Diğer sendikalar bakımından ise toplu sözleşme yetkisi ve ehliyetinin belirlenmesi konusunda İş Mahkemeleri Kanunu'nun 2a/abs. 1 ve 97. maddesinde özel bir usul getirilmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 97. Maddesinin 5. fıkrasına göre, toplu sözleşme yetkisi ve ehliyeti ile ilgili olarak mahkemenin verdiği bir tespit kararı sadece taraflar için değil genel olarak geçerli olmaktadır. Bu konuda mahkemenin tam yetkili olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme de bir karar verilebilmesi için bu karara etki edebilecek tüm verileri dikkate alarak yetki tespit davasını çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Mahkemenin vereceği karar ancak sadece doğrudan aktörlere yönelik bir etkisi olmamakta, bunun ötesinde TSK'nın 9. maddesi uyarınca da objektif ve subjektif olarak Almanya'daki çalışma yaşamındaki tüm aktörlerini bağlamaktadır (Tarifrecht in Europa, Nomos Verlag 2011; Volker Rieble, Avrupa Birliği Ülkesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu İş Sözleşme Sistemleri, Legal Yayıncılık, 2010 s. 32 vd).

### **Sonuç**

Bütün bu açıklamalardan sonra gerçek anlamda toplu iş sözleşmesi özerkliğinden söz edebilmek için, bu kurumun temel direklerini oluşturan sendika özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarının Anayasa düzeyinde güvence altına alınmalarının yeterli olmadığını söyleyebiliriz. Önce, bu haklardan yararlanan ve hakkıyla kullanabilen bir işçi sınıfının var olması gerekmektedir. Bu hakların yaşama geçebilmesi için de hak sahibi işçilerin özgür iradelerinin esas alınması ve buna göre çözümler üretilmesi zorunludur. Sendika hak ve özgürlüğünden yararlanan işçi, hak sahibi olarak hangi sendikaya üye olduğunu da belirleme hakkına sahiptir, bir başka irade onun yerine geçemez. Böyle olunca üyeliğin bir kamu makamına bildirilmesi ve orada toplanan bilgilere göre hangi sendikanın yeterli sayıda üyeye sahip olduğunun resmi bir belge ile belirlenmesi söz konusu olamaz. AB ülkelerinin tamamında işçinin özgür iradesine dayanan bir üyelik sistemi vardır ve bu konuda sahtecilik yapma kimsenin aklına gelmemektedir. Toplu iş sözleşmesi yapacak yetkili sendikanın belirlenmesinde devletin, bir kamu makamının devreye girmesi mümkün değildir. Bu konuda bir uyuşmazlık çıkması halinde sorun işçinin özgür iradesine dayanılarak çözülmektedir. Aynı yöntem Türk İş Hukukunda da geçerli olmalıdır. Uyuşmazlık halinde hak sahibi olan işçinin özgür iradesine başvurabilme yöntemleri oluşturulmalıdır. Bu yöntem örneğin yetkili sendikanın belirlenmesini sağlayacak bir oylama şeklinde olabilir veya oylama yolu ile durum saptaması şeklinde de olabilir. Yetki belirlenmesinde bir başka önemli unsur da, işverenin taraf olarak bir sendikayı kabul edebilmesini sağlamak için, barışçı yolları denedikten sonra sendikanın önündeki grev yolunun açık olması gerekir. Ancak bu durumda, etkili bir grev uygulayabilecek güçlü bir sendikayı işveren taraf olarak kabul edecektir.



# 6356 SAYILI SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU'NA GÖRE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ (*Collective Bargaining According to Labor Unions and Collective Bargaining Act no. 6356*)

İbrahim SUBAŞI\*

## ÖZET

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu olarak yasalaşarak yürürlüğe girmiştir. 6356 sayılı Kanunu, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun yerini almıştır. Kanunun gerekçesine göre; bu Kanun, Türk çalışma hayatının öteden beri evrensel normlara verdiği tepkiyi dikkate alarak, sendikal hak ve özgürlükler ile toplu sözleşme ve serbest toplu pazarlık hakkını; özgürlükçü ve demokratik toplum esasları temelinde yeniden düzenlemektedir.

Kanunda sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık süreçleri, toplu iş sözleşmelerinin düzeyi, 87 ve 98 No.lu ILO Sözleşmeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. 6356 sayılı Kanunun amacı; işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmalarını düzenlemektir.

**Anahtar kelimeler:** 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu Sözleşme Kanunu, çerçeve sözleşme, toplu iş sözleşme yetkisi, toplu iş sözleşmesinden yararlanma

## *Abstract*

The Labor Unions and Collective Bargaining Act, no. 6356 was enacted. The new act replaced Labor Unions Act, no. 2821 and Collective Bargaining, Strike and Lockout Act, no. 2822. According to the reason of the new act, this act reorganizes labor union right and freedom, collective agreement, and free collective bargaining rights based on libertarian and democratic society with considering the reaction which Turkish working life has shown it since before now.

In this act, labor union right and freedom, free collective bargaining processes, and the level of collective agreements were reconstituted having regard to ILO conventions no. 87 and 98. The aim of the act no. 6356 is to arrange col-

\* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu Sigortacılık Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi

lective agreement making in order to identify the economic and social situation and working conditions of employees and employers reciprocally.

**Keywords:** The Labor Unions and Collective Bargaining Act, no. 6356, Frame contract, authorization for collective bargaining, the utilization from collective agreement.

## GİRİŞ

1982 Anayasası sonrası çıkarılan 2821 ve 2822 sayılı Kanunlara ilişkin belirtilen kısmi değişiklikler toplu iş ilişkilerinin önündeki engelleri ve yöneltilen eleştirileri ortadan kaldıramamıştır. Sendikal faaliyetlerde gelişme olmamış tersine işçi sendikaları ücret sendikacılığının dışına çıkamamış, toplu iş sözleşmesi dışındaki faaliyetleri oldukça sınırlı kalmıştır. Belirtilen olumsuz gelişmeler bu alanda yeni bir düzenleme yapma ihtiyacını zorunlu kılmıştır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu olarak yasalaşarak yürürlüğe girmiştir. 6356 sayılı Kanunu, yirmi dokuz yıllık bir uygulamaya sahip 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun yerini almıştır.

Kanunun gerekçesine göre; Türk endüstri ilişkileri sistemini ileri taşıyan, çağın değerlerini yansıtan ve aynı zamanda Türk çalışma hayatının sorunlarına köklü çözüm getiren uzun soluklu bir kanun yapmak gerekmektedir. Kanun, Türk çalışma hayatının öteden beri evrensel normlara verdiği tepkiyi dikkate alarak, sendikal hak ve özgürlükler ile toplu sözleşme ve serbest toplu pazarlık hakkını; özgürlükçü ve demokratik toplum esasları temelinde yeniden düzenlemelidir. Kanunda sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık süreçleri, 87 ve 98 No.lu ILO Sözleşmeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Sendika kurma, sendikaya üyelik, sendika yöneticisi olma, sendikal güvenceler, sendikal faaliyetler, sendikaların işleyişleri, denetimleri, serbest toplu pazarlık, iş uyuşmazlıklarının çözümü ve toplu iş sözleşmelerinin düzeyi, 87 ve 98 No.lu sözleşmeler paralelinde düzenlenmiştir.

## I. 6356 sayılı SENDİKALAR ve TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU İLE İLGİLİ GELİŞMELER

1961 Anayasasında; “*Sosyal devlet*” ilkesi ilk kez Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri arasında sayılmış ve “*sendika kurma özgürlüğü*”, “*toplular sözleşme yapabilme özerkliği*” ve “*grev hakkı*”, iktisadi ve sosyal haklar bölümü içinde açıkça düzenlenmiştir. Sendikal hakların açıkça Anayasada yer alması yeni bir sendikalar kanununun çıkarılmasını zorunlu hale getirmiştir. Bu amaçla 1963 yılında 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu<sup>1</sup>

<sup>1</sup> RG., 24.7.1963, 11462.

kabul edilmiştir. 274 sayılı Kanun, işçi sendikalarının kurulmasında işyeri ve işkolu ilkesini benimsemiş, sendikaların kurulmasında ve üyelikte “*serbestlik ve ihtiyarilik*” ilkesini, sendika çokluk ve saflık ilkelerini güvence altına almıştır. 274 sayılı Kanun ile getirilen sendikal hak ve özgürlükler, 275 sayılı Kanunla toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt hakları ve iş uyuşmazlıklarının çözüm yolları ile tamamlanmıştır. Böylece 274 ve 275 sayılı Kanunlar, Türk sendikacılığının güç kazanmasında önemli bir rol oynamış, sendikaların üye sayılarındaki artış ve çalışma hayatında etkili bir baskı grubuna dönüşmeleri bu dönemde olmuştur.<sup>2</sup>

1982 Anayasasının yasaklayıcı tutumu, 1983 yılında yürürlüğe giren 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununa<sup>3</sup> yansımıştır. 2821 ve 2822 sayılı Kanunların gerekçesinde; 274 ve 275 sayılı Kanunlarla verilen hakların, daha önce yerleşmiş “*örf ve adet kuralları bulunmadığından*” bu hakların uygulamada maksadı aşacak şekilde kullanıldığı, işyeri sendikacılığının sendikal kaosa neden olduğu, sendika üyeliklerinde mükerrer durumlar söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca devletin, işçi-işveren ilişkilerinde dengeleyici bir unsur olarak çalışma barışını koruyacak tedbirler alması gerektiği belirtilmiştir. Belirtilen gerekçelerle gerek 1982 Anayasası ve gerekse 2821 ve 2822 sayılı Kanunlarda sendikaların işleyişine ve faaliyetlerine önemli sınırlamalar getirilmiştir. Belirtilen düzenlemeler sendikacılığın gelişimini olumsuz etkilemiştir. İhtiyacı karşılamak ve Avrupa Birliğine üyelik sürecinde ilerleme sağlanabilmesi için geçen zamanda 2821 ve 2822 sayılı Kanunlarda birçok kısmi değişiklikler yapılmış ancak köklü değişiklik yapılmadığından yeterli olmamış, eleştiriler artarak devam etmiştir. Türkiye 1992 yılında 3847 sayılı Kanunla<sup>4</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü-

<sup>2</sup> Türkiye’de sendikacılığın gelişmesi için bkz. **Nuri ÇELİK**, İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku 1 Sendikalar, 2. Bası İstanbul 1979, s.56 vd; **Alpaslan IŞIKLI**, Sendikacılık ve Siyaset, İstanbul 1979, s.347 vd; **Rüçhan IŞIK**, Sendika Hakkı, Tanınması ve Kanuni Unsurları, Ankara 1962, s.59 vd; **Ünal NARMANLIOĞLU**, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.47 vd.; **Cahit TALAS**, Sosyal Ekonomi, 4. Bası, Ankara 1976, s.251 vd; **Adnan TUĞ**, Sendikalar Hukuku, 4.Baskı, Ankara 1992, s.1 vd.; **Gülten KUTAL**, Türkiye’de İşçi Sendikacılığı, 1960-1968, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul 1977, s.4 vd; **Fevzi ŞAHLANAN**, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s.1 vd.; **Murat DEMİRCİOĞLU**, Dünyada İşçi Sendikaları, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, İstanbul 1987, s.91 vd; **DEMİRCİOĞLU / Tankut CENTEL**, İş Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.226 vd.; **Öner EYRENCİ**, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s.1 vd.; **A. Can TUNCAY / F. Burcu SAVAŞ**, Toplu İş Hukuku, 3.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.7 vd.; **Fevzi DEMİR**, Sendikalar Hukuku, 4.Baskı, İzmir 1999, s.4 vd.; **A. Nizamettin AKTAY / Kadir ARICI / Emine Tuncay SENYEN KAPLAN**, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 5.Baskı, Ankara 2012, s.275 vd.; **AKTAY**, Sendika Hakkı, Ankara 1993, s.1 vd.; **Melda SUR**, (İş Hukuku), İş Hukuku Toplu İlişkiler, 4. Bası, Ankara 2011, s.12 vd; **Erdinç YAZICI**, Osmanlı’dan Günümüze Türk İşçi Hareketi, İlke Emek Yayınları, Ankara 2004, s.49 vd.

<sup>3</sup> RG., 07.05.1983, 18040.

<sup>4</sup> Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair 3847 sayılı Kanun, RG., 11.12.1992, 21432 Mükerrer. Bakanlar Kurulu 08.01.1993 / 93-3967 sayılı kararıyla onaylamıştır, RG., 25.02.1993, 21507.

nün Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Hakkında 87 No.lu Sözleşmeyi ve 3848 sayılı Kanunla<sup>5</sup> da Kamu Hizmetlerinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve Çalışma Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine Hakkında 151 No.lu Sözleşmeyi onaylamıştır. Aynı yıllarda kapatılan sendikaların yeniden faaliyetlerine başlayabilmelerine ilişkin yasaklar kaldırılmıştır.<sup>6</sup>

2821 sayılı Kanun ile 2822 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren de eleştirilmiştir. İşçi kesimi, bu kanunların 12 Eylül Rejiminin anlayışını yansıttığını, işçilerin kazanılmış haklarını geri götürdüğünü ve işverenlerin isteklerini gerçekleştirmediğini söylemiştir. İşçi kesiminin bu Kanunlarda gördüğü olumsuzluklar; toplu iş sözleşmesi için yetki almada işveren itirazları nedeniyle yargıda uzun zamanların kaybedildiği, bu arada işçilerin sendikadan ayrılmaya zorlandığı bu yolla örgütlenmenin engellenmesine bir kere daha imkân sağladığı; prosedürün her aşamasında işçi sendikasının hatalarını yetkinin kaybedilmesi şeklinde ağır müeyyidelere bağladığı, etkisiz ve zorunlu bir uzlaştırma sistemi getirdiği, sadece menfaat grevine olanak tanıyıp diğer grev türlerini yasakladığı, birçok işyeri ve işte grevi ayrıca yasakladığı, toplu iş sözleşmesi türlerini kısıtladığı ifade edilmiştir.<sup>7</sup>

2010 yılında 5982 sayılı Kanunla<sup>8</sup> Anayasada önemli değişiklikler yapılmıştır. 1982 Anayasası sonrası çıkarılan 2821 ve 2822 sayılı Kanunlara ilişkin belirtilen kısmi değişiklikler toplu iş ilişkilerinin önündeki engelleri ve yöneltilen eleştirileri ortadan kaldıramamıştır. Bu Kanunların çıkarıldığı zamandan günümüze kadar Türkiye'de çalışanların sayısında ciddi bir artış olmasına rağmen, sendikaların üye sayıları ve faaliyetlerinde aynı yönde gelişme sağlanamamıştır. İşçi kuruluşları dahi artık kayıtlarda gözükken üye sayılarının gerçeği yansıtmadığı, kayıtların gerçek üyeliklerle eşleştirilmesi halinde %10 barajının % 3'e indirilmesin dahi yeterli olmayacağını bu durumda dahi %10'un üzerinde gözükken birçok sendikanın barajı aşamayacağını açıkça ifade ederek barajın kaldırılması gerektiğini dile getirmişlerdir. Sendikal faaliyetlerde gelişme olmamış tersine işçi sendikaları ücret sendikacılığının dışına çıkamamış, toplu iş sözleşmesi dışındaki faaliyetleri oldukça sınırlı kalmıştır. Belirtilen olumsuz gelişmeler bu alanda yeni bir düzenleme yapma ihtiyacını zorunlu kılmıştır.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin 151 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 3848 sayılı Kanun RG., 11.12.1992, 21432 Mükerrer. Bakanlar Kurulu 08.01.1993 / 93-3967 sayılı kararıyla onaylamıştır, RG., 25.02.1993,21507.

<sup>6</sup> **Talat CANBOLAT**, (6356 sayılı Kanun) 6356 sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3 - 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları – Seçkin Yayınları, İstanbul 2013, s.55-56.

<sup>7</sup> **Naci ÖNSAL**, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Üzerine Notlar, Türk Metal Sendikası Yayını, Ankara 2013, s.5.

<sup>8</sup> RG., 13.05.2010, 27580.

<sup>9</sup> **CANBOLAT**, 6356 sayılı Kanun, s.57; **İbrahim SUBAŞI**, (6356 sayılı Kanun) 6356 sayılı



Bütün bu gelişmeler sonucunda Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı olarak meclise gönderilen metin 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu olarak yasalaşarak yürürlüğe girmiştir.<sup>10</sup> 6356 sayılı Kanunu, yirmi dokuz yıllık bir uygulamaya sahip 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun yerini aldı. Kanunun gerekçesi bu durumu şu şekilde ifade etmiştir:<sup>11</sup>

“Gelinen noktada, 2821 ve 2822 sayılı kanunlarla Türk sendikacılığını ve dolayısıyla toplu sözleşme düzenini daha ileriye taşımak mümkün değildir. Dahası bu kanunlarda yapılan kısmi değişiklikler bir bütünlük arz etmediğinden uygulamada karşılaşılan sorunların çözümünde yeteri kadar başarılı olamamıştır. Çoğu zaman özgürlükçü bir yaklaşımla getirilen bu değişiklikler kanunların değiştirilmeyen diğer maddeleri içinde anlamsız hâle gelmiştir. Dolayısı ile yapılması gereken Türk endüstri ilişkileri sistemini ileri taşıyan, çağın değerlerini yansıtan ve aynı zamanda Türk çalışma hayatının sorunlarına köklü çözüm getiren uzun soluklu bir kanun yapmaktır.

Belirtilen gerekçelerle bu Kanun, Türk çalışma hayatının öteden beri evrensel normlara verdiği tepkiyi dikkate alarak, sendikal hak ve özgürlükler ile toplu sözleşme ve serbest toplu pazarlık hakkını; özgürlükçü ve demokratik toplum esasları temelinde yeniden düzenlemektedir. Kuşkusuz ILO normları, Türkiye'nin AB'ye üyelik perspektifi, çalışma hayatının yapısal sorunları, yargı içtihatları ve doktrindeki eleştiriler Kanunun hazırlık safhasında dikkate alınmıştır. Ayrıca daha önce hazırlanan tasarı ve tekliflerden de yararlanılmıştır.

Türkiye'nin ILO'ya üye olduğu 1932 yılından günümüze değin, sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık ve toplu iş uyuşmazlıklarının çözüm yolları, Türkiye - ILO ilişkilerinde belirgin rol oynamıştır. Mevcut düzenlemeler nedeniyle, özellikle 1980 sonrası ülkemiz, ILO'nun denetim mekanizmasının etkisiyle uluslararası alanda hak etmediği muameleye maruz kalmıştır. Bu durumun farkında olarak, Kanunda sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık süreçleri, 87 ve 98 No.lu ILO Sözleşmeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Sendika kurma, sendikaya üyelik, sendika yöneticisi olma, sendikal güvenceler, sendikal faaliyetler, sendikaların işleyişleri, denetimleri, serbest toplu pazarlık, iş uyuşmazlıklarının çözümü ve toplu iş sözleşmelerinin düzeyi, 87 ve 98 No.lu sözleşmeler paralelinde düzenlenmiştir. Kanunda, Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının örgütlenme hakkını düzenleyen 5 inci maddesi ile toplu iş sözleşmesi ve

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, Öz İplik İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen 30.Yılında Yeni Toplu İş Hukuku Düzeni Konferansı, Öz İplik İş Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul 2013, s.67-68.

<sup>10</sup> RG., 07.11.2012, 28460.

<sup>11</sup> TBMM, Yasama Dönemi:24, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:197, s.4-5.

grev hakkını düzenleyen 6 ncı maddesi başta olmak üzere birçok hükmü de dikkate alınmıştır.”<sup>12</sup>

Kanunun Genel Gerekçesine bakıldığında kanun değişikliğinin amacının; 2010 yılında yapılan referandum ile Anayasa’da yapılan değişikliklere uyum sağlamak, sendikal haklar için özgürlükçü bir yaklaşım içermeyen sınırlamaları daraltmak, uygulamadaki sorunlara çözüm getirmek, Uluslararası Çalışma örgütünün ülkemizin de onayladığı 87 ve 98 sayılı sözleşmelerine uyum sağlamak olduğu görülecektir. Toplu iş sözleşmesinin yapılmasıyla ilgili düzenlemeler, uluslararası çalışma standartlarına uydurulma gayreti içerisinde yapılmıştır. Ayrıca; kanun, birçok içtihadı yasa hükmü haline getirmiştir. Daha önce Yargıtayın içtihat hukukuyla oluşturduğu esaslar yasama politikası haline dönüştürülmüştür.<sup>13</sup>

Yeni Kanun, bu amaçlarına görece erişmiştir. Yeni Kanun; dilini güncellemeye çalışmıştır. Hürriyet - özgürlük, ikametgâh - yerleşim yeri, husus - konu, tespit edilmiş -belirlenmiş, ibraz - göstermek, seri muhakeme - basit yargılama, talep - başvuru, rıza - izin, münhasır kalmak - sınırlı olmak vb. gibi. Kanun metnini kısaltmıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki tüm tüzükler yönetmelik haline getirilmiştir. Yetki tespiti ile ilgili usul ve esaslar, Grev oylamasına ilişkin usul ve esaslar, Hakeme ve resmi arabulucuya başvurma, Sicilin tutulmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikler ile düzenlenecektir. Bu değişiklik, idarenin bütün bu konuları bildiği gibi yapabileceği yetkisini elinde tutmak arzusunun ve yargı denetiminden kaçındığını göstermektedir.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Bazı yazarlara göre; Avrupa Birliği uyum programı çerçevesinde ve ILO sözleşmeleri ne uyum amacıyla hazırlanan 6356 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Sendikal hakları çağdaş ilke ve normlar temelinde düzenlediği iddiasını taşıyan yeni Kanun’un gerekçesi bu iddiayı yansıtmaktadır. Bu iddianın yaşama geçirilmesinde en kritik işlevi işçi sendikalarının toplu iş sözleşmesi yetkisine ilişkin hükümler üstlenmektedir. Nitelikleri gereği yetki kuralları sendika ve toplu iş sözleşmesi haklarından etkin biçimde yararlanmanın anahtarlarıdır ve kanunun ruhunu yansıtır. Bu bakımdan, yetkiye ilişkin hükümler ile bu hükümlerin uygulama sonuçları yeni kanunun uluslararası normlara uyum iddiasının gerçeklerle test edileceği alan olacaktır. Gerekeçedeki güçlü ifadeler metne hiç yansımamıştır. (E. Murat ENGİN, 6356 Sayılı Yasa’da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Sayı 39, 2013 / 4, s.143-144).

<sup>13</sup> CENTEL, Toplu İş Sözleşmesinin Genel Esasları, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bilgilendirme Semineri, TİSK Yayını, Ankara 2013, s.56, 61; Yasadaki en önemli reform, yasanın sosyal diyalog mekanizmaları etkin olarak işletilerek çıkarılmış olmasıdır. Kanunda yasakçı bir anlayış terk edilerek özgürlükçü bir anlayış benimsenmiştir. Kanunun hazırlık aşamasında, özgürlükçü bir anlayış benimsenmesi yanında kısa, sade, sistematik bir yapı oluşturulmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu ile arasında tanım birliği sağlanmıştır. ILO’nun 87 sayılı Sözleşmesine uygun bir düzenleme yapılmıştır. (Ali Kemal SAYIN, Kanunun Genel Tanımı, Sendikaların Yapılanması, E-Devlet Sistemi Üzerinden Üyelik ve İşkolları Sisteminde Değişiklik, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bilgilendirme Semineri, TİSK Yayını, Ankara 2013, s.20-22).

<sup>14</sup> ÖNSAL, s.7; Bazı yazarlara göre; 1963’den günümüze kadar geçen süre içerisinde, Türk endüstrisi

Son 10 yıl içinde çeşitli yasa taslaklarının tartışılmasını ve paydaşlar arasında sürekli sosyal diyalog çabalarını takiben yasa koyucu yeni 6356 Sayılı Kanunu nihayet yasalaştırmış bulunmaktadır. Türk çalışma hukukunu ILO sözleşmeleri ile uyumlu hale getirmeyi ve uygulamada karşılaşılan çeşitli sorunları çözmeyi amaçlayan yeni yasa bazı olumlu düzenlemeler dışında aynı zamanda boşluk ve sakıncalı hükümler de içermektedir; örneğin işçinin sendika karşıtı ayrımcılık eylemlerine karşı korunmasını düzenleyen belirsiz hüküm, sendikaların toplu sözleşme yetkisi kazanabilmeleri için aranan çift kriterin muhafaza edilmesi, yaşamsal hizmetler kavramına girmeyen bazı sektörlerde grev hakkı üzerindeki kısıtlamaların ve grev ertelemelerinin devam ettirilmesi gibi. Olumlu yönlerine rağmen yeni yasaya ulusal ve uluslararası forumlarda yönetilecek eleştirilerin devam etme olasılığı vardır.<sup>15</sup>

6356 sayılı Kanun, 2821 sayılı Kanun ile 2822 sayılı Kanunun yerini tek Kanun olarak alırken bu iki Kanunun amaç maddelerini de birleştirmiştir. 2821 sayılı Kanunun Amaç maddesindeki “*çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerin korunması ve geliştirilmesi için*” ibaresi 6356 sayılı Kanunun Amaç maddesinden çıkarılmış; bunun yerini; 2822 sayılı Kanunun “*işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere*” ibaresi yer almıştır.

Kanunun biçimsel açıdan dikkat çekici bir özelliği yıllardan beri sendikal hakların ayrı, toplu pazarlık, grev ve lokavt haklarının ayrı bir yasada düzenlenmesi yöntemine son verilmesidir. Sendikal haklarla toplu pazarlık hakları birbirini tamamlayan haklardır. Birçok Avrupa ülkesinde, tarihsel nedenlerle bunlar aynı yasalar içinde düzenlenmişlerdir. Bunların tek bir yasa çerçevesinde toplanmasında ise hiçbir sakınca bulunmamaktadır.<sup>16</sup>

İlişkileri sistemi, genel olarak, temel ilkelerinde herkesin uzlaştığı, sosyal tarafların kendilerini özgürce ifade edebildikleri, haksızlığa uğradıkları duygusunu yaşamadıkları bir özgür toplu pazarlık düzenini henüz var edememiştir. 6356 sayılı Yasa da, 2821 sayılı Yasaya göre sendikaları ilgilendiren bazı maddelerde olumlu adımlar atmaya çalışmış, ancak toplu pazarlık alanının düzenlenmesine gelince çok sınırlı değişiklikler yapmakla yetinmiş, var olan sistemin ana hatları korunmuştur. Özgür bir toplu pazarlık düzeni için sendikaların özgürce kurulmaları önemli olmasına rağmen, yasal düzenlemenin konusunu tek başına sendika özgürlüğünün oluşturması yetmez. Sendikal faaliyetin odağında bulunan toplu pazarlık hakkını işlevli kılacak hükümlerin olmaması, sendikalar alanında yapılmaya çalışılan olumlu düzenlemeleri etkisizleştirir. Özgürce kurulup organlarını oluşturabilen, yöneticileri, temsilcileri güvence altına alınmış, ancak toplu iş sözleşme hakkı, grev hakkı sınırlandırılmış bir sendikal yapının işlevli olmasını beklemek olanaklı değildir. (Murat ÖZVERİ, (Yasa) Sendikal Haklar 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası, Birleşik Metal İş Sendikası Yayınları, İstanbul 2012, s.101; Aynı yazar, (Tasarı) Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısı ve Sendikal Haklar, Birleşik Metal İş Sendikası Yayınları, İstanbul 2012, s.92-93).

<sup>15</sup> Toker DERELİ, 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Sayı 36, 2013 / 1, s.41.

<sup>16</sup> Metin KUTAL, Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme (31.01.2012 Tarihli Kanun Tasarısı), MESS Sicil Dergisi, Sayı:25, Mart 2012, s.159.

6356 sayılı Kanunu, 2821 sayılı Kanun ile 2822 sayılı Kanun'daki hükümleri tek bir kanun içinde toplamış, ancak bu kanunların temel felsefesinde önemli bir değişiklik gerçekleştirilmemiştir. Eski Kanunlardaki müesseseler genel olarak bakıldığında aynen muhafaza edilmiş, sadece ufak bazı değişikliklerle yetinilmiştir. Toplu iş sözleşmesi yapma yetki koşullarında değişiklik, sendikal güvenceler, teknolojik gelişmelerle uyumlu olarak elektronik ortamda üyelik ya da bildirim yapma olanağı tanınması ve belge toplamak yerine beyana dayanan bildirimlere değer verilmesi yeni Kanunda yer verilmiştir.<sup>17</sup>

Yeni Kanunun genel gerekçesi ile madde gerekçeleri; kanunun ILO normları, Türkiye'nin AB'ye üyelik perspektifi, çalışma hayatının yapısal sorunları, yargı içtihatları ve doktrindeki eleştiriler dikkate alınmak suretiyle hazırlandığını ifade etmektedir. Kanun, mevcut tartışma ve eleştirileri kısmen sonlandırmış, ancak yeni tartışma ve eleştirileri getirmiştir. Yeni düzenlemeler öngörülürken maddelerin birbirinden ayrı ve bağımsız olarak ele alınmış, aralarında bağlantı yapılmamış, Yürürlüğe yeni giren yönetmeliklerde, kanun maddesine aykırı düzenlemelere yer verilmiştir.

6356 sayılı Kanun, kuşkusuz olumlu birçok düzenlemeler yapmıştır. Bu gruptaki düzenlemelerin, hükümet ile sosyal taraflar arasındaki sürekli dialog kadar bilim çevrelerinin ve uygulamacı uzmanların katkıları sonucu oluştuğu muhakkaktır. Ne var ki, yeni yasanın eleştiriye açık birçok boyutu da mevcuttur. Endüstriyel ilişkiler sistemine net katkısı ancak zaman içindeki uygulama ve yargı kararları sonucunda ortaya çıkacaktır. Kanunun bazı hükümlerinin Anayasal kurallara ve eşitlik ilkesine aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesinde açılacak iptal davalarına konu olma olasılığı vardır. Bunun gibi yıllardır yakındığı sorunlara yeterli çözümler

<sup>17</sup> Bazı yazarlara göre; Türk endüstri ilişkileri sisteminde yer alan birçok konuda değişikliklere yer veren 6356 sayılı Kanunun, işçi ve işverenlere hak ve hürriyetleri bakımından daha özgürlükçü yapıda hazırlandığı ifade edilmiştir. Nitekim yeni kanunun hazırlanmasında önceki kanunlar döneminde uygulamada yaşanan sorunlar ve bu sorunların çözümüne yönelik getirilen önerilerin değerlendirilmesi esas alınmıştır. Geline nokta yaklaşık otuz yıldan bu yana uygulanan eski kanunların yerine günümüz koşullarını içeren, örgütlenme önündeki engelleri kaldırmayı, çalışma barışını sağlamayı, uygulamadan kaynaklanan sorunları gidermeyi, Türk endüstri ilişkileri sistemini ileri taşıyarak çağın değerlerini yansıtmayı amaçlayan yeni bir rejimin getirilmesi iş hayatına olumlu katkı sağlayacaktır. Diğer taraftan kanunda yer alan bazı hükümlerin muğlak olarak metne geçirilmesi uygulamada ilk etapta karışıklıklara neden olabilecektir. Ortaya çıkabilecek bu karışıklıkların ise mevzuatta sıkça rastlanıldığı üzere yargı kararları ile şekilleneceği anlaşılmaktadır. (Mehmet KARAKOÇ, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun İşçi ve İşverenlere Getirdiği Yükümlülükler Nelerdir?, Mali Çözüm Dergisi, Mart-Nisan 2013, s.229); Bazı yazarlara göre de; Yasanın ana fikri, yönelimi ve temel aldığı ölçütlere göre, değişenlerin ayrınıtıda olduğunu söylemek mümkündür. Yüzlerce yıldır sendika ve toplu pazarlık hakları için geliştirilmiş olan, bir anlamda "kadim" denilebilecek devlet anlayışı, dipdiri bir şekilde yeni yasada varlığını sürdürmektedir. Oysa işkolu istatistiklerinin nasıl yayımlanacağı, işkolu barajlarının oranı gibi yasa yapma sürecini de tıkayan meseleler, sistemin "asıl sorunu" değildir (ÖZVERİ, Yasa, s.14; Aynı yazar, Tasarı, s.8-9).

getirilmediği gerekçesiyle ILO da yeni düzenlemeleri eleştirmeye devam edecektir. Yasa koyucu 6356 sayılı Kanun ile endüstriyel ilişkiler sisteminde köklü ve temel bir dönüşüm yapmayı değil, 30 yıllık uygulamada ortaya çıkan sorunlara çözüm getirmeyi ve uluslararası eleştirileri giderecek düzenlemeler yapmayı amaçlamıştır. Bu amaçlarını kısmen gerçekleştirmiştir; ancak bazı belirsizlikler kadar aykırılık ve olumsuzluklara da yol açmıştır. Sosyal tarafların, güçlü işçi ve işveren kuruluşlarının ve Bakanlığın iyi niyetli uğraşları sonunda varılan olumlu çözümlerin yasama süreci içinde müdahalelerle amacından saptırıldığı anlaşılmaktadır. Başka konulara göre endüstriyel ilişkiler alanının doğası gereği baskı grupları arasında çıkar çatışmalarına daha açık olduğu muhakkaktır. Ne var ki, sonuçta ILO'nun bile savunmak zorunda kaldığı bir gerçek, siyasal güç; sosyal dialog yolu ile çözümler aramak yolunda ilerlerken, temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda ve son tahlilde siyasal iradesini ortaya koyarak gereken düzenlemelerin yapılmasını sağlamalıdır.<sup>18</sup>

6356 sayılı Kanunun toplu iş sözleşmelerini düzenleyen maddelerinin kapsam ve düzey olarak 2822 sayılı Kanun döneminde kabul edilen genel esaslar çerçevesinde olduğu görülmektedir. Buna göre; kanunda bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda birden çok işyerini kapsayabilecek, sözleşme en az bir ve en çok üç yıl süreli olarak yapılabilecek, sözleşmenin süresi, sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılmayacak ve sözleşme süresinden önce toplu iş sözleşmesi sona erdirilemeyecektir (m.35 / II). Kanun ile toplu iş hukuku uygulamalarına yeni tanımlar eklenmiştir. Bu kavramlardan biri çerçeve sözleşmedir.

## II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERKLİĞİ

Toplu sözleşme düzeninin özerkliği, sözleşme taraflarının dıştan bir müdahale olmaksızın ücret ve çalışma koşullarını Anayasa ve Yasaların emredici kurallarına aykırı olmayacak bir şekilde serbestçe düzenlemeleri anlamına gelmektedir. Bu özerklik Anayasada da yer almaktadır. Anayasa da açıkça “özerklik” sözcüğüne yer verilmemiş olmakla birlikte, Anayasada m.53 hükmü bu sonucu doğurmaktadır. “Sözleşme muhtevasının serbestçe kararlaştırılabilmesi” anlamına gelen sözleşme özerkliği, toplu iş sözleşmesi tarafı işçi ve işveren ile sendikalarına ve kamu kesimi işvereni olarak Devlete de büyük sorumluluklar yüklemektedir.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> **DERELİ**, s.63; Kanun; bir yandan 2010 Anayasa değişikliğine, öte yandan ILO normlarına uyum sağlamak amacı ile hazırlanmıştır. Kanunun içinde ILO'nun memnuniyetle not edeceği önemli yenilikler bulunduğu bir gerçektir. Kanunun sosyal taraflarla yapılan toplantılar sonunda hazırlanmış olması da ayrıca takdir edilmesi gereken bir husustur. Ancak Kanunun bir kısım hükmü, özellikle yapılan son değişiklikler ILO normlarına uyum sağlama amacına ters düşmektedir. Yetkili sendikanın belirlenmesinde ülke barajı, ikili kriterin ILO Konferansı'nda nasıl savunulacağı başlı başına bir sorun iken, işkolu barajı binde üçten yüzde üçe yükseltilmiştir. (**Metin KUTAL**, s.177).

<sup>19</sup> **DEMİR**, (İş Hukuku) İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, Albi Yayınları, İzmir 2013, s.546; **Devrim ULUCAN**, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1981, s.69; **SUR**, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1990, s.3 vd.

Toplu sözleşme özerkliği, işçi sendikaları ile işveren ve sendikalarına tanınan ve “kendi kendine yönetim” olarak adlandırılan geniş bir özerklik kavramının en önemlisini oluşturmaktadır. İşçi ve işveren taraflarına tanınan toplu sözleşme yapma özerkliği ile “siyasi demokrasi” yanında “iktisadi demokrasi” yaratılmış ve gelirinin paylaşılması mücadelesinde işçi sendikalarına önemli bir güç sağlanmış bulunmaktadır.<sup>20</sup>

### III. TANIMLAR

6356 sayılı Kanunun uygulanması bakımından tanımlar yapılmıştır (m.2). Maddede ayrı bentlerde Bakanlık, Çerçeve sözleşme, Görevli makam, Grup toplu iş sözleşmesi, İşletme toplu iş sözleşmesi, İşveren vekili, Konfederasyon, Kuruluş, Sendika, Toplu iş sözleşmesi, Üst kuruluş ve Yönetici kavramları tanımlanmıştır.

#### 1. Toplu İş Sözleşmesi

Toplu iş sözleşmesinin tanımı 6356 sayılı Kanunda; “İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır (m.2). Bu tanım 2822 sayılı Kanundaki tanımla (m.2) aynı olmakla birlikte “hizmet akdi” yerine; tanımlara ilişkin diğer konularda da 4857 sayılı Kanuna atıf yapılmış olmasına nedeniyle - bu Kanunla uyumlu olacak şekilde - “iş sözleşmesi” deyimini kullanılmış ayrıca “muhtevasi” yerine de “içeriği” deyimini kullanılmıştır. Esasen gerek sendika üyesi olma ve gerekse toplu iş sözleşmesi yönünden 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olmak gerekmemektedir. Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanuna tabi olarak çalışanlar da 6356 sayılı Kanunun kapsamındadır. Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanununda “hizmet akdi”, Basın İş Kanununda “iş akdi” deyimini kullanılmakla birlikte bu kavramlar aynı şeyi ifade etmektedir. Kanunlarda deyim birliğinin sağlanması, tanımlara ilişkin diğer konularda da 4857 sayılı İş Kanununa atıf yapılmış olması yönünden 6356 sayılı Kanunda da “iş sözleşmesi” deyiminin kullanılması isabetlidir.<sup>21</sup> 6356 sayılı Kanun, toplu iş sözleşmesi konularında 2822 sayılı Kanunun sistematüğini benimsemiş ve bazı maddelerini aynen tekrarlamıştır.

#### 2. İşletme Toplu İş Sözleşmesi

İşletme toplu iş sözleşmesi Kanunda “Bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayan sözleşmeyi”

<sup>20</sup> ÇELİK, (İş Hukuku, 26. Bası) İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.509-510.

<sup>21</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.59-60; Aynı yazar, (Toplu İş Sözleşmesi) 6356 sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.25; SUBAŞI, 6356 sayılı Kanun, s.69.

ifade eder şeklinde tanımlanmıştır (m.2). Bu tanım da 34.madde ile birlikte yorumlandığında 2822 sayılı Kanundaki esasın korunduğu anlaşılmaktadır.<sup>22</sup>

6356 sayılı Kanunda benimsenen işletme tanımının, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ticari işletme kavramıyla ya da iktisat biliminde yer alan ticari işletme kavramıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu tamamen toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak belirlenen bir kavramdır. Yani, bir işverenin aynı işkolunda birden çok işyeri varsa bu toplu iş hukuku anlamında bir işletmedir ve burada işletme toplu iş sözleşmesi yapılacaktır.<sup>23</sup> Aynı işverenin aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunması, ister özel sektör işyerlerinde ister kamu kurum ve kuruluş işyerlerinde olsun işletme toplu iş sözleşmesi için yeterli olup, bu işyerleri arasında “iktisadi ve teknik bütünlük” bulunması gerekli değildir.<sup>24</sup>

### 3. Grup Toplu İş Sözleşmesi

Kanunda “*Grup toplu iş sözleşmesi: İşçi sendikası ile işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesini*” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır (m.2). Fiilen uygulanan grup toplu iş sözleşmelerinin pozitif düzenlemeye kavuşturulması isabetli ise de tarafların anlaşmasına bağlanması isabetli değildir. Diğer tarafın zorlama hakkı olup olmadığına ilişkin tartışmalar devam edecektir.<sup>25</sup>

Sözleşme türlerinde anahtar kavram işyeri kavramıdır. Toplu iş sözleşmesi yetki başvurusu işyeri için yapılacak, işletme başvurusu için yine işyerinin belirlenmesi

<sup>22</sup> 2822 Sayılı Kanundaki İşletme Toplu İş Sözleşmesine ilişkin tanım ve esaslar hakkında geniş bilgi için bkz. **ÇELİK**, İş Hukuku, 26. Bası, s.526 vd.; **TUNCAY**, (Toplu İş Hukuku) Toplu İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010, s.166 vd.; **Münir EKONOMİ**, (İşletme Toplu İş Sözleşmeleri) İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar, Kamu-İş, Cilt 1, Sayı 1, 1987, s.6 vd.; **ŞAHLANAN**, (Toplu İş Sözleşmesi) Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s.32 vd.; **DEMİRCİ-OĞLU / CENTEL**, s.281; **NARMANLIOĞLU**, s.313 vd.; **AKTAY**, Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 2000, s.47 vd.; **Ufuk AYDIN**, Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Yıl 1, Sayı 1, İstanbul 2002, s.435 vd.; **SUR**, İş Hukuku, s.261 vd.

<sup>23</sup> **ŞAHLANAN**, (6356 Sayılı Kanun) 6356 Sayılı Kanuna Göre Yetki Prosedürü ve Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması, Geçiş Hükümleri, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bilgilendirme Semineri, TİSK Yayını, Ankara 2013, s.50.

<sup>24</sup> **DEMİR**, İş Hukuku, s.557.

<sup>25</sup> Grup Toplu İş Sözleşmeleri hakkında geniş bilgi için bkz. **ÇELİK**, İş Hukuku, 26. Bası, s.524-526; **M. Kemal OĞUZMAN**, Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşününün Değerlendirilmesi, Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri, MESS Yayını, İstanbul 1989, s.3 vd.; **EKONOMİ**, Birden Çok İşyerini Kapsamak Üzere Yapılan İşyerleri Toplu İş Sözleşmesi (Grup Toplu İş Sözleşmesi) ve Yargıtayın Bu Sözleşmelere İlişkin Görüşleri Sebebiyle Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri, MESS Yayını, İstanbul 1989, s.13 vd.; **TUNCAY**, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Grup Toplu İş Sözleşmeleri, Çimento İşveren Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Ocak 1987, s.7 vd.; **NARMANLIOĞLU**, s.320 vd.; **SUR**, İş Hukuku, s. 264 vd.;

zorunluluğu devam edecektir. Grup toplu iş sözleşmelerinde de toplu iş sözleşmesi süreci yetki aşaması dahil ayrı ayrı işyerlerine göre işletilecektir. Dolayısıyla işyeri kavramına açıklık getirmeden, işyerinin girdiği işkolunu, işletmeyi, işletme toplu iş sözleşmesini, toplu iş sözleşmesi ehliyetine hangi sendikanın sahip olduğunu, toplu pazarlık birimini belirlemek mümkün değildir.<sup>26</sup>

#### 4. Çerçeve Sözleşme

Kanunda; Çerçeve sözleşme; “*Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşmeyi ifade eder.*” (m.2 / b) şeklinde tanımlanmıştır. Çerçeve sözleşmesinin içeriği Kanunun 33. maddesinde düzenlenmiştir.

### IV. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ VE ÇERÇEVE SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ

#### 1. Toplu İş Sözleşmesinin İçeriği

Kanunun 2. maddesindeki tanıma uygun olarak 33. maddesinin ilk fıkrasında toplu iş sözleşmesinin; iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içereceği belirtilmiştir. Belirtilen konular toplu iş sözleşmesinin normatif (düzenleyici) kısmını teşkil etmektedir. 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi toplu iş sözleşmesinin varlığı için normatif kısım zorunludur. Ancak bundan toplu iş sözleşmesinin belirtilen konuların tümünü kapsaması değil bunlardan en az birinin düzenlenmesi şeklinde anlaşılması gerektiği açıktır.<sup>27</sup> 6356 sayılı Kanunda 2822 sayılı Kanundaki düzenlemeye uygun olarak “*Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir*” hükmüne de yer verilmiştir (m.33 / 2). Madde metnindeki “*içerebilir*” deyimiyile toplu iş sözleşmesinin varlığı için bu hükümlerin zorunlu bir unsur olmadığı ifade edilmiştir. 2822 sayılı Kanun döneminde yapılan açıklamalar ve konuya ilişkin varılan sonuçlar 6356 sayılı Kanun yönünden de geçerliliğini devam ettirecektir. Tarafların karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin hükümlerin başında üyelik ve dayanışma aidatlarının kesilmesi ve yatırılması, işyeri sendika temsilcileri, temsilci odaları ve ilan tahtalarına ilişkin hükümler gelmektedir. 6356 sayılı Kanunla getirilen çerçeve sözleşmesinin içeriği de daha çok tarafların karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin hüküm niteliğindedir. Sözleşmenin uygulanması ve denetimi ile uyuşmazlıkların çözüm yollarını düzenleyen

<sup>26</sup> Savaş TAŞKENT, Yetki Tespiti Açısından Belirli Kavramlar ve Bazı Uygulama Sorunları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.602; ÖZVERİ, Yasa, s.103; Aynı yazar, Tasarı, s.94.

<sup>27</sup> Turhan ESENER, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, 415; ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.524; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s.149; SAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.11-12; DEMİR, İş Hukuku, s.551.



hükümlerin başlıcaları ise toplu iş sözleşmesinin uygulanmasında sendikanın sorumluluğu, işçilerin şikâyetleri ve toplu iş sözleşmesinin yorumlanmasından çıkan uyumsuzlukların çözümlenmesine ilişkin hükümler oluşturmaktadır.<sup>28</sup>

Bazı yazarlara göre; toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri; emredici, zorlayıcı, yasa hükmü niteliğinde hükümlerdir. Taraflar dilerse, borç doğurucu (vecibevi) hükümleri de düzenleyebileceklerdir. Bu hükümler, borç doğurucu hükümlerdir. Bu hükümler Türk Borçlar Kanununun yorum ilkelerine göre yorumlanır. Taraflar iki grup hüküm dışında, toplu iş sözleşmesi serbestisi içinde başka düzenlemeler de yapabilirler.<sup>29</sup>

## 2. Çerçeve Sözleşmenin İçeriği

Çerçeve sözleşmenin içeriğine ilişkin 6356 sayılı Kanununa göre; *Çerçeve sözleşme, sözleşmenin tarafı olan işçi ve işveren sendikasının üyeleri hakkında uygulanır ve mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir* (m.33). Anılan maddenin gerekçesinde; taraflardan birinin çağrısı ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesiyle, isteğe bağlı olarak sözleşmenin tarafı olan işçi ve işveren sendikalarının üyeleri arasında yazılı olarak, mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin olarak çerçeve sözleşmelere imkân tanındığı belirtilmiştir. Çerçeve sözleşme, iki tarafın üyelerine uygulanmak üzere sözkonusu düzenlemeleri içeren işkolu düzeyinde, yazılı bir sözleşmedir.

Çerçeve sözleşme işkolu düzeyinde işçi ve işveren taraflarının kendi istekleri ile yasada öngörülen belirli konularda anlaşmaları ile ortaya çıkan bir toplu sözleşme türü olacaktır. Kuzey ve Batı Avrupa ülkelerinde uzun süreli sosyal barışa ciddi katkılar sağlayan çerçeve sözleşmelerle Kanundaki sözleşme türünün bir benzerliği bulunmamaktadır. Sözü geçen ülkelerde bu sözleşmeler konfederasyonlar arasında yapılmakta ve hem işçi haklarının asgari düzeyini belirlemekte, hem de sosyal barışı koruma yükümlülüğünü getirmektedir. Bu tür sözleşmelerin işkolunda yapılacağı öngörülmüş, ayrıca gerek tarafları, gerek içeriği ve hazırlık süreci konularında birçok boşluk sorunlar yaratacağa benzemektedir.<sup>30</sup>

*Çerçeve sözleşme, taraflardan birinin çağrısı ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile en az bir en çok üç yıl süreli yapılabilecektir* (m.33 / 4).

“Toplu iş sözleşmesi ve çerçeve sözleşmenin içeriği” madde başlığında ve maddenin son fıkrasında (m.33) çerçeve sözleşme, toplu iş sözleşmelerinden ayrılmış, keza “Toplu iş sözleşmelerinin kapsamı ve düzeyi” başlıklı maddede de (m.34) çer-

<sup>28</sup> DEMİR, İş Hukuku, s.552-554; CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.61-62; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesi, s.27.

<sup>29</sup> ÖNSAL, s.71.

<sup>30</sup> Metin KUTAL, s.168-169; CENTEL, s.56-57.

çerçe sözleşmeye yer verilmemiştir. Bu düzenlemeler ile “çerçeve sözleşme”, toplu iş sözleşmesi’nden ayrılmıştır.

Uygulamadaki hangi ihtiyaçtan kaynaklandığı açık değildir. Kamu işyerlerindeki çerçeve protokollerinin pozitif düzenlemeye kavuşturulması amaçlanmışsa Kanun metni buna uygun kaleme alınmadığından isteneni vermekten uzaktır. Kamuda toplu pazarlık sözleşmenin diğer maddelerinde yapılmakta, ücrete ilişkin hükümler ise Türk-İş ile Hükümet arasında imzalanan Kamuda Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Protokollerinde belirlenen miktarlar esas alınarak imzalanmaktadır. Anılan Kamu Çerçeve Protokolünün tek başına bağlayıcılığı yoktur. Bu hükümler ancak konfederasyona bağlı yetkili sendikaların müzakerelerini yürüttükleri toplu iş sözleşmesine alınmasıyla bağlayıcı ve Toplu İş Sözleşmesi hükmü haline gelmektedir. 6356 sayılı Kanundaki çerçeve sözleşmelere ilişkin düzenlemede ise çerçeve sözleşmelerinin konusu normatif nitelikteki ücret zamları olamayacak, ancak işçilerin mesleki eğitimi, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin konular düzenlenebilecektir. Bu nedenle 6356 sayılı Kanundaki çerçeve sözleşmelerine ilişkin düzenleme isabetli bulunmamaktadır.<sup>31</sup>

12 Eylül 2012 tarihli Anayasa referandumu ile kabul edilen Anayasa değişikliği “*aynı işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz.*” kuralını kaldırarak çok-katmanlı toplu pazarlığın yolunu açmak istemiştir. Yeni yasanın çok-katmanlı bir toplu sözleşme düzeni için işyeri / işyerleri ve işletme sözleşmesi türü üzerinde sadece çerçeve sözleşmeyi düzenleyip gerçek anlamda bir işkolu toplu pazarlığına yer vermeyişinin nedenleri ise açıktır. İşkolu toplu iş sözleşmesi konusunda ülkemizde 1980 öncesi dönemde yaşanan sorunlar, mevzuatın işyeri ve işkolu toplu sözleşmelerinin kapsamı, içeriği ve birbirleri karşısındaki önceliği konusunda taşıdığı belirsizlikler, gerçek anlamda işkolu toplu sözleşmelerinin yapılamayıp, işyerinde iki tür toplu sözleşmenin çakışmasından doğan sorunlar ve özellikle işyerlerinin aynı dönemde birbiriyle iç içe geçen grevlere sahne olması, vb. nedenlerle 2822 sayılı yasa işkolu toplu sözleşmesine yer vermemiştir. Ancak getirilen çerçeve sözleşme kavramının da gerçek bir işkolu toplu iş sözleşmesi niteliğini taşımadığı açıktır.<sup>32</sup>

6356 sayılı Kanunda yer alan çerçeve sözleşmesine ilişkin düzenleme 275 sayılı Kanundaki işkolu sözleşmesinden oldukça farklı olup, bunun “*toplu iş sözleşmesi*” niteliğinde olup olmadığı dahi tartışmaya açıktır. Madde metni özellikle

<sup>31</sup> **CANBOLAT**, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, (Antalya 2012), Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2012, s.210-212; **Aynı yazar**, 6356 sayılı Kanun, s.62; **AKTAY**, (6356 sayılı Kanun) Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti, Yetkisi, Yapılması ve Yararlanma, Birinci yılında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve Uluslar arası Sendikal Örgütler Sempozyumu, Türk Metal Sendikası Yayını, Ankara 2013, s.75-76.

<sup>32</sup> **DERELİ**, s.54.

“Çerçeve toplu iş sözleşmesi” deyimini kullanmamış bunun yerine “çerçeve sözleşme” deyimini kullanmıştır. Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarının üyeleri arasında ve işkolu düzeyinde yapılabileceği ifade edilmiştir. Böyle bir sözleşme yapabilmek için Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen konfederasyona üye olmanın aranmış olması isabetli olmadığı gibi hukuki bir değer de ifade etmemektedir. Düzenleme tarafların tamamen iradelerine bırakılmış olup, kamu düzenini ilgilendiren bir yönü olmadığından ve Kanunda açıkça yasaklanmadığından, sözleşme özgürlüğü kapsamında konfederasyona üye olmayan veya Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilmeyen konfederasyona üye olan sendikaların yapmış oldukları sözleşmelerin hukuken geçersiz olduğunu iddia etmek mümkün değildir.<sup>33</sup>

4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu ve Çalışma Yöntemleri Hakkında Kanuna<sup>34</sup> göre; işveren kesimi adına Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonunun, işçi kesimi adına Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk İş), Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Hak İş), Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) konsey üyesi olmaları nedeniyle çerçeve sözleşme yapabilecekleri kabul edilmektedir. Bağımsız sendikaların çerçeve sözleşme yapma hakkının varlığı kabul edilmemektedir.<sup>35</sup>

Kanuna göre; çerçeve sözleşmeleri, taraflardan birinin çağrısı ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile yapılacağı belirtilmiştir. Buna göre; çağrıyı işçi veya işveren sendikası yapabilir, ancak çağrı kim tarafından yapılmış olursa olsun karşı tarafın olumlu cevap verme zorunluluğu yoktur. Olumlu cevap vermesi halinde görüşmelerin herhangi bir aşamasında bundan vazgeçip geçemeyeceği, diğer tarafın zorlayıp zorlayamayacağı ile anlaşmazlık halinde grev ve lokavta başvurup başvuramayacağına ilişkin Kanunda açık hüküm yoktur. Ancak, çerçeve sözleşmenin teknik olarak toplu iş sözleşmesi niteliğinde olmaması, kapsamına dâhil işyerlerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerini doğrudan etkileyecek nitelikte normatif hükümler içermemesi, tamamen tarafların anlaşmaları ve iradelerine bağlı olarak yapılmasının amaçlanması birlikte ele alındığında taraflardan birinin diğerini zorlamasının mümkün olmadığı, uyuşmazlık çıkması halinde grev ve lokavta başvurulamayacağı sonucuna varmak gerekir. Ancak, tarafların serbest iradeleriyle Kanunun emredici hükümlerine ve genel ahlaka aykırı olmayacak şekilde imzaladıkları sözleşmelerin geçerli olması sözleşme özgürlüğünün gereği olup, bunun için Kanunda böyle bir düzenleme yapılmasına da ihtiyaç yoktur. Çerçeve sözleşmenin konusunu; mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin konular oluşturacaktır. Belirtilen mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği ile sosyal sorumluluk konuları anlaşılır olmakla birlikte istihdam politikalarından neyin an-

<sup>33</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.62-63; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesi, s.151-152.

<sup>34</sup> RG., 21.04.2001, 24380.

<sup>35</sup> AKTAY, 6356 sayılı Kanun, s.76.

laşılması gerektiği açık değildir. Öyle ki istihdam politikası kavramı kapsamındaki işyerlerinde işe alınma süreci, çalıştırma esasları ve işe son vermeye kadar geniş bir alanı kapsayacak şekilde anlaşılması mümkündür.<sup>36</sup>

Kanunun tanımı ile çerçeve sözleşme işkolu düzeyinde yapılacak ve ancak belirtilen sınırlı sayıdaki konuları kapsayabilecektir. Çerçeve sözleşmesinin akdedilmesi herhangi bir prosedüre bağlanmamış, tarafların gönüllü anlaşması yeterli görülmüştür. Kuşkusuz böyle bir sözleşmenin etkinliği ve bağlayıcılığı sorgulanacaktır. Ayrıca çerçeve sözleşmeye ulaşmada taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceği sorusunun cevaplanması gerekecektir. Özellikle bu düzeyde grev-lokavt hakları nasıl kullanılabilir? Türk endüstriyel ilişkiler sisteminin “gönüllülük” esastından çok, ağırlıklı olarak bağlayıcı yasal kurallara dayanması dikkate alınırca, çerçeve sözleşmenin belirtilen özellikleriyle yaygın bir uygulama alanı bulabilmesi güç görünmektedir.<sup>37</sup>

Çerçeve sözleşme toplu iş sözleşmesi niteliğinde değildir. Çerçeve sözleşme daha çok taraflara karşılıklı hak ve borçlar yükleyecek niteliktedir. Kanunda belirtilen konular dikkate alındığında daha çok işverenin, mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği ve sosyal sorumluluk konularındaki borçlarını belirleyecek niteliktedir. Ancak istihdam politikaları çok açık olmamakla birlikte, çerçeve sözleşmelerle özellikle işverence yürütülen bazı işlerin (yardımcı işler dahi olsa) alt işverenlere verilmesini yasaklayan ya da hangi işlerin alt işverenlere verilebileceğine ilişkin düzenlemeler getirilebilecektir. Esasen çerçeve sözleşmelere ilişkin hükümler getirilmeden önce de gerek 275 sayılı Kanun gerekse 2822 sayılı Kanun döneminde yapılan toplu iş sözleşmelerine bu yönde hükümler konulmasının mümkün olduğu eskiden beri dile getirilmiştir.<sup>38</sup> 6356 sayılı Kanun yönünden de bu konunun mutlaka çerçeve sözleşmesiyle düzenlenmesi zorunluluğu olmayıp toplu iş sözleşmelerine de benzer yönde hükümler konulabilecektir. Bunun gibi Kanunda çerçeve sözleşmeleri için belirtilen mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk politikalarına ilişkin diğer konularda da toplu iş sözleşmelerine hükümler konulmasını engelleyen bir durum yoktur. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi ile çerçeve sözleşmenin belirtilen konuya ilişkin hükümlerinin çalışması mümkündür. Bu durumda her iki sözleşmedeki aynı konuya ilişkin hüküm de borç doğurucu nitelikte olduğundan tarafların iradeleri esas alınarak uyuşmazlık çözümlenmeli, düzenlemenin aynı olması halinde sonraki sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmelidir.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> CENTEL, s.56-57; CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.63-64; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesi, s.146-149.

<sup>37</sup> DERELİ, s.54-55.

<sup>38</sup> ESENER, s.483; CANBOLAT, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s.100.

<sup>39</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.63-65; DEMİR, İş Hukuku, s.558-560; SUBAŞI, 6356 sayılı Kanun, s.73-74.

Çerçeve sözleşme;

1) Ekonomik ve Sosyal Konsey'de temsil edilen konfederasyonlara üye sendikalar arasında yapılabilecektir. Ekonomik ve sosyal Konseyde temsil edilen konfederasyonlara üye olmayan sendikalar ve işverenler veya konfederasyon üyesi olmayan sendikalar ve işverenler çerçeve sözleşme yapamayacaklardır.

2) Çerçeve sözleşme, işkolu düzeyindedir. Taraf sendikaların üyelerini bağlayacaktır. Taraflardan birisi kamu işveren sendikası ise çerçeve sözleşme bu sendikanın tüm işkollarındaki üyeleri için geçerli mi olacaktır? İşveren sendikası üyesi olup; işyerinde / işletmesinde toplu iş sözleşmesi olmayan işverenlerin işyerlerinde / işletmelerinde çerçeve sözleşme geçerli olacak mıdır? Çerçeve sözleşmenin tarafı olan işçi sendikasının üyesi olmayan işçiler çerçeve sözleşmesinden nasıl yararlanacaklardır?

3) İşyeri, işletme, grup toplu iş sözleşmeleri ile çerçeve sözleşme arasındaki ilişki Kanunda düzenlenmemiştir. Çatışmalar, mükerrerlikler vb. nasıl çözülecektir?

4) Çerçeve sözleşme toplu iş sözleşmesinde olduğu gibi bir yıldan kısa üç yıldan uzun süreli yapılamayacaktır.

5) Çerçeve sözleşme, toplu iş sözleşmelerinde olduğu gibi yazılı olarak yapılacaktır.

6) Çerçeve sözleşme taraflardan birisinin çağırısı, karşı tarafın kabulü ile yapılacaktır. Bunun dışında bir düzenleme yoktur. Yetki, görüşme, uyuşmazlık, uyuşmazlıkların çözümü, grev ve lokavt vb. konular düzenlenmemiştir. Acaba bu konuların düzenlenmemiş olması bu hakları ortadan kaldırır mı?

7) Çerçeve sözleşmelerde mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeler yapılacaktır. Acaba taraflar bu konular dışında düzenlemeler yapabilirler mi? Yaparlarsa bu düzenlemelerin yaptırımını nedir?

Anayasa'da ve 2822 sayılı Kanun'da yer alan "aynı zamanda aynı işyerinde birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz" düzenlemesi Anayasa'dan çıkarılmış, 6356'da da yer almamıştır. Boşluk çerçeve sözleşme ile doldurulmak istenmiştir. Kamu kesiminde 1989 yılından başlayarak işçi sendikaları ile kamu işveren sendikaları arasında bağıtlanacak toplu iş sözleşmeleri için toptancı bir yaklaşımla hareket edilmiş, işçi konfederasyonları ile kamu işveren sendikaları ve hükümet temsilcileri tarafından imzalanan anlaşma metinleri düzenlenmiştir. Bu metinler, protokol, tutanak, kamu toplu iş sözleşmeleri anlaşma tutanağı, kamu kesimi toplu iş sözleşmeleri genel anlaşma protokolü, kamu toplu iş sözleşmeleri çerçeve anlaşma protokolü gibi isimler taşımıştır. Son yıllarda "çerçeve anlaşma" ibaresi öne çıkmış, söz konusu metinler öğretilerde de çerçeve anlaşma olarak tanımlanmıştır. Bakanlığın, hazırladığı

Kanun Tasarı Taslağında yeni bir kavram olarak getirdiği çerçeve sözleşmeyi, çerçeve anlaşmalardan esinlenerek getirmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu yaklaşım kabul görmeyince çerçeve sözleşme 6356'da düzenlendiği şeklini almıştır. Tamamen sorunlu bir kurum yaratılmıştır. Çerçeve sözleşme toplu iş sözleşmesi değilse bir işyerini kapsayan birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılmasının önü açık demektir. Genel kurallar içinde ve kıyasen işkolu toplu iş sözleşmeleri yapılabilir.<sup>40</sup>

Kanunda yeni bir sözleşme türü olarak düzenlenen çerçeve sözleşmesi; gerek tarafları gerek içeriği ve hazırlık süreci konularında birçok sorunlar yaratmaya aday görünmektedir. Ekonomik ve Sosyal Konseye üye olan bir işçi konfederasyonuna üye olan herhangi bir sendika ile aynı niteliğe sahip bir işveren sendikası yetki prosedürüne bakılmaksızın böyle bir sözleşmeyi yapabilecekleri gibi, görüşmeler sırasında yasada öngörülen sürelerle, barışçı çözüm yollarına, toplu iş mücadele araçlarına sahip olmadan toplu pazarlığı sonuçlandıracaklardır. Çerçeve sözleşmesine ilişkin düzenlemelere bakıldığında, tarafların anlaşmamaları halinde birbirlerini toplu iş hukukunun doğasına uygun bir şekilde anlaşmaya zorlamak için ne yapabilecekleri, anlaşmaları halinde yapılan anlaşmaya uymamalarının yaptırımının ne olacağı konularının belirsiz olduğu görülebilecektir. Tarafların uzlaşarak oluşturdukları çerçeve sözleşmesinin içeriğinin Türk endüstri ilişkilerine nasıl bir etki sağlayacağı bilinmemektedir.<sup>41</sup>

*Toplu iş sözleşmeleri ve çerçeve sözleşmeler, Anayasaya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içeremez (m.33 / 5).*

### 3. Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türü

6356 sayılı Kanun da 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi işyeri düzeyini benimsemiştir. Bu nedenle 2822 sayılı Kanun döneminde buna ilişkin yapılan değerlendirme ve varılan sonuçlar 6356 sayılı Kanun açısından da geçerliliğini devam ettirecektir. Ancak işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin düzenleme bu konuda 2822 sayılı Kanundan farklı şekilde kaleme alınmış olup tereddütler uyandıracak niteliktedir.

6356 sayılı Kanununun 34.maddesinin başlığı toplu iş sözleşmesinin kapsamı ve düzeyi olup madde metninde 2822 sayılı Kanununun 3.maddesine paralel şekilde “*Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir.*” (m.34 / 1) hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle toplu iş sözleşmesinin 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi “*işyeri*” düzeyinde yapılabileceği belirtilmiş olmaktadır. İşyeri, işletme ve grup toplu iş sözleşmeleri işyeri düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmesi türleridir. Buna rağmen 6356 sayılı Kanunda; *Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde*<sup>42</sup>, toplu

<sup>40</sup> ÖNSAL, s.72-73; KARAKOÇ, s.224-225.

<sup>41</sup> Metin KUTAL, s.169; ÖZVERİ, Yasa, s.108; Aynı yazar, Tasarı, s.99.

<sup>42</sup> 2822 sayılı Kanundaki “işletme” (m.3 / II) kelimesinin yerine “işyeri” kelimesi kullanılıncaya “birden

*iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir.* (m.34 / 2) şeklinde düzenleme getirilmiştir. İşletme toplu iş sözleşmesine ilişkin belirtilen düzenleme 2822 sayılı Kanundan farklı şekilde kaleme alınmış olup madde metninde toplu iş sözleşmesinin ancak “*işletme düzeyinde*” yapılabileceği ifadesine yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde; “*Maddede toplu iş sözleşmesinin kapsamı ve düzeyi düzenlenmiştir. Kanunda kural olarak toplu iş sözleşmesi düzeyi olarak işyeri esası benimsenmiştir. İşletme toplu iş sözleşmelerinin ancak işletme düzeyinde yapılabileceği de bu Kanunda yer almıştır.*” ifadelerine yer verilmiştir. İşletme toplu iş sözleşmeleri de işyeri düzeyinde yapılan sözleşmeler olup anılan düzenleme ve madde gerekçesindeki ifadeler isabetli değildir.<sup>43</sup>

İşletme toplu iş sözleşmesine ilişkin düzenlemede kullanılan “*işletme*” deyimini teknik olarak işletmeyi değil, bir işverenin aynı işkolundaki işyerlerini ifade etmek için kullanılmıştır. Nitekim 2822 sayılı Kanunun 3. maddesinde bu durumu ifade etmek için açıkça “*Bir gerçek ve tüzelkişiyeye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir*” denildikten sonra “*Bu Kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir*” hükmüne yer verilmiştir. Bununla gerçek anlamda bir işletme değil işverenin aynı işkolundaki işyerlerini ifade etmek için ve bu anlamda işletme deyiminin kullanıldığı belirtilmiş olmaktadır.<sup>44</sup> Nitekim madde gerekçesinde, bunun teknik anlamdaki işletme yerine kullanılmadığı başka bir deyimlendirme bulunmadığı için bu ifadenin kullanıldığı açıkça belirtilmiştir.<sup>45</sup>

Yeni Kanun, 2822 sayılı Kanundaki düzenlemeyi aynen benimsemiş olmaktadır. Ancak; geçmiş dönemde işletme sözleşmesine ilişkin bazı sorunlar, tarafları

çok işyerinin bulunduğu işyeri” (6356 sayılı Kanun m.34 / II) gibi garip bir ifade ortaya çıkmıştır. Önemli değişiklik, 2822 sayılı Kanundaki “Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarına ait müesseseler ve işyerleri ayrı tüzel kişiliğe sahip olsalar dahi, bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılır” (m.3 / II) düzenlemesine Yeni Kanunda yer verilmemesidir. Maddenin gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. Örneğin, beş müesseseden oluşan (müesseselerin her birinin ayrı hükmi şahsiyeti olan) bir kamu işletmesinde söz konusu fıkradan hareketle bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılmaktaydı. Yeni düzenlemeye göre bu beş hükmi şahsiyet (müesseseler) için beş ayrı işletme toplu iş sözleşmesi yapılacaktır. Beş müesseseyi kapsayan bir toplu iş sözleşmesi de yapılabilir, ancak bu toplu iş sözleşmesi işletme toplu iş sözleşmesi değil grup toplu iş sözleşmesi olur. Bunun olabilmesi de tarafların anlaşmasına bağlıdır. Sendikanın bir yaptırım gücü yoktur. Bu değişiklikten sonra müesseselerin sadece birinde yüzde kırk barajını aşan bir sendika o müessesede işletme toplu iş sözleşmesi yapabilecektir. Örgütlenmeyi ve toplu iş sözleşmesine erişimi kolaylaştıran bir düzenleme olduğu söylenebilir. Ancak düzenleme kamu kesimi içindir. Kamu kesiminde zaten örgütsüz işyeri / işletme bulunmamaktadır. O halde değişikliğin başka bir amacı bulunmamaktadır. (ÖNSAL, s.74-75).

<sup>43</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.66; SUBAŞI, 6356 sayılı Kanun, s.74-75.

<sup>44</sup> Geniş bilgi için bkz. EKONOMİ, İşletme Toplu İş Sözleşmeleri, s.6 vd.; ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.526 vd.; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s.166 vd.; NARMANLIOĞLU, s.316-317; AYDIN, s.435 vd.

<sup>45</sup> ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanun, s.50; CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.66-67; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesi, s.122.

ve yargı organını meşgul etmişti. Bu bağlamda burada önemli olan düzenleme esas itibarıyla “işyerinin veya bir bölümünün devri” başlığı altında 38.maddede getirilmiştir. Eski Kanun döneminde işletme sözleşmesinin yapılmasından sonra işletme kapsamına giren ya da kapsamın dışına çıkan işyerlerinde toplu iş sözleşmesinin devamı sorunu mevcut belirsizlikler dolayısıyla ortaya önemli sorunlar çıkarıyordu. Yeni yasa 38. maddesinde bu alanda üç alternatifini dikkate alarak çözümler getirmeye çalışmıştır. Bu hükme göre; *İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ya da toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi var ise, devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder* (m.38 / I). *Devralan işletmenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise, devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmıyaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder* (m.38 / I). *Toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda işyeri, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girer* (m.38 / II). Kanunda yapılan bu düzenlemeler geçmişte bu alanda yaşanan sorunlara farklı alternatifleri dikkate alarak çözüm getirmeyi amaçlaması nedeniyle isabetlidir.<sup>46</sup>

İşletme toplu iş sözleşmesi bir işletmeye bağlı tüm işyerleri için tek bir toplu iş sözleşmesi yapılmasını öngörmemekte tersine işletmeden bağımsız olarak bir işverenin aynı işletmeye bağlı olsun veya olmasın aynı işkolundaki tüm işyerleri için yapılacak toplu iş sözleşmesini ifade etmektedir. Bu anlamda işletme toplu iş sözleşmesi her zaman işletmenin bütün işyerlerini kapsamayacaktır. Değişik işkollarına giren işyerlerinden oluşan işletmede bütün işyerleri için değil ancak aynı işkoluna giren işyerlerini kapsayacaktır. Belirtilen nedenlerle 6356 sayılı Kanunundaki düzenlemede kullanılan “işletme düzeyi” ifadesi isabetli olmadığı gibi Kanunun genel sistematiğine de uygun değildir. Zira Kanunda işkoluna göre örgütlenme modeli benimsenmiş olup sendikaların kuruldukları işkolu dışında faaliyette bulunmaları ve toplu iş sözleşmesi imzalamaları hukuken mümkün değildir. Bu anlamda bir işletmeye bağlı farklı işkolundaki işyerlerinde örgütlü bulunan sendikaların da farklı olacağı açıktır. İşkolu barajı ve işyeri barajı açısından da aynı işkolunda çalışan işçiler hesaplamada dikkate alınacaktır. Bu yönüyle de işletmeye bağlı farklı işkolundaki işyerlerinin tek bir toplu iş sözleşmesi altında toplanmasının mümkün olamayacağı açıktır.<sup>47</sup>

6356 sayılı Kanundaki işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin diğer bir farklılık da 2822 sayılı Kanundaki; *Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzelkişiliğe sahip olsalar dahi, bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işlet-*

<sup>46</sup> DERELİ, s.55-56.

<sup>47</sup> NARMANLIOĞLU, s.314-319; DEMİR, İş Hukuku, s.557-558; CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.66-67.



*me toplu iş sözleşmesi yapılır* (m.3 / II) şeklindeki hükme yer verilmemiş olmasıdır. Böylece kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerlerinin ayrı tüzelkişiliğe sahip olsalar dahi aynı işkolunda bulunan tüm işyerlerini kapsayacak şekilde tek bir toplu iş sözleşmesi yapılacağına ilişkin 2822 sayılı Kanundaki ayırım ortadan kaldırılmıştır. Yeni düzenlemede “işverenlik” sıfatı esas alınacak ve işverenin tüzel kişi olması halinde bunun kamu kurum veya kuruluşuna ait olup olmadığına bakılmaksızın bu işverene bağlı aynı işkolundaki işyerlerini kapsayacak tek bir toplu iş sözleşmesi yapılacaktır. Farklı tüzelkişilere bağlı işyerlerinin kamu kurum veya kuruluşuna ait olup olmadığına bakılmaksızın aynı toplu iş sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi artık mümkün değildir.<sup>48</sup>

*İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıkları hakkında çıkan uyuşmazlıklar işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede onbeş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi halinde Yargıtayca onbeş gün içinde kesin karar verilir* (m.34 / IV).<sup>49</sup> Bu hüküm 2822 sayılı Kanun ile (m.3 / III) ile aynı düzenlemedir. İkinci fıkradaki düzenleme nedeniyle işletme tanımında daha fazla uyuşmazlık çıkması mümkündür.<sup>50</sup>

6356 sayılı Kanunda grup toplu iş sözleşmelerine açıkça yer verilmiştir. Kanunda; *Grup toplu iş sözleşmesi: İşçi sendikası ile işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesini ifade eder* (m.2) şeklinde tanımlanmıştır. Fiilen uygulanan grup toplu iş sözleşmelerinin pozitif düzenlemeye kavuşturulması isabetli ise de tarafların anlaşmasına bağlanması isabetli değildir. Diğer tarafın zorlama hakkı olup olmadığına ilişkin tartışmalar devam edecektir. Zira Kanunda; *Grup toplu iş sözleşmesi, tarafların anlaşması üzerine bir işçi sendikası ile bir işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerleri ve işletmeleri kapsamak üzere yapılır*. (m.34

<sup>48</sup> NARMANLIOĞLU, s.315-316; CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.67; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesi, s.123.

<sup>49</sup> Yargıtaya göre; 6356 sayılı Kanunu m.5 / II'de yer alan düzenlemenin yetki süreci devam ederken ortaya çıkan ve çözümü m.5 / I'de özel olarak düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmesi gerekir. Ancak gerek 6356 sayılı Kanunda gerekse mülga 2822 sayılı Kanunda işletme kapsamına ilişkin uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılamayacağına dair bir düzenleme yer almamaktadır. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kural kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenlerle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise, mahkemenin bu uyuşmazlığı çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyuşmazlığın 6356 sayılı Kanun'un m.34 / IV hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir. Yetki uyuşmazlığını inceleyen mahkemenin işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olmaması halinde ise yine aynı hükümlere göre bu problemin çözümü bekletici mesele yapılmalıdır. (Yarg., 22. HD., 06.12.2013, E.2013 / 33468, K.2013 / 28331).

<sup>50</sup> Bazı yazarlara göre; 2822 sayılı Kanunun “Bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz” (m.3 / IV) düzenlemesine yeni madde de yer verilmemiş, ikinci toplu iş sözleşmesinin olabileceği kabul edilmiş, ancak nasıl yapılacağı düzenlenmemiştir. (ÖNSAL, s.75).

/ III) hükmüne yer verilerek yapılması adeta tarafların anlaşmasına bağlanmıştır. Madde gerekçesinde tarafların grup toplu iş sözleşmesi yapmaları konusunda yetki belgesinden önce anlaşmaları halinde Bakanlığın işçi sendikasına, çoğunluğa sahip olduğu işyerleri esas alınarak grup toplu iş sözleşme yapma yetki belgesi verileceği belirtilmiştir. Ayrıca işyerlerine ilişkin ayrı ayrı yetki belgesi alındıktan sonra da grup toplu iş sözleşmesi yapma anlaşmasının yapılabileceği, tarafların, grup toplu iş sözleşmesi yapma konusunda anlaşma yaptıkları tarihten sonra tek toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin süreç başlatılacağı belirtilmiştir. Sürecin tek yürütülmesinin grev oylamasına ve sonuçlarına kadar götürülüp götürülemeyeceği açık değildir.<sup>51</sup>

2822 sayılı Kanun döneminde de birden çok işverene ait olup aynı işkolunda yer alan işyerlerinin ve işletmelerin her birinde yetkili olan işçi sendikası ile bu işverenlerin üyesi bulunduğu işveren sendikasının anlaşmaları halinde grup toplu iş sözleşmesi yapabilmekteydi. Buradaki sorunlar, işçi sendikası bu tür bir sözleşme yapmak istemediği hallerde işveren sendikasının onu buna zorlayacak bir imkâna sahip olamamasından kaynaklanmakta, işçi sendikasının ise işveren sendikasını grev yolunu kullanarak işveren tarafını grup toplu sözleşmesi yapmaya zorlayabilmesi görüşü ileri sürülüyordu. Grup toplu iş sözleşmesi kavramına ilk kez 6356 sayılı Kanunda değinilmekte, grup toplu iş sözleşmesinin işveren sendikası ile işçi sendikası arasında aynı işkolunda kurulu birden çok işverene ait işyerleri ve işletmeleri kapsamak üzere yapılabileceği hükmüne yer verilmektedir. Gerekçedeki açıklamaya göre; taraflar grup toplu iş sözleşmesi yapmak üzere anlaşmayı her zaman yapabileceklerdir. Bu doğrultuda anlaşma yetki tespiti başvurusundan önce yapılmış ise Bakanlıkça işçi sendikasına çoğunluğa sahip olduğu işyerlerini esas alarak grup toplu iş sözleşmesi yapma yetki belgesi verilecektir. İşçi sendikasının işyerleri için ayrı ayrı yetki belgesi almasından sonra da grup toplu iş sözleşmesi yapma anlaşması yapılabilecektir. Taraflar grup toplu iş sözleşmesi yapma konusunda anlaşma yaptıkları tarihten sonra tek toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin süreç başlatılacaktır. Bu kapsamda, grup toplu iş sözleşmesi yapılması sırasında çıkan uyuşmazlıklarda tek arabulucu atanacak, tek grev ve lokavt kararı alınacaktır.<sup>52</sup>

Grup toplu iş sözleşmesinin düzenlenmesi bir yeniliktir. 2822 döneminde de grup toplu iş sözleşmelerinin yapılacağı öğretilen hareketle kabul edilmiş ve grup toplu iş sözleşmeleri yapılmıştır. Yeni Kanunun grup toplu iş sözleşmesine yer vermesine karşılık "yetki" başlıklı 41.maddesinde grup toplu iş sözleşmeleri ile ilgili düzenleme yapmamış olması dikkat çekicidir.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> **CANBOLAT**, 6356 sayılı Kanun, s.68; **Aynı yazar**, Toplu İş Sözleşmesi, s.114-121; **AKTAY**, 6356 sayılı Kanun, s.76; **ÖZVERİ**, Yasa, s.104; **Aynı yazar**, Tasarı, s.95.

<sup>52</sup> **DERELİ**, s.55; **CENTEL**, s.58; **Kenan TUNÇOMAĞ / CENTEL**, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.344; **DEMİR**, İş Hukuku, s.554-556; **NARMANLIOĞLU**, s.320-322.

<sup>53</sup> **ÖNSAL**, s.75.

6356 sayılı Kanun da 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi toplu iş sözleşmesinin düzeyini “işyeri” olarak belirlemiş olup, işyeri düzeyinde yapılması sözleşmenin birden fazla işyerini kapsamına engel değildir. Tek bir işyerini kapsamak üzere yapılabileceği gibi birden fazla işyerini de kapsayabilir. İşletme toplu iş sözleşmesi ile grup toplu iş sözleşmeleri de işyeri düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmesi türleridir.

Toplu iş sözleşmesinin kapsamını belirleyen toplu pazarlık birimi ya da toplu pazarlığın düzeyi, Türk toplu iş hukukunda yasalarla belirlenmiştir. Yasalar sendikalaşmayı işkolu düzeyinde tanırken, temel toplu pazarlık ünitesi olarak işyerini kabul etmiş, bu konuda getirmiş olduğu emredici düzenlemelerle toplu iş sözleşmesi özerkliğinin sınırlarını da çizmiştir.<sup>54</sup>

## V. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE SÜRESİ

### 1. Toplu İş Sözleşmesinin Şekli

Toplu iş sözleşmesinin şekli ve süresi 6356 sayılı Kanunda 2822 sayılı Kanuna paralel şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; *toplular iş sözleşmesi yazılı olarak yapılacaktır* (m.35 / 1). 2822 sayılı Kanundaki gibi toplu iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmadıkça geçerli olmayacağına ilişkin açık hüküm olmamakla birlikte burada belirtilen yazılı şeklin geçerlilik koşulu olduğu ve yazılı yapılmadıkça geçerli olmayacağı açıktır. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 12.maddesi Kanunlarda sözleşmeler için öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğunu, öngörülen şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağını belirtmektedir. Yazılı şeklin geçerlilik koşulu olmasının doğal sonucu olarak toplu iş sözleşmesinde yapılacak değişikliklerin de ancak yazılı olarak yapılabileceğidir. Çerçeve sözleşmenin şekline ilişkin ise Kanunda bir düzenleme yoktur.<sup>55</sup>

### 2. Toplu İş Sözleşmesinin Süresi

Toplu iş sözleşmesinin süresi 6356 sayılı Kanununda 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi *en az bir ve en çok üç yıl* olarak düzenlenmiştir (m.35 / 2). Toplu iş sözleşmesi bir yıldan kısa süreli yapılamaz, ancak işin süresi bir yıldan kısa ise toplu iş sözleşmesinin süresi de bir yıldan kısa yapılabilir. İşin bitmemesi halinde bu sözleşmeler ancak takvim yılı sonuna kadar uzatılabilir. Eskiden olduğu gibi mevsimlik işler gibi faaliyeti bir yıldan az süren işler göz önüne alınarak sözleşme süresinin en az bir yıl olması koşuluna istisna getirilmiştir. Buna göre; *faaliyetleri bir yıldan az süren işlerde uygulanmak üzere, toplu iş sözleşmelerinin süresi bir yıldan az olabilir. Ancak bu durumda da işin bitmemesi halinde toplu iş sözleşmesi bir yılın sonuna kadar uygulanacaktır* (m.35 / III). Burada toplu iş sözleşmesi sona ermemekte süresi

<sup>54</sup> **Kübra DOĞAN YENİSEY**, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınları, İstanbul 2007, s.323-324; **ÖZVERİ**, Yasa, s.102; **Aynı yazar**, Tasarı, s.93.

<sup>55</sup> **CANBOLAT**, 6356 sayılı Kanun, s.69.

Kanunda belirtildiği şekilde işin bitimi ve nihayet bir yılın sonuna kadar uzatılmış olmaktadır. Bu nedenle sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdi hükmü olarak uygulanması mahiyetinde değil Kanunun açık hükmü gereği toplu iş sözleşmesinin kararlaştırılan süresinin uzamasıdır. Bunun dışında Kanunun açık hükmü gereği *toplular iş sözleşmesinin süresi, sözleşme imzalandıktan sonra taraflarca uzatılamaz, kısaltılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez* (m.35 / II). Kanunun toplu iş sözleşmesinin süresine ilişkin hükmü emredici niteliktedir. Çerçeve sözleşmenin süresi de aynı şekilde *Kanunda en az bir ve en çok üç yıl olarak düzenlenmiştir* (m.33 / IV).<sup>56</sup>

Kural olarak toplu iş sözleşmesinin tarafları birlikte düzenledikleri hükümleri yine birlikte (anlaşarak) değiştirebilirler, bunun tek istisnası toplu iş sözleşmesinin süresidir.<sup>57</sup>

*Taraflardan biri toplu iş sözleşmesinin bitiminden yüz yirmi gün önce yeni sözleşme için yetki başvurusunda bulunulabilecektir. Ancak yapılacak toplu iş sözleşmesi yürürlükteki toplu iş sözleşmesi sona ermeden yürürlüğe girmeyecektir* (m.35 / 4).

## VI. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKMÜ

6356 sayılı Kanuna göre; *toplular iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplular iş sözleşmesine aykırı olamayacaktır. İş sözleşmelerinin toplular iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplular iş sözleşmesindeki hükümler alacaktır* (m.36 / I). Diğer yandan yararlılık ilkesi de korunarak “*Toplular iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması hâlinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir*” hükmüne yer verilmiştir. Belirtilen düzenleme 2822 sayılı Kanuna paralel olup, sadece madde metninde “*hizmet akitleri*” yerine “*iş sözleşmeleri*” deyimine yer verilmiş<sup>58</sup> ve 2822 sayılı Kanunda yer alan “*Hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplular iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır*” hükmüne yer verilmemiştir. Esasen 2822 sayılı Kanundaki belirtilen hüküm gereksiz bir tekrardan ibaretti. Zira madde metninde yer alan iş sözleşmelerinin toplular iş sözleşmesine aykırı olamayacağı ve aykırı hükümlerin yerini toplular iş sözleşmesindeki hükümlerin alacağına ilişkin düzenlemeden başka bir sonuca varmak zaten mümkün değildir. Bu nedenle 6356 sayılı Kanunda yer verilmemiş olması isabetlidir.<sup>59</sup> Tüm düzenlemede işçi yararı öne alınmış, toplular iş sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki farklılıklarda işçi lehine olan hükmün uygulanacağı düzenlenmiştir. İş sözleşmelerinin toplular iş sözleşmesine aykırı olmakla birlikte “*işçi yararına*” olan hükümleri korunmaktadır.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.70; SUBAŞI, 6356 sayılı Kanun, s.78.

<sup>57</sup> ÖNSAL, s.76.

<sup>58</sup> Bu konuda Kanunlar arasında birliktelik sağlanamamıştır. 4857 ve 6356 sayılı Kanunların yayım tarihleri arasında bir tarihte (RG., 04.02.2011, 27836) yayımlanan Türk Borçlar Kanunu “hizmet sözleşmesi” kavramını kullanmıştır.

<sup>59</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.70-71.

<sup>60</sup> DEMİR, İş Hukuku, s.590; ÖNSAL, s.77.

Belirtilen düzenleme tarafların toplu iş sözleşmeleri ile tıpkı yasa koyucu gibi emredici hukuk kuralları koyabilme özerkliğini ortaya koymaktadır. Bununla toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı (iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri) iş sözleşmelerini kanun gibi doğrudan doğruya ve emredici olarak etkileyeceği belirtilmiş olmaktadır. Konu sadece iş sözleşmesini etkilemesi yönünden değil toplu iş sözleşmesindeki normatif hükümlerin hukuki niteliğinin “*objektif hukuk kuralı*” (maddi anlamda yasa hükmü) olarak kabul edilmesi nedeniyle bunların yorumunun yasaların tabi olduğu yorum kurallarına göre yapılması gerekir.<sup>61</sup> Nitekim Yargıtay da 2822 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu kararlarında bu hususu kabul etmiştir.<sup>62</sup> Yargıtay’ın bu görüşü aynı esası benimseyen 6356 sayılı Kanun yönünden de geçerli olacaktır.<sup>63</sup>

### 1. Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi

Toplu iş sözleşmesinin ard etkisine ilişkin 2822 sayılı Kanundaki esas korunarak 6356 sayılı Kanunda; “*Sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder*” hükmüne yer verilmiştir (m.36 / 2). Toplu iş sözleşmesinin sona erme şekline ilişkin olarak 2822 sayılı Kanundaki “*Her ne sebeple olursa olsun*” ibaresine yer verilmiştir. Ancak bu durum farklı bir sonuca varmayı gerektirmeyecektir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinin ard etkisi için sona erme şekli önemli olmayacaktır. Belirtilen hükümle 2822 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle işçilerin sözleşme ile kazandıkları hakları devam ettirmeleri amaçlanmaktadır.<sup>64</sup>

Toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra yeni toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar, sona eren toplu iş sözleşmesinin art etkisini sürdüreceği, bu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam edileceği düzenlenmiştir. Belirtilen düzenlemeyle toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle norma-

<sup>61</sup> ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.550-551; NARMANLIOĞLU, s.486-491; TUĞ, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1996, s.9.

<sup>62</sup> “Toplu iş sözleşmesinin ihtiva edeceği ve etmeyeceği hükümler 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 19.maddesine göre kanunun açık buyurucu hükmüne aykırı olmayan sözleşme hükümleri taraflar için uyulması zorunlu bağlayıcı objektif hukuk kurallarıdır. Bunlar arasında yer alan disiplin kurallarına taraflar uymak zorundadırlar. Disiplin kurallarına aykırı davranışlardan hangilerinin ne gibi disiplin cezalarını gerektireceği ve bu cezaların nasıl ve kim tarafından verilip uygulanacağı T.İ.S. ile düzenlenebilir. Herhangi bir disiplin cezasına maruz kalan işçi gerek fiil bakımından ve gerekse ceza bakımından verilen cezanın T.İ.S. düzenlenmesine aykırı olduğunu ileri sürerek yargı mercii önünde dava açıp bu cezanın sözleşmeye uygun olmadığını tespitini ve iptalini isteyebilir.” (Yarg.9.HD., 20.04.1987, E.1987 / 3816, K.1987 / 3991).

<sup>63</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.71.

<sup>64</sup> DEMİR, İş Hukuku, s.623-625; CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.71; NARMANLIOĞLU, s.486-488.

tif hükümlerinin emredici etkisinin sona ereceği ifade edilmiş olmaktadır. Bunun sonucu olarak Kanunda düzenlenen ard etki toplu iş sözleşmesinin emredici etkisine maruz kalan iş sözleşmeleri yönünden geçerli olacaktır. Ard etki toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte var olan ve taraf sendikaya üyelik veya dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanıyor olması nedeniyle belirtilen emredici etkiye maruz kalan iş sözleşmeleri için geçerli olacaktır. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yapılan iş sözleşmeleri ile sona erme tarihinden önce yapılmış olmasına rağmen emredici etkiye maruz kalmayan (yararlanma koşulları bulunmayan) iş sözleşmeleri için ard etkiden söz edilemeyecektir.<sup>65</sup> Sona eren toplu iş sözleşmesindeki hizmet akdine ilişkin hükümlerin yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam etmesi toplu iş sözleşmeden yararlanma niteliğinde değildir. Bu nedenle ard etkinin başlayabilmesi için toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinde işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanıyor olması gerekli ise de bu tarihten sonra ortada mevcut bir toplu iş sözleşmesinin bulunduğundan söz edilemeyecektir. Bu nedenle ard etkinin devamı için yararlanma koşullarının da devam ediyor olması ya da işçinin üyelik veya dayanışma aidatı gibi herhangi bir aidat ödeme yükümlülüğünden söz edilemeyecektir.<sup>66</sup>

## 2. Tarafların Durumunda Değişiklik

Kanunda toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyen durumlar 2822 sayılı Kanunun 8.maddesine paralel şekilde belirtilmiş ilave olarak “*işyerinin girdiği işkolunun değişmesi*” de sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre; *Toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, faaliyetinin durdurulması, işçi sendikasının yetkiyi kaybetmesi ve toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin veya işyerinin girdiği işkolunun değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez* (m.37 / I). Anılan düzenleme isabetli olup esasen yetki süreci başladıktan sonraki işkolu değişikliği tespitinin bir sonraki dönem için geçerli olacağı, işkolu tespitine yönelik davaların yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılamayacağı ile işkolu değişikliğinin yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemeyeceğine yönündeki Kanunun 5.maddesinin açık hükmünden başka bir sonuca varmak zaten mümkün değildir.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> **CANBOLAT**, 6356 sayılı Kanun, s.72; “Davacı TİS sona ermeden TİS’ne taraf işçi sendikasıdan istifa etmiş ve istifa gerçekleşmiştir. Başka bir anlatımla TİS’nin sona erdiği tarihte davacı taraf işçi sendikasının üyesi olmadığı gibi, TİS’den de yararlanmamaktadır. Bu nedenle TİS’nin davacı yönünden hizmet akdi olarak devam ettiğinin kabul edilmesi mümkün değildir.” (Yarg. 9.HD., 22.11.2006, E.2006 / 9890, K.2006 / 30806, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007 / 2, s.258-259, direnme üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yerel mahkemenin direnme kararını Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin gerekçeleri doğrultusunda bozmuştur, Yarg. HGK., 26.3.2008, E.2008 / 9-275, K.2008 / 282).

<sup>66</sup> **ÇELİK**, İş Hukuku, 26. Bası, s.551-552; **NARMANLIOĞLU**, s.488-490.

<sup>67</sup> **DEMİR**, İş Hukuku, s.621; **CANBOLAT**, 6356 sayılı Kanun, s.72-73; **SUBAŞI**, 6356 sayılı Kanun, s.80-81.

6356 sayılı Kanun; *işkolu değişikliğinin yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemeyeceğine* (m.5 / III) hükmetmiştir. *Toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin veya işyerinin girdiği işkolunun değişmesinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği* (m.37 / I) kuralına yer vermiştir. Ancak aynı Kanun, *işkolunun değişmesinin sendika üyeliğini sona erdireceği* kuralına da yer vermiştir (m.19 / VII). Kanunun 5. ve 37.maddelerinde yer alan bu esasa karşılık işkolunun değişmesinin sendika üyeliğini sona erdireceğinin kabul edilmesi bir çelişki yaratmaktadır. Yani, işkolu değiştiği için sendika üyeliği sona erecek olan işçi, toplu iş sözleşmesinin devam etmesine karşılık, sözleşmeden yararlanamayacaktır. Sona eren bir toplu iş sözleşmesi olmadığı için art etki yoluyla da toplu iş sözleşmesinden yararlanmak mümkün değildir. Bu çelişkiye getirilebilecek bir çözüm, işkolunun mahkeme kararıyla değişmesi ihtimalinde gündeme gelebilir. Kanuna göre; işkolunda mahkeme kararı ile meydana gelen değişiklik bir sonraki dönem için hüküm ifade edeceğinden; işçinin sendika üyeliğinin de bir sonraki dönem için sona ereceği sonucuna yorum yoluyla ulaşmak mümkündür.<sup>68</sup>

2822 sayılı Kanunun hükümleri (m.8 ve 10) esası korunarak düzenleme yapılmıştır. Toplu iş sözleşmesine taraf olan işçi veya işveren sendikadaki değişiklikler toplu iş sözleşmesini etkilemeyecektir. Yani toplu iş sözleşmesi süresi sona erinceye kadar uygulanmaya devam edecektir. Yenilik olarak, 6356 sayılı Kanunda “işyerinin girdiği işkolunun değişmesi” halinde de toplu iş sözleşmesinin süresi sona erinceye kadar uygulanmaya devam edileceğini düzenlemiştir (m.37 / I).

Kanunda işyerinin girdiği işkolunun değişmesinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceğine ilişkin açık düzenleme getirilerek 2822 sayılı Kanun dönemindeki tartışma ve tereddütleri ortadan kaldırmıştır. Yargıtay böyle bir düzenlemenin olmadığı 2822 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararında işkolunun değişmesi halinde mevcut toplu iş sözleşmesinin sona ermeyeceğine hükmetmişti.<sup>69</sup> Kanunun amacı işkolu değişikliğinin bir sonraki dönem için geçerli olması ve bunun yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilememesidir. Bu nedenle belirtilen hüküm karşısında toplu iş sözleşmesi yürürlük süresinin sonuna kadar uygulanacak ve bu dönemde işçilerin üyelikleri devam ettiği kabul edilerek üye sıfatıyla yararlandıkları, diğer işçilerin de yürürlük süresinin sonuna kadar taraf sendikaya dayanışma aidatı ödeyerek yararlanabilecekleri kabul edilmelidir.<sup>70</sup>

İşverenin toplu iş sözleşmesiyle bağlılığına ilişkin 2822 sayılı Kanunun 10.maddesindeki düzenleme de 37.maddenin 2. ve 3.fıkralarında paralel şekilde

<sup>68</sup> **ŞAHLANAN**, 6356 sayılı Kanun, s.52; **CENTEL**, s.58.

<sup>69</sup> Yarg. 9. HD., 5.12.2007, E.2007/15989, K.2007/37055, Karar ve kararı isabetsiz bulan **ŞAHLANAN**'ın incelemesi için ve bkz. İşyerinin Kapatılması ve İşçilerin Başka İşkolunda Bulunan Bir İş Yerine Nakledilmesinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası D., Mayıs 2008 Eki, s.2-4.

<sup>70</sup> **CANBOLAT**, 6356 sayılı Kanun, s.73.

düzenlenmiştir. Buna göre; *toplu görüşmeye çağrı tarihinde bir işveren sendikasına üye bulunan işverenin sendika üyeliğinin sona ermesi çağrısı etkilemeyeceği gibi* (m.37 / II), *sözleşmenin imzalanmasından sonra sendika ile ilişkisinin kesilmesi de toplu iş sözleşmesini etkilemeyecek işveren sözleşme ile bağlı kalmaya devam edecektir* (m.37 / III).

6356 sayılı Kanuna göre; işçi sendikası işveren sendikasına çağrıda bulunduktan sonra işveren sendikası üyeliğinden ayrılan işveren, işçi sendikasının yaptığı çağrı ile bağlı kalacak, tarafı işveren sendikası değil kendisi olarak toplu iş sözleşmesini bağıtlayacaktır. Toplu iş sözleşmesi bağıtlandıktan sonra işveren sendikası üyeliğinden çekilen veya işveren sendikası üyeliğinden çıkarılan işveren, bağıtlanmış toplu iş sözleşmesiyle bağlı kalacak, yani bu toplu iş sözleşmesi işverenin işyeri / işyerleri / işletmesinde uygulanmaya devam edilecektir.<sup>71</sup>

### 3. İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri

Uygulamada sorunlara ve tartışmalara neden olan işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin olarak işverenin toplu iş sözleşmesi imzaladıktan sonra aynı işkolunda başka bir işyerini daha devralması ve burada da toplu iş sözleşmesinin bulunması veya işverenin işletme kapsamındaki işyerini devretmesi durumlarında çözümün ne olacağına ilişkin hüküm; yeni bir düzenlemedir ve 6356 sayılı Kanunda açık düzenleme getirilmiştir. İşyerinin veya bir bölümünün devri başlığını taşıyan maddeye göre;

*İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ya da toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi var ise; devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder. Devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise; devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder* (m.38 / I).

*Toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda işyeri, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girer* (m.38 / II).

İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olsun veya olmasın toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinde devralan işverenin aynı işkolunda yürürlükte bir toplu iş sözleşmesinin bulunup bulunmadığına bakılarak karar verilecektir. Bu durumda devralan işverenin aynı işkolunda yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi varsa üstünlük buna verilecek ve devraldığı işyeri veya işyerlerindeki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar ise iş sözleşmesi hükmü

<sup>71</sup> CENTEL, s.58-59; ÖNSAL, s.78.



olarak devam edecektir. Böylece yararlılık ilkesi gereği işçiler öncekinden daha aşağı olmamak üzere mevcut toplu iş sözleşmesinden de yararlanabilecekler ve mevcut toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle tüm işyerlerini de kapsayacak şekilde yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılabilecektir.<sup>72</sup>

Toplu iş sözleşmesi kapsamında olan bir işyeri veya bir işyerinin bir bölümü veya bir işletmenin kapsamındaki bir işyeri devredildiğinde; devralan işverenin işyeri veya işyerlerinde toplu iş sözleşmesi yok ise, devralınan işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin uygulanması süresi sona erinceye kadar devam edecektir. Devralan işverenin işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi varsa, devir alınan işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi artık uygulanmayacak, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecektir. Uygulama; devredilen / devir alınan işyerinin aynı işkolunda olması koşuluna bağlıdır. Devredilen işyeri, devir alan işverenin işyeri / işyerlerinin girdiği işkolunun dışında ise 6356 sayılı Kanunun m.36 hükümleri uygulanacaktır.<sup>73</sup>

Devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise bu durumda devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesi süresinin sonuna kadar devam edecek ve süre sonunda tüm işyerini de kapsayacak şekilde yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılacaktır. Ancak madde metnindeki *“devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder”* şeklindeki ifade isteneni tam olarak anlatmaktan uzak olup isabetli bulmak güçtür. Gerçekten de bu durumda devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesi devralan işverenin aynı işkolundaki toplu iş sözleşmesi olmayan işyerlerini de kapsayacak şekilde ancak süresinin sonuna kadar toplu iş sözleşmesi olarak uygulanacaktır. Sürenin sona ermesiyle Kanundaki *“Sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder”* (m.36 / II) şeklindeki düzenleme burası için de geçerli olacaktır. Her ne kadar madde metninde yenisi yapılıncaya kadar *“toplular iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder”* şeklinde ifade edilmiş olsa dahi farklı sonuca varmak güçtür. Nitekim maddenin gerekçesinde de işletme toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinden ayrılan veya işletme toplu iş sözleşmesinin uygulandığı bir işletmeye dâhil olan ya da yeni işyeri devralınması ile birlikte işletme niteliğini kazanan işyerleri açısından uygulamada yaşanan sorunlar dikkate alınarak hükmün bu sorunları çözüme kavuşturmaya yönelik olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinin süresinin sonuna kadar uygulanacağı ve bu tarihten sonra iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği, işverenin aynı işkolundaki tüm işyerlerini kapsamak üzere yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılabileceğinin kabulü isabetli olacaktır.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> CENTEL, s.58-59; NARMANLIOĞLU, s.399-400; CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.74; Aynı yazar, 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Getirdiği Yenilikler, Toprak İşveren Dergisi, Aralık 2012, s.15; KARAKOÇ, s.225.

<sup>73</sup> CENTEL, s.58-59; ÖNSAL, s.79.

<sup>74</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.74-75; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesi, s.192-193.

Kanunda; toplu iş sözleşmesi bulunamayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesinin tarafı olan bir işverence devralınması durumunda, devralınan işyerinin işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamına gireceği düzenlenmiştir. Toplu iş sözleşmesi kapsamında olmayan bir işyerini devir alan işverenin işyerlerinde uygulanan bir işletme toplu iş sözleşmesi varsa devir alınan işyerinin bu işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına gireceğini düzenlemiştir. Böylece toplu iş sözleşmesinin bulunmadığı devralınan işyeri de işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında sayılarak işçiler toplu iş sözleşmesinden yararlanacaklardır. Sürenin sonunda yine tüm işyerlerini kapsayacak şekilde yeni toplu iş sözleşmesi yapılacaktır.<sup>75</sup>

Düzenleme isabetli olmakla birlikte madde metinde mevcut işletme toplu iş sözleşmesinin bulunduğu varsayılarak işletme kapsamındaki işyerlerinden birinin devredilmesi veya bir işyerinin işletme kapsamına alınmasına göre düzenleme yapılmış olup devirle birlikte işletmenin oluştuğu (aynı işkolunda birden fazla işyerinin oluştuğu) durumlara açıkça yer verilmemiştir. Bu durumda da yukarıda açıklanan çözüm geçerli olacaktır.<sup>76</sup>

#### 4. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma

Kanunda; kural olarak *toplular iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyelerinin yararlanacağı düzenlenmiştir* (m.39 / I). *Toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye bulunanların yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanların ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıca işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanacaklarını* –eski yasadaki hükümleri tekrarlayarak- belirtmektedir (m.39 / II).<sup>77</sup>

Toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya ilişkin kurallar 2822 sayılı Kanun paralel biçimde düzenlenmiştir. Toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya ilişkin 2822 sayılı Kanundaki temel esaslar 6356 sayılı Kanunda da kabul edilmiş olmakla birlikte tartışmalara neden olan yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında işyerinden ayrılanların durumlarına açıklık getirilmiştir. Ayrıca dayanışma aidatının miktarı üyelik aidatıyla eşitlenmiş dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaya ilişkin imza tarihinden önceki taleplerin imza tarihi itibarıyla geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.<sup>78</sup>

*Toplu iş sözleşmesinin imza tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanacaklardır* (m.39 / II). 2822 sayılı

<sup>75</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.75; SUBAŞI, 6356 sayılı Kanun, s.83.

<sup>76</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.75.

<sup>77</sup> Bazı yazarlara göre; alt işveren işçilerinin asıl işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmelerinden yararlanıp yararlanamayacakları konusunda toplu iş sözleşmeden yararlanmayı düzenleyen 39.madde de açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasanın 39.maddesinde toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için taraf sendikaya üyeliğinin dışında bir koşul aramadığından da yardımcı işlerde iş alan alt işverenin işçileri, taraf sendikaya üye olmaları halinde asıl işverene ait işyerinde bağtlanan toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceklerdir. (ÖZVERİ, Yasa, s.109-110).

<sup>78</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.75; DERELİ, s.58.

Kanunda da aynı düzenleme bulunmaktadır (m.9 / II). Yürürlük tarihi ile toplu iş sözleşmesinin imza tarihi arasında işyerine giren ve doğal olarak bu tarihten sonra üye olan işçiler veya bu süre içinde sendikaya üye olan işçiler yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanmayacaklardır. Esas olan üyeliktir. Yürürlük başlangıcı tarihinde ve imza tarihinde de üye olmak koşuluyla toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcından itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanılabilir.<sup>79</sup>

Kanunda; dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu sözleşmeden yararlanacaklara ilişkin düzenleme yapılmıştır. *Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bunun için işçi sendikasının onayı aranmaz. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir. İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur* (m.39 / IV).

Fıkradaki son cümle yenidir. Böylece; öğretide öne sürülen bir husus, yani dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için oluşmuş bir toplu iş sözleşmesinin varlığının gerektiği belirtilmiş olmaktadır. Ayrıca dayanışma aidatının sınırı da kaldırılmıştır.<sup>80</sup>

Kanunda; sendika üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden nasıl yararlanacakları düzenlenmiştir. Üye olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları dayanışma aidatı ödemeleri koşuluna bağlıdır. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmada işçi sendikasının onayı aranmaz. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için toplu iş sözleşmesinin bağitlanmış olması gerekir, toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önceki dönem için toplu iş sözleşmesinden yararlanma ihtimali yoktur. 2822 sayılı Kanun uygulamasında dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebi, toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden sonra yapılabilirdi. Kanunda; bir yenilik olarak, imza tarihinden önceki bir tarihte dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunulabileceğini düzenlemiştir. Yararlanma ilkesinde bir değişiklik yoktur. Yararlanma, toplu iş sözleşmesinin imza tarihinde başlayacaktır.<sup>81</sup>

*Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar* (m.39 / III).

<sup>79</sup> AKTAY, 6356 sayılı Kanun, s.77; DEMİR, İş Hukuku, s.592-593.

<sup>80</sup> KUTAL, s.169; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s.381; NARMANLIOĞLU, s.434-435; DERELİ, s.59; ÖZVERİ, Yasa, s.109; Aynı yazar, Tasarı, s.100.

<sup>81</sup> CENTEL, s.59; NARMANLIOĞLU, s.432; DEMİR, İş Hukuku, s.596-598; AKTAY, 6356 sayılı Kanun, s.77-78; ÖNSAL, s.81-82.

Bu, yeni bir düzenlemedir. Toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren işçiler, 2822 sayılı Kanuna göre toplu iş sözleşmesinden yararlanamıyorlardı. Bu işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen özel hükümler ile sağlanıyordu. 6356 sayılı Kanun, söz konusu işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanacaklarını düzenleyerek bu soruna çözüm getirmiştir.<sup>82</sup>

İmza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona erenlerin toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamayacaklarına ilişkin tartışma, isabetli olarak bunların iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar yararlanacakları şeklinde pozitif düzenlemeye kavuşturularak bu yöndeki tartışmalara son verilmiştir.<sup>83</sup>

Geçmişte yararlanmayla ilgili bazı sorunlar yargı organını gündemine taşınmış, Yargıtay verdiği kararlarla bu sorunları çözmeye çalışmıştır. Örneğin; Yargıtay imza tarihinde işyerinde çalışmayan işçinin toplu sözleşmenin geriye götürülen hükümlerinden yararlanmasının yasada düzenlenmediği halde, toplu sözleşme buna ilişkin düzenleme olduğu takdirde imza tarihinden önce işyerinden ayrılan işçilerin sözleşmenin yürürlük tarihinden itibaren sözleşmeden yararlanmalarının mümkün olduğuna karar vermiştir.<sup>84</sup> 6356 sayılı Yasada (m.39 / III) bu görüşü metnine yansıtarak bir boşluğu doldurmuştur.<sup>85</sup>

Taraf sendikaya üye olmayanların toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmalarına ilişkin olarak 2822 sayılı Kanundaki esaslar korunmuş olmakla birlikte imza tarihinden önceki taleplerin imza tarihi itibarıyla hüküm doğuracağına ilişkin açık düzenleme yapılmıştır. Bilindiği gibi 2822 sayılı Kanunda bu yönde bir hüküm olmadığından imza tarihinden önceki taleplerin geçersiz olduğu kabul edilmekteydi.<sup>86</sup>

2822 sayılı Kanunda dayanışma aidatı üyelik aidatının üçte ikisi olarak düzenlenmişti (m.9 / IV). 6356 sayılı Kanunda, *dayanışma aidatının miktarı üyelik*

<sup>82</sup> CENTEL, s.59; ÖNSAL, s.81.

<sup>83</sup> NARMANLIOĞLU, s.419-421; CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.76; ÖZVERİ, Yasa, s.108; Aynı yazar, Tasarı, s.99; 2822 sayılı Kanun dönemindeki tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. ÇELİK, (İş Hukuku, 25. Bası), İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s.604 vd. ve orada gösterilen kaynaklar. Yargıtay bu kişilerin ancak toplu iş sözleşmede açık hüküm bulunması halinde yararlanabileceklerine hükmetmekteydi. Yargıtay'a göre; "Ancak belirtmek gerekir ki davacının yeni Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılması mümkün değildir. Zira bundan yararlanabilmek için kural olarak imza tarihinde ve yürürlük süresi içinde çalışmış olmak gerekir. Gerçekten Hukuk Genel Kurulunca benimsenen dairemizin yerleşmiş içtihadına göre imza tarihinde önce ve yürürlük başlangıç tarihinden sonra işten ayrılmış bulunan bir işçinin bu Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılması için ayrı bir kurala yer verilmesi gerekir." (Yarg.9.HD., 2.2.2000, E. 2000 / 736, K.2000 / 842).

<sup>84</sup> Yarg., 9.HD, 26.3.1987, E.2921, K.3181; Yarg., 9.HD, 25.12.1986, E.10427, K.11716.

<sup>85</sup> DERELİ, s.58-59.

<sup>86</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.76.

*aidatından fazla olmamak kaydıyla, yani “üyelik aidatını aşmamak” koşuluyla sendika tüzüklerinde belirleneceği düzenlenmiştir (m.39 / V).*

Dayanışma aidatının miktarının üyelik aidatını geçmemek üzere sendika tüzüklerine bırakılmış olmasını isabetli değildir. Bu hüküm sendikaların ülkemizde ücret sendikacılığına dönüşmüş olmalarının ve toplu iş sözleşmesi dışındaki faaliyetlerinin gelişmemesi ve yaygınlaşmamasının bir sonucudur. Yeni düzenlemeye göre; sendikalar dayanışma aidatının miktarını üyelik aidat miktarı kadar belirleyebilecektir. Bu durumda başka bir sendikaya üye olan işçi, kendi sendikasına üyelik aidatı öderken, toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için taraf sendikaya da muhtemelen aynı miktarda dayanışma aidatı ödemek zorunda kalacak, ancak taraf sendikanın diğer hiçbir faaliyetlerinden yararlanamayacaktır. Diğer taraftan üyelik aidatına ilişkin işçinin bir günlük çıplak ücretini geçemeyeceği yönündeki tavan da kaldırılarak aidat miktarının kuruluşların tüzüklerine bırakılmış olması gözetildiğinde sırf toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için üyelik aidatı kadar dayanışma aidatı ödenmesi işçileri taraf sendikaya üye olmaya zorlayacağından olumsuz sendika özgürlüğüne uygun olmayacaktır.<sup>87</sup>

*Faaliyetleri durdurulmuş sendikalara ise dayanışma aidatı ödenmeyecektir (m.39 / VI).* Bu Kanun anlamında *işveren vekilleri ile toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işvereni temsilen katılanlar* 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi *toplulu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklardır (m.39 / VII).* 2822 sayılı Kanunda; *işyerinde işveren vekili durumunda olan ve temsilci sıfatıyla toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmelerde taraf olarak hareket eden kimse, bu Kanun bakımından işveren sayılır.* (m.62 / II) şeklindeki hüküm isteneni tam olarak anlatamadığından eleştirilmekteydi.<sup>88</sup> Madde metninden, toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmelere temsilci olarak katılan kimsenin ancak “işveren vekili” sıfatına sahip bir kimse olması halinde işveren sayılacağı ve bu suretle toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı gibi bir anlam çıkmaktadır. Kanun koyucu bu kimselerin işveren vekilliği sıfatı taşımaları nedeniyle değil işvereni temsilen toplu görüşmelere katılmış olmaları nedeniyle sözleşmeden yararlanmalarını istememiştir. 2822 sayılı Kanunda işveren vekili kavramına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş, Sendikalar Kanunundaki işveren vekili kavramının bu kanun bakımından da geçerli olduğu genel olarak kabul edilmekteydi. 2822 sayılı Kanunun 62.maddesinin uygulamasında toplu görüşmelere katılan kimsenin işveren vekilliği sıfatına sahip olması gerektiğinin kabul edilmesi halinde bunun

<sup>87</sup> **Metin KUTAL**, s.169; **CENTEL**, s.60; **DEMİRCİOĞLU / CENTEL**, s.294-295; **CANBOLAT**, 6356 sayılı Kanun, s.76-77; Bazı yazarlara göre; sendikaya üye olmayanların, dayanışma aidatı ödeyenlerin, bu yolla “mademki aynı aidatı ödüyorum, öyleyse gideyim de sendikaya üye olayım” psikolojisi içerisine girip, sendikaya üye olmama hürriyetini garanti altına alan Anayasanın 51.maddesine bir aykırılığın ortaya çıkıp çıkmayacağı tartışılmalıdır. Uluslararası Çalışma Örgütünün bu hususta görüşleri de vardır. (**AKTAY**, 6356 sayılı Kanun, s.78)

<sup>88</sup> **CANBOLAT**, (Yararlanma) Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Cilt.6, Sayı.4, 2002, s.163 vd.

Sendikalar Kanununa göre mi, İş Kanununa göre mi belirleneceğinin açık değildi. Toplu iş sözleşmesi veya toplu görüşmelere işvereni temsilen katılmış olmanın toplu iş sözleşmesinden yararlanamama için yeterli olduğu, bunun yanında ayrıca toplu görüşmeye katılan işçinin işveren vekilliği sıfatına da sahip olup olmadığının herhangi bir öneminin olmadığı belirtilmişti.<sup>89</sup>

Kanunun bu hükmüne getirilen eleştirilerden birisi, “işletmeyi bütünü ile yöneten işveren vekilleri ve bunların yardımcılarını kapsam dışı” bırakmasının yerinde, “ancak işyerinin bütününü yöneten işveren vekillerini kapsam dışı” tutmasının sakıncalı olabileceğine ilişkindir. Ayrıca; Kanunun “uygulamada ciddi bir sorun haline gelmiş bulunan, giderek tüm beyaz yakalılarını içine almaya başlayan kapsam dışı personel sorununa hiçbir çözüm” getirmediğine de dikkat çekilmiştir.<sup>90</sup>

6356 sayılı Kanun anlamında işveren vekilleriyle toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işvereni temsilen katılmış olan kişilerin artık toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları söz konusu olamayacaktır. Bu, daha önce kabul edilen genel bir esas olarak geçmekteydi; şimdi yasaya geçirilmiş bir hüküm olarak bulunmaktadır.<sup>91</sup>

6356 sayılı Kanun toplu görüşmelere işvereni temsilen katılan kişilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklarını açıkça hükme bağlayarak bu konudaki tereddütleri isabetli bir şekilde ortadan kaldırmıştır. Ayrıca 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi *grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden zorunlu olarak çalışanlar dışında işyerinde çalışanların aksine hüküm bulunmadıkça yararlanamayacakları hükme bağlanmıştır*. Kanuna göre; *greve katılmayarak işyerinde çalışmaya devam eden işçiler, toplu iş sözleşmesinde aksine bir hüküm olmadıkça toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar* (m.39 / VIII).

## VII. TEŞMİL

2822 sayılı Kanunda düzenlenmiş (m.11) olan teşmil kurumu 6356 sayılı Kanunda da düzenlenmiştir (m.40).

Teşmil; yürürlükte bulunan bir işkolunu veya işyeri toplu iş sözleşmesi uygulama alanının, o işkolunda yahut belirli işletme veya işyerlerinde çalışan ve o sözleşmenin taraflarını oluşturmayan diğer işçi ve işverenleri de içine alacak şekilde, işkolunda ve işyerlerindeki çalışma düzeninin yeknesak (uyumlu) hale getirilmesi amacıyla, Yasaların yetkili kıldığı organın kararı ile genişletilmesidir. Teşmil; bir işkolunda

<sup>89</sup> CANBOLAT, Yararlanma, s.182 vd.; Aynı yazar, 6356 sayılı Kanun, s.77-78.

<sup>90</sup> Metin KUTAL, s.169; ÖZVERİ, Yasa, s.109; Aynı yazar, Tasarı, s.100; Bazı yazarlara göre; bir kimsenin sendika üyeliğinin kanunen engellenmiş olması, onun toplu iş sözleşmesinden üye olarak yararlanmasını imkânsız kılsa da, başka yöntemlerle toplu iş sözleşmesinin etki alanına girmesi, ondan yararlanması mümkün olabilir. Hâlbuki tarafların anlaşması suretiyle “kapsam dışı” bırakılan işçiler hiçbir yöntemle (üyelik, dayanışma aidatı ödemek, taraf sendikasının muvafakatini almak) toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar. (NARMANLIOĞLU, s.413).

<sup>91</sup> CENTEL, s.60.

bir kısım işverenlerin toplu iş sözleşmesi dışında kalmalarının işverenler arasında yaratacağı haksız rekabet koşullarını giderecek, toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını geniş bir alanda sağlayarak işçilerin hayat seviyesini yükseltecek, eşit işe eşit ücret ilkesinin gerçekleşmesine ve işkolunda benzer kuralların yerleşmesine yardımcı olacak bir yoldur. Böylece, bir işkolunda faaliyet gösteren işletmelerarası ücret ve çalışma koşullarındaki farklar azaltılacaktır. Bu nedenlerin her birinde, ekonomik ve sosyal sorunların toplum yararına çözümlenmesi amaçlanarak, kamu yararı, sosyal adalet ve toplumsal gelişmenin gerçekleşmesi hedeflenmiştir. Teşmil; hukuki, sosyal, ekonomik ve siyasi boyutları olan çok yönlü bir kurumdur.<sup>92</sup>

İşkollarında yeknesak çalışma koşullarının sağlanması, toplu iş sözleşmesi düzeninin dışında kalan işyerlerinin azaltılması, işyerleri arasında ortaya çıkan haksız rekabetin önlenmesi gibi amaca hizmet eden teşmil önemli bir hukuki düzenlemedir. 275 sayılı Kanun döneminde teşmil uygulaması gerçekleştirilememiştir. 2822 sayılı Kanun döneminde birçok uygulama yapılmış olmasına rağmen sosyal tarafların itirazlarıyla karşılaşmıştır. Özellikle Kanundaki kısmen veya zorunlu değişiklikler yapılmasının mümkün olmasına rağmen teşmil kapsamındaki işyerlerinin nitelikleri gözetilmeden toplu iş sözleşmesinin aynen teşmil edilmesi, teşmil kararının geriye yürürlü olacak şekilde uygulanması, işverenlerin teşmilin yürürlük tarihinden teşmil tarihine kadar olan dönemdeki yapmış oldukları ücret artışlarının dikkate alınmaması gibi nedenlerle eleştiri konusu olmuştur.<sup>93</sup> 6356 sayılı Kanun bu eleştirileri giderecek şekilde teşmilin geçmişe etkili şekilde yürürlüğe konulacağını, yetki başvurusu yapılan yerlerde teşmil kararı alınamayacağını ve toplu iş sözleşmesinin teşmil edildiği işletme veya işyerinde her zaman yetki için başvurulabileceğini ve yeni toplu iş sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte teşmil uygulaması kendiliğinden sona ereceğini hükme bağlamıştır (m.40).

6356 sayılı Kanununa göre; *Bakanlar Kurulu; teşmili yapılacak işyerinin kurulu bulunduğu işkolunda en çok üyeye sahip sendikanın yapmış olduğu bir toplu iş sözleşmesini, o işkolundaki işçi veya işveren sendikalarının veya ilgili işverenlerden birinin ya da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının talebi üzerine, Yüksek Hakem Kurulunun görüşünü aldıktan sonra tamamen veya kısmen ya da zorunlu değişiklikleri yaparak, o*

<sup>92</sup> Teşmil hakkında Geniş bilgi için bkz. **SUBAŞI**, İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmelerinin Teşmili, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Hukuk Fakültesi), Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 1994, s.1 vd.; **Aynı yazar**, Türk Toplu İş Hukukunda Teşmil, Prof.Dr. Halit Kemal ELBİR'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1996, s.438 vd; **Aynı yazar**, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Sayı 39, 2013 / 4, s.209 vd.

<sup>93</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 31.01.1992, Y.D. İtiraz No:1992/8 sayılı kararı ve kararı isabetli bulan **TUNCAY**'ın incelemesi için bkz. Çimento İşveren D, Mayıs 1992, s.25 vd; **Müjdat ŞAKAR**, Son Teşmil Kararları İle İlgili Düşünceler, İş Hukuku Dergisi, Ekim-Aralık 1991, 589 vd; **DEMİRCİOĞLU**, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Teşmilin Hukuki Boyutları ve Uygulaması, Sicil İHD, Eylül 2009, s.120 vd; **ÇELİK**, İş Hukuku, 26. Bası, s.564-565.

*işkolunda toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyeri veya işyerlerine teşmil edebilir. Yüksek Hakem Kurulu bu konudaki görüşünü on beş iş günü içinde bildirir (m.40 / I).<sup>94</sup> (2822 sayılı Kanunda istişari mütalaasını en çok otuz gün verirdi (m.11 / II). Teşmil kararında teşmilin gerekçesi ve yürürlüğe gireceği tarih de belirtilmek suretiyle Resmî Gazete'de yayımlanır. Ancak teşmilin yürürlük tarihi Resmî Gazete'de yayım tarihinden önceki bir tarih olarak belirlenemez (m.40 / II).<sup>95</sup> Kanunda yeni olan "teşmilin Resmi Gazetede yayımlandığı tarihin öncesine gidemeyeceği" düzenlemesidir.*

*Yine Bakanlar Kurulu teşmil kararını, gerekçesini de açıklayarak gerekli gördüğünde yürürlükten kaldırabilir (m.40 / IV). Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ile teşmil kararı da ortadan kalkar (m.40 / III). Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu kısmı, tarafların hak ve borçlarını düzenleyen hükümleri ile özel hakeme başvurma hakkındaki hükümleri teşmil edilemez (m.40 / V). Yetki için başvurulduktan sonra bu işlem tamamlanıncaya kadar veya yetki belgesi alındıktan sonra yetki devam ettiği sürece, kapsama giren işyerleri için teşmil kararı alınamaz (m.40 / VI).*

*Toplu iş sözleşmesinin teşmil edildiği işletme veya işyerinde her zaman yetki için başvurulabilir. Bu işyerlerinde toplu iş sözleşmesinin imzalanmasıyla birlikte bu işyeri veya işyerleri teşmil kapsamından çıkacaktır (m.40 / VII). Bu hüküm, yeni düzenleme olup bu fıkra uyarınca; teşmil kapsamındaki işyeri ya da işletme için yetki başvurusu yapılabilecek, yeni toplu iş sözleşmesi yapılabilecek ve toplu iş sözleşmesinin bağitlanmasıyla o işyeri / işletmede uygulanan teşmil sona erecektir. Pratikte toplu iş sözleşmesi için yetki alınmasını takiben, çağrı, görüşme, uyuşmazlık ve gerekirse grev-lokavt süreci dikkate alınırsa toplu iş sözleşmesi aylar sonra imzalanacak ve toplu iş sözleşmesi yürürlük tarihinden itibaren uygulanacaktır. Böylece yürürlük başlangıcı ile imza tarihi arasındaki sürede hem teşmil hem de toplu iş sözleşmesi uygulanacaktır. Tartışılacak konu, toplu iş sözleşmesinin gerisinde haklar düzenleyip düzenleyemeyeceğidir.<sup>96</sup>*

<sup>94</sup> Bazı yazarlara göre; Kanun; "teşmil" kurumunu 2822 sayılı yasaya göre bazı farklarla yeniden düzenlemiştir. 2822 sayılı yasa dönemindeki düzenleme Bakanlar Kurulunun bağlı bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu temsil eden işçi sendikalarından en çok üyeye sahip bulunan sendikanın yapmış olduğu bir toplu iş sözleşmesini teşmil edebileceğini öngörüyordu. Yeni yasa ise toplu iş sözleşmesinin tarafı olacak işçi sendikasında işkolu barajını aşmış olma koşulunu kaldırmıştır. Kanun bunun yerine sadece kurulu bulunduğu işkolunda "en çok üyeye sahip sendika" kriterini getirmiştir. Teşmil sürecini teşvik etmek ve sadeleştirmek amacı yanı sıra, işkolu barajının özellikle geçiş sürecini düzenleyen maddelerde giderek düşürülmesi açısından da bu değişiklik yerinde olmuştur (**DERELİ**, s.59).

<sup>95</sup> İdare Hukukunun genel temel prensiplerinden birinin idari işlemlerin geriye işlemeziği ilkesidir. Bu ilke uyarınca, yayımlanma tarihinden önceye etkili olarak teşmilin yürürlüğe konması mümkün olmayacaktır. Ancak, geçmiş uygulamada, bu sorunlar yaşanmıştır. Danıştay iptal kararları vermiştir. Resmi Gazete yayım tarihinin esas alınmasına ilişkin uygulama, yasaya açık hüküm olarak geçirilmiştir (**CENTEL**, s.60-61).

<sup>96</sup> **ÖNSAL**, s.84; Bazı yazarlara göre; Türkiye'de maalesef teşmil uygulaması iyi bir biçimde yapılmamaktadır. Gelişmiş ülkelerde teşmil uygulaması sendika üyesi olmayan işçilerin yoğun olduğu ya da sendikasızlığın yoğun olduğu yerlerdeki işçileri koruma amacıyla, yani sosyal



Yeni bir düzenleme olarak, teşmile konu olan işyeri veya işletmede her zaman yetki için başvuru yapılabilecek ve bu gibi yerlerde yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapılması ile teşmil uygulaması sona erecektir. Kuşkusuz, önceki düzende olduğu gibi, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle teşmil kararı ortadan kalkacak, ayrıca Bakanlar Kurulu gerekli gördüğünde gerekçesini de açıklayarak teşmil kararını yürürlükten kaldırabilecektir. Getirilen bu esnek hükümlerle teşmil kurumunun ülkemizde işlerlik kazanması ve teşmil edilen toplu iş sözleşmeleri ile işkollarında işverenler arası işçilik maliyetlerinden doğan haksız rekabetin giderek azalması beklenir.<sup>97</sup>

### VIII. YETKİ

Toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip işçi sendikasının, toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmesi için yetkiye ilişkin Kanunda belirtilen koşullara da sahip olması gerekir. 6356 sayılı Kanun eskiden olduğu gibi işkoluna göre örgütlenme esasını kabul etmiş ve yetki yönünden de ikili baraj sistemini korumuştur.<sup>98</sup>

amaçla yapılmaktadır. Türkiye'de sosyal devlet Anayasa'da vardır, ama sosyal devletin Anayasa'da olduğu ve hür demokratik seçimlerin yapıldığı dönemlerde maalesef teşmil uygulaması yeterince yapılmamıştır. Bu dönem en fazla teşmil uygulaması yapılması gereken dönem olmalıydı. Çünkü, sendikası ve kayıt dışı işçinin çok olduğu bir dönemdir. (AKTAY, 6356 sayılı Kanun, s.78-79).

<sup>97</sup> DERELİ, s.60; CENTEL, s.61; DEMİRCİOĞLU / CENTEL, s.295-296; DEMİR, İş Hukuku, s.604; NARMANLIOĞLU, s.460.

<sup>98</sup> Bazı yazarlara göre; Geçtiğimiz son otuz yıl içinde endüstriyel ilişkiler sisteminin uluslararası ve ulusal platformlarda en çok eleştiri alan boyutlarının başında toplu sözleşme yetkisi için yasanın gerekli gördüğü ön koşullar ve özellikle işkolu barajı gelmiştir. Bir işçi sendikasının bir işyerinde ya da işletmede toplu iş sözleşmesi yetkisi elde edebilmesi için öncelikle kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde 10'unu, bu koşulu sağladıktan sonra da işyeri ya da işletmede çalışan işçilerin yarısından bir fazlasını, yani salt çoğunluğunu temsil etmesi gerekiyordu. Oysa ILO organlarının içtihatlarına göre; çalışanların toplu pazarlık hakkını kısıtlayan işkolu ya da ulusal düzeydeki sayısal temsil koşulları örgütlenme ve toplu pazarlık özgürlüklerine aykırıdır. Hükümet ve diğer paydaşlar her yıl ILO Uygulama Komitesinde yüzde 10 işkolu barajını ülkede güçlü bir işçi sendikacılığı yaratma amacıyla savunmuşlardır. Buna karşı ILO yanı sıra AB'nin de bu eleştirilere katılması ve AB üyelik müzakerelerinde sosyal politika faslının açılmasının bu ve benzeri sorunların çözümüne bağlanması sonucunda yıllar içinde hazırlanan değişiklik taslaklarında iş kolu barajı düşürülmüş, ancak, bir tasarı istisnası ile tamamen kaldırılması hiçbir taslakta öngörülmemiştir. TBMM'de komisyonun kabul ettiği tasarı, işyeri ve işletme toplu sözleşmesi yapacak sendikanın 2000 üyesinin bulunması, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin asgari yüzde 1'inin üyesi bulunması, işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını, işletme sözleşmesinde ise yüzde 40'ünün üyesi bulunması koşulunu öngörmüştür. İşletmede sözleşmesinde birden çok sendikanın yüzde 40 ya da daha fazla üyeye sahip olması halinde başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendikanın toplu sözleşme yapma yetkisine sahip olacağı belirtilmiştir. 6356 sayılı yeni yasa ise işkolu temsil oranını yüzde 3'e düşürmüştür. İşkolu barajındaki bu indirime rağmen sendikacılık ve ILO ilkeleri yönünden işkolu barajının önemi devam edecektir. Bunun üç nedeni vardır. Birinci neden, esasen işkolu barajının varlığı yüzünden bir süredir tıkanmış bulunan toplu sözleşme süreci sonucunda işçi sendikalarının uğradığı üye kayıplarıdır. İkinci neden işkolları sayısının 20'ye düşürülmesine ilişkin olarak çeşitli işkolları arasında yapılacak birleşmeler sonucu işkollarındaki çalışan rakamlarının haliyle büyümesidir. Üçüncü bir neden ise yüzde üç oranının uygulanacağı çalışan sayısının

Kanuna göre; *Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir* (m.41 / I).

Kanunda; 2822 sayılı Kanunda “sendikanın kurulu bulunduğu işkolundaki işçilerin en az yüzde onunu” üye kaydetmiş olma koşulu (m.12 / I). “yüzde üç” olarak değiştirilmiştir. Avcılık, balıkçılık, tarım ve ormancılık işkolu da baraj kapsamına alınmıştır. Bir işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası, kurulu bulunduğu işkolundaki işçilerin en az yüzde üçünü üye kaydetmiş olmalı, ayrıca işyerinde çalışan işçilerin de yarısından bir fazlasını üye kaydetmiş olmalıdır. Yapılmak istenilen toplu iş sözleşmesi işletme toplu iş sözleşmesi ise, işçi sendikasının işletmede çalışan işçilerin yüzde kırkını (2822 sayılı Kanuna göre yarısından fazla) üye kaydetmiş olması yeterli olacaktır.<sup>99</sup>

Toplu iş sözleşmesi yapılması konusundaki en önemli değişiklik 2822 sayılı Kanunda düzenlenen ve işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi kapsamına girmesini sağlayan yüzde onluk barajın yüzde üçe indirilmiş olmasıdır. Buna göre; işçi sendikasının toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmesi için bir işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyeliğini sağlaması ve bu suretle yetki alması gerekmektedir. Bu şartı yerine getiren sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için yerine getirmesi gereken diğer şartlar ise başvuru tarihinde, işyeri için çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletme için ise çalışan işçilerin yüzde kırkının üyeliğini sağlamasıdır. Şartlar yerine getirildiğinde işçi sendikası işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olacaktır.<sup>100</sup>

İşkolu barajının yüzde üçe indirilmesinin sendikalar bakımından önemli bir kolaylık sağlamayacaktır. Zira işkolu sayısının 28'den 20'ye indirilmesi, ayrıca bu tespitin yapılmasında üyelik bildirimleri yanında Sosyal Güvenlik Kurumu'na ya-

---

tespitinde Kanun uyarınca “Bakanlığın yetkili sendikanın belirlenmesi sürecinde istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır.” (m.41 / VII) koşuludur. Bu koşullar bir arada değerlendirdiğinde işkolu temsil oranının fiilen yüzde 24'e çıkacağı hesaplanmıştır; dolayısıyla mevcut durumdan da daha kötü bir tablo ile karşılaşılacaktır. Sorun Kanunun yasalaşma ücreti içinde sendikaların eleştirilerine hedef olmuş, yüzde üç oranı kabul edilirse 8 işkolunda işçilerin yetkili sendika bulamayacağı, 50 yetkili sendikadan 29'unun yetkisinin düşeceği ileri sürülmüştür. Ulaşılan bu vahim noktada öteden beri asgari işkolu barajının kalkmasını savunan uluslararası ve ulusal çevrelerin ne kadar haklı olduklarının artık teslim edilmesi gerekir. (DERELİ, s.56-57).

<sup>99</sup> ÖNSAL, s.86; Uluslararası Çalışma Örgütünün eleştirilerini karşılama gerekçesiyle işkolu barajını düşüren yeni yasa, toplu iş sözleşmesi yetkisi için başvuru tarihinde işyerinde çalışanların yarısından fazlasını üye yapma koşulunu korumuş, işletmede ise çoğunluk koşulundan vazgeçerek işçilerin yüzde kırkının sendika üyesi olmasını yeterli görmüştür. (ENGİN, s.146).

<sup>100</sup> NARMANLIOĞLU, s.339-340; DEMİR, İş Hukuku, s.564-569; KARAKOÇ, s.226.

pılan işçi bildirimlerinin esas alınacak olması (m.41 / VII) yetki sorununun özgür toplu pazarlığı kısıtlayacağını göstermektedir.<sup>101</sup>

6356 sayılı Kanunun m.41, geçici m.6 ile değiştirilmiştir. Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen konfederasyonlardan birisine üye olmayan sendikalar için yüzde üç üye koşulu Yeni Kanunun yayım tarihinden itibaren geçerlidir. *Ekonomik ve Sosyal Konsey'de temsil edilen konfederasyonlara üye olan sendikalar için ise, yüzde üç koşulu Ocak 2013 istatistiğinin yayımlandığı tarihten 01.07.2016 tarihine kadar yüzde bir; 01.07.2018 tarihine kadar yüzde iki olarak uygulanacaktır* (Geçici m.6 / I). Bu hüküm açıkça Anayasa'ya aykırı bir hükümdür. Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan sendikalar için bir ayrımcılık getirilmesi Anayasal ilkelerle bağdaşmamakta, bu kural sendikaları, sendikal özgürlüklere aykırı bir biçimde, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olmaya zorlamaktadır. Geçici m.6 / II hükmü, anılan sendikalar için işkolu barajını kaldırmış, sıfır işkolu barajı getirmiştir. Bu fıkranın getirdiği yetki kuralının 15.09.2012 tarihine kadar kurulmuş olan sendikalar için sözkonusu olması da, birçok platformda, belirli sendikaların işaret edildiği noktadan hareketle eleştirilmiş ve Anayasa'ya ve uluslararası düzenlemelere aykırı bulunmuştur. Bu hüküm, Anayasa'ya aykırı bir hükümdür.<sup>102</sup>

Yeni Kanun, yüzde üç koşuluna sendikaların uyması halinde yayımı tarihinde yetkili olan sendikaların çoğunluğunun yetki alamayacağını görmüş, örgütlenmelerini hızlandırarak bu geçiş döneminde kendilerini yüzde üç koşuluna hazırlamaları için olanak sağlamıştır. Ancak, bir, iki, üç şeklinde yükselerek devam eden bir ehliyet barajı yine de anlaşılammıştır.<sup>103</sup>

Kanunda işkolu barajı % 3 olarak kabul edilmekle birlikte Kanunun geçici 6. maddesiyle birtakım istisna ve geçiş hükümleri getirilmiştir. Kanunla Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye işçi sendikaları için % 1 üye olmayanlar için % 3 barajın getirilmesi isabetli olmadığı gibi Anayasanın eşitlik ilkesine

<sup>101</sup> **Metin KUTAL**, s.170.

<sup>102</sup> **ŞAHLANAN**, 6356 sayılı Kanun, s.55; **Gülsevil ALPAGUT**, 6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi - Uluslararası Normlara Uyum, Legal İHSGHD., Cilt:9, Sayı: 35, 2012, s.38; **Selçuk KOCABIYIK**, 6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yetki Tespiti ve Yetki Tespitine İtiraz, MESS Sicil Dergisi, Yıl 7, Sayı 28, Aralık 2012, s.203; 6356 sayılı Kanun ile bağımsız sendikalara karşı çok ağır bir ayrımcılık yapılmıştır. Söz konusu hüküm ile işkolu barajının 01.07.2016 tarihine kadar %1 olarak uygulanması, sadece ekonomik ve sosyal konseye üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikalarına tanınan bir hak olup, konfederasyonlara üye olmayan bağımsız sendikalar bu haktan mahrum bırakılmışlardır. Bağımsız sendikalar ile bir konfederasyona üye olan sendikalar arasında yapılan bu ayırım, anayasal eşitlik ilkesinin ihlali olduğu gibi, bireysel ve kolektif sendika özgürlüklerini özünü ihlal etmektedir ve yasanın bu hükmü anayasaya aykırıdır. (**ENGİN**, s.148).

<sup>103</sup> **ÖNSAL**, s.87.

de açıkça aykırıdır. Kanunda açıkça isim zikredilmese de 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanunun<sup>104</sup> 2.maddesinde, konseye üye işçi sendikaları konfederasyonları açıkça “Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu”, “Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu” ve “Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonunu” ismen olarak sayılmıştır. Bu nedenle 6356 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükmü nesnel bir düzenleme içermemekte, belirtilen işçi konfederasyonları ile bu konfederasyonlara üye sendikalara ayrıcalık getirmektedir. Bu düzenleme aynı zamanda belirtilen konseye üye konfederasyonların uluslararası normlara uygun bir kanun yapılmasından daha çok kendilerinin mevcut durumlarını koruyan ve ayrıcalık getiren düzenlemeler için pazarlık yaptıklarını açıkça göstermektedir.<sup>105</sup>

Kanun ile açıkça Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikalarına ayrıcalıklı bir statü sağlanmıştır. Bu durum Anayasanın 10.maddesi ile 51.maddesine aykırıdır. Bazı sendikaları işkolu barajına tabi tutup bazılarını tutmamak veya bazı sendikaları daha düşük işkolu barajlarına tabi tutup diğerleri için bu oranları uygulamamak, sendika kurma hakkının ayrıcalık verilmeyen sendikalar aleyhine sınırlandırılmasıdır. Anayasanın 51.maddesine göre; sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlandırılabilir. Anayasada, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara bağlı olmayan sendikalar için sendika kurma hakkının sınırlandırılabilmesine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasaya aykırılık iddiası, Ocak 2013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra sona erecek olan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan ve bir toplu iş sözleşmesi dönemiyle sınırlı olarak yüzde üçlük barajın dışında tutulan sendikalar için de geçerlidir. Böylece, 6356 sayılı Yasa, 01.07.2018 tarihine kadar işkolu barajları aracılığı ile imtiyazlı bir sendika grubu yaratmıştır.<sup>106</sup>

Nitekim çeşitli işkollarında tıkanan toplu sözleşme süreçlerini yeniden hayata geçirmek amacıyla 6354 sayılı Kanun geçici 6.maddesinde belirli geçiş süreçle-

<sup>104</sup> RG., 21.04.2001, 24380; Kanuna göre; Ekonomik ve Sosyal Konsey; Başbakanın başkanlığında, Başbakan yardımcıları, Devlet Planlama Teşkilatından sorumlu Devlet Bakanı, Hazine sorumlu Devlet Bakanı, Dış Ticaret Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanı, Devlet Personel Başkanlığından sorumlu Devlet Bakanı, Maliye Bakanı, Tarım ve Köyüşleri Bakanı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı, Sanayi ve Ticaret Bakanı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarı, Gümrük Müsteşarı, Devlet Personel Başkanı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, kamu görevlileri adına en çok üyeye sahip konfederasyonu, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu, Türkiye Ziraat Odaları Birliği, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonunu temsil eden üçer temsilciden ve Başbakan tarafından belirlenecek diğer Hükümet temsilcileri ve sivil toplum kuruluşları temsilcileri ile kamu görevlilerinden oluşur (m.2).

<sup>105</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.80; SUBAŞI, 6356 sayılı Kanun, s.88-89.

<sup>106</sup> ÖZVERİ, Yasa, s.116; KOCABIYIK, s.199.

rinin uygulanmasını öngörmüştür. Buna göre; işçi sendikalarının toplu sözleşme yetki başvurusunda bulunabilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin Ekonomik ve Sosyal Konsey'e üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikaları için Ocak 2013 istatistiğinin yayımından itibaren 2016 yılı Temmuz istatistiğine kadar yüzde 1, 2018 Temmuz istatistiğine kadar yüzde 2, 2018 yılında yayımlanacak olan Temmuz istatistik döneminden itibaren ise tüm sendikaların yüzde 3'ünü üye kaydetmiş olması gerekmektedir. Geçici 6.maddenin 2,3. ve 4. fıkralarında ise, devam eden yetki sorunlarının çözümü için hükümler getirilmiştir.<sup>107</sup>

En son 2009 İstatistiğinin yayımlanmasıyla 15.09.2012 tarihleri arasında kurulmuş ve belirtilen Ekonomik ve Sosyal Konseye üye (Türk-İş, Disk ve Hak-İş) olan sendikaların Ocak 2013 istatistiğinin yayımlandığı tarihe kadar yapacakları yetki tespit taleplerinde işkolu barajının uygulanmaması amaçlanmıştır. 6356 sayılı Kanunun geçici 6.maddesinin ikinci fıkrası bu amaçla çıkarılmış olmasına rağmen isteneni tam olarak anlatmaktan uzaktır. Anılan hükme göre;

*En son yayımlanan 2009 istatistiği sonrasında, 15.09.2012 tarihine kadar kurulmuş ve Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olmuş işçi sendikalarının bu Kanunun yürürlük tarihinden Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlandığı tarihe kadar yapacakları yetki tespit talepleri, 41.maddenin 1.fıkrasında yer alan işyeri veya işletme çoğunluğu şartlarına göre Bakanlıkça sonuçlandırılacaktır (Geçici m.6 / II ). Burada anılan 41.maddenin 1.fıkrasındaki işkolu çoğunluğuna ilişkin hükmün uygulanmayacağı açıkça belirtilmemiş sadece işyeri veya işletme çoğunluğuna atuf yapılmıştır.<sup>108</sup>*

<sup>107</sup> **DERELİ**, s.57; Bazı yazarlara göre; yeni Yasa da kendisinden önceki 2821 ve 2822 sayılı Yasalar gibi, korkularını aşamayan bir yasa olarak şekillenmiştir. Toplu iş sözleşmesi alanının devlet eliyle, devletin izin verdiği ölçüde ve yine devletin belirlediği sendikalar aracılığıyla şekillendirilmesi yeni Yasayla da sürmüştür. Makbul sendikaları kollamak, bu tanıma uymayanları "marjinal sendika" olarak dışlama anlayışı, yeni Yasanın görüşülmesinde de nirengi noktası olmaya devam etmiştir. İşkolu sendikacılığında, çifte baraj uygulamasında belgelere dayalı yetki belirleme sisteminde, toplu pazarlık birimini işyeri / işletme olarak belirlemede konusunda ILO standartlarını, ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi kararlarını görmezlikten gelmede ısrar eden bir yasa ortaya çıkmıştır. Bu yasanın eski sistemi aynen koruyarak 2822 sayılı Yasanın uygulandığı 30 yıllık dönemin yarattığı sorunlara çözüm olamayacağı açıktır. (**ÖZVERİ**, Yasa, s.118, 161; **Aynı yazar**, Tasarı, s.144).

<sup>108</sup> **CANBOLAT**, 6356 sayılı Kanun, s.80-81; Bazı yazarlara göre; Geçici madde 6'da yapılan düzenlemeler ile sosyal tarafların her birinin istekleri cevaplanmaya çalışılmış, bu nedenle de sosyal tarafların hiç birinin bütünüyle arkasında duramayacağı sorunlu ve tartışmalara açık bir madde ortaya çıkmıştır.15.09.2012 tarihi açıklanmaya muhtaçtır. Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen sendikalara üye olma ayrıcalığı, üst kuruluşa üye olma hürriyeti bakımından eleştirileceği gibi, yeni bir baraj olarak da görülebilecektir. İşletme toplu iş sözleşmeleri için aynı zaman diliminde yüzde elli artı bir ve yüzde kırk barajları uygulanıyor olacaktır. Bazı sendikalar 6356 döneminde bu Kanunda olmayan işkollarında sözleşme yapıyor olacaktırlar. Kanunun yayımı tarihinden önce başlamış toplu iş sözleşmesi 2822'ye göre yürütülecek, toplu iş sözleşmesi sürecinin uzunluğu dikkate alınırsa uzunca sayılacak bir süre iki kanun birlikte uygulanıyor olacaktır. (**ÖNSAL**, s.88).

*Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlandığı tarihe kadar Bakanlığa yapılmış olan yetki tespit başvuruları ile taraf oldukları bu kanunun yürürlüğünden önce imzalanmış toplu iş sözleşmesi Ocak 1013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra sona erecek olan sendikaların bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak üzere yapacakları yetki tespit başvuruları mülga 2822 sayılı Kanununun 12.maddesine göre Bakanlıkça yayımlanmış Temmuz 2009 istatistiklerine ve 2822 sayılı Kanunda belirtilen hükümlere göre sonuçlandırılacaktır (Geçici m.6 / III). Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlandığı tarihe kadar Bakanlığa yapılmış olan yetki tespit başvurularında işkolu barajı Temmuz 2009 istatistiğine göre belirlenecek ve yetki tespit işlemleri 2822 sayılı Kanun hükümlerine göre sonuçlandırılacaktır.*

*6356 sayılı Kanunıyla yürürlük süresi Ocak 2013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra sona erecek olan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikalara da ayrıca getirerek bunların bir toplu iş sözleşmesi dönemiyle sınırlı olarak yapacakları yetki tespit başvuruları Temmuz 2009 istatistiklerine ve 2822 sayılı Kanun hükümlerine göre sonuçlandırılacaktır (Geçici m.6 / III). Diğer yandan; Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce başlamış toplu iş sözleşmesi görüşmeleri ve toplu iş uyuşmazlıkları ise mülga 2822 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayalı tüzük ve yönetmeliklere göre sonuçlandırılacaktır (Geçici m.6 / IV).*

Kanunun geçici 6.maddesinde, bu Kanuna göre yayımlanacak 2013 istatistiğinin yayımı tarihi esas alınarak, bu tarihten önce 2822 sayılı Kanuna göre işkolu ve işyeri barajını geçtiği varsayılan sendikaların mevcut durumlarını koruma amaçlanmıştır. Ocak 2013 istatistiğinin yayımı tarihten önce Bakanlığa yapılmış yetki başvuruları ile 2822 sayılı Kanuna göre imzalanmış ve yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikalarının bir dönemle sınırlı olmak üzere yetkili olup olmadıkları ve yetki süreci yürürlükten kaldırılan 2822 sayılı Kanuna göre belirlenecektir. Tarafı oldukları toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi Ocak 2013 istatistiğinin yayımı tarihinden sonra sona erecek sendikalar da bir kereye mahsus olmak üzere aynı koşullara bağlı olacaklardır.

Maddede anılan sendikalar 2009 istatistiğinde % 10 olan işkolu barajını aşmışsa, bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak üzere yapacakları yetki tespit başvurularında 6356 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacak, bu sendikalar bugün için barajın altında kalmış olsa bile yetki alabileceklerdir.<sup>109</sup>

Yetkiye ilişkin belirtilen hükümler dışında 2822 sayılı Kanundaki esaslar korunmuştur. *Bir işveren sendikası, üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerleri, sendika üyesi olmayan bir işveren ise kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir (m.41 / IV). 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi, sendika üyesi olmayan işverenlerin işyeri / işyerleri için yapılacak toplu iş sözleşmelerinde yetkili oldukları; işveren, işveren sendikası üyesi ise yetkinin işveren sendikasında olduğu düzenlenmiştir.*

<sup>109</sup> ŞAHLANAN, 6356 sayılı Kanun, s.55.

*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 (m.41 / V). Bakanlığın her yılın ocak ve temmuz aylarında istatistikler yayımlayacağı, bu istatistiklerde her bir işkolundaki toplam işçi sayısı ile o işkolundaki sendikaların üye sayılarının yer alacağı düzenlenmiştir. Ocak istatistiği, temmuz istatistiği yayımlanıncaya kadar; temmuz istatistiği ocak istatistiği yayımlanıncaya kadar geçerlidir. Yetki belgesi almak için başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasını daha sonra yayımlanan istatistik etkilemez.*

*Yayımdan itibaren on beş gün içinde itiraz edilmeyen istatistik kesinleşir. İstatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle bu süre içinde Ankara 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 (m.41 / VI). Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır (m.41 / VII). Bakanlık, kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alarak istatistikleri düzenleyecektir.*

2822 sayılı Kanunda sendikal örgütlenmenin güç olduğu tarım, ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkoluna istisna getirilmiş ve işkolu barajı aranmamaktaydı (m.13). 6356 sayılı Kanunda böyle bir istisna hükmüne yer verilmediğinden artık belirtilen işkolunda da ikili baraj aranacaktır.

*İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınacak ve yüzde kırk çoğunluk buna göre hesaplanacaktır (m.41 / II). İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip olan sendika yetkili kabul edilecektir (m.41 / III).*

Yüzde kırk çoğunluk, işletme kapsamındaki tüm işyerleri dikkate alınarak saptanacaktır. İşletmede birden fazla sendikanın yüzde kırk barajını aşması halinde başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olacağını düzenlemiştir. Böyle olunca başvuru tarihi ayrı bir önem kazanmaktadır. Düşünsel olarak da olsa, iki sendikanın eşit üye sayısında olması halinin çözümünü madde düşünmemiştir.<sup>110</sup>

6356 sayılı Kanunun 2822 sayılı Kanundan farklı olarak toplu iş sözleşmesi yapılmak istenen işyerinin işletme olup olmamasına göre ayırım yaparak işyeri ço-

<sup>110</sup> ÖNSAL, s.86.

ğunluğunun belirleyeceğini hükme bağlamıştır. Yapılacak sözleşme işyeri sözleşmesi ise sendikanın başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını, işletmede ise yüzde kırkını üye kaydetmiş olması gerekir (m.41 / I).<sup>111</sup>

Eskiden olduğu gibi; *yetki belgesi bulunmaksızın yapılan bir toplu iş sözleşmesi taraflardan birinin veya ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı ve bu nedenle sözleşmenin hükümsüzlüğü, Bakanlıkça durumun tespitinden itibaren kırk beş gün içinde, ilgililerce veya Bakanlıkça mahkemede dava yolu ile ileri sürülebilir* (m.45 / I). *Talep hâlinde mahkeme, toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını dava sonuna kadar durdurabilir* (m.45 / II).

*Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki 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 neden sayılmaz* (m.5 / II).<sup>112</sup>

Ayrıntılı ve karışık ifadelere dayansa da bu geçiş hükümlerinin toplu pazarlık süreçlerini iyi niyetle tekrar hayata geçirmeyi amaçladığı açıktır. Ne var ki, ilgili fıkralarda değinilen “Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye işçi sendikaları...” kısıtlamasının işkolu barajı gibi ILO’nun normlarına ve eşitlik ilkesine aykırı düştüğü açıktır. Yasa metninde yetki için gerekli şartlar arasında zikredilmediği halde, bu geçiş hükümlerinde üst kuruluşa üyelik koşulunun getirilmiş olması ayrı bir eleştiri nedeni olacaktır.<sup>113</sup>

<sup>111</sup> Bazı yazarlara göre; işletme toplu sözleşmelerinde işletmeye bağlı işyerlerinde çalışan toplam işçilerin yarından fazlası yerine, yüzde kırkının yetki talebinde bulunan sendikanın üyesi olmasının yeterli görülmesidir. Şayet yüzde kırk temsil birden çok sendika tarafından sağlanıyorsa, en çok üyeye sahip olan sendika yetkili sayılacaktır. İşletme toplu sözleşmeleri için getirilen bu istisnai hükmün nedeni bilinmemektedir. Bu hususta 41.maddenin gerekçesinde de bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Böyle istisnai bir düzenlemeye gidilmemelidir. Zira en çok üyeye sahip sendika hem yetki sürecini uzatabilecek, hem de birçok yeni tartışmaları gündeme getirebilecektir. (**Metin KUTAL**, s.170).

<sup>112</sup> Yeni kanunun yetki itirazına ilişkin düzenlemesi, yapılan bazı ufak değişiklikler ile birlikte eski kanun hükümleri tekrar edilmiştir. Eski yasada olduğu gibi yeni yasaya göre; toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının başvurusu üzerine Bakanlık sendikanın yetkili olduğunu tespit ettiğinde sendika ile o işkolunda kurulu diğer sendikalar ile işveren tarafına bildirir (m.42 / II). Tespit yazısını alan işçi sendikaları veya işveren tarafı altı işgünü içinde iş mahkemesinde yetki itirazında bulunabilir (m.43 / I). 6356 sayılı Kanun, yetki tespit davalarının uzamasının önüne geçme ve kötüniyetli itirazların engellenmesi amacıyla eski yasaya göre bazı değişiklikler öngörmüştür. Bu hükme göre; yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin davalar yetki tespit davalarında bekletici mesele yapılamaz (m.5 / II) (**ENGİN**, s.146); Bazı yazarlara göre; yeni Yasa bu maddeyle, sadece zaman kazanmak, kazanılan bu zaman içerisinde sendikasıylaştırmayı gerçekleştirmek ya da sendikayı ödün pazarlığına zorlamak için yapılan itirazlardan sadece bir tanesi için çözüm üretmiştir. İşverenlerin yargılama konusu yaptıkları haksız itirazların, yargı tarafından süzülerek, gerekirse sürecin tedbir yoluyla durdurulmasına ilişkin bir düzenlemeden, yeni yasanın da kaçınılmış olduğu görülmektedir. Aksine 2822 sayılı Yasa da yer alan “İtiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur.” (m.15) hükmü aynen tekrarlanmakla, yargının kötü niyetli iftiralari engelleme olanağı ortadan kaldırılmıştır. (**ÖZVERİ**, Yasa, s.124).

<sup>113</sup> **DERELİ**, s.58.



## 1. Yetki Tespiti

2822 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi *toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası Bakanlığa başvurarak yetkili olduğunun tespitini isteyebileceği gibi işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren de Bakanlığa başvurarak yetkili sendikaların tespitini isteyebilir* (m.42 / I).<sup>114</sup> *Bakanlık kayıtlarını esas alarak başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiği takdirde; başvuruyu, işyeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısını, o işkolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı iş günü içinde bildirir* (m.42 / II). *Başvuran işçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığına ya da işyerinde yetki şartlarına sahip bir işçi sendikasının bulunmadığının tespiti hâlinde bu bilgiler sadece başvuruyu yapan tarafa bildirilir* (m.42 / III).

Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti ile Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik<sup>115</sup>'e göre; *Olumlu yetki tespit yazısı, yetki şartlarını taşıyan sendikaya, o işkolunda kurulu diğer işçi sendikalarına, taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene ve ilgili çalışma ve iş kurumu il müdürlüklerine, başvuru tarihinden itibaren altı iş günü içinde bildirilir. Ancak kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünden daha az üyesi bulunan sendikalara bildirim yapılmaz* (m.8 / III).

Bakanlık, yetki tespiti başvurusunda bulunan sendikanın yetki şartlarına sahip olmadığını tespit ederse bu bilgiyi sadece başvuran sendikaya bildirecektir. Başvuru işveren sendikası veya işveren tarafından yapılmış ise ve yetkili sendika yoksa bu bilgiyi işveren sendikasına veya işveren sendikası üyesi olmayan işverene verecektir.<sup>116</sup>

2822 sayılı Kanunda çoğunluğa sahip olmadığının tespiti halinde bu bilgilerin sadece başvuran sendikaya verileceği belirtilmiş olmasına rağmen, 6356 sayılı Kanunda isabetli bir şekilde başvuran sendikanın yanı sıra işyerinde yetki şartlarına sahip başka bir sendikanın da bulunmadığının tespiti halinde buna ilişkin bilginin sadece başvuran tarafa bildirileceği hükmüne yer verilmiştir. Ancak madde metninde “*ya da*” ifadesi kullanılmış olması tereddüt uyandıracak niteliktedir. Kanuna

<sup>114</sup> 6356 sayılı Kanun m.42'de, 2822 sayılı Kanun m.13 ve m.14 birleştirilmiştir. 2822 sayılı Kanundaki “Bakanlığın yazıyla başvurarak kurulu bulunduğu işkolunda üye sayısı itibarıyla yüzde on (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu hariç) oranını sağladığının belirlenmesini ve sözleşmenin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde başvuru tarihinde çalışan işçiler ile üyelerinin” (m.13 / I) bölümü çıkartılarak cümle kısaltılmıştır. Çıkarılan bu bölüm, maddenin gerekçesine konulmuştur. Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası Bakanlığa başvurarak yetkili olduğunun tespitini isteyecektir. Aynı şekilde işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren de Bakanlığa başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini isteyebilir. Yetki için başvuran sendikanın başvurduğu tarihten itibaren üç işgünü içinde üyelik fişlerini işverene bildirme yükümlülüğü de maddeden çıkarılmıştır. Başvurunun “yazılı” yapılması koşulunun metinden çıkarılması, yetki tespiti başvurusunun elektronik ortamda yapılması düşünüldüğü için mi, yoksa yazılı kelimesi gereksiz görüldüğü için mi yapılmıştır, anlaşılamamaktadır. (ÖNSAL, s.89).

<sup>115</sup> RG., 11.10.2013, 28792.

<sup>116</sup> ÖNSAL, s.90.

göre; *İşçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığına ya da işyerinde yetki şartlarına sahip bir işçi sendikasının bulunmadığına tespiti hâlinde, bu bilgiler sadece başvuruyu yapan tarafa bildirilir* (m.42 / III). Belirtilen hükmün “ya da” bağlacından önceki kısmı işçi sendikasının başvuru yapması ve yetki koşullarına sahip olmadığına tespiti halinde buna ilişkin bildirim sadece başvuran işçi sendikasına yapılacağını, sonraki kısım ise işveren tarafından yapılan başvurularda işyerinde yetkili bir sendikanın bulunmadığına tespiti halinde bunun başvuran tarafa bildirileceğini düzenlemiştir.<sup>117</sup> *Yetki tespiti ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenecektir* (m.42 / V).

Yetki tespit başvurularına ilişkin esaslar 2822 sayılı Kanuna paralel şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen Kanunun 42.maddesine komisyon tarafından hükümet teklifinde olmayan; *Sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanlar, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmaz* (m.42 / IV) hükmü eklenmiştir. Bu fıkranın kaleme alınış şekli hatalı olup isteneni anlatmaktan uzaktır. Anılan fıkra işe giriş ve çıkış bildirimleri Sosyal Güvenlik Kurumuna süresinde yapılmayan işçilerin dikkate alınmayacağını belirtmektedir. Esasen bundan amaç işverenlerin işyerinde çalışan işçi sayısını yükselterek yetki başvurularını bertaraf edebilmek için cezai yaptırımları göze alarak geriye doğru işe giriş bildirimi vermelerinin önüne geçmektir. Ancak madde metninde başvuru tarihinden sonra ibaresine yer verilmediği için daha önceki tarihlerde ve yıllar öncesine dayansa bile işe giriş ve çıkış bildirimleri süresinde yapılmayan hiçbir işçinin yetki tespitinde dikkate alınmayacağı anlamı çıkmaktadır. Madde metninde bu ayırım yapılmadan yıllar önce işe giriş bildirgesi süresinde verilmemiş işçi de kapsayacak gibi kaleme alınmıştır.<sup>118</sup>

Madde metninde sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin süresinde yapılmayan bildirimlerden söz edilmiş ancak özellikle kayıt dışı olarak çalışan ve bildirimi hiç yapılmayan işçilerin dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin açık düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda işe giriş ve çıkış bildirimi yapılmış olmasına rağmen, bunun sırf süresinde olmaması nedeniyle yetki tespitinde dikkate alınamayacağına ilişkin yasa hükmü karşısında, bildirimi hiç yapılmayan kayıt dışı çalışanların evleviyetle dikkate alınamayacağı söylenebilir. Maddede başvuru tarihinden söz edilmediği için işe giriş veya çıkış bildirimi süresinde yapılmayan hiçbir işçi yetki tespitinde dikkate alınmayacaktır anlamı çıkmaktadır. Böyle bir durumda başvuru tarihinden sonra işverenin sendikalı işçilerin sözleşmesini feshetmesi ve bu bildi-

<sup>117</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.83; SUBAŞI, 6356 sayılı Kanun, s.91-92.

<sup>118</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.83-84; KOCABIYIK, s.201; Bazı yazarlara göre; Kanundaki bu hüküm yeni bir düzenlemedir. İşçi sendikası yetki tespiti için başvuruda bulunduğu kötü niyetli bazı işverenlerin ilişkin cezaları göze alarak işe yeni aldıkları işçileri sendikanın yetki tespiti başvurusundan önce işe alınmış gibi Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirdikleri, böylece sendikayı başvuru tarihinde gerekli çoğunluğu sağlayamamış duruma düşürdükleri biliniyordu. Bu yeni düzenleme böylesi kötü uygulamaların önünü kesmiştir. (ÖNSAL, s.90).

rimleri süresinde kuruma bildirmemesi halinde bu işçilerin de sigortalılıklarının sona ermesine ilişkin bildirimler süresinde verilmemiş olacaktır. Ancak, maddenin amacı işverenin başvuru tarihine yakın zamanda işe giriş veya çıkış bildireleriyle Kanuna aykırı şekilde işçi sayısını değiştirerek sendikanın yetki almasını engellemeye yönelik kötüniyetli uygulamaların önüne geçmektir. Madde metninin buna uygun olarak yorumlanması isabetli olacaktır.<sup>119</sup>

Yetki tespiti için başvuruyu düzenleyen hükümde (m.42 / IV) sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılmayanların yetkili işçi sendikanın tespitinde dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir. İşverenin işe giriş veya işten ayrılış bildirelerini yasal süresi içinde SGK'ya vermemesi, Bakanlık kayıtlarını, dolayısıyla yetki tespit işlemlerini etkileyecektir.<sup>120</sup>

2822 sayılı Kanunda bulunan ve uygulanmayan; *İşçi sendikası kendisinde bulunan üyelik fişlerini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına yetki için başvurduğu tarihten itibaren üç işgünü içinde işverene vermek zorundadır* (m.13) hükmüne 6356 sayılı Kanunda yer verilmemiştir. Sendikalar öteden beri başvuruya birlikte üyelik fişlerini işverene verme konusunda çekingen davranmıştır. Sendikalı işçilerin baskıya maruz kalacakları ve yetkinin engelleneceği gibi düşüncelerle, Sendikalar, 2822 sayılı Kanun döneminde de bu fişleri işverene vermemekteydiler. Yargıtay üyelik fişlerinin verilmemesinin yetki başvurusunun geçersiz sayılması için yeterli olmadığını bunun yetki işlemlerine engel olmadığına hükmetmekteydi.<sup>121</sup>

## 2. Yetki İtirazı

*Yetki tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de belirterek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir* (m.43 / 1). Madde metninde yetkili mahkemenin neresi olduğu özellikle belirtilmemiştir. Zira 6356 sayılı Kanun görevli ve yetkili mahkemeyi farklı maddelerde ayrı ayrı belirtmek yerine; *Bu Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli ve yetkili mahkemelerde görülür. Ancak 7. ila 11. bölümlerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar için, görevli makamın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir* (m.79). Belirtilen 7. ila 11. bölümler Kanunun toplu iş sözleşmesi ve

<sup>119</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.84; SUBAŞI, 6356 sayılı Kanun, s.92-93.

<sup>120</sup> KOCABIYIK, s.201.

<sup>121</sup> Yargıtaya göre; 2822 sayılı Kanunun 13. maddesinin değişik hükmüne göre işçi sendikasının üyelik fişlerini üç iş günü içinde işverene vermemiş olması, sırf bu sebeple yetki tesbitinin iptalini gerektirmez. Bu zorunluluk, işverene yetki tesbitinde sağlıklı bir sonuca varabilmesi ve itirazına dayanak yapabilmesi için öngörülmüş bir husustur. (Yarg. 9. HD., 18.5.1990, E.1990 / 5562, K.1990 / 6040).

toplular iş uyuşmazlıklarına ilişkin hükümlerini içermektedir. Bu nedenle yetki itirazı davası da görevli makamın bulunduğu yer mahkemesinde açılacaktır. 6356 sayılı Kanunda; *Görevli makam İşyeri 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 Bakanlık ifade eder* (m.2 / I / c) şeklinde tanımlanmıştır. 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi itiraz dilekçesi görevli makama kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir. 2822 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi itiraz dilekçesinin görevli makama kaydedtirilmesi halinde itiraz başvurusu esasa girilmeden belirtilen usulü eksiklik nedeniyle reddedilecektir. Yargıtay'a göre itiraz dilekçesinin önce Bakanlık veya Müdürlüğe kaydedtirilmesi ve daha sonra dava açılması gibi bir zorunluluk olmayıp, hükmün amacı Bakanlık çoğunluk tespitine itirazda bulunulduğundan haberdar edilmesini sağlamak olduğundan süresinde kaydedtirilmesi yeterlidir.<sup>122</sup>

6356 sayılı Kanun m.43, 2822 sayılı Kanun m.15'in yeniden kaleme alınmış halidir. 2822 sayılı Kanun m.15'in birinci fıkrasındaki değişik hollere göre itirazın neredeki iş mahkemesine yapılacağı düzenlemesine 6356 sayılı Kanun m.43 / I'de yer verilmemiş, itirazın nedenleri de gösterilerek tespit yazısının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı işgünü içinde "mahkemeye" yapılacağı düzenlenmiştir. Yetkili mahkemenin neresi olduğu 6356 sayılı Kanun m.79'da düzenlenmiştir. Fıkradaki "her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı" ibaresi işverenin başvuruda bulunduğu hale uymamaktadır.<sup>123</sup>

Kanuna göre; *kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünden daha az üyesi bulunan işçi sendikası yetki itirazında bulunamaz* (m.43 / II). Yüzde on koşulunun bulunduğu 2822 sayılı Kanunda da bulunan bu hüküm öğretide yüzde onluk temsil koşuluna sahip olmayan bir sendikanın itirazında haklı olması ve bunun kabulü halinde sonraki dönemde yüzde on sınırını aşarak yetki kazanmasının mümkün olduğundan haksızlıklara yol açtığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir.<sup>124</sup> 6356 Sayılı Kanunun geçici 6.maddesiyle kurulu bulunduğu işkolunda en az yüzde üç üye şartı Ekonomik ve Sosyal Konseye üye Konfederasyonlara bağlı sendikalar için 01.07.2016 tarihine kadar yüzde bir, 01.07.2018 tarihine kadar yüzde iki olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Yetkiye itiraz davalarına ilişkin 43.maddede buna ilişkin herhangi bir atf yapılmamış olduğundan belirtilen geçiş döneminde

<sup>122</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.85.

<sup>123</sup> ÖNSAL, s.91.

<sup>124</sup> ÇELİK, İş Hukuku, 25. Bası, s.551; Düzenlemenin uluslararası normla aykırılığı görüşü için bkz. TUĞ, s.87; Mesut GÜLMEZ, Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye, TODAİE yayını Ankara 1988, s.442; Getirilen düzenlemenin isabetli olduğuna ilişkin görüş için bkz. Mustafa KILIÇOĞLU, Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları, Ankara 1999, s.365.

yüzde bir ve yüzde iki üyelik koşulunu sağlayan ancak yüzde üçün altında üyesi olan sendikaların itiraz haklarının olup olmadığı tereddüt uyandıracaktı. Bu amaçla Kanuna; 41.maddenin 1. ve 5. fıkraları ile 43.maddenin 2. ve 4. fıkralarında yer alan kurulu bulunduğu işkolunda en az yüzde üç üye şartı, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikaları için Ocak 2013 istatistiğinin yayımı tarihinden 01.07.2016 tarihine kadar yüzde bir, 01.07.2018 tarihine kadar yüzde iki olarak uygulanır. (Geçici m.6 / I) hükmü getirilmiştir. Burada Kanunun 43.maddesinin 2. ve 4. fıkralarına atıf yapılmış olması nedeniyle geçiş dönemindeki ilgili tarihe göre Ekonomik ve Sosyal Konseye üye olan konfederasyonlara bağlı sendikalar için yüzde bir veya yüzde ikilik üyelik koşulunun sağlanması yetki itirazı için yeterli kabul edilecektir.<sup>125</sup>

Kanunda; itirazın Bakanlığa kaydedtirilmesi olanağı kaldırılmış, itirazın yalnızca görevli makama kaydedtirilmesinden sonra mahkemeye verileceği düzenlenmiştir. Yetki tespiti isteyen sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda kurulu diğer sendikalardan yüzde üç (2822 sayılı Kanunda yüzde on) barajını aşan sendikalar itirazda bulunabilecektir.<sup>126</sup>

Kanunun hükümet teklifinde ve komisyonca kabul edilen metinde olmayan 43.maddenin 3.fikrasına ilk cümle olarak “İtiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması hâlinde itiraz incelenmeksizin reddedilir.” hükmü mecliste ilave edilmiştir. Bu hükmün amacı yerinde olmakla birlikte kanun yapma tekniğine uygun olduğunu söylemek güçtür. İtiraz dilekçesi veya ekinde yer alması gereken “somut delilden” neyin anlaşılması gerektiği açık değildir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda dava dilekçesinde bulunması gerekenler arasında “Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri” ile “İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği” sayılmıştır (m.119 / I). Delillerin ikamesi başlığını taşıyan maddesinde tarafların dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmeleri gerektiği, ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorunda oldukları belirtilmiştir (m.318). Ön incelemeye ilişkin hükmüne göre; Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir (m.140 / V). Ayrıca; tarafların dayandıkları vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırmaları gerektiği, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmelerinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir (m.194). 6356 sayılı Kanunda 6100 sayılı Kanunla uyumu düşünülmemeksizin itiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer alma-

<sup>125</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.86; SUBAŞI, 6356 sayılı Kanun, s.94-95.

<sup>126</sup> ÖNSAL, s.91.

ması hâlinde itirazın incelenmeksizin reddedileceği hükmü getirilmiştir. Maddede itirazın “incelenmeksizin reddedileceği” belirtilmiş olmasına rağmen bundan kastın “esasa girilmeksizin” olması gerekir. Zira mahkeme yapacağı inceleme sonucunda somut delillere dayanılıp dayanılmadığını tespit edebileceği açıktır.<sup>127</sup>

İtirazın incelemeye alınması için itiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin bulunması aranacak, yoksa itiraz reddedilecektir. İşçi ve üye sayılarının tespiti maddi hata ve süreye ilişkin itirazlar altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlanacaktır. Bunların dışındaki itirazlar duruşma yapılarak karar verilecek ve kararın temyizi halinde Yargıtayca kesin olarak karara bağlanacaktır (m.43 / III). Eski yasa hükmünün tekrarından ibaret olan Yasaya göre ise, maddi hata ve süreye ilişkin itirazlar dışında mahkeme duruşma yaparak karar verir. Karara itiraz edildiği takdirde Yargıtay tarafından on beş gün içinde kesin olarak karara bağlanır.

Yeni Yasanın bir anlamda kötü niyetli itirazları engellemek için yer vermiş olduğu, “*İtiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması hâlinde itiraz incelenmeksizin reddedilir.*” hükmü, beklenen amacı gerçekleştirmekten çok uzak bir düzenlemedir. İtiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer alıp almadığı, bu delillerin itirazla ne kadar ilişkili olduğunun belirlenmesi başlı başına incelemeyi gerektiren konulardır.<sup>128</sup>

İşçi sendikasının başvurusunda yetki koşullarını sağlamadığının tespit edilmesi halinde buna ilişkin bilgi sadece başvuran sendikaya bildirilecektir. Uygulamada olumsuz yetki tespiti olarak adlandırılan bu durumda sendikanın dava açma hakkının olup olmadığına ilişkin olarak, 2822 sayılı Kanunda açık bir hüküm olmamasına rağmen genel hükümlere göre dava açabileceği, bu dava sonucunda Bakanlığın yetki tespit yazısı düzenleyerek başvuruda bulunan sendika ve diğer işçi sendikalarına bildirileceği ve buna karşı da itiraz edilebileceği kabul edilmekteydi.<sup>129</sup> 6356

<sup>127</sup> **CANBOLAT**, 6356 sayılı Kanun, s.87; **SUBAŞI**, 6356 sayılı Kanun, s.95-96; Yasadaki değişiklik, itiraz dilekçesinde veya eklerinde somut delillerin yer almaması halinde itiraz incelenmeksizin reddedileceği hükmüdür (m.43 / III). Hükmün yetki sürecini hızlandırma amacıyla getirildiği açık olmakla birlikte, somut delil zorunluluğunun yargı sürecini kısaltmada etkili olup olmayacağı tartışmaya açıktır. Hükmün beklenen amacı gerçekleştirmekten çok uzak olduğu, itiraz dilekçesi ve eklerinde somut delillerin yer alıp almadığının, bu delillerin itirazla ne kadar ilişkili olduğunun belirlenmesinin başlı başına incelemeyi gerektirdiğini ifade edilmektedir (**ÖZVERİ**, Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasılaştırma (1963-2009), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 2013, s.295). Yine de, itiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer alması zorunluluğunun kötüniyetli itirazları bir ölçüde önleyecek nitelikte olduğu kabul edilebilir. (**ENGİN**, s.146)

<sup>128</sup> **ÖZVERİ**, Yasa, s.124.

<sup>129</sup> Yarg.9. HD., 26.3.1985, E.1985 / 3320, K.1985 / 3222 ve **K. OĞUZMAN**’ın incelemesi, İHU, TSGLK m.13 (No:1); **ÇELİK**, İş Hukuku, 25. Bası, s.553-554; **ŞAHLANAN**, Toplu İş Sözleşmesi, s.85; **TUĞ**, Toplu İş Sözleşmesi, s.97; **Haluk Hadi SÜMER**, İş Hukuku Uygulamaları, 3.Bası, Mimoza Yayınları, Konya 2009, s.445; **Aynı yazar**, İş Hukuku, 16.Bası, Mimoza Yayınları, Konya 2011, s.237-238; **NARMANLIOĞLU**, s.378-379.

sayılı Kanun konuya ilişkin tartışmaları dikkate alarak açık düzenleme yapmıştır. Kanuna göre; *42.maddenin 3.fıkrası uyarınca 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 üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır* (m.43 / IV).

Olumsuz yetki tespiti alan sendikanın altı işgünü içinde “yetkili olup olmadığının tespiti istemiyle” dava açabileceği düzenlenmiştir. Mahkeme, açılan davayı o işkolunda kurulu, yüzde üç barajını aşmış sendikalara, işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene bildirecektir (m.43 / IV). *İtiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durduracaktır.* Yani; Mahkeme kararı kesinleşinceye kadar yetki işlemleri duracaktır (m.43 / V).<sup>130</sup> 2822 sayılı Kanunda yer verilmeyen Bakanlığın olumsuz yetki tespitine karşı itiraz işlemine açıklık getirmek için Kanunda olumlu bir düzenleme yapılmıştır (m.43 / IV ve V). Geçmişte Yargıtay bu davaları kabul edip aynı doğrultuda sonuçlandırıyordu.<sup>131</sup> Kanundaki düzenleme de kuşkusuz yerinde olmuştur.<sup>132</sup>

6356 sayılı Kanunda m.42'de yetki tespiti yazısı o işkolundaki tüm sendikalara gönderilirken, 6356 sayılı Kanun m.43'de yüzde üç barajını aşmak kuralı kullanılmaya başlanmıştır.

Açık düzenleme olması nedeniyle artık genel hükümlere gidilmeyecektir. Düzenlemede isabetli bir şekilde davanın işkolundaki yüzde üç barajını geçen sendikalara da bildirileceği belirtilmiştir. Bu nedenle yargılama sonunda dava açan sendikanın yetkili olduğunun tespit edilmesi halinde kesinleşmiş mahkeme kararının yetki belgesi olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır. Bu durumda Bakanlığın yeniden bir yetki tespit yazısı vermesi ve bunun da itiraz prosedürüne tabi olması gereksiz olacaktır. Nitekim yetki belgesini düzenleyen Kanunda konuya açıklık getiren düzenleme yer almıştır. Buna göre; *Yetki tespit yazısına süresi içinde itiraz edilmemişse sürenin bitimini takip eden altı iş günü içinde; yapılan itiraz reddedilmişse ya da kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen sendikanın (sendika olumsuz yetki tespitine karşı yetkili olduğunun tespiti için açtığı davayı kazanmışsa) itirazı sonucunda yetki şartlarına sahip olduğunu tespit eden kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde; ilgili sendikaya, Bakanlıkça bir yetki belgesi verilir* (m.44). Kanun mahkeme kararının bağlayıcı kabul ederek Bakanlıkça ilgili sendi-

<sup>130</sup> Bazı yazarlara göre; Özellikle bu hüküm son otuz yıla damgasını vuran kilit bir sorunun bundan sonra da sürüp gideceğinin güvencesidir. İşkolu itirazlarının bekletici mesele yapılamaması ve somut delil zorunluluğu gibi bazı tali değişiklikler dışında yeni yasa temel sorunlara çözüm üretmek bir yana, özellikle işkolu yetkisine ilişkin düzenlemeleriyle ağırlaştırmıştır. (ENGİN, s.147).

<sup>131</sup> Yarg., 9.HD, 10.11.1989, E.9545, K.9685.

<sup>132</sup> DERELİ, s.58.

kaya yetki belgesi verileceğini isabetli olarak hükme bağlamıştır.<sup>133</sup> 2822'nin yetki tespit yazısı ve yetki belgesi (m.16 / I) düzenlemesi 6356 sayılı yeni Kanununda da sürdürülmektedir (m.44).<sup>134</sup>

6356 sayılı Kanunda; 2822 sayılı Kanundaki hüküm (m.16 / II) yer almıştır. Taraflardan birisinin veya her ikisinin yetkisiz olması halinde, Bakanlığın durumu tespitinden itibaren kırk beş günlük süre içinde, sözleşmenin hükümsüzlüğünün tespiti istemiyle ilgililer veya Bakanlık dava açabilir (m.45 / I). Maddenin gerekçesine göre ilgililerin kimler olduğuna mahkeme karar verecektir. Talep halinde hâkim toplu iş sözleşmesinin uygulamasını durdurabilecektir (m.45 / II).

### IX. TOPLU GÖRÜŞMEYE ÇAĞRI

Toplu görüşmeye çağrının mutlaka yetki belgesinin alan tarafça yapılması zorunluluğu yoktur. 2822 sayılı Kanunda tespit yazısını alan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren veya yetki belgesini alan işçi sendikasının tespit yazısını veya yetki belgesini aldığı tarihten itibaren onbeş gün içinde karşı tarafı toplu görüşmeye çağıracağı hükmü mevcuttu (m.17). 6356 sayılı Kanunda; *Taraflardan biri, yetki belgesinin alındığı tarihten itibaren on beş gün içinde karşı tarafı toplu görüşmeye çağırır* hükmü getirilmiştir. *Çağrıda bulunan taraf, çağrı tarihini 2822 sayılı Kanunda (m.17 / I) olduğu gibi derhal görevli makama bildirir* (m.46 / I). Buna göre; *taraflardan herhangi biri yetki belgesinin tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde karşı tarafı toplu görüşmeye davet edebilecektir. Bu süre içerisinde çağrının yapılmaması halinde yetki belgesinin hükmü kalmayacaktır* (m.46 / II). 2822 sayılı Kanunda m.17 / II olduğu gibi on beş gün içinde çağrı yapılmazsa işçi sendikasının yetkisi düşecektir. *Çağrıyı yapan taraf toplu görüşmelerde ileri süreceği tekliflerinin bütününe aynı süre içinde karşı tarafa vermek zorunda olup, tarafların toplu görüşme gereği ileri süreceklere tekliflerde değişiklik yapmak hakları saklıdır* (m.46 / III). *Toplu görüşmenin süresi, ilk toplantı tarihinden itibaren altmış gündür* (m.47 / III).

Çağrıda bulunan taraf, 2822 sayılı Kanuna göre tekliflerinin bütününe çağrıya eklemek zorundaydı (m.17 / III). Değişiklik bu fıkradadır. Yeni düzenleme ile örneğin ikinci günde çağrıda bulunabilir, on beşinci günde de tekliflerini verebilir.

<sup>133</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.88.

<sup>134</sup> Bazı yazarlara göre; 6356 sayılı Yasa'nın yetkiye ilişkin hükümleri ile 2822 sayılı Yasadan daha geriye gitmiştir. Toplu iş hukuku alanında ne tür yasal değişiklikler yapılırsa yapılsın, yetki sistemi esaslı bir reformdan geçmedikçe her şey boştur. Tam da yasanın gerekçesinde belirtildiği üzere, yeni yasa metninde ikincil konularda yapılan bazı değişiklikler yasanın dokunulamayan "uzun soluklu ruhu" karşısında anlamsız hale gelmiştir. Giderek, değerli hiç bir fark yaratmayan yasa değişikliği bütünüyle anlamsızdır. Uzun yıllar süren hazırlık çalışmaları, bir çok taslak, kopan onca gürlü ve patırtının gerekçesinden bu kadar kopuk bir yasa metniyle sonuçlanması karşısında söyleyecek fazla söz bulunmamaktadır. (ENGİN, s.162).



Tekliflerin tümünün verilmesi düzenlemesi kanun koyucunun toplu iş sözleşmesi görüşmelerine tarafların ciddi şekilde hazırlanmalarını istediğini göstermektedir. Taraflar toplu pazarlığın doğal sonucu olarak görüşme süreci içinde tekliflerini değiştirebilirler. Böyle olduğu için de işçi sendikalarının bir kısmı, çağrıya ekledikleri ilk tekliflerine fazla özen göstermemişlerdir. Amaç, teklifler konusunda karşı tarafa bir “ön fikir” vermektir. Yoksa yapılan tekliflerin bağlayıcılığı yoktur.<sup>135</sup>

*Çağrının karşı tarafa tebliğ edildiği tarihten itibaren altı işgünü içinde taraflar toplu görüşmenin yer, gün ve saatini aralarında anlaşarak belirler ve bunu görevli makama yazı ile bildirir. Anlaşmaya varılamazsa, taraflardan birinin başvurusu üzerine, yapılacak ilk toplantının yeri, günü ve saati görevli makamca derhal belirlenir ve taraflara bildirilir (m.47 / I).* Taraflar yer, gün ve saat konusunda anlaşamazlarsa 2822 sayılı Kanuna göre taraflardan birinin üç işgünü içinde başvurusu üzerine görevli makam, yer, gün ve saati belirleyerek başvurudan sonraki altı işgünü içinde taraflara bildiriyordu (m.19 / I).

Yeni düzenlemede “üç işgünü” ve “altı işgünü” sürelerine yer verilmemiş, görevli makamın yer, gün ve saati “derhal” belirleyip taraflara bildireceği düzenlenmiştir. Böylece taraflardan birinin kaç gün içinde durumu görevli makama bildireceği, görevli makamın da “derhal” kelimesini kaç gün olarak anlayacağı soruları ortaya çıkmıştır.<sup>136</sup>

*İşçi sendikası, çağrı tarihinden itibaren otuz gün içinde yapılacak olan ilk toplantıya gelmez veya aynı süre içinde toplu görüşmeye başlamazsa yetkisi düşer (m.47 / II). Toplu görüşmenin süresi, ilk toplantı tarihinden itibaren altmış gündür (m.47 / III).*

Kanuna göre; işçi sendikası otuz gün içinde yapılacak ilk toplantıya gelmezse yetki belgesi düşecektir. Çağrıyı yapan işveren sendikası veya işveren ilk toplantıya gelmezse işçi sendikasının yetkisi düşmeyecektir.

6356 sayılı Kanuna göre; *Toplu görüşmenin sonunda bir anlaşmaya varılırsa dört nüsha olarak düzenlenecek olan toplu iş sözleşmesi, taraf temsilcilerince imzalanır ve iki nüshası altı işgünü içinde çağrıyı yapan tarafça görevli makama tevdi edilir. Görevli makam sözleşmenin bir nüshasını Bakanlığa gönderir (m.48 / I).*

Sendika ve Konfederasyonların Denetim Esasları ve Tutacakları Defterler ile Toplu İş Sözleşmesi Sicili Hakkında Yönetmelik<sup>137</sup> e göre de; *Taraflar arasında yapılan toplu görüşmenin anlaşma ile sonuçlanması durumunda toplu iş sözleşmesi taraf temsilcilerince imzalanır ve iki nüshası Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne tevdi edilir. Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü kendisine tevdi edilen sözleşmenin bir nüshasını üç işgünü içinde Bakanlığa gönderir (m.14 / I).*

<sup>135</sup> DEMİR, İş Hukuku, s.587; ÖNSAL, s.94.

<sup>136</sup> ÖNSAL, s.95.

<sup>137</sup> RG., 26.11.2013, 28833.

2822 sayılı Kanundaki toplu iş sözleşmesinin beş nüsha imzalanması ve toplu iş sözleşmesinin Devlet İstatistik Enstitüsüne (Türkiye İstatistik Kurumu) gönderilmesine ilişkin hüküm (m.20 / II) kaldırılmıştır. Verme işleminin imza tarihinden itibaren altı işgünü içinde yapılması koşulu da kaldırılmıştır. Ayrıca toplu iş sözleşmesinin işyerinde ilan edilmesine ilişkin düzenleme getirilmiştir. 6356 sayılı Kanuna göre; *İşveren, bir toplu iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi hükmündeki özel hakem veya Yüksek Hakem Kurulu kararı ile toplu hak uyuşmazlıklarında verilmiş mahkeme veya özel hakem kararlarını, işyeri veya işyerlerinde işçiler tarafından görülebilecek yerlere asmakla yükümlüdür* (m.48 / II). 2822 sayılı Kanundaki; bu belgelerin veren makamca veya noter tarafından onaylanmış olması koşulu kaldırılmıştır (m.63). İşverenlerin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır.<sup>138</sup>

## SONUÇ

Kanunun gerekçeleri iddialı olmakla birlikte madde metinleri ele alındığında Türk çalışma hayatına ilişkin sendikal örgütlenme ve toplu pazarlık açısından yeni bir dönemi başlatacak nitelikte değildir. Birçok düzenleme UÇÖ ve AB normlarının gerisinde kalarak, yeni bir dönemin kapısını açacak reform olmaktan daha çok yukarıda belirtilen nitelikte yeni bir tedrici düzenleme mahiyetindedir. Kanunla ek ve geçici maddeler dışında 68 madde olan 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ve 84 madde olan 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (Toplam 152 maddelik iki Kanun) 83 madde ve 6 geçici maddeden ibaret tek bir kanunda birleştirilmiştir. Kanunun toplu iş sözleşmesine ilişkin hükümleri Toplu İş Sözleşmesinin Genel Esasları başlığını taşıyan yedinci bölümünde 33. maddesinden 40. maddeye kadar sekiz madde ve Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması başlığını taşıyan sekizinci bölümde 41.maddeden 48.maddeye kadar yine sekiz madde olmak üzere toplam onaltı maddedir. Ayrıca Kanunun uygulanması yönünden tanımlar 1. maddesinde yapılmıştır.

6356 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle ülkemizde yaklaşık otuz yıldan bu yana yürürlükte olan ve gerek ulusal gerekse uluslararası çevrelerce eleştirilen 2821 sayılı Kanun ile 2822 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ve uygulamada yaşanan sorunların giderilmesi, sendikal örgütlenmenin önündeki engellerin kaldırılması amaçlanarak Kanunla Türk endüstri ilişkilerini birçok alanda etkileyen mevzuatta önemli değişiklikler yapılmıştır. Sendikal hak ve hürriyetleri düzenleyen yasaların uluslararası normlar karşısında yetersiz kalması sonucu 2010 yılında 5982 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği, sendikalar ve toplu iş ilişkileri alanında yeni bir yasa yapılması zorunluluğunu ortaya koymuştur. 6356 sayılı Kanun ile birlikte çerçeve sözleşme ve grup toplu iş sözleşmesi gibi yeni kavramların yanı sıra, öteden

<sup>138</sup> CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.89; ÖNSAL, s.96.

beri uygulamada var olan sendika üyeliği, sendikal güvence, toplu pazarlık ve uyuşmazlıkların çözüm yolları konularında önemli değişiklikler yapılmıştır.

6356 sayılı Kanunun; Toplu iş sözleşmesini genel esaslarından toplu iş sözleşmesinin tanımı, kapsamı ve düzeyi, şekli ve süresi, hükmü, tarafların durumunda değişiklik gibi hükümleri 2822 sayılı Kanuna göre temelde aynı olmakla birlikte yeni olarak Çerçeve Sözleşmesi getirilmiş, Grup Toplu İş Sözleşmeleri tanımlanmış ve daha önemli olarak işyerinin veya bir bölümünün devrine ilişkin işletme toplu iş sözleşmelerine ilişkin uygulama sorunlarına ilişkin düzenleme yapılmıştır.

6356 sayılı Kanun, 2821 sayılı Kanun ile 2822 sayılı Kanunu'ndaki hükümleri tek bir kanun içinde toplamış, ancak bu kanunların temel felsefesinde önemli bir değişiklik gerçekleştirilmemiştir. Eski Kanunlardaki müesseseler genel olarak bakıldığında aynen muhafaza edilmiş, sadece ufak bazı değişikliklerle yetinilmiştir. Toplu iş sözleşmesi yapma yetki koşullarında değişiklik, sendikal güvenceler, teknolojik gelişmelerle uyumlu olarak elektronik ortamda üyelik ya da bildirim yapma olanağı tanınması ve belge toplamak yerine beyana dayanan bildirimlere değer verilmesi yeni Kanunda yer verilmiştir.

**KAYNAKÇA**

- AKTAY Nizamettin**, Sendika Hakkı, Ankara 1993.
- AKTAY Nizamettin**, Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 2000
- AKTAY Nizamettin**, (6356 sayılı Kanun) Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti, Yetkisi, Yapılması ve Yararlanma, Birinci yılında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve Uluslararası Sendikal Örgütler Sempozyumu, Türk Metal Sendikası Yayını, Ankara 2013.
- AKTAY A. Nizamettin / ARICI Kadir / SENYEN KAPLAN Emine Tuncay**, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 5.Baskı, Ankara 2012.
- ALPAGUT Gülsevil**, 6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi - Uluslararası Normlara Uyum, Legal İHSGHD., Cilt:9, Sayı: 35, 2012.
- AYDIN Ufuk**, Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Yıl 1, Sayı 1, İstanbul 2002.
- CANBOLAT Talat**, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992.
- CANBOLAT Talat**, (Yararlanma) Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Cilt.6, Sayı.4, 2002.
- CANBOLAT Talat**, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, (Antalya 2012), Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2012.
- CANBOLAT Talat**, 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Getirdiği Yenilikler, Toprak İşveren Dergisi, Aralık 2012.
- CANBOLAT Talat**, (6356 sayılı Kanun) 6356 sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3 - 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları – Seçkin Yayınları, İstanbul 2013.
- CANBOLAT Talat**, (Toplu İş Sözleşmesi) 6356 sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- CENTEL Tankut**, Toplu İş Sözleşmesinin Genel Esasları, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bilgilendirme Semineri, TİSK Yayını, Ankara 2013.
- ÇELİK Nuri**, İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku 1 Sendikalar, 2. Bası İstanbul 1979.
- ÇELİK Nuri**, (İş Hukuku, 25. Bası), İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- ÇELİK Nuri**, (İş Hukuku, 26. Bası) İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.

- DEMİR Fevzi**, Sendikalar Hukuku, 4.Baskı, İzmir 1999.
- DEMİR Fevzi**, (İş Hukuku) İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, Albi Yayınları, İzmir 2013.
- DEMİRCİOĞLU Murat**, Dünyada İşçi Sendikaları, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, İstanbul 1987.
- DEMİRCİOĞLU Murat**, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Teşmilin Hukuki Boyutları ve Uygulaması, Sicil İHD, Eylül 2009.
- DEMİRCİOĞLU Murat / CENTEL Tankut**, İş Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013
- DERELİ Toker**, 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Sayı 36, 2013 / 1.
- EKONOMİ Münir**, (İşletme Toplu İş Sözleşmeleri) İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar, Kamu-İş, Cilt 1, Sayı 1, 1987.
- EKONOMİ Münir**, Birden Çok İşyerini Kapsamak Üzere Yapılan İşyerleri Toplu İş Sözleşmesi (Grup Toplu İş Sözleşmesi) ve Yargıtayın Bu Sözleşmelere İlişkin Görüşleri Sebebiyle Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri, MESS Yayını, İstanbul 1989.
- ENGİN E. Murat**, 6356 Sayılı Yasa'da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Sayı 39, 2013 / 4.
- ESENER Turhan**, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- EYRENCİ Öner**, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984.
- GÜLMEZ Mesut**, Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye, TODAİE Yayını, Ankara 1988.
- IŞIKLI Alpaslan**, Sendikacılık ve Siyaset, İstanbul 1979.
- IŞIK Rüçhan**, Sendika Hakkı, Tanınması ve Kanuni Unsurları, Ankara 1962.
- KARAKOÇ Mehmet**, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun İşçi ve İşverenlere Getirdiği Yükümlülükler Nelerdir?, Mali Çözüm Dergisi, Mart-Nisan 2013.
- KILIÇOĞLU Mustafa**, Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları, Ankara 1999.
- KOCABIYIK Selçuk**, 6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yetki Tespiti ve Yetki Tespitine İtiraz, MESS Sicil Dergisi, Yıl 7, Sayı 28, Aralık 2012.
- KUTAL Gülten**, Türkiye'de İşçi Sendikacılığı 1960-1968, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul 1977.
- KUTAL Metin**, Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme (31.01.2012 Tarihli Kanun Tasarısı), MESS Sicil Dergisi, Sayı:25, Mart 2012.

- NARMANLIOĞLU Ünal**, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- OĞUZMAN M. Kemal**, Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi, Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri, MESS Yayını, İstanbul 1989.
- ÖNSAL Naci**, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Üzerine Notlar, Türk Metal Sendikası Yayını, Ankara 2013.
- ÖZVERİ Murat**, (Yasa) Sendikal Haklar 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası, Birleşik Metal İş Sendikası Yayınları, İstanbul 2012.
- ÖZVERİ Murat**, (Tasarı) Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısı ve Sendikal Haklar, Birleşik Metal İş Sendikası Yayınları, İstanbul 2012.
- ÖZVERİ Murat**, Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasılaştırma (1963-2009), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 2013.
- SAYIN Ali Kemal**, Kanunun Genel Tanımı, Sendikaların Yapılanması, E-Devlet Sistemi Üzerinden Üyelik ve İşkolları Sisteminde Değişiklik, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bilgilendirme Semineri, TİSK Yayını, Ankara 2013.
- SUBAŞI İbrahim**, İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmelerinin Teşmili, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Hukuk Fakültesi), Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 1994.
- SUBAŞI İbrahim**, Türk Toplu İş Hukukunda Teşmil, Prof.Dr. Halit Kemal ELBİR'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1996.
- SUBAŞI İbrahim**, (6356 sayılı Kanun) 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, Öz İplik İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen 30.Yılında Yeni Toplu İş Hukuku Düzeni Konferansı, Öz İplik İş Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul 2013.
- SUBAŞI İbrahim**, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Sayı 39, 2013 / 4.
- SUR Melda**, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1990,
- SUR Melda**, (İş Hukuku) İş Hukuku Toplu İlişkiler, 4. Bası, Ankara 2011.
- SÜMER Haluk Hadi**, İş Hukuku Uygulamaları, 3.Bası, Mimoza Yayınları, Konya 2009.
- SÜMER Haluk Hadi**, İş Hukuku, 16.Bası, Mimoza Yayınları, Konya 2011.
- ŞAHLANAN Fevzi**, (Toplu İş Sözleşmesi) Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992.

- Fevzi ŞAHLANAN**, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995.
- ŞAHLANAN Fevzi**, İşyerinin Kapatılması ve İşçilerin Başka İşkolunda Bulunan Bir İş Yerine Nakledilmesinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası D., Mayıs 2008.
- ŞAHLANAN Fevzi**, (6356 Sayılı Kanun) 6356 Sayılı Kanuna Göre Yetki Prosedürü ve Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması, Geçiş Hükümleri, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bilgilendirme Semineri, TİSK Yayını, Ankara 2013.
- ŞAKAR Müjdat**, Son Teşmil Kararları İle İlgili Düşünceler, İş Hukuku Dergisi, Ekim-Aralık 1991.
- TALAS Cahit**, Sosyal Ekonomi, 4. Bası, Ankara 1976.
- TAŞKENT Savaş**, Yetki Tespiti Açısından Belirli Kavramlar ve Bazı Uygulama Sorunları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006.
- TUĞ Adnan**, Sendikalar Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1992.
- TUĞ Adnan**, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1996.
- TUNCAY A. Can**, Teşmil, Çimento İşveren D., Mayıs 1992.
- TUNCAY A. Can**, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Grup Toplu İş Sözleşmeleri, Çimento İşveren Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Ocak 1987.
- TUNCAY A. Can**, (Toplu İş Hukuku) Toplu İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010.
- TUNCAY A. Can**, / **SAVAŞ F. Burcu**, Toplu İş Hukuku, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- TUNÇOMAĞ Kenan / CENTEL Tankut**, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- ULUCAN Devrim**, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1981.
- YAZICI Erdinç**, Osmanlı'dan Günümüze Türk İşçi Hareketi, İlke Emek Yayınları, Ankara 2004.
- YENİSEY Kübra DOĞAN**, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınları, İstanbul 2007.





## **C. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ HUKUKU**



# İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNUNUN İŞVERENİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

*(Effect of Occupational Health and Safety Law to the  
Legal Responsibility of Employer)*

Levent AKIN\*

## ÖZET

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işveren ile çalışanların hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Bu yapısı, işyerlerinde ortaya çıkan iş kazaları ve meslek hastalıklarında sorumlunun belirlenmesine yardımcı olmaktadır. Aynı yasa, sorumlunun belirlenmesi sonrasında, onun kusur düzeyinin tespit edilebilmesini de sağlamaktadır. Bu çalışmada, 6331 sayılı yasada düzenlenen yasal yükümlülüklerden, uygulamada en sık sorumluluk sebebi olanlar üzerinde durulmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Sağlık ve güvenlik, işverenin sorumluluğu

## *Abstract*

The Law of Occupational Safety and Health prescribes the employers' and the employees' rights and obligations. Thus, it helps to determine the responsibility for the occupational accident and diseases. The law also helps to determine the level of the legal negligence. In this article, the most important obligations of the employer, which are prescribed in the law, no. 6331 and mostly the causes of the responsibility are to be examined.

**Keywords:** Health and safety, employer responsibility

## Giriş

20.6.2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek amacıyla çıkarılmış olsa da, genelde önleyici işlevi ile ele alınmaktadır. Bunda iş sağlığı ve güvenliğinin, önleyici niteliğinin etkisi olduğu açıktır.

Bununla birlikte, 6331 sayılı yasanın önleyici işlevi yanında en az onun kadar önemli bir başka işlevi daha bulunmaktadır. O da içerdiği hükümlerle gerek işçi gerek işveren üzerinde oluşacak sorumluluklara temel oluşturmasıdır.

\* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yasanın bu özelliği, işçi ve işveren için getirdiği yükümlülüklerden kaynaklanmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği alanında taraflara getirilen yükümlülüklerin ihlali, bir iş kazası veya meslek hastalığı ortaya çıkması halinde ilgililerin kusuru olarak tanımlandığından 6331 sayılı yasayı, bu alanda kusuru tanımlayan bir yasa olarak görmek yanlış olmaz. Aşağıda, 6331 sayılı yasada yer alan ve işverenin hukuki sorumluluğuna neden olacak hükümler, yasada düzenlendikleri madde başlıkları ile bu anlayış içinde ele alınacaktır.

### **I. İşverenin genel yükümlülüğü**

6331 sayılı yasanın sorumluluğa etki edebilecek ilk düzenlemesi, yasanın 4.maddesinde yer alan işverenin genel yükümlülüklerine ilişkindir. Düzenlemenin (a) bendi, işverenin sorumluluğunun temel hükmü niteliğindedir. Buna göre 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.”

Söz konusu düzenleme, işverenin bu alandaki sorumluluğunu tesis etmesi yanında, bu sorumluluğun kapsamını da belirler. Dahası anılan hüküm, iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünün gerçek muhatabını ortaya koyar. Dolayısıyla, takip eden maddelerde yer alan düzenlemeler, bu temel sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Olsa olsa, bu sorumluluğu daraltır. Zira yasada yer alan ve çalışanlara da yükümlülükler getiren düzenlemeler, esasen işverenin yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmesine yardımcı olmaya matuftur. Yoksa işverenin (a) bendinde düzenlenen geniş kapsamlı ve genel sorumluluğunu belli oranda da olsa çalışanlara devrini amaçlamaz. Örneğin bir işçinin kendine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi sebebiyle oluşan iş kazasında, kendisi ile birlikte başka işçilerin de zarar görmesi halinde, bu işçinin (müterafik) kusuru, sadece kendi aleyhine sonuç doğurur. Zarar gören diğer işçi karşısında işverenin (a) bendi kapsamındaki sorumluluğu sürer. O halde 6331 sayılı yasanın çalışanlar için getirdiği yükümlülükler, ihlalleri halinde bu kişilerin şahsi taleplerine menfi etki yapar. Yoksa işverenin diğer çalışanlara yönelik genel sorumluluğunu zayıflatmaz. Yasanın 4.maddesinin 3.fikrasında yer alan “Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez.” hükmü ile 4.fikrasındaki “İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz.” hükmü de bu anlayışı doğrulamaktadır.

Düzenlemenin (b) bendi bir başka sorumluluk kaynağıdır. İşveren, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. Dolayısıyla uygulamada sıkça karşılaşıldığı gibi, denetim eksikliklerinin yol açtığı kaza ve hastalıklarda işverenin sorumlu tutulabilmesi mümkündür.

Aynı yönde bir diğer hüküm 11.maddede yer almaktadır. Buna göre işveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden çalışma ortamına ve çalışanların bu ortamda maruz kaldığı risklerin belirlenmesine yönelik gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılmasını sağlar. Yapmaması ve yapılmaması halinde ise bunun sebep olduğu zararların sorumlu tutulabilir.

Risk değerlendirmesi, işverenden beklenen bir diğer yükümlülüktür. Yasa bu yükümlülüğün işverence bizzat yerine getirilebileceği gibi dışarıya da yaptırılabilmesine imkân sağlamıştır. Ancak her iki halde de çalışanlar karşısındaki sorumlunun işveren olduğuna şüphe yoktur. Nitekim bahis konusu düzenlemenin ikinci fıkrasına göre, işyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.”

İş sağlığı ve güvenliği yasası, işyerindeki görev dağılımını belirleyen işverenin, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alması gerektiğini belirtmiştir. Buna aykırı davranan ve çalışanın sağlık durumunu dikkate almayan işveren, bu işçinin sebep olduğu zararda, kusurlu sayılır. Bununla birlikte, sağlık kurumlarından usulüne uygun olarak alınan sağlık raporlarına güvenerek talimatlar veren ve görevlendirmeler yapan işverenin bu haklı güveni korunmalıdır.

## **II. İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri**

İş sağlığı ve güvenliği alanındaki gelişmeler ve konunun teknoloji ile doğrudan bağlantılı olması, bu alanda bazı işverenin bir takım sıkıntılarla karşılaşması sonucunu doğurmuştur. Konuya ilişkin alt yapısını oluşturamamış işverenlerin, getirilen yasal yükümlülükleri yerine getirme konusunda yaşayacakları sıkıntıları öngören yasa koyucu, bu alanda bir adım atarak söz konusu hizmetlerin dışarıdan alınabilmesine imkân sağlamıştır.

Yasaya göre, mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren, çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirir. Çalışanları 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 hizmetin yerine getirilmesini kendisi üstlenebilir (İSGK.6).

Düzenlemeden de anlaşılacağı gibi işverenden, İSG hizmetlerini bizzat ya da anlaşacağı bir başka kuruluş vasıtasıyla sunması beklenmektedir. Aksi halde işveren, bu hizmeti sunarak önleyebileceği zararları karşılamak zorunda kalacaktır.

İşverene sunulan söz konusu seçenekler, bu hizmetten tümüyle elini çekmesi anlamına gelmez. Nitekim (6/b) hükmüne göre işveren, görevlendirdikleri kişi veya

hizmet aldığı kurum ve kuruluşların görevlerini yerine getirmeleri amacıyla araç, gereç, mekân ve zaman gibi gerekli bütün ihtiyaçlarını karşılamak durumundadır. Her ne kadar bu alanda faaliyet gösteren ve işverene hizmet suması beklenen kurum ya da kuruluşların, söz konusu hizmeti sunacak donanıma sahip olmaları beklense de, yasa bu alanda da olası eksikliklerin muhatabı olarak işvereni belirlemiştir. Bu tercih, işvereni söz konusu yükümlülüklerini bir kurum ya da kuruluşa devrederek sorumluluktan kurtulabilmesine, bu kurum ya da kuruluşlardaki eksikliklerin kendisi için kurtuluş gerekçesi olarak değerlendirilmesine engel olması açısından isabetlidir.

Bununla birlikte anılan düzenleme, dışarıdan alınacak İSG hizmetini sadece bir personel katkısı olarak gören bir üsluba sahiptir. Hükmün yazılış şeklinden işverenin, ilgililerin görevlerini yerine getirmeleri amacıyla ihtiyaç duyacakları araç, gereç, mekân ve zaman gibi gerekli bütün ihtiyaçlarını karşılamak durumunda olduğu, sadece personeli dışarıdan alacağı izlenimi doğmaktadır ki bu son derece hatalı bir yaklaşımdır. Zira, işyerindeki her türlü tesis ve tertibi kuran, araç, gereç, mekân gibi gerekli bütün ihtiyaçları karşılayan işverenin, bir tek uzman personel sorununu çözmemesi mümkün olmasa gerekir. Bu kadarını yapan işverenin, uzman bir personeli de bulabileceğini düşünmek çok da abartılı bir beklenti olmaz. Yapılan eğitim ve sınavlar sonucu ülkemizde bu alandaki uzman sayısını hızla artıyor olması, bu ihtimali oldukça güçlendirmektedir.

Bu şartlar altında, söz konusu 7/1.b hükmünü, tüm ihtiyaçları işverenin karşılaması gerektiği şeklinde değil de, zaten uzman olması gereken İSG kurum ya da kuruluşlarının işyerine has eksiklerini giderme yükümlülüğü olarak değerlendirilmesi uygun olur. Aksi halde işverenin bu noktadaki sorumluluğu, anlamsız şekilde genişletilmiş olur.

6331 sayılı yasaya göre işveren, işyerinde sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütenler arasında iş birliği ve koordinasyonu sağlar. Söz konusu kişilerin, işveren bağlı olarak ya da onun işini gören kişiler olması gerektiği kabul edilmelidir. İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı dışında, bu alanda görevlendirilen diğer işçiler ile işverene dışarıdan hizmet sunanlar da bu kapsamda görülmelidir. İşverenin, işyerinde sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütenler arasında kurması gereken iş birliği ve koordinasyondaki aksaklıkların sebep olduğu zararlardan işveren sorumlu olacaktır. Ancak sözü edilen işbirliği ve koordinasyonun sağlanamaması, işverenle birlikte ya da tümüyle bu koordinasyona dahil unsurların kusurundan kaynaklandığında, zararı karşılamak zorunda olan işveren, bu kişilere kusurları oranında rücu hakkı kazanacaktır.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği alanındaki genel yükümlülükleri esasen kendi çalışanlarına yönelik olsa da, bazı hallerde bu kapsamda bulunmayan kişilere yönelik de olabilir. İşyerindeki işbirliği ve koordinasyon bağlamında değindiğimiz,

dışarıdan hizmet alınan ve işyerinde sağlık-güvenlik hizmetlerini yürütenler bunların ilk grubunu oluşturur. Yasa bu alanda ikinci bir gruba daha yer vermektedir. 7.maddenin (d) bendine göre işveren, çalışanların sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel konular hakkında, görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşlar yanında, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları ve bunların işverenlerini de bilgilendirir.

### **III. İşyeri hekimi ve iş sağlığı ve güvenliği uzmanı çalıştırma**

6331 sayılı yasanın 8.maddesine göre, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının hak ve yetkileri, görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle kısıtlanamaz. Bu kişiler, görevlerini mesleğin gerektirdiği etik ilkeler ve mesleki bağımsızlık içerisinde yürütür.

Söz konusu düzenleme, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının sorumluluğunu artıran ve o oranda da işverenin sorumluluğunu daraltan bir içeriğe sahiptir. Zira olası bir iş kazasında hekim ve uzmanın bu koşullar altında çalıştığı kabul edilecek, işverenin yapmış olması muhtemel baskıları yapmadığı karinesi ile karşılaşılabilecektir. Söz konusu karine, baskı ve yönlendirmelere muhatap olmuş hekim ya da uzmanı, bu durumu ispatlama zorunluluğu altında bırakacaktır. Hükmün bu yaklaşımını, aynı maddenin üçüncü fıkrası da desteklemektedir. Buna göre, hizmet sunan kuruluşlar ile işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesindeki ihmallerinden dolayı, hizmet sundukları işverene karşı sorumludur (İSGK.9/3).

Bunula birlikte işyerlerinde karşılaşılabilecek bu yapının tümüyle hekim ve uzmanlar aleyhine yorumlanmaması için yasada bir takım önlemler de alınmıştır. Bunlardan ilki dokuzuncu maddenin ikinci fıkrasıdır. Söz konusu düzenlemeye göre işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları, görevlendirildikleri işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirir. Bildirilen hususlardan hayati tehlike arz edenlerin işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, bu hususu Bakanlığın yetkili birimine bildirir. Görüldüğü gibi yasa, İSG personeli tarafından yapılacak bildirimlerde ispat kolaylığı sağlamaya çalışmaktadır. Hatta bu yönde bir kaygısı olduğu da açıktır. Zira son cümlede, hayati tehlike halinde bildirim Bakanlığa iletilmesini istemektedir.

Bu yapının işlevsel uygulanabilmesi için ilk cümle hükmünü İSG personeli lehine yorumlamak gerekir. Yani, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının, görevlendirildikleri işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirdikleri kabul edilmelidir. Söz konusu personelin istihdamı, bu hizmetlerin işverene sunulduğu şekilde değerlendirilmelidir. Kanımızca bu yaklaşım iki önemli sorunu ortadan kaldıracaktır. Öncelikle, yazılı bildirim koşulunun yaratacağı ispat sorunu aşılabilecektir. Zira yasa hükmünde, İSG uzman

hekimlerinin yazılı bildirimlerinin ne şekilde kaydedileceği belli değildir. Yazılı bildirime rağmen, hayati tehlike dışında, işverence bunun inkârını engelleyecek sağlam bir güvence öngörülmemiştir. Hayati tehlike halinde de bakanlığa yapılacak bildirim, işverenin gerekenlerin yapılmamasına bağlanması, bu alanda da benzer sorunlara neden olabilecektir. O sebeple, ilgili İSG personelinin istihdam edilmiş olmasının işverene gereken bilgilerin aktarıldığı sonucuna ulaşmak, bu personeli gerekeni yaptığını ispat yükünde kurtaracaktır. Ancak hemen belirtelim ki, istihdam ettiği İSG uzman ve işyeri hekiminden gereken uyarıları almayan işveren, kendisine bu uyarıların yapılmadığını ispatlayarak iç ilişkide bu personele müracaat edebilmelidir. Bu bakış açısı, işverene kayıtları sağlıklı tutmasını sağlayacak bir yapı oluşturma sorumluluğu da getirecektir. Çünkü işveren, gereken uyarıların kendisine yapılmadığını ispatlamak zorunda olduğu sürece, İSG personelinden gelen tüm bilgileri ibraz etmek ve olaya ilişkin olan bir uyarının olmadığını göstermek durumuna kalacaktır.

Sözü edilen yaklaşımın ikinci önemli sonucu, işverenlerce istihdam edilen personelin yetkinliğine ilişkindir. Yukarıda dile getirdiğimiz yaklaşımla, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirdiklerinin kabul edilmesi, işvereni bu istihdamları yaparken daha ciddi davranmaya itecektir. İşverenler, salt gereken belgeye sahip olduğu için değil, yürütülen işe uygun vasa sahip olduğu için personel istihdamına yönelecektir ki bu İSG alanında arzu edilen sonuca ulaşılmasında en önemli adımlardan biridir. Yeterli uzmanlık, doğru analiz ve uygun önlem, olası riski ortadan kaldırmaya yetecektir.

Bu yaklaşım, doğru analizler sebebiyle işveren lehine olduğu kadar, İSG uzman ve hekimin mesleki kariyeri için de yaşamsaldır. Zira yasaya göre, çalışanın ölümü veya maluliyetiyle sonuçlanacak şekilde vücut bütünlüğünün bozulmasına neden olan iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde ihmali tespit edilen işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının yetki belgesi askıya alınacaktır (İSGK.9/4).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, İSG uzmanlarının görev alanlarında bir sınıflandırmaya gitmiştir. Buna göre, iş güvenliği uzmanlarının görev alabilmeleri için 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 olmaları şartı aranır. Bakanlık, iş güvenliği uzmanlarının ve işyeri hekimlerinin görevlendirilmesi konusunda sektörel alanda özel düzenleme yapabilir (İSGK.9/5). Hüküm işverenlerin sorumluluğuna doğrudan etki edebilecek niteliktedir. Zira yürürlükteki geçiş hükümleri bir yana bırakılırsa, bu sınıflandırmanın, işveren lehine olduğu açıktır. Zira işveren, sertifika düzeyine güvenerek istihdam ettiği personelin, bu sertifika için beklenen makul ölçüdeki uzmanlığa sahip olduğunu kabul edebilecek, onun gereğini uzmandan bekleyebilecektir. Bunun doğal sonucu olarak, yasal düzeyin altındaki istihdamın sonuçlarına



işveren katlanacaktır. Aynı şekilde, düzenlemede geçen ve Bakanlığa, iş güvenliği uzmanlarının ve işyeri hekimlerinin görevlendirilmesi konusunda sektörel alanda özel düzenleme yapabilme imkanı veren düzenleme ile bu alanda yaratılacak sektörel farklılıklar da, işverenin sorumluluğuna olumlu ya da olumsuz etki sağlayabilir. Bu noktadaki karar, bakanlıkça atılacak adımlara göre değerlendirilmelidir.

6331 sayılı yasanın İSG personeli ile ilgili getirdiği bir başka düzenleme, bu kişilerin birden fazla alanda görev yapabilmesine imkan vermektedir. Buna göre, mevzuatta öngörülen çalışma süresi nedeniyle işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının tam süreli görevlendirilmesi gereken durumlarda; işveren, işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurar. Bu durumda, çalışanların tabi olduğu kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma süresi dikkate alınır. Kamu kurum ve kuruluşlarında ilgili mevzuata göre çalıştırılan işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı olma niteliğini haiz personel, gerekli belgeye sahip olmaları şartıyla asli görevlerinin yanında, belirlenen çalışma süresine riayet ederek çalışmakta oldukları kurumda veya ilgili personelin muvafakati ve üst yöneticinin onayı ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görevlendirilebilir. Bu şekilde görevlendirilecek personele, görev yaptığı her saat için (200) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı tutarında ilave ödeme, hizmet alan kurum tarafından yapılır. Bu ödemeden damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılmaz. Bu durumdaki görevlendirmeye ilişkin ilave ödemelerde, günlük mesai saatlerine bağlı kalmak kaydıyla, aylık toplam seksen saatten fazla olan görevlendirmeler dikkate alınmaz (İSGK.9/6-7). Yasanın öngördüğü türden çalışmalarda, asli görev dışında yapılan iş, ister kendi kurumlarında ister farklı kamu kurumlarında olsun, hizmeti alan işverenin sorumluluğunu, sunulan hizmetin düzeyi ve ilgilinin uzmanlığı oranında azaltır. Bunun da oransal olarak sorumluluğa etki edeceği açıktır.

#### **IV. Risk Değerlendirme**

6331 sayılı yasanın işverenlerin sorumluluğuna etkileri bağlamında ele almak istediğimiz diğer bir başlık, yasanın 10.maddesinde düzenlenen risk değerlendirme, kontrol, ölçüm ve araştırma yükümlülüğüdür.

İş sağlığı ve güvenliği alanında risklerin değerlendirilmesi konusu, ülkemizin yeni tanıştığı ve adapte olamaya gayret ettiği bir kavramdır. Buna rağmen konu Avrupa hukuk sistemlerinde olgunlaşmış durumdadır. Fakat bu konuda önemli aşama kaydeden Avrupa'da bile Avrupa İş Sağlığı ve Güvenliği Ajansı, 2008 yılından itibaren risk değerlendirme kampanyaları düzenlemektedir. Bu faaliyetlerle güdülen amaç, risk değerlendirmesini tüm yönleriyle ele alabilmek, işyerlerinde nelerin zarar verdiğini ve bunların nasıl engellenebileceğini sistematik bir biçimde analiz etmektir. Kampanyalar kapsamında risk analizinin karmaşık, bürokratik uygulamalara ihtiyaç duymadığı ve bunu yapanlar için sadece bir görev olarak algılanmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Ayrıca risk analizinin sadece bilimsel yöntemlere bağlı

olmadığı, işçilerin katılımının da bu noktada çok büyük önem arz ettiği düşünceyle hareket edilmektedir. Konuya işçi katılımının sağlanmasının sürdürülebilir önleme kültürünün oluşturulmasında yaşamsal önem taşıdığına dikkat çekilmektedir.

Avrupa İş Sağlığı ve Güvenliği Ajansına göre risk değerlendirmesinin amacı, işverenler tarafından işyerinde sağlık ve güvenlik tedbirlerinin alınmamasını ve böylelikle sağlıklı ve güvenli çalışma ortamının yaratılmasını sağlamaktır. Aslında risk değerlendirmesi başlı başına bir amaç değildir. Risk değerlendirmesi, iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli önleyici önlemlerin alınmasında güçlü bir araçtır. Ayrıca bu değerlendirme sadece tehlikeli işlerin yer aldığı bir liste değil, fark edilmesi oldukça güç tehlikelerin ve değişik faktörlerin birbirleriyle olan etkileşimlerinin de hesaba katıldığı bir uygulamadır. Risk değerlendirmesi yapılırken bununla, işçiler için gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin işverenler tarafından etkili şekilde alınmasını sağlamak amaçlanır. İşverenler tarafından alınması gereken bu önlemler, mesleki risklerin önlenmesini, işçilere yönelik gerekli bilgilerin verilmesini, işçiler için gerekli eğitimin sağlanmasını, işyeri organizasyonun gerçekleştirilmesini ve diğer önlemlerin uygulanmasını içerir<sup>1</sup>.

Risk değerlendirmesinde mesleki risklerin önlenmesi hedeflense de, bu her zaman başarılamayabilir. Böyle bir halde riskin azaltılmasına ve ardından da kontrol altına alınmasına gayret edilir. Ancak bu süreç içinde durum yeniden gözden geçirilerek riskin tümüyle ortadan kaldırılması amaçlanır<sup>2</sup>. Aslında riskin tümüyle yok edilmesi ideal bir hedef olsa da bu hedefe her zaman ulaşılamaz. Bazen amaç hasıl olsa da çoğu kere riskin azaltılması söz konusu olur. Ama riskin önemini koruduğu düşünülür<sup>3</sup>.

6331 sayılı yasa bu anlayış içinde sürdürülmesi gereken risk yönetimini yasal yükümlülük haline getirirken şu hükmü tercih etmiştir. Onuncu maddenin ilk iki fıkrasına göre işveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür. Risk değerlendirmesi yapılırken, belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumu, kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve müstahzarların seçimi, işyerinin tertip ve düzeni ile genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu göz önüne alınmalıdır. Yine yasaya göre işveren, yapılacak risk değerlendirmesi sonucu alınacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile kullanılması gereken koruyucu donanım veya ekipmanı da belirlemelidir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda yer verilen söz konusu düzenleme, bu denli teknik bir alanda işverene getirdiği yükümlülük sebebiyle sorunlara neden olabilir

<sup>1</sup> European Agency for Safety and Health at Work, A European Campaign on Risk Assessment (osha.europa.eu/en/campaigns/hw2008/about).

<sup>2</sup> European Commission Directorate, 11

<sup>3</sup> European Agency for Safety and Health at Work, 18.

görünmektedir. Zira koruyucu donanım veya ekipmanı belirlemek gibi teknik bir işin işveren değil, İSG uzmanı tarafından yapılması gerekir. Kaldı ki iş sağlığı ve güvenliğinin bir hizmete dönüşmesinde temel anlayış da bu alanın uzmanlık gerektirmesidir. Bu alanda kurulan şirketler ve her geçen gün genişleyen İSG sektörü bu durumun açık göstergesidir. Dolayısıyla bu tür somut teknik noktalarda işveren sorumlu görmek isabetli değildir. İşverenden sadece, yürüttüğü işin gerektirdiği yasal zorunlulukları sağladığını belirleyen uzmanı çalışması beklenmelidir. Bunun dışında, iş sağlığı ve güvenliği için kullanılması gereken koruyucu donanım veya ekipmanın belirlenmesi, İSG uzmanından beklenen hizmetin doğal parçası kabul edilmelidir. Zira İSG'ye hakim olmayan bir işverenin, önce riski analiz ettirmek sonra da analiz sonuçlarına uygun çare ve ekipmanı belirleyebilmek için iki ayrı uzman istihdam etmesi beklenemez. Nitekim İSG Uzm. Yön.de bu iş uzmanının görevleri arasında sayılmıştır. Yönetmeliğin İş güvenliği uzmanlarının görevlerine ilişkin 9. maddesinde, iş güvenliği uzmanları yerine getirmekle yükümlü olduğu rehberlik kapsamında şu ifadeye yer verilmiştir: “İşyerinde yapılan çalışmalar ve yapılacak değişikliklerle ilgili olarak tasarım, makine ve diğer teçhizatın durumu, bakımı, seçimi ve kullanılan maddeler de dâhil olmak üzere işin planlanması, organizasyonu ve uygulanması, kişisel koruyucu donanımların seçimi, temini, kullanımı, bakımı, muhafazası ve test edilmesi konularının, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına ve genel iş güvenliği kurallarına uygun olarak sürdürülmesini sağlamak için işverene önerilerde bulunmak.” (m.9/1.a.1).

## **V. İş sağlığı ve güvenliği işyeri organizasyonu**

İş sağlığı ve güvenliği alanında karşılaşılan önemli sorunlardan birisi de, doğru sorumluya ulaşabilmektir. Uygulamada genellikle, bir işyerinde iş kazası gerçekleştiğinde sorumlu avı başlamakta, sorumlu olarak takip edilen kişilerin çoğu, gerçek sorumlunun kendisi olmadığını iddia etmek ve ispatlamak durumunda kalmaktadır. Oysa iş sağlığı ve güvenliği, sorumlusunun belirsiz olmasına tahammülü olmayan, insan sağlığını ilgilendiren son derece ciddi bir konudur. Ülkemizdeki işletmelerin çoğunda yerleşik kötü alışkanlıklar ve konuyu sahipsiz bırakan yaklaşımlar bu gerçeği değiştirmez. Bu sebeple iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı, bu alandaki temel sorumluyu ve diğer ilgililerin yetki ve görev sınırlarını mümkün olduğu ölçüde belirlemeye çalışmıştır.

Konunun temel muhatabı ve sorumlusunun işveren olması ve bu alanda emir ve talimat verebiliyor olması, yetki ve sorumluluğunun da kapsamlı olmasını gerektirmektedir. Mevcut mevzuat, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasındaki temel yükümlülükleri işverene bırakmış ancak işçiye de verilen talimatlara uygun davranma borcunu yüklemiştir. Hatta bu yükümlülüğe aykırı davranışları haklı fesih sebebi sayılmıştır (İK.25/II.1). Bu hiyerarşik yapı karşısında, işyerinin sağlık ve güvenliğinin sağlanmasının temelde bir işveren borcu olduğu söylenebilir. O sebep-

le, iş sağlığı ve güvenliğini düzenleyen davranış kurallarının (iş güvenliği mevzuatının) işveren tarafından ihlali, neredeyse başka hiçbir unsur aranmadan sorumluluk hukukunda ve ceza hukukunda işverenin kusurlu (taksirli) davranışı olarak kabul edilmiştir. Bu tür olaylarda kusur (taksir) değerlendirmesi yapılırken öngörülebilirlik üzerinde durulmadan, doğrudan işverene getirilen yasal yükümlülüğün ihlali ile sonuca ulaşılabilir. Yukarıda dile getirdiğimiz, İSG mevzuatını kusurun kodifikasyonu olarak gören yaklaşım da aynı anlayışın sonucudur.

Yasal yükümlülüklerle bu denli önemli sonuçlar bağlanmış olması, yükümlülüğün gerçek muhatabının teşhisini çok daha yaşamsal hale getirmektedir. O sebeple işyerlerinde, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki görev tanımlarını ve bunların dağılımını, net olarak tespit edebilmek gerekir. İşyerlerindeki üretim sürecine yönelik idari yapılanma, genellikle İSG alanındaki görev dağılımını ve yükümlülükleri teşhise yeterli olmamaktadır. Bu sebeple de karşılaşılan iş kazası olaylarında sorumlu teşhisinde hatalar yapılabilmekte, gerçek sorumlunun belirlenmesinde önemli sıkıntılar yaşanmaktadır. Dolayısıyla işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği alanında atılacak adımların gerçek yükümlülerinin belirlenebilmesi, ortaya çıkan zararlarda ihmalleri olanların tespiti ve hepsinden önemlisi İSG uygulamalarının sağlıklı işlerliği için bir İSG hiyerarşik yapısı (organizasyonu) kurmak gereklidir. Zira üretime yönelik idari yapılanmada temel amaç mal ya da hizmet üretimi olduğu halde, İSG'de temel amaç insan sağlığıdır. Dolayısıyla her iki yapılanmada farklılıklar olabilir. Hatta İSG organizasyonun işlerliğini artırmak için, çok kısa ve hızla işleyen bir yapıya sahip olması daha da uygun olur.

Nitekim 6331 sayılı yasanın 11. maddesinde yer verilen hüküm, kanımızca bu yapılanmaya işaret etmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, "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." (İSGK.11/3). Kanımızca bu hüküm, İSG hizmetlerinin idari yapılanmanın her aşamasında uygulanamayacağı kaygısıyla hazırlanmış ve bu sorunun giderilmesini istemiştir. Dolayısıyla yasa koyucunun bu kaygıyla hazırladığını düşündüğümüz hükmü, işyerlerinde İSG hiyerarşik yapısını oluşturulmasını sağlayacak şekilde yorumlanmalıdır. İşverenlerden, bu yönde bir yapılanmaya gitmeleri beklenmeli, bunu sağlayan işverenlerin, İSG tedbirlerini işyerinin idari yapılanmasının her kademesinde uygulanabilir hale getirdiği kabul edilmelidir. Şüphesiz ki bu yapılanmayı sağlamadan da aynı düzeyin yakalanabilmesi mümkündür. Ancak bunun çok daha güç olacağı açıktır. O sebeple İSG konusunda geçmişi ve mevcut durumu çok da parlak olmayan ülkemiz işyerlerinin, böyle bir yapıya özendirilmesi, sistemin işleyişi kadar, yargısal uyumsuzluklara da ciddi katkı sağlayacaktır. Dahası bu tür bir yapı, işverenin sorumluluk alanı ve düzeyinin çok daha net tespit edilebilmesini sağlayacaktır.

## **VI. Tahliye**

İş sağlığı ve güvenliği riskleri, bazı hallerde derhal müdahaleyi gerektirebilmektedir. Konu insan sağlığı olduğu için 6331 sayılı yasa, bu nitelikteki eylemlerde oluşabilecek zararlardan sorumluluğu düzenleme ihtiyacı duymuştur. Konuyu düzenleyen 12.maddeye göre, ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda işveren; Çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapar ve çalışanlara gerekli talimatları verir. Durumun devam etmesi hâlinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemez. Aksi halde bu sebeple oluşacak zararı karşılamak durumunda kalır.

Yine aynı maddeye göre işveren, çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları ve amirine hemen haber veremedikleri durumlarda, istenmeyen sonuçların önlenmesi için, bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkân sağlar. Böyle bir durumda çalışanlar, ihmal veya dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamaz (İSGK.12/2).

Hükmün ikinci fıkrası oldukça önemli bir düzenlemedir. Burada işverenin, üçüncü kişilere ve işçilerine yönelik sorumluluğunu bertaraf edici müdahalelerden, bunu yapan işçinin sorumlu olmayacağı düzenlenmektedir. Böyle bir halde müdahalede bulunan işçinin vermiş olduğu zarardan işveren sorumlu tutulmaktadır. İşçinin bu davranışı ile işvereni daha büyük bir sorumluluktan kurtardığı kabul edilmektedir. Ancak çalışanların zarar verici bu müdahalelerindeki ihmal ve dikkatsizlikleri ya da yapılan müdahalenin ölçülü olmaması, oluşan zarardan sorumluluklarına yol açabilir.

## **VII. Çalışmaktan kaçınma hakkı**

6331 sayılı yasanın 13.maddesinde, işçiler için çok önemli bir imkan düzenlenmiştir. Buna göre, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda, yukarıdaki prosedüre uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gidebilirler.

Konumuz bağlamında ele alındığında, 13.maddedeki düzenlemenin, yasal hükmün ihlali halinde işverenin sorumluluğuna yol açacağı açıktır. Ancak çalış-

maktan kaçınma hakkı için öngörülen idari prosedür, yeni sorunlar çıkarabilir görünmektedir.

Gerçekten de, 13.maddede, işçiye sunulan hak ciddi bir prosedüre tabidir. Her şeyden önce, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar, kurula ya da onun bulunmadığı yerlerde işverene başvurmak ve durum tespiti yaptırmak zorundadırlar. Tespit için kurulun (acilen) toplanması, karar alması ve kararı işçilere yazılı tebliği istenmektedir. Tedbirler ise gerekli görülmesi halinde, bu aşamadan sonra alınacaktır.

Şüphesiz ki bilinçli ve duyarlı işverenler, bu tür olaylarda sözü edilen prosedürlere takılmadan gereken önlemleri alacak ve işçileri sağlıklı ortama kaydıracaklardır. Ancak ülkemizde bu düzeyde özenli işveren sayısının çok sınırlı olması, ister istemez hükmün işlerliğini ve yaratacağı sorumluluğu ele almayı gerektirmektedir.

Bu açıdan bakıldığında hükmün sorun yaratmaya en müsait yanı, getirilen prosedürün işletilememesi ya da yavaş işletilmesidir. Her iki halde de, hükmün amaçladığı sonuca ulaşmak mümkün olmayacağından, ortaya çıkan zararın tazmini sorunu ile karşılaşılacaktır. Bu noktadaki ihmallerden, bu prosedürü işletme yetki ve yükümlülüğü olan işverenin sorumlu olacağına şüphe yoktur. Ancak söz konusu aksaklıklarda, kurul üyelerinin de payı olduğunda, onların da sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin kurul üyelerinin, işverenin davetine rağmen toplantıya hiç ya da zamanında katılmamaları, bu davranışlarıyla orantılı bir sorumluluğu doğurabilir. Kaldı ki, 13.madde hükmünde, acil ve yakın tehlike halinde, işyerinde kurul olması halinde işverene değil kurula müracaat edilmek zorunda olunması, bu anlayışı doğrulamakta, kurulu sorumluluğa ortak etmektedir. Ancak bunun için kurulun hiç ya da zamanında toplanmaması ile oluşan zarar arasında uygun nedensellik bağı olduğu anlaşılmalıdır. Diğer bir deyişle, İSG Kurulu üyeleri, kaza ile kendi davranışları arasındaki nedenselliği kesmedikleri sürece sorumlu tutulabilmelidir.

Kanımızca işyerinde gereken her türlü önlemi alma zorunluluğunun işverene yüklenmiş olması, kurulun kendisi ile nedensellik bağı kurulan zararlarda bile sorumluluğunu işverene yönelik tesis etmelidir. Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan ve kurulun sağlıklı işlememesi ve ihmali sebebiyle çalışmaktan kaçınamayan ve zarar gören işçiler, bu zararları sebebiyle işverene başvurmalıdır. İşveren ise söz konusu olayda, eylemleriyle orantılı olarak kurul üyelerine rücu edebilmelidir.

Bu arada belirtmeliyiz ki, işverenin iç ilişkide kazanacağı bu tür bir rücu hakkı, onun gereken önlemleri almasını geciktirmesine mazeret oluşturamaz. Zira İSG kurulunun inceleyeceği temel konu, çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkindir ve işçilerin ciddi ve yakın tehlike içinde olup olmadıklarıdır. O sebeple işverenin bu tür bir tehlikeyi gidermek için kurul kararına ihtiyacı yoktur. Her türlü önlemi almak zorundadır. Dolayısıyla kurula yönelik rücu hakkı, ciddi ve yakın tehlike yaratan

sahadan işçilerin uzaklaştırılmasındaki ihmalleri ve zararın büyümesine yaptıkları katkı ile orantılı ve sınırlı olmalıdır.

Son olarak 13.maddede işçiye tanınan haklı fesih hakkına da değinmek istiyoruz. Hükmün dördüncü fıkrasına göre, iş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabii oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir. Bu hüküm, fesih hakkına rağmen buna müraaat etmeyip zarara uğrayan işçi için bir kusur olarak tanımlanmamalıdır. Ekonomik koşulları dikkate alındığında çalışmak zorunda olduğu kabul edilen işçinin, hukuken ciddi ve yakın tehlike olup olmadığını dahi tam bilemeyeceği bir duruma dayalı olarak değerlendirme yapmaması ve ona uygun önlemlerin alınmadığını göremeyip feshe başvurmaması, işverenin kusurunu azaltan bir etken (müterafik kusur) sayılmamalıdır. Bu durum olsa olsa, işverenin temel sorumluluğunda, işçiye sunulmuş olan ve işverenin sorumluluk miktarının artmasını engelleyen bir imkân olarak görülmelidir. Bu yola başvurmayan işçi, yükümlülüğünü ihlal etmiş olarak değerlendirilmemelidir.

### **VIII. Sağlık gözetimi**

6331 sayılı yasanın işverene getirdiği yükümlülüklerden biri de sağlık gözetimidir. Yasanın 15.maddesine göre işveren, çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. Yasa hangi hallerde sağlık muayenesini yapılacağını da düzenlemiştir. Buna göre, işveren çalışanların, işe girişlerinde, iş değişikliğinde, 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 muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır. Ayrıca tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamazlar.

Aynı maddeye göre, alınması gereken sağlık raporları, işyeri sağlık ve güvenlik biriminde veya hizmet alınan ortak sağlık ve güvenlik biriminde görevli olan işyeri hekiminden alınır. Raporlara itirazlar Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılır, verilen kararlar kesindir. Sağlık gözetiminden doğan maliyet ve bu gözetimden kaynaklı her türlü ek maliyet işverence karşılanır, çalışana yansıtılamaz. Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur.

Düzenlemenin konumuz bağlamında değerlendirilmesi gereken iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki raporların zamanında alınmasıdır. Dolayısıyla raporu hiç ya da zamanında almayan işverenin bu sebeple oluşacak zararlardan sorumlu olacağı açıktır.

Konunun değerlendirilmesi gereken ikinci yönünü, alınan raporlara duyulan güven oluşturmaktadır. Yani sağlıklı olduğuna dair raporu olan ancak öyle olmadığı anlaşılan ve zarara uğrayan işçinin bu durumuna neden olan işveren, sunduğu çalışma ortamı sağlıklı bir işçi için uygun olduğu sürece sorumlu tutulmamalıdır. İşverenden alması gereken raporun doğruluğunu test etmesi beklenmemelidir. İşverenin, yasal koşulları taşıyan, işyeri sağlık ve güvenlik birimi veya hizmet alınan ortak sağlık ve güvenlik biriminde görevli olan işyeri hekiminin raporuna duyduğu güven korunmalıdır.

### **IX. Çalışanların eğitimi**

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre işveren, 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 (İSGK.17).

Hükme göre, 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.

Yukarıda yer alan eğitim yükümlülükleri işverenin sorumluluğunda önemli bir yere sahiptir. İşverenlerin, söz konusu eğitimleri vermeleri, eğitim ile önlenemeyen kaza ve hastalıklar için büyük önem taşımaktadır. O sebeple işveren, vereceği eğitimle önlenemeyen kaza ve hastalıkların ortaya çıkmasından sorumlu olacaktır.

Uygulamada esasen işverenin eğitim yükümlülüğü, onun sorumluluğunu tesis etmekten çok sorumluluğunu azaltan işlev görür. Zira işverenin gereken her türlü önlemi almak zorunda olması sorumluluğunu azami noktaya çıkarmıştır. Eğitim bu yapıda, işçinin katılmaması halinde işverenin sorumluluğunu daraltan bir işlev görür. Uygun içerik ve davete rağmen eğitime katılmayan ve bu eğitimi alması halinde maruz kalmayacağı kaza ya da hastalıktan zarar gören işçi için bu ihmali müterafık kusur olarak nitelendirilebilir. Ancak bunun için eğitimin içeriğinin ve işçinin katılımına ilişkin gereken önlemlerin alınmış olması, buna rağmen hiçbir haklı mazereti olmadığı halde katılımın gerçekleşmediğinin ispatı şarttır.

Düzenlemede işverene getirilen eğitim yükümlülüğünü bir ölçüde genişleten bir hükme de yer verilmiştir. Buna göre, 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 işyerle-



rinden çalışmak üzere gelen çalışanlar işe başlatılamaz. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlar.

Anılan hükümlerden de anlaşılacağı gibi işveren, hukuken kendi işçisi sayılmayan ancak kendi işyerinde iş gören bazı işçilere karşı da eğitim mükellefiyeti altındadır. Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz eğitim düzenleme ve işçinin iştirak etmemesine bağlanan sonuçlar bu haller için de geçerlidir. İlgililerin usulsüne uygun hazırlanan ve davet yapılan eğitimlere katılmamaları, olası zararlarda müterafik kusur olarak değerlendirilebilir.

## **X. İş sağlığı ve güvenliğinde koordinasyon**

6331 sayılı yasanın işverene getirdiği ve ihlali halinde onun sorumluluğa temel oluşturabilecek bir başka düzenleme, iş sağlığı ve güvenliğinin koordinasyonuna ilişkindir. Buna göre, aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda işverenler, iş hijyeni ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında iş birliği yaparlar. Yapılan işin yapısı göz önüne alınarak mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulması çalışmalarını koordinasyon içinde yürütür, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini bu riskler konusunda bilgilendirirler. 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 (İSGK.23). Konuya ilişkin bir başka düzenlemede, 22.maddenin son fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre de, aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir.

İşverenler arası koordinasyon yapısı, İngiliz hukuk sisteminde de uygulanmaktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetimi Kanununa<sup>4</sup> göre ister geçici, ister sürekli olsun, iki veya daha fazla işveren aynı işyerinde faaliyet gösterdiklerinde, yasal yükümlülüklerini yerine getirmek için işbirliği yapmak, birbirlerini bilgilendirmek durumundadırlar<sup>5</sup>.

İfade şekliinden hareket edildiğinde, kurul kararlarını konu alan 22.madde hükmü sadece asıl-alt işveren ilişkilerini değil, aynı çalışma sahasında görev yapan alt işverenler arasındaki ilişkilere de uygulanabilir görünmektedir. Hatta söz konusu düzenlemenin getirdiği yükümlülüğü, asıl işverene ait işyerinde çalışan alt işveren ile yine o alanda çalışan ve alt işveren niteliği taşımayan müteahhit (işveren) arasındaki ilişkilere de uygulayabilmek mümkündür. Ancak müteahhitlerin bu kapsamda

<sup>4</sup> [www.opsi.gov.uk/SI/si1999/19993242.htm](http://www.opsi.gov.uk/SI/si1999/19993242.htm)

<sup>5</sup> James/Johnstone/Quinlan/Walters, 173.

işlem görebilmeleri yani İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu oluşturmak zorunda kalmaları için, o işyerinde altı aydan fazla süren sürekli bir işi yürütmeleri gerekir.

Yasa, sayılan durumlarda çalışma sahasında organize edilen birden fazla iş sağlığı ve güvenliği kurulunun, işlevsel hareket edebilmelerini sağlamaya çalışmaktadır. O sebeple bu alandaki işverenlerden birinin kurulunun kararının, aynı alandaki diğer işverenlere etki ihtimali belirdiğinde, bunu diğer işverenle paylaşma zorunluluğu yaratmaktadır.

Söz konusu düzenleme, işyerlerindeki iş sağlığı ve güvenliği uygulamaları için oldukça önemlidir. Zira bir işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği, sadece o işyerindeki işveren ile orada çalışan işçilere eki etmez. Ortaya çıkan riskler ve bunlara yönelik önlemlerden bir çok kişi yararlanabileceği gibi bir o kadarı da zarar görebilir. O sebeple 22. maddede belirtilen türde bir koordinasyonun önemi büyüktür.

Bununla birlikte sözü edilen koordinasyon yükümlülüğünün uygulamada bir takım hukuki sonuçlara neden olması muhtemel görünmektedir. Zira bir işyerlerinde gerçekleşen iş kazasından, o işyerindeki bir alt işveren işçisinin ya da aynı yerde iş gören bir müteahhit elemanının hatta bizzat müteahhidin zarar görmesi mümkündür. Böyle bir durumda kazanın koordinasyon eksikliklerinden kaynaklanması, onu sağlamakla yükümlü olan işvereni kusurlu hale getirecek ve sorumluluğa dâhil edecektir. Fakat düzenlemede işverenler arası koordinasyonun kimin önderliğinde yürütüleceği belirlenmemiştir. Bu noktada bir boşluk bulunmaktadır. O sebeple hükmü, her işvereni yükümlülük altına sokacak şekilde yorumlamak doğru olur. Yani birden fazla işverenin bulunduğu alanlarda iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmak durumunda kalan her işveren, o alandaki işverenlerle koordinasyon kurmakla yükümlü sayılmalıdır. Buna aykırı eylemlerden doğan sorumluluklarda da her işveren, kurduğu koordinasyonu, içeriğini ve sonuçlarını, bu noktada başarılı olamadıysa da sebeplerini ve bu yöndeki girişimlerini ispatlamalıdır.

Birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki koordinasyonun yönetim tarafından sağlanması gerektiği, gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyaracağı, bu uyarılara uymayan işverenleri bakanlığa bildireceği kabul edilmiştir. Yönetime verilen bu yetki, söz konusu yapı içindeki işverenlerin bireysel sorumluluklarını ortadan kaldıran ya da hafifleten bir gerekçe olarak görülemez. Aksine onların yeni ve ek sorumluluklarla karşılaşmalarının önüne geçmek için oluşturulan bir yapıdır. O sebeple, yönetimin uyarılarını dikkate almamak ya da yönetimden gerekli uyarıları almamış olmak, zarar görenler karşısındaki sorumluluklarını hafifletmez. Zira koordine olacak birimlerin her biri işverendir ve işverenler İSG alanında gereken her türlü önlemi almak zorundadır.

### **KAYNAKÇA**

**European Agency for Safety and Health at Work**, Assessment, Elimination, Substantial Reduction of Occupational Risks, Luxembourg 2009.

**European Commission Directorate**, General V. Employment, Industrial Relations and Social Affairs, Guidance on Risk Assessment at Work, Luxembourg 1996.

**James, Phil/ Johnstone, Richard/Quinlan, Michael/Walters, David**, Regulating Supply Chains to Improve Health and Safety, *Industrial Law Journal*, Vol.36, June 2007, 163-187



# İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİNİN ALINMASINDA İŞVERENİN SORUMLULUĞU

## *(Liability of Employer from Taking Occupational Health and Safety Measures)*

Fevzi DEMİR\*

### ÖZET

İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek amacıyla 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun ile işveren yükümlülükleri artırılmış; işverenin yanında, çalışanların yükümlülükleri de düzenlenmiştir. Çalışmamızda, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcunun esasları, işveren ve çalışanların yükümlülükleri ile iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma borcuna aykırılığın hüküm ve sonuçları üzerinde durulmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** İş Sağlığı ve Güvenliği, İşveren Yükümlülükleri, Risk Değerlendirmesi

### *Abstract*

Occupational Health and Safety Law enters into force to object to regulate duties, authority, liability, rights and obligations of employers and workers in order to ensure occupational health and safety at workplaces and to improve existing health and safety conditions. General liability of employer is increased beside workers' obligations are arranged with this law. In this article, the principles of employee's obligation to take occupational health and safety, the duties of employer and workers, and the effects and consequences of contradictions to such obligation are be examined.

**Keywords:** Occupational Health and Safety, Employer Liability, General Liability of The Employer, Risk Assessment.

---

\* Prof. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## 1- İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Alma Borcunun Esasları<sup>1</sup>

### a) İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Borcunun Kapsamı

Ülkemizdeki iş kazaları ve meslek hastalıkları konusunda karşılaşılan facialara bir nebze çare olur düşüncesiyle<sup>2</sup>, yasa koyucu 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)<sup>3</sup> ile 4857 sayılı İş Kanununun iş sağlığı ve güvenliğini düzenleyen hükümlerini yürürlükten kaldırarak<sup>4</sup> işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma borcunun esaslarını çok daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş, bu konuda işverenin yükümlülüklerini arttırmıştır. Öyle ki, Kanun sadece İş Kanununu kapsamındaki işyerlerine değil, kamu ve özel ayrımı yapılmaksızın Türk Borçlar Kanunu, Deniz-İş Kanunu, Basın İş Kanunu kapsamındaki işyerleri ile kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan sözleşmeli personel ve memur çalıştıran işyerlerine de uygulanacaktır. Üstelik çalışanların belirli süreli belirsiz süreli, kısmi süreli tam süreli sözleşmeler veya geçici iş ilişkisiyle çalışması da bir fark yaratmamaktadır.

Gerçekten Kanuna göre, “bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır” (İSGK md.2/1). Görüldüğü gibi, Kanun iş sağlığı ve güvenliği korumasından yararlanacak kişi olarak “işçi” değil, “çalışan” sözcüğünü kullanarak özel ve kamudaki

<sup>1</sup> Geniş bilgi için bkz: Ö.EKMEKÇİ, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, LEGAL, İstanbul, 2005; Ayrıntılı bir inceleme için bkz: G.B.SERATLI, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği, LEGAL-İHSGHD 2005/7,s.1129; Uluslar arası buyutu için bkz: ODAMAN, S: “Fransa’da ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Yapıları ve İşlevleri”, Prof. Dr. Can TUNCAY’a Armağan, İstanbul, 2005, s.595-621; ODAMAN, S: “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri İle Uluslararası Standart”, LEGAL, İHSGHD, C.3, S.11, Temmuz-2006, s.879-897; N CANİKLİOĞLU; 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Semineri, Toprak İşveren, 26-30 Eylül 2012, Antalya; F. DEMİR, Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Açısından İş Sağlığı ve İş Güvenliği Hükümleri (işverenin Sorumluluğu), Avrupa Topluluğu ve Türkiye’de İş Sağlığı ve İş Güvenliği, İZSİAD, Ocak 1993, İzmir, ss.70-87

<sup>2</sup> Ülkemizde iş kazaları ve meslek hastalıkları nedeniyle günde 4 kişinin öldüğü, 9 kişinin yaralandığı gerçeği karşısında Avrupa’da birinci, Dünya’da Bengladeş ve Pakistandan sonra üçüncü olduğumuz hatırlanacak olursa, AB standartlarında bir yasaya ne derece ihtiyaç içinde olduğumuz daha iyi anlaşılır.

<sup>3</sup> RG. 30.06.2012-28339

<sup>4</sup> 4857 sayılı Kanunun aşağıdaki hükümleri 6331 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır:

a) 2 nci maddesinin dördüncü fıkrası.

b) 63 üncü maddesinin dördüncü fıkrası.

c) 69 uncu maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları.

ç) 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 95, 105 ve geçici 2 nci maddeler.

4857 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan “İş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere” ifadesi ile 98 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “85 inci madde kapsamındaki işyerlerinde ise çalıştırılan her işçi için bin Yeni Türk Lirası,” ifadesi metinden çıkartılmıştır (İSGK md.37).

tüm çalışanları kapsamına almıştır. Nitekim, Kanun devamlı “çalışan” sözcüğünden ne anladığını da şöyle tanımlamaktadır: “Çalışan, kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişidir” (İSGK md.3/1).

Bununla birlikte, Kanun kural olarak önlem alınmasını zorlaştıracak ve hatta imkansız kılacak bazı kişileri ve faaliyetleri kapsam dışı bırakmıştır. Buna göre;

a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri,

b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri,

c) Ev hizmetleri,

ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar,

d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri” bu Kanunun kapsamı dışındadır (İSGK md.2).

Görüldüğü gibi, Kanun kapsamına aldığı kurum ve kuruluşları değil, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında zorlukla karşılaşılacak ve hatta imkansız olan kişiler ile faaliyetleri kapsam dışında bırakmıştır. Nitekim, Avrupa Birliği’nin 1989/391 sayılı İş Sağlığına İlişkin Çerçeve Yönergesinde de bu gibi faaliyetlerin istisna olarak düzenlenebileceği belirtilmektedir<sup>5</sup>.

### **b) İşverenin Önlem Alma, Araç ve Gereç Sağlama, Eğitim ve Bilgi Verme ve Denetleme Zorunluluğu**

6331 sayılı İSGK’nun 4. maddesinde bu konuda “işverenin genel yükümlülüğünden” bahisle, işverenin çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla ilgili olarak; “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” (İSGK md.4/1,a). Kanunun “her türlü tedbirin alınması” deyiminden amacı, yasa koyucunun işvereni her türlü “malîyet hesaplarının üstünde” insan hayatının korunması için gerekli “her türlü önlemleri” almaya yöneltmektir<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> N CANIKLIOĞLU, s.32

<sup>6</sup> Kanunun bu maddesinde öngörülen “her türlü tedbirin alınmasının” sınırının çizilmesinin güç olduğu, özellikle teknolojinin sürekli olarak geliştiği ve değiştiği günümüzde bu sınırın çizilmesinin daha güç olacağı, işverenin gerekli önlemleri alıp almadığının her somut olayın özelliğinin dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği; bu nedenle kanundaki hükmün yerine İngiliz Hukukundan mülhem “makul uygulanabilir olan önlemlerin alınması” önerisi hk. bkz: N CANIKLIOĞLU, s.36

Nitekim, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin tam olarak yerine getirilmesinde mali sıkıntı yaşaması muhtemel bazı işyerlerine Bakanlıkça destek sağlanması öngörülmüştür. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşları hariç, ondan az çalışanı bulunan “çok tehlikeli” ve “tehlikeli” sınıfta yer alan işyerlerine, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi için, iş kazası ve meslek hastalığı bakımından kısa vadeli sigorta kolları için toplanan primlerden kaynak aktarılmak suretiyle, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından finanse edilen bir destek sağlanabilecektir. Ondan az çalışanı bulunan “az tehlikeli” sınıfta yer alan işyerlerinin bu destekten yararlanması ise, Bakanlar Kurulunun ayrıca karar vermesine bağlıdır. İşyerinin kaç çalışanı olduğu, Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarından tespit edilecektir. Bu nedenle fiilen daha fazla işçi istihdam etmekle birlikte, Kuruma bildirmedeği için yapılan kontrollerde Kurum kayıtlarında ondan az çalışanı olduğu 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 (İSGK md.7/1).

Bakanlık “destekli” veya “desteksiz”, işveren iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili bütün bu tedbirleri alırken, işyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınmış ise: işveren alınan tedbirlerdeki aksaklık ve eksikliklerden dolayı sorumluluktan kurtulamaz; bu aksaklık ve eksiklikler “işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz”. Bunun gibi, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri de “işverenin sorumluluklarını etkilemez”. Ancak, çalışanın “müterafik kusuru” varsa işverenin meydana gelen zarardan sorumluluğu çalışanın müterafik kusuru dikkate alınarak belirlenir<sup>7</sup>. Buna karşın, işveren “iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz” (İSGK md.4/2,3, 4).

İşveren tüm bu yükümlülüklerini yerine getirirken, risklerden korunmak zorundadır. Kanun bu konuda bazı ilkeler belirlemiştir:

“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 sağlığı 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 ve ğ) Çalışanlara uygun talimatlar vermek” (İSGK md.5).

İşveren, tüm bu yükümlülüklerini yerine getirdikten sonra bile, “işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve

<sup>7</sup> N CANIKLIOĞLU, s.38



uygunsuzlukların giderilmesini sağlar; risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır; çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır; yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır” (İSGK md.4/1,b,c,ç,d).

Hemen ekleyelim ki, Kanunun yukarıda sayılan 4 ve 5. maddelerindeki hükümler, 89/391 sayılı Avrupa Birliği Çerçeve Yönergesinin 6. maddesinin tercümesi niteliğindedir. Bu anlamda yapılan düzenlemelerin Avrupa Birliği standartlarına ulaşmasını sağlamak bakımından isabetinde kuşku yoktur.

### **c) İşverenin Risk Değerlendirmesi Yapma Zorunluluğu**

6331 sayılı Kanunun getirdiği en önemli yeniliklerden bir diğeri de işverenlerin risk değerlendirmesi yapma veya yaptırma zorunluluğudur. Zira, riski bilmeden onunla mücadele edilemez. Bu nedenle, riski bilmek ona karşı alınacak önlemlerin alınmasını sağlar. 6331 sayılı Kanunun temel düşüncesinin dayandığı esaslardan biri ve en önemlisi budur.

Kanunda öncelikle “risk değerlendirmesi” kavramından ne anlaşılması gerektiği yolunda bir tanım verilmiş. Buna göre “risk değerlendirmesi, işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmaları” ifade eder (İSGK md.3/ö).

Bunu yaparken, işveren “a) Belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumu; b) Kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve müstahzarların seçimini; c) İşyerinin tertip ve düzenini; ç) Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumunu” özel olarak dikkate almak zorundadır (İSGK md.10/1).

Bu arada, işveren yapılacak risk değerlendirmesi sonucu alınacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile kullanılması gereken koruyucu donanım veya ekipmanı belirler. Bunu yaparken, işyerinde uygulanacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile çalışma şekilleri ve üretim yöntemleri, çalışanların sağlık ve güvenlik yönünden korunma düzeyini yükseltecek ve işyerinin idari yapılanmasının her kademesinde uygulanabilir nitelikte olmasını sağlamalıdır. Buna ek olarak işveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden çalışma ortamına ve çalışanların bu ortamda maruz kaldığı risklerin belirlenmesine yönelik gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılmasını da sağlamak zorundadır (İSGK md.10/2,3,4).

Risk değerlendirmesi yapacak ekip, işveren tarafından oluşturulur. Risk Değerlendirme Yönetmeliğine<sup>8</sup> göre bu ekipte; a) İşveren veya işveren vekili, b) İşyerin-

<sup>8</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği-RG.29.12.2012-28512

de sağlık ve güvenlik hizmetini yürüten iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri, c) İşyerindeki çalışan temsilcileri, ç) İşyerindeki destek elemanları, d) İşyerindeki bütün birimleri temsil edecek şekilde belirlenen ve işyerinde yürütülen çalışmalar, mevcut veya muhtemel tehlike kaynakları ile riskler konusunda bilgi sahibi çalışanlar bulunur. İşveren, ihtiyaç duyulduğunda bu ekibe destek olmak üzere işyeri dışındaki kişi ve kuruluşlardan da hizmet alabilir. Risk değerlendirmesi çalışmalarında görevlendirilen kişi veya kişilerin görevlerini yerine getirmeleri amacıyla, işveren araç, gereç, mekân ve zaman gibi gerekli bütün ihtiyaçlarını karşılar, görevlerini yürütmeleri sebebiyle hak ve yetkilerini kısıtlayamaz. Buna karşılık, risk değerlendirmesi çalışmalarında görevlendirilen kişi veya kişiler işveren tarafından sağlanan bilgi ve belgeleri korur ve gizli tutar (İSGK md.30/1,c; Yön. md.6).

Ekleyelim ki, yapılmış olan risk değerlendirmesi; tehlike sınıfına göre<sup>9</sup> çok tehlikeli, tehlikeli ve az tehlikeli işyerlerinde sırasıyla en geç iki, dört ve altı yılda bir yenilenir. Bundan başka ortaya çıkabilecek yeni risklerin, işyerinin tamamını veya bir bölümünü etkiliyor olması göz önünde bulundurularak risk değerlendirmesi tamamen veya kısmen yenilenir. Bu yenilenme; a) İşyerinin taşınması veya binalarda değişiklik yapılması, b) İşyerinde uygulanan teknoloji, kullanılan madde ve ekipmanlarda değişiklikler meydana gelmesi, c) Üretim yönteminde değişiklikler olması, ç) İş kazası, meslek hastalığı veya ramak kala olay meydana gelmesi, d) Çalışma ortamına ait sınır değerlere ilişkin bir mevzuat değişikliği olması, e) Çalışma ortamı ölçümü ve sağlık gözetim sonuçlarına göre gerekli görülmesi, f) İşyeri dışından kaynaklanan ve işyerini etkileyebilecek yeni bir tehlikenin ortaya çıkması hallerinde söz konusu olur (Yön. md.12).

Nihayet, risk değerlendirmesinin yapılmadığı veya yaptırılmadığı her ay için yüksek miktarda “idari para cezasının” öngörüldüğü” Kanunda; çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde yapılmayan risk değerlendirmesi halinde işin durdurulması öngörülmüştür (İSGK md.25/1; 26/ç).

#### **d) İşverenin Acil Durum Planları Hazırlama, Yangınla Mücadele ve İlk Yardım-Tahliye ile İlgili Önlemleri Alma Yükümlülüğü**

6331 sayılı Kanunun getirdiği bu değişikliğin esasen bir kısmı daha önce de vardı Ancak, bu defa işverenin yükümlülüğünün arttırılarak ve daha titiz hüküm-

<sup>9</sup> İşyeri tehlike sınıfları; 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 83 üncü maddesine göre belirlenen kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi ve o işyerinde yapılan asıl iş de dikkate alınarak, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğünün Başkanlığında ilgili taraflarca oluşturulan komisyonun görüşleri doğrultusunda, Bakanlıkça çıkarılacak tebliğ ile tespit edilir (İSGK md.9). Tehlike sınıfları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği”nin Ek-1’inde işkolları itibariyle yayınlanmıştır-RG. 26.12.2012-28509

lere bağlanarak yenilendiğini görüyoruz. Buna göre; işveren işyerinde “çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanı ile çevre şartlarını dikkate alarak meydana gelebilecek acil durumları önceden değerlendirerek, çalışanları ve çalışma çevresini etkilemesi mümkün ve muhtemel acil durumları belirler ve bunların olumsuz etkilerini önleyici ve sınırlandırıcı tedbirleri alır”. Acil durumların olumsuz etkilerinden korunmak üzere “gerekli ölçüm ve değerlendirmeleri” yapar, “acil durum planlarını hazırlar” (İSGK md.11/a, b).

Bütün bu durumlarda çalışanların hazırlanan planlardan haberdar edilmesi, acil durumlarda nasıl hareket etmeleri gerektiği konusunda bilgilendirilmeleri zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu amaçla işveren, “acil durumlarla mücadele için işyerinin büyüklüğü ve taşıdığı özel tehlikeler, yapılan işin niteliği, çalışan sayısı ile işyerinde bulunan diğer kişileri dikkate alarak; önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda uygun donanımına sahip ve bu konularda eğitilmiş yeterli sayıda kişiyi görevlendirir, araç ve gereçleri sağlayarak eğitim ve tatbikatları yaptırır ve ekiplerin her zaman hazır bulunmalarını sağlar”. Ayrıca, işveren özellikle “ilk yardım, acil tıbbi müdahale, kurtarma ve yangınla mücadele konularında, işyeri dışındaki kuruluşlarla irtibatı sağlayacak gerekli düzenlemeleri de yapar” (İSGK md.11/c, ç).

Bundan başka işveren, ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda; çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapar ve çalışanlara gerekli talimatları verir. Durumun devam etmesi hâlinde ise “zorunluluk olmadıkça, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemez” (İSGK md.12/1,a,b).

Nihayet işveren, çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları ve amirine hemen haber veremedikleri durumlarda; istenmeyen sonuçların önlenmesi için, bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkân sağlar. Böyle bir durumda çalışanlar, ihmal veya dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamaz (İSGK md.12/2).

### **e) Çalışan Temsilcilerinin Belirlenmesi ve Çalışanların Görüşlerinin Alınarak Katılımlarının Sağlanması<sup>10</sup>**

6331 sayılı Kanunun 4857 sayılı Kanundan ayrılan önemli farklılıklarından biri de iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması sürecine “çalışan temsilcilerinin” de katılımı ile “çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımının sağlanmasıdır”.

Kanuna göre; işveren işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayıla-

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, A. Avrupa Birliği Hukukunda İşverenin İşçilere Bilgi Verme ve Danışma Yükümlülüğü, TİSK Akademi, s. 110-125, 2007

rını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla çalışan temsilcisi görevlendirir. Çalışan temsilcileri işyerinde çalışan sayısına göre şu şekilde belirlenmiştir: “a) İki ile elli arasında çalışanı bulunan işyerlerinde bir; b) Ellibir ile yüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde iki; c) Yüzbir ile beşyüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde üç; ç) Beşyüzbir ile bin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde dört; d) Binbir ile ikibin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde beş; e) İkibinbir ve üzeri çalışanı bulunan işyerlerinde altı”. İşyerinde birden fazla çalışan temsilcisinin bulunması durumunda baş temsilci, çalışan temsilcileri arasında yapılacak seçimle belirlenir (İSGK md.20/1,2).

Görüldüğü gibi, Kanunda çalışan temsilcisi belirlenmesinde, “çalışan sayısı” dikkate alınarak “dengeli bir dağılıma” özen gösterilmesi gerekecektir. Bunun anlamı, farklı risk kaynağı taşıyan üretim, satış, pazarlama, yönetim, vs. gibi birimlere yukarıdaki sayılar göz önünde tutularak ayrı ayrı çalışan temsilcisi atanmalı veya seçim buna göre yapılmalıdır<sup>11</sup>. Kanunda, “işveren çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla çalışan temsilcisi görevlendirir” denildiğine göre (İSGK md.20/1); burada asıl yapılması gerekenin, öncelikle “seçim” yoluyla temsilci belirlenmesi, bu mümkün olmadığı takdirde işverenin “atama” yoluna başvurusudur<sup>12</sup>. Bununla birlikte, işyerinde yetkili sendika bulunması hâlinde, işyeri sendika temsilcileri çalışan temsilcisi olarak da görev yapar (İSGK md.20/5).

Çalışan temsilcileri, tehlike kaynağının yok edilmesi veya tehlikeden kaynaklanan riskin azaltılması için, işverene öneride bulunma ve işverenden gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkına sahiptir (İSGK md.20/3). Bu amaçla, işveren çalışan temsilcilerinin önerilerini ve görüşlerini almak, onlara teklif getirme hakkını tanımak, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda çalışanların görüşlerini almak ve onların katılımını sağlamak, yeni teknolojilerin uygulanması, seçilecek iş ekipmanı, çalışma ortamı ve şartlarının çalışanların sağlık ve güvenliğine etkisi konularında görüşlerinin almak zorundadır (İSGK md.18/1). Görevlerini yürütmeleri nedeniyle, çalışan temsilcileri ve destek elemanlarının hakları kısıtlanamaz ve görevlerini yerine getirebilmeleri için işveren tarafından gerekli imkânlar sağlanır (İSGK md.20/4).

Bundan başka, işveren, çalışan temsilcileri ile çalışan destek elemanlarının özellikle şu konularda önceden görüşlerinin alınmasını sağlar: 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

<sup>11</sup> N, CANİKLİOĞLU, s.56

<sup>12</sup> F. DEMİR, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası-12: Çalışanların Görüşlerinin Alınması ve Çalışan Temsilcileri, GÖZLEM Gazetesi, 31.08.2012-www. Gozlemgazetesi.com

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.

Görüldüğü gibi, daha önce işverenin tek tarafı olarak yerine getirdiği bu görevler, artık sadece varsa işyeri sendika temsilcileriyle yoksa işyerinde seçilecek çalışan temsilcileriyle birlikte değil, aynı zamanda işyerinde bu çalışmalara destek veren elemanları da işbirliği ile yerine getirilmek zorundadır. Bu nedenle, tüm bu konulardaki yükümlülüklerini yerine getirdiğini ispatlamak için, işverenin bu süreçleri yazılı hale getirmesi, görüşüne başvurulacak kişilerin imzalarını alması çıkabilecek uyumsuzlukların çözümünde kolaylık sağlayacaktır.

Ekleyelim ki, çalışanların veya çalışan temsilcilerinin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için alınan önlemlerin yetersiz olduğu durumlarda veya teftiş sırasında, yetkili makama başvurmalarından dolayı hakları kısıtlanamaz (İSGK md.18/3). Buradaki “kısıtlamadan” maksat, destek elemanlarının veya çalışan temsilcilerinin “işten çıkarmaya” kadar uzanan cezalara çarptırılmasıdır. Halbuki, “mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak” (İş K. md.18/c) iş sözleşmesinin feshinde “geçerli sebep” sayılmamaktadır. Ayrıca, çalışan temsilcisi seçimi ve görevleri ile çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması konusundaki kanuni yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenlere “idari para cezaları” öngörülmüştür (İSGK md. 26/h,ı).

## **f) İşverenin İşçiyi Bilgilendirme ve Eğitim Verme Zorunluluğu**

### **aa) İşçiyi Bilgilendirme Zorunluluğu**

6331 sayılı Kanun 4857 sayılı Kanundan daha geniş bir şekilde işverenin bu konudaki yükümlülüğünü arttırmıştır. Buna göre, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla işveren, çalışanları ve çalışan temsilcilerini işyerinin özelliklerini de dikkate alarak;

“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” hakkında bilgilendirmek zorundadır (İSGK md.16/1). Bunun gibi, 12 nci maddede belirtilen “ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanları, tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında da derhal bilgilendirir” (İSGK md.12 ve 16/2,a).

Üstelik, işyerine klima, asansör veya bazı makinaların bakım onarımı için kendileriyle sözleşme yapılan ve işyerine başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanların yukarıdaki fıkrada belirtilen bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine de gerekli bilgilerin verilmesi mecburiyeti vardır (İSGK md.16/2,b). Bu nedenle, bir iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi halinde işverenin sorumluluğunun tespitinde bu bilgi verme önem taşıyacağından, bu bilgilerin hazırlanarak işyerine çalışmak için gelenlerin işverenlerine imza karşılığı verilmesi uygun olur<sup>13</sup>. Kaldı ki,, “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 başlatılamaz” (İSGK md.17/5).

Nihayet, 6331 sayılı Kanunun getirdiği bir başka yenilik de, daha önce iş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışana tekrar işe başlamadan önce işverenin vermek zorunda olduğu “ilave eğitim”dir. Buna göre; “iş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışana işe başlamadan önce, söz konusu kazanın veya meslek hastalığının sebepleri, korunma yolları ve güvenli çalışma yöntemleri hakkında kendisine ilave bilgilendirme yapılır. Ayrıca, herhangi bir sebeple altı aydan fazla süreyle işten uzak kalanlara, tekrar işe başlatılmadan önce bilgi yenileme eğitimi verilir” (İSGK md.17/4). Görüldüğü gibi, verilecek “ilave eğitim” çalışanın geçirdiği kazanın veya meslek hastalığının “sebepleri”, “korunma yolları” ve “güvenli çalışma yöntemleri” ile sınırlı bir eğitimidir.

### bb) İşçiye Eğitim Verme Zorunluluğu

İşverenin “genel olarak” yukarıda sayılan konularda “çalışanı bilgilendirme” zorunluluğu yanında; “özel olarak” kendi işyerinde çalışanların tümünün “iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri” almasını sağlama zorunluluğu da vardır. Buna geçici iş ilişkisi kurulan çalışanın eğitimi de dahildir (İSGK md.17/6)<sup>14</sup>. Bu eğitim özellikle; “işe başlamadan önce”, “çalışma yeri veya iş değişikliğinde”, “iş ekipmanının değişmesi hâlinde” veya “yeni teknoloji uygulanması hâlinde” verilir. Çalışan temsilcileri ise özel olarak eğitilir (İSGK md.17/1,2).

6331 sayılı Kanununun 16, 17, 18 ve 30. maddelerine dayanılarak çıkarılan Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yö-

<sup>13</sup> G. ALPAGUT, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, TİSK Yayın No:322, 2012, Ankara, s.38-39; N CANIKLIOĞLU, s.67

<sup>14</sup> 4857 sayılı Kanun zamanında 91/383 sayılı Avrupa Birliği Yönergesine uygun olarak çıkarılan “Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelikte de (RG. 15.05.2004-25463) yer alan benzer bir hükme göre, “işveren geçici iş ilişkisi kurulan işçilerin bilgi ve tecrübelerini de dikkate alarak, yapacakları işin niteliğine uygun yeterli eğitim almalarını sağlamakla yükümlüdür” (Yön. md.6).

netmelik<sup>15</sup> hükümleri de başta “iş sağlığı ve güvenliği” olmak üzere “ilk yardım” ve “çalışanların hak ve sorumlulukları” konularında işçilerin eğitimlerini zorunlu kılmıştır. Bu amaçla, işverenler, çalışanları, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek, onların karşı karşıya buldukları mesleki riskler ve bunlarla ilgili alınması gerekli tedbirler konusunda işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği eğitim programlarını hazırlamak, eğitimlerin düzenlenmesini, çalışanların bu programlara katılmasını sağlamak ve verilecek eğitim için uygun yer, araç ve gereç temin etmekle ve program sonunda katılanlar için katılım belgesi düzenlemekle yükümlüdürler (Yön. md.5/1). Eğitimler, değişen ve ortaya çıkan yeni risklere uygun olarak yenilenir, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanır (Yön. md.6/4)<sup>16</sup>.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulan işyerlerinde, alt işverene ait çalışanların eğitimlerinden asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumlu tutulduğu Yönetmelikte (md.5/3), eğitim konuları şu şekilde sıralanmıştır:

1- Genel konular: a) Çalışma mevzuatı ile ilgili bilgiler, b) Çalışanların yasal hak ve sorumlulukları, c) İşyeri temizliği ve düzeni, ç) İş kazası ve meslek hastalığından doğan hukuki sonuçlar.

2. Sağlık konuları: a) Meslek hastalıklarının sebepleri, b) Hastalıktan korunma prensipleri ve korunma tekniklerinin uygulanması, c) Biyolojik ve psikososyal risk etmenleri, ç) İlk yardım

3- Teknik konular: a) Kimyasal, fiziksel ve ergonomik risk etmenleri, b) Elle kaldırma ve taşıma, c) Parlama, patlama, yangın ve yangından korunma, ç) İş ekipmanlarının güvenli kullanımı, d) Ekranlı araçlarla çalışma, e) Elektrik, tehlikeleri, riskleri ve önlemleri, f) İş kazalarının sebepleri ve korunma prensipleri ile tekniklerinin uygulanması, g) Güvenlik ve sağlık işaretleri, ğ) Kişisel koruyucu donanım kullanımı, h) İş sağlığı ve güvenliği genel kuralları ve güvenlik kültürü, ı) Tahliye ve kurtarma (Yön. Ek-1)

İş sağlığı ve güvenliği eğitimleri; uzmanlık konularına göre ve verilecek eğitimin çeşidine göre; işyerinde görevli iş güvenliği uzmanları ve işyeri hekimleri tarafından verilebileceği gibi, işçi, işveren ve kamu görevlileri kuruluşları veya bu kuruluşlarca kurulan eğitim vakıfları ve ortaklaşa oluşturdukları eğitim merkezleri, üniversiteler, kamu kurumlarının eğitim birimleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile Bakanlıkça yetkilendirilmiş eğitim kurumları ve ortak sağlık ve güvenlik birimleri tarafından da verilebilir (Yön. md.13/1). Bu konuda, işyerinde görevli “iş güvenliği uzmanı” ve “işyeri hekimleri” gibi, “insan kaynaklarından sorumlu personelin” de çalışanların “yasal hak ve sorumlulukları” ve “yasal

<sup>15</sup> RG. 15.05.2013-28648.

<sup>16</sup> Eğitimler; a) Çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde yılda en az bir defa, b) Tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde iki yılda en az bir defa, c) Az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde üç yılda en az bir defa tekrarlanır (Yön. md.6/4).

mevzuat ile ilgili bilgiler” (genel konular) konusunda eğitim verebileceklerine bir engel bulunmamaktadır<sup>17</sup>.

Hemen belirtelim ki, eğitim yükümlülüğünün yerine getirilmesinde çalışanların eğitimi sadece iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuatın onlara verilmesi ile değil, uygulamalı olarak bu bilgilerin aktarımı ve öneminin onlara kavratılması gerekir<sup>18</sup>. Nitekim, verilen eğitimin sonunda bir ölçme ve değerlendirme yapılır. Değerlendirme sonuçlarına göre eğitimin etkin olup olmadığı belirlenerek yeni eğitime ihtiyaç duyulup duyulmadığına karar verilir (Yön. md.12/6). Eğitimlerin “maliyeti” ise çalışanlara yükletilemez ve eğitimde geçen süre çalışma süresinden sayılır (Yön. md.8/1). Haftalık çalışma süresini aşan eğitimler ise “fazla çalışma” olarak değerlendirilir (İSGK md.17/7). Bu eğitimlerin belgelendirilerek çalışanın özlük dosyasına konulmasında (Yön. md.15/1), işçi ve işveren için doğabilecek sakıncaları hafifletmesi bakımından önemlidir. Eğitim yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenlere “idari” para cezası uygulanır (İSGK. md. 26/g).

### g) İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Kurma Zorunluluğu<sup>19</sup>

İşverenin “işçiyi koruma borcu” olarak da adlandırılan<sup>20</sup> “gözetme borcu”, işçinin işverene “bağlılık” (sadakat) borcunun en önemli karşılığıdır. **Türk Borçlar Kanununa** göre, “işveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksanziz bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür” (6098 s. TBK.md.417/2). Kendisini özellikle “iş sağlığı ve güvenliği” önlemlerinin alınması konusunda gösteren çalışana gözetme borcu, 6331 sayılı Kanunda ayrıntılı olarak yapılan düzenlemelere ek olarak; “altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı” ve “en az elli işçinin çalıştığı işyerlerinde” işçi sağlığı ve iş güvenliği çalışmalarında bulunmak üzere bir İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu kurulmasını öngörmüştür (İSGK md.22/1).

<sup>17</sup> Çalışanlara verilecek eğitimler, çalışanların işe girişlerinde ve işin devamı süresince belirlenen periyotlar içinde; a) Az tehlikeli işyerleri için en az sekiz saat, b) Tehlikeli işyerleri için en az on iki saat, c) Çok tehlikeli işyerleri için en az on altı saat olarak her çalışan için düzenlenir Yön. md.11/1). Ayrıca bkz: F. DEMİR, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası-11: Çalışanların Bilgilendirilmesi ve Eğitimi, GÖZLEM Gazetesi, 24.08.2012 -www.gozlemgazetesi.com

<sup>18</sup> Yargıtay’a göre de “işçi sağlığı, iş güvenliği ve yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin eğitimi, bir kısım mevzuat hükümlerini içerir belgelerin kendilerine verilmesini değil, eylemli olarak bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir”: YHGK, 16.06.2004, E.2004/21-365, K. 2004/369; 10.HD, 30.03.2011, E.2009/15877, K.2011/4532 (www.legalbank.net)- N. CANIKLIOĞLU, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Semineri, Toprak İşveren, 26-30 Eylül 2012, Antalya. s.68, dn.73

<sup>19</sup> Mukayeseli bir inceleme için bkz: S.ODAMAN, Fransa’da ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Yapıları ve İşlevleri, A.C.TUNCAY’a Armağan, İstanbul 2005, s.595

<sup>20</sup> ÇELİK, s.137 ve 146; NARMANLIOĞLU, I, s.245



Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurul oluşturulması hâlinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirecektir (İSGK md.22/3). Aynı çalışma alanını paylaşan 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 korunması 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 (İSGK md.23/1,2).

Altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde ise, asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda iş birliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır. Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar. Buna karşılık, asıl işverenin işyerinde kurul oluşturması gerekmiyorsa (elliden az işçi çalışıyorsa), alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere asıl işveren vekâleten yetkili bir temsilci atar. Bununla birlikte, asıl işveren ve alt işverenin işyerlerinde çalışan sayıları ellinin altında kaldığı için Kurul oluşturamıyorsa, bu gibi hallerde asıl işveren ve alt işveren sayılarının toplamı üzerinden birlikte bir Kurul oluşturulur. Bu Kurulda koordinasyonu asıl işveren sağlar (İSGK md.22/2).

Bununla birlikte, daha önce 4857 sayılı İş Kanununda “altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı” ve “en az elli işçinin” çalıştığı sadece “sanayiden sayılan işlerde” teşekkül ettirilen Kurul (mülga md.80); artık “sanayi işi” dışında, “ticari iş” yapan ya da “tarım ve orman işi” yapan işyerlerinde de kurulmak zorundadır. Kurulun “teşekkül tarzı ve çalışma usulleri” ile “ödev ve yetkileri” bir Yönetmelikle tespit edilmiştir<sup>21</sup>. Yönetmelik’te, “iş sağlığı ve güvenliği konularında çalışmalarda bulunmak” üzere işveren tarafından bir oluşturulması öngörülmüştür (Yön. md.4/1). Kurul üyeleri şu kişilerden oluşur: 1- Bir işveren veya işveren vekilinin “başkanlığında”, 2- “sekreter” olarak görevlendirilen iş güvenliği uzmanı “sertifikalı” bir mühendis veya teknik eleman, 3- işyeri hekimi, 4- insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi, 5- varsa sivil savunma uzmanı 6- işyerinde görevli formen, ustabaşı veya ustaların kendi aralarında yarından fazlasının katıldığı toplantıda açık oyla seçilen, seçilemediği takdirde işveren tarafından atanan bir

<sup>21</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik, RG. 18.0.2013-28532; Ayrıca geniş bilgi için bkz.:K. ARICI, İşçi Sağlığı, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Tes-İş Yayınları, Ankara 1999, s.145 vd.

kişi, 7- Çalışan temsilcisi, işyerinde birden çok çalışan temsilcisi olması halinde baş temsilci. (Yön. md.6).

Ayda “en az bir defa” toplanmak zorunda olan Kurul, işyerinin tehlike sınıfını dikkate alarak, tehlikeli işyerlerinde bu sürenin iki ay, az tehlikeli işyerlerinde ise üç ay olarak belirlenmesine karar verebilir. (Yön. md.9/1,a). Toplantının gündemi, yeri, günü ve saati toplantıdan en az kırk sekiz saat önce kurul üyelerine bildirilir. Ölümlü, uzuv kayıplı veya ağır iş kazası halleri veya özel bir tedbiri gerektiren önemli hallerde kurul üyelerinden herhangi biri kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilir. Kurul toplantılarının günlük çalışma saatleri içinde yapılması asıldır. Kurulun toplantılarında geçecek süreler günlük çalışma süresinden sayılır. Kurul kararlarını toplantıya katılanların oy çokluğu ile alır. Oyların eşitliği halinde başkanın oyu kararı belirler. Her toplantıda, görüşülen konularla ilgili alınan kararları içeren bir tutanak düzenlenir. Tutanak, toplantıya katılan başkan ve üyeler tarafından imzalanır. İmza altına alınan kararlar herhangi bir işleme gerek kalmaksızın işverene bildirilmiş sayılır. İmzalı tutanak ve kararlar sırasıyla özel dosyasında saklanır. (Yön. md.9/1,b,c,ç,d,e,f).

Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir (ödemelik def'inde bulunabilir). Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır. İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini “haklı sebeple” feshedebilir. (İş K. Md.24/I,a; II,f). Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır.

### **h) İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Zorunluluğu**

6331 sayılı Kanunun getirdiği önemli bir yenilik de iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi çalıştırma zorunluluğunun tek kişilik işyerleri için bile mecburi olmasıdır. Bilindiği gibi, daha önce “altı aydan fazla” sürekli işlerin yapıldığı “en az elli işçi” çalıştıran ve “sanayiden sayılan” işyerlerinde “iş güvenliği uzmanı” çalıştırma zorunluluğu varken, artık tek bir işçi çalıştıran işyerleri için bile “iş güvenliği uzmanı” çalıştırma zorunluluğu vardır (İSGK md.6/1,a). Üstelik, işin yapıldığı işyerinin artık “sanayiden sayılan” işyeri olması da şart değildir. Ticari (hizmet) sektöründe veya tarım ve orman işlerinde de “iş güvenliği uzmanı” çalıştırma zorunluluğu vardır. Tarım işinin İş Kanunu kapsamında (50 ve daha fazla işçi çalıştıran işyeri) olup olmamasının da önemi yoktur.

Mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren; gerekirse çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirebilir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının çalışmalarına da katılması zorunlu kılınan mühendis veya teknik elemanların “nitelikleri, sayısı, görev, yetki ve sorumlulukları ile eğitimleri, çalışma şartları ve görevlerini nasıl yürütecekleri” Yönetmelik ile belirlenmiştir<sup>22</sup>. Yönetmeliğe göre, “iş güvenliği uzmanı” olarak görevlendirilecek mühendis veya teknik elemanın Bakanlıkça yetkilendirilen ve denetlenen “eğitim kurumlarında” (Yön. md.19) iş güvenliği uzmanlığı eğitim programını tamamlayan ve eğitim sonunda Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak sınavda başarılı olan uzmanlara A,B,C sınıfı “iş güvenliği uzmanlığı belgesi” verilmektedir (Yön. md.8). İş güvenliği uzmanlarından; (C) sınıfı belgeye sahip olanlar az tehlikeli sınıfta, (B) sınıfı belgeye sahip olanlar az tehlikeli ve tehlikeli sınıflarda, (A) sınıfı belgeye sahip olanlar ise bütün tehlike sınıflarında yer alan işyerlerinde çalışabilirler (Yön. md.7/2)<sup>23</sup>.

Eğitim kurumları Çalışma ve Sosyal Bakanlığınca hazırlanan ve onaylanan programları uygulayarak eğitime başlamak zorundadırlar (Yön. md.23/1,2). Bakanlıkça belirlenen eğitim programları teorik ve uygulamalı olmak üzere iki bölümden oluşur. Eğitim süreleri, teorik kısmı 180 saatten, uygulama kısmı 40 saatten ve toplamda 220 saatten az olamaz. Teorik eğitimin en fazla yarısı uzaktan eğitim ile verilebilir. Uygulamalı eğitimler en az bir iş güvenliği uzmanı bulunan bir işyerinde yapılır (Yön. md.25). İş güvenliği uzmanları belgelerini aldıkları tarihten itibaren beş yıllık aralıklarla eğitim kurumları tarafından düzenlenecek bilgi yenileme eğitimine katılmak zorundadırlar. Bu eğitimin süresi 30 saatten az olamaz (Yön. md.27). Eğitim Kurumu yetki belgeleri en geç beş yılda bir defa Bakanlığa vize ettirilmek zorundadır (Yön. md.19/4,c).

İş güvenliği uzmanları, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile bu kanuna dayanarak (md.30) çıkarılan Yönetmelikte belirtilen görevlerini yerine getirmek üzere “10’dan az çalışanı olan” ve “az tehlikeli sınıfta” yer alan işyerlerinde çalışan başına “yılda en az 60 dakika” görev yaparlar. Diğer işyerlerinde ise;

<sup>22</sup> İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik, RG.29.12.2012-28512. Ayrıca bkz: ODAMAN,S. “İş Güvenliği Uzmanlığı Eğitimleri ve Önemi”, MERCEK, S. 58, 2010, s. 103-110.

<sup>23</sup> Bu Kanunun 8 inci maddesinde belirtilen çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde (A) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğü, bu işyerlerinde Kanunun yürürlüğe girdiği (30.06.2012) tarihten itibaren dört yıl süreyle (B) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesi; tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde ise (B) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğü, bu işyerlerinde Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle (C) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesi kaydıyla yerine getirilmiş sayılır (İSGK Geçici Md. 4).

1) “Az tehlikeli sınıfta” yer alanlarda, çalışan başına “ayda en az 10 dakika” görev yaparlar. Ancak, az tehlikeli sınıfta yer alan “1000 ve daha fazla çalışanı” olan işyerlerinde her 1000 çalışan için “tam gün” çalışacak en az bir iş güvenliği uzmanı görevlendirilir.

2) “Tehlikeli sınıfta” yer alanlarda, çalışan başına “ayda en az 15 dakika” görev yaparlar. Ancak, tehlikeli sınıfta yer alan “750 ve daha fazla çalışanı” olan işyerlerinde her 750 çalışan için “tam gün” çalışacak en az bir iş güvenliği uzmanı görevlendirilir

3) “Çok tehlikeli sınıfta” yer alanlarda, çalışan başına “ayda en az 20 dakika” görev yaparlar. Ancak, çok tehlikeli sınıfta yer alan “500 ve daha fazla çalışanı” olan işyerlerinde her 500 çalışan için “tam gün” çalışacak en az bir iş güvenliği uzmanı görevlendirilir (Yön. md.12).

### **i) İşyeri Hekimi Çalıştırma Zorunluluğu**

Umumi Hıfzısıhha Kanunu (md.180) ile İş Kanunu (md.81) “sürekli olarak en az elli işçi çalıştıran” işyerlerinde “işçilerin sağlık durumlarının denetlenmesi, ilk yardım, acil tedavi ve diğer koruyucu sağlık hizmetlerinin” düzenlenmesi amacıyla, işverenlerin “işçi sayısına ve işteki tehlikenin büyüklüğüne göre bir ya da daha fazla hekim” çalıştırmalarını veya bir “işyeri sağlık birimi” oluşturulmasını öngörmüştür. Buna karşılık, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu artık “sürekli olarak en az elli işçi çalıştıran” işyerlerinde değil, sadece tek kişinin çalıştığı işyerinde bile bir “işyeri hekimi” görevlendirilmesini zorunlu kılmıştır (İSGK md.6/1,a).

Gerçi, İş Kanununun ilgili 81. madde hükmünü İSGK 37/ç maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Ancak, Umumi Hıfzısıhha Kanununun “sürekli olarak en az elli işçi çalıştıran” işyerleri ile ilgili hükmüne (md.180) İSGK’da herhangi bir atıfta bulunulmamaktadır. Bununla birlikte, kanunlar hiyerarşisinde “genel kanun-özel kanun” ve “önceki kanun-sonraki kanun” ilkesi gereği, İSGK’nun artık “tek kişi” bile çalıştırsa bütün işyerlerine uygulanması gerektiği sonucuna varılabilecektir.

Gerek kendi bünyesinde çalıştırdığı personel olsun gerek işletme dışında kurulu ortak sağlık biriminden hizmet alımı suretiyle çalıştırılan personel olsun (İSGK md.6/1,a), işyeri hekimlerinin “çalışma şartları ile görev, yetki ve sorumlulukları” bir Yönetmelikle belirlenmiştir<sup>24</sup>. Yönetmeliğe göre, işyeri sağlık birimlerinde görevlendirilecek işyeri hekiminin “işyeri hekimliği belgesine” sahip olması zorunludur.

<sup>24</sup> İşyeri Hekimlerinin Görev Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik (RG.27.10.2010-27768). Mülga İşyeri Sağlık Birimleri ve Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG. 16.12.2003-25318 (Yön. Md. 28 değişikliği için bkz: RG.04.02.2005-25717) tarihinde yürürlüğe girdikten sonra, Türk Tabipler Birliği İşyeri Hekimi Çalışma Onayı Yönetmeliği (RG. 21.12.2002-24970) iptal edilmiştir (Danıştay 8. D. 16.04.2004, 543/1846, İşveren D., Temmuz 2004, s.15); Ayrıca bkz.:K. ARICI, s.127 vd.; BAŞBUĞ, İşyeri Hekimi ile Hizmet Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu, Kamu-İş, Ocak 1999, s.127

“İşyeri hekimliği belgesi”; iş sağlığı ve güvenliği alanında en az beş yıl teftiş yapmış olan hekim iş müfettişleri, iş sağlığı bilim uzmanı hekimler, iş sağlığı bilim doktoru ile Bakanlık ve bağlı birimlerinde iş sağlığı ve güvenliği alanında en az beş yıl fiilen çalışmış hekimlerden Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak sınavda başarılı olanlara verilir (Yön. md.14/1,b). Bunun gibi, Bakanlıkça yetkilendirilen “eğitim kurumlarında” işyeri hekimliği eğitim programını tamamlayan ve eğitim sonunda Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak sınavda başarılı olan hekimlere de “işyeri hekimliği belgesi” verilebilmektedir (Yön. md.14/1,a)

Bakanlıkça yetkilendirilen ve denetlenen “eğitim kurumları”, Çalışma ve Sosyal güvenlik Bakanlığınca Sağlık Bakanlığınca ortak hazırlanan ve onaylanan programları uygulayarak eğitime başlamak zorundadırlar. Bakanlıkça belirlenen eğitim programları teorik ve uygulamalı olmak üzere iki bölümden oluşur. Eğitim süreleri, teorik kısmı 180 saatten, uygulama kısmı 40 saatten ve toplamda 220 saatten az olamaz. Teorik eğitimin en fazla yarısı uzaktan eğitim ile verilebilir. Uygulamalı eğitimler işyeri hekimi bulunan bir işyerinde yapılır. İşyeri hekimleri belgelerini aldıkları tarihten itibaren beş yıllık aralıklarla eğitim kurumları tarafından düzenlenecek bilgi yenileme eğitimine katılmak zorundadırlar. Bu eğitimin süresi 30 saatten az olamaz (Yön. md.30/1,2). Eğitim Kurumu yetki belgeleri en geç beş yılda bir defa Bakanlığa vize ettirilmek zorundadır (Yön. md.25/3).

İşyeri hekimleri, Kanunlarda ve Yönetmeliklerde belirtilen işyerinde “ilkyardım” ve “acil müdahale” hizmetlerinin organizasyonu ve “personelin eğitiminin” sağlanması çalışmalarını yürütmek, gece postaları da dâhil olmak üzere “işçilerin sağlık gözetimini” yapmak, işyerindeki sağlık gözetimi ile ilgili “çalışmaları kaydetmek”, iş güvenliği uzmanı ile işbirliği içinde “yıllık çalışma planını” ve “yıllık değerlendirme raporunu” hazırlamak, “işçiler açısından yakın ve hayati tehlike oluşturan” bir husus tespit ettiğinde işverene bildirmek, gerekli tedbirler işveren tarafından alınmadığı takdirde durumu “Bakanlığa rapor etmek” gibi bir çok görev ve yetkilerle donatılmıştır (Yön. md.15 ve 16)<sup>25</sup>.

İşyeri hekimlerinin çalışma süreleri de şu şekilde belirlenmiştir:

1- Az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; sağlık gözetimi için ayda en az 10 saat, buna ilave olarak işe giriş ve periyodik muayeneleri ile eğitim için işçi başına yılda en az 20 dakika görev yaparlar. Ancak, 1000 ve daha fazla işçisi olan işyerlerinde her 1000 işçi için tam gün çalışacak en az bir işyeri hekimi görevlendirilir.

2-Tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; sağlık gözetimi için ayda en az 15 saat, buna ilave olarak işe giriş ve periyodik muayeneleri ile eğitim için işçi başına yılda

<sup>25</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'ne göre de işveren, işyerinde yürütülen iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerine ilişkin her türlü kaydı, işten ayrılma tarihinden itibaren en az 15 yıl süreyle çalışanların kişisel sağlık dosyalarında saklamak zorundadır (Yön. md.7,1,a,b)

en az 25 dakika görev yaparlar. Ancak, 750 ve daha fazla işçisi olan işyerlerinde her 750 işçi için tam gün çalışacak en az bir işyeri hekimi görevlendirilir.

c) Çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; sağlık gözetimi için ayda en az 20 saat, buna ilave olarak işe girişi ve periyodik muayeneleri ile eğitim için işçi başına yılda en az 30 dakika görev yaparlar. Ancak, 500 ve daha fazla işçisi olan işyerlerinde her 500 işçi için tam gün çalışacak en az bir işyeri hekimi görevlendirilir (Yön. md.18).

Çalışmalarını tam bir mesleki özgürlük içinde ve tıbbi deontoloji kurallarına uygun olarak yürüten işyeri hekimleri ile yapılan sözleşmenin bir örneği, ÇSGB İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğüne gönderilir Bünyelerinde en az bir işyeri hekimi ile bir sağlık personelinin görevli olduğu Bakanlıkça yetkilendirilen ve her beş yılda bir yetki belgeleri vize ettirilen Toplum Sağlığı Merkezlerinden (Yön. md. 5,6,7) işyeri hekimliği hizmeti alınması durumunda il sağlık müdürlüğü ile işveren arasında sözleşme imzalanır. Toplum Sağlığı Merkezlerinde çalışan işyeri hekimi için üç nüsha olarak görevlendirme belgesi düzenlenir. Nüshalardan biri işverende, biri Toplum Sağlığı Merkezinde kalır, diğer nüsha bildirimle ilgili diğer kanunlardan doğan yükümlülükler saklı kalmak kaydıyla beş iş günü içinde Toplum Sağlığı Merkezlerince Bakanlığa gönderilir. Sözleşmelerin feshi halinde, durum hizmet alan işveren tarafından beş iş günü içinde Bakanlığa bildirilir (Yön. md.9/1,2,4). Buna karşılık, işyeri hemşiresi veya sağlık memuru istihdamı ve onlarla yapılan sözleşme örneğinin gönderilmesi konusunda böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Ekleyelim ki, Türk Tabipler Birliği tarafından 6023 sayılı Kanununun 28/II. maddesine göre belirlenip yayınlanan ve işyeri hekimlerine uygulanması istenen asgari ücret tarifesi, işverenler bakımından uyulması zorunlu, emredici ve bağlayıcı bir tarife değildir<sup>26</sup>. Buna karşılık, İş Kanununa göre belirlenen “asgari ücret” tarifesinin hem işyeri hekimini hem de işvereni bağlayıcı bir tarife olduğuna kuşku yoktur.

Yönetmelikte işyeri hekimleri, işyerlerinin çalıştırdığı işçi sayısı ile tehlike dereceleri bakımından yapılan gruplandırmalarda yer aldığı I. ve V. Risk Gruplarına göre ayda en az 1 işgünü ile en az 5 işgünü arasında görevlendirmelerine karşılık (Yön. md.21), işyeri hemşiresi veya sağlık memurunun tam gün görevlendirilmesi öngörülmüştür (Yön. md.31). İnsanın kişiliğine bağlı “dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez” bir hak olan “çalışma hak ve özgürlüğünün” kanunla düzenlenmesi gerekirken, “hemşire veya sağlık memuru” çalıştırılmasının yönetmelikle düzenlenmesi Anayasaya aykırılık oluşturur (Any. Md.12,13). Bu nedenle, Yönetmeliğe aykırı olarak “hemşire veya sağlık memuru” çalıştırmayan işyerlerine, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralı gereğince, İş Kanununda öngörülen “para cezası” ile ilgili yaptırımın uygulanamayacağı kanısındayız (İş K. md.105/2).

<sup>26</sup> HGK, 02.02.2005, E.2005/9-753, K. 2005/12- İşveren D. Nisan-Mayıs 2005 Eki, s.3; LEGAL-İHSİGHD, 2005/6, s.688

## 2- İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında ve Uygulanmasında İşverenin ve İşçinin Yükümlülüğü

### a) İşverenin Yükümlülüğü

Yukarıda görüldüğü gibi, Türk İş Hukuku mevzuatında yer alan hükümler işverenleri işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri alınması konusunda yükümlülük altına sokmuştur. Ancak, sadece önlemlerin alınması işverenleri yükümlülüğünden kurtarmamaktadır. Ayrıca, işverenler alınan “iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını”, uygulamada “izleme, denetleme ve uygunsuzlukları giderme yükümlülüğü altındadır” (İSGK md.4/1,b). Dolayısıyla işveren, gerekli önlemleri aldığını, işçilere gerekli koruyucu donanımı verdiğini, onları bilgilendirdiğini ve eğitimlerini yerine getirdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Çalışanların bu önlemlere uyup uymadığını denetlemek, onları uyarmak ve bu önlemlere uymalarını sağlamak da yükümlülükleri arasındadır. Doğal olarak, uyarılara rağmen önlemlere uymayan çalışanlara karşı “geçerli” veya “haklı” sebeple gerekli disiplin hükümlerini işletmek de işverenin doğal hakkıdır (İş K. md.18;25).

Herşeyden önce, işveren bütün iş kazalarının ve meslek hastalıklarının kaydını tutar, gerekli incelemeleri yaparak bunlar ile ilgili raporları düzenlemek zorundadır. 6331 sayılı yasayla gelen bu yükümlülüğe ek olarak, işyerinde meydana gelen ancak yaralanma veya ölüme neden olmadığı halde işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğramasına yol açan olayı da rapor eder. Üstelik, herhangi bir zarar söz konusu olmasa bile, çalışanların işyeri ya da iş ekipmanını zarara uğratma potansiyeli olan olayları inceleyerek bunlar ile ilgili raporları da düzenler (İSGK md.14/1,a,b).

Bundan başka, bir “iş kazasının” meydana gelmesi halinde, işveren durumu en geç “kazadan sonraki üç işgünü” içinde; “meslek hastalığını” da “öğrendiği tarihten itibaren üç işgünü” içinde bir yazı ile Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmek zorundadır (İSGK md.14/2,a,b; 5510 sayılı SGK.md. 13). Bildirim geç yapılır veya yapılmaz ise “bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği, Kurumca işverenden tahsil edilir” (SGK 21/2). Bu bildirim, aynı zamanda beklemezsizin (derhal) o yer yetkili zabıtasına (polis veya jandarmaya) da yapılmak zorundadır (TCK md.98). Daha önce Çalışma ve İş Kur İl (Bölge Çalışma) Müdürlüğüne de yapılan bildirim kaldırılması isabetli olmuştur<sup>27</sup>.

Ayrıca işverenler, iş kazasına uğrayan sigortalıya Kurumca işe el konuluncaya kadar durumun gerektirdiği sağlık yardımlarını da yapmakla yükümlüdür. Yargıtay da alınacak önlemler konusunda uygulamada yol gösterici olabilmektedir: “İşverenin gerekli önlemleri alma yükümlülüğü, iş güvenliği kurallarının belirlediklerinin yanında, hayatın olağan akışı içinde oluşabilecek tehlikeleri giderici çalışmaları da içerir”<sup>28</sup>. Öyleyse, işverenler sadece işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili yasa ve tüzük

<sup>27</sup> F. DEMİR, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası-10; Sağlık Gözetimi ve İş Kazaları ile Meslek Hastalıklarının Kayıt Altına Alınması, GÖZLEM Gazetesi, 17.08.2012, www.gozlemgazetesi.com

<sup>28</sup> 10.HD, 14.10.1977, 1613/6398, YKD, Şubat 1978, s.221; N.ÇELİK, s.137

hükümlerinin öngördüğü araç-gereç ve koruyucu malzemeyi temin etmekle yetinmeyecek, ayrıca “hayatın akışı içinde oluşabilecek tehlikeleri giderici çalışmalar” da yapacaklardır. Bu nedenle işverenler, sadece “işin niteliğine uygun koruyucu malzeme vermekle” yükümlü olmayacak; aynı zamanda “verilen malzemenin kullanılmasını sağlamak amacıyla işçiyi eğitmek” ve alınan önlemlerin uygulanıp uygulanmadığını (koruyucu malzemenin kullanılıp kullanılmadığını) “sürekli ve etkin bir biçimde denetlemekle” yükümlü olacaklardır<sup>29</sup>. Bununla birlikte alınan önlemler kanun ve yönetmeliklerin işverenlere yüklediği veya işin mahiyeti ve hakkaniyeti gereği işverenlere yüklenebilecek önlemler olmalı; alınmayan önlem veya gösterilmeyen önlemlerle sonuç arasında uygun illiyet (sebebi-sonuç) ilişkisi kurulmalıdır<sup>30</sup>.

### b) İşçinin Yükümlülüğü

Buna paralel olarak, çalışanlar da işverenlerin gerek iş sağlığı ve güvenliği konusundaki emredici hukuk kurallarına uygun olarak aldığı önlemlere, gerek bu konuda aldıkları eğitim ve bilgilendirmelere, gerekse hayatın olağan akışı içinde işin mahiyetine ve hakkaniyete uygun olarak aldığı önlemlere ve buna uygun işveren talimatlarına uymak zorundadırlar (İSGK md.19/1). Çalışanların, işveren tarafından verilen eğitim ve talimatlar doğrultusundaki yükümlülükleri şunlardır:

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.

<sup>29</sup> 10.HD, 30.09.1986, 4453/4793, Tekstil İşv.D., Ocak 1987, s.19; N.ÇELİK, s.135. Yargıtay'a göre, "... aracın periyodik bakım ve kontrolünün yapıldığına dair davalı tarafca herhangi bir belge sunulmaması" nedeniyle, "bu duruma göre düzenli bakımı yapılmadığı anlaşılan 15 yıllık araçla işçisini göreve gönderen işverenin İş Kanununun kendisine yüklediği yükümlülüklerin tamamını yerine getirdiğinden söz edilemeyeceği açıktır": 21. HD, 07.02.2006, 13299/810, Tekstil İşv. Mayıs 2007, s.7

<sup>30</sup> 9.HD, 04.07.1985, 4294/7982, YKD, Eylül 1986, 1329-1332; 9.HD, 08.07.1985, 6725/ 7403, YKD, Ekim 1986, s.1482; 9.HD, 08.04.1992, 2500/3929, Çimento İşv.D., Temmuz 1992, s.27. Yargıtay'a göre, "işçinin beden ve ruh sağlığının korunmasında önemli olan yön, bu tedbirin alınmasının hakkaniyet ölçüleri içinde işverenden istenip istenemeyeceği değil; aklın, ilmin, fen ve teknolojinin böyle bir tedbirin alınmasını gerekli görüp görmediği hususudur. Bu itibarla işveren mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeyeceği gibi bir düşünce ile almaktan çekinmeyecektir. Çalışma hayatında süregelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı, işverenin önlem alma ödevini etkilemez. İşveren, iş disipliniyi sağlamak, çalıştırdığı sigortalının beden ve ruh tamlığını korumak için yararlı her önlemi amaca uygun biçimde almak, uygulamak ve denetlemekle yükümlüdür":10. HD, 23.03.2010, E.2008/17190, K.2010/4177-[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net); aynı yönde, 10.HD, 20.09.2010, E.2009/4985, K.2010/1167-[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net). N. CANİKLİOĞLU, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Semineri, Toprak İşveren, 26-30 Eylül 2012, Antalya, s.38, dn.23



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 (İSGK md.19/2).

Aksi halde gerek işverenin verdiği araç-gereç ve koruyucu malzemeyi kullanmayarak, gerek işçi sağlığı ve iş güvenliği konusundaki kurallara (örneğin sigara içme yasağı) uymayarak “işin güvenliğini tehlikeye düşüren” işçinin iş sözleşmesi, işveren tarafından derhal ve tazminatsız olarak feshedilebilir (İş K.md.25/II,ı). Üstelik, çalışanlar kendileri yaptıkları işten veya hareketten bizzat etkilenmeseler bile, yaptıkları işten veya kendi hareketlerinden diğer çalışanların etkilenmesi ve onların sağlık ve güvenliklerinin tehlikeye düşürmesi halinden de sorumlu olurlar (İSGK md.19/1).

Uygulamada Yargıtay, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymamanın sonucunda bir “tehlikenin doğmuş olmasını” şart görmemekte; “işyeri güvenliğinin tehlikeye düşürülmesini” yeterli bulmaktadır. Bu nedenle Yargıtay, işyerinin “sigara içilmemesi gereken bölümünde sigara içilmesini”<sup>31</sup>, “sigarasını yakmak üzere çakmağını çıktığı sırada yanıcı maddenin alev alması sonucu işin güvenliğinin tehlikeye düşmesini”<sup>32</sup>, bekçinin işini savsakalaması ve ihmali nedeniyle makina parkından mazot çalınmasına sebebiyet vermesi<sup>33</sup>, haklı sebeple tazminatsız fesih nedeni saymıştır<sup>34</sup>. Bunun gibi, “toz maskesi” kullanmamakta direnen işçinin iş sözleşmesinin işverence derhal feshi, işin güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediğine bakılmaksızın “haklı sebeple” tazminatsız fesih nedeni sayılmıştır<sup>35</sup>. Aynı şekilde, işçinin gece bekçisi olarak çalıştığı işyerinde nöbet yerini terk etmesi, telefonla defalarca arandığı halde cevap vermemesi, tehlike doğmuş olmasa da tazminatsız “haklı fesih sebebi” sayılmıştır<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> 9.HD, 21.12.2009, 12861/36369, ÇİL, s.496, No:220; Aynı yönde, 9.HD, 30.01.1995, 15644/1235, Tekstil İşv.D., Nisan 1995, Kararlar Eki; N.ÇELİK, s.201, dn.104/c

<sup>32</sup> 9.HD, 09.04.1992, 16257/3937, YKD, Ağustos 1994, s.1220; N.ÇELİK, s.201

<sup>33</sup> 9.HD, 04.11.2008, 30651/30368, ÇİL, s.497, No:221

<sup>34</sup> Geniş bilgi için bkz. yuk. Üçüncü Kısım, I,B,2

<sup>35</sup> 9.HD, 29.02.2000, 20125/2369, GÜNAY, İş Kanunu II, s.1853

<sup>36</sup> 9.HD, 16.05.2000, 3124/7050, GÜNAY, İş Kanunu II, s.1889; Ne gibi bir tehlike yarattığının açıklanmasını isteyen aksi yönde bir karar için bkz.: HGK, 01.03.1989, E.88/9-908, K.89/109, Tekstil İşv.D., Mart 1990, s.2

Ekleyelim ki, işçinin bir iş kazası veya meslek hastalığına uğraması halinde açılan ceza ve tazminat davalarında da, işverenin cezai ve hukuki sorumluluğu “işçinin kusuru oranında” azalmaktadır<sup>37</sup>.

Bununla birlikte, “işin güvenliğini tehlikeye düşürmeyen iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uymamak”, 4857 sayılı İş Kanununun gerekçesinde işçinin iş sözleşmesinin feshinde “geçerli sebepler” arasında sayılmıştır (İş K. md.18). Kanımızca, iş kazaları ve meslek hastalıklarında Avrupa’da birinci, Dünya’da Bengladeş ve Pakistan’dan sonra üçüncü olan Türkiye’de, bu nedenle günde ortalama 4 kişinin öldüğü 9 kişinin de sakatlandığı göz önüne alınacak olursa, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma ve alınan önlemlere uyma konusunda ne işveren ne de işçiye hiçbir taviz verilmemek gerekir. Bu amaçla, ülkemizin her yıl bu nedenle uğradığı zararları da dikkate alarak, en küçük bir iş sağlığı ve güvenliği kuralına uyulmaması halinde bile, yapılan uyarıyı dikkate almayan işçilerin “geçerli sebeple” değil, “haklı sebeple” iş sözleşmelerinin feshinden yana olduğumuzu belirtmekle yetinelim.

### 3- İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Borcuna Aykırılığın Hüküm ve Sonuçları

Yeterli güvenlik önlemlerinin alınmaması sonucu işçinin ölmesi veya sakat kalması yahut meslek hastalığına tutulması halinde, işverene hukuki, idari ve cezai sorumluluk yükletilmesi söz konusu olur<sup>38</sup>.

#### a) İşverenin Hukuki Sorumluluğu

##### aa- Maddi Tazminat

İşverene yükletilecek hukuki sorumluluğun başında “maddi tazminat” talebi gelir. Uygulamada, işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı davranışı yüzünden zarar gören işçi veya hak sahiplerinin açtıkları maddi tazminat davaları, genellikle “Sosyal Sigortalar Kanunu hükümleri gereği sağlanan haklar dışında kalan zararların ödetilmesi ilkesine” dayandırılmaktadır<sup>39</sup>. Çünkü işçinin bir iş kazasına veya meslek hastalığına uğraması halinde, “sigortalı” olduğu için öncelikle işçiye ve hak sahibine Sosyal Sigortalar Kanununa göre birçok hak ve menfaat kurumca sağlanacaktır. Ancak Sosyal Sigortalar Kurumunca sağlanan hak ve menfaatlerin üzerinde bir takım zararların da söz konusu olabileceği kabul edilmekte ve bunlardan

<sup>37</sup> Krş. 9.HD, 13.11.1984, 8256/9776, Tekstil İşv.D., Mayıs 1985, s.19; 9.HD, 25.06.1990, 4838/7758, YKD, Kasım 1990, s.1642

<sup>38</sup> Geniş bilgi için bkz: İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşçi ve İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, 2. B. LEGAL, İstanbul 2008

<sup>39</sup> HGK, 25.11.1970, 864/650, ÇENBERCİ, s.711; HGK, 28.04.1982, E.981/9-1038, K.982/448; HGK, 06.05.1983, E.983/9-237, K.983/478, Tekstil İşv.D., Eylül 1983, s.18,19,20; 9.HD, 15.03.1988, 614/2979, Tekstil İşv.D., Ağustos 1989, s.22; S.SÜZEK, İş Güvenliği, s.192 vd.; N.ÇELİK, s.140 vd.

Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri uyarınca işverenin sorumlu tutulması mümkün görülmektedir (6098 s.TBK md.57 vd.).

Öyleyse, öncelikle davacının Sosyal Güvenlik Kurumunun iş kazası sigortasından kendisine gelir bağlanmasını istemesi; sonuç alamadığı takdirde Kuruma karşı dava açması; mahkemenin de işvereni maddi tazminata mahkum edebilmesi için, Kuruma karşı açılan davanın sonucunu beklemesi gerekir<sup>40</sup>. Uygulamada, işçinin sigortaca karşılanmayan zararlarından işverenin hiçbir kusuru bulunmaması, istihdam edilenin (işçinin) veya üçüncü kişinin bir eylemi söz konusu olmasa ve olay kaçınılmaz olsa da<sup>41</sup> sorumlu olacağı görüşü (risk teorisi) kabul edilmiştir<sup>42</sup>. Bununla birlikte, bu gibi durumlarda işvereni kusurlu hallerde olduğu gibi zararın tamamından sorumlu tutma olanağının olmadığı; bunun “hak ve nesafet” kurallarına uygun düşmeyeceği, bu nedenle hakim işverenin ödeyeceği tazminatı kuresuzluğu oranında indirebileceği kabul edilmiştir (6098 s. TBK md.51). Hatta, işverenin zarar yaratan tehlike ile hiçbir bağlantısı bulunmuyorsa (illiyet bağı yoksa), risk teorisi uygulanarak işvereni sorumlu tutma olanağı da bulunmamaktadır<sup>43</sup>.

### **bb- Manevi Tazminat**

İşverene yükletilecek hukuki sorumluluğun ikincisi, “manevi tazminat” talebidir. Buna göre işverenin maddi tazminattan sorumlu tutulduğu bazı hallerde, işçinin veya hak sahiplerinin işverenden manevi tazminat isteyebilmesi de mümkündür (6098 s.TBK md.56). Yargıtay’ın bir içtihadı birleştirme kararı, manevi tazminata hükmedilebilmesi için “hukuka aykırı eylem” ile bunun sonucu doğan “zarar” arasında “illiyet bağı” olmasını ve “işçinin cismani zarara uğramasını” yeterli görmektedir<sup>44</sup>. Bir başka deyişle, iş kazasında yaralanan işçinin manevi tazminata hak kazanması için mutlaka kazanma gücünde bir kayba uğraması (sakat kalması) gerekmemekte; işçinin cismani zarara uğraması, acı ve ıstırap çekmesi yeterli görülmektedir<sup>45</sup>. Üstelik, sigortalı işçinin geçirdiği iş kazası sonucu işverenden maddi ve

<sup>40</sup> HGK, İÇt.Bir.Kar., 27.03.1957, E.1957/1, K.1957/3, ÇELİK, s.141-142; 9.HD, 22.12.1994, 13957/18339,Çimento İşv.D., Mart 1995, s.26

<sup>41</sup> Ayrıntılı bir inceleme için bkz: H. KESER, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısıyla Kurumun Yaptığı Harcamalardan Sorumlu Olmasının Koşulları ve Kaçınılmazlık, SİCİL, Haziran 2006, S.2, s.136-147

<sup>42</sup> HGK, 28.10.1983, E.1981/9-929, K.1983/1044, YKD, Mart 1984, s.347; 9.HD, 29.12.1981, 11284/15904,OĞUZMAN, Olaylar-Kararlar, s.344; 9.HD, 13.03.1967, 2341/1970, EGEMEN, 1966-1968, s.236; 9.HD,09.10.1984, 7290/8685, TÜTİS, Ocak 1985, s.25; 9.HD, 04.07.1985, 4294/7382, YKD, Eylül 1986, s.1329

<sup>43</sup> 9.HD, 24.05.1973, 46219/18047, İşveren D., Temmuz 1973, s.14; 9.HD, 24.11.1986, 11103/11609, Tekstil İşv.D., Ağustos 1988, s.18; 9.HD, 14.01.1992, 11606/207, Tekstil İşv.D., Mayıs-Haziran 1992, s.46-47

<sup>44</sup> İBK, 22.06.1966, 7/7, RG, 28.07.1966, 12360; Krş: 21.HD, 28.01.1997, 6807/375, YKD, Temmuz 1997, s.1133

<sup>45</sup> 9.HD, 16.03.1989, 12884/2409, YKD, Eylül 1989, s.1267; 9.HD, 10.02.1994, 9360/1922, YKD, Temmuz 1994, s.1086

manevi tazminat almış olması ve daha sonra ölmesi durumu da, kaza ile ölüm arasında uygun illiyet (sebeup-sonuç) bağlantısının kurulması şartıyla hak sahiplerinin manevi tazminat talebine engel değildir<sup>46</sup>.

Bununla birlikte, manevi tazminat isteme hakkı kural olarak “doğrudan doğruya zarara uğrayan kişiye ait olup, yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler”. Ancak, “bir kişinin cismani zarara uğraması sonucu onun (ana, baba, karı, koca, çocuk gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin kazaya uğrayan yakın kişi büyük ölçüde iş göremez duruma gelmişse), onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir”<sup>47</sup>.

Buna karşılık, manevi tazminatın takdirinde olayın oluş şekli, ölenin yaşı, kusur oranı, manevi tazminata etkili olacak diğer hallerin de göz önünde bulundurulması gerekir<sup>48</sup>. Bu anlamda, uğradığı iş kazasında tam kusurlu olduğu tespit edilen işçi manevi tazminat isteyemez<sup>49</sup>. Bunun gibi, kusurun tamamının işverende olmadığına anlaşılması halinde, talep edilen manevi tazminatın tümüne hükmedilemez<sup>50</sup>. Çünkü, tarafların ekonomik ve sosyal durumunun göz önünde tutularak takdir edilmesi gereken manevi tazminatın, “özendirici” ve “zenginleştirici” olmaması gerekir<sup>51</sup>.

### cc- Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

İşverene yüklenecek hukuki sorumluluğun üçüncüsü, işçinin “destekten yoksun kalan” hak sahiplerine ödenecek tazminattır. Buna göre, bir kimsenin kaza sonucu ölmesi halinde destekten yoksun kalanlar, ölüm yüzünden uğradıkları zararın tazminini isteyebileceklerdir. Türk Borçlar kanunu, işverenin işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri alma (işçiyi gözetme) borcuna aykırı hareket ederek işçinin ölümüne sebebiyet vermesi halinde, onun yardımından (desteğinden) yoksun kalanlara, bu yüzden uğradıkları(maddi ve manevi) zararları tazmin ettirme hakkı tanımıştır (6098 s. TBK. md.53, 54, 417).

<sup>46</sup> HGK, 16.11.1994, E.1994/9-489, K.1994/688, YKD, Ağustos 1995, s.1189; 21.HD, 22.01.1997, 7224/187,YKD, Mayıs 1997, s.780

<sup>47</sup> Olayda “kazazedenin %81 oranında uğradığı maluliyet” nedeniyle “bakıma muhtaç” durumda olması, “eş ve çocuklarına” da uygun miktarda manevi tazminat hükmedilmesini gerektirmiştir; 21. HD, 12.06.2003, 4754/ 5612, ve HGK, 26.04.1995, E.1995/11-122, K.1995/430, Çimento İşv. Ağustos 2003, s.35

<sup>48</sup> 10.HD, 26.04.1988, 3118/5054, Tekstil İşv.D., Mayıs 1989, s.22; 9.HD, 07.02.1995, 14833/2504, Türk Kamu-Sen, Eylül-Aralık 1994/Mart 1995, s.17

<sup>49</sup> 9.HD, 22.02.1973, 28082/2525, İşveren D., Temmuz 1973, s.17; 21.HD, 27.04.1995, 2143/1921, YKD, Ağustos 1995, s.1281

<sup>50</sup> HGK, 13.01.1988, E.987/9-480, K.988/8, Tekstil İşv.D., Ağustos 1988; HGK, 02.12.1987, E.987/9-368, K.987/891, Toprak İşv., Temmuz-Ağustos 1988

<sup>51</sup> HGK, 02.12.1987, E.987/9-368, K.987/891, Toprak İşv., Temmuz-Ağustos 1988; 9.HD, 27.12.1988,12583/12584, YKD, Ağustos 1989, s.1116; 9.HD, 26.01.1994, 7912/12639, YKD, Haziran 1995, s.895

Destekten yoksun kalanlar “mirasçı” olabileceği gibi, ölenin “yardımlarından mahrum kalanlar” da olabilir. Yargıtay bir kararında, hukuki evlilik bağı kurulmasa bile fiili evlilik birliğinde de destekten yoksun kalma tazminatı istenebileceğine hükmetmiştir<sup>52</sup>. Ancak, destekten yoksun kalma tazminatına hak kazanabilmek için sadece “bakım ihtiyacı” yeterli değildir; destekten yoksun kaldığını iddia edenin, ölenin “düzenli ve sürekli” yardımlarından fiilen yoksun kaldığını ispatlamış olması gerekir<sup>53</sup>. Destekten yoksun kalma tazminatı, mirasçılık sıfatından ayrı ve bağımsız bir hak olduğundan, işçinin kaza sonucu işverenden aldığı maddi ve manevi tazminat tutarının, daha sonra ölmesi halinde hak sahiplerince talep edilen destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesini gerektirmez<sup>54</sup>.

## b) İşverenin İdari Sorumluluğu

### aa- İşyerinin Denetim ve Teftişi<sup>55</sup>

Kanuna göre, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerinin uygulanmasının izlenmesi ve teftişi, iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili Bakanlık iş müfettişlerince yapılır (İSGK md.24/1). Öyle ki, daha önce öngörülmemen yetkilerine göre Bakanlık, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği konularında “ölçüm”, “inceleme” ve “araştırma” yapmaya, bu amaçla “numune almaya” ve “eğitim kurumları ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde kontrol ve denetim yapmaya yetkilidir” (İSGK md.24/2). Devletin denetiminin esas amacı, iş kazalarının önlenmesi, meslek hastalıklarının sebeplerinin ortadan kaldırılması, işçilerin güvenli bir ortamda çalışarak verimlerinin artmasının sağlanmasıdır. Böylece Devlet, “önlemek ödemekten kolay ve ucuzdur” anlayışı ile işverenlerin gözetme borcunu bir “kamu düzeni” aracı haline getirmektedir. Zira, işçi sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanmasında sadece işçilerin değil işverenlerin de yararı vardır<sup>56</sup>.

Devletin bu görevin,, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı ihtiyaca yetecek sayı ve özellikte teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yapılır. Teftiş ve denetleme sırasında işverenler, işçiler ve bu işle ilgili görülen başka kişiler, “çağırıldıkları zaman gelmek, ifade ve bilgi vermek, gerekli olan belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek” zorundadırlar. Ayrıca, görevlilere karşı “her türlü kolaylığı göstermek ve bu yoldaki emir ve isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle” yükümlüdürler (İş K.md.92/2). İşverenler ve işveren vekilleri ile işçiler, teftiş sırasında

<sup>52</sup> 9.HD, 08.03.1984, 1330/2509, YKD, Eylül 1984, s.1381

<sup>53</sup> 9.HD, 01.06.1976, 10082/4265, YKD, Ağustos 1978, 1160; 9.HD, 27.06.1994, 5375/ 10126, YKD, Ekim 1994,s.1627

<sup>54</sup> HGK, 25.05.1984, E.1982/9-301, K.1984/619, YKD, Mayıs 1986, s.629

<sup>55</sup> 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında yapılacak teftiş ve incelemelerde, 4857 sayılı Kanununun 92, 93, 96, 97 ve 107 nci maddeleri uygulanır (İSGK md.24/1).

<sup>56</sup> SÜZEK, İş Güvenliği, s.16 vd., 179 vd.; ARICI, s.110 vd.; KÖSEOĞLU, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 2004, s.137 vd.

doğru bilgi vermek, gerçeğe aykırı ifade vermemek zorundadırlar. İşçilerin yetkili makamlara başvurması, haber ve ifade vermeleri nedeniyle, işverenler bunlara karşı farklı ve kötü davranışlarda bulunamaz (İş K.md.96). Aksi halde, “iş hayatının denetim ve teftişi ile ilgili bu hükümlere aykırı” davranan “işveren veya işveren vekilleri” hakkında “yüksek miktarlarda” para cezaları öngörülmüştür (İş K. md.107). Ayrıca, teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişleri, gerekli görmeleri ve istemeleri halinde “zabıta kuvvetlerinden” de yararlanabilirler (İş K.md.97).

Buna karşılık, iş hayatını teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişleri de görevlerini yaparken “işin normal gidişini ve işyerinin işlemlerini aksatmamak, durdurmamak ve güçleştirmemekle” yükümlüdürler. Ayrıca, “işverenin ve işyerinin meslek sırları ve şartları” ile “ekonomik, ticari hal ve durumları hakkında gördükleri ve öğrendikleri hususları tamamen gizli tutmak” zorundadırlar. Bunun gibi, teftiş ve denetlemeye yetkili memurlar, “kendileri tarafından bilgileri ve ifadeleri alınan, yahut kendilerine başvuran veya ihbarda bulunan işçilerin ve başka kişilerin isimlerini ve kimliklerini” gizli tutmakla yükümlüdürler (İş K.md.93; İSGK md.24/2). Aksi halde teftişe “memur” iş müfettişleri, doğacak zararlar nedeniyle “üç aya kadar hapis” ve “para cezası” (TCK md.198) ile “tazminata” (DMK, md.12,13) mahkum olurlar<sup>57</sup>.

Hemen belirtelim ki, İş Kanununda işyerinde yapılan teftişlerle ilgili işyerinde görülen eksiklikler için işverene bir önel verilmesi öngörülmüş değildir. İş Teftiş Tüzüğü<sup>58</sup> de bu konuda bir hüküm içermemektedir. Ancak uygulamada Bakanlık “genelgeleri” ile böyle bir önelin verilebileceği öngörülmektedir. Bu nedenle, iş müfettişlerinin “yakın bir tehlike göstermeyen” eksikliklerin ve mevzuata aykırılıkların giderilmesi için uygun bir önel vermesi mümkündür. Önel verilmeyen hallerde ise işyerlerinde yapılan tespit sonucu suç oluşmuş sayılır ve eksikliklerin sonradan giderilmiş olması da oluşmuş suçu ortadan kaldırmaz<sup>59</sup>.

### **bb- İşyerinde Faaliyetin Durdurulması**

Yapılan teftiş ve denetimler sırasında; bir işyerinin “1-bina ve eklentilerinde 2-yöntem ve şekillerinde 3- iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edilirse”, 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”. Ayrıca daha önce de belirtildiği gibi, çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların

<sup>57</sup> SÜZEK, İş Güvenliği, s.167 vd.; ARICI, s.99

<sup>58</sup> RG, 28.08.1979, 16738

<sup>59</sup> 9.CD, 03.05.1990, 1783, Tekstil İşv.D., Kasım 1990, s.18; 9.HD, 08.02.1993, 105/551, Tekstil İşv.D., Mayıs-Haziran 1993, s.43

olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda da iş durdurulur (İSGK md.25/1).

İşyerini durdurma kararının uygulaması “tehlike giderilinceye kadar” devam eder. Durdurma kararı, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan heyet tarafından, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili iş müfettişinin tespiti üzerine gerekli incelemeler yapılarak, tespit tarihinden itibaren iki gün içerisinde verebilir. Ancak tespit edilen hususun acil müdahaleyi gerektirmesi hâlinde; tespiti yapan iş müfettişi, heyet tarafından karar alınıncaya kadar geçerli olmak kaydıyla tek başına da tedbir olarak işi durdurabilecektir.

Daha önce, “Bölge Çalışma Müdürü” ve “iki müfettiş” ile bir “işçi” temsilcisi ve bir “işveren” temsilcisinden oluşan en kıdemli iş müfettişinin başkanlık ettiği komisyon tarafından verilen “kısmi” veya “tamamen durdurma” veya “kapatma” kararlarını vermeye, bu defa “tek kişinin” tedbir olarak da olsa yetkilendirilmesi akıllarda tereddütler yaratmaktadır. (Yön.md.5,10)<sup>60</sup>. Unutulmamalı ki, Fransız Hukukunda iş sağlığı ve güvenliği nedeniyle işin durdurulması ve işyerinin kapatılması için mahkeme kararına ihtiyaç vardır (CT art.4731-1 et s.). Bu nedenle, yapılan yeni düzenleme bizce isabetli olmamıştır<sup>61</sup>.

Heyetçe verilen işin durdurulması kararı, ilgili mülki idare amirine ve işyeri dosyasının bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğüne bir gün içinde gönderilir. Durdurma kararı, mülki idare amiri tarafından yirmidört saat içinde yerine getirilir. Ancak, tespit edilen hususun acil müdahaleyi gerektirmesi nedeniyle verilen işin durdurulması kararı, mülki idare amiri tarafından aynı gün de yerine getirilir. İşveren, yerine getirildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde, yetkili iş mahkemesinde işin durdurulması kararına itiraz edebilir. İtiraz, işin durdurulması kararının uygulanmasını etkilemez. Mahkeme itirazı öncelikle görüşür ve “altı iş günü” içinde karara bağlar. Mahkeme kararı kesindir, Temyiz edilemez (İSGK md.25/3,4).

Kanunda, durdurma kararı süresi içinde işçilerin ücretlerinin korunması da öngörülmüştür: İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür. İşverenin işin durdurulmasını gerektiren hususların giderildiğini Bakanlığa yazılı olarak bildirmesi hâlinde, en geç yedi gün içinde işyerinde inceleme yapılarak işverenin talebi sonuçlandırılır (İSGK md.25/5,6). Öyle ki, “durdurulan işi izin almadan devam ettiren veya işyerini izinsiz açan işveren veya vekiline” para cezası verilir (İSGK md.26). İşveren için asıl ce-

<sup>60</sup> Bkz: İşyerlerinde İşin Durdurulmasına ve İşyerinin Kapatılmasına İlişkin Yönetmelik, RG, 05.03.2004, 25393

<sup>61</sup> F. DEMİR, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası-17: İşin Durdurulması, GÖZLEM Gazetesi, 05.10.2012-[www.gozlemgazetesi.com](http://www.gozlemgazetesi.com). Aynı görüş, N. CANIKLIOĞLU; s.80

zanın, işyerinin durdurulması nedeniyle ortaya çıkan maliyet yüksekliği olduğuna kuşku yoktur<sup>62</sup>.

### c) İşverenin Cezai Sorumluluğu

#### aa- Ceza Kanunundan Kaynaklanan Sorumluluk

İşverenin cezai sorumluluğunun ilki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundan kaynaklanır<sup>63</sup>. Zira, işverenin yasa ve tüzük hükümleri gereğince alması gereken işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerine aykırı davranarak işçinin iş kazasına uğraması veya meslek hastalığına tutulmasına sebep olması, “tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yol açma suçunu” oluşturur. Birden fazla kimsenin ölümüne ve/veya yaralanmasına yol açma durumunda verilecek ceza arttırılmaktadır (TCK, md.85, 89). Şikayete bağlı ve kusura dayanan (taksirli) suçlarla ilgili bu maddelere göre, işveren hakkında uygulanacak hapis cezası, mağdurun (işçinin) kusuru oranında indirimine tabi tutulur.

Bununla birlikte, işçi sağlığı ve iş güvenliği tedbirlerini alma görevi “işverene” değil “işveren vekiline” ait ise, cezai sorumluluk da işveren vekiline ait olur. Bunun gibi, işyerinde işin bir bölümünü alan alt işveren (taşeron) işçilerinin geçireceği bir iş kazasından da “asıl işveren” değil, “alt işveren” (taşeron) bizzat sorumlu olur. Gerçi İş Kanunu, asıl işverenin alt işverenle “birlikte” sorumluluğunu öngörmektedir (İş K.md.2/6). Ama bu sorumluluk “cezai” değil “hukuki” bir sorumluluktur. Hukukumuzdaki “cezaların kişiselliği” ilkesi, cezai sorumluluğun doğrudan “önlem almakta ihmali görülen” işveren vekiline veya alt işverene ait olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

#### bb- İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile İş Kanunundan Kaynaklanan Sorumluluk<sup>64</sup>

İşverene yüklenebilecek ikinci cezai sorumluluk, 6331 sayılı İş Sağlığı ve güvenliği kanunu ile İş Kanunundan kaynaklanmaktadır. Buna göre, yasa ve tüzük hükümleri ile bu yasa ve tüzük hükümlerine dayanarak çıkarılan yönetmelik hükümlerine aykırı olarak işçi sağlığı ve iş güvenliği için gerekli önlemleri almayan işveren veya işveren vekili hakkında, “alınmayan her iş sağlığı ve güvenliği önlemi için” ayrı ayrı ve her ay için oldukça yüksek tutulan “para cezalarına” hükmolunur (İSGK md.26). Burada sözü geçen “alınmayan her önlem”, başta İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu olmak üzere, her işyerinin ve yapılan işin özelliğine, ağırlık ve tehlike derecesine, kullanılan tesisat, araç, gereç ve maddelerin niteliğine göre ha-

<sup>62</sup> ARICI, s.122; Geniş bilgi için bkz.: SÜZEK, İş Güvenliği, s.253 vd.

<sup>63</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU,2005, s.777. Ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZEN, M./ TOZMAN, Ö: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Ceza Sorumluluğu, SİCİL, Haziran 2008, S.10, s.214-236

<sup>64</sup> Geniş Bilgi İçin bkz: M.AYDEMİR, İdari Para Cezaları, s.104 vd.



zırlanan Yönetmeliklerin (İSGK md.30) her bölümünde yazılı önlemlerdir. Yoksa aynı bölüm içindeki değişik maddelere aykırılık ayrı ayrı suç oluşturmaz, tek bir suç oluşturur<sup>65</sup>.

Bundan başka, işverene yüklenebilecek diğer bir cezai sorumluluk, “en az elli işçinin çalıştığı işyerlerinde” kurulması öngörülen İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının” oluşturulmaması halinde söz konusu olur. Gerçekten, bu kurulların “işyerinde kurulması ve çalıştırılması ile ilgili hükümlere aykırı davranan”, kurullarca alınan kararları uygulamayan, iş güvenliği ile görevli “sertifikalı” mühendis ve teknik eleman yükümlülüğünü yerine getirmeyen, “sertifikalı” işyeri hekimi çalıştırmayan ve sağlık birimini oluşturmayan işveren veya işveren vekiline “para cezası” verilir (İSGK md. 26).

Nihayet, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile İş Kanununa dayanarak çıkarılan Yönetmelik hükümlerine aykırı davranan işverenler için öngörülen para cezaları “adli” değil “idari” niteliktedir. Bir başka deyişle, “özürlü” ve “eski hükümlü” istihdamına ilişkin cezalar dahil bu cezalar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerince verilir. Gereğesi belirtilmek suretiyle ilgililere usulüne uygun olarak tebliğ edilen para cezalarına karşı, tebliğ tarihinden itibaren “yedi gün” içinde yetkili İdare Mahkemesine itiraz edilebilir<sup>66</sup>. İtiraz, idarece verilen para cezasının yerine getirilmesini durdurmaz ve evrak üzerinde yapılan inceleme, kısa sürede sonuçlandırılır. İtiraz üzerine verilen mahkeme kararı kesindir (İş K.md.108/1,2). İdari para cezaları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.

<sup>65</sup> 9.CD, 17.01.1986, 54/265, İşveren D., Nisan 1986, s.17; 9.CD, 09.05.1988, 812/5108, MESS Gazetesi, 01.02.1990

<sup>66</sup> Any. Mah. 08.10.2002, E.2001/225, K. 2002/88 s. kararı



# İŞ GÜVENLİĞİ TEFTİŞİ SULANDIRILMAMALIDIR!

*(Labour Safety Inspection Should Not Be Abused!)*

Müjdat ŞAKAR<sup>\*</sup>

## ÖZET

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunuyla birlikte iş sağlığı ve güvenliği hukuku alanında yeni bir dönem başlamıştır. Ne var ki, Çalışma ve Sosyal Güvenliği Bakanlığı tarafından hazırlanan “İş Teftişi Tüzüğü” ile “İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği” tasarılarının iş sağlığı ve güvenliği ile işin yürütümü denetiminin aynı müfettiş tarafından yapılmasına olanak sağlaması kaygı uyandırmaktadır. Bu tasarılar, teftişi izin koşuluna bağlamakta; ayrıca iş sağlığı ve güvenliği denetimi alanında uzmanlaşmayı da engelleyerek işçilerin yaşamını tehlikeye atmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Denetimi, İş Teftiş Kurulu

## *Abstract*

Law No. 6331 concerning occupational health and safety has heralded a new era in the field of occupational health and safety law. Nevertheless, the regulations of labour inspection and labour inspection board drafted by the Labour and Social Security Ministry is of great concern due to the fact that they allow the social and technical inspection to be carried out by the same inspector. Moreover, these drafts bind the inspection upon the permission condition. Finally, they endanger the lives of the employees by hindering the specialisation in the field of occupational health and safety inspection.

**Keywords:** Occupational Health and Safety, Labour Inspection, Labour Inspection Board

## I. GİRİŞ

Türkiye iş kazalarındaki ölüm sayısı bakımından Avrupa’da birinci, Dünyada üçüncü sıradadır. Üstelik yetersiz SGK istatistiklerine dayanan bu tablo pek çok işkazasını yansıtmamaktadır. Korkarım ki Dünyada da birinci sırada olabiliriz.

Bu durumun sebebi mevzuat yetersizliği değil, “*denetim yetersizliği*”dir. Çünkü Avrupa Birliği yönergeleri tercüme edilip ülkemizde iş sağlığı ve güvenliği

<sup>\*</sup> Prof. Dr., T.C. Marmara Üniversitesi, İktisat Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilimdalı Başkanı

yönetmelikleri olarak uygulanmaktadır. Avrupa da biz de aynı mevzuatı uygularken, onlarda iş kazası sonucu ölümlerin çok düşük bizde ise çok fazla olmasını başka türlü açıklamak mümkün değildir.

30 Haziran 2012 tarihinde yayımlanan 6331 sayılı **İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu** ile yeni bir dönem açıldı ve yeni umutlar yeşerdi diye düşünürken, iş sağlığı ve güvenliği denetimini yapacak uzman müfettiş sayısını arttırmak gerekirken, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığımız tam tersi işlerle meşguldür. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarlığınca, yeni bir **“İş Teftişi Tüzüğü Tasarısı”** ile **“İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği Tasarısı”** hazırlanmıştır.

Halen yürürlükte bulunan “İş Teftişi Tüzüğü” 1979 tarihli olup yeni bir Tüzüğe elbette ihtiyaç vardır. Ancak, hazırlanmış olan “İş Teftişi Tüzüğü Taslağı” içeriğinde, bir kere dahi “iş sağlığı ve güvenliği” kavramına yer verilmemiştir. “İş sağlığı ve güvenliği” ile “işin yürütümü” teftişinin aynı müfettiş tarafından yapılabileceğine dair ifadelerle, “iş sağlığı ve güvenliği” yönünde uzmanlaşmadan vazgeçildiği gibi bir sonuç açığa çıkmaktadır.

Öte yandan **“re’sen teftiş”** yetkisi de ortadan kaldırılmakta, **“izinle teftiş”** sistemi getirilerek, müfettişlerin bazı işverenleri “rahatsız etmesi” engellenmek istenmektedir. Bu durum son derece sakıncalıdır. Bu yazımızda bu sorun üzerinde durmak istiyoruz.

## II. İŞ TEFTİŞİNİN YAPISI BOZULMAMALIDIR!

İş Kanunu’nun 91. maddesinde, Devletin görevleri arasında sayılmış olan çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasının izlenmesi, denetlenmesi ve teftişi ile ilgili ödevin, iş müfettişleri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. 92. maddesinde ise iş müfettişlerinin çalışma esaslarına ilişkin genel düzenlemeye yer verilmiş; bu yönde, çıkarılacak olan “İş Teftişi Tüzüğü” ne yollama yapılmıştır.

İş teftişinin esasları; gerek kurumsal ve gerekse de işleyiş olarak, “İş Teftişi Tüzüğü”nde ve ayrıca “İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği”nce düzenlenmiş; yine bu konuda, “İş Teftiş Rehberi” de bir Bakanlık Genelgesi ekinde yayımlanmıştır.

Konuyla ilgili bir diğer temel düzenleme ise 5690 sayılı Kanun ile kabul edilmiş olan **“Sanayi ve Ticarete İş Teftişi Hakkında 81 sayılı Milletlerarası Çalışma Sözleşmesi”**dir. Sözleşmenin 3. maddesinde, “İş Teftiş” sisteminin vazifeleri “çalışma müddetleri, ücretler, iş emniyeti, işçilerin sağlığı ve refahı, çocuk ve gençlerin çalıştırılması ...” şeklinde belirlenmiştir. Sözleşmenin 9. maddesinde ise **mütehassıslar ile ehliyetli personele** değinilmiştir.

İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, esas olarak, aynı unvan altında görev yapan, ancak mesleğe girişlerinden itibaren **“işin yürütümü”** ile **“iş sağlığı ve güvenliği”** olmak üzere iki ayrı alanda çalışan ve dolayısıyla da bu iki ayrı alanda uzmanlaşmış olan iş

müfettişlerinden meydana gelmektedir. İşin yürütümü konusunda denetim yapan müfettişler işletme, hukuk, maliye, iktisat gibi sosyal bilimler alanında eğitim görmüşlerdir ve **“sosyal iş müfettişi”** olarak anılırlar. İş sağlığı ve güvenliği alanındaki denetimler ise çoğu mühendis kökenli **“teknik iş müfettişleri”** tarafından yapılır. Sosyal iş müfettişlerinin bu alanda denetim yapabilmeleri teknik olarak mümkün değildir.

“İşin yürütümü” ile “iş sağlığı ve güvenliği” alanlarında ayrı ayrı yapılan yarışma sınavlarının neticesinde müfettiş yardımcısı olarak girilen müfettişliğe; yardımcılık süresi sonunda yine “işin yürütümü” ile “iş sağlığı ve güvenliği” alanlarında ayrı ayrı yapılan yeterlik sınavlarında başarılı olunması kaydıyla atanılmaktadır. Müfettişler, sadece mesleğe giriş ve müfettişliğe atanma sürecinde değil; tüm çalışma süreleri boyunca da kendi alanlarında denetimler ve çalışmalar yaparak mesleki gelişimlerini sağlamaktadırlar. Bu kapsamda ve imkânlar elverdiği oranda; maden işyerlerine maden mühendisleri, inşaat işyerlerine inşaat mühendisleri, kimya işyerlerine kimya mühendisleri, elektrik veya mekanik ile ilgili incelemelere de sırasıyla elektrik ve makine mühendisleri giderek, gerekli inceleme ve teftişleri yerine getirmektedir.

Hazırlanmış olan “İş Teftişi Tüzüğü Taslağı” içeriğinde, bir kere dahi “iş sağlığı ve güvenliği” kavramına yer verilmemiş olunması ve gerek müfettiş yardımcılığına giriş sınavının ve gerekse de müfettişliğe atanma açısından yeterlik sınavının tekleştirilmesi dikkat çekicidir. Söz konusu düzenlemeler, denetim standardı olarak geçen bir metinde, “iş sağlığı ve güvenliği” ile “işin yürütümü” teftişinin aynı müfettiş tarafından yapılabileceğine dair ifade ile birlikte değerlendirildiğinde, “iş sağlığı ve güvenliği” yönünde uzmanlaşmadan vazgeçildiği sonucuna ulaştırmaktadır.

Nitekim “İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği Taslağı”nda, iş sağlığı ve güvenliği, artık ayrı bir uzmanlaşmayı içeren müstakil bir bölüm değil; “İş Teftişi” kapsamında, çalışma yaşamını düzenleyen muhtelif mevzuatlar uyarınca yapılacak teftiş faaliyetleri içinde yer alan istihdam, kayıt dışılık, işgücü piyasa uygulamaları gibi başlıklardan sadece birisidir. Ayrıca, “iş emniyeti, işçilerin sağlığı ve refahı, çocuk ve gençlerin çalıştırılması” gibi yaşamsal konuların da özel olarak belirtilmesinden vazgeçildiği görülmektedir.

Teknik iş müfettişlerine sağlanan doğrudan ‘iş güvenliği uzmanı’ olma hakkının, SGK müfettişleri ve sosyal iş müfettişlerine de sağlanmasıyla başlayan bir tartışma, iş güvenliği gibi önemli bir konuyu rant kavgası haline getirmiştir. Yeni düzenlemeleri altında da bu yatmaktadır. Ancak, konunun insan hayatı olduğu unutulmamalıdır<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> “30 Bin Liralık Maaş Ayrıcalığı Bitiyor”, <http://www.turkiyegazetesi.com.tr/ekonomi/110752.aspx>

### III. RE'SEN TEFTİŞ YETKİSİ KALDIRILMAMALIDIR!

Uzmanlığı ve giderek de iş sağlığı ve güvenliği denetimlerinin bütünlüğünü ve bağımsızlığını zedeleyecek bir yapının önerilmesi, kaygı vericidir. 81 sayılı Çalışma Sözleşmesi'nde de vurgulandığı üzere, müfettişin bağımsızlığı son derece önem taşımakta olup; bu doğrultuda, gerekli olması durumunda, re'sen teftiş yapabilme yetkisi de olmalıdır. Nitekim bu husus, mevcut düzenlemede, *“görevli oldukları yerlerde, programlarında bulunmayan, fakat işçi sağlığı ve iş güvenliği yönünden kesin ve ciddi zorunluluk bulunan durumlarda, kendilerinden ve derhal ise el koyarak gereğini yapmak ve durumu grup başkanına bildirmek”* (İş Teftişi Tüzüğü madde 13/C) şeklinde ifade edilmiştir.

Söz konusu hüküm, anılan Taslakta *“görevli oldukları yerlerde, programlarında bulunmayan, ancak, açıkça hukuka aykırı ve telafisi imkansız zararların dogması ihtimali olan durumlarla karşılaştıklarında, grup başkanlığının onayını aldıktan sonra re'sen teftiş yapmak”* (İş Teftişi Tüzüğü Tasarısı madde 10/C) şeklinde değiştirilmiş ve sadece iş sağlığı ve güvenliği kavramı değil, aynı zamanda re'sen teftiş yetkisi de ortadan kaldırılmıştır.

Şüphesiz ki, konuyla ilgili görgü ve bilgiye sahip olmadığı gibi, belki iş güvenliği müfettişi vasfında da bulunmayan, ancak yine de onay makamı olarak tanımlanmış bulunan grup başkanının, hangi kıstaslarla değerlendirme yapacağı hususu belirsiz olup; onaya bağlı olan teftişin ise artık re'sen teftiş olmayacağına bir şüphe bulunmamaktadır.

Re'sen teftiş yetkisinin kaldırılması son derece rahatsız edicidir. Geçmişte bu yetkiye sahip olmalarına rağmen görevini yaparken *“fincancı katırlarını ürküten”* müfettişlerin başına neler geldiği bilinmektedir.

Radikal Gazetesinde çıkan şu habere bakalım: 18 Nisan 2008'de Yalova tersanelerinde çalışan 18 yaşındaki **Hakan Oğuz** adlı işçinin yüksekte düşerek ölmesi üzerine o esnada Tuzla tersanelerini teftiş eden iki müfettiş bölgeye giderler. Yalova tersanelerini denetleyen iki müfettiş, kanuna aykırı taşeron kullanan işverenleri uyarırlar ve bir tersanede 14 ayrı taşeronla bağlı işçilerin işine son verilmesi ve işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi gibi kabul edilmesi ve kadrolu işçilerle aynı haklardan yararlanmaları gerektiğini vurgularlar. Sonuçta, raporlarını bitirip İş Teftiş Kurulu'na teslim eden iki müfettiş hakkında, kendi kendilerine denetim yapıp işvereni rahatsız ettikleri için soruşturma açılır ve uyarı cezası alırlar. Çok geçmeden müfettişlerin *“sözleşmelerini iptal edin”* dediği 14 taşeron şirketten birinde görevli 26 yaşındaki **Sinan Turhan**, ve yine bir taşeron firmanın montaj ustası 36 yaşındaki **İsmail Çakır** iş kazaları sonucunda ölürler. İki müfettişe ceza vermek yerine, raporları dikkate alınsaydı belki Sinan ve İsmail bugün yaşıyor olacaktı<sup>2</sup>. Denetim makamının bu konudaki vebali çok büyüktür.

<sup>2</sup> “Yeni tersane bölgesinde eski tas eski hamam” [http://www.radikal.com.tr/turkiye/yeni\\_terसानe\\_bolgesinde\\_eski\\_tas\\_eski\\_hamam-1002445](http://www.radikal.com.tr/turkiye/yeni_terसानe_bolgesinde_eski_tas_eski_hamam-1002445)

#### IV. SONUÇ

Ülkemizde günde ortalama 4-5 işçimiz iş kazalarında hayatını yitirmektedir. Sürekli iş göremez duruma girenler ile yaralanan işçilerin sayısı ve meslek hastalıkları konusunda ise yeterli kayıt bulunmamaktadır. Durum, son derece vahimdir.

Hayatını kaybedenler şüpheşiz ki bir istatistik verisi değil, insanın ta kendisidir. Böyle bir tabloda, gerek “İş Teftişi”ne ve gerekse de iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak getirilecek her türlü önerinin, konuyla ilgili bir iyileşmeye neden olması beklenmelidir. Oysa hazırlanmış olan “İş Teftişi Tüzüğü Tasarısı” ile “İş Teftişi Kurulu Yönetmeliğı Tasarısı”, iyileştirme getirmek şöyle dursun, “iş sağlığı ve güvenliğine darbe vuracak niteliktedir.

İş sağlığı ve güvenliği teftişine ilişkin kurumun güçlendirilmesinin yanı sıra, bu alandaki uzmanlığın da geliştirilmesi ve güçlendirilmesi gerekir. Her gün yeni teknolojilerin uygulandığı işyerlerindeki gelişmelerle birlikte nükleer santral gibi ülkemiz açısından ilk kez karşılaşacağımız riskler de dikkate alındığında, uzmanlaşma ihtiyacı açıkça görülebilmektedir.

Yapılması gereken, iş güvenliği örgütüne süratle mühendis kökenli teknik iş güvenliği müfettişlerinin alınması ve yetişmiş müfettişlerin kurumda kalmalarının sağlanmasıdır. Hatta iş güvenliği denetimini yürütecek kurumun işin yürütümünü denetleyecek teşkilattan ayrılması ve ayrı bir **İş Güvenliği Denetimi Kurumu** oluşturulması da gerekir.

Konu insan hayatıdır. Müfettişler arası rant kavgası haline getirilmemeli ve konuya bu açıdan değil iş güvenliği açısından bakılmalıdır. Üniversitelerin işletme, kamu yönetimi, maliye gibi bölümlerinden mezun olan kişilerin, iş yerlerini iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş etmesine yetki verilmesi iş teftişini ve iş güvenliğini bitirir. Çünkü eğitim ve iş hayatlarında hiçbir makinenin kullanılması hakkında, kimyasal maddelerin ve inşaatlardaki tehlike hakkında bilgisi olmayan sosyal kökenli müfettiş daha iş yerinden çıkmadan iş kazası meydana gelecektir. Bunun vebali büyüktür.





# İŞVERENİN RİSK DEĞERLENDİRMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ BOYUTU

*(Legal Aspect of Risk Assessment Obligation of Employer)*

N. Binnur TULUKCU \*

## ÖZET

İş kazalarının ve meslek hastalıklarının meydana gelmeden önlenmesi, yaşamsal önem taşır. İş sağlığı ve güvenliği konusunda koruyucu ve proaktif yaklaşımın, telafi edici ve reaktif yaklaşıma tercihen temel alınması, bu amacın gerçekleşmesinde daha etkili olacaktır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da esas itibarıyla bu yaklaşım çerçevesinde işyerlerinde risklerin belirlenmesi, analiz edilmesi ve buna uygun önlemlerin alınabilmesi açısından uygun bir risk değerlendirmesi yapılması en önemli uygulama olarak kabul edilmelidir. Nitekim doğru önlemlerin alınması bu konudaki risklerin doğru tespit edilmesine bağlıdır. Böylece, işyerinde bir tehlikenin gerçekleşmesi halinde, önceden yapılan değerlendirme, derecelendirme ve sonuçlar göz önünde tutulmak suretiyle iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi konusunda gerekli çalışmaların doğru bir şekilde belirlenmesinin ve uygulanmasının daha etkili olacaktır.

**Anahtar kelimeler:** İş sağlığı ve güvenliği, tehlikelerin tanımlanması, risk, risk değerlendirmesi

## *Abstract*

Prevention before the occurrence of occupational accidents and occupational diseases has vital importance. Occupational health and safety in the preventative and proactive approach, compensatory and reactive approach preferably be based, would be more effective in the realization of this objective is clear. No. 6331 Occupational Health and Safety Act substantially framework of this approach in workplaces risk identification, analysis, and accordingly prevention of for establishing an appropriate risk assessment is the most important application must be considered. Indeed, taking the right measures to correct determination of this issue depends on the risk. Thus, it is clear that, the establishment of a hazard if it occurs, the previously conducted reviews, ratings and results to be considered by occupational accidents and occupational diseases in the prevention of the required work correctly determination and implementation.

---

\* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi

**Keywords:** Occupational health and safety, hazard identification, risk, risk assessment

## GİRİŞ

İş Hukukuna hâkim olan işçinin korunması ilkesi, işçilerin iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı korunmasını, işyerinde oluşabilecek her türlü tehlikeye karşı önlem alınmasını ve işçiye sağlıklı ve güvenli çalışma ortamı sağlanmasını gerektirir. Böylelikle işçilerin fizik ve ruh sağlığı korunarak daha verimli çalışmaları sağlanır. İş sağlığı ve güvenliğinin işçiye kişisel olarak sağlayacağı yararların dışında, sosyal ve ekonomik bakımdan da oldukça önemli sonuçları ve yararları vardır. İş sağlığı ve güvenliği hakkı, işçinin sağlık ve yaşam hakkının, çalışma hayatındaki uzantısı olarak görülmekte, kanunlardan ve diğer düzenlemelerden kaynaklanan, devlet tarafından desteklenen ve çeşitli yaptırımlarla korunan bir temel hak olarak kabul edilmektedir.

İş sağlığı ve güvenliği, teknik ve hukuki bir kavram olarak sanayileşme ile birlikte ortaya çıkmıştır. İşyerlerindeki makineleşme ve teknoloji transferi, eskiden doğaya karşı savaşılan insanların artık işletme tehlikelerine karşı mücadele etmesine ve bu alanda koruyucu ve emredici nitelikte önlemler alınmasına yol açmıştır<sup>1</sup>. Sanayide kullanılan yöntemlerin gelişmesi ve bu yolla ulaşılan mekanizasyon, insanın kendi güvenliği açısından üretim üzerindeki egemenliğini azaltmıştır<sup>2</sup>. Bunun sonunda, iş kazalarının sıklık oranı artmış, yeni ve etkin önlemler alınması gereği ciddi bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.

Çalışanların işyeri ortamındaki fiziksel ve kimyasal etmenlerin zararlarına, üretim araç ve gereçlerinin tehlikelerine, kullanılan ham ve yardımcı maddelerin çeşitli zararlı etkilerine maruz kalmaları, işçinin sağlığı ve iş güvenliği sorunlarının temelini oluşturmaktadır<sup>3</sup>. İş sağlığı ve güvenliği, çalışanların üretim faaliyetleri sırasında zarar görmemeleri için yapılan çok yönlü ve sistemli çalışmalar bütünüdür. Dolayısıyla hukukun yanı sıra özellikle tıp ve mühendislik bilimleri ile de ilgili multidisipliner bir alandır<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> **Nuri Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 26.B., İstanbul 2013, s.175; **Sarper Süzek**, İş Hukuku, 9.B., İstanbul 2013, s.853; **Hamdi Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı**, İş Hukuku, 5.B., Ankara 2012, s.1195; **Kadir Arıcı**, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Ankara 1999, s.1-4.

<sup>2</sup> **Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/Emine T. Kaplan-Senyen**, İş Hukuku, Ankara 2011, s.5; Çelik, s.169; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği ile İlgili Genel Bilgiler, Ankara 1993/30, s.17; **Leyla Kılıç**, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara 2006, s.19.

<sup>3</sup> International Labour Office, Encyclopaedia of Occupational Health and Safety, 4th Edition, Geneva, Vol:1, Part:IV, 1987, s.30; **Fatih Yılmaz**, AB ve İş Sağlığı Güvenliği, Ankara 2011, s.7,8; **Tunç Demirebilek**, İş Güvenliği Kültürü, İstanbul 2005, s.8.

<sup>4</sup> **Süzek**, s.855.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin en temel amacı çalışanların korunmasıdır<sup>5</sup>. Çalışanları işyerinin olumsuz etkilerine, iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı koruyarak ruh ve beden bütünlüklerinin sağlanması iş güvenliğinin en başta gelen amacıdır<sup>6</sup>. Bu amacın gerçekleştirilmesi için yapılan işten kaynaklanan tehlikelerin araştırılması ve risk değerlendirmesi yapılması özellikle büyük öneme sahiptir. Böylece işyeri ve yapılan işle ilgili olarak alınması gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemleri belirlenip, uygulanabilir hale gelecektir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerin önleme ve koruma düşüncesi çerçevesinde risk değerlendirmesi uygulaması esas itibarıyla bir temel oluşturmaktadır. Çalışmamızda iş sağlığı ve güvenliğinin uluslararası hukuktaki dayanaklarından kısaca bahsedilecek, risk değerlendirmesi kavramı ve önemi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında işverenin risk değerlendirmesine ilişkin yükümlülükleri ve uygulama usul ve esasları ile buna aykırılığın sonuçları ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

## I. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI HUKUKTA YER ALAN DÜZENLEMELER

Çalışma hayatına ilişkin uluslararası normların temel amacı, işletmelerin gereksinimleri ile işçilerin korunması arasında dengenin sağlanması, iş imkânlarının daha yaygın kitlelere ulaştırılması ve niteliklere uygun arz ve talebin bir araya getirilmesidir<sup>7</sup>. Bu amaçla iş sağlığı ve güvenliğinin uluslararası düzeyde korunması düşüncesi özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında işçilerin iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı etkin bir şekilde korunabilmelerine ilişkin düzenlemelerin yapılması ile belirgin hale gelmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından 1944 yılında Philadelphia'da yapılan konferansta, tüm çalışma alanlarında işçilerin yaşam ve sağlıklarının korunması temel hedef ve amaçlar arasında sayılmıştır.

ILO Anayasası'nın başlangıç kısmında da işçilerin meslek hastalıkları ve iş kazalarına karşı korunması için önlemlerin alınması, sosyal adaletin gerçekleştirilmesi koşulları arasında belirtilmiştir<sup>8</sup>. Ayrıca ILO tarafından iş sağlığı ve güvenliği ile

<sup>5</sup> **Sarper Süzek**, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s.9; **Tankut Centel**, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatı, İstanbul 1997, s.5; İhsan Ulsan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990, s.34.

<sup>6</sup> **Jody Heymann**, Occupational Health Global Inequalities at Work; Work's Impact on the Health of Individuals, Families and Societies, New York, 2003, s.215; **Jorma Rantanen**, Basic Occupational Health Services, Ed.Suvi Lehtinen, 3rd Revised Edition, Helsinki, World Health Organization, Finnish Institute of Occupational Health, 28 September 2007, s.5; The State of Occupational Safety and Health in the European Union-Pilot Study-Summary Report, European Agency for Safety and Health at Work, 2000, s.6.

<sup>7</sup> **Abdülkadir Şenkal**, Sosyal Politika ve Sosyal Standartlar, Kamil Turan'a Armağan, Kamu İş Dergisi, C.7, S.2, 2003, s.222; **Ali Kemal Sayın**, Emek Piyasalarını Düzenleyen Uluslararası Normlar, Sosyal Siyaset Konferansları, 48. Kitap, İÜİF Yayını, İstanbul 2004, s.53.

<sup>8</sup> A. Can Tuncay, Yeni İş Kanunu'nda İş Sağlığı ve İş Güvenliği, İşveren Dergisi, Temmuz 2003, C.41, S.10, s.9; Ali Ekin, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerle Uymamanın Sonuç-

ilgili birçok sözleşme kabul edilmiştir<sup>9</sup>. Bunlar arasında ise, 1981 tarih ve 155 sayılı “İş Sağlığı ve Güvenliği Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme”<sup>10</sup> ile 1985 tarih ve 161 sayılı “İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşme”<sup>11</sup> özellikle önemlidir. 155 sayılı Sözleşme’nin m.7 hükmünde “İş sağlığı ve güvenliği ve çalışma ortamı ile ilgili durum; sorunların tespiti, bunların çözümü için etkin metotların geliştirilmesi, öncelikler ve sonuçların değerlendirilmesi amacıyla, ya top yekûn, ya da belirli alanlar itibarıyla belirli aralıklarla gözden geçirilecektir.” ve 161 sayılı Sözleşme’nin “Görevler” başlığını taşıyan m.5 hükmünde ise “İşyerlerinde sağlığa zararlı risklerin tanımlanması ve değerlendirilmesi” ifadelerine yer verilmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin m.22 hükmü ile de işçilere iş sağlığı ve güvenliği hakkı tanınmaktadır<sup>12</sup>. Bu düzenlemeye göre, “Herkesin, toplumun bir üyesi olarak sosyal güvenliğe hakkı vardır. Ulusal çabalarla ve uluslararası işbirliği yoluyla ve her devletin örgütlenmesine ve kaynaklarına göre, herkes onur ve kişiliğinin serbestçe gelişimi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların geliştirilmesi hakkına sahiptir.”.

Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı’nın “Güvenli ve Sağlıklı Çalışma Koşulları” başlıklı m.3 hükmünde ise, sözleşmeciler tarafların, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere, güvenlik ve sağlık alanında düzenlemeler yapmayı, gözetim önlemleri ile bu düzenlemelerin uygulanmasını sağlamayı, gerektiğinde iş sağlığı ve güvenliğini geliştirmeyi amaçlayan önlemler konusunda çalıştıranların ve çalışanların örgütlerine danışmayı üstlenecekleri hüküm altına alınmıştır<sup>13</sup>. 03.05.1996 tarihinde yürürlüğe giren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nda ise, daha önce belirtilen haklarda bazı değişikliklerle yapılmak suretiyle, hakların kapsamı genişletilmiştir<sup>14</sup>. Bu düzenleme, Türkiye tarafından 27.09.2006 tarihinde 5547 sayılı Kanun ile onaylanmış-

ları (İşveren Açısından), Konya 2010, s.35; Özgür Oğuz, AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul 2011, s.29; **Kılıç**, s.29.

<sup>9</sup> İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kabul edilen ILO sözleşmeleri arasında doğrudan ilgili olanlar, 15, 35, 42, 81, 102, 115, 119, 127, 155 ve 161 sayılı sözleşmelerdir.

<sup>10</sup> RG. 13.01.2004, 25345. Ayrıntılı bilgi için bkz. **M. Bülent Alpar**, İş Sağlığı ve İş Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 Sayılı ILO Sözleşmesi İle İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı, C.7, S.2, Ankara 2003, s.843.

<sup>11</sup> RG. 13.01.2004, 25345.

<sup>12</sup> Türkiye tarafından 10.12.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>13</sup> Türkiye tarafından 16.06.1989 tarih ve 3581 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş (RG. 04.07.1989, 20215); 07.08.1989 tarih ve 14434 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla da onaylanmıştır (RG. 14.10.1989, 20312).

<sup>14</sup> **Nurseli Tarcan**, Avrupa Sosyal Şartı’ndan, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’na, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, Aralık 2006, s.219; **Ahmet Selamoğlu/Kuvvet Lordoğlu**, Katılım Sürecinde Avrupa Birliği ve Türkiye İşgücü ve İstihdamın Görünümü, Ankara 2006, s.12.

tır<sup>15</sup>. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda, Avrupa Sosyal Şartı'nda (ve ek protokollerle) teminat altına alınan haklara 8 yeni hak eklenmiş, ancak Avrupa Sosyal Şartı'nın geleneksel yapısı da korunmuştur. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın oluşturulması, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nı ortadan kaldırmamıştır, Şart halen mevcut olup, onaylayan devletleri bağlamaktadır. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak Şart'ın I. Bölüm'ünde tarafların, ulusal ve uluslararası nitelikteki tüm uygun yollarla düzenlenen hak ve ilkelerin etkili bir biçimde gerçekleştirilebileceği koşullara ulaşmayı politikalarının amacı saydıkları belirtilmiş, bu hak ve ilkeler arasında da, "tüm çalışanların güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkı vardır" ifadesine yer verilmiştir (m.3). Uluslararası alanda yer alan tüm bu düzenlemeler, iş sağlığı ve güvenliğinin önleyici ve koruyucu amacının gerçekleşmesinde önemli bir basamak niteliği taşıyan risk değerlendirme çalışmaları açısından da genel anlamda temel niteliğine sahiptir.

Avrupa Birliği Hukuku'nda ise, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önemli ve ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır<sup>16</sup>. Nitekim Birliğin temel amaçları arasında, iş sağlığı ve güvenliğinin tüm üye ülkelerde en üst düzeyde sağlanması da ifade edilmiştir. Birliğin 80/1170 ve 89/391 sayılı çerçeve direktifleri, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi için hakkın kapsamını geniş olarak ele almış ve sosyal çevre, iş organizasyonu, monotonluk, stres gibi etkenlere de yer vermiştir. Özellikle işçilerin iş ilişkisinin devamı sırasında sağlık ve güvenliklerinin iyileştirilmesi için önlemler alınmasına ilişkin hükümlere yer veren 89/391 sayılı Direktif'te, ayrıca bazı özel risklerin korunmasına yönelik olarak da bireysel Direktiflerin çıkarılması öngörülmüştür (m.16). Direktif, işçilerin üretim araç ve yöntemleri ile koruyucu donanımları doğru kullanmalarını, çıkartmamalarını, rastgele değiştirmemelerini, ciddi ve acil tehlikelerden işvereni veya iş sağlığı ve güvenliği temsilcisini derhal haberdar etmeleri gerektiğini, bu temsilcilerle işbirliği içinde olmalarını, çalışma ortam ve koşullarının güvenli olması konusunda iş sağlığı ve güvenliği temsilcisi ile işverene yardımcı olmakla yükümlü olduklarını hükme bağlamıştır (m.13). İşverenlerin ise

<sup>15</sup> RG.03.10.2006 T., 26308 S.. **Mesut Gülmez**, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na Uyum Sağlayabilecek miyiz?, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/1, s.29. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aynı yazar, Türkiye'nin İnsan Hakları Belgelerini Onaylama Politikası, İnsan Hakları Yıllığı, C. 13, 1991, s. 103-138; İnsan Hakları Sözleşmelerini Onay Politikasında Bir Sapma: Sendikal Haklar Sözleşmelerinin Onaylanması, Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara, 2000, s. 465-500, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye'nin Çekinceleri, Türk-İş, Ek, Temmuz-Ekim 2006, S.373, s 4-10; Avrupa Sosyal Şartı'na Genel Bir Bakış ve Türkiye, İnsan Hakları Yıllığı, C.12,1990, s.91 vd.; Geliştirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi ile Yeni Avrupa Sosyal Şartı, Prof. Dr. Metin KUTAL'a Armağan, Ankara 1998, s.328; Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kolokyumu, TODAİ Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 1993, s.19 vd.; **Metin Kutal**, "Avrupa Sosyal Şart ve Türkiye'nin Onayı", İktisat ve Maliye Dergisi, C.36, S.12, 1989, s.493.

<sup>16</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Can Tuncay, Avrupa Birliği'ne Üyelik Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyumu ve Yeni Yönetmelikler, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri Semineri, 24 Şubat 2004, İstanbul, s.23-37.

iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin sorumlulukları çerçevesinde çalışanları korumak, mesleki tehlikeleri önlemek, bilgilendirmek, eğitim ve kurumsal gereklilikler için her türlü önlemi almakla yükümlü oldukları, Direktif'te özellikle ifade edilmiştir (m.6)<sup>17</sup> <sup>18</sup>. Direktif, risk değerlendirmesine ilişkin düzenlemeye ise, önce “İşverenin genel yükümlülükleri” başlığını taşıyan 6. maddenin 3. fıkrasında yer vermiştir. Buna göre, “Bu Direktifin diğer hükümlerine hâle getirmeksizin, işveren işyerindeki veya kuruluşundaki faaliyetlerin yapısını göz önünde tutarak:

(a) Kullanılan kimyasal maddeler veya terkipler, iş makineleri seçimi, işyerlerinin uygunluğu yönünden işçi sağlığı iş güvenliği tehlike değerlendirmesi yapacak; Bu değerlendirme sonucunda uygulanan önlemler ve üretim metodları:

- İş sağlığı iş güvenliği koruma düzeyini yükseltmelidir,
- İşletmenin tüm hiyerarşik düzenine entegre olması gereklidir.”.

Bu hükmün dışında, m.9/1,a ve b'de de özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hükümde ise, işverenin muhtelif yükümlülükleri arasında “İşçi sağlığı iş güvenliği risk değerlendirmesi yapacak, tehlikeye maruz kalacak işçi gruplarını bilecektir.” ve “Koruyucu tedbirlerin alınmasına, gerektiğinde koruyucu malzemelerin kullanılmasına karar verecektir.” ifadelerine yer verilmiştir.

<sup>17</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Lütfi** İnciroğlu, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşçi ve İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, İstanbul 2008, s.39-48; **Fuat Bayram**, Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatımıza Hakim Olan İlkeler, Legal İHSGHD., 7/2005, s.1105, 1106; Özlem Özkılıç, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatında İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü ve Risk Değerlendirme Uygulamaları, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/6, s. 57,58.

<sup>18</sup> 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Genel Gerekçesi'ne göre “Ülkemiz; Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) “İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Sözleşme”sini 5038 sayılı Kanunla ve “İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin 161 sayılı Sözleşme”sini ise 5039 sayılı Kanunla onaylamıştır. Onaylanan bu sözleşmelerde, çalışma hayatına ilişkin milli mevzuatımızda yer alan hükümlerden daha kapsamlı olarak; sözleşmelerin kamu hizmetleri de dâhil bütün ekonomik faaliyet kollarına uygulanacağı, çalışanlar teriminin istihdam edilen bütün kişileri kapsamaması, işyerlerinde sağlığa zararlı risklerin tanımlanması ve değerlendirilmesi zorunluluğu gibi birçok husus mevcut mevzuatımızın güncellenmesini gerektirmiştir. Diğer yandan Avrupa Birliği üyelik sürecinde ulusal taahhütlerimiz doğrultusunda yürüttüğümüz Avrupa Birliği müktesebatının uyumlaştırılması çalışmaları da ülkemizde iş sağlığı ve güvenliği konusunda daha kapsamlı bir yasanın hazırlanmasını zorunlu kılmıştır. Bütün bu nedenlere ilişkin olarak ülkemizde iş sağlığı ve güvenliği koşullarını düzenleyen müstakil İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu; 30.06.2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu; bu alanda Avrupa Birliği'nin 1989 yılında kabul ettiği 89/391/EEC sayılı çerçeve Direktifi ile; gerek kapsam (tüm çalışanları içerecek şekilde) ve istisnalar gerekse sürekli iyileştirme ve önleyici yaklaşımın benimsenmesi anlamında uyumludur.”.

## II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDE RİSK DEĞERLENDİRMESİ KAVRAMI VE ÖNEMİ

İş sağlığı ve güvenliği, tarihsel süreç içerisinde değişik aşamalardan geçerek günümüzdeki bilimsel anlamını kazanmıştır. Birçok uzmanlık alanında yapılan çalışmalar sonucunda bir bilim dalı haline gelen iş sağlığı ve güvenliği, üretim aşamasında ve toplum yaşamında oluşan değişimlere bağlı olarak gelişim göstermiştir. Sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışma ihtiyacı insanlık tarihi kadar eskidir. Ancak bunun bir sosyal ihtiyaç olarak ortaya çıkmasına, sanayileşme ile başlayan fabrika tipi üretim sürecinde ekonomik ve hukuki olarak bir başkasına bağlı olarak çalışan işçi kitlesinin varlığı sebep olmuştur<sup>19</sup>. İşverenlerin üretimi artırma ve ucuz işgücü sağlama düşüncesi ve işçilerin geçimlerini sağlamak için uzun süre çalışmaları, kötü çalışma koşullarının ve iş kazası ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Özellikle kadın ve çocuk işçiler, düşük ücretle hiçbir güvenlik önlemi alınmadan ağır koşullarda çalıştırılmışlardır. Çalışanların işyerindeki fiziksel ve kimyasal etmenlerin zararlarına, üretim araç ve gereçlerin tehlikelerine, kullanılan ham ve yardımcı maddelerin çeşitli zararlı etkilerine maruz kalmaları işçilerin iş sağlığı ve güvenliği sorunlarının temelini oluşturmaktadır.

İş sağlığı kavramı, işçinin sağlığının korunmasını konu alan bütün çalışmaları içeren kapsamlı bir kavramdır<sup>20</sup>. Çalışan kişinin çalışma koşulları ile kullanılan araç ve gereçlerden doğabilecek tehlikelerden arınmış veya bu tehlikelerin en aza indirildiği bir iş çevresinde huzurlu bir şekilde çalışabilmesi gerekir. İş sağlığı açısından sadece vücudun beden olarak sağlıklı bulunması yeterli değildir. Beden sağlığının yanı sıra, işçinin ruh sağlığı da korunmalıdır. İş sağlığı, işçinin bedensel ve ruhsal tam iyilik halidir. İşçiyi yaptığı işinden dolayı oluşabilecek sağlık problemlerine veya meslek hastalıklarına karşı korumak için alınan her türlü önlem, iş sağlığının kapsamına girer.

İş güvenliği, işçinin teknik özellikli risklere karşı korunmasını sağlar. Teknik bilgi ve tedbir ile korumanın sağlanacağı risklerin belirlenmesi ve bunlar karşısında ne gibi koruma tedbirlerinin alınabileceği iş güvenliğinin konusunu oluşturur<sup>21</sup>. İşin görülmesi sırasında işçinin karşı karşıya kaldığı işletme tehlikesi sonucu meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıklarından işçinin korunması için gereken teknik

<sup>19</sup> **Bülent Piyal**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Uyum Sorunu, Ankara 2009, s.115,116; **Yılmaz**, s.2,3; **Ekın**, s.27,28; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s.1195.

<sup>20</sup> **Kenan Tunçomağ/Tankut Centel**, İş Hukukunun Esasları, 5.B., İstanbul 2008, s.128,129; **Murat Demircioğlu/Tankut Centel**, İş Hukuku, 12.B., İstanbul 2007, s.154; **Ekın**, s.21; **Namık Kemal Özdemir**, İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul Barosu Yayınları, Şubat 2004, s.21; **Arıcı**, İş Güvenliği, s.50; Kılıç, s.19.

<sup>21</sup> İhsan Ulsan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990, s.34; Süzek, İş Güvenliği, s.61; **Arıcı**, İş Güvenliği, s.50; **Özdemir**, s.121; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s.1195; **Demircioğlu/Centel**, s.155.

ve hukuki önlemlerin alınması gerekir. İş sırasında kullanılan tüm araç ve gereçlerin kullanımından ve varlığından doğabilecek bir takım riskler söz konusudur. Bu risklerin ve bunlara karşı alınacak tedbirlerin tespiti büyük öneme sahiptir. İş sağlığı, sağlıklı bir çalışma ortamı için gerekli sağlık kurallarını içerirken, iş güvenliği işçinin yaşamına ve vücut bütünlüğüne yönelik tehlikelerin ortadan kaldırılmasını amaçlar. Dolayısıyla, iş sağlığı ve güvenliği kavramları, istenen amacın gerçekleştirilmesi için birbirini tamamlamaktadır.

İş sağlığı ve güvenliği, bir bütün olarak değerlendirilecek olursa, işin görülmesi sırasında oluşabilecek tehlikelere karşı, işçinin yaşamı ve sağlığının korunması ve çalışma ve dinlenme süreleri dâhil tüm çalışma koşullarının düzenlenmesini kapsar<sup>22</sup>. Bununla beraber, günümüzde bu tanım yeterli bulunmayıp, geniş bir şekilde yorumlanmaktadır. Buna göre, iş sağlığı ve güvenliği kavramına işçinin sağlığını ve güvenliğini etkileyen ve ilgilendiren işyeri dışından kaynaklanan riskler de dâhil edilmektedir. İş ilişkisinin sosyal niteliğinden dolayı devletin, çalışma ilişkisinin işçinin yararına kurulması ve geliştirilmesi için tüm imkânları kullanması gerekir. İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi için, işyerlerinde işin yürütülmesi sırasında çeşitli nedenlerden kaynaklanan sağlığa zarar verebilecek koşullardan korunmak amacıyla yapılan sistemli ve bilimsel çalışmalara yönelik düzenlemeler yapılmalıdır<sup>23</sup>.

Ülkelerin sanayileşmesine paralel olarak, işçilerin sağlık ve güvenlik içinde çalışmalarının sağlanması çözümü gereken en önemli sorunlardan biridir<sup>24</sup>. Toplumun tüm bireylerinin yararlandığı sanayileşmenin ve teknolojik gelişmelerin bedelini çalışanlara ödetmeme düşüncesi, çağdaş toplumların başlıca amaçlarındanıdır. İş hukukunun temel amacı işçilerin yaşamlarını ve beden bütünlüklerini korumaktır. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerin temel amaçları da, çalışanları korumak, üretim ve işletme güvenliğini sağlamaktır. Bir işyerinde üretim güvenliğinin sağlanması, beraberinde verimin artmasına sebep olur ve bu durum ekonomik açıdan önemlidir. Aynı zamanda işyerinde çalışan işçilerin korunmasıyla iş kazaları ve meslek hastalıkları sonucu ortaya çıkan işgücü ve işgünü kayıpları azalır, dolayısıyla üretim korunur ve daha sağlıklı ve güvenli çalışma ortamında iş veriminde artma olur. İşyerinde alınan tedbirlerle iş kazalarından ve sağlıksız ve güvensiz çalışma ortamından dolayı doğabilecek makine arızaları ve devre dışı kalmaları, patlama olayları, yangın gibi işletmeyi tehlikeye düşürebilecek durumlar ortadan kalkacağından, işletme güvenliği de sağlanmış olur<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Öner **Eyrenci/ Savaş Taşkent/ Devrim Ulucan**, Bireysel İş Hukuku, 3.B., İstanbul 2006, s.264; **Centel**, s.267; **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s.1195,1196.

<sup>23</sup> **Tunçomağ/Centel**, s.128; **Arıcı**, İş Güvenliği, s.51; **Kılıç**, s.21; **Süzek**, s.855,856.

<sup>24</sup> **Serkan Odaman**, İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri ile Uluslararası Standart, Legal İHSGHD., 2006/11, s.881; **Oğuz**, s.21.

<sup>25</sup> Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği ile İlgili Genel Bilgiler, Ankara 1993/30, s.17,18.



İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçi çeşitli zarar ve mağduriyetlerle karşı karşıyadır. İşçi iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda uzun süren ve acı veren bir tedavi sürecine katılmak zorunda kalabilir<sup>26</sup>. Bu tedavi sırasında işçiye ödenen geçici işgöremezlik ödeneği, normalde aldığı ücretin altındadır ve işçi açısından gelir kaybına yol açmaktadır. Yapılan tedaviye rağmen işçi, sakat kalabilir, çalışma gücünü tamamen veya kısmen kaybedebilir. İş sağlığı ve güvenliğinin sosyal ve insani boyutunun yanında, ekonomik boyutu da önem taşır. İş kazası ve meslek hastalıklarının ekonomiye verdiği zararlar da vardır. Maliyetlerin artması, verimliliğin ve iş motivasyonunun azalması, yüksek tazminatların ödenmesi, işletmeler düzeyinde ve dolayısıyla milli ekonomiye önemli zararlar vermektedir. Sanayileşmenin ortaya çıkardığı üretim sistemleri ve teknikleri sebebiyle pek çok insan iş kazası ve meslek hastalığı yüzünden çalışma hayatından uzaklaşmak zorunda kalmıştır<sup>27</sup>.

Belirtilen tüm bu hususlar göz önünde tutulduğunda, iş kazalarının ve meslek hastalıklarının meydana gelmeden önlenmesi, yaşamsal önem taşır. İş sağlığı ve güvenliği konusunda koruyucu ve proaktif yaklaşımın, telafi edici ve reaktif yaklaşıma tercihen temel alınması, bu amacın gerçekleşmesinde daha etkili olacağı açıktır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da esas itibarıyla bu yaklaşım çerçevesinde işyerlerinde risk değerlendirmesinin yapılması, çalışanların görüşlerinin alınması suretiyle yönetime katılımlarının sağlanması, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli çalıştırılarak iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi, organizasyon oluşturulması, çalışanların işyerindeki tehlikeler konusunda bilgilendirilmesi, çalışanlara eğitim verilmesi, koruma ve önleme bilincinin yerleştirilmesi, sağlık gözetimlerinin yapılması, iş sağlığı ve güvenliği koordinasyonunun sağlanması, acil durum planları hazırlama, yangınla mücadele ve ilk yardım-tahliye ile ilgili önlemlerin alınması gibi önemli düzenlemelere yer verilmiştir.

Önleyici ve koruyucu iş sağlığı ve güvenliği anlayışı bir bütün olarak farklı aşamaları kapsamına rağmen öncelikle işyeri ve iş ile ilgili olarak uygun bir risk değerlendirmesi yapılması, bu kapsamda riskin belirlenmesi, analiz edilmesi ve buna uygun önlemlerin alınabilmesi açısından uygun bir risk değerlendirmesi yapılması en önemli uygulama olarak kabul edilmelidir. Nitekim doğru önlemlerin alınması bu konudaki risklerin doğru tespit edilmesine bağlıdır. Böylece, işyerinde bir tehlikenin gerçekleşmesi halinde, önceden yapılan değerlendirme, derecelendirme ve sonuçlar göz önünde tutulmak suretiyle iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi konusunda gerekli çalışmaların doğru bir şekilde belirlenmesinin ve uygulanmasının daha etkili olacağı açıktır.

<sup>26</sup> **Süzek**, s.854.

<sup>27</sup> **Çelik**, s.1174,175; **Süzek**, s.854,855; **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s.1195; **Nüvit Gerek**, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Yayını, 2000, s.3; **Yusuf Alper**, İş Sağlığı ve Güvenliği İçin Politika Oluşturma ve Uygulama, İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi, Y.5, S.25, Mayıs-Haziran 2005, s.16; **Salih Dursun**, İş Güvenliği Kültürü, İstanbul 2012, s.7.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin işverenin yükümlülüklerinin gereği alınacak önlemlerin belirlenmesi sürecinde, yapılan işin, kullanılan araç, gereç, donanım ve maddelerin, işyerinin, işin yürütüm esasları somut olarak değerlendirilmesi gerekir. Ön araştırma ve değerlendirme safhasında, risk değerlendirmesinin mutlak suretle yapılması gerekmekte, böylece uygun önlemlerin seçilmesi ve uygulanması mümkün olabilecektir.

Çalışma ortamının ve çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında ve devamında, risk değerlendirmesi yapılması zorunludur<sup>28</sup>. Bu kapsamda İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun "İşverenin genel yükümlülüğü" başlığını taşıyan m.4/1,c hükmünde işverenin risk değerlendirmesi yapma veya yaptıрма yükümlülüğü ifade edilmiş, m.10'da ise "Risk değerlendirmesi, kontrol, ölçüm ve araştırma" başlığı altında da özel olarak düzenlenmiştir. Kanun'a göre risk değerlendirmesi, "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 tanımlanmıştır (m.3/1,ö).

Kanun'un gerekçesinde ise, risk değerlendirmesinin amacı ve önemi ayrıca ifade edilmiştir. Buna göre, "İş sağlığı ve güvenliğinin yeni ve gelişen yaklaşımı olan, risk bazlı yaklaşımının temelini oluşturan ve işyerlerinin kendine has iş sağlığı ve güvenliği koşullarının değerlendirilmesi ve önlemlerin bu durumlar göz önünde bulundurularak belirlenmesini sağlayan risk değerlendirmesi yapılması yükümlülüğü işverene Avrupa Birliğinin 89/391 EEC sayılı Direktifi ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 161 sayılı Sözleşmelerine de paralel olarak getirilmiştir. Alınacak güvenlik tedbirleri ve kullanılacak koruyucu ekipman, işveren tarafından yapılacak veya yaptırılacak risk değerlendirmesi sonuçlarına göre işyerinde var olan tehlikelerin bertaraf edilmesi, doğacak risklerin önlenmesi veya en az düzeye indirilmesi için belirlenecektir. Risk değerlendirmesi neticesinde belirlenecek yöntemlerin istenen sonuçlara ulaşabilmesi için her kademedede rahatlıkla uygulanabilir olması ve mevcut iş sağlığı ve güvenliği düzeyini sürekli iyileştirecek şekilde yapılandırılmış olması gerekmektedir. İşyeri bazlı yapıyor olması, durum analizine dayanması ile hayata geçirilebilecek önlemler gibi uygulama konularının işverene bırakılması risk değerlendirme yaklaşımının temel özelliğidir. Bu değerlendirme yapılırken dikkat edilmesi gereken hususlar ve özel politika gerektiren kişiler ile ilgili yapılması gereken ek çalışmalar aktarılmış, bu sayede bu kişi ve hususların risk değerlendirmesi

<sup>28</sup> **Aydın Başbuğ**, İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, Ankara 2013, s.55; Şükran **Ertürk**, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012/27, s. 14; **Gülsevil Alpagut**, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, TİSK, 25 Nisan 2012, Ankara, s.28; **aynı yazar**, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı'nda İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi, TİSK İşveren Dergisi, 2012/50, s.101,102; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s.1208,1209; **Süzek**, s.874.

çalışmalarındaki önemi vurgulanmıştır. Ayrıca yapılacak risk değerlendirmelerine destek olacak ve sürekli iyileştirmeye olanak sağlayacak kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılması da işveren yükümlülük olarak verilerek iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yönetsel ve sistemsel yapısının güçlendirilmesi amaçlanmıştır. Ülkemizdeki iş kazası ve meslek hastalıklarının sık yaşandığı bazı sektörlere ait özel düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemede çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı işyerleri veya büyük endüstriyel kazaları olabileceği işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılmaması, 21 inci maddeye göre işin durdurulması yaptırımına bağlanmıştır.”

Kanun'da ve gerekçede risk değerlendirmesi yapılmasının önemi açıkça belirtilmiş olmakla birlikte, uygulamada bunun yapılmasına ilişkin doğru usul ve esasların uygulanması da elbette doğru sonuca ulaşmada büyük öneme sahiptir<sup>29</sup>. Nitekim böyle bir değerlendirmenin yapılabilmesi her şeyden önce teknik bir nitelik taşımakta, işe ve işyerine ilişkin özelliklere göre farklılıklar arz edebilmekte, hiç veya gereği gibi yapılmaması, iş sağlığı ve güvenliğinin önleyici fonksiyonunu ortadan kaldırmakta ve bir takım hukuki ve cezai yaptırımlara yol açabilmektedir. İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden yapılacak risk değerlendirmesinin usul ve esaslarını düzenlemek üzere “İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği” yürürlüğe girmiştir<sup>30</sup>.

### III. RİSK DEĞERLENDİRMESİNİN UYGULANMASI

#### 1. Risk Değerlendirmesine İlişkin Yükümlülüğün Uygulama Kapsamı

##### a) Genel Olarak

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda düzenlenen risk değerlendirmesine ilişkin yükümlülük genel olarak Kanun'un uygulama alanı kapsamındaki işverenler hakkında uygulanacaktır<sup>31</sup>. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinde “Kapsam ve İstisnalar” başlığı altında uygulama alanı düzenlenmektedir. Buna göre, “(1) Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işve-

<sup>29</sup> **Nurşen Caniklioğlu**, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Ankara 2012, s.38,39; **Fatih Yılmaz**, Risk Değerlendirmesinde Yöntem Tartışması, Toprak İşveren Sendikası Dergisi, 2010/86, s.1 vd.; **aynı yazar**, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşveren ve Çalışanların Yükümlülükleri, Toprak İşveren Dergisi, 2013/97, s.13,14; **Cem Kılıç**, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Getirdiği Yükümlülükler ve İşgücü Piyasalarına Etkileri, TİSK İşveren Dergisi, 2013/51, s.70.

<sup>30</sup> RG.29.12.2012, 28512. Yönetmelik hakkında değerlendirme için bkz. **Levent Akın**, Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak Üzerine Bir Değerlendirme), Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012/25, s. 33 vd.

<sup>31</sup> Yönetmeliğin 2. maddesine göre “Bu Yönetmelik, 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamındaki işyerlerini kapsar.”

renleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.

(2) Ancak aşağıda belirtilen faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz:

a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindekiiler hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri.

b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri.

c) Ev hizmetleri.

ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar.

d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri.”.

Kapsamı belirleyen bu düzenlemede, işin ve işyerinin kamuya ya da özel sektöre ait olmasının önemli olmadığı açıkça ifade edilmiştir<sup>32</sup>. Uygulama alanı içinde yer alan işverenin yükümlülüklerini Kanun'un kapsamında yer alan çalışanlar hakkında yerine getirmesi gerekmektedir. Hükümde, Kanun'un çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere yaptıkları işin niteliğine veya konusuna bakılmaksızın tüm çalışanlar hakkında uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla belirtilen istisnaların dışındaki kişileri çalıştıran işverenlerin risk değerlendirmesi yapma ve yaptıрма yükümlülüğü söz konusu olacaktır.

İşverenin risk değerlendirmesi yükümlülüğünün işyerine ilişkin özel olarak kapsamının belirlenmesi hakkında ise, Kanun'da veya Yönetmelik'te açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak çalışma ortamında çalışanların karşılaşma ihtimali olan tehlikelerin sınıf ve derecesine göre, risk değerlendirmesinin orantılı bir şekilde farklılık göstermesi mümkün olmalıdır. Nitekim İSGK.m.25/1'de "...Ayrıca 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 durdurulur." hükmüne yer vermek suretiyle, işin tehlike sınıf ve derecesinin ağırlığı göz önünde tutularak,

<sup>32</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun kapsamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Saim Ocak**, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Taraflara Getirdiği Yükümlülükler, İş Sağlığı ve İş Güvenliğine Hukuki Bakış Paneli, İstanbul 2012, s.112-117; **aynı yazar**, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun İstihdama Etkisi, Legal İHSGHD., 2013/37, s.79,80; **Z. Gönül Balkır**, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012/28, s.24; **Murat Demircioğlu/Hasan Ali Kaplan**, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2013/30, s.7.

belirli nitelikteki işlerde ve işyerlerinde risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğüne uymamanın sonucu farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Nitekim iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin alınması ve uygulanması bir süreç olduğu için, risk değerlendirmesi de bu süreç içerisinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin planlanmasında özellikle hazırlık aşamasını oluşturduğu kabul edilmelidir<sup>33</sup>. Ancak bu değerlendirmenin kapsamı belirlenirken “orantılılık ilkesi” gereğince, çalışanların karşılaşılabilecekleri tehlikelerin ağırlığına göre farklılıkların ortaya çıkması mümkündür. Bu husus, 89/391 sayılı Direktif’te yer alan “İşçi sağlığı iş güvenliği risk değerlendirmesi yapacak, tehlikeye maruz kalacak işçi gruplarını bilecektir.” (m.9/1,a) hükmü ile esas itibarıyla belirlenmiştir. Risk değerlendirmesinin amacına ulaşabilmesi için, işyerinde yürütülen faaliyetin ve işyerine ilişkin koşulların bir bütün olarak ele alınması gerekli olmakla birlikte, bu değerlendirme de kendi içinde aşamalardan meydana geldiği için, ilk değerlendirmelerden sonra kapsamın kendi içinde daralması mümkündür. Böylece, çalışan tarafından yürütülen işin özellikleri, tehlikelilik derecesi dikkate alınmak suretiyle, değerlendirmenin kapsamı açısından orantılılık ilkesi uygulama alanı bulabilecektir.

Risk değerlendirmesinin kapsamına ilişkin olarak işyerinin ve yürütülen faaliyetin tümünün dikkate alınması gerekliliğinin yanı sıra, işyerindeki bölümler veya belirli işleri yapan işçi grupları açısından farklı değerlendirmelerin yapılması da gereklidir. Aynı faaliyetlerin yürütüldüğü bölümlerde, aynı değerlendirme geçerli olabileceği; farklılık arz ediyorsa, bunların göz önünde tutulduğu farklı değerlendirmeler yapılabilecektir. Aynı faaliyetin yürütüldüğü işyerlerine ilişkin olarak standart nitelikte risk değerlendirmesinin yapılması, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin doğru ve uygun olarak alınabilmesi için elverişli değildir. Dolayısıyla faaliyet niteliği itibarıyla aynı olsa bile, işyerinin somut koşulları, çalışanların özellikleri, çalışma saatleri, mevsimsel özellikler vb. tüm subjektif esaslar değerlendirme kapsamında göz önünde tutulmalıdır. Örneğin işin gece döneminde yapılması, iş kazası riskini artırabileceği için, yapılan risk değerlendirmesinde işin gündüz veya gece yürütülmesine yönelik olarak farklı değerlendirmeler yapılmalıdır<sup>34</sup>. Değerlendirmenin kapsamının belirlenmesinde hangi hususların dikkate alınması gerektiği konusu, İSGK.m.10/1’de de açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumu, kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve müstahzarların seçimi, işyerinin tertip ve düzeni, genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu risk değerlendirmesinin kapsamının belirlenmesinde belirleyici nitelikte olacaktır.

<sup>33</sup> İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin planlanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Mahmut Kabakçı**, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatına Uyumu, İstanbul 2009, s.82-98.

<sup>34</sup> **Kabakçı**, s.109.

### **b) Birden Fazla İşveren Olması Durumunda Risk Değerlendirmesinin Kapsamı**

İşveren çalışma ortamının ve çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlamak ve sürdürmek için gerekli önlemlerin belirlenebilmesi için risk değerlendirmesi yapmak zorundadır. Ancak yürütülen işin niteliğinden veya işyerinin fiziksel koşullarından dolayı aynı çalışma alanında birden fazla işverenin olması, ortak mekânların kullanılması söz konusu olabilir. Böyle bir durumun tüm özelliklerinin dikkate alınarak işverenlerin risk değerlendirmesi yapması gerekir<sup>35</sup>.

Bu husus, Yön.m.14'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, "(1) Aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda, yürütülen işler için diğer işverenlerin yürüttüğü işler de göz önünde bulundurularak ayrı ayrı risk değerlendirmesi gerçekleştirilir. İşverenler, risk değerlendirmesi çalışmalarını, koordinasyon içinde yürütür, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini tespit edilen riskler konusunda bilgilendirir.

(2) Birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, işyerlerinde ayrı ayrı gerçekleştirilen risk değerlendirmesi çalışmalarının koordinasyonu yönetim tarafından yürütülür. Yönetim; bu koordinasyonun yürütümünde, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için ilgili işverenleri uyarır. Bu uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirir."

### **c) Asıl İşveren ve Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu İşyerlerinde Risk Değerlendirmesinin Kapsamı**

Yönetmelikte asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde risk değerlendirmesinin kapsamına ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre "(1) Bir işyerinde bir veya daha fazla alt işveren bulunması halinde:

a) Her alt işveren yürüttükleri işlerle ilgili olarak, bu Yönetmelik hükümleri uyarınca gerekli risk değerlendirmesi çalışmalarını yapar veya yaptırır.

b) Alt işverenlerin risk değerlendirmesi çalışmaları konusunda asıl işverenin sorumluluk alanları ile ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeler asıl işverence sağlanır.

c) Asıl işveren, alt işverenlerce yürütülen risk değerlendirmesi çalışmalarını denetler ve bu konudaki çalışmaları koordine eder.

(2) Alt işverenler hazırladıkları risk değerlendirmesinin bir nüshasını asıl işverene verir. Asıl işveren; bu risk değerlendirmesi çalışmalarını kendi çalışmasıyla bütünleştirerek, risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar." (m.15).

<sup>35</sup> Başbuğ, s.55; Süzek, s.876.

Yönetmelik'te ve Kanun'da asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımına yer verilmemiştir<sup>36</sup>. Ancak İSGK.m.27/1 gereğince çalışanların tabi oldukları kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde 4857 sayılı Kanun'un bu Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacaktır. Dolayısıyla Yönetmelik'te ifade edilen asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin kapsamı İşK.m.5/7 gereğince belirlenmelidir. Buna göre, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir."

İşyerinde bu hüküm gereğince kurulan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi varsa, asıl işverenin yapmakla yükümlü olduğu risk değerlendirmesinde, alt işverenin işçilerinin bu işyerinde çalışmasının getirdiği tehlikeleri de dikkate alması gerekmektedir. Bu durumda risk değerlendirmesinin kapsamı da değişmiş olmaktadır. Ayrıca alt işverenin işçilerini asıl işverene ait işyerinde çalıştırması zorunlu olduğu için, işyerinde yürütülen asıl işin tehlike derecesi ve sınıfı, işyerinde çalışan işçi sayısının artması, yürütülecek faaliyetin kendisine ilişkin tehlikeleri ile birlikte değerlendirilmek suretiyle, alt işveren tarafından da risk değerlendirmesinin yapılması zorunludur. Asıl işveren buna ilişkin olarak, alt işverene risk değerlendirmesi çalışmalarında destek olma, gerekli bilgi ve belgeleri sağlama, denetleme ve koordine etme konularında da yükümlüdür<sup>37</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, İşK.m.5/7 gereğince asıl işveren, alt işverenin risk değerlendirmesine ilişkin bu yükümlülüğünden dolayı, alt işverenin işçilerine karşı alt işveren ile birlikte sorumludur.

<sup>36</sup> "... tasarının 3.maddesinde kanun tasarısı ile doğrudan ilişkili olan teknik kavramların tanımına (iş kazası, meslek hastalığı, tehlike, tehlike sınıfı, işyeri hekimi, teknik eleman gibi) yerinde ve haklı olarak yer verilirken ve ferdi iş hukukunun ana kavramları olan işveren, işveren vekili ve işyeri tanımlanmış olmasına rağmen alt işveren kavramının tanımına yer verilmemesinin ciddi bir eksiklik olduğudur. Her ne kadar alt işverenin İş Kanunu'nda tanımlanmış olması gibi bir savunma öne sürülse bile diğer söz konusu kavramlar açısından da aynı düşüncenin geçerli olması gerekir. Özellikle tasarının ilerleyen maddelerinde (madde 16 ve 22 gibi) alt işverenlere ilişkin düzenlemelerin olması alt işverenliğin tanımının önemine binaen mutlaka tasarıda tanımlar kısmına koyulması gerekirdi.", bkz. İbrahim Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nda ve/veya Kanunu'nda Alt İşveren- "...Başka İşyerlerinden Gelen Çalışanlar ..." Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012/26, s.20.

<sup>37</sup> İbrahim Aydın, 6331 Sayılı Kanun'da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2013/30, s.40. "Taslağa göre asıl işveren ile alt işveren faaliyetlerinin, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebileceği durumlarda, alınması gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin belirlenmesi ve uygulanması konularında gerekli koordinasyon asıl işveren tarafından sağlanacaktır. Asıl işveren, alt işverenin çalışanlarına karşı o işyeri ile ilgili bu Kanundan doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur (Tas.m.20/2). Taslak ayrıca asıl işverene alt işverenin kendi çalışanları için, bu Kanun hükümlerinden doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini, işin özelliğini dikkate alarak sürekli denetleme yükümlülüğü de getirmektedir (Tas.m.20/3).", bkz. **Fuat Bayram**, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2010/19, s.59.

## 2. Risk Değerlendirmesinin Konusu

Risk değerlendirmesinin konusu, işin yürütümünden dolayı çalışanların yaptıkları işten dolayı var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikeli etkenlerdir. Tehlike, işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyelini ifade eder (İSGK.m.3/1,p ve Yön.m.4/1,g).

Risk ise tehlikeden kaynaklanacak kayıp, yaralanma ya da başka zararlı sonuç meydana gelme ihtimalidir (İSGK.m.3/1,o ve Yön.m.4/1,e). Dolayısıyla işin kapsamını oluşturan faaliyetler esas alınmak suretiyle, risk değerlendirmesinin konusunu, işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmalar oluşturmaktadır. Buna göre risk değerlendirmesinin konusu oldukça geniş olup, tüm koşullar göz önünde tutulmak suretiyle yapılması gerekir. Nitekim iş ve işyeri ile ilgili genel bir güvenlik denetimi gerekli olmakla beraber, ayrıca çalışanların özellikleri, çalışma saatleri, değişen koşullar da değerlendirmenin konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca değerlendirme yapılırken sadece olağan iş akışının dikkate alınması da yeterli değildir; bakım ve onarım işleri, yeniden yapılandırma, üçlü iş ilişkilerinin varlığı, ilerde alınabilecek işletmesel kararlar da istisnai nitelik taşısa bile, gerçekleştikleri zaman özel bir tehlike potansiyeli yaratabileğinden, risk değerlendirmesinin konusuna dâhil edilmelidir<sup>38</sup>.

89/391 sayılı Direktif'te risk değerlendirmesinin konusuna ilişkin sınırlayıcı bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>39</sup>. Ancak bu şekilde bir düzenlemenin yer alması, bir anlamda somut işin mevcut veya muhtemel değişebilecek koşulların göz önünde tutulması gereğinden de kaynaklanıyor olabilir. Dolayısıyla işveren risk değerlendirmesi yaparken belirli bir hareket ve karar serbestisine sahip olmak suretiyle gerekli değerlendirmeleri, analizleri ve uygun önlemlerin tespitini yapabilecektir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da açıkça bu yan işleri ifade etmemesine rağmen, işin niteliğine, tehlike sınıf ve derecesine göre Kanun'un yürürlüğünden sonra hazırlanan bazı yönetmeliklerde, buna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin, Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmeliğin "Tehlikeli kimyasal maddelerle çalışmalarda alınması gereken

<sup>38</sup> **Kabakçı**, s.104,105. Risklerden korunma ilkeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **aynı yazar**, 6331 Sayılı Kanun'un İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma İlkelerinin (m.5) İşlevi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2013/29, s.70-75.

<sup>39</sup> Olağan iş akışının dışında, asıl işe göre yan iş niteliğindeki bakım onarım, yeniden yapılanma vb. çalışmaların risk değerlendirmesinin konusu içinde yer almasına ilişkin 89/391 sayılı Direktif'te düzenleme olmamasına rağmen, İşçilerin Sağlık ve Güvenliğini İşyerindeki Kimyasal Maddelerle İlgili Risklerden Korumaya İlişkin 07.04.1998 tarih ve 98/24 sayılı Konsey Direktifi'nin m.4/3 hükmüne göre, özellikle bakım çalışmalarının risk değerlendirmesi yapılırken kapsama dâhil edilmesi gerekir.



önlemler” başlığını taşıyan m.7 hükmüne göre “... g) İkame yöntemi uygulanarak, tehlikeli kimyasal madde yerine çalışanların sağlık ve güvenliği yönünden tehlikesiz veya daha az tehlikeli olan kimyasal madde kullanılır. Yapılan işin özelliği nedeniyle ikame yöntemi kullanılamıyorsa, risk değerlendirmesi sonucuna göre ve öncelik sırasıyla aşağıdaki tedbirler alınarak risk azaltılır.

1) Çalışanların sağlık ve güvenliği yönünden risk oluşturabilecek bakım onarım işleri de dahil tehlikeli kimyasal maddelerle çalışmalarda ve teknolojik gelişmeler de dikkate alınarak uygun proses ve mühendislik kontrol sistemleri seçilir ve uygun makine, malzeme ve ekipman kullanılır.”<sup>40</sup>. Hüküm açıkça risk değerlendirmesinin kapsamına bakım ve onarım işini dâhil etmiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği’nde de tehlikelerin tanımlanması sırasında toplanan bilgiler ışığında, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuatta yer alan hükümler de dikkate alınarak, çalışma ortamında bulunan fiziksel, kimyasal, biyolojik, psikososyal, ergonomik ve benzeri tehlike kaynaklarından oluşan veya bunların etkileşimi sonucu ortaya çıkabilecek tehlikeler belirlenip, kayda alınacağı düzenlenmiştir. Buna göre, “Bu belirleme yapılırken aşağıdaki hususlar, bu hususlardan etkilenecekler ve ne şekilde etkilenebilecekleri göz önünde bulundurulur.

a) İşletmenin yeri nedeniyle ortaya çıkabilecek tehlikeler.

b) Seçilen alanda, işyeri bina ve eklentilerinin plana uygun yerleştirilmemesi veya planda olmayan ilavelerin yapılmasından kaynaklanabilecek tehlikeler.

c) İşyeri bina ve eklentilerinin yapı ve yapım tarzı ile seçilen yapı malzemelelerinden kaynaklanabilecek tehlikeler.

ç) Bakım ve onarım işleri de dâhil işyerinde yürütülecek her türlü faaliyet esnasında çalışma usulleri, vardiya düzeni, ekip çalışması, organizasyon, nezaret sistemi, hiyerarşik düzen, ziyaretçi veya işyeri çalışanı olmayan diğer kişiler gibi faktörlerden kaynaklanabilecek tehlikeler.

d) İşin yürütümü, üretim teknikleri, kullanılan maddeler, makine ve ekipman, araç ve gereçler ile bunların çalışanların fiziksel özelliklerine uygun tasarlanmaması veya kullanılmamasından kaynaklanabilecek tehlikeler.

e) Kuvvetli akım, aydınlatma, paratoner, topraklama gibi elektrik tesisatının bileşenleri ile ısıtma, havalandırma, atmosferik ve çevresel şartlardan korunma, drenaj, arıtma, yangın önleme ve mücadele ekipmanı ile benzeri yardımcı tesisat ve donanımlardan kaynaklanabilecek tehlikeler.

f) İşyerinde yanma, parlama veya patlama ihtimali olan maddelerin işlenmesi, kullanılması, taşınması, depolanması ya da imha edilmesinden kaynaklanabilecek tehlikeler.

<sup>40</sup> RG.12.08.2013, 28733.

g) Çalışma ortamına ilişkin hijyen koşulları ile çalışanların kişisel hijyen alışkanlıklarından kaynaklanabilecek tehlikeler.

ğ) Çalışanın, işyeri içerisindeki ulaşım yollarının kullanımından kaynaklanabilecek tehlikeler.

h) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yeterli eğitim almaması, bilgilendirilmemesi, çalışanlara uygun talimat verilmemesi veya çalışma izni prosedürü gereken durumlarda bu izin olmaksızın çalışılmasından kaynaklanabilecek tehlikeler.” (Yön.m.8). Bu hüküm risk değerlendirmesinin konusunu ve kapsamını, ilk aşama olan tehlikelerin tanımlanmasına ilişkin olarak oldukça geniş bir şekilde belirlemiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun risk değerlendirmesine ilişkin m.10 hükmünde ise, konusu ve kapsamı belirtilmeden, işverenin iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapma ve yaptırma yükümlülüğünden bahsedilmiş; hükmün devamında da risk değerlendirmesi yapılırken bazı hususlara dikkat edilmesi gerektiği de ayrıca ifade edilmiştir. Buna göre, belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumu, kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve müstahzarların seçimi, işyerinin tertip ve düzeni, genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, risk değerlendirmesinin konusu, sadece asıl işin yürütümü sebebiyle tehlike ve risklerin belirlenmesi değil, bununla birlikte işin yürütümüne, işi yürütenlere, işyerine ve kullanılacak ekipmana ilişkin somut koşullar da dâhil olacak şekilde belirlenmiş olmaktadır.

Risk değerlendirmesinin konusuna ilişkin olarak, Kanun'da ve Yönetmelik'te büyük kaza önleme politika belgesi veya güvenlik raporu hazırlanması gereken işyerlerinde risk değerlendirmesi ayrıca düzenlenmiştir. Kanun'un “Güvenlik raporu veya büyük kaza önleme politika belgesi” başlığını taşıyan m.29 hükmüne göre, “(1) İşletmeye başlanmadan önce, büyük endüstriyel kaza oluşabilecek işyerleri için, işyerlerinin büyüklüğüne göre büyük kaza önleme politika belgesi veya güvenlik raporu işveren tarafından hazırlanır. (2) Güvenlik raporu hazırlama yükümlülüğü bulunan işveren, hazırladıkları güvenlik raporlarının içerik ve yeterlilikleri Bakanlıkça incelenmesini müteakip işyerlerini işletmeye açabilirler.”. Yönetmelik'te bu madde hükmü esas alınmak suretiyle risk değerlendirmesinin kapsamı genişletilmiş olmaktadır. Buna göre, “(1) Kanunun 29 uncu maddesi gereğince büyük kaza önleme politika belgesi veya güvenlik raporu hazırlanan işyerlerinde; bu belge ve raporlarda değerlendirilmiş riskler, bu Yönetmeliğe göre yapılacak risk değerlendirmesinde dikkate alınarak kullanılır.” (m.13).

### 3. Risk Değerlendirmesinin Uygulama Aşamaları

#### a) Genel Olarak

Risk değerlendirmesi; tüm işyerleri için tasarım veya kuruluş aşamasından başlamak üzere tehlikeleri tanımlama, riskleri belirleme ve analiz etme<sup>41</sup>, risk kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması, dokümantasyon, yapılan çalışmaların güncellenmesi ve gerektiğinde yenileme aşamaları izlenerek gerçekleştirilir<sup>42</sup>. Çalışanların risk değerlendirmesi çalışması yapılırken ihtiyaç duyulan her aşamada sürece katılarak görüşlerinin alınması sağlanır (Yön.m.7). İşveren risk değerlendirmesine ilişkin yükümlülüğünü yerine getirirken öncelikle risk değerlendirmesi yapacak olan ekibi belirlemelidir. Yönetmelik'te buna ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Daha sonra işyerinde yürütülen işe, işyerine, kullanılacak ekipmana ve çalışanların özelliklerine göre Yönetmelik'te belirlenen belirli metod dâhilinde risk değerlendirmesine ilişkin sürecin usulüne uygun bir şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir. Buna göre, tehlikelerin tanımlanması, risklerin belirlenmesi ve analizi, dokümantasyon ve risk değerlendirmesinin yenilenmesi söz konusu olacaktır. Bunların dışında, risk değerlendirmesine ilişkin süreç sona erdikten sonra çalışanların da bilgilendirilmesi gerekecektir.

#### b) Risk Değerlendirmesi Yapacak Ekibin Belirlenmesi

İşveren, çalışma ortamının ve çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlama, sürdürme ve geliştirme amacı ile iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır (Yön.m.5). Buna ilişkin uygulamayı yapacak olan ekibin belirlenmesi konusu, "Risk değerlendirmesi ekibi" başlığı altında Yön.m.6'da düzenlenmiştir. Buna göre, "(1) Risk değerlendirmesi, işverenin oluşturduğu bir ekip tarafından gerçekleştirilir. Risk değerlendirmesi ekibi aşağıdakilerden oluşur.

a) İşveren veya işveren vekili.

b) İşyerinde sağlık ve güvenlik hizmetini yürüten iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri.

<sup>41</sup> Risk analizi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Abdulvahap Yiğit**, İş Güvenliği ve İş Sağlığı, Bursa 2005, s.33 vd.

<sup>42</sup> **Başbuğ**, s.57 vd.; **Özkılıç**, s.60,61, "Genel olarak bir risk değerlendirmesi, işyerinin türünden ve büyüklüğünden bağımsız, kronolojik açıdan şu aşamaları içermelidir: 1.İşyerindeki tüm çalışma alanları hakkında yazılı risk analizinin hazırlanması. 2.Tespit edilen tehlikeli etkenlerin, iş sağlığı ve güvenliği şartları bakımından değerlendirilmesi. 3.Tespit edilen tehlikeli etkenleri bertaraf edecek yeterlilikte önlemlerin geliştirilmesi ve belgelendirilmesi. 4.Önlemlerin alınarak uygulanması ve etkinliklerin kontrol edilmesi. 5.İşçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunması için, işyerinin çalışma alanlarında, iş organizasyonunda, çalışma saatlerinde, üretim süreçlerinde, hiyerarşik yapıda, işletme içi iletişim kanallarında iyileştirme çabası içinde olmak. 6.İşyerinde, çalışma alanlarındaki değişiklikler ya da iş kazası dışında, belirli zaman aralıklarında yapılacak sürekli kontroller", **Mahmut Kabakçı**, Hukuki Yönden Risk Değerlendirmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi, 2009/44, s.28,29.

c) İşyerindeki çalışan temsilcileri.

ç) İşyerindeki destek elemanları.

d) İşyerindeki bütün birimleri temsil edecek şekilde belirlenen ve işyerinde yürütülen çalışmalar, mevcut veya muhtemel tehlike kaynakları ile riskler konusunda bilgi sahibi çalışanlar.

(2) İşveren, ihtiyaç duyulduğunda bu ekibe destek olmak üzere işyeri dışındaki kişi ve kuruluşlardan hizmet alabilir.

(3) Risk değerlendirmesi çalışmalarının koordinasyonu işveren veya işveren tarafından ekip içinden görevlendirilen bir kişi tarafından da sağlanabilir.

(4) İşveren, risk değerlendirmesi çalışmalarında görevlendirilen kişi veya kişilerin görevlerini yerine getirmeleri amacıyla araç, gereç, mekân ve zaman gibi gerekli bütün ihtiyaçlarını karşılar, görevlerini yürütmeleri sebebiyle hak ve yetkilerini kısıtlayamaz.

(5) Risk değerlendirmesi çalışmalarında görevlendirilen kişi veya kişiler işveren tarafından sağlanan bilgi ve belgeleri korur ve gizli tutar.”.

İşveren, risk değerlendirmesi çalışmalarında görevlendirilen kişi veya kişilere risk değerlendirmesi ile ilgili ihtiyaç duydukları her türlü bilgi ve belgeyi temin eder (Yön.m.5/3).

### c) Tehlikelerin Tanımlanması

Tehlikelerin tanımlanmasına ilişkin Yönetmelik'te ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, “(1) Tehlikeler tanımlanırken çalışma ortamı, çalışanlar ve işyerine ilişkin ilgisine göre asgari olarak aşağıda belirtilen bilgiler toplanır.

a) İşyeri bina ve eklentileri.

b) İşyerinde yürütülen faaliyetler ile iş ve işlemler.

c) Üretim süreç ve teknikleri.

ç) İş ekipmanları.

d) Kullanılan maddeler.

e) Artık ve atıklarla ilgili işlemler.

f) Organizasyon ve hiyerarşik yapı, görev, yetki ve sorumluluklar.

g) Çalışanların tecrübe ve düşünceleri.

ğ) İşe başlamadan önce ilgili mevzuat gereği alınacak çalışma izin belgeleri.

h) Çalışanların eğitim, yaş, cinsiyet ve benzeri özellikleri ile sağlık gözetimi kayıtları.

1) Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu.

i) İşyerinin teftiş sonuçları.

j) Meslek hastalığı kayıtları.

k) İş kazası kayıtları.

l) İşyerinde meydana gelen ancak yaralanma veya ölüme neden olmadığı halde işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğramasına yol açan olaylara ilişkin kayıtlar.

m) Ramak kala olay kayıtları.

n) Malzeme güvenlik bilgi formları.

o) Ortam ve kişisel maruziyet düzeyi ölçüm sonuçları.

ö) Varsa daha önce yapılmış risk değerlendirmesi çalışmaları.

p) Acil durum planları.

r) Sağlık ve güvenlik planı ve patlamadan korunma dokümanı gibi belirli işyerlerinde hazırlanması gereken dokümanlar.

(2) Tehlikelere ilişkin bilgiler toplanırken aynı üretim, yöntem ve teknikleri ile üretim yapan benzer işyerlerinde meydana gelen iş kazaları ve ortaya çıkan meslek hastalıkları da değerlendirilebilir.

(3) Toplanan bilgiler ışığında; iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuatta yer alan hükümler de dikkate alınarak, çalışma ortamında bulunan fiziksel, kimyasal, biyolojik, psikososyal, ergonomik ve benzeri tehlike kaynaklarından oluşan veya bunların etkileşimi sonucu ortaya çıkabilecek tehlikeler belirlenir ve kayda alınır. Bu belirleme yapılırken aşağıdaki hususlar, bu hususlardan etkilenecekler ve ne şekilde etkilenebilecekleri göz önünde bulundurulur.

a) İşletmenin yeri nedeniyle ortaya çıkabilecek tehlikeler.

b) Seçilen alanda, işyeri bina ve eklentilerinin plana uygun yerleştirilmemesi veya planda olmayan ilavelerin yapılmasından kaynaklanabilecek tehlikeler.

c) İşyeri bina ve eklentilerinin yapı ve yapım tarzı ile seçilen yapı malzemelelerinden kaynaklanabilecek tehlikeler.

ç) Bakım ve onarım işleri de dâhil işyerinde yürütülecek her türlü faaliyet esnasında çalışma usulleri, vardiya düzeni, ekip çalışması, organizasyon, nezaret sistemi, hiyerarşik düzen, ziyaretçi veya işyeri çalışanı olmayan diğer kişiler gibi faktörlerden kaynaklanabilecek tehlikeler.

d) İşin yürütümü, üretim teknikleri, kullanılan maddeler, makine ve ekipman, araç ve gereçler ile bunların çalışanların fiziksel özelliklerine uygun tasarlanmaması veya kullanılmamasından kaynaklanabilecek tehlikeler.

e) Kuvvetli akım, aydınlatma, paratoner, topraklama gibi elektrik tesisatının bileşenleri ile ısıtma, havalandırma, atmosferik ve çevresel şartlardan korunma, drenaj, arıtma, yangın önleme ve mücadele ekipmanı ile benzeri yardımcı tesisat ve donanımlardan kaynaklanabilecek tehlikeler.

f) İşyerinde yanma, parlama veya patlama ihtimali olan maddelerin işlenmesi, kullanılması, taşınması, depolanması ya da imha edilmesinden kaynaklanabilecek tehlikeler.

g) Çalışma ortamına ilişkin hijyen koşulları ile çalışanların kişisel hijyen alışkanlıklarından kaynaklanabilecek tehlikeler.

ğ) Çalışanın, işyeri içerisindeki ulaşım yollarının kullanımından kaynaklanabilecek tehlikeler.

h) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yeterli eğitim almaması, bilgilendirilmemesi, çalışanlara uygun talimat verilmemesi veya çalışma izni prosedürü gereken durumlarda bu izin olmaksızın çalışılmasından kaynaklanabilecek tehlikeler.

(4) Çalışma ortamında bulunan fiziksel, kimyasal, biyolojik, psikososyal, ergonomik ve benzeri tehlike kaynaklarının neden olduğu tehlikeler ile ilgili işyerinde daha önce kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırma çalışması yapılmamış ise risk değerlendirmesi çalışmalarında kullanılmak üzere; bu tehlikelerin, nitelik ve niceliklerini ve çalışanların bunlara maruziyet seviyelerini belirlemek amacıyla gerekli bütün kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmalar yapılır.” (Yön.m.8).

#### **d) Risklerin Belirlenmesi ve Analizi**

Risk değerlendirmesine ilişkin uygulama sürecinde, çalışanların sağlıklarını ve güvenliklerini tehdit eden tehlikelerin tanımlanmasından sonra, bu tehlike ile mücadele edilebilmesinin en etkin yolu, bu tehlikelerden kaynaklanabilecek olan risklerin belirlenmesi ve analiz edilmesidir. Nitekim tehlikenin olumsuz sonuçlarını önceden ortadan kaldırmaya yönelik çalışmalar, öncelikle tehlikeli etkeni kaynağında iken yok etmeye yönelik olmalıdır. Bunun için de işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyeli, somut koşullara göre tanımlandıktan sonra, bu tehlikeden kaynaklanacak kayıp, yaralanma ya da başka zararlı sonuç meydana gelme ihtimalinin belirlenmesi ve analiz edilmesi gerekir. Böylece, işyerinde veya işin yürütümünü nedeniyle meydana gelebilecek, ölüme veya vücut bütünlüğünü bedenlen veya ruhen özre uğramasına sebebiyet verebilecek iş kazasının önlenmesine yönelik doğru ve etkin önlemlerin alınması mümkün olabilecektir.

Yönetmelik bu hususu ayrı bir madde ile düzenlemiştir. Buna göre, “(1) Tespit edilmiş olan tehlikelerin her biri ayrı ayrı dikkate alınarak bu tehlikelerden kaynaklanabilecek risklerin hangi sıklıkta oluşabileceği ile bu risklerden kimlerin, nelerin,

ne şekilde ve hangi şiddette zarar görebileceği belirlenir. Bu belirleme yapılırken mevcut kontrol tedbirlerinin etkisi de göz önünde bulundurulur.

(2) Toplanan bilgi ve veriler ışığında belirlenen riskler; işletmenin faaliyetine ilişkin özellikleri, işyerindeki tehlike veya risklerin nitelikleri ve işyerinin kısıtları gibi faktörler ya da ulusal veya uluslararası standartlar esas alınarak seçilen yöntemlerden biri veya birkaçı bir arada kullanılarak analiz edilir.

(3) İşyerinde birbirinden farklı işlerin yürütüldüğü bölümlerin bulunması halinde birinci ve ikinci fıkralardaki hususlar her bir bölüm için tekrarlanır.

(4) Analizin ayrı ayrı bölümler için yapılması halinde bölümlerin etkileşimleri de dikkate alınarak bir bütün olarak ele alınıp sonuçlandırılır.

(5) Analiz edilen riskler, kontrol tedbirlerine karar verilmek üzere etkilerinin büyüklüğüne ve önemlerine göre en yüksek risk seviyesine sahip olandan başlanarak sıralanır ve yazılı hale getirilir.” (Yön.m.9).

Yönetmelik'te risklerin kontrolüne ilişkin olarak uyulması gereken adımlar da belirlenmiştir (Yön.m.10). Buna göre, “a) Planlama: Analiz edilerek etkilerinin büyüklüğüne ve önemine göre sıralı hale getirilen risklerin kontrolü amacıyla bir planlama yapılır.

b) Risk kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması: Riskin tamamen bertaraf edilmesi, bu mümkün değil ise riskin kabul edilebilir seviyeye indirilmesi için aşağıdaki adımlar uygulanır.

- 1) Tehlike veya tehlike kaynaklarının ortadan kaldırılması.
- 2) Tehlikelinin, tehlikeli olmayanla veya daha az tehlikeli olanla değiştirilmesi.
- 3) Riskler ile kaynağında mücadele edilmesi.

c) Risk kontrol tedbirlerinin uygulanması: Kararlaştırılan tedbirlerin iş ve işlem basamakları, işlemi yapacak kişi ya da işyeri bölümü, sorumlu kişi ya da işyeri bölümü, başlama ve bitiş tarihi ile benzeri bilgileri içeren planlar hazırlanır. Bu planlar işverence uygulamaya konulur.

ç) Uygulamaların izlenmesi: Hazırlanan planların uygulama adımları düzenli olarak izlenir, denetlenir ve aksayan yönler tespit edilerek gerekli düzeltici ve önleyici işlemler tamamlanır.”

Hükümde belirtilen risk kontrol adımları uygulanırken toplu korunma önlemlerine, kişisel korunma önlemlerine göre öncelik verilmesi ve uygulanacak önlemlerin yeni risklere neden olmaması sağlanır ve belirlenen risk için kontrol tedbirlerinin hayata geçirilmesinden sonra yeniden risk seviyesi tespiti yapılır. Yeni seviye, kabul edilebilir risk seviyesinin üzerinde ise bu maddedeki adımlar tekrarlanır (Yön.m.10/2,3).

İşin niteliği gereğince özel tehlike arz eden işlere ilişkin olarak, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndan sonra çıkarılan bazı yönetmeliklerde de risk değerlendirmesi yapılırken, işin gereği dikkat edilmesi gereken hususlar ayrıca düzenlenmiştir. Bunlardan biri olan Tozla Mücadele Yönetmeliği'ne göre, "(1) İşveren, çalışanlarının sağlık ve güvenliğini tehlikeye atacak, işyerinde bulunan tozlardan kaynaklanan olumsuz etkileri belirlemek üzere, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve 29/12/2012 tarihli ve 28512 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümlerine uygun şekilde risk değerlendirmesi yapmakla yükümlüdür.

(2) Tozlu işlerde yapılacak risk değerlendirmesinde aşağıda belirtilen hususlar özellikle dikkate alınır.

- a) Ortamda bulunan tozun çeşidi,
- b) Ortamda bulunan tozun sağlık ve güvenlik yönünden tehlike ve zararları,
- c) Maruziyetin düzeyi, süresi ve sıklığı,
- ç) Bu Yönetmeliğin Ek-1'inde yer alan mesleki maruziyet sınır değerleri,
- d) Toz ölçüm sonuçları,
- e) Alınması gereken önleyici tedbirleri,
- f) Varsa daha önce yapılmış olan sağlık gözetimlerinin sonuçları." (m.6)<sup>43</sup>.

Çalışanların Titreşimle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik'te de yine işin niteliği gereğince mekanik titreşimden kaynaklanabilecek risklerin değerlendirilmesinde bazı hususlara dikkat edilmesi gerektiği özel olarak ifade edilmiştir. Buna göre, işveren risk değerlendirmesi yaparken "a) Aralıklı titreşim veya tekrarlanan şoklara maruziyet de dâhil maruziyetin türü, düzeyi ve süresine,

- b) Maruziyet sınır değerleri ve maruziyet eylem değerlerine,
- c) Başta özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanlar olmak üzere tüm çalışanların sağlık ve güvenliklerine olan etkilerine,
- ç) Mekanik titreşim ile çalışma ortamı arasındaki veya mekanik titreşim ile diğer iş ekipmanları arasındaki etkileşimlerin, çalışanların sağlık ve güvenliğine olan dolaylı etkisine,
- d) İş ekipmanlarının mekanik titreşim düzeyi hakkında, ilgili mevzuat uyarınca imalatçılardan sağlanan bilgilere,
- e) Mekanik titreşime maruziyet düzeyini azaltacak şekilde tasarlanmış alternatif bir iş ekipmanının bulunup bulunmadığına,

<sup>43</sup> RG. 05.11.2013, 28812.



f) Bütün vücut titreşimine maruziyetin, işverenin sorumluluğundaki normal çalışma saatleri dışında da devam edip etmediğine,

g) Düşük sıcaklık gibi özel çalışma koşullarına,

ğ) Sağlık gözetiminden elde edilen uygun en güncel bilgilere.” (m.7) dikkat etmek suretiyle riskleri belirleyip, analiz edecektir<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> RG. 22.08.2013, 28743. Kanserojen veya Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik m.5’de de benzer bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, “...işyerinde gerçekleştirilen risk değerlendirmesinde; kanserojen veya mutajen maddelere maruziyet riski bulunan işlerde çalışanların; bu maddelere maruziyet türü, maruziyet düzeyi ve maruziyet süresini belirleyerek riskleri değerlendirir ve alınması gerekli sağlık ve güvenlik önlemlerini belirler. (2) Risk değerlendirmesinde kanserojen veya mutajen maddelerin, deri yolu da dâhil olmak üzere vücuda giriş yollarının tümü dikkate alınır. (3) Risk değerlendirmesi gerçekleştirilirken, belirli risklerden etkilenen çalışanların sağlık ve güvenlikleri ile kanserojen veya mutajen maddelerle çalışmak istemeyenlerin bu istekleri özel olarak dikkate alınır.” (RG.06.08.2013,28730). Çalışanların Gürültü İle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik (RG.28.07.2013, 28721) m.7’ye göre, “(1) İşveren; 29/12/2012 tarihli ve 28512 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği uyarınca işyerinde gerçekleştirilen risk değerlendirmesinde, gürültüden kaynaklanabilecek riskleri değerlendirirken; a) Anlık darbeli gürültüye maruziyet dahil maruziyetin türü, düzeyi ve süresine, b) Maruziyet sınır değerleri ile maruziyet eylem değerlerine, c) Başta özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanlar olmak üzere tüm çalışanların sağlık ve güvenliklerine olan etkilerine, ç) Teknik olarak elde edilebildiği durumlarda, işle ilgili ototoksik maddeler ile gürültü arasındaki ve titreşim ile gürültü arasındaki etkileşimlerin, çalışanların sağlık ve güvenliğine olan etkisine, d) Kaza riskini azaltmak için kullanılan ve çalışanlar tarafından algılanması gereken uyarı sinyalleri ve diğer seslerin gürültü ile etkileşiminin, çalışanların sağlık ve güvenliğine olan dolaylı etkisine, e) İş ekipmanlarının gürültü emisyonu hakkında, ilgili mevzuat uyarınca imalatçılardan sağlanan bilgilerine, f) Gürültü emisyonunu azaltan alternatif bir iş ekipmanının bulunup bulunmadığına, g) Gürültüye maruziyetin, işverenin sorumluluğundaki normal çalışma saatleri dışında da devam edip etmediğine, ğ) Sağlık gözetiminde elde edinilen güncel bilgilere, h) Yeterli korumayı sağlayabilecek kulak koruyucularının bulunup bulunmadığına özel önem verir.”. Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG.15.06.2013) m.6’ya göre, “(1) Biyolojik etkenlere maruz kalma riski bulunan herhangi bir çalışmada, çalışanın sağlık ve güvenliğine yönelik herhangi bir riski değerlendirmek ve alınması gereken önlemleri belirlemek için, çalışanın maruziyetinin türü, düzeyi ve süresi belirlenir. (2) Birden fazla grupta yer alan biyolojik etkenlere maruziyetin söz konusu olduğu işlerde risk değerlendirmesi, zararlı biyolojik etkenlerin tümünün oluşturduğu tehlike dikkate alınarak yapılır. (3) Risk değerlendirmesi, çalışanın biyolojik etkenlere maruziyet koşullarını etkileyebilecek herhangi bir değişiklik olduğunda yenilenir. (4) Birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen risk değerlendirmesinde, 29/12/2012 tarihli ve 28512 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğinde yer alan hükümler ile aşağıda sayılan hususlar dikkate alınarak risk değerlendirmesi yapılır: a) İnsan sağlığına zararlı

### e) Dokümantasyon

İşveren tarafından yaptırılan risk değerlendirmesine ilişkin çalışmaların kaydının tutulması ve yazılı hale getirilmesi de Yönetmelik'te ayrıca hükme bağlanmıştır. Buna göre, "(1) Risk değerlendirmesi asgarî aşağıdaki hususları kapsayacak şekilde dokümanite edilir.

- a) İşyerinin unvanı, adresi ve işverenin adı.
- b) Gerçekleştiren kişilerin isim ve unvanları ile bunlardan iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi olanların Bakanlıkça verilmiş belge bilgileri.
- c) Gerçekleştirildiği tarih ve geçerlilik tarihi.
- ç) Risk değerlendirmesi işyerindeki farklı bölümler için ayrı ayrı yapılmışsa her birinin adı.
- d) Belirlenen tehlike kaynakları ile tehlikeler.
- e) Tespit edilen riskler.
- f) Risk analizinde kullanılan yöntem veya yöntemler.
- g) Tespit edilen risklerin önem ve öncelik sırasını da içeren analiz sonuçları.
- ğ) Düzeltici ve önleyici kontrol tedbirleri, gerçekleştirilme tarihleri ve sonrasında tespit edilen risk seviyesi.

(2) Risk değerlendirmesi dokümanının sayfaları numaralandırılarak; gerçekleştiren kişiler tarafından her sayfası parafırlanıp, son sayfası imzalanır ve işyerinde saklanır.

(3) Risk değerlendirmesi dokümanı elektronik ve benzeri ortamlarda hazırlanıp arşivlenebilir." (Yön.m.11).

### f) Risk Değerlendirmesinin Yenilenmesi

Risk değerlendirmesinin konusu, çalışanların yaptıkları işten kaynaklanan tehlikeli etkenler olduğu için, sürekli bir nitelik arz eden çalışma ilişkisi içinde koşulların ve özelliklerin değişme ihtimali göz önünde tutularak yapılan risk değerlendirmesinin tehlike sınıfına göre belirli aralıklarla yenilenmesi gerekir. Yönetmeliğin 12. maddesi bu hususu düzenlemiştir. Buna göre, "(1) Yapılmış olan risk değer-

---

olan veya olabilecek biyolojik etkenlerin sınıflandırılması. b) Yetkili makamların, çalışanların sağlığını korumak için biyolojik etkenlerin denetim altına alınması hakkındaki önerileri. c) Çalışanların yaptıkları işler sonucunda ortaya çıkabilecek hastalıklarla ilgili bilgiler. ç) Çalışanların yaptıkları işler sonucunda ortaya çıkabilecek alerjik veya toksik etkiler. d) Yaptıkları işle doğrudan bağlantılı olarak çalışanların yakalandığı hastalıklar ile ilgili bilgiler."

lendirmesi; tehlike sınıfına göre çok tehlikeli, tehlikeli ve az tehlikeli işyerlerinde sırasıyla en geç iki, dört ve altı yılda bir yenilenir.

(2) Aşağıda belirtilen durumlarda ortaya çıkabilecek yeni risklerin, işyerinin tamamını veya bir bölümünü etkiliyor olması göz önünde bulundurularak risk değerlendirilmesi tamamen veya kısmen yenilenir.

- a) İşyerinin taşınması veya binalarda değişiklik yapılması.
- b) İşyerinde uygulanan teknoloji, kullanılan madde ve ekipmanlarda değişiklikler meydana gelmesi.
- c) Üretim yönteminde değişiklikler olması.
- ç) İş kazası, meslek hastalığı veya ramak kala olay meydana gelmesi.
- d) Çalışma ortamına ait sınır değerlere ilişkin bir mevzuat değişikliği olması.
- e) Çalışma ortamı ölçümü ve sağlık gözetim sonuçlarına göre gerekli görülmesi.
- f) İşyeri dışından kaynaklanan ve işyerini etkileyebilecek yeni bir tehlikenin ortaya çıkması.”.

Risk değerlendirmesinin yenilenmesine ilişkin olarak hükümde sebepler tek tek sayılmış olmakla beraber, hükmün düzenlenme amacı göz önünde tutularak, önceden belirlenmiş ve analiz edilmiş olan risklerde değişikliğe yol açan tüm hallerde, yapılan risk değerlendirmesinin yenilenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Nitekim hükümde sınırlı bir şekilde sayılmasına rağmen, benzeri hallerin de yenileme sebebi olabileceği ve hükümde belirtilenlerin sadece örnek olduğunun kabulü gerekir.

#### **g) Çalışanların Bilgilendirilmesi**

İşyerinde çalışanlar, çalışan temsilcileri ve başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar ve bunların işverenleri; işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile düzeltici ve önleyici tedbirler hakkında bilgilendirilir (Yön.m.16).

#### **4. Risk Değerlendirmesi Rehberleri**

İşverenlere, risk değerlendirilmesi ile ilgili yükümlülükleri bakımından yardımcı olmak veya yol göstermek amacıyla risk değerlendirilmesi rehberleri hazırlanabilir. Rehberler işyerinde çalışan sayısı ve işyerinin bulunduğu tehlike sınıfı göz önüne alınarak; sektör, meslek veya yapılan işlere özgü olabilir (Yön.m.17/1).

Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, işçi-işveren ve memur sendikaları ile kamu yararına çalışan sivil toplum kuruluşları faaliyet gösterdikleri sektörde rehber çalışmalarında bulunabilir. Bakanlıkça, bu Yö-

netmelik hükümlerine uygunluğu yönünden değerlendirilerek onaylanan taslaklar, Bakanlık tarafından sektör, meslek veya yapılan işlere özgü risk değerlendirmesi uygulama rehberleri olarak yayımlanır (Yön.m.17/2)<sup>45</sup>.

#### IV. RİSK DEĞERLENDİRMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

##### 1. İşin Durdurulması

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işverenlere getirilen yükümlülükler arasında, risk değerlendirmesi yapma veya yaptırma yükümlülüğü, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi açısından büyük öneme sahiptir. Genel olarak iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverenin Kanun ile belirlenen yükümlülüklere uymaması sonucu, çalışanın ölmesi, sakatlığa uğraması veya meslek hastalığına tutulması halinde genel hükümler gereğince işverenin hukuki sorumluluğu söz konusu olur, maddi ve manevi zararların giderilmesi istenir. Ayrıca iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle, sigortalya ya da yakınlarına gelir veya aylık bağlayan Sosyal Güvenlik Kurumu, bu ödemeler için işverene rücu edebilecektir<sup>46</sup>.

Risk değerlendirmesinin yapılmaması da, sonuç olarak işverenin bu nitelikte bir sorumluluğunu gerektirebilir. Risk değerlendirmesini düzenleyen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise, buna uyulmamasına ilişkin olarak idari yaptırım niteliğinde işin durdurulmasını özel olarak hükme bağlamıştır<sup>47</sup>. Buna göre, "... Ayrıca çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda iş durdurulur." (İSGK.m.25/1). Hükümde sadece sanayiden sayılan ve belirli nitelikteki işlerin yapıldığı işyerleri açısından risk değerlendirmesinin yapılmaması işin durdurulmasına sebebiyet vermekte; bunun dışındaki işyerleri açısından herhangi bir yaptırımdan bahsedilmemektedir. Hâlbuki temelinde önleme ve koruma düşüncesi yer alan Kanun'da, risk değerlendirmesi önemli bir yükümlülük olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, buna uyulmamış olmasının belirli işler dışında sadece idari para cezasına bağlanmış olması yeterli olmamalıdır.

Kanun'da işin durdurulmasına ilişkin usule de yer verilmiştir. Buna göre, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan heyet, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili iş müfettişinin tespiti üzerine gerekli incelemeleri yaparak, tespit tarihinden itibaren iki gün içerisinde işin durdurul-

<sup>45</sup> Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Şeyda **Aktekin**, İSG Kanunu ile Getirilen Başlıca İşveren Yükümlülüklerinin ve Bunlarla İlgili İkincil Mevzuat Taslaklarındaki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, *Mercek Dergisi*, Ekim 2012, s.175.

<sup>46</sup> İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hukuki yaptırımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, s.185-192; **Ekin**, s.41-113; İnciroğlu, s.83-107.

<sup>47</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, s.179,180; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s.1229,1230.

masına karar verebilir. Ancak tespit edilen hususun acil müdahaleyi gerektirmesi hâlinde; tespiti yapan iş müfettişi, heyet tarafından karar alınıncaya kadar geçerli olmak kaydıyla işi durdurur (m.25/2).

İşin durdurulması kararı, ilgili mülki idare amirine ve işyeri dosyasının bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bir gün içinde gönderilir. İşin durdurulması kararı, mülki idare amiri tarafından yirmi dört saat içinde yerine getirilir. Ancak, tespit edilen hususun acil müdahaleyi gerektirmesi nedeniyle verilen işin durdurulması kararı, mülki idare amiri tarafından aynı gün yerine getirilir (m.25/3).

İşveren, yerine getirildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde, yetkili iş mahkemesinde işin durdurulması kararına itiraz edebilir. İtiraz, işin durdurulması kararının uygulanmasını etkilemez. Mahkeme itirazı öncelikle görüşür ve altı iş günü içinde karara bağlar. Mahkeme kararı kesindir. İşverenin işin durdurulmasını gerektiren hususların giderildiğini Bakanlığa yazılı olarak bildirmesi hâlinde, en geç yedi gün içinde işyerinde inceleme yapılarak işverenin talebi sonuçlandırılır. İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür (m.25/4,5,6).

İşyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde veya çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde risk değerlendirme yapılmamış olması durumlarında işyerinin bir bölümünde ya da tamamında bu tehlike giderilinceye kadar işin durdurulması ile bu Yönetmeliğe göre durdurma kararı uygulanmış işyerinde çalışmaya tekrar başlanmasına izin verilmesinin usul ve esaslarını belirlemek üzere İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik hazırlanmıştır<sup>48</sup>. Yönetmelik'te de, çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal, yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirme yapılmadığının tespit edilmesi halinde işin durdurulacağı hükme bağlanmıştır (m.7/2). Ayrıca heyetin oluşturulması, görevleri ve kararlar, işin durdurulması ve kararın uygulanması ile ilgili usul ve esasları düzenleyen ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

Durdurma kararının kaldırılması ise, m10'da düzenlenmiştir. Buna göre, "(1) İşin durdurulmasına sebep olan hususları yerine getiren işveren, durdurma kararının kaldırılması için ilgili il müdürlüğüne yazılı talepte bulunur. Durdurmaya sebep hususları gidermeye yönelik yapılan çalışmaları, alınan veya revize edilen iş ekipmanlarına ait bilgi, belge ve yeterlilik sertifikalarını, tedbirlerin alındığı bölgelerin fotoğraflarını ve işyeri risk değerlendirmesini içeren bir dosya talebin ekinde,

<sup>48</sup> RG.30.03.2013,28603.

aynı zamanda bu dosyanın elektronik ve benzeri ortama aktarılmış hali il müdürlüğüne sunulur. (2) İl müdürlüğü talebi aynı gün elektronik ve benzeri ortamda sunulan eklerle beraber Kurul Başkanlığına iletir. (3) İşverenin bildirim üzerine müfettiş tarafından yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporda, durdurma kararına neden olan hususların giderildiğinin belirtilmesi halinde, heyet tarafından 6 ncı maddede belirtilen usuller çerçevesinde gerekli inceleme yapılır ve bildirim yapıldığı tarihten itibaren en geç 7 gün içerisinde karar verilir. (4) Heyetin durdurmanın kaldırılmasına karar vermesi halinde karar, mülki idare amirine ve ilgili il müdürlüğüne bildirilir. Mülki idare amirince söz konusu kararın gereği kendisine intikalinden itibaren 24 saat içerisinde yerine getirilir. (5) Müfettiş tarafından yapılan inceleme sonucunda durdurma kararına sebep olan hususların giderilmediğinin tespit edilmesi halinde ise durdurma kararının devamı yönünde alınan karar, ilgili raporla beraber işverene tebliğ edilmek ve işyeri dosyasında saklanmak üzere ilgili il müdürlüğüne iletir.”.

## 2. İdari Para Cezası

İşverenin risk değerlendirmesi yapma veya yaptırma yükümlülüğüne uymaması halinde, işverene üçbin Türk Lirası, aykırılığın devam ettiği her ay için dörtbinbeşyüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır (İSGK.m.26/ç).

Ayrıca işin durdurulmasına ilişkin m.25’de belirtilen yükümlülükler göre işyerinin bir bölümünde veya tamamında verilen durdurma kararına uymayarak durdurulan işi yönetmelikte belirtilen koşulları yerine getirmeden devam ettiren işverene fiil başka bir suç oluştursa dahi onbin Türk Lirası, altıncı fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen yani işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödememe veya durumlarına göre başka bir iş verme yükümlülüğüne uymaması halinde, işverene ihlale uğrayan her bir çalışan için bin Türk Lirası, aykırılığın devam ettiği her ay için aynı miktar idari para cezası uygulanır (İSGK.m.26/l)<sup>49</sup>.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda belirtilen idari para cezaları, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü’nce verilir. Verilen idari para

<sup>49</sup> İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin idari para cezaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat**, 4857 Sayılı İş Kanunu’nda İdari Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu-İş, 2004/3, s.252 vd.; **Levent Akın**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu, TİSK Akademi, 2008/1, s.213 vd.; **Murat Demircioğlu**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, s.489 vd.; Ömer Ekmekçi, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul, 2005, s.164-189; **Yalçın Bostancı**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari Para Cezaları ve İtiraz Usulü, 4.İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu, 1-3 Kasım 2013 Konya, Bildiriler Kitabı, s.57-82; **Özgür Oğuz**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesinin İdari Yaptırımları, Legal İHSGHD., 2011/29, s.108 vd.; **Gaye Burcu Seratlı**, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği, Legal İHSGHD., 2005/7, s.210.

cezaları, tebliğinden itibaren otuz gün içinde ödenir. Kanun'da idari para cezasına itiraza ilişkin bir düzenleme yoktur<sup>50</sup>. İdari para cezası uygulamasına, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu gereğince kararın tebliği veya tefhiminden itibaren en geç on-beş gün içinde Sulh Ceza Mahkemesine itiraz mümkündür. Bu süre içinde itiraz edilmemesi halinde, idari para cezasına ilişkin karar kesinleşir.

## SONUÇ

İş sağlığı ve güvenliği, bir bütün olarak değerlendirilecek olursa, işin görülmesi sırasında oluşabilecek tehlikelere karşı, işçinin yaşamı ve sağlığının korunması ve çalışma ve dinlenme süreleri dâhil tüm çalışma koşullarının düzenlenmesini kapsar. Bununla beraber, günümüzde bu tanım yeterli bulunmayıp, geniş bir şekilde yorumlanmaktadır. Buna göre, iş sağlığı ve güvenliği kavramına işçinin sağlığını ve güvenliğini etkileyen ve ilgilendiren işyeri dışından kaynaklanan riskler de dâhil edilmektedir. İş ilişkisinin sosyal niteliğinden dolayı devletin, çalışma ilişkisinin işçinin yararına kurulması ve geliştirilmesi için tüm imkânları kullanması gerekir. İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi için, işyerlerinde işin yürütülmesi sırasında çeşitli nedenlerden kaynaklanan sağlığa zarar verebilecek koşullardan korunmak amacıyla yapılan sistemli ve bilimsel çalışmalara yönelik düzenlemeler yapılmalıdır. İş kazalarının ve meslek hastalıklarının meydana gelmeden önlenmesi, yaşamsal önem taşır. İş sağlığı ve güvenliği konusunda koruyucu ve proaktif yaklaşımın, telafi edici ve reaktif yaklaşıma tercihen temel alınması, bu amacın gerçekleşmesinde daha etkili olacağı açıktır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da esas itibarıyla bu yaklaşım çerçevesinde işyerlerinde risk değerlendirmesinin yapılmasını zorunlu olarak hükme bağlamıştır. Böyle bir değerlendirmenin yapılabilmesi her şeyden önce teknik bir nitelik taşımakta, işe ve işyerine ilişkin özelliklere göre farklılıklar arz edebilmekte; hiç veya gereği gibi yapılmaması, iş sağlığı ve güvenliğinin önleyici fonksiyonunu ortadan kaldırmakta ve bir takım hukuki ve cezai yaptırımlara yol açabilmektedir. İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden yapılacak risk değerlendirmesinin usul ve esaslarını düzenlemek üzere “İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği” yürürlüğe girmiştir.

Risk değerlendirmesinin konusu, işin yürütümünden dolayı çalışanların yaptıkları işten dolayı var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikeli etkenlerdir ve bu

<sup>50</sup> Kabahatler Kanunu'na göre, ilgili diğer Kanunlarda idari yaptırım kararına karşı başvurulacak kanun yolu konusunda farklı bir hüküm varsa, bu özel düzenleme uygulanacaktır. Ancak açık bir hüküm yoksa, Kabahatler Kanunu'ndaki hüküm uygulanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ercan Akyiğit**, İş Yasası'ndaki İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri Değişti, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2008/9, s.174-186; **Fevzi Şahlanan**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2006/1, s.5 vd.; **Saim Ocak**, İş Güvenliği Uzmanlığı, Ankara 2013, s.201-205; **Ekin**, s.114-123.

uygulama tüm işyerleri için tasarım veya kuruluş aşamasından başlamak üzere tehlikeleri tanımlama, riskleri belirleme ve analiz etme, risk kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması, dokümantasyon, yapılan çalışmaların güncellenmesi ve gerektiğinde yenileme aşamaları izlenerek gerçekleştirilir. Bu yükümlülüğe aykırılığın sonuçları ise, genel hükümlerin yanı sıra, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işin durdurulması ve idari para cezası verilmesi olarak özel olarak düzenlenmiştir.



**Kaynakça**

- Akın, Levent**, Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak Üzerine Bir Değerlendirme), Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012/25
- Akın, Levent**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu, TİSK Akademi, 2008/1 (Cezai)
- Aktay, Nizamettin / Arıcı, Kadir / Kaplan-Senyen, Emine T.**, İş Hukuku, Ankara 2006
- Aktekin, Şeyda**, İSG Kanunu ile Getirilen Başlıca İşveren Yükümlülüklerinin ve Bunlarla İlgili İkincil Mevzuat Taslaklarındaki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Mercek Dergisi, Ekim 2012
- Akyiğit, Ercan**, İş Yasası'ndaki İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri Değişti, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2008/9
- Alpagut, Gülsevil**, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, TİSK, 25 Nisan 2012, Ankara
- Alpagut, Gülsevil**, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı'nda İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi, TİSK İşveren Dergisi, 2012/50 (İş Sağlığı)
- Alpar, M. Bülent**, İş Sağlığı ve İş Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 Sayılı ILO Sözleşmesi İle İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı, C.7, S.2, Ankara 2003
- Alper, Yusuf**, İş Sağlığı ve Güvenliği İçin Politika Oluşturma ve Uygulama, İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi, Y.5, S.25, Mayıs-Haziran 2005
- Argun, Fazilet Nurel**, Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin Milletlerarası Sosyal Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/2
- Arıcı, Kadir**, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Ankara 1999
- Aydınlı, İbrahim**, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nda ve/veya Kanunu'nda Alt İşveren- "...Başka İşyerlerinden Gelen Çalışanlar ..." Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012/26
- Aydınlı, İbrahim**, 6331 Sayılı Kanun'da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2013/30 (Alt İşveren)
- Balkır, Z.Gönül**, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012/28
- Başbuğ, Aydın**, İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, Ankara 2013
- Bayram, Fuat**, Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatımıza Hakim Olan İlkeler, Legal İHSGHD., 7/2005

- Bayram, Fuat**, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2010/19 (Taslak)
- Bostancı, Yalçın**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari Para Cezaları ve İtiraz Usulü, 4.İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu, 1-3 Kasım 2013 Konya, Bildiriler Kitabı
- Caniklioğlu, Nurşen**, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Ankara 2012
- Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat**, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda İdari Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri, Yargıtç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, 2004/3
- Centel, Tankut**, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatı, İstanbul 1997
- Çavuşoğlu, Naz**, Klasik İnsan Hakları Anlayışı Değişirken Avrupa Sosyal Şartı, www.iudergi.com/tr/index.php/siyasal/article/view/11941/11203 (ET.11.05.2012)
- Çelik, Nuri**, İş Hukuku Dersleri, 26.B., İstanbul 2013
- Demirbilek, Tunç**, İş Güvenliği Kültürü, İstanbul 2005
- Demircioğlu, Murat**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008
- Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut**, İş Hukuku, 12.B., İstanbul 2007
- Demircioğlu, Murat/Kaplan, Hasan Ali**, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2013/30
- Dursun, Salih**, İş Güvenliği Kültürü, İstanbul 2012
- Ekin, Ali**, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerle Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından), Konya 2010
- Ekmekçi, Ömer**, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul, 2005
- Erdoğan, Gülnur**, Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008/77
- Ertürk, Şükran**, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012/27
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim**, Bireysel İş Hukuku, 3.B., İstanbul 2006
- Gerek, Nüvit**, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Yayını, 2000
- Gülmez, Mesut**, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na Uyum Sağlayabilecek miyiz?, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/1

- Gülmez, Mesut**, Türkiye'nin İnsan Hakları Belgelerini Onaylama Politikası, İnsan Hakları Yıllığı, C. 13, 1991
- Gülmez, Mesut**, İnsan Hakları Sözleşmelerini Onay Politikasında Bir Sapma: Sendikal Haklar Sözleşmelerinin Onaylanması, Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara, 2000
- Gülmez, Mesut**, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye'nin Çekinmeleri, Türk-İş, Ek, Temmuz-Ekim 2006, S.373
- Gülmez, Mesut**, Avrupa Sosyal Şartı'na Genel Bir Bakış ve Türkiye, İnsan Hakları Yıllığı, C.12,1990
- Gülmez, Mesut**, Geliştirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi ile Yeni Avrupa Sosyal Şartı, Prof. Dr. Metin KUTAL'a Armağan, Ankara 1998, s.328; Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kolokyumu, TODAİ Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 1993
- Heymann, Jody**, Occupational Health Global Inequalities at Work; Work's Impact on the Health of Individuals, Families and Societies, New York, 2003
- İnciroğlu, Lütfi**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşçi ve İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, İstanbul 2008
- Kabakçı, Mahmut**, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatına Uyumu, İstanbul 2009
- Kabakçı, Mahmut**, 6331 Sayılı Kanun'un İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma İlkelerinin (m.5) İşlevi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2013/29 (İlke)
- Kabakçı, Mahmut**, Hukuki Yönden Risk Değerlendirmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi, 2009/44 (Hukuki Yönden)
- Kılıç, Leyla**, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara 2006
- Kılıç, Cem**, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Getirdiği Yükümlülükler ve İşgücü Piyasalarına Etkileri, TİSK İşveren Dergisi, 2013/51
- Kutal, Metin**, "Avrupa Sosyal Şart ve Türkiye'nin Onayı", İktisat ve Maliye Dergisi, C.36, S.12, 1989
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin**, İş Hukuku, 5.B., Ankara 2012
- Ocak, Saim**, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Taraflara Getirdiği Yükümlülükler, İş Sağlığı ve İş Güvenliğine Hukuki Bakış Paneli, İstanbul 2012
- Ocak, Saim**, İş Güvenliği Uzmanlığı, Ankara 2013 (Uzman)
- Ocak, Saim**, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun İstihdama Etkisi, Legal iHSGHD., 2013/37 (İş Sağlığı)

- Odaman, Serkan**, İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri ile Uluslararası Standart, Legal İHSGHD., 2006/11
- Oğuz, Özgür**, AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul 2011
- Oğuz, Özgür**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesinin İdari Yaptırımları, Legal İHSGHD., 2011/29 (İş Sağlığı)
- Özdemir, Namık Kemal**, İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul Barosu Yayınları, Şubat 2004
- Özkılıç, Özlem**, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatında İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü ve Risk Değerlendirme Uygulamaları, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/6
- Piyal, Bülent**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Uyum Sorunu, Ankara 2009
- Rantanen, Jorma**, Basic Occupational Health Services, Ed.Suvi Lehtinen, 3rd Revised Edition, Helsinki, World Health Organization, Finnish Institute of Occupational Health, 28 September 2007
- Sayın, Ali Kemal**, Emek Piyasalarını Düzenleyen Uluslararası Normlar, Sosyal Siyaset Konferansları, 48. Kitap, İÜİF. Yayını, İstanbul 2004
- Selamoğlu, Ahmet/Lordoğlu, Kuvvet**, Katılım Sürecinde Avrupa Birliği ve Türkiye İşgücü ve İstihdamın Görünümü, Ankara 2006
- Seratlı, Gaye Burcu**, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği, Legal İHSGHD., 2005/7
- Süral, Nurhan**, Çalışanların Temel Sosyal Hakları, Avrupa Topluluğu Şartı (AT Sosyal Şartı), Ankara 1990
- Süzek, Sarper**, İş Hukuku, 9.B., İstanbul 2013
- Süzek, Sarper**, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985 (İş Güvenliği)
- Şahlanan, Fevzi**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2006/1
- Şenkal, Abdülkadir**, Sosyal Politika ve Sosyal Standartlar, Kamil Turan'a Armağan, Kamu İş Dergisi, C.7, S.2, 2003
- Tarcan, Nurseli**, Avrupa Sosyal Şartı'ndan, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, Aralık 2006
- Tuncay, Can**, Avrupa Birliği'ne Üyelik Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyumu ve Yeni Yönetmelikler, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri Semineri, 24 Şubat 2004, İstanbul
- Tuncay, Can**, Yeni İş Kanunu'nda İş Sağlığı ve İş Güvenliği, İşveren Dergisi, Temmuz 2003, C.41, S.10 (Yeni İş Kanunu)

- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut**, İş Hukukunun Esasları, 5.B., İstanbul 2008
- Ulusan, İhsan**, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990
- Yılmaz, Fatih**, AB ve İş Sağlığı Güvenliği, Ankara 2011
- Yılmaz, Fatih**, Risk Değerlendirmesinde Yöntem Tartışması, Toprak İşveren Sendikası Dergisi, 2010/86 (Risk)
- Yılmaz, Fatih**, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşveren ve Çalışanların Yükümlülükleri, Toprak İşveren Dergisi, 2013/97
- Yiğit, Abdulvahap**, İş Güvenliği ve İş Sağlığı, Bursa 2005
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği ile İlgili Genel Bilgiler, Ankara 1993/30
- International Labour Office, Encyclopaedia of Occupational Health and Safety**, 4th Edition, Geneva, Vol:1, Part:IV, 1987
- The State of Occupational Safety and Health in the European Union-Pilot Study-Summary Report**, European Agency for Safety and Health at Work, 2000



# İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ HUKUKUNDA ÇALIŞANLARIN GÜRÜLTÜ İLE İLGİLİ RİSKLERDEN KORUNMASI

*(Protection of Employees From the Risks Concerning Noise  
As Per the Occupational Health and Safety Law)*

Vedat LAÇİNER\*

## ÖZET

Gürültü herkesi etkileyen bir sorundur. Yüksek gürültü seviyesi olan çalışma ortamlarında bulunan kişilerde, kalıcı sağlık problemleri olduğu artık bilinen bir gerçektir. İşyerlerinde gürültüye maruz kalmaktan kaynaklanan iş sağlığı ve güvenliği sorunlarını önlemek için ulusal ve uluslararası düzeyde birçok hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bu çalışmada sözkonusu hukuki düzenlemeler incelenmiş, Türk iş sağlığı ve güvenliği hukukunun uluslararası sözleşmelere ve Avrupa Birliği mevzuatına uyumu konusunda değerlendirmeler yapılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Gürültü, gürültünün insan sağlığına etkileri, işverenin yükümlülükleri, iş sağlığı ve güvenliği, Türkiye’de iş sağlığı ve güvenliği, 2003/10/EC sayılı direktif

## *Abstract*

Noise is a problem affecting everyone. It is a well-known fact that people in working life with high level of noise have trouble in permanent health problems. Many legal regulations have been made on national and international level to prevent the occupational health and safety problems arising out of being exposed to noise in working environments. In this article such legal regulations will be reviewed and the conformance of Turkish occupational health and safety law to international contracts and European Union legislation will be evaluated.

**Keywords:** Noise, effects of noise to human health, employer liabilities, occupational health and safety, occupational health and safety in Turkey, directive 2003/10/EC.

---

\* Yrd. Doç. Dr., Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi

## 1. Gürültü ve İnsan Sağlığına Etkileri

Gürültü; hoş gitmeyen, istenmeyen, rahatsız edici ses olarak tanımlanabilir. Bu tanımdaki subjektiflik, herkesin sesi gürültü olarak algılamaya başladığı eşik değerler farklı olmasından kaynaklıdır. Kulak tarafından algılanabilen hava, su ya da benzeri bir ortamdaki basınç değişimine 'ses' denir. Duyma, ses dalgalarının kulak zarındaki hareketleri sonucu oluşur. Kulak zarı titreşir, iç kulak kemiklerini harekete geçirir ve bu daha sonra bir sıvı içeren salyangoz şeklindeki organ olan kulak salyangozu üzerine baskı uygular. Kulak salyangozu içindeki sıvının hareketi, sesi beyne ileten minik saç hücreleri tarafından algılanır. İşte aşırı gürültüye maruz kalma sonucu hasar gören bu saç hücreleridir.<sup>1</sup>

Gürültü, insan sağlığını etkileyen fiziksel faktörlerin en önemlilerinden<sup>2</sup> ve çağımızın en büyük endüstriyel sorunlarından biridir. Hatta Türkiye endüstrisinde, en sık rastlanan meslek hastalığı gürültü ile oluşan işitme kayıplarıdır.<sup>3</sup> Endüstriyel makine ve araç-gerecin çıkardığı sesler, yeterli ve etkin önlemler alınmadığı takdirde özellikle o iş kolunda çalışanlara önemli ölçüde zarar verebilmektedir.<sup>4</sup> Örneğin tekstil endüstrisinde (4000-7000 devir/dakika) yüksek devirde dönen büküm makineleri, yaygın bir şekilde kullanılan mekikli dokuma tezgahları, motorlar ve havalandırma sistemine ait klima santrallerinin çıkardığı sesler birer gürültü kaynağıdır.<sup>5</sup>

Gürültünün insan sağlığı üzerindeki olası ilk olumsuz etkisi psikolojiktir. Örneğin; sinir bozukluğu, korku, rahatsızlık, tedirginlik, yorgunluk, zihinsel etkilerde yavaşlama ve uykusuzluk psikolojik etkilerdendir. İkinci olarak, gürültünün konuşma ile olan iletişimi önlemesi, iş verimine ve iş güvenliğine olan etkileri de yadsınamayacak olumsuz etkilerdendir. Üçüncü olarak, gürültünün insan sağlığı üzerinde fizyolojik etkileri mevcuttur. Örneğin; işitme duyusunda oluşturduğu olumsuz etkiler (işitme kaybı ya da işitme eşiğinin kayması adı verilen işitme duyusunda azalma, kulak ağrısı), mide bulantısı (yüksek basınçlı gürültüye maruziyet), kas gerilmeleri stres, kan basıncında artış, kalp atışlarının ve kan dolaşımının değişimi, göz bebeğinin büyümesi olası olumsuz etkilerdendir.<sup>6</sup>

Kulakta yüksek düzeyde gürültüye (80 dB(A)'dan fazla olan) uzun süreler (aylar ve yıllarca) maruz kalma sonucu, geriye dönüşü olmayan işitme kayıpları oluşa-

<sup>1</sup> Yazıcı, İşyerinde Gürültü, s.14; Ergül, İşitme Duyumuz ve Korunma Prensipleri, [www.bigder.org/makaleler.html](http://www.bigder.org/makaleler.html) (Erişim: 09.01.2013).

<sup>2</sup> Yiğit, İş Güvenliği ve Sağlığı, s.157.

<sup>3</sup> Sabuncu, s.99.

<sup>4</sup> Arıcı, 1999, s.183.

<sup>5</sup> [www.isguvenligi.net/gurultu/](http://www.isguvenligi.net/gurultu/) (Erişim: 19.03.2013); Türkiye'de mikro ölçekli işletmelerdeki güvenlik tedbirlerinin daha yetersiz olduğu, çalışanların gürültüden etkilenme düzeyinin daha fazla olduğuna ilişkin bir çalışma için bkz: Sönmez/Arslan ve diğ., s.132.

<sup>6</sup> Özdemir, Gürültü ile Oluşan İşitme Kayıpları ve Alınacak Önlemler, [www.bilgin.net/GurultuSelcukOzdemir.htm](http://www.bilgin.net/GurultuSelcukOzdemir.htm) (Erişim: 20.09.2013); Çiçek, Mesleki İşitme Kaybı, [www.ankarameslek Hastanesi.gov.tr](http://www.ankarameslek Hastanesi.gov.tr) (Erişim:09.10.2013); İlgürel, s.23-24; Hayta, s.31.



bilmektedir.<sup>7</sup> Bu kayıp; geçici, sürekli veya her ikisi de birlikte olabilir. İşitsel yorgunluk adı da verilen geçici işitme kaybı, kısa bir süre etkisinde kalınan gürültülü ortamdan uzaklaştıktan sonra (genellikle bir iki saat) ortadan kalkar. Ancak, ortaya çıkan işitme kaybının iyileşebilmesi için, gürültüye maruz kalma süresinin 10 katı kadar iyileşme süresine ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin; 90 dB'lik bir gürültüye 1 saat boyunca maruz kalındığında ortaya çıkan yaklaşık 18-20 dB'lik işitme kaybının ortadan kalkabilmesi için, yaklaşık 10 saat süre ile gürültüsüz yerde dinlenmek gerekir.<sup>8</sup>

Sürekli işitme kaybı; kişisel duyarlılığa, gürültünün düzeyine (sesin toplam enerjisine), gürültünün-sesin frekans dağılımına, günlük toplam maruziyet süresine, kişinin gürültünün etkisinde kaldığı sürenin uzunluğuna, gürültünün, sürekli, kesikli ya da darbeleri oluşuna bağlıdır. Öyleyse, gürültüye bağlı işitme kaybında birçok etkenin ilişkisi söz konusudur. Bu da insanları olumsuz etkiden korumak için alınması gereken önlemleri güçleştirmektedir. Sorunun çözümlenebilmesi, çalışanların korunabilmesi için etkilenme düzeylerinin, eşik değerlerinin saptanması ve buna göre işyerlerinde gürültü düzeyi ve frekans dağılımı ölçülerek değerlendirme yapılması gerekir.<sup>9</sup>

Gürültü düzeyinin ölçülmesi ve analizi için ses düzeyi ölçü aletleri, frekans analizörleri ve kişisel veya ortam gürültü dozimetreleri kullanılır.<sup>10</sup> Kulak saniyede 20 ile 20000 salınım veya Hertz (Hz) arası frekansa sahip sesleri duyabilir. İnsan sesinin sahip olduğu 3000 ile 6000 Hz arası, en duyarlı olduğu frekanslardır. Ses basınç düzeyleri, sıfır desibel (duyma eşiği) ile 140 desibel (çok acılı ve tehlikeli bir maruziyet düzeyi) aralığında olmak üzere, desibel (dB) cinsinden ölçülür.<sup>11</sup>

## 2. İlgili Mevzuat

Çalışanların Gürültüye Maruz Kalmalarından Kaynaklanan Risklerden Korunmalarını Sağlayacak Asgari Sağlık ve Güvenlik Gereklere Hakkında 06.02.2003 tarihli ve 2003/10/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi çıkarılmıştır.<sup>12</sup> Bu direktif, aynı titreşim maruziyetinde olduğu gibi, gürültü maruziyetini de bir takım "sınır" ve "eylem" değerlere tabi tutmaktadır. Ulusal düzeyde ise, Avrupa Birliği müktesebatına uyum süreci kapsamında, sözkonusu direktif esas alınarak 'Gürültü Yö-

<sup>7</sup> Bir işyerinde "otobüs saç kaplama işçisi" olarak çalışan bir işçinin uzun yıllar gürültüye maruz kalması sonucu %42,2 oranında meslekte kazanma gücü kaybına uğramasına ilişkin, mahkeme kararına konu olmuş bir örnek için bkz: Yarg. 10.HD., 12.07.2005, 2005/4461 E., 2005/8141 K.

<sup>8</sup> Tan, Kaynak İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, www.makine2.kocaeli-edu.tr/kaynak/kaynaktehlikeO.pdf (Erişim:10.09.2013).

<sup>9</sup> <http://www.isguvenligi.net/gurultu/> (Erişim: 19.03.2013).

<sup>10</sup> <http://www.isguvenligi.net/gurultu/> (Erişim: 19.03.2013).

<sup>11</sup> Kurt, İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi, s.28.

<sup>12</sup> Direktifin Türkçesi için bkz: Piyal, s.561-572.

netmeliği' hazırlanmış ve 23.12.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>13</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun<sup>14</sup> (İSGK) çıkarılmasından sonra bu yönetmelik yürürlükten kaldırılmış ve yerine “Çalışanların Gürültü ile İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik” (GürY) yürürlüğe sokulmuştur.<sup>15</sup> Bu Yönetmeliğin amacı; çalışanların gürültüye maruz kalmaları sonucu sağlık ve güvenlik yönünden oluşabilecek risklerden, özellikle işitme ile ilgili risklerden korunmaları için asgari gereklilikleri belirlemektir (GürY m.1). Yönetmeliğin, uygulamaya en somut yansıması, artık gerek ofislerde gerekse üretim tesislerinde, yasal olarak belirlenmiş bir ses sınırına uyulması zorunluluğu getirmiş olmasıdır. Örneğin işveren, fabrikası içindeki gürültüyü yönetmelikte belirlenen seviyede tutacaktır. Yönetmelik, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamına giren tüm işyerlerinde uygulanır (kys: İSGK m.30; GürY m.2). Yönetmelik haricinde, bir de halen yürürlükte bulunan İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü<sup>16</sup> (İSGT) mevcuttur. Bu tüzükteki hükümler, kural olarak yönetmelikten daha somut hükümler içermektedir.

Yönetmelik, genel olarak işverenin işyerinde bir gürültü haritası çıkartılmasını, buna göre önlemler alınmasını ve çalışanların konuyla ilgili bilgilendirilmesini gerekli kılmaktadır. Düzenlemenin belki de en önemli tarafı, belli sınır değerler getirmesi ve böylece gürültü sorununa kaynakta çözüm bulmaya çalışmasıdır.

Uluslararası Çalışma Örgütü de 1977 yılında İşyerinde Hava Kirliliği, Gürültü ve Titreşim Nedeniyle Oluşan Mesleki Tehlikelere Karşı İşçinin Korunmasına İlişkin 148 sayılı Sözleşmeyi kabul etmiştir. Sözleşmenin 3.maddesine göre; “gürültü, bir işitme kaybına yol açan veya sağlığa zararlı olan veya başka tehlikeleri ortaya çıkaran bütün sesleri kapsar” (b bendi).<sup>17</sup> Her ne kadar Türkiye, Uluslararası Çalışma Örgütünün 148 sayılı bu sözleşmesini bugüne kadar onaylamamışsa da, gürültüyü insan sağlığıyla birlikte ele alması ve tanımlaması açısından sözleşme önem taşımaktadır.

### 3. Maruziyet Sınır Değerleri ve Maruziyet Eylem Değerleri

Yönetmelikte geçen kavramlardan, “en yüksek ses basıncı ( $P_{tepe}$ )”: C-frekans ağırlıklı anlık gürültü basıncının maksimum (tepe) değerini, “günlük gürültü maruziyet düzeyi ( $L_{EX, 8saat}$ )” (dB(A) re.20  $\mu$ Pa): TS 2607 ISO 1999 standardında tanımlandığı gibi, sekiz saatlik bir iş günü için, anlık darbeli gürültünün de dahil olduğu A-ağırlıklı bütün gürültü maruziyet (etkilenme) düzeylerinin zaman ağırlıklı ortalamasını ve “haftalık gürültü maruziyet düzeyi ( $L_{EX, 8saat}$ )”: TS 2607 ISO 1999 standardında tanımlandığı gibi, A-ağırlıklı günlük gürültü maruziyet düzeylerinin

<sup>13</sup> RG., 23.12.2003, 25325.

<sup>14</sup> RG., 30.06.2012, 28339.

<sup>15</sup> RG., 28.07.2013, 28721.

<sup>16</sup> RG., 11.01.1974, 14765.

<sup>17</sup> Kurt, İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi, s.28.

sekiz saatlik beş iş gününden oluşan bir hafta için zaman ağırlıklı ortalamasını ifade eder (GürY m.4).

Maruziyet sınır değerleri ve maruziyet eylem değerleri ile ilgili hususlar Yönetmeliğin 5.maddesinde belirtilmiştir:

a) Yönetmeliğin uygulanması bakımından, günlük gürültü maruziyet düzeyleri ve en yüksek ses basıncı yönünden maruziyet sınır değerleri ve maruziyet eylem değerleri, aşağıda verilmiştir;

1) En düşük maruziyet eylem değerleri:  $L_{EX, 8\text{saat}} = 80$  dB (A) veya  $P_{tepe} = 112$  Pa [135 dB(C) re. 20  $\mu$ Pa] (20  $\mu$ Pa referans alındığında 135 dB (C) olarak hesaplanan değer.<sup>18</sup> Çalışanın gürültüden etkilenmesi bu değeri aşıyorsa, işveren uygun kulak koruyucusunu çalışanın kullanımına hazır bulundurmak durumundadır.<sup>19</sup>

2) En yüksek maruziyet eylem değerleri:  $L_{EX, 8\text{saat}} = 85$  dB (A) veya  $P_{tepe} = 140$  Pa [137 dB(C) re. 20  $\mu$ Pa].<sup>20</sup> Çalışanın gürültüden etkilenmesi bu değeri aşıyorsa, çalışan kulak koruyucusunu gürültülü çalışma ortamında bulunduğu sürece takmakla yükümlüdür. İşveren ise verilen koruyucu donanımın takıldığını denetlemekle mükelleftir.

3) Maruziyet sınır değerleri:  $L_{EX, 8\text{saat}} = 87$  dB (A) ve  $P_{tepe} = 200$  Pa [140 dB(C) re. 20  $\mu$ Pa].<sup>21</sup> Çalışanın gürültüden etkilenmesi hiçbir koşulda maruziyet (etkilenme) sınır değerini aşmamalıdır. Alınan önlemlere rağmen bu değer aşıyorsa, işveren çalışanın gürültüden etkilenme değerinin, maruziyet sınır değerini aşma nedenini ortaya çıkarmalı ve gerekli bütün önlemleri ivedilikle almalıdır.

Sözkonusu sınır değerleri Avrupa Birliği'nin 2003/10/EC sayılı direktifinden aynen alınmıştır. Oysaki sınır değer olarak belirlenmiş olan 87 dB (A) düzeyi Almanya'da eleştirilmiş ve Alman yasa koyucusu AB direktifini iç hukuka uyarlar-ken 85 dB (A) olarak almıştır. Bunun gerekçesi ise, yapılan araştırmalarda 85 dB (A) üzeri gürültü düzeyinin meslek hastalıklarına sebep olduğu yönündeki bilimsel tanılardır.<sup>22</sup>

Kanaatimizce, Avrupa Birliği müktesebatına uyum sürecinde yapılacak mevzuat çalışmalarında, aynen mevzuatı almak yerine, Alman yasa koyucusunun yap-

<sup>18</sup> 135 dB (C) ile ilgili olarak 20  $\mu$ Pa.

<sup>19</sup> İlgürel, s.24; İlgürel/Sözen, s.15.

<sup>20</sup> 137 dB (C) ile ilgili olarak 20  $\mu$ Pa.

<sup>21</sup> 140 dB (C) ile ilgili olarak 20  $\mu$ Pa; İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 22.maddesinde "Daha çok gürültülü çalışmayı gerektiren işlerin yapıldığı yerlerde, gürültü derecesi en çok 95 desibel olabilir" hükmü yer almaktadır. Ancak bu hüküm, yeni tarihli ve çalışanın sağlığını daha çok koruyucu Yönetmeliğin 4.maddesi karşısında uygulama alanı bulmaz (kys: Çetinkal, "Gürültü ve Titreşim Yönetmelikleri ne getiriyor?" [www.iskanunu.com/yasal-degisiklikler/516-gurultu-ve-titresim-yonetmelikleri-ne-getiriyor.html](http://www.iskanunu.com/yasal-degisiklikler/516-gurultu-ve-titresim-yonetmelikleri-ne-getiriyor.html) (Erişim: 07.09.2013).

<sup>22</sup> Bundesministerium, Arbeitsrecht, s.749.

tığı gibi eleştirel bir yaklaşımla, mevzuatın amacına uygun düzeltmeler yapılarak alınması daha isabetli bir yöntem olacaktır. Kaldı ki direktifin konu ile ilgili asgari hükümler içermesi, bu yorumlamayı doğrular niteliktedir.

b) Çalışanı etkileyen maruziyetin belirlenmesinde, çalışanın kullandığı kişisel kulak koruyucularının koruyucu etkisi de dikkate alınarak maruziyet sınır değer uygulanacaktır. Maruziyet eylem değerlerinde ise kulak koruyucularının etkisi dikkate alınmayacaktır (GürY m.5/f.2,3).

c) Günlük gürültü dozu, o gün içerisinde gürültüden kaynaklanan toplam maruziyeti (etkilenmeyi) açıklayan bir kavramdır.<sup>23</sup> Günlük gürültü maruziyetinin günden güne belirgin şekilde farklılık gösterdiğinin kesin olarak tespit edildiği işlerde ve maruziyet sınır değerleri ve maruziyet eylem değerlerinin uygulanmasında günlük maruziyet düzeyi (değerleri) yerine haftalık maruziyet düzeyi kullanılabilir. Ancak bununla birlikte, yeterli ölçümle tespit edilen haftalık gürültü maruziyet düzeyi "87 dB (A) olan maruziyet sınır değerini" aşmamalıdır. Ayrıca, bu işlerdeki riskleri en aza indirmek için uygun tedbirler de alınmış olmalıdır (GürY m.5/f.4).

Yukarıda verilen değerler asgari değerler olmak kaydıyla, demiryolu, havayolu ve su yolu ulaşım araçlarında çalışanların maruziyet değerlerine ilişkin olarak mevzuatta istisnai bir hüküm yer almaktadır. Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliğinin<sup>24</sup> 11.maddesine göre; hava aracı çalışanlarının kulak sağlığı ve konforu açısından iç gürültü ile araç içi titreşim seviyelerine ilişkin düzenlemeleri Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Ulaştırma Bakanlığı tarafından yapılır. Söz konusu görev su yolu araçlarında çalışanlar için Deniz Müsteşarlığına (m.12) ve tren çalışanları için yine Ulaştırma Bakanlığı'na verilmiştir (m.10).

#### 4. Maruziyetin Belirlenmesi

İşveren, çalışanların maruz kaldığı gürültü düzeyini, işyerinde gerçekleştirilen risk değerlendirmesinde ele alır ve risk değerlendirmesi sonuçlarına göre gereken durumlarda gürültü ölçümleri yaptırarak maruziyeti belirler (GürY m.6/f.1).

Gürültü ölçümünde kullanılacak yöntem ve cihazlar; özellikle ölçülecek olan gürültünün niteliği, maruziyet süresi, çevresel faktörler ve ölçüm cihazının nitelikleri dikkate alınarak mevcut şartlara uygun olur. Gürültü maruziyet düzeyi ve ses basıncı gibi parametrelerin tespit edilebilmesi maruziyet sınır değerleri ve maruziyet eylem değerlerinin aşılmamasına karar verilebilmesine imkan sağlar ve aynı zamanda çalışanın kişisel maruziyetini gösterir (GürY m.6/f.2). Değerlendirme ve ölçüm sonuçları, gerektiğinde kullanılmak ve iş müfettişlerinin denetimlerinde istenildiğinde gösterilmek üzere uygun bir şekilde saklanmalıdır (GürY m.6/f.3).<sup>25</sup>

<sup>23</sup> İlgürel, s.25.

<sup>24</sup> RG., 04.06.2010, 27601.

<sup>25</sup> Bayram, Denetim, s.240.

Değerlendirme ve ölçümler uzmanlarca planlanacak ve uygun aralıklarla yapılacaktır. Gürültü maruziyet düzeyinin değerlendirilmesi ve ölçüm sonuçları, daha sonraki zamanlarda tekrar değerlendirilebilmesi için saklanmalıdır. Ölçüm sonuçları değerlendirilirken, ölçme uygulamalarına bağlı olan ölçüm hataları dikkate alınmalıdır.

## **5. Risklerin Değerlendirilmesi**

İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği uyarınca yapacağı risk değerlendirmesinde aşağıda belirtilen hususlara özel önem vermelidir (GürY m.7):

1) Anlık darbeli gürültüye maruziyet de dahil maruziyetin türü, düzeyi ve süresine,

2) Maruziyet sınır değerlerine ve maruziyet eylem değerlerine (bkz: GürY m.5),

3) Özellikle hassas risk grupları ve kadın çalışanlar olmak üzere çalışanların sağlık ve güvenliklerine olan etkilerine,

4) Teknik olarak mümkünse, “gürültü” ile “işe bağlı ototoksik maddelerin” etkileşimlerine veya gürültü ile titreşim arasındaki etkileşimlerin çalışanın sağlık ve güvenliğine olan etkisine,

5) Kaza riskini azaltmak için kullanılan ve çalışanlar tarafından algılanması gereken uyarı sinyalleri ve diğer seslerin gürültü ile etkileşiminin çalışanların sağlık ve güvenlikleri yönünden dolaylı etkisine,

6) İş ekipmanlarının gürültü emisyonları hakkında ilgili mevzuat uyarınca imalatçılardan sağlanan bilgilere,

7) Gürültü emisyonunu azaltan alternatif bir iş ekipmanının bulunup bulunmadığına,

8) Gürültüye maruziyetin, işverenin sorumluluğundaki normal çalışma saatleri dışında da devam edip etmediğine,

9) Sağlık gözetiminde elde edinilen güncel bilgilere,

10) Yeterli korumayı sağlayabilecek kulak koruyucularının bulunup bulunmadığına.

İşveren, risk değerlendirmesini yaptırmalı ve hangi önlemlerin alınması gerektiğini tanımlamalıdır. Risk değerlendirmesi ile ilgili, yürürlükteki mevzuata uygun olarak kayıt tutulmalı ve saklanmalıdır. Risk değerlendirmesinin, düzenli olarak ve önemli bir değişiklik olduğunda veya sağlık gözetimi sonuçlarının gerektirdiğinde yeniden yapılması uygun olur.

İşverenin yapacağı değerlendirme, uygun bir işitme koruması sağlayıp, kulak koruma bölgelerini belirleyerek ve çalışanlara bilgi ve eğitim vererek, gürültüye maruz kalmayı kontrol altına alma çalışmaları ile uyumu kolaylaştıracaktır. Değerlendirme, danışman gibi, işyeri dışından biri tarafından yapılıyor bile olsa, yapılan değerlendirmenin istenilen şartları karşıladığı konusunda tatmin olmak için uygun adımları atmak işverenin elindedir. Gürültü değerlendirmesi, sürecin sonu değil, başlangıcıdır.

Gürültü değerlendirmesi kısaca şu özellikleri taşımalıdır:

- a) Bir gürültü probleminin olup olmadığını belirlemeli,
- b) Hangi çalışanın risk altında olduğunu ve nedenini söylemeli,
- c) Riskleri kontrol altına alabilmek için öncelikleri ve bir planı içeren bilgileri vermeli,
- d) Acil riskler için ne yapılması gerektiği hakkında bilgilendirmeyi (kulak koruyucuları, ikaz işaretleri) sağlamalı,
- e) Çalışanları bu konularda bilgilendirmek ve eğitmek için işverene yardımcı olmalıdır.

## 6. Maruziyetin Önlenmesi veya Azaltılması

Teknik anlamda gürültünün etkilerinden korunmada (maruziyetin önlenmesi veya azaltılmasında) kullanılacak yöntemler dört gruba ayrılabilir. Korunma yöntemlerinden birincisi; gürültüyü kaynağında azaltmaktır. Bunun için işin planlanması safhasında örneğin daha az gürültülü makineler seçilebilir veya makinelerin yerleştirildiği zeminin düz olması, titreşimi önleyici takozlarla desteklenmesi gibi yöntemler kullanılabilir. Gerçekten de gürültü sorun olup, yayıldıktan sonra önlem almak çoğu zaman olanaksız ve pahalıdır. O nedenle henüz işyeri tasarım aşamasında, üretim özelliklerine göre gürültü düzeyinin önceden belirlenmesi, makinelerin yerleşimi, titreşim denetimi ve mimaride gerekli önlemlerin alınması büyük önem taşımaktadır.<sup>26</sup> Örneğin, makinelerin işyerine yerleştirilmesinde imkan elverdiği ölçüde, aynı gürültü seviyesindeki makine ve ekipmanların bir bölümde toplanması gürültü kontrolünü kolaylaştıracaktır.<sup>27</sup>

Bundan başka, kullanılan makineler sıklıkla yağlanarak, eskiyen parçalar değiştirilerek, makinelerde amortisör kullanılarak da gürültünün azaltılması sağlanabilir.<sup>28</sup> Gürültünün yayılmasının önlenmesi de çalışanı gürültünün etkilerinden koruyacaktır. Örneğin gürültü kaynağı ile çalışanlar arasına bir pano konulması, diğer çalışma odalarından gelen sesin azaltılması için ses yalıtımlı kapı kullanılması gibi.

<sup>26</sup> Sözen, "Yetersizlik ve Belirsizlik Var", [www.yalitim.net/?pid=24500](http://www.yalitim.net/?pid=24500) (Erişim: 10.09.2013).

<sup>27</sup> İşikel, s.72.

<sup>28</sup> Sönmez/Arslan ve diğ., s.134; Hayta, s.31.

Korunma yöntemlerinden ikincisi; işyerinde gürültülü bölümlerde çalışanların değişimli olarak çalıştırılması yoluna gitmektir. Vardiya aralıklarının yeterli tutulması, çalışanın maruziyetini önleyecek veya azaltacaktır. Yine, gürültülü ve gürültüsüz değişik üretim işlemlerinin bir arada bulunduğu işyerlerinde, eğer mümkünse çalışanlar yer değiştirilerek gürültünün etkisinin dengelenmesi sağlanabilir.<sup>29</sup> Üçüncü olarak; eğer vardiyalı sistemle çalışmak mümkün değilse, çalışma saatlerinin azaltılması yoluyla maruziyetin önlenmesi yoluna gidilebilir. Son olarak, bütün bu tedbirlere rağmen işyerinde gürültünün istenilen seviyeye düşürülmesi sağlanamamışsa, çalışanlara kişisel kulak koruyucuları verilerek etkin bir şekilde kullanmaları teşvik edilmelidir.<sup>30</sup>

Gürültüden kaynaklanan maruziyetin önlenmesi veya azaltılması için<sup>31</sup>; teknik gelişmelere uygun önlemler alınarak gürültüye maruziyetten kaynaklanan riskler kaynağında yok edilmeli veya en aza indirilmelidir (GürY m.8/f.1). İşveren bu bağlamda tedbirler alırken, yönetmeliğin 8.maddesindeki “maruziyetin önlenmesi ve azaltılması”, 9.maddesindeki “kişisel koruma”, 10.maddesindeki “maruziyetin sınırlandırılması” ve 11.maddesindeki “çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitimi” hükümlerini göz önünde bulundurur (GürY m.8/f.1, son kısım). Maruziyetin önlenmesinde veya azaltılmasında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 5.maddesinde belirtilen “Risklerden Korunma İlkelerine” uyulmalıdır (GürY m.8/f.2). Gürültüden kaynaklanan risklerin azaltılmasında, özellikle;

- 1) Gürültüye maruziyetin daha az olduğu başka çalışma yöntemleri seçilmesi,
- 2) Yapılan işe göre mümkün olan en düşük düzeyde gürültü yayan uygun iş ekipmanını seçilmesi,
- 3) İşyerinin ve çalışılan yerlerin uygun şekilde tasarlanması ve düzenlenmesi,
- 4) Çalışanlara, iş ekipmanını gürültüye en az maruz kalacakları doğru ve güvenli bir şekilde kullanmaları için, gerekli bilgiyi ve eğitimi vermesi,
- 5) Gürültüyü teknik yollarla azaltması ve bunun için; hava yoluyla yayılan gürültüyü, perdeleme, kapatma, gürültü emici örtülerle ve benzeri yöntemlerle azaltması ve yapı elemanları yoluyla iletilen gürültüyü, yalıtım, sönmüleme ve benzeri yöntemlerle azaltması,
- 6) İşyeri, işyeri sistemleri ve iş ekipmanları için uygun bakım programlarının uygulanması,
- 7) Gürültünün iş organizasyonu ile azaltılması ve bu amaçla; maruziyet süresinin ve gürültü düzeyinin sınırlanması ve yeterli dinlenme araları verilerek çalışma

<sup>29</sup> İlgürel, s.25.

<sup>30</sup> Ergül, İşitme Duyumuz ve Korunma Prensipleri, [www.bigder.org/makaleler.html](http://www.bigder.org/makaleler.html) (Erişim: 09.01.2013).

<sup>31</sup> TMMOB, Temel Bilgiler, s.24-25.

sürelerinin düzenlenmesi gibi hususlar gözönünde bulundurulur (GürY m.8/f.2). Verilen dinlenme araları, çalışma esnasındaki gürültüden arındırılmış şekilde geçirilmelidir. Aksi taktirde verilen aranın çalışana etkin bir faydası olmayacağı gibi, sağlığını da olumsuz etkileyecektir.

İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğünde, yönetmelikteki ilkesel düzenlemelerden farklı olarak daha somut düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin Tüzüğün 12.maddesine göre; “işyerlerindeki kapıların yükseklik ve genişliği... gürültüden işçileri koruyacak şekil ve nitelikte yapılmış” olmalıdır (f.1).

İşveren, yapılan risk değerlendirmesinde (bkz: GürY m.5), en yüksek maruziyet eylem değerlerinin aşıldığının tespiti halinde, özellikle yukarıda belirtilen önlemleri de dikkate alarak, gürültüye maruziyeti azaltmak için teknik ve/veya organizasyona yönelik bir eylem planı oluşturmalı ve uygulamalıdır (GürY m.8/f.3). Çalışanların en yüksek maruziyet eylem değerlerini aşan gürültüye maruz kalabileceği çalışma yerleri uygun şekilde işaretlenmelidir. Ayrıca, bu alanların sınırları belirlenmeli ve teknik olarak mümkün ise, bu alanlara girişler kontrollü olmalıdır (GürY m.8/f.3,c).

Çalışanların dinlenmesi için ayrılan yerlerdeki gürültü düzeyi, bu yerlerin kullanım amacına uygun olmalıdır (GürY m.8/f.4). Ayrıca işveren, kadınlar, çocuklar, yaşlılar, özürlüler gibi hassas risk gruplarının korunması için gerekli önlemleri de almalıdır (GürY m.8/f.5; İSGK m.10).

Yönetmelikte de görüleceği gibi amaç gürültüyü kaynağında yok etmektir. En yüksek maruziyet eylem değerinde ise kulak koruyucularının kullanımı zorunlu tutulmalıdır. Gürültüye maruziyetten kaynaklanan riskler başka yollarla önlenemiyorsa; çalışana, kişiye tam olarak uyan kulak koruyucuları verilmeli ve bu koruyucular çalışanlar tarafından kullanılmalıdır (Örneğin; maşonlu kulaklık veya silikon tıkaç gibi).<sup>32</sup>

Çalışanların, işin devamı süresince yapılacak periyodik sağlık kontrollerinin yanı sıra, kulak odiyogramlarını çektirmek, duyma kaybı, kulak ve sinir sistemi hastalığı tespit edilenlerin derhal bu işlerden alınıp tedavilerini yaptırmak faydalı olacaktır. Çalışanlar işe alınırken genel sağlık muayenesi yanında sıra duyma durumunu da ölçtürmek, işe uygun olmayacak nitelikte kulak ve sinir sistemi hastalığı bulunanları bu işlere almamak gerekebilir. Doğuştan işitme engelli olan kişilerin çalıştırılmasında ise sakınca bulunmamaktadır.<sup>33</sup>

Günlük kişisel gürültü maruziyetlerini hesaplarken, desibel skalasının logaritmik özelliğini kavramak önemlidir. Aşağıdaki maruziyetlerin her biri iş gününün geri kalanının oldukça sessiz geçtiği varsayıldığında -85 dB(A)'lık bir günlük kişisel gürültü maruziyeti üretir. Bu değerden sonra gürültü düzeyinin artması halinde

<sup>32</sup> Kurt, İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi, s.30.

<sup>33</sup> Kurt, İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi, s.30.



sağlığa zarar vermeden çalışabilme süresinin ne kadar azalması gerektiği, pek çok uluslararası araştırma ve yayıncı teorik olarak hesaplanmıştır. Buna göre, ses değerlendirme düzeyi 3 dB(A) kadar arttığında çalışma süresinin yarıya indirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu basit yöntemin bilinmesi ve uygulanması işyerlerinde uygulama açısından önem taşımaktadır: 85 dB(A) için 8 saat, 88 dB(A) için 4 saat, 91 dB(A) için 2 saat, 94 dB(A) için 1 saat, 104 dB(A) için 6 dakika ve 114 dB(A) için 36 saniye.

## 7. Kişisel Korunma

Gürültüye maruziyetin önlenmesi amacıyla kullanılan kişisel koruyucu donanımlar temel olarak; kulak tıkaçları ve kulaklıklardır. Bunlardan başka bir de çok gürültülü büyük sanayi kuruluşlarında tüm başı içine alan ve böylece hem darbe-lerden koruyan hem de sesin iç kulağa iletilmesini engelleyen başlıklar bulunmaktadır.<sup>34</sup>

Gürültüye maruziyetten kaynaklanan riskler, yönetmeliğin 8.maddesinde belirtilen tedbirlerle önlenemiyor ise işveren;

a) Çalışanın gürültüye maruziyeti en düşük maruziyet eylem değerlerini aştığında, kulak koruyucu donanımları çalışanların kullanımına hazır halde bulundurulur.

b) Çalışanın gürültüye maruziyeti en yüksek maruziyet eylem değerlerine ulaştığında ya da bu değerleri aştığında, kulak koruyucu donanımların çalışanlar tarafından kullanılmasını sağlar ve denetler.

c) Kulak koruyucu donanımların kullanılmasını sağlamak için her türlü çabayı gösterir ve alınan kişisel korunma tedbirlerinin etkinliğini kontrol eder (GürY m.9/f.1). İşveren tarafından sağlanan kulak koruyucu donanımlar, Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmelik ve Kişisel Koruyucu Donanım Yönetmeliği hükümlerine uygun olmalıdır (GürY m.9/f.2,a).

Kulak koruyucu donanım, işleme ile ilgili riski ortadan kaldıracak veya en aza indirecek şekilde seçilir (GürY m.9/f.2,b). Bu koruyucuların çalışanlar tarafından doğru kullanılması ve korunması gerekir. Donanım çalışana tam olarak uymalıdır. Hijyenik şartların gerektirdiği durumlarda çalışana özel olarak sağlanmalıdır (GürY m.9/f.2, c,ç,d). Benzer bir düzenlemeye İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 525.maddesinde rastlanılmaktadır; "Gürültülü yerlerde çalışan işçilere, kulaklarının korunması için uygun kulak tıkaçları verilecek ve bu tıkaçlar her gün temizlenecek ve sterilize edilmeden diğer bir işçiye verilmeyecektir".

<sup>34</sup> İlgürel, s.25.

### 8. Maruziyetin Sınırlanması

Çalışanın maruziyeti, hiçbir koşulda Yönetmeliğin 5.maddesinde belirtilen maruziyet sınır değerlerini aşamaz (GürY m.10/f.1). Yönetmelikte belirtilen tüm önlemlerin alınmasına rağmen, maruziyet sınır değerlerinin aşıldığının tespit edildiği durumlarda, işveren;

a) Maruziyeti, maruziyet sınır değerlerinin altına indirmek üzere gerekli olan tedbirleri derhal almalı,

b) Maruziyet sınır değerlerinin aşılması nedenlerini belirlemeli ve

c) Bunun tekrarını önlemek amacıyla, koruma ve önlemeye yönelik tedbirleri gözden geçirerek yeniden düzenlemelidir (GürY m.10/f.1, a ve b).

### 9. Çalışanların Bilgilendirilmesi ve Eğitimi

İşveren, işyerinde en düşük maruziyet eylem değerine eşit veya bu değer üzerindeki gürültüye maruz kalan çalışanların ve/veya temsilcilerinin gürültü maruziyeti ile ilgili olarak, özellikle de aşağıdaki konularda bilgilendirilmelerini ve eğitilmelerini sağlamalıdır (GürY m.11):

a) Gürültüden kaynaklanabilecek riskler,

b) Gürültüden kaynaklanan riskleri önlemek veya en aza indirmek amacıyla alınan önlemler ve bu önlemlerin uygulanacağı koşullar,

c) Maruziyet sınır değerleri ve maruziyet eylem değerleri,

d) Değerlendirme ve gürültü ölçümünün sonuçları ve bunların önemi ve potansiyel riskler,

e) Kulak koruyucularının doğru kullanılması,

f) İşitme kaybı belirtilerinin tespiti ve bildiriminden neden ve nasıl yapılacağı,

g) Çalışanların hangi şartlarda sağlık gözetimine tabi tutulacağı ve sağlık gözetiminin amacı,

h) Gürültü maruziyetini en aza indirecek güvenli çalışma uygulamaları.

### 10. Çalışanlara Danışılması ve Katılımlarının Sağlanması

Çalışanlara ve/veya temsilcilerine Yönetmeliğin kapsadığı konular ile özellikle risklerin değerlendirilmesinde ve alınacak önlemlerin tanımlanması, gürültüden kaynaklanan risklerin ortadan kaldırılması veya azaltılmasını amaçlayan önlemlerin alınması ve kulak koruyucularının seçilmesi konularında danışılmalı, katılımları sağlanmalıdır (GürY m.12).

## 11. Sağlık Gözetimi

Gürültüye bağlı olan herhangi bir işitme kaybında erken tanı konulması ve çalışanların işitme kabiliyetinin korunması işverenin yükümlülüğüdür. Bu bağlamda, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun “sağlık gözetimi” başlığını taşıyan 15.maddesine göre gereken durumlarda, işyerinde gerçekleştirilen risk değerlendirmesi sonuçlarına göre gerekli görüldüğü hallerde ve işyeri hekiminin belirlenecek düzenli aralıklarla çalışanların sağlık gözetimine tabi tutulmaları gerekir (GürY m.13/f.1; İSGT m.78/f.5).

Yapılacak iş gürültülü işlerden ise, bu işlere alınacak çalışanların henüz işe girişlerinde sağlık muayenelerinin yaptırılması zorunludur (İSGK m.15/f.1,b1; İSGT m.78/f.4). İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğüne göre; işe alım esnasında yapılacak genel sağlık muayenesinde, çalışanın duyma durum ve derecesi ölçülmeli, kulak ve sinir hastalığı olanlar ile bu sistemde arızası olanlar ve hipertansiyonlular gürültülü işlere alınmamalıdır. Ancak doğuştan sağır ve dilsiz olanlar, bu işlere alınabilir (İSGT m.78/f.4). 1974 yılında yürürlüğe girmiş bu hükmün uygulamasında, modern tıbbın durumu ve eşitlik ilkesi de gözönünde bulundurularak, çalışanın bu işlerde çalışmasının sakıncalı olup olmadığına göre karar verilmelidir.

Risk değerlendirmesi sonucunda sağlık riski olduğunun anlaşılması halinde çalışanlar uygun sağlık gözetimine tabi tutulmalıdır. En yüksek maruziyet eylem değerlerini aşan gürültüye maruz kalan çalışanlar için, işitme testleri işverence yaptırılır (GürY m.13/f.1,b). Değerlendirme ve ölçüm sonuçlarının bir sağlık riski olduğunu gösterdiği yerlerde, en düşük maruziyet eylem değerlerini aşan gürültüye maruz kalan çalışanlar için de işitme testleri yaptırılabilir (GürY m.13/f.1,c). Testlerin amacı gürültüye bağlı olan herhangi bir işitme kaybında erken tanı koymak ve işitme işlevini koruma altına almaktır.<sup>35</sup> Kanaatimizce yönetmeliğin bu hükmünde “yaptırılabilir” ibaresinin kullanılması isabetli değildir. Bu durumda test yaptırılması işverenin inisiyatifine bırakılmamalı, işverenin yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olmalıdır.

İşitme ile ilgili sağlık gözetimi sonucunda, çalışanda işitme kaybı saptandığında, işitme kaybının gürültü maruziyetine bağlı olup olmadığını bir işyeri hekimi değerlendirecektir. İşitme kaybı gürültüye bağlı ise;

1) Çalışan, işyeri hekimi tarafından, kendisi ile ilgili sonuçlar hakkında bilgilendirilmelidir (GürY m.13/f.2,a).

2) İşveren, yapılan risk değerlendirmesini gözden geçirecektir (GürY m.13/f.2,b1). Ayrıca, riskleri önlemek veya azaltmak için alınan önlemleri gözden geçirecektir (GürY m.13/f.2,b2). Riskleri önlemek veya azaltmak için gerekli görülen ve çalışanın gürültüye maruz kalmayacağı başka bir işte görevlendirilmesinin de

<sup>35</sup> ISO, Makine İmalat Sanayii, s.36.

aralarında olduğu önlemleri uygulanmalıdır (GürY m.13/f.2,b3). Bu esnada işverenin, iş güvenliği uzmanları veya aynı durumdaki diğer çalışanlar yahut yetkili makamın önerilerini dikkate alması yerinde olacaktır. Benzer biçimde maruz kalan çalışanların sağlık durumunun gözden geçirilmesi için de düzenli bir sağlık gözetimi uygulanmalıdır (GürY m.13/f.2,b4).

İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 78.maddesinin 5.fıkrasındaki düzenleme ile, işçinin duyma durumunda azalma ve herhangi bir duyma bozukluğu görüldüğünde veyahut kulak ve sinir hastalığı bulunan ve hipertansiyonlu olan işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilip feshedilemeyeceği tartışılmalıdır. Söz konusu fıkra hükmünde bu hastalıkların görülmesi halinde "çalıştıkları işlerden ayrılacaklar, kontrol ve tedavi altına alınacaklardır" ifadeleri yer almaktadır. Kanaatimizce burada kastedilen "iş sözleşmesinin feshedilmesi" olmayıp, işçinin iyileşip tekrar çalışabilmesi olasılığı varsa, iyileşene kadar geçecek bir rehabilitasyon safhasıdır (karş: İşK m.25/Ib).

Mülga Gürültü Yönetmeliğinin 12.madde 1.fıkra (c) bendi, sağlık gözetimi sonucu çalışanın kayıtları ile ilgili bir dizi hükümler düzenlemekteydi. Bu düzenleme; yapılan sağlık gözetimi ile ilgili olarak her çalışanın kişisel sağlık kaydı tutulmasını ve güncelleştirilmesini, sağlık kayıtlarının, sağlık gözetiminin bir özeti içermesini, bu kayıtların gizlilik esasına uygun olmasını ve gerektiğinde incelenebilecek şekilde saklanmasını, bu kayıtların kopyalarının, yetkili makamların istemesi halinde verilmesini ve her çalışanın istediğinde kendisiyle ilgili kayıtlara ulaşabilmesini içeriyordu. Ancak bu hükümler yeni yönetmeliğe alınmamıştır. Oysaki bu hükümler yeni yönetmeliğin hukuki dayanaklarından olan 2003/10/EC sayılı Avrupa Birliği direktifinin 10.maddesinin 3.fıkrası hükmüdür. Gerek direktifin bu hükmü, gerekse İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 15.maddesi ve eski düzenlemenin içeriği birlikte değerlendirildiğinde, yeni yönetmeliğin uygulanmasında da söz konusu hükümlere riayet edilmesi "sağlık gözetimi" uygulamasının temel ilkelerine uygun olduğu ve gözönünde bulundurulması gerektiği değerlendirilmektedir.

## 12. Değerlendirme ve Sonuç

Türkiye, çalışanların gürültüye bağlı risklerden korunmasına ilişkin asgari sağlık ve güvenlik yükümlülüklerini belirleyen Avrupa Birliği direktifine, yeni çıkarılan yönetmelik ile uyum sağlamıştır. Yönetmelik hükümleri, direktif metni ile ekseriyetle aynıdır. Avrupa Birliği mevzuatına uyum süreci içerisinde, Türk mevzuatındaki gürültüye maruziyet değerlerindeki farklılaşmalar büyük ölçüde giderilmiştir. Gürültü riskine karşı önlemler bağlamında İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü de bazı ayrıntılı düzenlemeleri içerdiğinden, söz konusu mevzuatın da güncellenerek yeni yönetmeliğe eklenmesi uygun olacaktır. Kanaatimizce Avrupa Birliği direktiflerinin çerçeve hüküm niteliği, Türkiye'de çıkarılan çeviri yönetmelikleri genel hüküm yapmakta, bunun neticesi olarak söz konusu genel hükümleri

ayrıntılı şekilde açıklayacak düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda Çalışanların Gürültü ile İlgili Risklerden Korunmasına Dair Yönetmeliğin de tebliğ ve genelgelerle açılması gerekir. Kullanılacak bir diğer yöntem ise, mevcut tüzüğün güncellenerek, ayrıntılı hale getirilmesi olacaktır.

Yasal düzenlemelerin olması, bunların yeterince uygulamaya yansıdığı anlamına gelmemektedir. Bunun temel sebebi ise denetim ve yaptırım konusundaki yetersizlik ve belirsizliklerdir. Bugün itibarıyla yasal gerekliliklere riayetinin daha çok bilinçli, duyarlı işletmelerde yerine getirildiği söylenebilir. Bu bağlamda henüz Türkiye’de gürültü kaynaklı maruziyetler ve olması gereken tedbirler konusunda işin başında olduğumuz açıktır. Çalışanların büyük bir kısmı da gürültüye maruziyet konusunda bilgisiz olup, gürültülü ortamlarda çalışmayı bir sorun olarak görmemektedir.<sup>36</sup> Kanaatimizce, toplum olarak önümüzdeki dönemde, gelişme ve bilinçlenme daha çok işyerindeki gürültü maruziyeti ve buna ilişkin mevzuat üzerinden değil de, sanayi tesislerinden kaynaklanan çevresel gürültü düzeyleri ve önlenmesi konusu üzerinden gerçekleşecektir. Konu toplumun daha büyük bir kısmını ilgilendirdiğinden ilgi daha fazladır ve günceldir. Konuya ilişkin kriterler 2010 tarihli Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliğinde<sup>37</sup> yer almaktadır ve yaptırımları daha ağırdır (bkz: 2872 sayılı Çevre Kanunu m.14).<sup>38</sup>

Son olarak, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün İşyerinde Hava Kirliliği, Gürültü ve Titreşim Nedeniyle Oluşan Mesleki Tehlikelere Karşı İşçinin Korunmasına İlişkin 148 sayılı Sözleşmesi normlarına, Türkiye’de iç hukuktaki yasal düzenlemeler bakımından ulaşılmış bulunduğu değerlendirilmektedir. Henüz bu sözleşmenin Türkiye tarafından onaylanmamış olması, ancak uygulama ve denetim konusundaki eksikliklere bağlanabilir.

Gürültüye maruziyet konusunda bir eleştiri de gerek mevzuat ve yargı içtihatlarında gerekse iş piyasasında çalışma sürelerinin uzunluğuna ilişkin esnek yaklaşımdır. Özellikle sanayi kuruluşlarındaki günlük çalışma sürelerinin genellikle 8 saatin üzerinde olduğu düşünülürse, gürültülü ortamlarda çalışanlar açısından günlük gürültü dozunun aşılması kaçınılmaz olmaktadır. Bu tür işyerlerinde teknik ölçümler yapılmalı, günlük gürültü dozu tespit edilmeli, buna göre çalışma sistemleri belirlenmelidir.<sup>39</sup> Gürültülü ortamlarda çalışan işçilerin belli süreler için gürültülü ortamdan ayrılarak dinlendirilmeleri uygun olabilir. Ancak burada da İş

<sup>36</sup> Sözen, “Yetersizlik ve Belirsizlikler Var”, [www.yalitim.net/?pid=24500](http://www.yalitim.net/?pid=24500) (Erişim: 10.09.2013); Bu konuda yapılmış bir anket çalışması için bkz: İlgürel/Sözen, s.13-14.

<sup>37</sup> RG., 04.06.2010, 27601.

<sup>38</sup> Çevre Kanunu m.20/f.1,h: “Bu Kanunun 14 üncü maddesine göre çıkarılan yönetmelikle belirlenen önlemleri almayan veya standartlara aykırı şekilde gürültü ve titreşime neden olanlara, konutlar için 400 Türk Lirası, ulaşım araçları için 1.200 Türk Lirası, işyerleri ve atölyeler için 4.000 Türk Lirası, fabrika, şantiye ve eğlence gürültüsü için 12.000 Türk Lirası idarî para cezası verilir.”

<sup>39</sup> Çalışma ve dinlenme sürelerinin uzunluğu ile iş kazalarının oranı arasında doğrudan bir bağlantı bulunduğu konusundaki araştırma sonuçları için bkz: Camkurt, s.88-89.

Kanunundaki ara dinlenmelere ilişkin hükümler engel teşkil etmektedir (karş: İşK m.68). İş Kanununun 68.maddesinin 2.fikrasına göre; “bu dinlenme süreleri en az olup aralıksız verilir” hükmü yer almaktadır. Ancak bireysel iş ilişkisi düzeyinde işvereni daha uzun dinlenme süresi verme konusunda zorlayacak etkin bir mekanizma Türk iş hukuku uygulamasında yoktur. İlgili yönetmelikte yapılacak bir değişiklikle, gürültü maruziyet değerlerine göre daha uzun ara dinlenmeleri verilmesi objektif kriterlere bağlanabilir.

Belirtmek gerekir ki, gürültünün zararları konusunda yeterince bilinçli de olmayan işçiler, çoğu zaman işlerini kaybetmek korkusuyla rahatsızlık durumlarını gizlemekte, kendi işlerine atmaktadırlar. Oysaki daimi bir şekilde yüksek dozda gürültünün en olumsuz etkileri uzun zaman sonra meslek hastalığı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, konu bireysel iş ilişkisi boyutunda bırakılmayacak kadar önemli olup, devletin önleyici kurallar, etkin denetim ve yaptırımlarla müdahalelerde bulunması şarttır.

**KAYNAKÇA**

- ARICI, Kadir, İş Sağlığı ve İş Güvenliği, Sargın Ofset, Ankara 1999.
- BAYRAM, Fuat, İş Güvenliği Hukukunda Denetim, Beta Yayınları, İstanbul 2009. (Denetim)
- BUNDESMINISTERIUM für Arbeit und Soziales (der), Arbeitsrecht, 6. Baskı, Nürnberg, 2012. (Bundesministerium, Arbeitsrecht).
- CAMKURT, M. Zülfi, İşyeri Çalışma Sistemi ve İşyeri Fiziksel Faktörlerinin İş Kazaları Üzerindeki Etkisi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs-Ağustos 2007, s.80-106.
- ÇETİNKAL, Altan, Gürültü ve Titreşim Yönetmelikleri ne getiriyor? <http://www.iskanunu.com/yasal-degisiklikler/516-gurultu-ve-titresim-yonetmelikleri-ne-getiriyor.html> (Erişim: 11.03.2013).
- ÇİÇEK, Yücel, Mesleki İşitme Kaybı, yayınlanma tarihi: 11.05.2010, Ankara Meslek Hastalıkları Hastanesi, [www.ankarameslek Hastanesi.gov.tr](http://www.ankarameslek Hastanesi.gov.tr) (Erişim: 09.10.2013).
- ERGÜL, Mümin, İşitme Duyumuz ve Korunma Prensipleri, [www.bigder.org/makaleler.html](http://www.bigder.org/makaleler.html) (Erişim: 09.01.2013).
- HAYTA, Ateş Bayazıt, Çalışma Ortamı Koşullarının İşletme Verimliliği Üzerine Etkisi, Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Dergisi, Yıl:2007, Sayı:1, s.21-41.
- İŞIKEL, Korhan, Endüstri Tesislerinde Gürültü Kontrolü ve Uygulamaları, Tesistat Mühendisliği Dergisi, Sayı: 91, Yıl: 2006, s.69-73.
- İLGÜREL, Nuri, Gürültüden İşitsel etkilenmede Yönetmeliklerin Rolü ve Kişisel Korunma Yöntemleri, Turkish Archives of Otolaryngology, 2013; 51, s.23-29.
- İLGÜREL, Nuri/Sözen, Müjgan Şerefhanoglu, Değişik Sanayi Kuruluşlarında Gürültünün Nesnel, Öznel ve Yönetmelikler Bağlamında İncelenmesi, M Garon, YTÜ Mim. Fak. e-Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2005, s.9-17.
- İSO (İstanbul Sanayii Odası), Avrupa Birliği'ne uyum Sürecinde Sektör Rehberi, Makine İmalat Sanayii, İstanbul, Ekim 2011, 60s. (Makine İmalat Sanayii)
- KURT, Resul, Herkes İçin İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, 837s.
- ÖZDEMİR, Selçuk, "Gürültü ile Oluşan İşitme Kayıpları ve Alınacak Önlemler", [www.bilgin.net/GurultuSelcukOzdemir.htm](http://www.bilgin.net/GurultuSelcukOzdemir.htm) (Erişim: 20.09.2013).
- PİYAL, Bülent, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Uyum Sorunu. Belediye-İş Sendikası, Ankara 2009.
- SABUNCU, H. Hilmi, "Endüstri'de Gürültü ile Oluşan İşitme kayıpları ve Alınacak Önlemler", TMMOB İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, Bildiriler Kitabı, 27-28 Kasım 1999, İstanbul, mmo yayın no:239, s.99-107.

- SÖNMEZ, Abdullah/Arslan, Ali Rıza ve diğ., Ankara'da Mobilya Sektöründe Faaliyet Gösteren Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerde Fiziksel Çevre Koşullarından Ortam Faktörlerinin Değerlendirilmesi, Politeknik Dergisi, Cilt:12, Sayı:2, 2009, s.127-135.
- SÖZEN, Müjgan Şerefhanoglu, "Yetersizlik ve Belirsizlikler Var", Yalıtım Dergisi, Sayı:74, Eylül-Ekim 2008, [www.yalitim.net/?pid=24500](http://www.yalitim.net/?pid=24500) (Erişim: 10.09.2013).
- TAN, Oktay, Kaynak İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, Kaynaklı İmalatta Çalışma Ortamı ve Çalışanın Sağlığını Etkileyen Tehlikeler ve Önlemler, Temmuz 2008, [www.makine2.kocaeli-edu.tr/kaynak/kaynaktehlikeO.pdf](http://www.makine2.kocaeli-edu.tr/kaynak/kaynaktehlikeO.pdf) (Erişim:10.09.2013).
- TMMOB, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Alanında Temel Bilgiler, TMMOB Yayını, 2.Baskı, İstanbul 2012 (Temel Bilgiler)
- YAZICI, Mustafa, İşyerinde Gürültü, Mühendis ve Makina Der., Cilt:48, Sayı:571, s.14-16.
- YİĞİT, Abdulvahap, İş Güvenliği ve Sağlığı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa 2008.



# İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU'NA GÖRE İŞVERENİN GENEL YÜKÜMLÜLÜKLERİ

*(According to Occupational Health and Safety Law  
General Responsibility of the Employer)*

Seda ARSLAN\*

## ÖZET

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile ilk defa sadece iş sağlığı ve güvenliği alanına ilişkin hükümleri içeren bir Kanun yürürlüğe girerek tüm çalışanlar kapsamı altına alınmıştır. Kanunun geneli işverenin yükümlülüklerinden oluşmakta ve birçok husus da çıkarılmış ya da çıkarılacak Yönetmeliklere bırakılmaktadır. Buna göre işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede, 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 yapacaktır. İşverenin risk değerlendirmesi yapması veya yaptırmaması yükümlülüğü de Kanun'un önleme siyasetine ağırlık verdiğini göstermektedir. Çalışmamızda, işverenin iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri ilgili mevzuat uyarınca incelenmiş, her şeyden önce iş sağlığı ve güvenliği bilincini oluşturma ve eğitimin önemi vurgulanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İş sağlığı ve güvenliği, işverenin yükümlülükleri, risk değerlendirmesi, her türlü önlem.

## *Abstract*

With the law no 6331 Occupational Health and Safety Law, first time a law inured only about occupational health and safety field which includes all the workers. As a whole the law formed, responsibility of the employer. The other subjects depend on the regulations which were issued or will be issued. The employer shall have a duty to ensure the safety and health of workers in every aspect related to the work. In this respect, the employer shall; take the measures necessary for the safety and health protection of workers, including prevention of occupational risks and provision of information and training, as well as provision of the necessary organization and means and shall ensure that these measures are adjusted taking account of changing circumstances and aim to improve existing situations. The employer carries out a risk assessment or gets

\* Araş. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

one carried out and this shows the Law focuses on proactive approach. At this research, within the scope of legislation, the employers' obligations in the field of safety and health were analysed, primarily the importance of creating occupational health and safety awareness and its training were emphasised.

**Keywords:** Occupational health and safety, general responsibility of the employer, risk assessment, all measures.

## I. Giriş

Küreselleşen dünya, ülkelerin sanayileşmesi ve teknolojik gelişmelere paralel olarak işçilerin sağlık ve güvenliklerinin sağlanması ve korunmasının önemi gün geçtikçe artmakta ve çözülmesi gereken sorunların başında gelmektedir. Dünyada her gün binlerce işçinin iş kazası sebebiyle ölmesi, ülkemizde de günde ortalama dört işçinin iş kazaları nedeniyle yaşamını yitirirken, altı işçinin de iş göremez haline gelmesi, kayıtlı olmayan işyerlerindeki iş kazaları da dikkate alındığında, konunun ne kadar önemli olduğunu göz önüne sermektedir. Ayrıca iş kazaları ve meslek hastalıkları, olası can kayıpları ya da sakatlanmalar dışında da tazminat ödemeleri, maliyetlerin artması, yüksek tedavi ve bakım giderleri ile birlikte hem işletmelere, hem de ulusal ekonomilere önemli zararlar vermektedir.

Günümüzde birçok uluslararası belgede, Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi'nde (UÇÖ/ILO)<sup>1</sup>, Avrupa Birliği mevzuatında<sup>2</sup>, T.C. Anayasası'nda ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu başta olmak üzere İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu gibi birçok yasada işçilerin genel hastalığa, meslek hastalıklarına ve iş kazalarına karşı korunmasına ilişkin düzenlemeler yer almakta, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve gerekliliği düzenlenmektedir. 'Önlemenin ödemedenden daha ucuz olduğu' yaklaşımı benimsenerek, mevzuatta yer alan hükümlerin dağınıklığı, ihtiyacı karşılayamaması ve konunun önemine binaen yeni bir ayrıntılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yapılması ihtiyacı doğmuş ve 30.06.2012 tarihinde Resmi Gazete<sup>3</sup>'de 6331 sayılı İSGK yayımlanarak ilk kez sadece iş sağlığı ve güvenliğine yönelik hüküm-

<sup>1</sup> Çeşitli ILO Sözleşmeleri: 45 sayılı Her Nevi Maden Ocaklarında Yeryüzü İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme, 115 sayılı İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korunması Hakkında Sözleşme, 119 sayılı Makinaların Gerekli Koruma Tertibatına İlişkin Sözleşme, 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme, 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşme, 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması Hakkında Sözleşme vb.

<sup>2</sup> Avrupa Birliği 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesi, 82/501 sayılı Belirli Sanayi Etkinliklerinde Karşılaşılan Büyük Kaza Tehlikeleri Hakkında Konsey Yönergesi, 82/130 sayılı Üye Devletlerin Madenlerdeki Patlayıcı Ortamlarda Elektrikli Aletlerin Kullanılmasına İlişkin Mevzuatının Yakınlaştırılması Hakkında Yönerge vb.

<sup>3</sup> 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazete.

leri içeren bir Kanun yürürlüğe girmiştir<sup>4</sup>. Bu Kanun Avrupa Birliği yönergeleri<sup>5</sup> esas alınarak oluşturulan bir Kanun olduğu için, çağdaş bir anlayışı yansıtmakta; iş sağlığı ve güvenliği konusunda sürekli hareket halinde olan, gelişmeleri takip eden, koşulları iyileştiren, geliştiren ve denetleyen bir yaklaşımı göstermektedir<sup>6</sup>.

Söz konusu İSGK ile birçok husus ayrıntılı olarak açıklanmakta, taraflara özellikle işverene yeni bazı çok ciddi yükümlülükler getirilmekte ve Kanun'da düzenlenmesi gereken birçok husus Yönetmeliklere bırakılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda da konuyla ilgili kapsamlı düzenlemeler yer almakta idi; ancak bu hükümlerin çoğu İSGK m. 37 ile 01.01.2013 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır<sup>7</sup>. Dolayısıyla artık 4857 sayılı İş K.'nda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler yer almamaktadır. İSGK'da sınırlı sayı esasına göre açıkça belirtilen bazı istisnai haller hariç, diğer tüm işlerde ve işyerlerinde İSGK uygulanacaktır<sup>8</sup>. Böylece diğer mevzuatlarda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak İş K.'na yapılmış atıflar, 6331 sayılı İSGK'ya yapılmış sayılacaktır. Bununla birlikte İSGK geçici madde 2'ye göre, İş K.'nun bazı maddelerine göre yürürlüğe konulan yönetmeliklerin İSGK'ya aykırı olmayan hükümleri, İSGK'da öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam olunacaktır<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> İSGK'nın yürürlüğe ilgili hükümleri içeren 12.7.2013 tarihinde değişikliğe uğrayan m. 38'e göre, "Bu Kanunun; a) 6 ve 7 nci maddeleri; 1) 4857 sayılı İş Kanununun mülga 81 inci maddesi kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 1/7/2016 tarihinde, 2) 50'den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 1/1/2014 tarihinde, 3) Diğer işyerleri için yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra, b) 9, 31, 33, 34, 35, 36 ve 38 inci maddeleri ile geçici 4, geçici 5, geçici 6, geçici 7 ve geçici 8 inci maddeleri yayımı tarihinde, c) Diğer maddeleri yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra, yürürlüğe girer."

<sup>5</sup> İSGK, geniş ölçüde 89/391 sayılı Avrupa Birliği Çerçeve Yönergesi esas alınarak hazırlanmıştır.

<sup>6</sup> **CANIKLIOĞLU**, Nurşen, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri", Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Antalya, 26-30 Eylül 2012, s. 29.

<sup>7</sup> İSGK m. 37; "4857 sayılı Kanunun aşağıdaki hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır: a) 2 nci maddesinin dördüncü fıkrası. b) 63 üncü maddesinin dördüncü fıkrası. c) 69 uncu maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları. ç) 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 95, 105 ve geçici 2 nci maddeler. 4857 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan "İş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere" ifadesi ile 98 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "85 inci madde kapsamındaki işyerlerinde ise çalıştırılan her işçi için bin Yeni Türk Lirası," ifadesi metinden çıkartılmıştır.

<sup>8</sup> Kanunun uygulanması açısından 50 işçi sınırının kaldırılmasını ve tüm işyerleri ve işverenleri kapsamını isabetli bulmayan değerlendirmeleri için bkz., **AKTEKİN**, Şeyda, "İSG Kanunu ile Getirilen Başlıca İşveren Yükümlülüklerinin ve Bunlarla İlgili İkincil Mevzuat Taslaklarındaki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", Mercek, 17/68, 2012, s. 178.

<sup>9</sup> İSGK geçici madde 2; "4857 sayılı Kanunun 77 nci, 78 inci, 79 uncu, 80 inci, 81 inci ve 88 inci maddelerine göre yürürlüğe konulan yönetmeliklerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, bu Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam olunur."

## II. İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı

### A. Genel Olarak

Sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamı ihtiyacı, insanlık tarihi kadar eskilere dayanmasına rağmen; iş güvenliğinin bir sosyal ihtiyaç olarak kabulü yakın zamanlara dayanmaktadır<sup>10</sup>. İş sağlığı ve güvenliği, çalışanların yaptıkları işten, çalışma koşullarından ve kullanılan araç ve gereçlerden doğabilecek tehlikelere karşı, çalışanların yaşamının ve sağlığının etkin olarak korunmasını ve sağlıklı ve güvenli çalışabileceği ortamın sağlanmasını ifade eder<sup>11</sup>. İş sağlığı ve güvenliği, işin yapılması sırasında işyerindeki fiziki çevre şartları sebebiyle çalışanların maruz kaldıkları sağlık sorunları ve mesleki risklerin ortadan kaldırılması veya azaltılması ile ilgilendiği gibi, bir kuruluşun gerçekleştirdiği faaliyetlerden etkilenen tüm insanların (çalışanların, geçici işçilerin, ziyaretçilerin, müşterilerin ve işyerindeki herhangi bir kişinin) sağlığına ve güvenliğine etki eden faktörleri ve koşulları da içine alır<sup>12</sup>.

ILO İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı Sözleşme<sup>13</sup>'ye göre 'sağlık' teriminin, işle bağlantısı açısından, sadece hastalık veya sakatlığın bulunmaması halini değil; aynı zamanda, çalışma sırasındaki hijyen ve güvenlik ile doğrudan ilişkili olarak sağlığı etkileyen fiziksel ve zihinsel unsurları da kapsayacağı belirtilmiştir. O halde sağlık kavramı geniş tutulmuş, güvenliğin sağlanması da bu bağlamda değerlendirilmiş ve sadece fiziksel sağlığın değil aynı zamanda zihinsel sağlığın da korunmasının gerekliliği ifade edilmiştir.

*İş sağlığı*, çalışan bir kişinin çalışma koşulları ile kullanılan araç ve gereçlerden doğabilecek tehlikelerden arınmış veya bu tehlikelerin asgari düzeyde indirildiği bir iş çevresinde huzurlu bir biçimde yaşayabilmesini ifade ederken; *iş güvenliği*, işin yapılması sırasında çalışanların karşılaştığı tehlikelerin ortadan kaldırılması veya azaltılması konusunda, işverene getirilen yükümlülüklerle ilişkin teknik kuralların bütünüdür<sup>14</sup>. Ancak bu iki kavramın birbirinden kolaylıkla ayrılması mümkün değildir. İkisi de aynı amaca hizmet etmektedir. İş sağlığı ve iş güvenliği kavramları ayrı ayrı ele alınır ve incelenirse, temelde bu iki kavramı birbirinden ayrı olarak incelemenin ne kadar güç olduğu görülür, zira sağlık ve güvenlik birbirleriyle etkileşim halinde olan iki kavramdır<sup>15</sup>. İş sağlığı ve güvenliği kavramı, özellikle sanayi devriminin doğması ve gelişmesi ile beraber ortaya çıkmıştır. Olumsuz ağır

<sup>10</sup> BALKIR, Z. Gönül, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu', SGD, C. 2, S. 1, 2012, s. 58.

<sup>11</sup> SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 16. Bs., Konya, 2011, s. 153.

<sup>12</sup> SEYYAR, Ali, "İş Sağlığı ve Güvenliği Nedir?", <http://www.sosyalsiyaset.net/documents/isig.htm>.

<sup>13</sup> ILO Kabul Tarihi: 3 Haziran 1981, 07.01.2004 tarih ve 5038 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuştur.

<sup>14</sup> DEMİRCİOĞLU, Murat/ CENTEL, Tankut, İş Hukuku, 14. Bs., İstanbul, Beta, 2010, s. 154-155; OKUR, Zeki, "İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşyerinde Bilgisayar Kullanımı ve İşverenin Yükümlülükleri", Çimento İşveren Dergisi, C. 20, S. 6, 2006, s. 18-19.

<sup>15</sup> BALKIR, s. 59.

çalışma koşulları nedeniyle iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması gerektiği anlaşılmış ve yapılan ilk düzenlemeler de iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olmuş, kadın ve çocukların çalışma süreleri sınırlandırılmış ve kadın ve çocukların gece ve bazı ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılması yasaklanmıştır<sup>16</sup>.

## **B. İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasının Önemi**

İSGK ile amaçlanan işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut olan güvenlik şartlarının iyileştirilmesidir. Böylece iş kazaları ve meslek hastalıklarından çalışanlar korunarak işçilerin yaşamları ve beden bütünlükleri sağlanacak, daha sağlıklı bir ortamda çalışma gerçekleşecektir. İş sağlığı ve güvenliği kavramının birçok yönden önemi bulunmakla birlikte, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin ilk amacı, temelde işçinin sağlığının korunmasıdır<sup>17</sup>.

İlk iş kanunları da işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak amacıyla getirilmiş ve iş hukuku ilk önce işçilerin sağlığını ve beden bütünlüğünü koruma hukuku olarak gelişmiştir<sup>18</sup>. Sağlıklı ve güvenli bir şekilde tehlikelerden uzak bir iş çevresinde çalışmak, işçilerin fiziksel ve zihinsel bakımdan iyi durumda olmalarına huzurlu bir şekilde çalışmalarına sebep olduğu gibi, onların gelişmelerine yardımcı olur ve işçi daha verimli çalışarak işletmeye de fayda sağlar. Zira işyerinde çalışanların ruh ve beden bütünlükleri koruma altında olmadıkça, bunun olumsuz yansımaları işletmeleri uzun vadede maddi ve manevi olarak etkileyecek, işyerinde üretim güvenliği sağlanmadan yapılan çalışmalar da verimin düşmesine yol açacaktır<sup>19</sup>. Ayrıca iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçi de çeşitli zarar ve mağduriyetlerle karşılaşacaktır. Tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuunun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda iş sözleşmesi, işveren tarafından haklı nedenle feshedilecektir. İş kazası ve meslek hastalığı sonucunda işçi, çalışamaz duruma gelmiş ve iş bulamamışsa hayatının geri kalan kısmını ücretinin çok altında bulunan sürekli iş göremezlik geliri ile geçinmek durumunda kalacaktır. İş günü-iş gücü kaybı, mahkeme masrafları, kazanın neden olduğu açığı kapatmak için gerekli olan fazla mesai, bina, makine, alet ve üretim veya ürünlerdeki hasarın maliyeti, kazalı işçinin yerine alınan işçiye verilen eğitim maliyeti, verimin düşmesi maliyeti, sipariş kayıpları, şirketin prestij kaybı gibi iş kazalarının maliyeti oldukça yüksektir. Gerek

<sup>16</sup> SÜMER, s. 153.

<sup>17</sup> EKMEKÇİ, Ömer, 4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul, Legal, 2005, s. 5.

<sup>18</sup> SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Bs., İstanbul, 2013, s. 853; SÜZEK, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985, s. 12.

<sup>19</sup> GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 14. Bs., İstanbul, Beta, 2012, s. 389; OĞUZ, Özgür, AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul, Legal, 2011, s. 27.

sosyal ve insani boyutu, gerekse de ekonomiye verilen zarar sonucunda iş kazalarını ve meslek hastalığını önlemek, ciddi öneme sahiptir.

İş sağlığı ve güvenliği gibi önemli bir konunun yükümlülüğünün de sosyal taraflardan sadece birine ait olması, hakkaniyete uygun olmadığı gibi amaçlanan sonucu almak için uygun bir yöntem de olmayacaktır<sup>20</sup>. Başta işverenler olmak üzere, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konusunda devlete, sendikalara<sup>21</sup> ve işçilere önemli yükümlülükler düşmektedir. İş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşmasında ise, herkes, medya, üniversiteler, meslek kuruluşları vb. üstüne düşen görevi yapmalıdır. Zira Kanun'un genel gerekçesinde de belirtildiği üzere iş sağlığı ve güvenliği konusu sadece işyeri ve çalışan düzeyinde değil, toplumun genelini doğrudan ilgilendiren aynı zamanda ulusal ve uluslararası düzeyde ele alınması gereken bir önceliktir.

## C. İSGK Kapsamı ve İstisnaları

### 1. Kapsam

İSGK m. 2/1'e göre, *'Bu Kanun, kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.'* Böylece Kanun'un uygulama alanı gösterilmiş ve kapsamlı olarak faaliyet konularına bakılmaksızın tüm çalışanlar (bağımlı çalışanlar) Kanun kapsamına dâhil edilmiştir. Buna göre, 4857 sayılı İş K.'na tabi olanlar, Türk Borçlar Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu'na tabi olarak çalışanlar İSGK'nın kapsamına alındığı gibi, kamu görevlisi statüsüne sahip memurlar ve sözleşmeli personellerin de Kanun kapsamına alındığı görülmektedir. İSGK m. 3'de 'çalışan' kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişiye çalışan denir. Görüldüğü üzere, Kanun'da hem kamuda çalışanlar hem de özel sektörde çalışanlar bakımından bir ayırım gözetilmemiş ve isabetli olarak hepsi 'çalışan' kavramına dahil edilmiştir<sup>22</sup>. Tüm çalışanların İSGK

<sup>20</sup> GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 391; ODAMAN, Serkan, "İş Sağlığı ve Güvenliği İçin Motivasyon Gerekliyor", İşveren Dergisi, C. 50, S. 3, Mayıs-Haziran 2012, s. 109-110; CENTEL, Tankut, "3.4.2012 Tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetim Sistemi ve Yaptırımlar", İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, Ankara, 25 Nisan 2012, s. 65; AKIN, Levent, "Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 34, 2012, s. 105.

<sup>21</sup> Sendikalar, iş sağlığı ve güvenliği kültürünün tesisinde mutlaka öncü karakter kazanmalı, üyeleri ile olan ilişkilerinin ücret konusuna hapsolmasını engellemeli, iş sağlığı ve güvenliği bilincinin tüm topluma yayılmasında konunun önemini herkes tarafından algılanmasına gayret göstermelidirler, Sendikaların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına katkısı için bkz., AKIN, Sendikaların Katkısı, s. 101-123.

<sup>22</sup> CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 30; SÜZEK, İş Hukuku, s. 857-858; ALPAGUT, Gülsevil, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi', TİSK İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri 25 Nisan 2012, Ankara,

kapsamında değerlendirilmesi isabetli olmakla birlikte, uygulaması açısından birtakım sorunları da beraberinde getireceğine şüphe yoktur<sup>23</sup>.

## 2. İstisnalar

İSGK m. 2/2'de hangi kişiler ve faaliyetler bakımından İSGK'nın uygulanmayacağı düzenlenmiş, istisnalar belirtilmiştir. Buna göre, 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 ile hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan iş yurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri hakkında İSGK hükümleri uygulanmayacaktır. Buna göre Kanun, kurum ve kuruluşları değil, onların faaliyetlerini kapsam dışında bırakmıştır<sup>24</sup>.

Kanun'un madde gerekçesinde 'normal hayat ve faaliyetleri durduran veya ke-sintiye uğratan ve acil müdahaleyi gerektiren durumlar ile toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran doğal, teknolojik veya insan kaynaklı olaylara sivillerin korunması veya kurtarılması amacıyla müdahalelerde esas görevi bulunan çalışanların bu faaliyetleri'nin Kanun'un istisnaları arasında yer alacağı açıkça belirtildikten sonra maden kazalarında işyerlerinde özel olarak kurulan tahlisiye ekiplerinin kazalara müdahalelerinin ise Kanun'un istisnaları arasında sayılmayacağı ifade edilmektedir. O halde afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetlerinin kapsamına özel sektörün afet ve acil durum birimle-

s. 26; **CANBOLAT**, Talat, 6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul, Beta, 2013, s. 162-163; **ERTÜRK**, Şükran, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, Eylül 2012, s. 14; **OCAK**, Saim, "6331 Sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu'nun Taraflara Getirdiği Yükümlülükler", Öz İplik-İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen 'İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği'ne Hukuki Bakış Paneli, Tebliğ ve Görüşler', İstanbul, 2012, s. 113-114; **KILIÇ**, Cem/**BÜLBÜL**, Okan Güray, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Geline Nokta ve Devam Eden Aksaklıklar", Çimento İşveren, C. 27, S. 6, Kasım 2013, s. 13; **BAYCIK**, Gaye, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2013, s. 107-108.

<sup>23</sup> **CANIKLIOĞLU**, İşveren Yükümlülükleri, s. 28; **CANIKLIOĞLU**, Nurşen, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'na Göre İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı", İşveren Dergisi, C. 50, S. 3, Ankara, Mayıs-Haziran 2012, s. 104; **ALPAGUT**, Gülsevil, "İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirilmesi", İşveren Dergisi, C. 50, S. 3, Ankara, Mayıs-Haziran 2012, s. 101; *Centel'e göre, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nun niceliksel ve niteliksel olarak mevcut denetim yapısının, böylesine bir genişliğe uygun olup olmadığı tartışmaya değerdir*, **CENTEL**, Tankut, 'İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümü', Çimento İşveren, Mayıs 2013, C. 27, S. 3, s. 14-15; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 858.

<sup>24</sup> **CANIKLIOĞLU**, İşveren Yükümlülükleri, s. 32; **DEMİR**, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Bs., İzmir, 2013, s. 165; **BAYCIK**, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 109.

rinin faaliyetlerinin girmeyeceği isabetli olarak belirtilmiştir<sup>25</sup>.

Ev hizmetlerinin İSGK'nın kapsamı dışında bırakılması kimi yazarlarca eleştirilmiş iken; kimi yazarlarca da isabetli bulunmuştur. Bir görüşe göre, ev hizmetlerinde çalışanların işçi veya sigortalı sayılmaması, bunların çalıştırıldığı yerde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin alınması ve korumanın sağlanması yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı düşünüldüğünden, ev hizmetlerinin Kanun'un kapsamı dışında bırakılması yerinde olmamıştır<sup>26</sup>. Diğer görüşe göre ise, ev hizmetlerinin Kanun'un kapsamı dışında bırakılması kural olarak isabetli olup; bu durum ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusunda tamamen korumasız kaldıkları anlamına gelmektedir. Zira ev hizmetlerinde çalışanlar hakkında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uygulanmaktadır ve bu Kanun uyarınca işveren, 'her türlü önlem'e uymakla yükümlü olacaktır<sup>27</sup>. Kanaatimizce de ev hizmetlerinin Kanun kapsamı dışında tutulması kural olarak isabetli olmuştur. Ev hizmetleri hakkında İSGK'nın uygulanmaması, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirlerin alınması yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. İşverenlerin iş kazası ve meslek hastalığının önlenmesi ve dolayısıyla iş sağlığı ve güvenliğini sağlama bakımından, gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü devam etmektedir.

Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan iş yurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri de Kanun'un kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak bu kişiler de bir meslek öğrenirken diğer işçiler gibi bir işyeri ortamında çalışmaktadırlar ve diğer işçilerden farksız olarak her türlü iş kazası ve meslek hastalığı riski ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Bu yüzden bu tür faaliyetleri, Kanun kapsamı dışında tutmak isabetli olmamıştır<sup>28</sup>.

### III. İşverenin Genel Yükümlülükleri

#### A. Genel Olarak

İSGK m. 4'te 'işverenin genel yükümlülüğü' başlığı altında işverenin bazı yükümlülükleri düzenlenmiş olup, genel yükümlülükler altında sayılan bazı yükümlülüklerin bir kısmı özellik arz ettiği için, ayrı maddelerde daha geniş bir şekilde ele alınmıştır. Ayrıca hem genel yükümlülükler hem de diğer yükümlülükler ile

<sup>25</sup> CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 33.

<sup>26</sup> ERTÜRK, s. 14; Ocak'a göre, ev hizmetlerinde de iş kazası ve meslek hastalığı yaşanabilmektedir; bu yönüyle iş kazası ve meslek hastalığının önlenmesine ilişkin gerekli tedbirlerin alınması bakımından İSGK hükümlerinden en azından bazılarının bu tür işlerde de uygulanması gerekirdi, OCAK, Yükümlülükler, s. 116; OCAK, Saim, İş Güvenliği Uzmanlığı, Ankara, Adalet, 2013, s. 15-16.

<sup>27</sup> CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 34.

<sup>28</sup> CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 34-35; SÜZEK, s. 859, dn. 11; OCAK, Yükümlülükler, s. 117; BAYCIK, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 112.



ilgili olarak, birçok husus çıkarılmış ya da çıkarılacak Yönetmeliklere bırakılmıştır<sup>29</sup>. İSGK m. 4'te işverenin genel yükümlülükleri özel olarak düzenlenmesine rağmen, Kanun'un kapsamının işverenin yükümlülüklerinden oluştuğunu görmekteyiz. İSGK ile işverenin yükümlülükleri daha somut bir hale getirilmiştir.

İş sağlığı ve güvenliği alanında başlıca sorumluluk, işverenlere verilmiştir. İşverenin bu konudaki sorumluluğu, sadece işçinin fiilen çalıştığı yerde değil; işyerinin giriş kısımlarında, merdiven, acil çıkış yerleri, asansör, duş, dinlenme, tuvalet ve mutfak gibi yerlerde de vardır<sup>30</sup>.

İSGK m. 4'ün ilk fıkrasında, işverenin çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu açıkça ifade edilmiştir. İş sözleşmesinden doğan işverenin gözetme borcu, dürüstlük ve iyiniyet kuralları göz önüne alınarak, işvere-

<sup>29</sup> İSGK m. 30'da iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çeşitli yönetmeliklerin çıkarılması gerektiği öngörülmüştür. Çıkarılmış yönetmelikler şunlardır: İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği (R.G. 29.12.2012), İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği (R.G. 29.12.2012), İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik (R.G. 29.12.2012), İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik (R.G. 18.1.2013), Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik (R.G. 25.1.2013), Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği (R.G. 5.2.2013), İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik (R.G. 30.3.2013), Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (R.G. 15.5.2013), Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik (R.G. 16.4.2013), İş Ekipmanlarının Kullanımında Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği (R.G. 25.4.2013), Çalışanların Patlayıcı Ortamları Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmelik (R.G. 30.4.2013), Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik (R.G. 15.6.2013), İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik (R.G. 18.6.2013), Kişisel Koruyucu Donanımlarının İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmelik (R.G. 2.7.2013), Tehlikeli ve Çok Tehlikeli Sınıfta Yer Alan İşlerde Çalıştırılacakların Mesleki Eğitimlerine Dair Yönetmelik (R.G. 13.7.2013), İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelik (R.G. 17.7.2013), İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik (R.G. 20.7.2013), Elle Taşıma İşleri Yönetmeliği (R.G. 24.7.2013), Çalışanların Gürültü ile İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik (R.G. 28.7.2013), Kanserojen veya Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik (R.G. 6.8.2013), Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik (R.G. 12.8.2013), Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik (R.G. 16.8.2013), İş Hijyeni Ölçüm, Test ve analizi Yapan Laboratuvarlar Hakkında Yönetmelik (R.G. 20.8.2013), Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik (R.G. 20.8.2013), Çalışanların Titreşimle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik (R.G. 22.8.2013), Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik (R.G. 23.8.2013), Sağlık ve Güvenlik İşaretleri Yönetmeliği (R.G. 11.9.2013), Maden İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği (R.G. 19.9.2013), Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği (R.G. 5.10.2013), Tozla Mücadele Yönetmeliği (R.G. 5.11.2013), İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Desteklenmesi Hakkında Yönetmelik (R.G. 24.12.2013), Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi Ve Etkilerinin Azaltılması Hakkında Yönetmelik (R.G. 30.12.2013).

<sup>30</sup> **ODAMAN**, Serkan, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri İle Uluslar arası Standart', Legal, İHSGHD, S. 11, C. 3, 2006, s. 886.

nin işçinin çıkarlarını koruması ve ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınmasını ifade eden somut sınırları olmayan geniş kapsamlı bir borçtur. İşveren bu borç kapsamında, işyerinde işçinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün korunması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür<sup>31</sup>. Türk Borçlar Kanunu m. 417'de 'işçinin kişiliğinin korunması' başlığı altında işverenin sorumluluğu düzenlenmiş ve ikinci fıkrada, işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almakla, araç ve gereçleri eksiksiz bulundurmaya yükümlü olduğu belirtilmiştir. Yürürlükten kalkan İş K. m. 77'de de paralel bir düzenleme yer almaktaydı. Böylece hızla gelişen teknolojinin çalışma ortamında meydana getirdiği çeşitli riskler, modern iş hukukunu iş sağlığı ve güvenliği konusunda ileri önlemler almaya yöneltmekte ve bu alanda işverene önemli yükümlülükler yüklemektedir.

İSGK'nın madde gerekçesinde de her halükarda işyerinden ve yaptıkları işten kaynaklanan tehlike ve risklere karşı çalışanlarının sağlığını ve güvenliğini korumanın işverenlerin genel yükümlülükleri olduğu belirtilmiş; işverenlerin çalışanları için önlem alma ve koruma görevinin aynı zamanda devlete karşı ödevlerinden de biri olduğu ifade edilmiştir. Devamla, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde işverenin araç ve gereçleri eksiksiz bulundurmuş olmasının işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, işverenin yükümlülüklerinin tamamının veya bir kısmının işyeri dışından hizmet olarak yerine getiriyor olmasının da işverenin yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir.

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz, (İSGK m. 4/4) buna kendisi katlanmak zorundadır. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak yapılacak tüm harcamalar işverene ait olacaktır. İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmayacaktır (İSGK m. 4/2). Zira Kanun'da yer alan yükümlülükler, işverene yüklenmiştir, sorumluluk da işverenin üzerinde olacaktır. Son olarak çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemeyecektir<sup>32</sup> (İSGK m. 4/3).

## B. Her Türlü Tedbirin Alınması Yükümlülüğü

İSGK m. 4/1-a'da işverenlerin, mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil 'her türlü tedbiri' almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. TBK m. 417 ve İş K. mülga m. 77'de de 'her türlü önlem' ifadesi kullanılmış olup, benzer düzenlemelere yer verilmiştir. O halde mevzuatta açıkça yazılı olan önlemler, sınırlı sayıda olmayıp, bu önlemlerin yanında mevzuatta yazılı olmasa bile işveren, bilim

<sup>31</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s. 867; SÜMER, s. 85.

<sup>32</sup> *Caniklioğlu'na göre, eğer olayın oluşunda çalışanın da kusuru varsa, işverenin meydana gelen zarardan sorumluluğu, çalışanın müterafık kusuru da dikkate alınarak belirlenir. Dolayısıyla söz konusu hükmü, işverenin sorumluluğunu etkilemediği biçiminde değil de yükümlülüklerini etkilemediği biçiminde anlamak gerekir. CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 38.*

ve teknolojinin gerektirdiği her türlü gelişmeyi ve yeniliği takip etmeli ve her türlü önlemi almalıdır. Öğretide, uygulamada iş sağlığı ve güvenliği bilincinin henüz tam olarak yerleşmediği ve genellikle çok basit önlemlerin dahi alınmaması sebebiyle kazaların meydana gelmesi dikkate alındığında, Kanun'daki 'her türlü tedbir' ifadesinin kural olarak sorun yaratmayacağı, hatta yeterince etkili olmadığı savunulmuş olup<sup>33</sup>; bununla birlikte 'her türlü' ibaresinin işverenin yükümlülüğünü sınırsız hale getirdiği gerekçesiyle Kanun'dan çıkarılması gerektiği de ileri sürülmüştür<sup>34</sup>. İşveren, güvenli ve sağlıklı bir işyeri sağlamak için makul şekilde uygulanabilir olan önlemleri almalıdır<sup>35</sup>. Yargıtay da isabetli olarak *Anılan düzenleme, işçiyi gözetim ödevi ve insan yaşamının üstün değer olarak korunması gereğinden hareketle; salt mevzuatta öngörülen önlemlerle yetinilmeyip, bilimsel ve teknolojik gelişimin ulaştığı aşama uyarınca alınması gereken önlemlerin de işveren tarafından alınmasını zorunlu kılmaktadır.* şeklinde ifade ederek konu ile ilgili görüşünü belirtmiştir<sup>36</sup>. İngiliz hukukunda ise işverenin önlem alma yükümlülüğü, "makul tedbirler" (*reasonably practicable*) ile sınırlandırılmıştır<sup>37</sup>. Buna göre, eğer teknik olarak kaçınmanın imkânsız olduğu riskler söz konusu ise veya alınacak önlemlerin maliyeti ile risk arasında açık bir orantısızlık varsa işveren, riskleri azaltmak ya da önlem almak zorunda değildir<sup>38</sup>.

İşverenin işçiyi koruma-gözetme borcu kapsamında, özellikle iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemleri alma borcunu düzenleyen kanun hükümleri emredici hukuk kuralları niteliğindedir. Bununla birlikte işverenin iş sağlığı ve güvenliği alanında önlem alma yükümlülüklerinin sınırını çizmek mümkün görünmemekte, işverenin yükümlülükleri çok geniş tutulmaktadır. İşverenler hiçbir sınırlamaya yer verilmeksizin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve doğabilecek her türlü mesleki risklere karşı bunları önleyecek önlemleri eksiksiz almak zorundadırlar. Örneğin, işveren ekonomik ve mali durumunun yetersizliğini, işyerini yeni açmış bulunması sebebiyle tecrübesizliğini, bilimsel ve teknolojik ilerlemeler konusundaki bilgisizliğini, yeni yöntemlerin izlenmesinin ve uygulanmasının özel uzmanlık gerektirdiğini vb. sebepleri ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz<sup>39</sup>. İşverenlerin önlem alma yükümlülüğünün sınırını, o işyeri için gerekli olan ve bilim, tecrübe ve teknolojinin ulaştığı son nokta olarak değerlendirebiliriz<sup>40</sup>. Teknolojinin

<sup>33</sup> ALPAGUT, İşverenin Yükümlülükleri, s. 27.

<sup>34</sup> AKTEKİN, Şeyda, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Dünden Bugüne', İstanbul, Sicil, S. 25, Mart 2012, s. 98.

<sup>35</sup> CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 37.

<sup>36</sup> Y10HD, 27.05.2008 T., 2008/2626 E., 2008/7283 K., <http://www.kazanci.com>.

<sup>37</sup> Health and Safety at Work etc. Act 1974, Part I, Section II, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/37/data.pdf>.

<sup>38</sup> Health and Safety Regulation (a short guide) by HSE, <http://www.hse.gov.uk/pubns/hsc13.pdf>;

CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 37.

<sup>39</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s. 868; BAYCIK, Gaye, Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, AÜHFD, 60 (2) 2011, s. 233.

<sup>40</sup> CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 36; BAYCIK, İnşaat İşvereni, s. 233-234;

sürekli gelişmesi ve değişmesi karşısında işverenin her yeniliği takip etmesini ve bu yenilikleri, işyerine uygulamasını bekliyorsak da, işverenin her yeni çıkan araç ve gereci alma zorunluluğunun kapsamı hususu tartışılabilir. İş kazası ve meslek hastalığının önlenmesi bakımından yeni teknoloji ürününü yüksek bedeller ödeyerek alan işveren, kısa süre sonra, iş kazası ve meslek hastalığının önlenmesi bakımından daha önleyici yeni bir ürünün çıkması halinde, meydana gelen kazada yeni çıkan son ürünü almaması sebebiyle sorumlu olacak mıdır? Somut olayın özelliklerine göre, işverenin kusurunun tespitinde iki ürün karşılaştırılarak bir değerlendirmeye gidilmelidir. Yeni teknoloji ürününün alınmaması durumunda, işyerinde kullanılan ürünlerde iyileştirmeye gidilerek de iş kazası ve meslek hastalığının önlenmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır. Tüm bu durumlarda iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesi halinde, işverenin kusuru belirlenirken, işverenin söz konusu uygulamalara, iyileştirmeye gidip gitmemesine göre de ayrı bir değerlendirme yapmak daha doğru olacaktır.

818 sayılı eBK m. 332'de işverenin işin mahiyeti noktasından *hakkaniyet* dairesinde icap eden tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiş ise de; 6098 sayılı TBK ile işverenin *her türlü önlem* almakla yükümlü olduğu ifade edilerek 'hakkaniyet' kavramına değinilmemiştir. Sınırlı olan yaklaşım terk edilerek '*yapabildiği kadar önlem*' değil, '*her türlü önlem*' kabul edilmiştir. İşveren, tehlikeli olanı tehlikesiz olanla değiştirecek, teknolojiyi yakından takip edecek, işçilerin fiziksel ve ruhsal sağlıklarını korumak için her türlü tedbiri alacaktır. Böylece kanun koyucunun işverenden beklentileri artmıştır.

İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği konusunda ise öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. *Kusursuz sorumluluk*, genellikle olumsuz bir biçimde sorumlu kişinin kusurunu gerektirmeyen bir sorumluluk olarak tanımlanır. İşverenin kusursuz sorumluluğunu isabetli bulan görüş, farklı iki gerekçeye dayanmaktadır. Bunlardan birisi, TBK m. 417/II hükmündeki 'gerekli her türlü' ve 'noksansız' kelimelerinin kusursuz sorumluluk esasını çağrıştırdığını ve böylece mevcut hükmün yorumuyla işverenin kusursuz sorumluluğuna gitmenin savunulabileceğini ifade ederken<sup>41</sup>; diğeri ise mevzuatımızda yasa boşluğu olduğunu ve bu nedenle ortaya çıkan yasa boşluğunun, Türk Medeni Kanunu m. 1 uyarınca hakim tarafından doldurulurken, tehlike esasına dayalı kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsenmesinin uygun olacağını savunmaktadır<sup>42</sup>. *Kusur sorumluluğu* ise, sorumluluk hukukunun temeli ve en yaygın şeklidir. Kusur

**URHANOĞLU CENGİZ**, İhtar, 'İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması', Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul, Beta, 2011, s. 1967.

<sup>41</sup> **CENTEL**, Tankut, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması', Sicil, S. 24, Aralık 2011, s. 16; **CENTEL**, İşverenin Yükümü, s. 8.

<sup>42</sup> **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara, 1974, s. 89-94.

sorumluluğunda, sorumluluğun doğması için zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurları yanında kusur unsurunun da bulunması gerekir<sup>43</sup>. İşverenin kusur sorumluluğuna dayanmanın isabetli olduğunu ileri süren görüş, Borçlar Kanunu'nda esas olanın kusura dayanan sorumluluk olduğunu ve bu ilkenin bertaraf edilebilmesi için mutlaka yasada özel olarak öngörülmüş bulunmasının gerektiğini savunmaktadır<sup>44</sup>. Yargıtay'ın geçmiş dönemlerde, konu ile ilgili çelişkili kararlarının mevcut olduğu görülse de genel ve son yaklaşımı işverenin sorumluluğunun kusura dayanmasıdır<sup>45</sup>. İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğu, geçmiş dönemlerde kusursuz sorumluluk esasına dayandırılrsa dahi, uygulamada işverenin kusuru, her zaman tazminatın saptanmasında dikkate alınmış ve tarafların kusur dereceleri tazminat miktarına ulaşmada önemli rol oynamıştır<sup>46</sup>.

İşyerinde, çalışanların sağlığını ve güvenliğini koruyan önlemler, hukuki, teknik ve tıbbi nitelikte olabilir ve işyeri veya işletmede yapılan işin niteliğine göre, bu önlemlerin kapsam ve içeriği değişiklik gösterebilir. Her somut olaya göre işverenin koruyucu önlemleri alma borcunun kapsamı o andaki teknik ilerleme ile bağlantılı olarak farklılık arz edebilecektir. İşveren sadece çalışanın korunmasını değil, aynı zamanda çalışanın üzerindeki ekipmanın korunmasını da sağlayacak önlemler almaktadır.

## 1. Mesleki Risklerin Önlenmesi Yükümlülüğü

İSGK m. 4/1-a'da, işverenin her türlü tedbirin alınması yükümlülüğüne ilişkin ilk olarak 'mesleki risklerin önlenmesi' yükümlülüğü yer almaktadır. Buna göre, işveren çalışanlarının işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup, bu

<sup>43</sup> YHGK 20.03.2013 T., 2012/21-1121 E., 2013/386 K., www.kazanci.com.

<sup>44</sup> **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 418-419; **AKIN**, Levent, 'Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Sorumluluklar', Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul, 2011, s. 36; **BAYCIK**, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 132; **BAYCIK**, Gaye, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri, Ankara, Yetkin, 2006, s. 158-159; **SEVİMLİ**, Ahmet, "Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 36, 2013, s. 128-131.

<sup>45</sup> Yargıtay'ın konu ile ilgili kararları için bkz. YHGK 3.2.2010 T., 2010/21-36 E., 2010/67 K.; YHGK 9.10.2013 T., 2013/21-102 E., 2013/1456 K.; YHGK 20.03.2013 T., 2012/21-1121 E., 2013/386 K., www.kazanci.com; Yargıtay 2012 yılında verdiği bir kararında, sanayinin gelişmesi ve yurt düzeyine yayılması sonucunda işyerlerinde kullanılan teknik ve motorlu araçların her geçen gün daha fazla artması ve bu nedenle de alınabilecek her türlü önlemlerle dahi önüne geçilmesi olanağı bulunmayan tehlikelerin ortaya çıkması, dolayısıyla iş kazaları ve meslek hastalıklarının büyük artışlar göstermesi karşısında kusura dayanan sorumluluk ilkesinin yetersiz kaldığını ifade etmiş; teknik ve teknolojik alanlardaki bu gelişmelerin, kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramını ortaya çıkardığını belirtmiştir, Y21HD, 5.4.2012 T., 2012/4196 E., 2012/5289 K., www.kazanci.com; ayrıca konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., GÜZEL, Ali/ **ÇATALKAYA**, Deniz, 'İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları', (Karar İncelemesi), Çalışma Toplum Dergisi, 34, 2012/3, s. 172 vd.

<sup>46</sup> **ÖZDEMİR**, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul, Beta, 2006, s. 205.

çerçevede mesleki risklerin önlenmesi dâhil her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. İSGK'da mesleki risk tanımı yapılmamış olup, mesleki risklerin önlenmesi yükümlülüğü, risk değerlendirmesi başta olmak üzere işverenin diğer yükümlülükleri ile bağlantılı olarak karşımıza çıkmaktadır. Mesleki risk, bir tehlikeye maruz kalma sonucu bir yaralanma ya da bir hastalığın meydana gelme olasılığının ve şiddetinin bileşkesine işaret eder<sup>47</sup>. Tehlike ise İSGK m. 3/1-(p)'de işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyeli olarak tanımlanmıştır. Mesleki risklerin önlenmesi ile işçilerin işten kaynaklanan tehlikeli tüm etkenlerden korunması amacı sağlanır<sup>48</sup>. Mesleki risklerin önlenmesi yükümlülüğü, Kanun'da sayılan diğer yükümlülükler ile doğrudan bağlantılı olduğu için, herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi, mesleki risklerin önlenmesi tedbirinin alınması yükümlülüğünü de olumsuz etkileyecektir. Mesleki risklerin değerlendirilmesinde temel amaç, çalışanların sağlığının korunması ve güvenliklerinin sağlanmasıdır.

## 2. Eğitim Verme Yükümlülüğü

İş kazalarının önlenmesinde, iş sağlığı ve güvenliği sorununun çözümünde 'eğitimin' rolü oldukça büyüktür. Nitekim iş kazalarının veya meslek hastalıklarının önemli bir nedeni de, işçilerin işyerindeki risklere karşı eğitilmemiş olmaları ve eğitimin önemi hususunda yeterli bilince sahip olmamalarıdır<sup>49</sup>. Zira bilinçli bir çalışan, riskler karşısında alınması gereken önlemlere daha titizlikle uyar ve kendisi açısından iş kazası ve meslek hastalığı riskini en aza indirir<sup>50</sup>. Mülga 7.4.2004 tarihli 'Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik' m. 8'de eğitimin amacı, *'..işyerlerinde sağlıklı ve güvenli bir ortamı temin etmek, iş kazalarını ve meslek hastalıklarını azaltmak, çalışanları yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek, onların karşı karşıya buldukları mesleki riskler ile bu risklere karşı alınması gerekli tedbirleri öğretmek ve iş sağlığı ve güvenliği bilinci oluşturarak uygun davranış kazandırmaktır.'* şeklinde ifade edilmiş iken; 15.5.2013 tarihli yeni 'Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hak-

<sup>47</sup> **ANDAÇ**, Murat, Risk Değerlendirme Rehberi, <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/icdenetim/dosyalar/calisma/riskdegerlendirmerehberi>.

<sup>48</sup> **KABAKCI**, Mahmut, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu, İstanbul, Beta, 2009, s. 60.

<sup>49</sup> **EKMEKÇİ**, Ömer, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları', Mercek, S. 41, Ocak 2006, s. 100; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 870; **SÜZEK**, Sarper, "İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri", Legal İHSGHD, S. 6, Nisan-Haziran 2005, s. 611; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin, İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri), Gözden geçirilmiş, genişletilmiş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu işlenmiş 5. Bs., Ankara, 2012, s. 1205; **OCAK**, Yükümlülükler, s. 122; **BAYCIK**, İnşaat İşvereni, s. 236.

<sup>50</sup> **CENTEL**, Denetim Sistemi, s. 65; **SÜMER**, s. 156.

*kında Yönetmelik<sup>51</sup>*, 'Eğitimin temel prensipleri' başlıklı m. 12/5'de, '*İş sağlığı ve güvenliği eğitimleri; çalışanlarda iş sağlığı ve güvenliğine yönelik davranış değişikliği sağlamayı ve eğitimlerde aktarılan bilgilerin öneminin çalışanlarca kavranmasını amaçlar.*' şeklinde ifade edilmiş ve daha sade bir görünüm almıştır. Söz konusu eğitimler ile işçi, kendisini nasıl koruması gerektiğini öğrenecek ve ona göre gerekli tedbirlerini alacaktır. Eğitimler, çalışanların seviyesine uygun olmalıdır.

İSGK m. 4/1-a'da işverenin her türlü tedbiri almasına ikinci örnek olarak işverenin eğitim verme yükümlülüğü genel olarak ifade edilmiş; 'çalışanların eğitimi' başlığı altında m. 17'de de bu yükümlülüğün kapsamı, ayrıntıları, eğitimin ne zaman ve kimlere verileceği, gerektiğinde yenilenmesi ve tekrarlanması gerektiği, ilave eğitim açıklanmıştır. Çalışanların Eğitim Yönetmeliği m. 5'te işverenin çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri ile ilgili yükümlülükleri düzenlenmiştir. Buna göre işverenin programların hazırlanması ve uygulanmasını, eğitimler için uygun yer, araç ve gereçlerin temin edilmesini, çalışanların bu programlara katılmasını ve program sonunda katılanlar için katılım belgesi düzenlenmesini sağlayacağı belirtilmiştir.

Madde gerekçesinde, eğitim ve bilgilendirme maddesi kapsamında işe yeni alınanlar ve diğer çalışanların yapacakları veya yaptıkları işlerin riskleri konusunda bilgilendirilerek işyerlerinde sağlık ve güvenliklerini sağlamayı amaçlayan eğitimlerden geçirilecekleri, bu eğitim ve bilgilendirme faaliyetlerinde esasen işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kültürünün oluşturulmasının hedeflendiği açıklanmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği konusunda bütün sorumluluk, işverene verilmiş olmakla birlikte, çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına katkılarını arttırmanın etkili yolunun eğitim olduğu ve yeterli eğitim alan ve işyerindeki riskler konusunda bilgilendirilmiş olan çalışanlarda kendi hayatlarına değer verme olgusunun gelişmesiyle birlikte güvenlik kültürünün oluşturulmasının hedeflendiği de açıkça diğer bir madde gerekçesinde belirtilmektedir.

İşverenin eğitim verme yükümlülüğünün kapsamı bakımından sözleşmenin türünün bir önemi yoktur. Belirli süreli veya deneme süreli iş sözleşmesi olabilir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile haftada bir gün çalışana da, büro işi gibi az tehlikeli bir işyerinde çalışana da iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verilmek zorundadır<sup>52</sup>.

Eğitim verme yükümlülüğü, işverenin borcu olmakla birlikte, çalışanlar da bu eğitime katılmak ve bu konudaki talimat ve prosedürlere uymakla yükümlüdürler. Ayrıca İSGK m. 19'a göre, 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.

<sup>51</sup> Bundan sonra 'Çalışanların Eğitim Yönetmeliği' olarak anılacaktır.

<sup>52</sup> CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 69; SÜZEK, İş Hukuku, s. 871.

Çalışanların Eğitim Yönetmeliği m. 7'de, işyerinde on beş yaşını bitirmiş ancak on sekiz yaşını doldurmamış genç çalışanlar ile yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi *özel politika* gerektiren grupların özellikleri dikkate alınarak gerekli eğitimlerin verileceği ifade edilmiştir<sup>53</sup>. Mülga Çalışanların Eğitimi Yönetmeliği m. 7/1'deki "*İşyerindeki kadınların, gençlerin, çocukların, özürlü, eski hükümlü, terör mağduru ve göçmen işçilerin eğitimine özel önem verilir.*" ifadesi değiştirilerek özel politika gerektiren gruplar isabetli olarak sınırlı bir şekilde sayılmamıştır, genişletilebilir.

### a. Genel Eğitimler

İSGK m. 17/1'e göre, "*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.*" Kanun'da özellikle işe başlamadan önce gerekli eğitimlerin verilmesi gerektiği belirtilmiş, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanacağı vurgulanmıştır. Öğretide eğitimin düzenli aralıklarla tekrarlanması, amaç bakımından isabetli sayılmakla birlikte, çok sayıda işçi çalıştıran işyerleri bakımından güçlük arz edebileceği belirtilmişse<sup>54</sup> de, yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Kanunun gerekçesinde, işe başlama eğitimi almadan istihdam edilen çalışanlarda iş kazası görülme oranının fazla olduğu, iş kazalarına neden olan işe yeni başlama, çalışma yeri veya iş değişikliği, iş ekipmanının değişmesi hali ile yeni teknoloji uygulanmasından doğan mesleki acemiliğin giderilmesinin eğitimle mümkün olacağı ve bu eğitimin verilmesi görevinin de işverene yüklendiği ifade edilmiştir. Eğitimin ne zaman yenileneceği, eğitimin tekrarlanması hususunda gerekliliği kimin tespit edeceği noktasında Kanun'da açıklık olmamakla birlikte; Çalışanların Eğitim Yönetmeliği m. 6/1'de işverenin, çalışanlarına asgari Ek-1'de belirtilen konuları içerecek şekilde iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin verilmesini sağlayacağı belirtildikten sonra 4'üncü fıkrada verilen eğitimlerin, çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde yılda en az bir defa, tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde iki yılda en az bir defa, az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde ise üç yılda en az bir defa değişen ve ortaya çıkan yeni riskler de dikkate alınarak düzenli aralıklarla tekrarlanacağı belirtilmiştir. Eğitimlerin hangi aralıklarla tekrar edileceğinin asgari süresinin belirlenmesi Yönetmelik'le getirilen isabetli olan yeni bir düzenlemedir.

<sup>53</sup> İşveren, işyerinde sağlık riskleri ve güvenliğe ilişkin uyarı levhalarını, sembolleri ve diğer işaretleri göçmen işçilerin anlayacağı şekilde temin etmelidir, Göçmen işçilerin iş sağlığı ve güvenliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CİVAN, Orhan Ersun/ GÖKALP, Arzu, "Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 28, 2011, s. 251.

<sup>54</sup> ALPAGUT, İşverenin Yükümlülükleri, s. 39.



### b. Çalışan Temsilcisinin Eğitimi

İSGK m. 17/2'de, çalışan temsilcilerinin özel olarak eğitileceği düzenlenmiştir. İSGK m. 3'teki tanımlara göre; *çalışan*, kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişiye; *çalışan temsilcisi* ise, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalara katılma, çalışmalarını izleme, tedbir alınmasını isteme, tekliflerde bulunma ve benzeri konularda çalışanları temsil etmeye yetkili çalışana denir. İSGK m. 20'de çalışan temsilcilerinin nasıl belirleneceği düzenlenmiş, çalışan temsilcilerinin tehlike kaynağının yok edilmesi veya tehlikeden kaynaklanan riskin azaltılması için, işverene öneride bulunma ve işverenden gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle çalışan temsilcilerinin özel olarak eğitilmesi gerekmektedir. Ayrıca Çalışanların Eğitim Yönetmeliği m. 7/2'de de destek elemanlarına ve çalışan temsilcilerine, görevlendirilecekleri konularla ilgili eğitim verileceği açıkça düzenlenmiştir.

Kanun'un gerekçesinde, özel görevi bulunanların eğitimi ile ciddi ve yakın tehlike<sup>55</sup> ile karşılaşması muhtemel çalışanların özel eğitime tabi tutulması gerektiği belirtilmiş ise de Kanun metninde 'ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşması muhtemel çalışanlar'ın özel eğitime tabi tutulması ile ilgili bir düzenleme yer almamaktadır.

### c. Mesleki Eğitim Alma Zorunluluğu

İSGK m. 17/3'e göre, "*Mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenler çalıştırılmaz.*" Kanun burada işin türü bakımından bir ayrıma giderek, ancak tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan işler bakımından belge zorunluluğunu aramaktadır<sup>56</sup>. Konu ile ilgili ayrıntılı düzenleme 13.7.2013 tarihli '*Tehlikeli Ve Çok Tehlikeli Sınıfta Yer Alan İşlerde Çalıştırılacakların Mesleki Eğitimlerine Dair Yönetmelik*<sup>57</sup>'te düzenlenmiştir.

### d. İlave Eğitimler ve Bilgi Yenileme Eğitimi

İSGK m. 17/4'e göre; "*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.*" Çalışanların Eğitim Yönetmeliği m. 6/5'te de

<sup>55</sup> Öğretilde "*ciddi ve yakın*" ifadesinin "*yaşamsal veya acil*" olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. ENGİN, Murat, "Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEÜHFD, S.1, 2003, 88-90; BAYCIK, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 116.

<sup>56</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, Ulaş, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Mesleki Eğitim Zorunluluğu", Sicil, S. 17, Mart, 2010, s. 96-106.

<sup>57</sup> 13.07.2013 tarih ve 28706 sayılı R.G.

benzer ifade yer almaktadır<sup>58</sup>. Mülga Çalışanların Eğitim Yönetmeliği m. 10/1-b'de ilave eğitim, '*çalışanların iş güvenliği ve mesleki bilgilerinin eksikliklerini gidermek ve meslekteki niteliklerini geliştirmek için ilave bilgiler vermek üzere düzenlenen programlardır*' şeklinde tanımlanmaktaydı ve her iki düzenlemede ilave eğitim kavramı farklı açılardan ele alınmıştı. Yürürlükteki mevzuata göre ise bu ayrım isabetli bir şekilde ortadan kaldırılarak mevzuatlar arasında uyum sağlanmıştır. O halde ilave eğitim kısaca, daha önce iş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışana işe başlamadan önce verilen eğitim olarak ifade edilebilir. Tekrar istenmeyen durumlarla karşılaşılmasının önüne geçilmek istenmiş, iş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışan, ayrıca korunmuştur.

Herhangi bir sebeple altı aydan fazla süreyle işten uzak kalanlar, gerek bilgilerini güncellemek adına, gerekse de daha önce verilen eğitimin hatırlanması amacıyla tekrar işe başlatılmadan önce bilgi yenileme eğitimi alırlar. Kanun koyucunun bilgi yenileme eğitime ayrıca yer vermesi, çalışanların eğitimi konusunda ne kadar hassas olduğunu ve konuyu önemseydiğini bize gösteriyor.

#### e. Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanların Eğitimi

İSGK m. 17/5'e göre, "*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 başlatılamaz.*" Maddede başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlardan bahsedilmekte, tehlikeli ve çok tehlikeli işyerlerinde çalışacak çalışanlar hakkında, işe başlamadan önce yeterli bilgi ve eğitime sahip olmanın arandığı belirtilmektedir. Kanunda 'yeterli eğitim' ifadesinin kullanılmış olması sebebiyle söz konusu eğitimde, ileri derecede bilgi ve eğitim koşulunun aranmayacağı kanaatindeyiz.

#### f. Geçici İş İlişkisi Kurulan İşverenin Eğitim Yükümlülüğü

Geçici iş ilişkisi, İş K. m. 7'de düzenlenmiş olup, bu maddeye göre "*işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur.*" Geçici iş ilişkisinde, iş sözleşmesi devam etmektedir. İşçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlüdür. İşçi, başka bir işverene ait işyerinde çalışmakla birlikte, bu çalışmasını kendi

<sup>58</sup> Çalışanların Eğitim Yönetmeliği m. 6/5'e göre, "*İş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışana işe dönüşünde çalışmaya başlamadan önce, kazanın veya meslek hastalığının sebepleri, korunma yolları ve güvenli çalışma yöntemleri ile ilgili ilave eğitim verilir.*"

işvereni nam ve hesabına yapıyorsa geçici iş ilişkisi söz konusu olmayacaktır<sup>59</sup>. İş K. m. 7/1'in son cümlesinde geçici iş ilişkisi kurulan işverenin işçiye talimat verme hakkına sahip olduğu, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı da gerekli eğitimi vermekle *yükümlü* olduğu belirtilmiş; İSGK m. 17/6'da da benzer bir düzenlemeye yer verilerek, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini *sağlayacağı* ifade edilmiştir. Maddenin gerekçesinde, geçici iş ilişkisi kurularak çalıştırılanların da ilgili eğitimleri almasının zorunlu kılındığı vurgulanmıştır. İlgili Yönetmelik'lere baktığımızda ise, 23.8.2013 tarihli '*Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik*<sup>60</sup>' m. 7'ye göre, işverenin, belirli süreli veya geçici süreli iş sözleşmeleri ile istihdam edeceği çalışanlarının bilgi ve tecrübelerini de dikkate alarak, yapacakları işin niteliğine uygun yeterli eğitimi almalarını sağlayacağı düzenlenmiştir. Yine Çalışanların Eğitim Yönetmeliği m. 5/2'de işverenin geçici iş ilişkisi kurulan diğer işverene çalışanların bilgilendirilmesi ile ilgili bilgi vereceği; geçici iş ilişkisi kurulan işverenin bu konular hakkında çalışanlarına gerekli eğitimin verilmesini sağlayacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, İş Kanunu'nda geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, işçiye gerekli *eğitimi verme yükümlülüğü* düzenlenmiş iken; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve ilgili Yönetmelik'lerde geçici iş ilişkisi kurulan işverenin çalışanlarına gerekli *eğitimin verilmesini sağlama yükümlülüğü* düzenlenmiştir. İş Kanunu'nda her ne kadar eğitim verme yükümlülüğü düzenlenmiş olsa da, diğer mevzuatlar da göz önüne alındığında bu hükmün işverenin geçici işçilere eğitim verilmesini sağlama yükümlülüğü olarak değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz<sup>61</sup>.

Her işyeri kendine özgü riskleri ve tehlikeleri barındırmaktadır; bu nedenle işçinin kendi işvereninden sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili gerekli eğitim alması, her zaman yeterli olmayabilir<sup>62</sup>. Ayrıca işverenin geçici işçiye verdiği eğitimi, geçici işçinin işverenine de bildirmekle yükümlüdür. Geçici iş ilişkisinde işçi, geçici işverenin iş organizasyonuna dâhil olmaktadır; dolayısıyla bu işçilerin kısa süreli olarak çalıştırılması işveren olarak yükümlülüklerin yerine getirilmeyeceği anlamına gelmeyecektir aksi halde eşit davranma borcunun ihlali teşkil edeceği de açıktır<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> **ÖZKARACA**, Arcüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta, 2008, s. 104.

<sup>60</sup> 23.08.2013 tarih ve 28744 sayılı R.G.

<sup>61</sup> **CANIKLIOĞLU**, Nurşen, "Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, İstanbul, Legal, 2008, s. 136; **CANIKLIOĞLU**, İşveren Yükümlülükleri, s. 72; **ALPAGUT**, İşverenin Yükümlülükleri, s. 38; **İREN**, Ertan, "Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", AÜHFD, 2011, S. 2, s. 288, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1585/17179.pdf>.

<sup>62</sup> **AKTEKİN**, Dünden Bugüne, s. 100.

<sup>63</sup> **İREN**, s. 289.

Alt işveren işçileri bakımından ise asıl işverenin eğitim verme yükümlülüğünün doğup doğmadığı hususu tartışılabilir. Çalışanların Eğitim Yönetmeliği m. 5/3'te asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulan işyerlerinde, alt işverenin çalışanlarının eğitimlerinden, asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumlu olacağı hükmü yer almaktadır. Geçici işverenin, çalışanlarına gerekli eğitimi vermesini *sağlayacağı* düzenlenmiş iken; asıl işverenin, çalışanların eğitimlerinden, alt işverenle birlikte *sorumlu* olacağı hükme bağlanmıştır. Esasen bu hüküm İş K. m. 2'de düzenlenen birlikte sorumluluğun tekrarıdır. Asıl işveren, alt işvereni yönlendirecek, onu takip edecek ve alınmayan önlemi bizzat alma sorumluluğunu yüklenecektir<sup>64</sup>. Asıl işverenin alt işveren işçilerine eğitim verme zorunluluğunun öngörülmemiş olması, asıl işverenin alt işverenin işçileri üzerinde doğrudan bir emir ve talimat verme yetkisine sahip bulunmamasıyla açıklanabilir; o halde asıl işverenin yükümlülüğü, alt işverenin, o işyerinde çalışan işçilerine uygun eğitim vermesini sağlamak olacaktır<sup>65</sup>.

#### g. Eğitimin Maliyeti – Eğitim Süreleri

İSGK m. 17/7'ye göre, *“Bu madde kapsamında verilecek eğitimin maliyeti çalışanlara yansıtılamaz. Eğitimlerde geçen süre çalışma süresinden sayılır. Eğitim sürelerinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması hâlinde, bu süreler fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak değerlendirilir.”* İşveren, çalışanlarına eğitim verdiği gerekçesiyle ücretlerinde kesintiye gidemeyeceği gibi, onlardan herhangi bir tazminat ya da ödeme de alamaz. Eğitimin giderlerine, işveren katlanmak zorundadır. Çalışanların Eğitim Yönetmeliği'nde de, verilen eğitimlerin çalışanlara herhangi bir mali yük getirmeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Eğitimlerde geçen süreler, çalışma süresinden sayıldığı için, kıdem tazminatının, yıllık ücretli izin ve ihbar sürelerinin hesabında dikkate alınacaktır. *Ekmekçi*'ye göre, eğitimlerde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılması isabetli değildir. Zira böyle bir eğitimin verilmesinde işverenin olduğu kadar işçinin de menfaati bulunmaktadır. Eğitim için yapılan harcamaların münhasıran işveren tarafından karşılanacağı da göz önüne alındığında eğitimde geçen sürenin çalışma süresinden sayılmaması menfaatler dengesine daha uygun olurdu<sup>66</sup>.

Söz konusu Yönetmelik'in 11'inci maddesinde ise çalışanlara verilecek eğitimlerin, çalışanların işe girişlerinde ve işin devamı süresince belirlenen periyotlar

<sup>64</sup> ENGİN, Murat, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağına Göre İstihdamında Zorunluluk Bulunan Personelin Hukuki Durumu”, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2007, s. 97-98; ALPAGUT, Gülsevil, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı”, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2007, s. 46-47.

<sup>65</sup> EKMEKÇİ, İş Güvenliği Eğitimi, s. 102; BAYCIK, Gaye, “Rödövens Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul, Beta, 2011, s. 1936.

<sup>66</sup> EKMEKÇİ, İş Güvenliği Eğitimi, s. 106.

içinde az tehlikeli işyerleri için en az sekiz saat, tehlikeli işyerleri için en az on iki saat, çok tehlikeli işyerleri için en az on altı saat olarak her çalışan için ayrıca düzenleneceği ifade edilmiştir.

Tıpkı çalışma süresinin hesabında olduğu gibi, eğitimde geçen haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar, fazla çalışma olarak değerlendirilecektir. Fazla çalışma için aranan işçinin onayının, eğitim sürelerinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması durumunda da aranması gerekir.

## h. Eğitim Programları

Eğitim programlarının içeriği hakkında, İSGK'da hüküm olmayıp, Çalışanların Eğitim Yönetmeliği'nde bu konunun düzenlendiğini görmekteyiz. M. 10'a göre, *"İşveren, yıl içinde düzenlenecek eğitim faaliyetlerini gösteren yıllık eğitim programının hazırlanmasını sağlar ve onaylar. Eğitim programlarının hazırlanmasında çalışanların veya temsilcilerinin görüşleri alınır. İşe yeni alımlarda veya değişen şartlara göre yeni risklerin ortaya çıkması durumunda yıllık eğitim programlarına ilave yapılır. İlgili mevzuatın değişmesi veya çalışma şartlarına bağlı olarak yeni risklerin ortaya çıkması halinde yıllık eğitim programına bağlı kalmaksızın çalışanların uygun eğitim almaları sağlanır. Yıllık eğitim programında, verilecek eğitimlerin konusu, hangi tarihlerde düzenleneceği, eğitimin süresi, eğitime kimlerin katılacağı, eğitimin hedefi ve amacı hususlarına yer verilir."* Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere, verilen bu eğitimler, amaca ve hedefe yönelik olmalı, çalışanların yaptıkları işle ilgili davranışlarında olumlu değişikliğe neden olabilmeli ve uygun davranış sergilemesini sağlamalıdır. Eğitimler, çalışanların seviyesine uygun, açık, net ve anlaşılır olmalıdır.

Eğitimlerin mutlaka yüz yüze yapılması gerekmiyip, niteliği ve içeriği aynı amaca hizmet ediyorsa interaktif bir şekilde internet üzerinden, ya da karma bir şekilde yapılacak eğitimler de mümkün olacaktır<sup>67</sup>. Yargıtay'a göre, iş sağlığı ve güvenliği eğitimi, bir kısım mevzuat hükümlerini içeren belgelerin çalışanlara verilmesiyle değil, eylemli olarak bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir<sup>68</sup>. İş kazası meydana geldiğinde, çalışana verilen eğitimin içeriği ile meydana gelen olay arasında değerlendirme yapılmalı, eğitim konularının içeriğinin kazaları önlemeye yönelik olarak tespit edilmesi ve bunların çalışanlara kavratılması sağlanmalıdır<sup>69</sup>.

Çalışanların Eğitim Yönetmeliği'nde eğitim konuları tablo halinde verilmiş ve çalışanlara verilecek eğitimin, bu ek tabloda yer alan konulara göre dağıtımın-

<sup>67</sup> OCAK, Yükümlülükler, s. 125.

<sup>68</sup> YHGK, 16.06.2004 T., 2004/21-365 E., 2004/369 K., www.kazanci.com; ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. Bs., İstanbul, Beta, 2013, s. 178; CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 68; DEMİR, s. 175.

<sup>69</sup> OCAK, Yükümlülükler, s. 125.

da işyerinde yürütülen faaliyetlerin esas alınacağı ifade edilmiştir. Bu tabloya göre eğitim konuları; genel konular, sağlık konuları ve teknik konular olmak üzere üçe ayrılmıştır. *Genel konular*, çalışma mevzuatı ile ilgili bilgiler, çalışanların yasal hak ve sorumlulukları, işyeri temizliği ve düzeni, iş kazası ve meslek hastalığından doğan hukuki sonuçlardan; *sağlık konuları*, meslek hastalıklarının sebepleri, hastalıktan korunma prensipleri ve korunma tekniklerinin uygulanması, biyolojik ve psikososyal risk etmenleri ve ilkyardım konularından; *teknik konular* ise, kimyasal, fiziksel ve ergonomik risk etmenleri, elle kaldırma ve taşıma, parlama, patlama, yangın ve yangından korunma, iş ekipmanlarının güvenli kullanımı, ekranlı araçlarla çalışma<sup>70</sup>, elektrik, tehlikeleri, riskleri ve önlemleri, iş kazalarının sebepleri ve korunma prensipleri ile tekniklerinin uygulanması, güvenlik ve sağlık işaretleri, kişisel koruyucu donanım kullanımı, iş sağlığı ve güvenliği genel kuralları ve güvenlik kültürü, tahliye ve kurtarma konularından oluşmaktadır.

Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri; işyerinde görevli iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri tarafından, işçi, işveren ve kamu görevlileri kuruluşları veya bu kuruluşlarca kurulan eğitim vakıfları ve ortaklaşa oluşturdukları eğitim merkezleri, üniversiteler, kamu kurumlarının eğitim birimleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile Bakanlıkça yetkilendirilmiş eğitim kurumları ve ortak sağlık ve güvenlik birimleri tarafından, eğitimcilerin eğitim programında yer alan konulara göre uzmanlık alanları dikkate alınarak belirlenmesi kaydıyla verilir (Yönetmelik m. 13).

Söz konusu eğitimlerin sonucunda bir ölçme ve değerlendirme yapılır ve verilen bu eğitimler belgelendirilir. İşçi, eğitime katılmakla birlikte eğitim sonunda yapılan değerlendirmede başarısız olabilir. Böyle durumlarda işçiye tekrar eğitim verilebilir, durumun gereklerine göre çalışma yeri değiştirilebilir yahut iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi gündeme gelebilir<sup>71</sup>.

### 3. Çalışanların Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü

Çalışanların bilgilendirilmesi yükümlülüğü, İSGK m. 4'te işverenin genel yükümlülüğü adı altında sayılmakla beraber; m. 16'da da eğitim verilmesi yükümlülüğünden bağımsız olarak ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Tasarı'da 'Çalışanların Bilgilendirilmesi ve Eğitimi' başlığı altında tek bir maddede düzenlenen bu yükümlülükler ayrılarak ayrıca ve ayrıntılı olarak ifade edilmiş, ancak bu iki yükümlülüğün sınırları yeterince çizilememiştir. M. 16/1'e göre, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla işveren, çalışanları ve çalışan

<sup>70</sup> *Ekranlı araç*; uygulanan işlemin içeriğine bakılmaksızın ekranında harf, rakam, şekil, grafik ve resim gösteren her türlü aracı ifade eder, Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik m. 4/1-(a) (16.04.2013 tarih ve 28620 sayılı R.G.); **OKUR**, s. 20-25.

<sup>71</sup> **EKMEKÇİ**, İş Güvenliği Eğitimi, s. 103.

temsilcilerini işyerinin özelliklerini de dikkate alarak işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler; kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar; ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişileri bilgilendirir. Bilgilendirme, açık ve net olmalıdır, yazılı olabileceği gibi sözlü anlatımlar, görseller, video sunumları da bilgilendirme kapsamında yer alabilir.

İSGK m. 16/2-a bendinde, işverenin ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanları, tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında derhal bilgilendireceği ayrıca belirtilmiştir. Aslında bu hüküm ile belirli kişiler açısından özel olarak bilgilendirme yükümlülüğünün belirtilmesi, konunun önemine dikkat çekmek içindir; yoksa ilk fıkrada işverenin tüm işçileri bilgilendirme yükümlülüğünden bahsedilmekte, ikinci fıkra a bendi ile bu yükümlülük bir nevi tekrar edilmektedir<sup>72</sup>.

Ayrıca 11.9.2013 tarihli 'Sağlık ve Güvenlik İşaretleri Yönetmeliği'<sup>73</sup> m. 6'ya göre işveren, İSGK hükümleri saklı kalmak kaydıyla, işyerinde kullanılan sağlık güvenlik işaretleri hakkında çalışanları veya temsilcilerini bilgilendirir ve işaretlerin anlamları ve bu işaretlerin gerektirdiği davranış biçimleri hakkında çalışanların eğitim almasını sağlar. Sağlık ve güvenlik işaretleri; özel bir nesne, faaliyet veya durumu işaret eden levha, renk, sesli veya ışıklı sinyal, sözlü iletişim ya da el-kol işareti yoluyla iş sağlığı ve güvenliği hakkında bilgi ya da talimat veren veya tehlikelere karşı uyarıcı işaretleri ifade etmektedir<sup>74</sup> (m. 4).

İşverenin kendi çalışan ve çalışan temsilcilerini bilgilendirme yükümlülüğünün yanında, başka işyerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların yukarıda belirtilen m. 16/1'deki bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu *çalışanların işverenlerine* de gerekli bilgileri verme yükümlülüğünün olduğu İSGK m. 16/2-b bendinde düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken, başka işyerinden gelen çalışanların 'işverenlerine' gerekli bilgileri verme yükümlülüğünün düzenlenmiş olmasıdır. Burada 'başka işyerinden çalışmak üzere gelen çalışan' ifadesi ile ne kastedildiği sorusu gündeme gelebilir. Geçici iş ilişkisi kapsamında gelen çalışan, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında başka işyerinden gelen alt işverenin çalışanı, eser sözleşmesi ile çalışan müteahhit işçileri veya kamu görevlileri bakımından geçici görevle gelenler 'başka işyerinden çalışmak üzere gelen çalışan' kapsamında sayılacaklar<sup>75</sup>; ancak işverenin müşterileri veya ziyaretçiler gibi çalışma amacı dışın-

<sup>72</sup> ALPAGUT, İşverenin Yükümlülükleri, s. 37.

<sup>73</sup> 11.09.2013 tarih ve 28762 sayılı R.G.

<sup>74</sup> BAYRAM, Fuat, Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi, İstanbul, Beta, 2008, s. 142.

<sup>75</sup> CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 66; ALPAGUT, İşverenin Yükümlülükleri, s. 38; SÜZEK, s. 873.

da işyerine gelenler ise bu kapsamda sayılmayacaktır<sup>76</sup>. Yine diğer işyerinden kargo, çiçek, yemek, damacana su gibi şeyleri teslim etmek üzere işyerine gelen çalışan bakımından da işverenin bilgilendirme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Zira işverenler arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki olmayıp salt işin niteliği gereği çalışanlar işyerine girmektedirler<sup>77</sup>.

İSGK m. 16/2-c bendinde, işverenin, risk değerlendirmesi, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili koruyucu ve önleyici tedbirler, ölçüm, analiz, teknik kontrol, kayıtlar, raporlar ve teftiştten elde edilen bilgilere, destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin ulaşmasını sağlayacağı belirtilmiştir.

Yargıtay, işyerinde meydana gelen bir kazada, işverenlerin kazalı işçiyi iş sağlığı ve güvenliği konusunda yeterli derecede eğitmedikleri, eylemli olarak bilgileri aktarmadıkları ve çalışma usul ve esasları konusunda yeterli denetim ve gözetim sağlamadıkları gerekçesiyle işverenleri iş kazasından sorumlu tutmuştur<sup>78</sup>.

### C. Organizasyonun Yapılması Yükümlülüğü

İSGK m. 4'te işverenin genel yükümlülüğü başlığı altında işverenin çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede organizasyonun yapılması için çalışmalar yapacağı ifade edilmiştir. İşyeri organizasyonu dikkate alınarak iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işyerlerinin öncelikleri arasında olacaktır. En küçük birimden karmaşık yapıdaki işyerlerine varıncaya kadar iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu planlaması işyerinin yetişmiş insan gücü kayıplarının önlenmesinin yanında maddi kayıpların da önüne geçilmesinde birinci derecede role sahip olacağı maddenin gerekçesinde belirtilmiştir. Bu sebeple katılımı

<sup>76</sup> CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 66.

<sup>77</sup> CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 66-67; Ocak'a göre, diğer işyerinden kargo, çiçek, su (damacana) gibi şeyleri teslim etmek üzere veya yemek servisi yapmak üzere gelen çalışanların işverenlerinin bilgilendirilmesinin beklenip beklenemeyeceği tartışmalıdır. İşyerine başka işyerlerinden teslimat ve servis hizmeti gibi nedenlerle gelen çalışanların mümkün olduğu ölçüde işyerine girmesinin önüne geçilerek, bu tür eşyaların kapı girişinde başka bir çalışan tarafından alınması sağlanarak iş kazası ve meslek hastalığının önlenmesi yoluna gidilebilir, **OCAK**, Yükümlülükler, s. 129-130.

<sup>78</sup> YHGK, 16.6.2004 T., 2004/21-365 E., 2004/369 K., "...İşçi sağlığı, iş güvenliği ve yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin eğitimi, bir kısım mevzuatı hükümlerini içerir belgelerin kendilerine verilmesini değil, eylemli olarak, bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir. İşverenlerce, iş güvenliği açısından hayati öneme haiz bulunan araç ve gereçlerin anılan kazalı tarafından kullanılması sağlandığında, kazalanma olasılığının tamamen ortadan kaldırılabileceği yadsınamaz bir gerçektir. İşçinin aynı işi uzun yıllardır yapıyor olması, işvereni tüm bu yükümlülükleri almaktan başışık hale getiremez. Davalı işverenlerin kazalı işçiyi, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda yeterli derecede eğitmedikleri, çalışma usul ve esasları konusunda ise yeterli denetim ve gözetim sağlamadıkları, bu doğrultuda kişisel koruyucu ve aletleri kullanımına sunmadıkları görülmekte olup, tüm bu nedenler, zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde ağırlıklı (baskın) kusurun davalı tarafa ait olduğunu göstermektedir." www.kazanci.com.



ön planda tutan iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunun kurulmasına önem verilmiştir. Yine gerekçede belirtildiği gibi, iş sağlığı ve güvenliğinde atılacak adımlar, organizasyon düzeyinde sistemli bir şekilde ele alınarak yönetilmeli, uygulamaya konulmalı ve geri dönüşlerle gözden geçirilmelidir. İşverenin işyeri sağlık ve güvenlik birimi, işyeri sağlık ve güvenlik kurulu oluşturma yükümlülüğü, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli çalıştırma yükümlülüğü iş organizasyonu yapılması yükümlülüğüyle bağlantılıdır. Yine risklerden korunma ilkeleri arasında, işverenin iş organizasyonu ile genel bir önleme politikası geliştireceğinden bahsedilmektedir.

İSGK m. 6'da iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri düzenlenmiştir. Aynı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, işverenin, mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için, çalışanları arasından *iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli* görevlendireceği hüküm altına alınmıştır. 6331 sayılı Kanun ile getirilen en büyük yeniliklerden biri, kuşkusuz işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personeli çalıştırma zorunluluğunun tüm işverenler için bir zorunluluk haline gelmesidir<sup>79</sup>. Artık elli işçi çalıştırma koşulu aranmaksızın tek bir çalışanı olan işverenler de Kanun'da belirtilen yürürlük tarihlerinden itibaren iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli çalıştırmakla yükümlü olacaklardır. Bununla birlikte öğretilerde elli işçi koşulunun kaldırılması, isabetli olmadığı gerekçeyle eleştirilmektedir<sup>80</sup>. Ayrıca yeni düzenlemeye göre işin sanayiden olup olmadığının bir önemi kalmamış, işin türü ve niteliğine bakılmaksızın iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğü getirilmiştir. (a) bendinde devamla işverenin, çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebileceği belirtilmiştir. Ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini işverenin kendisi de üstlenebilecektir. İşverenler, çalıştırdıkları kişi ve işyerlerinin bulunduğu tehlike sınıfı uyarınca çalıştıracakları süre belirlenen iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli çalıştırma yükümlülüğünü, kendi bünyesinde bu nitelikte kişiler varsa görevlendirme yoluyla, bu nitelikte

<sup>79</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., **CANIKLIOĞLU**, Nurşen, "İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı", TİSK İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri 25 Nisan 2012, Ankara, s. 41-54; **CANIKLIOĞLU**, Tasarı, s. 104-107; **DEMİRCİOĞLU**, Murat, "İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul, Beta, 2011; **KABAKCI**, s. 206-361; **OCAK**, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 39-241.

<sup>80</sup> Elli işçi koşulunun kaldırılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz., **ERTÜRK**, s. 23; *Aktekin*'e göre, her ne kadar hükmün uygulanması için bir geçiş süresi tanınmış olsa da, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı görevlendirme gibi konularda elli işçi çalıştırma koşulunun kaldırılması, hem istihdam üzerindeki yüklerin ağırlaşmasına neden olacak, hem de ülkemizdeki istihdamın büyük bir kısmını sağlayan KOBİ'lerin ekonomik gücünün azalmasına neden olacaktır, **AKTEKİN**, Düünden Bugüne, s. 95; **AKTEKİN**, Değerlendirme, s. 172.

kimse yoksa yarı zamanlı iş sözleşmesi imzalayarak ya da ortak sağlık güvenlik birimleri ile anlaşarak doğrudan bu hizmetleri satın alarak da yerine getirebileceklerdir<sup>81</sup>. Ülkemizdeki işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı sayısı dikkate alındığında, bu düzenlemelerin uygulanmasının zor olacağına kuşku duyulmasa da<sup>82</sup>, özellikle kamu kurumları ile elliden az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için Kanun'un 1/7/2016 tarihinde yürürlüğe girecek olması, yürürlük tarihinin ertelenmesi, isabetli bir çözüm olmuştur. Kanun koyucu iş güvenliği uzmanı yetersizliğinin kısa sürede giderilemeyeceğini görünce, iş güvenliği uzmanı olabilecek kişilerin kapsamını genişletmiş, sınav sayısını arttırmış, bazı koşullarla 'C' ve 'B' sınıfı iş güvenliği uzmanlarına ek sınav hakkı getirerek 'A' sınıfı uzman ihtiyacını gidermeye çalışmıştır<sup>83</sup>. Ayrıca 24.12.2013 tarihli '*İş Sağlığı Ve Güvenliği Hizmetlerinin Desteklenmesi Hakkında Yönetmelik*<sup>84</sup>' uyarınca kamu kurum ve kuruluşları hariç olmak üzere ondan az çalışanı bulunan, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerine, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi için Yönetmelikte belirtilen oranlarda destek sağlanacaktır.

İşveren, sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütenler arasında iş birliği ve koordinasyonu sağlayacak (İSGK m. 6/1-(c)), belirlenen çalışma süresi nedeniyle işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının tam süreli görevlendirilmesi gereken durumlarda ise *işyeri sağlık ve güvenlik birimi* kuracaktır (İSGK m. 8/6). '*İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği*<sup>85</sup>' ne göre, iş sağlığı ve güvenlik birimi, en az bir işyeri hekimi ile işyerinin tehlike sınıfına uygun belgeye sahip en az bir iş güvenliği uzmanının görevlendirilmesi ile oluşturulacaktır. Bu birimde işveren diğer sağlık personeli de görevlendirebilir.

İSGK m. 22/1'e göre, işveren, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturur. 4857 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak 'sanayiden sayılan iş olma' koşulu aranmadığı için, elli ve daha fazla çalışanı bulunan tüm işyerleri bu kurulları oluşturmak zorundadır<sup>86</sup>.

#### D. Gerekli Araç ve Gereçlerin Sağlanması Yükümlülüğü

İSGK m. 4'te işverenin genel yükümlülükleri arasında işverenin gerekli araç ve gereçleri sağlamak olduğu da ifade edilmiştir. Böylece işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili araç ve gereçleri, koruyucu donanım, güvenlik ve sağlık işaretlerini sağlamakla yükümlü olup, bunların uygun şekilde kullanılmasını da sağlamakla

<sup>81</sup> KILIÇ/ BÜLBÜL, s. 15.

<sup>82</sup> CANIKLIOĞLU, İş Güvenliği Uzmanı, s. 44-45.

<sup>83</sup> KILIÇ/ BÜLBÜL, s. 19.

<sup>84</sup> 24.12.2013 tarih ve 28861 sayılı R.G.

<sup>85</sup> 29.12.2012 tarih ve 28512 sayılı R.G.

<sup>86</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s. 881.

yükümlüdür. İşyerindeki risklerin önlenmesinin veya yeterli derecede azaltılmasının, teknik tedbirlere dayalı toplu koruma ya da iş organizasyonu veya çalışma yöntemleri ile sağlanamadığı durumlarda, kullanılacak kişisel koruyucuların özellikleri, temini, kullanımı amacıyla *‘Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmelik’*<sup>87</sup> çıkarılmıştır. Kişisel koruyucu donanım; çalışanı, yürütülen işten kaynaklanan, sağlık ve güvenliği etkileyen bir veya birden fazla riske karşı koruyan, çalışan tarafından giyilen, takılan veya tutulan, bu amaca uygun olarak tasarımı yapılmış tüm alet, araç, gereç ve cihazları, kişiyi bir veya birden fazla riske karşı korumak amacıyla üretici tarafından bir bütün haline getirilmiş cihaz, alet veya malzemeden oluşmuş donanımı, belirli bir faaliyette bulunmak için koruma amacı olmaksızın taşınan veya giyilen donanımla birlikte kullanılan, ayrılabilir veya ayrılamaz nitelikteki koruyucu cihaz, alet veya malzemeyi, kişisel koruyucu donanımın rahat ve işlevsel bir şekilde çalışması için gerekli olan ve sadece bu tür donanımlarla kullanılan değiştirilebilir parçalarını ifade eder (Yönetmelik m. 4).

Yönetmelikte işverenin, işçilerin kişisel koruyucu donanımları, uygun şekilde kullanmaları için her türlü önlemi alacağını düzenlemektedir. Yönetmelik m. 5’e göre, kişisel koruyucu donanım, risklerin, toplu korunmayı sağlayacak teknik önlemlerle veya iş organizasyonu ve çalışma yöntemleriyle önlenemediği, tam olarak sınırlandırılmadığı durumlarda ve iş kazası ya da meslek hastalığının önlenmesi, çalışanların sağlık ve güvenlik risklerinden korunması, sağlık ve güvenlik koşullarının iyileştirilmesi amacıyla kullanılacaktır. İşveren ayrıca toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine göre öncelik verecektir.

Kişisel koruyucu donanımlar, işveren tarafından ücretsiz verilecek, bakım ve onarımları sağlanacak, sağlıklı şartlarda muhafaza edilecek ve kullanıma hazır bulundurulacaktır. Bu bağlamda, kask, baret, kemer, gözlük, eldiven vb. koruyucu donanımların kullanılması işveren tarafından sağlanacak, uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığı izlenecek ve denetim yapılarak ortaya çıkan aksaklıklar giderilecektir<sup>88</sup>. İşveren aynı zamanda koruyucu donanımların da mevzuata uygun olarak üretilmesini sağlamakla yükümlü olacaktır. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin olduğu durumlarda kişisel koruyucu donanımlar, ortak riske karşı bir önlem niteliğinde olsalar da, bunları sağlama yükümlülüğü kanaatimizce alt işverene ait olacaktır<sup>89</sup>.

### **E. Sağlık ve Güvenlik Tedbirlerinin Değişen Şartlara Uygun Hale Getirilmesi ve Mevcut Durumun İyileştirilmesi Yükümlülüğü**

Kanun’da işverenin genel yükümlülükleri arasında işverenin sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştiril-

<sup>87</sup> 02.07.2013 tarih ve 28695 sayılı R.G.

<sup>88</sup> OCAK, Yükümlülükler, s. 132.

<sup>89</sup> BAYCIK, Rödövens Sözleşmesi, 1929.

mesi için çalışmalar yapması da sayılmaktadır. Maddede açıkça belirtilmeseydi dahi işverenin söz konusu yükümlülüğünün olacağını söylemek mümkündür. Değişen ve gelişen şartların getirdiği teknik gelişmelere uygun düzenlemelerin yapılması iş sağlığı ve güvenliğini sağlamada önemli bir yere sahiptir. Gerekçede de belirtildiği gibi, teknik önlemlerin yanında iş organizasyonu, sosyal imkânlar gibi konularda da yapılacak düzenlemeler iş sağlığı ve güvenliği çalışmalarını olumlu yönde etkileyecektir. Bununla birlikte yeni düzenlemelerin oluşturduğu muhtemel riskler de değerlendirilmelidir.

## F. İzleme, Denetleme ve Uygunsuzlukların Giderilmesi Yükümlülüğü

İSGK m. 4/1-b'ye göre işveren, “işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.” İşverenin yükümlülüğü sadece gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ile sınırlandırılmamış, bu önlemlerin uygulanmasının denetimi ve izlenmesi ile ayrıca yükümlü tutulmuştur. İşverenin genel yükümlülüğünün içinde denetim ve gözetim görevi olmakla birlikte, işverenlere uygulamayı izleme görevleri de getirilmektedir. İşveren, her şeye dikkat etmiş, her türlü önlemi almış olsa bile, işçiler bunlara uymadıkları takdirde, alınan önlemlerin bir değeri kalmayacaktır. Bu yüzden getirilen düzenleme ile işverenler izleme, denetleme ve uygunsuzlukların giderilmesi ile yükümlü tutulmuşlardır. İşveren gerekli araç ve gereçleri hazır bulundurmamakla veya kişisel koruyucu donanımları çalışanlara dağıtmamakla yetinmeyecek, denetim ve izleme yoluyla bunların kullanılmasını da sağlayacaktır. Nitekim Yargıtay da işverenin, çalıştırdığı işçisi için işyerinde baret bulundurmamakla yetinemeyeceğini, bu baret sürekli olarak vermesi gerektiğini ve verdiği baretin de işçi tarafından kullanıldığını denetlemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir<sup>90</sup>.

Anılan önlemlere uymayan işçiler uyarılmalı, gerekirse disiplin cezası gibi yaptırımlar uygulanmalıdır<sup>91</sup>. Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu döneminde verdiği kararlarında da işverenin iş sağlığı ve güvenliğini korumak için gerekli her önlemi amaca uygun bir biçimde almak, uygulamak, uygulatmak ve denetlemekle yükümlü olduğunu vurgulamıştır<sup>92</sup>. Yargıtay 2007 tarihli bir kararında işçiye maske takmaması sebebiyle iki kez disiplin cezasının uygulanmasının ve hastalanarak sık sık rapor alması sonucunda iş sözleşmesinin feshedilmesinin geçerli nedene dayandığını ifade etmiştir<sup>93</sup>. Ancak işçinin iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atacak davranışlarının ağırlığına göre haklı feshe de gidilebilir. Nitekim İş K. m. 25/II-(ı) bendinde işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi halinde

<sup>90</sup> Y9HD, 7.11.1979 T., 5905/8813, SÜZEK, İş Hukuku, s. 869-870, dn. 39; CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 37.

<sup>91</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s. 870; CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 37; POYRAZ, Ercan, İş Hukuku, 2. Bs., Ankara, Seçkin, 2011, s. 134.

<sup>92</sup> Y10HD, 23.3.2010 T., 2008/17190 E., 2010/4177 K., www.kazanci.com.

<sup>93</sup> Y9HD, 9.4.2007 T., 35331/9896, SÜZEK, İş Hukuku, s. 870, dn. 40.

işverenin haklı fesih hakkı olduğu düzenlenmiştir. Yargıtay, işyerinde yangın meydana gelmemesine rağmen, işçinin yangın tehlikesi doğuracak şekilde sigara içme yasağı olan yerde sigara içmesini, işyerinin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle haklı fesih sebepleri arasında değerlendirmiştir<sup>94</sup>. İşveren, denetim görevini kendisi yapabileceği gibi, vekil de tayin edebilir.

### G. Risk Değerlendirmesi Yapma Yükümlülüğü

İSGK m. 4/1-c'ye göre, işveren çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede, risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. İSGK m. 3 ve 'İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'<sup>95</sup> m. 4'te 'risk' ve 'risk değerlendirmesi'nin tanımları verilmiş olup, isabetli olarak metinlerde özdeş tanımların yapıldığı görülmektedir<sup>96</sup>. Buna göre *risk*, tehlikeden kaynaklanacak kayıp, yaralanma ya da başka zararlı sonuç meydana gelme ihtimalini; *risk değerlendirme* ise işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmaları ifade eder. Ayrıca İSGK m. 10'da 'risk değerlendirme, kontrol, ölçüm ve araştırma' başlığı altında işverenin iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirme yapmak veya yaptırmakla yükümlü olduğu belirtilmiş ve risk değerlendirme yapılırken hangi hususların dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden yapılacak risk değerlendirmesinin usul ve esaslarını düzenlemek üzere çıkarılmış olup, Yönetmelik m. 5/1'te işverenin, çalışma ortamının ve çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlama, sürdürme ve geliştirme amacı ile iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirme yapması veya yaptırması hususu düzenlenmiştir.

İş sağlığı ve güvenliği sistemi içinde risk değerlendirmesine yer verilmesi son derece isabetlidir. Zira riskin bilinmesi onunla mücadelenin ön koşuludur ve işyerinde risk değerlendirme yapmak, iş sağlığı ve güvenliği anlayışının en önemli uygulama basamağını oluşturur<sup>97</sup>. Risk değerlendirme, sadece bir belgelendirme faaliyeti değildir; ancak belgelendirme risk değerlendirmesinin vazgeçilmez aracıdır<sup>98</sup>. Risk değerlendirmesinin amacı riski önlemek veya en aza indirmek ve riske yol açacak tehlikeyi tamamen ortadan kaldırmaya çalışmaktır. Risk değerlendirme

<sup>94</sup> Y9HD, 02.11.2004 T., 2004/1834 E., 2004/24692 K., www.kazanci.com.

<sup>95</sup> 29.12.2012 tarih ve 28512 sayılı R.G. Bundan sonra 'Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği' olarak anılacaktır.

<sup>96</sup> Yönetmelik taslağında söz konusu tanımlar farklıydı, fakat isabetli olarak değiştirilmiş ve İSGK ile uyumlu hale getirilmiştir; ayrıntılı bilgi için bkz. AKIN, Levent, "Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak Üzerine Bir Değerlendirme)", Sicil, S. 25, Mart 2012, s. 34-36.

<sup>97</sup> CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 38; KABAKCI, s. 98.

<sup>98</sup> KABAKCI, s. 101-102.

ile işverenin yasal yükümlülüklerine uyması için alması gereken koruyucu ve önleyici tedbirleri tespit etmesinde işverene olanak sağlar<sup>99</sup>. Böylece risk değerlendirmesi ile mevcut risklerin neler olduğu, nerelerden kaynaklandığı, kimleri etkilediği, kabul edilebilir olup olmadığı ve önleme faaliyetleri belirlenir; iş sağlığı ve güvenliği konusunda problemleri olan hususların, iş sağlığı ve güvenliği temelli bir bakış açısıyla çözümü sağlanır<sup>100</sup>.

Risk değerlendirmesi, tüm işyerleri bakımından öngörülmüştür. Ancak her işyerinin özelliklerine uygun, kendine özgü mesleki risklerinin belirlenmesi ve bunların önlenmesi zorunludur<sup>101</sup>. Burada hemen belirtelim ki işverenin risk değerlendirmesini yapmış olması, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlaması yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır (Yönetmelik m. 5/2).

Aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda, yürütülen işler için diğer işverenlerin yürüttüğü işler de göz önünde bulundurularak ayrı ayrı risk değerlendirmesi gerçekleştirilir. İşverenler, risk değerlendirmesi çalışmalarını, koordinasyon içinde yürütür, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini tespit edilen riskler konusunda bilgilendirir (Yönetmelik m. 14/1, İSGK m. 23/1). Birden fazla işverenin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde ise, işyerlerinde ayrı ayrı gerçekleştirilen risk değerlendirmesi çalışmalarının koordinasyonu yönetim tarafından yürütülür. Yönetim; bu koordinasyonun yürütümünde, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için ilgili işverenleri uyarır. Bu uyarılara uymayan işverenleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bildirir (Yönetmelik m. 14/2, İSGK m. 23/2).

Ayrıca İSGK m. 25'e 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 durdurulur.

## 1. Risk Değerlendirmesi Yapılırken Dikkate Alınacak Hususlar

İSGK m. 10'da risk değerlendirmesi yapılırken dikkate edilecek hususlar sayılmıştır. M. 10/1'e göre, belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumu, kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve ürünlerin seçimi, işyerinin tertip ve düzeni, genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu risk değerlendirmesi yapılırken dikkate alınacak hususlardandır. O halde işveren, özellikle kanserojen madde niteliği taşımayacak malzeme

<sup>99</sup> GOODMAN, Michael J., Encyclopedia of Health and Safety at Work: Law and Practice, Croner a Wolters Kluwer business, 2008, s. 15016, F3-005.

<sup>100</sup> YILMAZ, Fatih, "Risk Değerlendirmesinde Yöntem Tartışması", Toprak İşveren Sendikası Dergisi, S. 86, 2010, s. 17; KABAKCI, s. 102.

<sup>101</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s. 874.

seçimine dikkat edecek; örneğin benzen, asbest veya üstübeç vb. malzeme kullanımından kaçınacaktır<sup>102</sup>. İşyeri riskleri, çalışanların özel durumuna göre değişiklik gösterebileceği için, risk değerlendirmesi yapılırken yukarıda belirtilen özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu ayrıca dikkate alınacaktır.

İşveren, yapılacak risk değerlendirmesi sonucu alınacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile kullanılması gereken koruyucu donanım veya ekipmanı belirleyecektir (İSGK m.10/2). İşyerinde uygulanacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri, çalışma şekilleri ve üretim yöntemleri; çalışanların sağlık ve güvenlik yönünden korunma düzeyini yükseltecek şekilde ve işyerinin idari yapılanmasının her kademesinde uygulanabilir nitelikte olmalıdır (İSGK m. 10/3). İşverenin önlem olarak işçiye sağlık ve güvenlik yönünden mevcut durumundan daha yüksek bir koruma düzeyi sağlamayacak önlemlerin alınması, işverenin gerekli gözetme yükümünü yerine getirdiğini söyleyebilmek için yeterli olmayacaktır<sup>103</sup>. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden çalışma ortamına ve çalışanların bu ortamda maruz kaldığı risklerin belirlenmesine yönelik gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılmasını sağlayacaktır (İSGK m. 10/4). Ancak dikkat edilmesi gereken husus, işyerini karmaşık süreç ve yöntemlerle karşı karşıya bırakmayacak, işverenler tarafından kolay anlaşılabilir, pratik ve makul bir sistemin benimsenmesidir<sup>104</sup>. İngiliz Hukukunda risk değerlendirmesinin uygun ve yeterli olmasından söz edilmektedir<sup>105</sup>. Buna göre risk değerlendirmesi, yapılan işten kaynaklanan riskleri sınıflandırmalı ve bir risk değerlendirmesindeki detayların düzeyi ile risk orantılı, uyumlu olmalıdır<sup>106</sup>.

## 2. Risk Değerlendirmesi Ekibi

Risk değerlendirmesi, işverenin oluşturduğu bir ekip tarafından gerçekleştirilir. Oluşturulan ekipte işveren veya vekili, işyerinde sağlık ve güvenlik hizmetini yürüten iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri, işyerindeki çalışan temsilcileri, işyerindeki destek elemanları, işyerindeki bütün birimleri temsil edecek şekilde belirlenen ve işyerinde yürütülen çalışmalar, mevcut veya muhtemel tehlike kaynakları ile riskler konusunda bilgi sahibi çalışanlar yer alır (Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği m. 6/1). Buna göre, risk değerlendirmesi ekibinde işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının da bulunması gerekmektedir. İSGK m. 38'e göre ise, bu Kanun, elliden az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 1/7/2016 tarihinde yürürlüğe gireceğinden, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü de 1/7/2016 tarihinde yürürlüğe girecek ve bu tarihe kadar söz konu-

<sup>102</sup> CENTEL, İşverenin Yükümü, s. 9-10.

<sup>103</sup> CENTEL, İşverenin Yükümü, s. 10.

<sup>104</sup> ALPAGUT, İşverenin Yükümlülükleri, s. 29; CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, s. 39.

<sup>105</sup> The Management of Health and Safety at Work Regulations 1999, Risk assessment (3), [http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/3242/pdfs/uksi\\_19993242\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/3242/pdfs/uksi_19993242_en.pdf).

<sup>106</sup> SMITH/GODDARD/KILLALEA/RANDALL, Health and Safety- The Modern Legal Framework, Second Edition, London, Dublin and Edinburgh, Butterworths, 2000, s. 271.

su kişilere ekipte yer verilmesi zorunluluğu da olmayacaktır (Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği Geçici Madde 1)<sup>107</sup>.

İşveren, ihtiyaç duyulduğunda bu ekibe destek olmak üzere işyeri dışındaki kişi ve kuruluşlardan hizmet alabilir ve risk değerlendirmesi çalışmalarının koordinasyonu işveren veya işveren tarafından ekip içinden görevlendirilen bir kişi tarafından da sağlanabilir (m. 6/2-3). İşveren, risk değerlendirmesi çalışmalarında görevlendirilen kişi veya kişilerin görevlerini yerine getirmeleri amacıyla araç, gereç, mekân ve zaman gibi gerekli bütün ihtiyaçlarını karşılar, görevlerini yürütmeleri sebebiyle hak ve yetkilerini kısıtlayamaz (m. 6/4). Risk değerlendirmesi çalışmalarında görevlendirilen kişi veya kişiler, işveren tarafından sağlanan bilgi ve belgeleri korur ve gizli tutar (m. 6/5). Ayrıca işverenlere, risk değerlendirmesi ile ilgili yükümlülükleri bakımından yardımcı olmak veya yol göstermek amacıyla *risk değerlendirmesi rehberleri* hazırlanabilir. Rehberler işyerinde çalışan sayısı ve işyerinin bulunduğu tehlike sınıfı göz önüne alınarak; sektör, meslek veya yapılan işlere özgü olabilir (Yönetmelik m. 17).

### 3. Risk Değerlendirmesi Çalışmasının Aşamaları

Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği m. 7/1'e göre, risk değerlendirmesi; tüm işyerleri için tasarım veya kuruluş aşamasından başlamak üzere tehlikeleri tanımlama, riskleri belirleme ve analiz etme, risk kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması, dokümantasyon, yapılan çalışmaların güncellenmesi ve gerektiğinde yenileme aşamaları izlenerek gerçekleştirilir. Böylece daha kuruluş aşamasından itibaren tüm tehlikeler tespit edilecek, riskler belirlenecek ve bunların önlenmesine yönelik çalışmaların yapılacaktır. Tehlikeler tanımlanırken çalışma ortamı, çalışanlar ve işyerine ilişkin ilgisine göre asgari olarak Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği m. 8/1'de belirtilen bilgiler toplanacaktır<sup>108</sup>. Risk değerlendirmesi sistematik ve kapsamlı olmalıdır<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği Geçici Madde 1 "6 ncı madde uyarınca oluşturulacak risk değerlendirmesi ekibinde, mezkûr maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde sayılanların bulundurulma zorunluluğu Kanununun 38 inci maddesinde belirtilen sürelerle uygun olarak aranır."; **CANIKLI-OĞLU**, İşveren Yükümlülükleri, s. 40; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 875.

<sup>108</sup> M. 8/1: "Tehlikeler tanımlanırken çalışma ortamı, çalışanlar ve işyerine ilişkin ilgisine göre asgari olarak aşağıda belirtilen bilgiler toplanır. a) İşyeri bina ve eklentileri. b) İşyerinde yürütülen faaliyetler ile iş ve işlemler. c) Üretim süreç ve teknikleri. ç) İş ekipmanları. d) Kullanılan maddeler. e) Artık ve atıklarla ilgili işlemler. f) Organizasyon ve hiyerarşik yapı, görev, yetki ve sorumluluklar. g) Çalışanların tecrübe ve düşünceleri. ğ) İşe başlamadan önce ilgili mevzuat gereği alınacak çalışma izin belgeleri. h) Çalışanların eğitim, yaş, cinsiyet ve benzeri özellikleri ile sağlık gözetimi kayıtları. ı) Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu. i) İşyerinin teftiş sonuçları. j) Meslek hastalığı kayıtları. k) İş kazası kayıtları. l) İşyerinde meydana gelen ancak yaralanma veya ölüme neden olmadığı halde işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğramasına yol açan olaylara ilişkin kayıtlar. m) Ramak kala olay kayıtları. n) Malzeme güvenlik bilgi formları. o) Ortam ve kişisel maruziyet düzeyi ölçüm sonuçları. ö) Varsa daha önce yapılmış risk değerlendirmesi çalışmaları. p) Acil durum planları. r) Sağlık ve güvenlik planı ve patlamadan korunma dokümanı gibi belirli işyerlerinde hazırlanması gereken dokümanlar."

<sup>109</sup> **SHANNON**, Geoffrey, Health and Safety: Law and Practice, Dublin, Round Hall LTD., 2002, s. 16, 3-17.



İngiliz hukukunda risk değerlendirmesinde beş aşamalı bir sistem kabul görmüştür. Bunlar; eylemlerin sınıflandırılması, tehlikenin tespiti, risklerin belirlenmesi, kimin ne şekilde etkileneceğinin saptanması ve değerlendirme aşamalarıdır<sup>110</sup>.

Risk değerlendirmesi sonucunda mümkün ise, işin kişilere uygun hale getirilmeye çalışılması sağlanmalıdır. İş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesinde işin çalışan ile uyumlu hale getirilmesi oldukça önem taşır. İşyerlerinin tasarımı buna uygun olarak yapılmalı, iş ekipmanlarının seçiminde, çalışanların çalışma şeklinde ve üretim yöntemlerinin belirlenmesinde uyum aranmalıdır<sup>111</sup>. Örneğin, bir toplantı salonunun ulaşılabilen yerlerindeki aydınlatma lambalarının aşağı indirilerek güvenli bir şekilde temizlenmesini ve bakımının yapılmasını sağlamak amacıyla motorlu sistem kurmak, işin kişilere uyumlu hale getirilmesi için bir yöntem olabilir<sup>112</sup>.

Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği m. 12'de risk değerlendirmesinin hangi aralıklarla yenileneceği düzenlenmiştir. Buna göre, yapılmış olan risk değerlendirmesi; çok tehlikeli işyerlerinde en geç iki, tehlikeli işyerlerinde en geç dört ve az tehlikeli işyerlerinde ise en geç altı yılda bir yenilenir. Ayrıca anılan maddenin ikinci fıkrasında yeni risklerin ve Kanun'da belirtilen durumların ortaya çıkması halinde, işyerinin tamamını veya bir bölümünü etkiliyor olması göz önünde bulundurularak risk değerlendirmesinin tamamen veya kısmen yenileneceği de belirtilmiştir<sup>113</sup>. Risk değerlendirmesinin yenileneceğinin öngörülmesi ve bunun Yönetmelik'le düzenlenmesi son derece isabetli olmuştur. Zira risk değerlendirmesi sürekli yapılmadıkça bir anlam ifade etmeyecek, işyeri çalışma koşullarındaki değişikliklerle birlikte zamanla yeni riskler ortaya çıkabilecektir<sup>114</sup>.

#### **4. Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Risk Değerlendirmesi**

Bir işyerinde bir veya daha fazla alt işveren bulunması halinde her alt işveren, yürüttükleri işlerle ilgili olarak, gerekli risk değerlendirmesi çalışmalarını yapmak

<sup>110</sup> WATKINS, Gareth, *The Health and Safety Handbook*, London, Sweet&Maxwell, 1997, s. 31-40.

<sup>111</sup> BAYRAM, Fuat, "Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatımıza Hakim Olan İlkeler", *Legal İHSGHD*, S. 7, 2005, s. 1112.

<sup>112</sup> GÜLTEKİN, İsmail, *İSG Kanununun Getirdikleri*, ÇSGB, İstanbul, Mayıs 2012, <http://www.mess.org.tr/content/ismail%20gultekin.pdf>.

<sup>113</sup> Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği m. 12/2: "Aşağıda belirtilen durumlarda ortaya çıkabilecek yeni risklerin, işyerinin tamamını veya bir bölümünü etkiliyor olması göz önünde bulundurularak risk değerlendirmesi tamamen veya kısmen yenilenir. a) İşyerinin taşınması veya binalarda değişiklik yapılması. b) İşyerinde kullanılan teknoloji, kullanılan madde ve ekipmanlarda değişiklikler meydana gelmesi. c) Üretim yönteminde değişiklikler olması. ç) İş kazası, meslek hastalığı veya ramak kala olay meydana gelmesi. d) Çalışma ortamına ait sınır değerlere ilişkin bir mevzuat değişikliği olması. e) Çalışma ortamı ölçümü ve sağlık gözetim sonuçlarına göre gerekli görülmesi. f) İşyeri dışından kaynaklanan ve işyerini etkileyebilecek yeni bir tehlikenin ortaya çıkması."

<sup>114</sup> AKIN, *Risk Değerlendirme*, s. 38-39.

veya yaptırmak zorundadır. Alt işverenlerin risk değerlendirmesi çalışmaları konusunda asıl işverenin sorumluluk alanları ile ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeler asıl işverence sağlanacak ve asıl işveren, alt işverenlerce yürütülen risk değerlendirmesi çalışmalarını denetleyerek bu konudaki çalışmaları koordine edecektir (Yönetmelik m. 15/1).

Alt işverenler hazırladıkları risk değerlendirmesinin bir nüshasını asıl işverene verir. Asıl işveren; bu risk değerlendirmesi çalışmalarını kendi çalışmasıyla bütünlüştürerek, risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar (Yönetmelik m. 15/2).

## H. İşe Uygunluğu Göz Önüne Alma Yükümlülüğü

İSGK m. 4/1-ç'ye göre, işveren, çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne almakla yükümlüdür. İşveren, kadın veya çocuk işçiyi uygun olmayan yerlerde çalıştıramaz. Yine çalışanın eğitimine, sağlık durumuna uygun bir işte çalıştırmak zorundadır. Sertifika alınması gereken işlerde, sertifikasız işçi çalıştırılmamalıdır<sup>115</sup>. Çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygun olmadığı hallerde, görev değişikliğine gidilmesi ve çalışanın başka bir görevde çalıştırılması gerekir<sup>116</sup>.

## I. Hayati ve Özel Tehlike Bulunan Yerlere Girilmemesi İçin Gerekli Tedbirleri Alma Yükümlülüğü

İSGK m. 4/1-d'ye göre işveren, yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır. Örneğin, kapıları kilitler, giriş kartı, göz taraması, parmak izi gibi yöntemler kullanarak yeterli bilgi ve talimat almayan kişilerin hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmesini önlemiş olur. Hayati ve özel tehlike hakkında bilgilendirilmiş olan çalışanlar ise, işverenin talimatıyla söz konusu yerlere girebilecektir. Dikkat edilmesi gereken, bilgilendirilmiş olan çalışanlar dahi işverenin talimatı olmadan hayati ve özel tehlike bulunan yerlere giremeyecektir<sup>117</sup>.

## J. İşverenin Diğer Yükümlülükleri

İSGK m. 4'te işverenin genel yükümlülüğü düzenlenmiş olmakla birlikte, Kanun'un kapsamı işverenin yükümlülüklerinden oluşmaktadır. İSGK m. 20/1'e göre, işveren, işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, Kanun'da belirtilen sayılarda çalışan temsilcisini görevlendirmekle yükümlüdür. M. 11'e göre,

<sup>115</sup> OCAK, Yükümlülükler, s. 140.

<sup>116</sup> CENTEL, İşverenin Yükümü, s. 11.

<sup>117</sup> CENTEL, İşverenin Yükümü, s. 11.

çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanı ile çevre şartlarını dikkate alarak meydana gelebilecek acil durumları işveren önceden değerlendirerek, çalışanları ve çalışma çevresini etkilemesi mümkün ve muhtemel acil durumları belirleyecek ve bunların olumsuz etkilerini önleyici ve sınırlandırıcı tedbirleri alacaktır. Özellikle ilk yardım, acil tıbbi müdahale, kurtarma ve yangınla mücadele konularında, işyeri dışındaki kuruluşlarla irtibatı sağlayacak gerekli düzenlemeleri yapacaktır. Ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrıлып tahliye edilebilmeleri ve güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapacak ve çalışanlara gerekli talimatları verecektir (İSGK m. 12). Çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlayacak (İSGK m. 15), iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda çalışanların görüşlerinin alınmasını, teklif getirme hakkının tanınmasını ve bu konulardaki görüşmelerde yer almalarını ve katılımlarını sağlayacaktır (İSGK m. 18). İş sağlığı ve güvenliği alanında 'önlemenin' işyerinde başlayacağı kabul edilirse, çalışanların katılımının sağlanması ile oluşturulabilecek işveren-çalışan işbirliğinin tam olarak sağlanması, alınacak önlemler arasında önemli olacaktır<sup>118</sup>. İşveren, bütün iş kazalarının ve meslek hastalıklarının kaydını tutacak, gerekli incelemeleri yaparak bunlar ile ilgili raporları düzenleyecek ve bunları Kanun'da belirtilen sürelerde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirecektir (İSGK m. 14).

#### IV. Sonuç

İş sağlığı ve güvenliği, çalışanlar başta olmak üzere, toplumdaki tüm bireyleri ve kurumlarını yakından ilgilendiren bir konudur. Konunun önemine binaen mevzuattaki dağınık hükümler bir araya getirilmiş, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi amacıyla yeni bir İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu oluşturulmuş, birçok konunun da çıkarılacak Yönetmeliklerle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. İş sağlığı ve güvenliğinin korunmasında şüphesiz ki en fazla yükümlülükler işverene düşmekle birlikte, işverenin olduğu kadar çalışanların ve devletin de bir takım yükümlülükleri doğmaktadır. Her şeyden önce alınan önlemlerin ve uygulamaların kağıt üzerinde kalmaması için iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşmasında herkesin katkıları olacaktır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 4'üncü maddesinde işverenin yükümlülükleri genel olarak düzenlenmekle birlikte Kanun'un kapsamının büyük oranda işverenin yükümlülüklerinden oluştuğunu görmekteyiz. Kanunda ayrıca kamu-özel ayrımı yapılmamış, bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı belirtilmiştir.

<sup>118</sup> ÇETİNKAL, Altan, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Çalışmalarında Çalışan Katılımının Rolü', Mercek, Yıl: 17, S. 67, 2012, s. 122.

İşverenlerin en temel yükümlülükleri şüphesiz işyerinde sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamı tesis etmektir. Bu amaçla işverenlerin her türlü önlemi almakla yükümlü oldukları ifade edilmiş, bu konuda isabetli olarak bir sınırlamaya gidilmemiştir. İngiliz hukukundaki 'makul önlem' yerine 'her türlü önlem' kabul edilmiştir. Her türlü önleme örnek olarak Kanun'da 'mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi' gibi durumlar gösterilmiştir. Kanunda, işverenin çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup, bu çerçevede organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapacağı belirtilmiştir. Ayrıca işveren, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izleyecek, denetleyecek ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlayacaktır. İşyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla risk değerlendirmesi yapacak ya da yaptıracaktır. Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alacak; yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alacaktır. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi bulundurmaya yükümlü olacak, gerekli organizasyonu oluşturacaktır. Böylece iş kazasından kaynaklanan ölümlerin ve yaralanmaların önüne geçilmeye, bunları en aza indirmeye ve meslek hastalığına yakalanma oranı azaltılmaya çalışılacak, sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının tesis edilecektir.

Kanunda sayılan tüm bu yükümlülükler, Kanun'un önleme ve korumaya dayalı sisteme dayanması, iş sağlığı ve güvenliği amacının gerçekleştirilmesi açısından isabetli olmakla birlikte, ülkemiz koşullarında uygulanmasında birçok zorlukları da beraberinde getireceği hususunda şüphe yoktur. Kanun'un uygulanması aşamasında gerekli altyapı mevcut değildir. İşyeri hemşiresi, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı sayısı dikkate alındığında, bunların istihdamının nasıl gerçekleşeceği soruları cevap aramaktadır. Ancak elliden az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için Kanun, 1/7/2016 tarihinde yürürlüğe gireceğinden en azından bu tür işyerleri açısından, Kanun'un yürürlük tarihine kadar altyapının hızla doldurulacağı umudundayız.

Her şeyden önce, bir toplumda gerçek anlamda iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi '*iş sağlığı ve güvenliği bilincinin*' oluşması ile mümkün olacaktır. Yeni Kanunlarla istediğimiz kadar hukuki güvence mekanizmaları getirelim ve düzenleyelim, yine de bu güvenceleri korumak ve işletmek konusunda yeterli bir bilince sahip olamazsak, Kanun'un amacını gerçekleştirebileceğinden söz edemeyiz.

## KAYNAKÇA

- AKIN**, Levent: “Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Sorumluluklar”, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul, 2011, s. 15-161.
- AKIN**, Levent: “Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak Üzerine Bir Değerlendirme)”, Sicil, S. 25, Mart 2012, s. 33-43. (*Risk Değerlendirme*)
- AKIN**, Levent: “Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 34, 2012, s. 101-123. (*Sendikaların Katkısı*)
- AKTEKİN**, Şeyda: “İSG Kanunu ile Getirilen Başlıca İşveren Yükümlülüklerinin ve Bunlarla İlgili İkincil Mevzuat Taslaklarındaki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Mercek, 17/68, 2012, s. 168-178. (*Değerlendirme*)
- AKTEKİN**, Şeyda: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Dünden Bugüne”, İstanbul, Sicil, S. 25, Mart 2012, s. 93-105. (*Dünden Bugüne*)
- ALPAGUT**, Gülsevil: “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, TİSK İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri 25 Nisan 2012, Ankara, s. 23-40. (*İşverenin Yükümlülükleri*)
- ALPAGUT**, Gülsevil: “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirilmesi”, İşveren Dergisi, C. 50, S. 3, Ankara, Mayıs-Haziran 2012, s. 100-103. (*Risk Değerlendirmesi*)
- ALPAGUT**, Gülsevil: “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı”, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2007, s. 32-64.
- BALKIR**, Z. Gönül: “İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu”, SGD, C. 2, S. 1, 2012, s. 56-91.
- BAYCIK**, Gaye: Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülükleri, AÜHFD, 60 (2) 2011, s. 227-253. (*İnşaat İşvereni*)
- BAYCIK**, Gaye: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri, Ankara, Yetkin, 2006. (*Maden İşçileri*)
- BAYCIK**, Gaye, “Rödövens Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul, Beta, 2011, s. 1895-1956. (*Rödövens Sözleşmesi*)
- BAYCIK**, Gaye, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2013, s. 103-170. (*Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği*)
- BAYRAM**, Fuat, Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi, İstanbul, Beta, 2008.

- BAYRAM**, Fuat, “Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatımıza Hakim Olan İlkeler”, Legal İHSGHD, S. 7, 2005, s. 1104-1128.
- CANBOLAT**, Talat, 6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul, Beta, 2013.
- CANIKLIOĞLU**, Nurşen, “İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı”, TİSK İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri 25 Nisan 2012, Ankara, s. 41-54. (*İş Güvenliği Uzmanı*)
- CANIKLIOĞLU**, Nurşen, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Antalya, 26-30 Eylül 2012, s. 27-84. (*İşveren Yükümlülükleri*)
- CANIKLIOĞLU**, Nurşen, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısına Göre İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı”, İşveren Dergisi, C. 50, S. 3, Ankara, Mayıs-Haziran 2012, s. 104-107. (*Tasarı*)
- CANIKLIOĞLU**, Nurşen, “Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, İstanbul, Legal, 2008.
- CENTEL**, Tankut, “3.4.2012 Tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetim Sistemi ve Yaptırımlar”, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, Ankara, 25 Nisan 2012, s. 55-65. (*Denetim Sistemi*)
- CENTEL**, Tankut, “İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümü”, Çimento İşveren, Mayıs 2013, C. 27, S. 3, s. 6-15. (*İşverenin Yükümü*)
- CENTEL**, Tankut, “Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil, S. 24, Aralık 2011, s. 13-18. (*Kişiliğin Korunması*)
- CIVAN**, Orhan Ersun/ **GÖKALP**, Arzu, “Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 28, 2011.
- ÇELİK**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bs., İstanbul, Beta, 2013.
- ÇETİNKAL**, Altan, “İş Sağlığı ve Güvenliği Çalışmalarında Çalışan Katılımının Rolü”, Mercek, Yıl: 17, S. 67, 2012, s. 117-122.
- DEMİR**, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Bs., İzmir, 2013.
- DEMİRCİOĞLU**, Murat/**CENTEL**, Tankut, İş Hukuku, 14. Bs., İstanbul, Beta, 2010.
- DEMİRCİOĞLU**, Murat, “İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul, Beta, 2011.
- EKMEKÇİ**, Ömer, 4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul, Legal, 2005. (*İşyeri Örgütlenmesi*)
- EKMEKÇİ**, Ömer, “İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları”, Mercek, S. 41, Ocak 2006, s. 100-107. (*İş Güvenliği Eğitimi*)

- ENGİN**, Murat, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağına Göre İstihdamında Zorunluluk Bulunan Personelin Hukuki Durumu”, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2007, s. 87-98.
- ENGİN**, Murat, “Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEÜHFD, S.1, 2003, 77-94.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara, 1974.
- ERTÜRK**, Şükran, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, Eylül 2012, s. 13-24.
- GOODMAN**, Michael J., Encyclopedia of Health and Safety at Work: Law and Practice, Croner a Wolters Kluwer business, 2008.
- GÜZEL**, Ali/**OKUR**, Ali Rıza/ **CANIKLIOĞLU**, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 14. Bs., İstanbul, Beta, 2012.
- GÜZEL**,Ali/**ÇATALKAYA**, Deniz, “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları”, (Karar İncelemesi), Çalışma Toplum Dergisi, 34, 2012/3, s. 157-188.
- İREN**, Ertan, “Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü”, AÜHFD, 2011, S. 2, s. 281-307. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1585/17179.pdf>.
- KABAKCI**, Mahmut, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu, İstanbul, Beta, 2009.
- KILIÇ**, Cem/**BÜLBÜL**, Okan Güray, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Geline Nokta ve Devam Eden Aksaklıklar”, Çimento İşveren, C. 27, S. 6, Kasım 2013.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**,Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin, İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri), Gözden geçirilmiş, genişletilmiş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu işlenmiş 5. Bs., Ankara, 2012.
- OCAK**, Saim, “6331 Sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu’nun Tarafalara Getirdiği Yükümlülükler”, Öz İplik-İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen ‘İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği’ne Hukuki Bakış Paneli, Tebliğ ve Görüşler’, İstanbul, 2012, s. 109-171. (*Yükümlülükler*)
- OCAK**, Saim, İş Güvenliği Uzmanlığı, Ankara, Adalet, 2013. (*İş Güvenliği Uzmanlığı*)
- ODAMAN**, Serkan, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri İle Uluslar arası Standart”, Legal, İHSGHD, S. 11, C. 3, 2006, s. 879-897.

- ODAMAN**, Serkan, “İş Sağlığı ve Güvenliği İçin Motivasyon Gerekliyor”, *İşveren Dergisi*, C. 50, S. 3, Mayıs-Haziran 2012, s. 108-110.
- OĞUZ**, Özgür, AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul, Legal, 2011.
- OKUR**, Zeki, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşyerinde Bilgisayar Kullanımı ve İşverenin Yükümlülükleri”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 20, S. 6, 2006.
- ÖZDEMİR**, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul, Beta, 2006.
- ÖZKARACA**, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta, 2008.
- POYRAZ**, Özgür, İş Hukuku, 2. Bs., Ankara, Seçkin, 2011.
- SEVİMLİ**, Ahmet, “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 36, 2013.
- SHANNON**, Geoffrey, Health and Safety: Law and Practice, Dublin, Round Hall LTD., 2002.
- SMITH/GODDARD/KILLALEA/RANDALL**, Health and Safety- The Modern Legal Framework, Second Edition, London, Dublin and Edinburgh, Butterworths, 2000.
- SÜMER**, Haluk Hadi, İş Hukuku, 16. Bs., Konya, 2011.
- SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Bs., İstanbul, Beta, 2013. (*İş Hukuku*)
- SÜZEK**, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985. (*İş Güvenliği*)
- SÜZEK**, Sarper, “İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri”, *Legal İHSGHD*, S. 6, Nisan-Haziran 2005, s. 609-622. (*İşçilerin Hakları*)
- URHANOĞLU CENGİZ**, İhtar, “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul, Beta, 2011, s. 1957-1978.
- YILMAZ**, Fatih, “Risk Değerlendirmesinde Yöntem Tartışması”, *Toprak İşveren Sendikası Dergisi*, S. 86, 2010, s. 16-19.
- YILDIZ**, Ulaş, “Ağır ve Tehlikeli İşlerde Mesleki Eğitim Zorunluluğu”, *Sicil*, S. 17, Mart, 2010, s. 96-106.
- WATKINS**, Gareth, The Health and Safety Handbook, London, Sweet&Maxwell, 1997.



## **ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

The Management of Health and Safety at Work Regulations 1999, Risk assessment (3), [http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/3242/pdfs/uksi\\_19993242\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/3242/pdfs/uksi_19993242_en.pdf).

Health and Safety at Work etc. Act 1974, Part I, Sec, II, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/37/data.pdf>.

Health and Safety Regulation (a short guide) by HSE, <http://www.hse.gov.uk/pubns/hsc13.pdf>.

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

**SEYYAR**, Ali, “İş Sağlığı ve Güvenliği Nedir?”, <http://www.sosyalsiyaset.net/documents/isig.htm>.

**GÜLTEKİN**, İsmail, İSG Kanununun Getirdikleri, ÇSGB, İstanbul, Mayıs 2012, <http://www.mess.org.tr/content/ismail%20gultekin.pdf>.

**ANDAÇ**, Murat, “Risk Değerlendirme Rehberi”, <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/icdenetim/dosyalar/calisma/riskdegerlendirme-rehberi>.



# İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNUNDA ÇALIŞANIN ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKI (*Right to Avoid Working As Per Occupational Health and Safety Law*)

Lütfi İNCİROĞLU\*

## ÖZET

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, kamu ve özel sektör ayrımı gözetmeksizin bazı istisnalar hariç tüm çalışanları kanun kapsamına almıştır. İşçi, memur ve diğer kamu görevlilerinin görev yaptıkları işyerlerinde işverenlerce iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirmemesi durumunda, çalışanların iş görmekten kaçınma hakları vardır. Çünkü işçiler, iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınmayan, mesleki risklerin her an ortaya çıkabileceği bir işyeri ortamında çalışmaya zorunlu tutulamazlar. Bu durumda bulunan işçilere, iş sözleşmelerini haklı nedenle feshetme veya belirli koşullarla çalışmaktan geçici bir süre kaçınma imkânı tanınmıştır.

**Anahtar kelimeler:** İş sağlığı ve güvenliği, çalışmaktan kaçınma, ciddi ve yakın tehlike

## *Abstract*

Occupational health and safety law without distinction as public and private sector covers the all workers with some exceptions. If the employers do not fulfill occupational health and safety obligations at the workplaces, the employees can use the right of “avoidance”. Because the employees can not be enforced to work by employer at the workplace which is available to emergence of occupational risks. In such cases, employees have the right of termination of work contract with justified reason or the right of avoid working temporarily.

**Keywords:** Occupational health and safety, avoid working, serious and imminent danger.

## GİRİŞ

Çağımızda ülkelerin en önemli ve öncelikli konularından biri de insan sağlığının korunması ve geliştirilmesidir. Sanayileşmeyle paralel bir biçimde, çalışanların sağlıklı ve güvenli biçimde çalışmalarının sağlanması ve evrensel bir değer olan in-

\* Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çalışma Genel Müdür Yardımcısı

san hayatının korunması gelişmişliğin ve insan odaklı yönetim anlayışının göstergesidir. Çalışanın ruh ve beden bütünlüğünün korunması, çalışanın kendisi, ailesi, çalıştığı işyeri hatta toplum açısından da büyük önem taşımaktadır.

Ulusal ve uluslararası hukukta bireyin yaşamının korunması ile ilgili birçok düzenleme bulunmaktadır. Örneğin “Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır<sup>1</sup>, “Herkes, kendi bedensel ve ruhsal dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir<sup>2</sup>, “Tüm çalışanların güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkı vardır”<sup>3</sup>. “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”<sup>4</sup>. Görüldüğü üzere ulusal ve uluslararası hukuk, kişilerin yaşamlarının korunması, çalışanların güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakları hususunda hem fikirdirler. Bununla birlikte 2004 yılında ülkemiz tarafından imzalanan 1981 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesinin m.13’de de, “çalışanlara işyerlerinde sağlığı ve yaşamı için ciddi ve yakın tehlike bulunması halinde çalışmaktan kaçınma” hakkı tanınmıştır.

Ülkemizde işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenleyen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun<sup>5</sup> yürürlüğe girmesinin ardından yaklaşık bir buçuk yıl geçti. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda çıkarılması öngörülen Yönetmelikler de bu süre içerisinde ardıl bir şekilde çıkarılarak yürürlüğe konuldu. Müstakil olarak yürürlüğe konulan Kanun ve buna dayanılarak çıkarılan Yönetmelikler 155 ve 161 sayılı ILO sözleşmeleri ile 89/391 AB Direktifi dikkate alınarak hazırlandı<sup>6</sup>.

Yürürlükten kaldırılan 4857 sayılı İş Kanunu’nun m.83 hükmüne göre, işçilerin işyerlerinde yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşılaştıklarında kanunda belirtilen koşullar dikkate alınarak çalışmaktan kaçınmaları öngörülmüş idi. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun m.13/1’de, işyerlerinde ciddi ve yakın tehlikenin varlığı halinde, çalışanlara yine kanunda belirtilen koşullarda çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmaktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinin m.8/1’e göre de, “Çalışanlar sağlık ve güvenliklerinin etkileyebilecek tehlikeleri iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı yerlerde ise işverene bildirerek durumun tespit edilmesini ve gerekli önlemlerin alınmasını talep edebilir”.

<sup>1</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.3

<sup>2</sup> Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi m.3

<sup>3</sup> Avrupa Sosyal Şartı m.3

<sup>4</sup> T.C. Anayasası m.17/I

<sup>5</sup> RG.30.5.2012.T. 28339

<sup>6</sup> İNCİROĞLU, Lütfi, Sorulu-Cevaplı İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı Uygulaması, Legal Yayınları, Şubat 2014 İstanbul. sh.XXXIV.

İş sağlığı ve güvenliği sistemi çalışanın ruh ve beden bütünlüğünü korumayı amaçlayan multidisipliner bir sistemdir. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı da önleme önceliği olan bir mantık üzerine kurgulanmıştır. Çalışanların beden sağlıkları kadar ruh sağlıklarının da korunmasından sorumlu olan işverenlerin, iş ortamında risk oluşturan maddi unsurların meydana getireceği tehlikeleri önlemenin yanı sıra çalışanları, etkileşim içinde buldukları tüm varlıkların olumsuz etkilerinden de korumakla yükümlüdürler<sup>7</sup>.

İş sağlığı ve güvenliği sistemi, genel olarak işyerlerindeki risklerin belirlenmesi ve bu risklerin minimize edilmesini amaçlar (İSGK m.5). Bu amacın gerçekleştirilmesinde öncelikle kural koyan ve koyduğu kuralların doğru uygulanıp uygulanmadığını denetleyen devletin, iş sağlığı ve güvenliği sistemini etkin bir biçimde uygulamakla görevli işverenlerin sorumlulukları vardır (İSGK m.4). Çalışanların önleyici politikaların belirlenmesinde, risk değerlendirmesi çalışmalarında yer almaları ve alınacak önlemlerle ilgili öneri getirilmesi gibi birçok konuda sisteme dâhil olmaları çok büyük önem arz etmektedir (İSGK m.18). Nihayetinde iş sağlığı ve güvenliğinin odak noktasında insan vardır. Bireyin yaşam hakkını korumak da Anayasal bir haktır (AY m.17/I).

Çalışma yaşamına giren işçi, işyeri ortamının yaratacağı her türlü mesleki tehlikeye, iş kazaları ve meslek hastalıklarına açık hale gelmekte, ruh ve beden bütünlüğü tehlikeye girmektedir. Bu nedenle işçinin işyeri ortamının yarattığı fiziki tehlikelere karşı da korunması gerekmektedir. Görüldüğü gibi iş hukuku; iş ilişkisi içindeki işçiyi sadece maddi ve ekonomik olarak değil, işçinin kişiliğinin, onurunun, sağlığının ve beden bütünlüğünün korunmasını da amaçlamaktadır. İşverenin “**işçiyi koruma borcu**” işçinin işverene “**bağlılık** borcunun en önemli karşılığıdır (TBK, m.396, 417). İşverenin işçiyi gözetme borcu, işverenin işçisinin yaralarını koruması ve ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınmasını ifade eder. İşçinin sadakat borcunda olduğu gibi, işverenin işçiyi gözetme borcu da somut sınırları olmayan geniş kapsamlı bir borçtur. Buna göre, işveren işçinin kişiliğini, yaşamını, sağlığını vücut bütünlüğünü, onurunu kişisel ve mesleki saygınlığını, özel yaşam alanını korumakla yükümlüdür. İşverenin gözetme borcunun en kapsamlı yükümlülüğü ise, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkindir<sup>8</sup>.

İş sağlığı ve güvenliği alanında ülkemizde yapılması gereken en temel husus, doğru politikaların belirlenmesi ve uygun stratejilerin uygulanmasıdır. İş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesinde devletin mevzuat hazırlama, uygulama ve denetleme gibi temel görevleri olmakla birlikte burada asıl olan çalışanlar için sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının oluşturulması için sosyal tarafların iş sağlığı ve güvenliği alanının tüm süreçlerine katılımlarının sağlanması gerekmektedir.

<sup>7</sup> İNCİROĞLU, Lütfi, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Konusunda İşverenlerin Sorumluluk ve Yükümlülükleri, Kamu-İş-(İş Hukuku ve İktisat Dergisi), Nisan 2013, C:13, S.1, sh.108.

<sup>8</sup> TULUKÇU, Binnur, İş Hukukunda Dinleme Hakkı, Adalet Yayınları, Ankara 2012, sh.248.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, kamu ve özel sektör ayırımı gözetmeksizin bazı istisnalar hariç tüm çalışanları kanun kapsamına almıştır (İSGK m.2). Yani işçi-memur (statü) ayırımını ortadan kaldırmış, çalışan kavramını getirmiştir. Hatta çırak ve stajyerler de Kanun kapsamında mütalaa edilmiştir. Kanun, kuralcı bir yaklaşım yerine önleyici bir yaklaşım öngörmektedir. Çalışmamızda işçi, memur ve diğer kamu görevlilerinin görev yaptıkları işyerlerinde işverenlerce iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda, çalışanların iş görmekten kaçınma hakları ele alınacaktır.

### 1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Tanımı ve Önemi

Çalışmaktan kaçınma hakkı; “işçinin, hayatı ve sağlığı için yakın ve ciddi bir tehlike sürdüğü müddetçe çalışmaktan kaçınması”<sup>9</sup> olarak tanımlanmaktadır. Tehlike ise; işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyelidir (İSGK m.3/1,p). 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girinceye kadar çalışmaktan kaçınma hakkı 4857 sayılı İş Kanunu'nun “**işçilerin hakları**” başlıklı m.83'de düzenlenmiş idi. Bu hükme göre, “işçi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından sağlığını bozacak bir tehlike ile karşılaşırsa, tehlike giderilinceye kadar iş görmekten kaçınabilir.”

Kanun koyucu İş Kanunu m.83 gerekçesinde; “İşçiler iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınmayan, mesleki risklerin her an ortaya çıkabileceği bir işyeri ortamında çalışmaya zorunlu tutulamazlar. Bu durumda bulunan işçilere iş sözleşmelerini haklı nedenle feshetme veya belirli koşullarla çalışmaktan geçici bir süre kaçınma imkânı tanınmıştır. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak acil ve yakın bir tehlike karşısında bu kurula başvurması imkânı sağlanmış, işçinin gerekli tedbirler alınmaya kadar çalışmadan kaçınabileceği düzenlenmiştir. Bu tedbirlerin alınmaması halinde işçi derhal fesih hakkı tanınmıştır. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen işçiler konunun teknik özellikler taşıması nedeniyle kendiliğinden buna karar veremeyecekler, işyerinde acil ve yakın bir tehlikenin varlığı konusunda iş sağlığı ve güvenliği kurulunun yazılı tespitini almaları gerekecektir. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde bu tespit yazısı bu konuda görevli işveren vekilinden alınacaktır” ifadelerine yer vermiştir.

Kanun koyucunun, madde gerekçesinde açıkça ifade ettiği gibi, iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınmayan, mesleki risklerin her an ortaya çıkabileceği bir işyeri ortamında çalışanların çalışmaya zorunlu tutulamayacağı ve bu hakkın çalışanlar tarafından “**çalışmaktan kaçınma hakkı**” olarak kullanılabiliceği ortadadır.

<sup>9</sup> AYDINLI, İbrahim, İşverenin İşyerinde (Çalışan) İşçilerin İş görmekten Kaçınma Hakkı, Çimento İşveren Dergisi, 2005,C:19, sy.4, s.17. <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale21.pdf> (Erişim Tarihi:05.04.2014)

Ancak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun müstakil bir Kanun olarak yürürlüğe girmesi ile birlikte İş Kanunu m.83 yürürlükten kaldırılarak, buradaki hüküm bazı değişikliklerle birlikte 6331 sayılı Kanun'un "**Çalışmaktan kaçınma hakkı**" başlığı altında m.13'de yeniden düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan m.83'de, kaçınma hakkının kullanılabilmesi için tehlikenin yakın, acil ve hayati olması gerekiyordu. Ancak tehlikenin hayati olması yerine İSGK m.13/1 hükmü ile ciddi olması koşulunun getirilmesinin isabetli olduğu ileri sürülmektedir<sup>10</sup>.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, kamu ve özel sektör ayrımı gözetmeksizin bazı istisnalar hariç tüm çalışanları kanun kapsamına almıştır. Yani işçi-memur (statü) ayrımını ortadan kaldırmış, çalışan kavramını getirmiştir. Kaçınma hakkını bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçiler kullanabileceği gibi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "**istihdam şekilleri**" başlıklı m.4'de, tanımı yapılan ve kamu hizmetlerinde görevli memurlar, sözleşmeli personel de (657/DMK m.4/b,c) kullanabilecektir.

Örneğin, kamu işyerinde memur statüsünde ve şoför kadrosunda görevli birisinin kullandığı hizmet aracının periyodik bakımı işverence zamanında yaptırılmadıysa, çalışan iş görmekten kaçınabilecektir. Yine topraklama hattı bulunmayan kamu işyerinde memur statüsündeki görevli elektrik teknisyeni defalarca talep etmesine rağmen gerekli önlemin alınmaması nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilecektir. Çalışanın bu hakkını kullanması ve işverenin de karşı yaptırım uygulamak istemesi halinde, çalışanların öncelikle kendi özel kanunları dikkate alınacaktır.

## **2. Çalışmaktan Kaçınmanın Koşulları**

### **2.1. Çalışanın ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalması:**

Çalışanlar iki şekilde çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilirler. Birincisi, işyerindeki ciddi ve yakın tehlikenin mevcut olması halinde, varsa iş sağlığı ve güvenliği kuruluna yoksa işverenine bildirmesi ve kurulun ya da işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, ancak gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Başka bir deyişle, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen çalışanlar, konunun teknik özellikler taşıması nedeniyle kendiliğinden buna karar veremeyecekler, işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı konusunda iş sağlığı ve güvenliği kurulunun yazılı tespitini almaları gerekecektir. (İSGK.m.13/I) Aynı yönde görüş bildiren bir yazara göre, "çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında iş sağlığı ve güvenliği kurul kararının aranması isabetlidir. Nitekim çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen işçilerin, konunun teknik özellikler taşıması nedeniyle, kendiliğinden buna karar vermesi güçtür ve işyerinde hayati ve

<sup>10</sup> SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 9.Baskı, İstanbul 2013, s.910.

acil tehlikenin varlığı konusunda iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bir karar almasının aranmasını doğal karşılamak gerekir”<sup>11</sup>.

İSGK'nın m.13/1'e göre, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.

İSGK'nın “iş sağlığı ve güvenliği kurulu” başlıklı m.22'ye göre, 50 ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturmak zorundadır. Ayrıca işveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını da uygulamakla yükümlüdür. Aynı Kanuna dayanarak çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik<sup>12</sup> m.8/1,ğ'ye göre, Kurul İSGK.m.13'de belirtilen çalışmaktan kaçınma hakkı talepleri ile ilgili acilen toplanarak karar vermekle yükümlüdür. Öte yandan işçi bu konuda gerek iş sağlığı ve güvenliği kurulundan gerekse işverenden olumlu bir cevap alamazsa şüphesiz ki idareye ve yargıya başvurma hakkını kullanabilecektir.

İkincisi de, çalışanların ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda m.13/I'deki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gitme hakkına sahip olmalarıdır. (İSGK m.13/3) Burada çalışanın ilk kaçınma hakkı, kurulun veya işverenin çalışana haklı bulmasına bağlı iken, ikincisinde ise çalışan, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğunu kendi iradesiyle belirleyerek çalışmaktan kaçınabilecektir.

İşçinin işine devam etmesi onun sağlığı ve yaşayışı bakımından tehlike arz ediyorsa bu takdirde, işe devam etmesini istemek onun haklarını tanımamak anlamına gelir. Böyle bir sonuç ise hiçbir zaman kabul edilemez. Örneğin, bir tekstil fabrikası işyerinin elektrik tesisatında zaman zaman meydana gelen kısa devrelerin varlığı, işverence bilinmesine rağmen ve bu haliyle çalışılmaya devam ediliyorsa, burada tehlike hem ciddidir hem de yakındır<sup>13</sup>. Buradaki tehlikenin ifade ettiği anlam, hayatın ve sıhhatin ileride karşılaşılabileceği istenilmeyen kötü durumlar, telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkacağı hallerdir<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> EKMEKÇİ, Ömer, 4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayınları, 2005, İstanbul, s.73.

<sup>12</sup> RG.18.01.2013 T, 28532.

<sup>13</sup> BİLGİLİ, Özkan İşçinin İş görmekten Kaçınmasının Sonuçları, 2001, <http://www.lutfinciroglu.com/content/view/97/19/> (Erişim tarihi:05.4.2014)

<sup>14</sup> NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınları, 2012 İstanbul, 4. Baskı, s.419.



Bununla birlikte yakın ve ciddi bir tehlike, işçinin hayat ve sağlığını tehdit ediyorsa, işçi iş görmekten kaçınma hakkını, ancak bu tehlike devam ettiği müddetçe kullanabilir<sup>15</sup>. Başka bir deyişle, İSGK'nın 13/3'de, "gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınılabılır" denildiğinden, çalışmaktan kaçınma hakkı söz konusu önlemler alınıncaya kadar herhangi bir süre ile de sınırlı değildir<sup>16</sup>.

## 2.2. İşyerinde İşin Durdurulmamış Olması

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için iş sağlığı ve güvenliği nedeniyle işyerinde işin durdurulmamış olması gerekir. Bu zorunluluk İSGK m.13/son fıkrasından kaynaklanmaktadır. İşyerinde işin durdurulması ise aynı Kanunun "**işin durdurulması**" başlıklı m.25'de düzenlenmiştir. İSGK m.13/son fıkrası (İşK m.83) ile İSGK m.25 (İşK m.79) uyarınca işyerinde işin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde bu madde hükmü uygulanmaz. Başka bir deyimle, bir idari yaptırım olarak işyerinde iş durdurulursa, işçinin İSGK m.13'e göre, (İşK.m.83) çalışmaktan kaçınması veya iş akdini haklı nedenle feshetmesi mümkün değildir. Bununla beraber belirtelim ki, iş tamamen durdurulmuş veya işyeri kapatılmışsa, işçi esasen çalışmadığında iş görmekten kaçınması söz konusu olmaz<sup>17</sup>.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na dayanılarak çıkarılan İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmeliğin<sup>18</sup> m.13'e göre de, "İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür."

## 3. Çalışmaktan Kaçınmanın Hukuki Sonuçları

### 3.1. İşyerinde tehlike bulunmadığı halde, çalışmaktan kaçınma durumu

İşçinin kural olarak işi görmekten kaçınması, sözleşmeye aykırılığı ortaya çıkarır. Bu kapsamda işyerinde ciddi ve yakın bir tehlike bulunmadığı halde, çalışanların çalışmaktan kaçınmaları söz konusu olamayacak, bu gibi eylemlerde bulunan çalışanlar hukuka aykırı eylemin sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaklardır. Örneğin işveren, iş sözleşmesine dayanarak çalışanların sözleşmelerini haklı ya da geçerli nedenle feshedebileceği gibi işyerinde meydana gelebilecek muhtemel zararları, buna sebep olan çalışanlara tazmin ettirebilecektir (İşK m.18, m.25/II, g, ı).

İşyerinde ciddi ve yakın bir tehlike bulunmadığı halde, çalışanların objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak çalışmaktan kaçınmaları durumunda işverenin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Çünkü iş hukuku uygulamasında esas

<sup>15</sup> AYDINLI, İş Görmekten Kaçınma Hakkı, sh.19

<sup>16</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s.911.

<sup>17</sup> SÜZEK, Sarper, İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005, S.6 sh.619-620.

<sup>18</sup> RG.30.3.2013, 28603.

olan ücretin bir iş karşılığında ödenmesidir. Ancak İş Kanunu'nda olduğu gibi (İşK. m.46, 47, 53, 66) İSGK'da da bunun istisnası vardır (m.13). Canıklıoğlu'na göre de, İş Kanunu'nun m.46 da, hafta tatili ücretine hak kazanma bakımından bazı sürelerin çalışılmış gibi değerlendirileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, çalışmadığı halde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar ile günlük ücret ödenen veya ödenmeyen kanundan veya sözleşmeden doğan tatil günleri, evlenmelerde üç güne kadar, ana veya banın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri ve bir haftalık süre içerisinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinleri çalışılmış günler hesabına katılacaktır. Yazara göre, bu düzenlemeyle birlikte, İşK m.66 dışında başka bazı sürelerin de çalışılmış gibi hesaba katılmasının yolu açılmış olmaktadır<sup>19</sup>.

### 3.2. Haklı Nedenle Fesih

İSGK m.13/4'de, iş sözleşmesi ile çalışanlara özel bir düzenleme getirilmiştir. Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı hallerde, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilirler. Başka bir anlatımla, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbirin alınmadığı işyerlerinde iş sözleşmesiyle çalışanlar, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini haklı nedenle derhal feshedebilirler. Burada işçilerin altı iş günü içinde, (İşK m.24/ II, f) uygun olarak belirli veya belirsiz süreli hizmet akitlerini derhal feshederek şartları oluşmuşsa kıdem tazminatı talebinde bulunabilecekleri mümkün gözükmektedir.

İşyerindeki eksikliğin işçinin sağlık ve güvenliğini tehdit eden niteliği ve talebe rağmen gerekli önlemlerin alınmamış olması bu fesih türünü uygulanmasını gerekli kılar. Anılan düzenlemede işçilerin "tabi oldukları kanun hükümlerine göre" iş sözleşmelerini feshedebilecekleri öngörüldüğünden İşK m.24/II, f bendine (çalışma şartları uygulanmazsa) dayanarak iş sözleşmelerini haklı nedenle derhal feshederek kıdem tazminatı talebinde bulunabileceklerdir<sup>20</sup>. Bununla birlikte, bu düzenlemenin, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliğinin çalışma şartları arasında olduğu açıktır. Dolayısıyla işyerinde çalışma şartları uygulanamazsa işçi, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshederek işyerinden uzaklaşabilir<sup>21</sup>.

Ayrıca bu düzenleme karşısında işçinin iş sözleşmesini feshedebilmesi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvuru ve işverenin kurul kararına rağmen gerekli tedbirleri almamasına bağlıdır. Bu yol izlenmeden doğrudan sözleşmenin işçi tarafından

<sup>19</sup> CANIKLIOĞLU, Nurşen, 4857 sayılı İş Kanununa Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Dergisi, S:66, Haziran 2005, sh.4

<sup>20</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s.913.

<sup>21</sup> AKIN, Levent, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, sh.245

feshedilebilmesi mümkün değildir<sup>22</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken başka bir husus ise, İş Kanununa tabi çalışanların haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilmeleri, iş sözleşmesinin konusu olan işin acil ve yakın tehlike oluşturarak, çalışanın yaşamı veya sağlığı için tehlike yaratması ve bu tehlikenin de işin niteliğinden kaynaklanmış bulunmasına bağlı olmasıdır<sup>23</sup>.

### 3.3. Çalışılmayan Süre Ücretinin ve Diğer Haklarının Ödenmesi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.13/2'e göre, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna 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.

İşverenin sağlık ve güvenlik önlemlerini almaması halinde, işçi, iş görme edimini ifa zorunda değildir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girmeden önce doktrinde, "İşK m.83 (şimdi İSGK m.13) hükmünün varlığı, genel hükümlerde yer alan işveren (alacaklı) temerrüdü (EBK m.325; TBK m.408) hükümlerinin uygulanma olanağını ortadan kaldırmayacağı yönünde idi. Bu hükme göre, işçi emeğini işverenin emrine sunduğu halde, sunulan iş görme edimini iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uygun bir biçimde kabul edemeyen, bu konuda gerekli hazırlık fiillerini yerine getirmeyen (TBK m.417/1,2) ve önlemlerini almayan işveren TBK m.408'e göre, alacaklı temerrüdüne düşer ve işçi çalışmaksızın ücretini isteyebilir"<sup>24</sup>. Ancak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda getirilen yeni düzenlemede artık çalışanlar iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ya da işverene başvurmaksızın kendi iradeleri ile iş görmekten kaçınabileceklerdir. Başka bir anlatımla, aynı Kanunda düzenleme getiren ve Türk Borçlar Kanununa göre yeni Kanun olan İSGK'nın m.13/3 maddesi hükmü bu hususta TBK m.408'in uygulanma olanağını ortadan kaldırmıştır<sup>25</sup>.

Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda m.13/1'deki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek acil durumların olumsuz sonuçlarından çalışanların etkilenmeyeceği mesafede veya korunakta olan ve daha önce belirlenmiş güvenli yere gidebilecektir. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamayacaktır (İSGK m.13/3)<sup>26</sup>.

İSGK m.13/2 de, işyerinde gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınan çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer haklarının saklı olduğu belirtilmektedir. Burada çalışan iş edimini sunmaktan kaçındığı halde işverenin ücret ve sair haklarını ödeme borcu

<sup>22</sup> SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Mimoza Yayınları, 2013, 17. Baskı, s.162.

<sup>23</sup> ŞEN, Murat, İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları, SİCİL, İş Hukuku Dergisi 2012, s. 138.

<sup>24</sup> SÜZEK, İş Hukuku, sh.912, ENGİN, İş Görmekten Kaçınma Hakkı, sh.87

<sup>25</sup> SÜZEK, İş Hukuku, sh.912.

<sup>26</sup> İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik (RG.18.05.2013, 28681)

devam etmektedir. Örneğin çalışanın iş edimini sunmaktan kaçındığı süreye denk gelen iş sözleşmesinden kaynaklanan ikramiyesi ödenecektir. İşveren ödeme yaparken, çalışan bu sürede başka şekilde gelir elde etmiş ise, bunları düşükten sonra ödeme yapabilecektir<sup>27</sup>. Ayrıca iş sözleşmesi ile çalışanların ihbar ve kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin gibi süreye bağlı haklarda bu süreler dikkate alınabilecektir.

Bununla birlikte işveren ücret ve çalışma şartlarında aleyhe bir değişiklik olmamak kaydıyla çalışmaktan kaçınan işçiye iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli olmayan benzer bir işte çalışması önerilebilir. İşçinin böyle bir öneriyi kabul etmesi sadakat borcuna aykırılık oluşturur<sup>28</sup>.

İşyerindeki yakın, acil ve hayati tehlikenin birden çok işçiye ilgilendirmesi halinde işçiler durumun belirlenmesi için iş sağlığı ve güvenliği kuruluna topluca başvurabilirler ve bunun sonucunda topluca iş görmekten kaçınmaları bir grev oluşturmaz<sup>29</sup>.

Öte yandan toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmaktan kaçındığı dönemde fiilen çalışmış sayılır. (İSGK.m.13/4) Ancak burada çalışan kamu personelinin kamu görevinden bu gerekçelerle istifa etmesi öngörülmemiştir. Sadece çalışmaktan kaçındığı dönemde fiilen çalışmış sayılacağı ifade edilmiştir.

#### 4. Alt İşveren İşçileri İle Geçici İş İlişkisiyle Çalışanların İş Görmekten Kaçınma Hakkı

İşyeri, işçilerin topluluk olarak bir arada bulunduğu birim olarak iş hukukundaki pek çok normun uygulama alanını oluşturmakta, bu çerçevede çalışma koşullarını belirleyen pek çok yasal ve idari normda da işyeri esas alınmaktadır. İş sağlığı ve güvenliğine ve işçilerin korunmasına ilişkin bu tip normlar temelde işçinin faaliyetlerini bağlama noktası olarak esas alıp, koruma, işyerinin teknik organizasyonu bünyesinde gerçekleşecektir<sup>30</sup>.

Asıl işverenin işyerinde kendi çalışanlarının yanında alt işveren işçileri ile asıl işverenle geçici iş ilişkisi ile çalışanların uygulamada yoğunluk kazandığı bilinen bir gerçektir. Asıl işverenle alt işveren işçinin arasında doğrudan bir iş sözleşmesi kurulmamakla birlikte, alt işveren işçisinin iş edimin sunduğu işyeri asıl işverenin işyerinin bir bölümüdür. Başka bir anlatımla asıl işveren işçileri ile alt işveren işçileri aynı çatı altında birlikte mal ve hizmet üretmektedirler. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, asıl işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünün ihlali halinde,

<sup>27</sup> BİLGİLİ, İş görmekten Kaçınmasının Sonuçları, 97/19

<sup>28</sup> SÜZEK, İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği, sh.616

<sup>29</sup> SÜZEK, İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği, sh.616.

<sup>30</sup> DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınları, İstanbul 2007, sh.154.

alt işveren işçilerinin Kanunda belirtilen (İSGK md.13) prosedüre uygun olarak asıl işveren karşı onun işyerinde iş görmekten kaçınma haklarını kullanmaları gerekir<sup>31</sup>.

Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik, geçici veya belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların sağlık ve güvenlikleri bakımından işyerindeki diğer çalışanlarla aynı düzeyde korunmalarını sağlamayı amaçlamaktadır<sup>32</sup>. Bu kapsamda bakıldığında geçici iş ilişkisi ile iş edimini sunan çalışanların da geçici iş ilişkisi kurulan işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünün ihlali halinde, alt işveren işçilerinin Kanunda belirtilen (İSGK md.13) prosedüre uygun olarak asıl işveren karşı onun işyerinde iş görmekten kaçınma haklarını kullanmaları gerekir<sup>33</sup>. İşçinin bu hakkını kullanmak amacıyla başvurması gereken iş sağlığı ve güvenliği kurulu, geçici işverenin işyerinde bulunan kurul olup, geçici işverenin işyerinde elli ya da daha fazla işçinin çalışmaması halinde de doğrudan geçici işverendir. Ancak, işçinin bu dönemde de, asıl işverenle olan iş sözleşmesi çerçevesinde devam eden sadakat borcu gereğince, durumu kendi işverenine derhal bildirmesi gerekir<sup>34</sup>.

## 5. SONUÇ

“Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” (AY m.17) hükmüne uyumlu bir biçimde, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından çalışanın sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalınması halinde, madde hükmünde belirtilen prosedüre de uygun davranmak kaydıyla, tehlike giderilinceye kadar iş görmekten kaçınılabilecektir (İSGK m.13).

İşverenin, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir (TBK.m.417). Çünkü işveren, gözetme borcu kapsamında ve iş sözleşmesi çerçevesinde işçinin kişiliğini korumak ve işyerinde maruz kalabileceği tehlikelere karşı her türlü tedbiri almak ve yine işçinin kişisel menfaatlerinin zedelenmesine yol açacak davranışlardan kaçınmakla yükümlü kılınmıştır<sup>35</sup>.

“İşçiyi gözetme borcu, işverenin işçiyi maddi ve manevi varlığı yönünden korunması ve insana yaraşır bir çalışma düzenini işyerinde oluşturması yükümünü anlatır”<sup>36</sup>. “İşverenin **“işçiyi koruma borcu”** olarak da adlandırılan **“gözetme bor-**

<sup>31</sup> AKIN, İş Sağlığı ve Güvenliği, sh.244, 245.

<sup>32</sup> RG.23.08.2013 T. 28744

<sup>33</sup> Aynı görüşte: AYDINLI, İş Görmekten Kaçınma Hakkı, sh.20,21

<sup>34</sup> CANIKLIOĞLU, Nurşen, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkililer, Legal Yayınları, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı, 2.Tebliğ, Mart 2008, sh.132.

<sup>35</sup> İNCİROĞLU, Psikolojik Taciz, sh.110.

<sup>36</sup> TUNÇOMAÇ, Kenan, CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınları, 2013 İstanbul, 6.Baskı, s.132.

cu”, işçinin işverene “**bağlılık**”(sadakat) borcunun en önemli karşılığıdır”<sup>37</sup>. Başka bir deyişle, işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğü, işçinin sadakat borcunun bir yansımasıdır<sup>38</sup>. “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. İşveren işçinin kişilik hakları arasında bulunan yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünü işyeri tehlikelerine karşı korumak zorundadır”<sup>39</sup>.

Sonuç itibarıyla yaşama hakkının vazgeçilemez bir kişi hakkı olmasından yola çıkarak, çalışanların, iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınmayan, mesleki risklerin her an ortaya çıkabileceği bir işyeri ortamında çalışmaya zorlanamayacağı gerçeği ortadadır. Çağdaş sosyal hukuk devletinin de en temel görevi bireylerin yaşama haklarını güvence altına almaktır. Bu kapsamda, işyerlerinde yakın ve acil tehlikelere karşı çalışanların kendilerini korumaları en doğal haklarıdır. Çalışmaktan kaçınma hakkının yasalar tarafından güvence altına alınması ve bu süre içinde çalışanların ücret ve sair haklarının da ödenmeye devam ettirilmesi sosyal bir hukuk devleti olmanın da gereğidir.

<sup>37</sup> DEMİR, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, Eylül 2013, İzmir, 7. Baskı, sh.176.

<sup>38</sup> BALIK, Derya, İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine ilişkin Tehlike Sebebiyle İş görmekten Kaçınma Hakkı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2010, S.27 sh.1010.

<sup>39</sup> ŞEN, İş Görmekten Kaçınma Hakkı, sh.134.

**KAYNAKLAR**

- AKIN, Levent, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2013(Anılış: İş Sağlığı ve Güvenliği)
- BALIK, Derya, İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine ilişkin Tehlike Sebebiyle İş görmekten Kaçınma Hakkı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2010, S.27
- CANIKLIOĞLU, Nurşen, 4857 sayılı İş Kanununa Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Dergisi, S:66, Haziran 2005
- CANIKLIOĞLU, Nurşen, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yayınları, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Saygı, 2.Tebliğ, Mart 2008 (Yayıma Hazırlayan: Av. Mehmet UÇUM)
- DEMİR, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, Eylül 2013, İzmir, 7. Baskı
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınları, İstanbul 2007
- EKMEKÇİ, Ömer, 4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayınları, 2005, İstanbul
- İNCİROĞLU, Lütfi, Sorulu-Cevaplı İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı Uygulaması, Legal Yayınları, İstanbul 2014(Anılış: Sorulu-Cevaplı İş Sağlığı ve Güvenliği)
- İNCİROĞLU, Lütfi, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Konusunda İşverenlerin Sorumluluk ve Yükümlülükleri, Kamu-İş- (İş Hukuku ve İktisat Dergisi), Nisan 2013
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınları, 2012 İstanbul, 4. Baskı, s.419.
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Mimoza Yayınları, 2013, Konya, 17. Baskı.
- SÜZEK, Sarper, İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005, S.6 (Anılış: İş Sağlığı ve Güvenliği)
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2013, 9. Baskı.(Anılış: İş Hukuku)
- ŞEN, Murat, İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları, SİCİL, İş Hukuku Dergisi 2012 (Anılış: İşçiyi Koruma ve Gözetme)
- TULUKÇU, Binnur, İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Adalet Yayınları, Ankara 2012
- TUNÇOMAĞ, Kenan, CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınları, 2013 İstanbul, 6.Baskı

**İNTERNET KAYNAKLARI**

- BİLGİLİ, Özkan İşçinin İş görmekten Kaçınmasının Sonuçları, 2001, <http://www.lutfiinciroglu.com/content/view/97/19/> (Anılış: İş Görmekten Kaçınmanın Sonuçları)
- ENGİN, Murat, Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, S.87, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz5-1/PDF/engin3.pdf>, (Anılış: İş Görmekten Kaçınma Hakkı)
- AYDINLI, İbrahim, İşverenin İşyerinde (Çalışan) İşçilerin İşgörmekten Kaçınma Hakkı, Çimento İşveren Dergisi, 2005,C:19, sy.4, s.17. <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale21.pdf> (Anılış: İş Görmekten Kaçınma Hakkı)



## II. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU



# 5510 SAYILI KANUNA GÖRE SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNUN PRİM ALACAKLARINDA ZAMANAŞIMI (*Limitations at Premium Claim of Social Security Institution According to Law No 5510*)

Nurşen CANIKLIOĞLU\*

## ÖZET

5510 sayılı Kanunda Kurum alacakları açısından özel bir zamanaşımı hükmü öngörülmüştür. Bu düzenleme uygulamada bazı sorunlara yol açmaktadır ve zamanaşımını ortadan kaldıracak bir içeriğe sahiptir. Çalışmamızda Kurum alacaklarında zamanaşımı konusunda hem 5510 sayılı Kanundan önceki düzenlemeler, hem de 5510 sayılı Kanunda öngörülen sistem üzerinde durulmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Prim alacağı, zamanaşımı, sosyal güvenlik, hizmet tespiti, müfettiş raporu.

## *Abstract*

“With the law no 5510, it is arranged that a specific period of limitation provision about Institution claims. This regulation leads to some problems in practise and has a content which will be eliminate the period of limitation. The aim of this study is to emphasize both regulations which are before the law no 5510 and the system which is predicted in the law no 5510 about the period of limitation of institution claims.

**Keywords:** Premium claim, period limitation, social security, detection service, inspector report.

## I. GİRİŞ

Hukukta bir alacağın üzerinden artık talep edilmeyeceği konusunda güven yaratacak kadar uzun süresi geçmesi halinde buna bir sonuç bağlanması gerekir. Zira uzun bir süre borç talep edilmemekle borçluda artık bu alacağın talep edilmeyeceği konusunda bir güven oluşur. Ayrıca borçluyu sonu bilinmeyecek bir süre ile dava tehdidi altında bırakmamak, bir başka deyişle hukuk güvenliğini sağlamak bir hukuk devletinde gözetilmesi gereken esaslardan biridir. Bunun dışında borçlunun borcunu ödemiş ise bunu ispatlayan belgeleri sürekli olarak saklamak veyahut borçlu olmadığını ispatı ya da borcunun miktarı, kapsamı gibi konularda ispat araçla-

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

rını muhafaza etmek zorunda bırakılması da gerekir. İşte bu gibi nedenlerle hukuk sistemlerinde alacakların belirli bir sürede talep edilmemesi haline zamanaşımına uğramasına ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir.

Kuşkusuz kural olarak tüm alacaklar gibi Sosyal Güvenlik Kurumunun prim alacakları da belirli bir sürede talep edilmediği takdirde zamanaşımına uğrar. Ancak primler Kurumun en önemli gelir kalemini oluşturur. Bu nedenle Kurumun prim alacağını korumak, özellikle de kısa bir sürede zamanaşımına uğramasını engellemek için zamanaşımı süresini daha uzun belirlemek, eğer gerekiyorsa konunun özelliği de göz önünde tutularak özel hükümler öngörmek gerekli olabilir. Ancak bu hükümlerin de zamanaşımına ilişkin esaslara uygun olması gerektiğinden şüphe etmemek gerekir.

5510 sayılı Kanunda Kurum alacakları bakımından zamanaşımı süresi özel olarak düzenlenmiş ve bu konuda önceki sosyal sigorta kanunlarından oldukça farklı esaslara yer verilmiştir. Gerçekten Kanunda özellikle zamanaşımının başlangıcı konusunda hem önceki kanunlardan hem de Türk Borçlar Kanununun sisteminden ayrılmış, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten değil, Kanunda öngörülen prim alacağının varlığının öğrenildiği belirli bazı tespit tarihlerinden başlatılmıştır.

Bu çalışmada öncelikle Kurum alacaklarında zamanaşımı konusunda 5510 sayılı Kanundan önceki düzenlemelere yer verilecektir. Zira 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce doğan alacaklar hakkındaki uyumsuzluk hangi kanun kapsamındaki sosyal sigorta ilişkisinden doğmuşsa o kanundaki hükümlere göre çözülecektir. Bu nedenle de söz konusu kanunlardaki hükümlerin bilinmesinde yarar bulunmaktadır. Bilindiği gibi 5510 sayılı Kanundan önce sosyal sigorta primleri 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu ile 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu ve nihayet 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununda düzenlenmekteydi. Dolayısıyla bu kanunlardaki konuya ilişkin düzenlemeler açıklığa kavuşturulmadan 5510 sayılı Kanundaki hükmün ele alınması eksik kalacaktır.

Bu tespitlerin ardından da 5510 sayılı Kanunda öngörülen sistem ele alınacaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi, Kanunda konuya ilişkin tartışılması gereken bazı farklı düzenlemeler yapıldığı için bu düzenlemeler üzerinde daha ayrıntılı bir şekilde durulmaya çalışılacaktır.

Öte yandan, zamanaşımı süresi alacağın üzerinden ancak uzun bir zaman geçmesi ile etki ve sonuçlarını doğurur. Bu zaman zarfında söz konusu zamanaşımı süresinde yapılacak değişikliklerin doğmuş ve zamanaşımı süresi işlemeye başlamış alacaklar hakkında uygulanıp uygulanmayacağı da üzerinde durulması gereken önemli bir sorunu oluşturur. Bu nedenle bu çalışmada zamanaşımına ilişkin hükümlerdeki değişikliklerin mevcut uyumsuzluklara nasıl uygulanacağı konusu da açıklığa kavuşturulmaya çalışılacak, bu bağlamda kanunların zaman bakımından uygulanma alanı ve geriye yürümezliği ilkesi üzerinde durulacaktır.

Nihayet son olarak şunu da eklemek gerekir ki, zamanaşımı gerek 5510 sayılı Kanunda gerekse bu Kanundan önce yürürlükte olan ve az önce işaret edilen sosyal sigorta kanunlarında ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. İlkinde sigortalının Kurumdan olan alacakları, ikincisinde ise Kurumun sigortalı ya da üçüncü kişilerden olan alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresi söz konusudur. Bu çalışmada Kurumun prim alacağına ilişkin zamanaşımı incelendiği için sigortalıların Kurumdan olan alacağı konusundaki zamanaşımı hükümlerine değinilmeyecektir.

## II. ZAMANAŞIMI KAVRAMI

Bilindiği gibi özel hukukta zamanaşımı “kazandırıcı zamanaşımı” ve “düşürücü zamanaşımı” olarak ikiye ayrılmaktadır. Kazandırıcı zamanaşımı eşya hukukunun konusunu oluşturmakta ve uzunca bir süre bir malın çekişmesiz ve sürekli bir biçimde kullanılmış olmasına o malın mülkiyetinin kazanılması sonucunu bağlamaktadır<sup>1</sup>. Düşürücü zamanaşımı ise bir alacakla ilgili talep ve dava hakkının kanunda öngörülen süre içinde kullanılmaması sonucunda bu hakkın dava edilememesini ifade etmektedir. Belirtelim ki hukukta zamanaşımı denildiğinde genellikle düşürücü zamanaşımı akla gelir<sup>2</sup>. Nitekim konumuz açısından da düşürücü zamanaşımı söz konusu olup aşağıdaki açıklamalar da bu bağlamda yapılacaktır.

Düşürücü zamanaşımı öğretide farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bu tanımlardan birine göre; zamanaşımı, “Kanunun öngördüğü bir zaman diliminde, borçlu veya alacaklının, kanunun öngördüğü davranışları yerine getirmemeleri nedeniyle, alacağın dava ve cebri icra marifetiyle elde edilebilme imkânının kaybedilmesi”dir<sup>3</sup>. Bir başka tanıma göre ise zamanaşımı, “bir alacakla ilgili talep ve dava hakkının kanunda öngörülen süre içinde kullanılmaması sonucunda bu hakkın dava edilememesi”ni ifade eder<sup>4</sup>.

Bu tanımların da ortaya koyduğu gibi zamanaşımı hakkı ortadan kaldırılmakta, onu eksik borç (*obligatio naturalis*) haline getirmektedir<sup>5</sup>. Gerçekten zamanaşımı her ne kadar 818 sayılı Borçlar Kanununda borcu ortadan kaldıran sebepler arasında düzenlenmiş olsa da borcu ortadan kaldırmamakta, sadece borçluya def’i niteliğinde bir savunma yaparak davayı etkisiz bırakma olanağı tanımaktadır<sup>6</sup>. Önemle belirtelim ki, zamanaşımının bu niteliği nedeniyle 818 sayılı Borçlar Ka-

<sup>1</sup> Bu konuda genel olarak bkz. *Oğuzman*, Kemal/ *Öz*, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 11. Bası, 2013, 600 vd.; *Erem*, Faruk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, 1232 vd.; *Antalya*, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2013, 765; *Yakışık*, Müşerref: 4857 Sayılı İş Kanununa Tabi Alacaklarda Zamanaşımı, İstanbul 2010, 5.

<sup>2</sup> *Erdem*, Mehmet: **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul 2010, 6.

<sup>3</sup> *Erdem*, 7.

<sup>4</sup> *Tekinay*, Selahattin Sulhi/ *Akman*, Sermet/ *Burcuoğlu*, Haluk/ *Altıp*, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, 1030; *Yakışık*, 5 ve orada belirtilen kaynaklar.

<sup>5</sup> *Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altıp*, 1030; *Oğuzman/Öz*, 21; *Eren*, 88; *Erdem*, 349 vd.; *Yakışık*, 6.

<sup>6</sup> *Erdem*, 350; *Yakışık*, 6; *Ayan*, Zehra: Sosyal Sigorta Prim Borçlarının Tahsilinde Zamanaşımı, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2010, S.19, 117.

nunundaki düzenleme öğretide eleştirilmekte ve borcu sona erdirmeyen bir kurumun borçların sona ermesi başlığı altında düzenlenmesinin isabetsizliğine dikkat çekilmekte idi<sup>7</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bu eleştiriler dikkate alınmış ve 818 sayılı Kanunun Üçüncü Bap'ında "Borçların Sukutu" başlığı altında düzenlenen zamanaşımı 6098 sayılı Kanunda "Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı" başlığı altında düzenlenmiştir. Böylece bizce de isabetli bir biçimde 6098 sayılı Kanun zamanaşımını borçların sona ermesinin dışında ayrı özel bir hal olarak kabul etmiştir. Gerçekten zamanaşımının geçmesi ile birlikte borç kendiliğinden sona ermemekte, borçlu süresinde zamanaşımı def'inde bulunmadığı takdirde borcunu ödemek zorunda kalmaktadır. Aynı şekilde eksik borç niteliğindeki borçların ödenmesi halinde borçlu olduğu edimi yerine getirdiği için zamanaşımına uğramış bir borcu ödeyen borçlu daha sonra bu borcu geri isteyememektedir.

Yargıtay da kararlarında zamanaşımının borcu sona erdirmediği, ancak onu eksik borç haline getirdiğine vurgu yapmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre, "... zamanaşımı alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden ( dava edilebilme ) niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu eksik borç haline dönüştürür ve alacağına dava edilebilme niteliğini ortadan kaldırır"<sup>8</sup>.

### III. ZAMANAŞIMININ ÖNEMİ VE İŞLEVİ

Yukarıdaki açıklamaların da ortaya koyduğu gibi zamanaşımı borcu sona erdirmese de borçluya borcunu ödememe konusunda bir savunma imkânı vermekle hukuk düzeninde oldukça büyük bir öneme sahiptir. Bu durumda bu kurumun getiriliş amaçlarının ortaya konulması 5510 sayılı Kanundaki düzenlemenin değerlendirilmesi açısından da önem taşıyacaktır.

Belirtelim ki zamanaşımı öncelikle borçluyu korumak amacını taşımaktadır. Gerçekten, bir alacağın üzerinden çok uzun bir zaman geçtikten sonra talep edilmesi halinde bu alacağın hiç doğmadığı ya da ödenerek ortadan kalktığının ispatlanması büyük bir sorun yaratır. Zamanaşımı kurumunun olmaması halinde borçluların sürekli olarak bu belgeleri muhafaza etmeleri gerekir ki, bunun zorluğu da açıktır<sup>9</sup>. Zamanaşımı kurumu ile borçlunun karşı karşıya kalacağı bu sürekli be-

<sup>7</sup> Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, 464; Yakışık, 7.

<sup>8</sup> YHGK, 20.10.2010, E. 2010/10-490, K. 2010/530, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, (www.kazanci.com); Yargıtay 9. Hukuk Dairesine göre de, "Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliği"ni ortadan kaldırır. /Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir", 18.3.2010, E. 2008/28632, K. 2010/7290, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, (www.kazanci.com).

<sup>9</sup> Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, 1031; Oğuzman/Öz, 602; Erem, 1233; Erdem, 9. zamanaşımı kurumunun önemi ve işlevi konusunda açıklamalar için ayrıca bkz. Yakışık, 7-8.

lirsizlik ve dava tehdidi ortadan kaldırılmış olur. Kaldı ki, bir alacağını uzun zaman talep etmeyen alacaklı bu alacağın kendisi için önemli olmadığını ve bundan sonra da talep etmeyeceği konusunda bir kanaat yaratır ki, bu güvenin de korunması gerekir<sup>10</sup>. Böylece zamanaşımı kurumu ile alacaklıların da alacakları konusunda kanunlarda öngörülen süreler içinde harekete geçmesi beklenir.

Bu gerekçelerle tüm hukuk sistemlerinde yer verilen zamanaşımı kurumunun asıl önemli işlevi ise, toplumsal barışa hizmet etmesi ve hukuk güvenliğini sağlama-sıdır<sup>11</sup>. Öğretide de belirtildiği gibi, borçluların bir zaman sınırı olmadan sürekli dava tehdidi altında olmaları toplumsal barışı bozar. Dolayısıyla zamanaşımı bu yönüyle toplumsal barışı sağlar<sup>12</sup>. Ancak bundan daha da önemli olarak zamanaşımı kurumu hukuki güvenliği sağlama amacına yöneliktir<sup>13</sup>.

Zamanaşımının yukarıda belirtilen amacı dikkate alındığında bu kavramın ne denli büyük bir önem ve işleve sahip olduğu açıklıkla ortaya çıkmaktadır.

#### IV. SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNUN PRİM ALACAKLARINDA ZAMANAŞIMI

##### 1. Genel Olarak

Tüm hukuki işlem ve olaylarda uygulanan tek bir zamanaşımı süresinden söz edilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu alacağın niteliğini ve özelliğini de dikkate alarak pek çok kanunda farklı zamanaşımı süresi belirlediği gibi, zamanaşımının başlangıcı konusunda da farklı hükümler öngörmüştür. Bu bağlamda, *Türk Borçlar Kanunu*, *İş Kanunu*, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, *Karayolları Trafik Kanunu*, ve *Ceza Kanunu* gibi birçok kanunda zamanaşımına ilişkin özel hükümler bulunmaktadır.

Kurumun prim alacakları konusunda 5510 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan kanunlarda farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Gerçekten, başlangıçta söz konusu kanunlarda prim alacakları konusunda özel bir hüküm yer almazken, daha sonra yapılan değişikliklerle kanunlara bu konuda hükümler eklenmiş, hatta bunlar birkaç defa değiştirilmiştir. 5510 sayılı Kanunla konu daha da kapsamlı bir şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Aşağıda söz konusu kanunlardaki zamanaşımına ilişkin düzenlemelere tarihsel süreç içinde kısaca değinilecek ve hangi dönemde hangi zamanaşımı süresinin yürürlükte olduğu belirlenecek, ardından daha geniş şekilde 5510 sayılı Kanundaki düzenleme ele alınacaktır.

<sup>10</sup> Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, 1030-1031.

<sup>11</sup> Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, 1031; Erem, 1233; Erdem, 11.

<sup>12</sup> Erdem, 12; ayrıca bkz. Yakışık, 7.

<sup>13</sup> Esener, Turhan: Hukuka Giriş, Yeniden Gözden Geçirilmiş 10 Baskı, İstanbul 2012, 82; Antalya, 765; Erdem, 11-12.

## 2. 5510 Sayılı Kanundan Önce Yürürlükte Olan Kanunlarda Prim Alacaklarında Zamanaşımı

### a) 506 sayılı Kanunda Zamanaşımı

506 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği ilk şeklinde zamanaşımına ilişkin herhangi bir madde bulunmamaktaydı. Primlerin ödenmesini düzenleyen 80. Maddede, 29.06.1978 tarih ve 2167 sayılı Kanunla değişiklik yapılarak primlerin tahsilinde 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun* bazı hükümlerinin uygulanacağı hükmüne yer verilmiş, ancak söz konusu Kanunun zamanaşımını düzenleyen maddesine atıf yapılmamıştı. Bu durum karşısında öğretide ve uygulamada zamanaşımı konusunda genel hüküm niteliğinde olan 818 sayılı Borçlar Kanununun 125. maddesinin uygulanması gerektiği belirtilmekteydi<sup>14</sup>. Nitekim bu dönemde 10 yıllık genel zamanaşımı uygulanmaktaydı.

1.12.1993 tarih ve 3917 sayılı Kanunla 80. madde değiştirilmiş ve bu defa Kurumun, süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece, 6183 sayılı Kanunun zamanaşımına ilişkin hükmü de Kurum alacakları için uygulama alanı bulmuştur. 6183 sayılı Kanuna göre, “*Amme alacağı, vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar*” (m.102/1). Bunun sonucunda 3917 sayılı Kanunun yürürlüğe giriş tarihi olan 8.12.1993 tarihinden itibaren Sosyal Sigortalar Kurumunun prim alacaklarında 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaya başlanmıştır<sup>15</sup>.

Bu düzenleme de 24.06.2004 tarih ve 5198 sayılı Kanunla<sup>16</sup> değiştirilmiş ve 80. maddedeki Kurum alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanun’un 102. maddesine atıf yapan hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu hüküm 06.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme sonucunda 506 sayılı Kanunda prim zamanaşımını düzenleyen hiç bir madde kalmadığı için prim ve gecikme zamları yönünden Kurumun alacakları hakkında tekrar 818 sayılı Borçlar Kanununun 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmaya başlanmıştır<sup>17</sup>. Görüldüğü gibi, 506 sayılı Kanun döneminde prim alacakları önce 10 yıl, ardından 5 yıl, daha sonra tekrar 10 yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur<sup>18</sup>.

Bu değişiklikler nedeniyle ortaya çıkan farklı zamanaşımı sürelerinin uyumsuzlukları nasıl etkileyeceği, hangi alacaklarda hangi zamanaşımı süresinin uygula-

<sup>14</sup> Bu konuda bkz. *Ayan*, Zehra: Sosyal Sigorta Prim Borçlarının Tahsilinde Zamanaşımı, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, S.19, 120.

<sup>15</sup> *Ayan*, 121.

<sup>16</sup> RG., 6.7.2004, 25514.

<sup>17</sup> *Güzel*, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2008, 267; *Ayan*, 121; *Odaman*, Serkan: Sigorta Prim Alacaklarında Zamanaşımı, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, S.20, 142.

<sup>18</sup> Bu konuda bir tablo için bkz. *Odaman*, 143.



nacağı konusunda çıkan uyuşmazlıklar üzerine Yargıtay 10. Hukuk Dairesi o dönemde verdiği kararlarla konuya açıklık getirmiştir. Yüksek Mahkeme söz konusu uyuşmazlıklarda alacağın doğduğu tarihte yürürlükte olan kanun hükümlerine göre sonuca ulaşmak gerektiğini belirtmiştir. Gerçekten Yargıtayın 2006 yılında verdiği bir karara konu olayda, işverence 1998 yılı Mayıs ayına ilişkin prim ödenmemiş, bu alacağa ilişkin ödeme emri ise davalı işverene 03.01.2005 tarihinde tebliğ edilmiştir. Yargıtay ödeme emrinin tebliğ tarihi olan 2005 yılında 10 yıllık zamanaşımı süresine ilişkin düzenlemenin yürürlükte olmasına rağmen, alacağın doğduğu tarihte yürürlükte olan 3917 sayılı Kanunu dikkate alarak dava konusu olayda 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir<sup>19</sup>. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi bir başka kararında da, “... 2000/195 takip sayılı dosya üzerinden düzenlenen 03.02.2000 tarih ve 8051 sayılı ödeme emrine konu primlerin; 3917 sayılı Kanunla getirilen düzenlemenin geçerli olduğu dönem içerisinde kalan 01.03.1999-30.11.1999 dönemine ilişkin olduğu ve ödeme emrinin 08.12.2006 tarihinde tebliğ edildiği hususu gözetildiğinde, davacının zamanaşımı defne değer verilerek borcu ödemekle yükümlü olmadığından bahisle ödeme emrinin iptaline karar verilmesi gereğinin gözetilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” diyerek, bizce de isabetli olarak, aynı sonuca ulaşmıştır<sup>20</sup>.

Bu konuda son olarak şunu belirtmek isteriz ki, 5510 sayılı Kanunda da 10 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Dolayısıyla 5198 sayılı Kanunla yapılan değişiklik tarihinden itibaren 506 sayılı Kanun kapsamına giren prim alacakları ile 5510 sayılı Kanun kapsamındaki prim alacakları arasında zamanaşımı süresi bakımından bir değişiklik söz konusu değildir. Buna karşılık, aşağıda ayrıca üzerinde durulacağı üzere zamanaşımı başlangıcı konusunda yapılan değişiklik sebebiyle iki kanun arasında önemli farklılık bulunmakta ve bu husus uygulamada bazı sorunlara da neden olmaktadır.

<sup>19</sup> Yargıtayın konuya ilişkin bir kararına göre; “...Bu durumda, zamanaşımı süresi bakımından 3917 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 08.12.1993 tarihinden önceki dönemle, 5198 sayılı Yasanın yürürlüğü sonrasına ilişkin prim ve gecikme zamları yönünden, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun alacak hakkı, Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Giderek, zamanaşımının başlangıç tarihi ise, yine, Borçlar Kanunu'nun 128. maddesi gereğince alacağın muaccel olduğu tarihtir ve zamanaşımının kesilmesi ve durdurulmasına ilişkin Borçlar Kanunu'nun 132. ve ardından gelen maddeleri de burada aynen geçerlidir. 08.12.1993 tarihinde yürürlüğe giren, 3917 sayılı Kanunun getirdiği düzenlemenin geçerli olduğu tarihler arasındaki döneme ilişkin prim ve gecikme zammı alacakları yönünden ise, 6183 sayılı Kanunun zamanaşımına ilişkin 102. ve ardından gelen maddeleri geçerlidir. Bu yönde 102. madde hükmüne göre zamanaşımı süresi 5 yıl olup, zamanaşımı süresinin başlangıcı ise, alacağın vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden yıl başıdır./ 2004/4007 takip sayılı dosya üzerinden düzenlenen 27.12.2004 tarih, 341991 sayılı ödeme emrine konu primlerin, 3917 sayılı Kanunla getirilen düzenlemenin geçerli olduğu dönem içerisinde kalan 1998 yılı Mayıs ayına ilişkin olduğu ve ödeme emrinin tebliğ tarihinin ise, 03.01.2005 olduğu gözetildiğinde; davacının zamanaşımı defne değer verilerek, borcu ödemekle yükümlü olmadığına karar verilmesi gereğinin gözetilmemiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir, (Yarg. 10 HD., 19.9.2006, E. 2006/3541, K. 2006/11184, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, www.kazanci.com).

<sup>20</sup> Yarg. 10 HD., 19.1.2009, E. 2007/13934, K. 2009/52, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, www.kazanci.com).

### **b) 1479 Sayılı Kanunda Zamanaşımı**

1479 sayılı Kanunun ilk metninde Bağ-Kur'un prim alacaklarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Buna karşılık, Kanunun 70. maddesinde, Kurumca açılacak tazminat davalarının 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu hükmü yer almaktaydı. Anılan madde 1979 tarih ve 2229 sayılı Kanunun<sup>21</sup> 27. maddesiyle değiştirilmiş ve madde “*Kurumca açılacak, tazminat ve rücu davaları ile prim alacakları davaları on yıllık zamanaşımına tabidir*” biçiminde yeniden düzenlenmiştir. Böylece Bağ-Kur'un prim alacakları da madde metnine ilave edilmiş ve söz konusu alacaklar 10 yıllık zamanaşımına tabi kılınmıştır. Ancak 2003 yılında bu konuda tekrar değişiklik yapılmış ve 4956 sayılı Kanunun<sup>22</sup> 31. maddesi ile Kurumca açılacak tazminat ve rücu davaları eskiden olduğu gibi yine 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuş, buna karşılık prim alacaklarına ilişkin davalarda zamanaşımı 5 yıl olarak belirlenmişti. Nitekim 5510 sayılı Kanunla 1479 sayılı Kanun yürürlükten kaldırıldığı sırada da bu Kanunda prim alacakları hakkında 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaktaydı. Dolayısıyla daha önce Bağ-Kur kapsamında olanlar bakımından zamanaşımı süresi 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte beş yıldan 10 yıla çıkmış bulunmaktadır.

### **c) 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanununda Zamanaşımı**

5434 sayılı Kanunun ilk yürürlük metninde bir zamanaşımı süresi bulunmamaktaydı. 5434 sayılı Kanuna 1986 tarih ve 3284 sayılı Kanunla eklenen bir madde ile Emekli Sandığı Kanununun uygulanmasından doğan Sandık alacaklarının 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu belirtilmişti (Ek m. 57). Böylece Kanun Borçlar Kanununda da yer alan genel zamanaşımı süresini esas almıştı.

Kanunda Sandığın alacakları arasında herhangi bir ayırım yapılmamış tüm Sandık alacakları aynı zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır. Primlerin Sandığın alacakları arasında bulunduğu şüphe yoktur. Fakat Emekli Sandığı Kanununda prim kavramı kullanılmamakta, bunun yerine sigortalının ödediği prime kesenek, bunun karşılığında işverenin (idarenin) ödemesi gereken prime ise karşılık denilmekteydi. Bunların isimlerinin farklı olması ise onların prim sayılmaları sonucunu değiştirmemekteydi. Dolayısıyla 5434 sayılı Kanuna ilişkin prim alacakları hakkında 10 yıllık zamanaşımı süresi söz konusuydu ve 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi bu bakımdan bir değişiklik yaratmamıştır. Ancak 506 sayılı Kanuna ilişkin olarak belirttiğimiz husus burada da önem taşımakta ve zamanaşımı başlangıcı konusundaki değişiklikler bu Kanun açısından da önemli bir farklılığı göstermektedir.

### **d) 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununda Zamanaşımı**

Bilindiği gibi, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu tarım işinde çalışmanın arz ettiği özellikleri dikkate alarak bazı konuları Kanunda özel olarak

<sup>21</sup> RG., 4.5.1979, 16627.

<sup>22</sup> RG., 2.8.2003, 25187.

düzenlemiş, pek çok konuyu ise 506 sayılı Kanunun maddelerine atıf yaparak bu maddeleri kendi uygulaması açısından da pozitif hukuk kaynağı olarak kabul etmiştir. Gerçekten, Kanunun 39. maddesinde 506 sayılı Kanunun pek çok maddesine atıf yapılmış, 2925 sayılı Kanunda aksine hüküm olmadıkça atıf yapılan bu maddelerin 2925 sayılı Kanun açısından da uygulanacağı belirtilmiştir.

Zamanaşımı konusunda 2925 sayılı Kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi 506 sayılı Kanunun atıf yapılan maddeleri arasında zamanaşımını düzenleyen 80. madde de yer almamıştır. Bunun gibi 5510 sayılı Kanunun çıkarılmasından sonra değiştirilen ve 5510 sayılı Kanunla uyumlu hale getirilen 39. maddede 5510 sayılı Kanunun zamanaşımını düzenleyen 93. maddesine de atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla bu açıklamalar dikkate alındığında 2925 sayılı Kanundan doğan prim alacaklarına ilişkin olarak 1.7.2012 tarihinden önceki dönemde 818 sayılı Borçlar Kanununun 125. maddesi, anılan tarihten sonra ise Türk Borçlar Kanununun yine aynı konuyu düzenleyen 146. maddesinin uygulanması gerekecektir. Bunun sonucunda da 2925 sayılı Kanundan doğan alacaklar hakkında 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini belirtmek yanlış olmayacaktır.

Bu noktada, 5510 sayılı Kanunun Ek 5. maddesine de değinmek gerekir. 6111 sayılı Kanunun 51. maddesi ile 5510 sayılı Kanuna eklenen bu maddeye göre, tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalışanlar, örneği Kurumca hazırlanan ve Kurumca belirlenen ilgili muhtarlık, birlik, kuruluş, il veya ilçe tarım müdürlükleri tarafından usulüne uygun olarak düzenlenip onaylanmış belgeleri ile talepte buldukları tarihten itibaren sigortalı sayılırlar (f.1). Bu madde kapsamındaki sigortalılar, 82. maddeye göre belirlenen prime esas kazancın alt ve üst sınırı arasında olmak kaydıyla sigortalı tarafından belirlenen günlük kazancın otuz katının % 34,5'i oranında prim öderler. Bunun % 20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, % 12,5'i genel sağlık sigortası, % 2'si iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası primidir (Ek m. 5/6; ayrıca bkz. geç.m.29/1).

Öte yandan, 6111 sayılı Kanunla 5510 sayılı Kanuna eklenen geçici 29. maddeye göre 1.5.2008-30.9.2008 tarihleri arasında 2925 sayılı Kanuna tabi sigortalı olanlar hakkında bu maddenin yürürlük tarihi olan 1.3.2011 tarihinden itibaren ek 5. madde hükümlerinin uygulanması gerekir. Dolayısıyla 5510 sayılı Kanunun sigortalılık başlangıcına ilişkin hükümlerinin yürürlüğe giriş tarihinden sonra ilk defa 2925 sayılı Kanuna göre sigortalı olanlar hakkında da artık 5510 sayılı Kanun uygulanacaktır. Buna karşılık, 2925 sayılı Kanuna tabi sigortalılığı 1.5.2008 tarihinden önce başlayıp 1.3.2011 tarihinden sonra da devam edenler hakkında 2925 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilecektir (2011/36 sayılı Genelge, 2.3.1.1).

Tüm bu bilgiler çerçevesinde, Ek 5. maddeye göre sigortalı olanların primlerinin ödenmemesi halinde 2925 sayılı Kanun değil 5510 sayılı Kanundaki hükümler

uygulanacaktır. Bunun sonucunda da zamanaşımı süresi 5510 sayılı Kanunun 93. maddesine göre belirlenecektir. Nitekim Ek 5. maddede bu sigortalılar hakkında maddede aksine hüküm bulunmaması kaydıyla 5510 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin uygulanacağı hükmü de yer almaktadır. Buna karşılık tarımda süresiz işlerde çalışıp da 2925 sayılı Kanuna göre sigortalı olanlar için, yukarıda da belirtildiği gibi, 2925 sayılı Kanunda zamanaşımına ilişkin hüküm bulunmadığı için Borçlar Kanunundaki hükümler uygulanacaktır. Bu açıdan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun sadece zamanaşımının süresine ilişkin hükmü değil, zamanaşımı başlangıcı açısından 5510 sayılı Kanunun özel hükmü de bu kapsamdaki sigortalılar açısından uygulama alanı bulmayacaktır. Her ne kadar 5510 sayılı Kanundaki düzenleme biçimini eleştirmekle birlikte bize göre bu konuda farklılık olmaması ve Kurumun prim alacaklarına uygulanacak zamanaşımı süresi bakımından yeknesak bir düzenleme yapılması bizce çok daha isabetli olacaktır.

#### e) 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununda Zamanaşımı

2926 sayılı Kanunda zamanaşımı süresi 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununda olduğu gibi düzenlenmiştir. Buna göre, Kurumca açılacak tazminat ve rücu davaları 10 yıllık, prim alacakları davaları ise 5 yıllık zamanaşımına tabidir (m.55/2). Dolayısıyla 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi bu kanuna ilişkin prim alacaklarına uygulanacak zamanaşımı süresini değiştirmiş olmaktadır.

### 3. 5510 sayılı Kanun Döneminde Zamanaşımı

#### a) Genel Olarak

5510 sayılı Kanunda prim alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresi Kanunun 93. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, “Kurumun prim ve diğer alacakları ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak on yıllık zamanaşımına tâbidir. Kurumun prim ve diğer alacakları; mahkeme kararı sonucunda doğmuş ise mahkeme kararının kesinleşme tarihinden, Kurumun denetim ve kontrole görevli memurlarınca yapılan tespitlerden doğmuş ise rapor tarihinden, kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden doğmuş ise bu soruşturma, denetim ve inceleme sonuçlarının Kuruma intikal ettiği tarihten veya bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulmuş kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden doğmuş ise bilgi ve belgenin Kuruma intikal ettiği tarihten itibaren, zamanaşımı on yıl olarak uygulanır. Bu alacaklar için 89 uncu madde gereğince hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı, 88 inci maddede belirtilen ödeme süresinin son gününü takip eden günden itibaren uygulanır.” (m.93/2). Ekleyelim ki, Kurumun tazminat ve rücu alacaklarına ilişkin zamanaşımı ise anılan maddenin dördüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir.

Maddenin yürürlüğe giriş tarihine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu madde, 5510 sayılı Kanunun pek çok maddesinin yürürlüğe girdiği 1.10.2008 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş ve uygulanmaya başlanmıştır.

Öte yandan, maddede *Kurumun* prim ve diğer alacaklarından söz edildiği için “Kurum” kavramına açıklık getirilmesi de yararlı olacaktır. 5510 sayılı Kanuna göre Kanunda geçen Kurum kavramı Sosyal Güvenlik Kurumunu ifade eder (m.3/2). Ancak bilindiği gibi, Sosyal Güvenlik Kurumu 2006 tarih ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Hakkında Kanun ile oldukça yeni bir tarihte kurulmuştur (m.1/2). Bu tarihten önce de ülkemizde sosyal güvenlik kurumları bulunmaktaydı. Hatta 2003 tarih ve 4947 sayılı Kanunla<sup>23</sup> sosyal güvenlik kurumları arasında koordinasyon sağlamak amacıyla kurulan kurumun adı da Sosyal Güvenlik Kurumu idi. 5502 sayılı Kanunla, önceki dönemde ayrı tüzel kişiliklere sahip olan başta Sosyal Güvenlik Kurumu olmak üzere Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı Kurumu tüm malvarlığı ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilmiştir (5502 s.lı K. geç. m.1/1)<sup>24</sup>. Bu açıklamaların da ortaya koyduğu gibi Sosyal Güvenlik Kurumu diğer kurumları da içerisinde barındıran bir yapıyı ifade etmektedir. Bunun sonucunda maddede geçen “Kurum alacağı” tabiri 5502 sayılı Kanuna göre kurulan Sosyal Güvenlik Kurumunun sadece 1.10.2008 tarihinden sonraki alacaklarını değil, devralmış olduğu diğer kurumların prim alacaklarını da kapsayan bir nitelik taşımaktadır<sup>25</sup>.

Hemen belirtelim ki, bu alacakların Kurum alacağı niteliğinde olması bu alacaklar hakkında 5510 sayılı Kanundaki hükümlerin uygulanması gerektiği anlamı-

<sup>23</sup> Bkz. 4947 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Teşkilat Kanunu, RG., 24.07.2003, 25178.

<sup>24</sup> 5502 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi şöyledir: “4947 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Teşkilatı Kanunu ile kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu, 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Sosyal Sigortalar Kurumu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu ile 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile kurulan Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığının; merkez ve taşra teşkilâtlarının kadroları ile kadrolarında görev yapan memur ve işçileri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) bendi gereği çalıştırılan personeli mevcut statüleri ile her türlü taşınır ve taşınmazları, tapuda bu Kurumlar adına kayıtlı olan taşınmazları ve hizmet binaları, araç, gereç, malzeme, demirbaş ve taşıtları, alacakları, hakları, borçları, iştirakleri, dosyaları, yazılı ve elektronik ortamdaki her türlü kayıtları ve diğer dokümanlar ile birlikte hiçbir işleme gerek kalmaksızın bu Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla görevleri ile birlikte Kuruma devredilmiştir”.

<sup>25</sup> Belirtelim ki, 4947 sayılı Kanunla kurulan Sosyal Güvenlik Kurumunun asıl görevi mevcut sosyal güvenlik kurumları arasında koordinasyon sağlamaktır. Gerçekten, 4947 sayılı Kanuna göre, “Bu Kanunun amacı; Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğü ve Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü arasında koordinasyonu ve sosyal güvenlik alanındaki uygulamalarında norm ve standart birliğini sağlamak, aktüeryal hesaplarını incelemek, mali hareketlerini ve çalışmalarının kuruluş amaçlarına uygunluğunu izlemek ve ortak veri tabanı oluşturulması için gerekli çalışmaları yapmak üzere idarî ve mali bakımdan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı, genel bütçeye dâhil Sosyal Güvenlik Kurumunun kurulmasına, teşkilât, görev ve yetkilerine ilişkin esasları düzenlemektir” (m.1).

na da gelmemektedir. Kuşkusuz bu konuda kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin genel ilkelerin dikkate alınması gerekir. Aşağıda bu konu üzerinde ayrıca durulacaktır<sup>26</sup>.

### **b) Kanunun 93/2. Maddesinde Öngörülen Kurumun Prim ve Diğer Alacaklarının Tabi Olduğu Zamanaşımı süresi**

Yukarıda da belirtildiği gibi, 5510 sayılı Kanuna göre Kurumun prim alacaklarında zamanaşımı süresi 10 yıldır. Önceki kanunlarda yer alan zamanaşımı süresi ile 5510 sayılı Kanundaki süre arasında bir karşılaştırma yapıldığında, 5510 sayılı Kanunda öngörülen sürenin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu<sup>27</sup> ile 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunundaki süre ile paralellik taşıdığı görülecektir. Buna karşılık, 5510 sayılı Kanundaki süre 1479 sayılı Kanun ile 2926 sayılı Kanundan farklıdır. Gerçekten her iki kanundaki 5 yıllık zamanaşımı süresi 5510 sayılı Kanunla 10 yıla çıkarılmış olmaktadır. Belirtelim ki, bu değişikliğin dışında yine her iki kanundaki tazminat ve rücu alacakları ile prim alacağı konusundaki farklı zamanaşımı süresi öngörülmesinden vazgeçilmiş ve Kurumun tüm alacakları için tek bir zamanaşımı süresi belirlenmiştir.

Kanaatimizce, Kurum alacağı bakımından 10 yıllık zamanaşımı süresinin belirlenmesi isabetli olmuştur. Kurumun en önemli alacak kalemini oluşturan prim alacağının çok kısa sürede zamanaşımına uğramaması gerekir. Özellikle Yargıtayın sigortalının açtığı hizmet tespiti davasında sigortalılık niteliği tespit edildikten sonra kendisine aylık bağlanması için primlerin tahsil edilip edilmediğinin bir önemi olmadığına ilişkin, bizce de isabetli kararı<sup>28</sup> dikkate alındığında, prim alacaklarının kısa sürede zamanaşımına uğraması Kurumun aktüeryal dengesini olumsuz etkileyebilecektir. Bu nedenle, bu sürenin 10 yıl olarak belirlenmesi bizce de yerindedir.

<sup>26</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. aşağıda IV, 4, a.

<sup>27</sup> Belirtelim ki, bu karşılaştırma 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği sırada uygulanmakta olan zamanaşımı süresi ile yapılmaktadır.

<sup>28</sup> Yarg. 21. HD., 06.02.2012, E. 2012/6298, K. 2012/1054 ( Yargıtay bizce de isabetli bir şekilde, "yapılan incelemede, davacının ilk sigortalı işe giriş tarihinin 01.05.1979 olduğu, 31.11.2006 tarihine kadar 6074 prim ödeme günü bulunduğu, 02.12.2008 tarihli tahsis talep tarihinde 506 sayılı Kanun'un 81/9. maddesine göre 29 yıl 7 ay 1 gün hizmet süresinin olduğu, 68 yaşını tamamladığı görülmektedir./ Davalı Kurumun, Karşıyaka İkinci İş Mahkemesi kararının kesinleşmesinden sonra diğer şartlar oluşmuş ise aylık bağlama işlemlerini yapması gerekmektedir. Buna rağmen sigortalının sorumlu olmadığı, işverenin ödemekle, Kurumun tahsil ile sorumlu olduğu prim alacağından dolayı davacının yaşlılık aylığı talebinin reddi ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir" diyerek sonuca ulaşmıştır. Kararın değerlendirilmesi için bkz. Caniklioğlu, Nurşen: Yargıtayın Sosyal Sigortalara İlişkin 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneğinin (Türk Milli Komitesi) 22-23 Kasım 2013 tarihinde Ankara'da düzenlemiş olduğu "Yargıtayın 2012 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi" Seminerine sunulan tebliğ (henüz yayınlanmamıştır), 44.

### c) Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı

#### aa) Kural: Alacağın Ödeme Süresinin Dolduğu Tarihi Takip Eden Takvim Yılı Başı

Türk Borçlar Kanununa göre zamanaşımı alacağın muaccel olması ile başlar (m.149/1). Eğer alacağın muaccel olması bir bildirimle bağlı ise bu durumda zamanaşımı bu bildirim yapılabileceği günden işlemeye başlar (m.149/2). Bir alacağın ne zaman muaccel hale geleceği ise anılan Kanunun 90. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, *doğumu anında* muaccel olur.

5510 sayılı Kanun ise bu genel düzenlemeden ayrılmış ve zamanaşımı süresinin başlangıç tarihini özel olarak belirlemiştir. Buna göre zamanaşımının başlangıcı Kurum *alacağının ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başıdır* (m.93/2). Dolayısıyla bu özel hüküm karşısında artık Kurumun alacaklarında on yıllık zamanaşımı *alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren değil*, alacağın ödeme süresinin dolduğu tarihi *takip eden yılbaşından itibaren* başlayacaktır<sup>29</sup>. Bu durumda örneğin Ocak 2013 ayına ilişkin prim alacağı ile Kasım 2013 ayına ilişkin prim alacağı hakkında zamanaşımı süresi 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren başlayacaktır.

Belirtelim ki, bu hüküm amme alacaklarına ilişkin düzenlemelerle aynı yöndedir. Gerçekten, 506 sayılı Kanun 5198 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce de Kurumun prim alacaklarında 6183 sayılı Kanundaki hüküm uygulanmaktaydı. Anılan hükme göre zamanaşımı süresi, *amme alacağının vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren* başlamaktaydı (m.102/1). Denilebilir ki, 5510 sayılı Kanun da bu bakımdan 6183 sayılı Kanundaki zamanaşımının başlangıcına ilişkin esas benimsenmiştir.

Maddede Kurum alacağının ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından itibaren zamanaşımı süresinin başlayacağı öngörüldüğü için prim alacağının ödenme süresinin belirlenmesi de gerekir. 5510 sayılı Kanuna göre, m.4/I, (a) bendinde belirtilen sigortalıları çalıştıran işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalılara ilişkin ödenmesi gereken primleri en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma ödemek zorundadır (m.88/1). Görüldüğü gibi, Kanunda prim ödenme zamanına ilişkin kesin bir tarih belirlenmemiş, bunu belirleme yetkisi Kuruma bırakılmıştır. Kurum bu belirlemeyi İşveren Uygulama Tebliği ile yapmıştır. Buna göre işverenler, bir ay içinde m.4/I, (a) bendine göre çalıştırdıkları sigortalıların prime esas kazançları üzerinden hesaplanacak sigortalı hissesi prim tutarlarını sigortalıların ücretlerinden keserek, kendi hissesine isabet eden prim tutarlarını da buna ekleyerek en geç takip eden ay/dönemin sonuna kadar Kuruma ödemek zo-

<sup>29</sup> Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2012, 382; Tuncay, A.Can/Ekmeççi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Baskı, İstanbul 2013, 216.

rundadırlar (2.4). Kanunun m.4/I, (c) bendinde belirtilen sigortalıları çalıştıran işverenler için de m.4/I, (a) bendine göre sigortalı olanlara benzer bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre m.4/I, (c) bendi kapsamında sigortalı çalıştıran işverenler çalıştırdığı sigortalıları için ödenmesi gereken primleri en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma öderler (m.88/9). İşveren uygulama Tebliği bu süreyi söz konusu sigortalıların maaşlarının ödenme tarihine göre ya ayın sonu ya da ayın 15'i olarak belirlemiştir (4.4)<sup>30</sup>.

Bağımsız çalışan ya da bu kapsamda sayılanların da her aya ait primlerini takip eden ayda Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma ödemeleri gerekmektedir (m.88/6). İşveren Uygulama Tebliği primlerin ödenme süresini bu kapsamdaki sigortalılar için de takip eden ayın sonu olarak belirlemiştir (3.2). Şu halde, m.4/I, (b)'liler de primlerini takip eden ayın sonuna kadar ödemek zorundadırlar ve bu süre geçmekle birlikte prim alacağı muaccel hale gelir. Belirtelim ki genel sağlık sigortalıları açısından da benzer düzenlemeler söz konusudur (m.88).

Ayın sonu kavramından Türk Borçlar Kanunu uyarınca ayın sonuncu gününü anlamak gerekir (TBK m. 91). Dolayısıyla işverenler m.4/I, (a) bendine göre sigortalı olanlar için prime esas kazanç üzerinden takip eden ayın son gününe m.4/I, (c) bendine göre sigortalı olanlar için ise ayın son günü veya 15'ine kadar primleri kesip kendi payını da ekleyerek Kuruma ödemezse bu alacaklar muaccel hale gelir. Bunun gibi bağımsız çalışanlar da primlerini takip eden ayın sonuna kadar ödemezlerse Kurumun prim alacağı muaccel hale gelir ve zamanaşımı süresi bu süreyi takip eden takvim yılı başından itibaren başlar.

Görüldüğü gibi, Kanunda yapılan düzenleme sonucunda zamanaşımı bakımından yılın ilk ayında ödenmesi gereken prim ile son ayında ödenmesi gereken prim arasında bir fark bulunmamaktadır. Gerçekten örneğin 2013 yılının aralık ayına ilişkin prime esas kazançlar üzerinden hesaplanacak primlerin son ödeme tarihi 31.01.2014 günüdür. Bu durumda söz konusu prim alacağı için zamanaşımı süresi 1.1.2015 tarihinde başlayacaktır.

<sup>30</sup> Tebliğe göre, "Kamu idareleri, 2008/Ekim ayı başından itibaren m.4/I, (c) bendi kapsamında ilk defa sigortalı olanların primleri ile Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi olup Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Kanunun m.4/I, (c) bendi kapsamına alınanların keseneklerini, karşılıklarını ve %100 artış farklarını,

- Her ayın 15'i ile müteakip ayın 14'ü arasındaki maaşını ayın 15'inde peşin alan sigortalılar için, maaş ödemelerinin yapılması gereken takvim ayının son gününe kadar,
- Her ayın 1'i ile 30'u arasındaki maaşını ayın 1'inde peşin alan sigortalılar için, maaş ödemelerinin yapılması gereken ayın 15 inci günü sonuna kadar,
- Her ayın 15'i ile müteakip ayın 14'ü arasındaki maaşını müteakip ayın 15'inde çalıştıktan sonra alan sigortalılar için, maaş ödemelerinin yapılması gereken takvim ayının son gününe kadar,
- Her ayın 1'i ile 30'u arasındaki maaşını müteakip ayın 1'inde çalıştıktan sonra alan sigortalılar için, maaş ödemelerinin yapılması gereken ayın 15 inci günü sonuna kadar,
- Her ayın 1'i ile 30'u arasındaki maaşını müteakip ay içerisinde çalıştıktan sonra alan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları için, maaş ödemelerinin yapılması gereken takvim ayının son gününe kadar, Kuruma ödemek zorundadırlar "(4.4)



Kuşkusuz Kurumun prim alacakları sadece zorunlu sigortalılardan dolayı söz konusu olmamaktadır. İsteğe bağlı sigortalıların da prim ödeme yükümlülükleri vardır. Ancak bu konu özellik arz eder. Gerçekten Kanuna göre ait olduğu aydan itibaren en geç 12 ay içinde 89. maddenin ikinci fıkrasına göre hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammıyla birlikte primi ödenmeyen süreler, sigortalılık süresinden sayılmaz. Bu 12 aylık süreden sonra ödenen primler ise 89. maddenin üçüncü fıkrası hükümlerine göre iade edilir (m.52/3). Bu hükümlerin de gösterdiği gibi kanun koyucu isteğe bağlı sigortalıların primlerini ödememesi halinde onları zorlamamış, bir başka deyişle zorla primlerin tahsili yönünde bir düzenleme öngörmüştür. Bir başka deyişle Kurumun tahsil etmesi gereken bir alacağı bulunmamakta, sigortalının primi ödememesinin yaptırımını, primi ödenmeyen sürenin sigortalılık süresi olarak kabul edilmemesidir. Bunun sonucunda da kanaatimizce bu konuda bir zamanaşımı süresinden söz etmek mümkün olmayacaktır.

Bu konuya ilişkin olarak şunu da eklemek gerekir ki, yukarıda da belirtildiği gibi kanun koyucu zamanaşımının başlangıcı konusunda Türk Borçlar Kanunundaki düzenleme biçiminden ayrılmış, kendine özgü bir başlangıç öngörmüştür. Ancak zamanaşımının durması ya da kesilmesi gibi diğer konularda Kanunda özel bir düzenleme yer almadığı için bu konularda yine Türk Borçlar Kanunundaki hükümlerin Kurumun prim alacakları hakkında da uygulanması gerekir<sup>31</sup>. Bunun gibi zamanaşımının hesaplanması konusunda da Türk Borçlar Kanunundaki hükümler esas alınacaktır. Anılan Kanuna göre zamanaşımı süresi hesaplanırken zamanaşımının başladığı gün sayılmaz ve zamanaşımı ancak sürenin son günü de hak kullanılmaksızın geçince gerçekleşmiş olur (m.151/1).

### **bb) İstisna: Kurumun Alacağını Öğrendiği Tarih**

Kanunda yukarıda belirtilen düzenlemeye istisna niteliğinde özel bazı hükümlere de yer verilmiştir. Buna göre, Kurumun prim ve diğer alacakları; mahkeme kararı sonucunda *doğmuş* ise *mahkeme kararının kesinleşme tarihinden*, Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan tespitlerden *doğmuş* ise *rapor tarihinden*, kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları *soruşturma, denetim ve incelemelerden doğmuş* ise *bu soruşturma, denetim ve inceleme sonuçlarının Kuruma intikal ettiği tarihten* veya bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulmuş kurum ve kuruluşlardan *alınan bilgi ve belgelerden doğmuş* ise *bilgi ve belgenin Kuruma intikal ettiği tarihten* itibaren, zamanaşımı on yıl olarak uygulanır (m.93/2).

Görüldüğü gibi, kanun koyucu bu düzenleme ile zamanaşımının başlangıcı konusunda alacağın doğduğu tarihi takip eden yılbaşını esas alan kuralı terk etmiş ve alacağın varlığının Kurumca öğrenildiği tarihi esas almıştır. Dolayısıyla Kuru-

<sup>31</sup> Tuncay/Ekmekçi, 215; Ayan, 119.

mun prim ve diğer alacaklarında kendine özgü bir zamanaşımı başlangıcı öngörül-  
müştür.

Belirtelim ki, bu düzenleme birçok bakımdan eleştiriye açıktır. Öncelikle maddede hukuki kavramlar özenli bir şekilde kullanılmamıştır. Gerçekten maddede Kurum alacağını doğuran olaylardan söz edilmekte, bu bağlamda örneğin Kurum alacağının *mahkeme kararı sonucunda doğmasından* veyahut Kurumun denetim elemanlarının *tespitlerinden doğmasından* bahsedilmektedir. Oysa bu sayılan durumlar Kurum alacağını doğuran olaylar değil, Kurumun bu alacaklardan haberdar olmasını sağlayan olgulardır. Zira Kurum alacağını doğuran olay, *-prim alacağı bakımından değerlendirme yapıldığında-* kural olarak sigortalının çalıştırılması ve prime esas kazançlara hak kazanması ya da bunların kendisine ödenmesidir (m.80/1). Bu nedenle maddede kullanılan ifadelerin teknik hukuk açısından isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir. Öte yandan Kanundaki bu ifadeyi anlamlandırmak gerekirse, kanun koyucu burada zamanaşımının başlangıcı bakımından adeta kendine özgü bir muacceliyet kuralı getirmiş ve söz konusu ibareyi bu amaçla kullanmıştır denilebilir. Böylece denilebilir ki, maddede belirtilen şekilde yapılan tespitlerden geriye doğru ne kadar süre için prim alacağı tespiti yapılmışsa on yıllık zamanaşımı süresi içinde Kurum hepsini tahsil edebilecek, borçlu durumdaki işveren ya da sigortalı bu alacakların zamanaşımına uğradığını iddia edemeyecektir.

Bu açıklamaların da gösterdiği gibi bizce düzenlemede asıl eleştiriye açık olan husus Kurumun prim alacakları bakımından zamanaşımı kurumunun adeta ortadan kaldırılmış olmasıdır. Gerçekten bu hüküm karşısında örneğin 01.03.2009-01.06.2011 tarihleri arasında kayıt dışı çalıştırılan bir sigortalının 5.10.2016 tarihinde sigortalı hizmetin tespiti davası açması ve bu davanın 3.3.2019 tarihinde kesinleşmesi halinde, bu kesinleşme tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresi başlayacak ve söz konusu dönemdeki prim alacakları 2.3.2029 tarihinde zamanaşımına uğrayacaktır. Bize göre bu düzenlemeyi ***hukuki güvenlik ilkesi*** ile bağdaştırmak zordur. Ancak belirtelim ki, öğretide bu hükmün isabetli olduğu yönünde görüş de bulunmaktadır. Söz konusu görüşe göre, Kurumun prim alacakları kaçak işçi çalıştırılması ya da primlerin düşük ödenmesi ile söz konusu olmakta, Kurumun prim alacaklarında on yıllık zamanaşımı süresinin kabul edilmesi bu durumdaki işverenlerin adeta ödüllendirilmesi anlamına gelmektedir<sup>32</sup>. Yine aynı görüşe göre, bu yönde bir düzenlemenin olmadığı durumda örneğin sigortalı hizmetin dava yoluyla tespit edilmesi halinde Kurum herhangi bir sınırlama olmaksızın geriye doğru tüm süreyi dikkate alarak sigortalıya aylık bağlarken prim alacaklarında on yıldan önceki kısım zamanaşımına uğradığı için bu sürenin primini tahsil edemeyecektir ki, bu da bu primlerin yükünün primlerini düzenli olarak ödeyen sigortalı ve işverenlerin üzerine yıkılması anlamına gelecektir<sup>33</sup>. Kuşkusuz bu eleştirilerin isabetsiz

<sup>32</sup> Tuncayl Ekmekçi, 216.

<sup>33</sup> Tuncayl Ekmekçi, 216.

olduğunu söylemek güçtür. Ancak üzerinden çok uzun zaman geçen alacaklarla ilgili uyumsuzluklarda borçlunun kendi lehine olan ispat vasıtalarını bulabilmesinin yaratacağı güçlükler ve hukuki güvenlik ilkesi dikkate alındığında kanaatimize göre burada belirli bir sürenin öngörülmesi yerinde olacaktır. Kaldı ki Kanunda bir yandan temel insan hakkı olarak kabul edilen sosyal sigorta hakkının bir mahkeme kararıyla tespitinde dahi bir süre öngörülürken prim alacaklarında bu sürenin adeta kaldırılması kendi içinde bir çelişki oluşturur. Bunun gibi Ceza Kanununun kapsamına giren suçlarda dahi zamanaşımı kurumu kabul edilirken burada böyle bir düzenleme yapılması bize çok isabetli görünmemektedir. Bunun dışında hüküm bazı durumlarda kötüye kullanmaya da müsaittir. Gerçekten bu hüküm çerçevesinde Kurum görevlendireceği bir müfettiş marifetiyle bir prim borcu ortaya çıkardığında –müfettiş bu yönde bir rapor düzenlediğinde- primin dayanağı hukuki ilişkinin hangi tarihte ve ne zaman gerçekleştiğine bakılmaksızın yeni bir on yıllık zamanaşımı süresi başlayacaktır. Bu durumu hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaştırma olanağı ise bulunmamaktadır. Bu nedenle bizce bu konuda böyle belirsiz ve bazı durumlarda adeta zamanaşımını kaldıran bir hüküm öngörmek yerine hukuki güvenlik ilkesi gözetilerek zamanaşımı kurumunun temel esaslarına uygun bir düzenlemenin yapılması isabetli olacaktır.

Yapılan bu düzenlemeyle bağlantılı olarak cevaplanması gereken bir başka soru da, genel kurala istisna olarak öngörülen bu düzenlemede zamanaşımı başlangıcının maddede öngörülen öğrenme tarihleri mi yoksa bu tarihleri takip eden takvim yılı başı mı olduğudur. Bizce kanun koyucu bu düzenleme ile ilk cümledeki genel kuraldan ayrılmış ve yeni bir zaman aşımı süresi belirlemiştir. Dolayısıyla bu durumda artık örneğin mahkeme kararının kesinleşme tarihini takip eden takvim yılı başından değil, kararın kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçmekle söz konusu olacak zamanaşımına uğramalıdır.

Son olarak ekleyelim ki, bu hüküm Kurumun haberdar olmadığı prim alacakları hakkında söz konusu olacaktır. Eğer Kurum prim alacağını biliyorsa artık bu hükmün uygulanması söz konusu olmaz ve genel kural uygulama alanı bulur. Dolayısıyla bize göre, sigortalının Kuruma bildirilmiş, ancak primlerinin ödenmemiş olması halinde açılacak hizmet tespiti davalarında bu hüküm uygulanamaz. Zira kurum prim alacağından zaten haberdardır.

#### **4. 5510 sayılı Kanunun 93. maddesinde yer alan düzenlemenin önceki kanun döneminde doğan alacaklar bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ve Bazı Yargıtay Kararları**

a) 5510 sayılı Kanunun 93. maddesinde yer alan düzenlemenin önceki kanun döneminde doğan alacaklar bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı sorunu

Kanunlarda zamanaşımına ilişkin hükümlerdeki değişikliklerin derhal yürür-

lûge girip girmeyeceği, bir diğer deyişle zamanaşımına ilişkin kanun değişikliğinden önce doğan alacaklara da yeni yürürlüğe giren zamanaşımı süresinin uygulanıp uygulanmayacağı önemli bir sorundur. Bu soruya verilecek cevap ise zamanaşımı kurumunun bir usul hukuku kurumu mu yoksa maddi hukuka ilişkin bir kurum mu olduğu sorusu ile doğrudan ilgidir. Zira bilindiği gibi usul hukukuna ilişkin hükümler derhal yürürlüğe girer ve henüz tamamlanmamış olan uyuşmazlıklar için de uygulanır.

Öğretide zamanaşımının maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ilişkin olduğu konusunda tartışma vardır. Bir görüşe göre zamanaşımı kuralları maddi hukuka ilişkin değildir<sup>34</sup>. Bu son görüşe göre, zamanaşımı borcu doğuran, değiştiren, ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, var olan bir hakkın istenmesini engelleyen bir savunma aracıdır. Bu sebeple zamanaşımı alacağın varlığını değil, talep edilebilirliğini ortadan kaldırır<sup>35</sup>. Diğer bir görüşe göre ise zamanaşımı maddi hukuka ilişkindir<sup>36</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013 yılında verdiği bir kararında, zamanaşımına ilişkin olarak, "... Uygulanması ve dolayısıyla ele alınması gereken zamanaşımı ıskatî (düşürücü) zamanaşımı olup, özel hukuktaki teknik anlamı ile borcu sona erdirmeyen, ancak kanunda belirlenen sürelerin geçmesi ile alacaklının alacak ve dava hakkı karşısında borçlunun geçen süreyi ileri sürerek borcu ifadan kaçınma hakkı kazanmasıdır ( HGK. 05.05.2010, E.2010/8-231; K.2010/255 ). Bu niteliği ile zamanaşımı maddi hukuka **ilişkin bir kurum olsa da; hem esasa, hem de usule ilişkin yönleri bulunmaktadır** (YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 867)." denilerek zamanaşımının esas itibarıyla maddi hukuka ilişkin bir kurum olduğu kabul edilmiştir<sup>37</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yine 2013 yılında verilmiş bir başka kararında ise zamanaşımının maddi hukuka ilişkin bir kavram olmadığını belirtmiştir. Gerçekten YHGK, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına direnilmesi üzerine verdiği kararında, "*Bilindiği üzere zamanaşımı, en basit anlatımla, yasanın öngördüğü belli bir sürenin geçmesiyle, bir hakkın kazanılmasına veya bir borçtan kurtulunmasına olanak veren bir hukuki müessesedir. Borçtan kurtulma olanağı tanıyan yönüyle zamanaşımı, maddi hukuka ilişkin bir müessese değildir; borçluya borçtan kurtulmasını sağlayacak savunma vasıtalarını sunarsa da, gerçekte bizzat kendisi borcu ortadan kaldırmaz; sadece, alacağın istenebilmesi hakkını zaman itibarıyla sınırlar. Borç varlığını sürdürdüğü halde, borçlu, zamanaşımı müessesesine dayanarak, artık o*

<sup>34</sup> Başpınar, Veysel/Altunkaya, Mehmet: "Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.1, 2008, 101.

<sup>35</sup> Başpınar/Altunkaya, 101.

<sup>36</sup> Erdem, 8; İsviçre hukukunda zamanaşımının maddi hukuk kurumu olduğuna ilişkin bkz. Erdem, 8, dn. 15.

<sup>37</sup> YHGK., 17.4.2013, E. 2013/8-375, K. 2013/520, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

*borcun kendisinden istenilemeyeceğini savunabilir; yargılama usulüne ilişkin kurallar borçluya böyle bir def ide ( zamanaşımı definde ) bulunma olanağı tanır. Zamanaşımına uğrayan borç, eksik bir borçtur. Zamanaşımı müessesesinin bu yapısının (borcu değil, sadece onun alacaklı tarafından talep edilmesi olanağını ortadan kaldırmasının ve yine sadece borçlu tarafından ileri sürülebilecek bir olgu olmasının ) doğal sonucu olarak, borçlu tarafından yasal süre içerisinde böyle bir defide bulunulmadığı takdirde, hakim tarafından kendiliğinden gözetilemez”<sup>38</sup> diyerek bu kurumun maddi hukuka ilişkin olmadığı sonucuna ulaşmıştır.*

Yargıtay kararlarında zamanaşımının usul hukukuna ilişkin bir kurum olduğu genel olarak belirtilmesine rağmen zamanaşımı süresine ilişkin değişikliklerde usul hukukuna ilişkin kurallara egemen olan derhal yürürlüğe girme ilkesinin uygulanmadığı görülmektedir. Gerçekten Hukuk Genel Kurulunun bir kararında<sup>39</sup> alacak hakkının doğduğu tarihte yürürlükte olan zamanaşımı süresi dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerektiği belirtilmiştir. Benzer yaklaşım özel daire kararlarında da görülmektedir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2005 yılında vermiş olduğu kararında, daha önce de belirtildiği gibi, prim alacağına alacağın doğduğu sırada yürürlükte olan hükmün uygulanması gerektiğini belirtmiştir<sup>40</sup>. Özel Daire 2009 yılında verdiği bir başka kararında aynı esası uygulamıştır<sup>41</sup>.

Kuşkusuz Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ve 10 Hukuk Dairesinin yukarıda belirtilen kararlarında vardığı sonuç isabetlidir ve kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurullarla da uyumludur. Bilindiği gibi hukukun en temel ilkelerinden biri de her uyuşmazlığın o sırada yürürlükte olan kurallara göre çözümlenmesini gerektirir. Zira kanunların yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaması, bir başka deyişle geçmişe etkili olmaması hukukun toplumda yaratmak durumunda olduğu hukuksal istikrar bakımından şarttır<sup>42</sup>. Aksinin kabulü hukuki güvenlik ilkesini ortadan kaldırır. Gerçekten bireyler davranışlarını ve işlemlerini kanunda yazılı mevcut kurallara göre düzenlerler. Bu kurallara güvenerek yaptıkları bir davranıştan dolayı yarın çıkacak bir kanunla ceza görecekları veya bugün yaptıkları bir işlemin daha sonra çıkan bir kanunla sonuçsuz kalabileceğini her an göz önünde bulundurmaları zorunda kalırlarsa hukuka güven duygusu kal-

<sup>38</sup> Yarg. HGK., 9.10.2013E. 2013/9-1559, K. 2013/1461, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)). Aynı yönde bir başka karar için bkz. YHGK., 20.10.2010, E. 2010/10-490, K. 2010/530, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>39</sup> Yarg. HGK., 20.12.2006, E. 2006/21-806, K. 2006/814, karar için bkz. *Ayan*, 121-122.

<sup>40</sup> Bkz. Yarg. 10 HD., 19.9.2006, E. 2006/3541, K. 2006/11184, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

<sup>41</sup> Yarg. 10 HD., 19.1.2009, E. 2007/13934, K. 2009/52, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

<sup>42</sup> *Dinçkol*, Abdullah: Hukuka Giriş, İstanbul 2011, 128-129; *Gözler*, Kemal: Hukuka Giriş, Bursa 2010, 200-201; *Önen*, Mesut: Hukuka Giriş, 2005, 98; bu konuda farklı değerlendirmeler için bkz. *Baysal*, Başak: Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü, İUHFM C. LXX, S. 1, 2012, 222 s. 221-244, 225 vd.

maz<sup>43</sup>. Nitekim bu nedenle hukuki güvenlik hukuk devletinin bir unsuru olarak da kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarında kanunların zaman itibariyle uygulanmasının hukuki güvenlik ilkesi ile doğrudan bağlantısı bulunduğunu vurgulamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, “*Hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için geriye yürümezlik ilkesi uyarınca kanunların, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanacağı ve sonradan çıkan bir kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmayacağı dikkate alındığında, vergi normu olarak yeni bir uygulama getiren genel tebliğ veya sirkülerlerin esas olarak yayımlandığı tarihten önceki olaylara uygulanmaması gerekmektedir*”<sup>44</sup>. Yine aynı karara göre, **hukuk devleti** en kısa tanımıyla, “*vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır.*” Hukuki güvenlik ilkesi ise, bir toplumda bireylerin bağlı oldukları hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmeleri, başka bir ifadeyle ilgililerin hukuki durumun süreceğine olan inancı dolayısıyla hayal kırıklığına uğratılmaması anlamına gelir. Dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda bu hususu dile getirmiştir. Hatta Genel Kurul kararında mahkemelerin bu konuda yapacakları yorumlarda bu ilkeye aykırı bir biçimde yorum yapılmaması gereğine de dikkat çekilmiştir. Bu yöndeki bir karar göre, “*İlke olarak, herhangi bir kanun veya düzenleyici kural, hukuksal sonuçlarını yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için doğurmaya başlar. Bunun doğal sonucu da, yasaların yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkilememeleri, yani, geçmişe etkili olmamalarıdır. Yasaları uygulama durumunda bulunanlar, başta mahkemeler olmak üzere, onları geriye yürütür sonuçlar doğuracak yolda yorumlamamakla yükümlüdürler. Hukuk güvenliği bunu gerektirir. Kanun koyucu bu kaidenin aksine düzenleme yapabilir*”<sup>45</sup>.

Zamanaşımı konusunda da bu genel ilkedен ayrılmak mümkün değildir. Dolayısıyla bir alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı alacağın doğduğu tarihteki kurallara göre belirlenmelidir. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un<sup>46</sup> 5. maddesi de bu sonucu desteklemektedir. Bilindiği gibi 6098 sayılı Kanun bazı konularda zamanaşımı süresini artırmıştır. Örneğin haksız fiile dayanan alacak taleplerinde zamanaşımı süresi bir yıl iken (m.60) bu süre 6098 sayılı Kanunda iki yıl olarak belirlenmiştir (m.72) Bunun gibi sebepsiz zenginleşmeye dayanan alacaklarda da zamanaşımı daha önce bir yıl iken (m.66)

<sup>43</sup> Önen, 98.

<sup>44</sup> AYM, 9.2.2012, E.2010/93, K. 2012/20, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>45</sup> Yarg. HGK., 5.12.2007, E. 2007/3-921, K. 2007/939, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>46</sup> RG., 4.2.2011, 27836.

6098 sayılı Kanunla bu süre iki yıla çıkarılmıştır (m.82). İşte bu durumu gözeterek kanun koyucu söz konusu artıştan dolayı ortaya çıkabilecek uyumsuzlukları engellemek için Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna koyduğu bir hüküm ile eski Kanun döneminde doğan alacaklar için konuyu açıkça düzenlemiştir. Buna göre, “*Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri, eski kanun hükümlerine tabi olmaya devam eder. Ancak, bu sürelerin henüz dolmamış kısmı, Türk Borçlar Kanununda öngörülen süreden uzun ise, yürürlüğünden başlayarak Türk Borçlar Kanununda öngörülen sürenin geçmesiyle, hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi dolmuş olur*”. Görüldüğü gibi maddede, zamanaşımı konusunda eski kanundaki sürenin kural olarak uygulanacağı belirtilmiş, ancak eğer yeni Kanundaki süre daha kısa ise bu durumda yeni kanundaki sürenin dolması ile birlikte alacağın zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmiştir. Böylece borçluların borcun doğduğu tarihte bilmedikleri ve öngöremedikleri bir durumdan olumsuz etkilenmeleri engellenerek hukuki güvenlik ilkesine uygun bir düzenleme yapılmıştır.

Önemle ekleyelim ki, öğretide de, Yargıtayın eski dönemdeki uygulamasına da atıf yapılarak, bu hükmün 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra doğmuş alacaklar hakkında uygulanacağı belirtilmektedir<sup>47</sup>.

### **b) Kanunun 93/2 Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Kararları**

Yargıtayın hem 10. Hukuk Dairesi hem de 21. Hukuk Dairesi 2012 yılında vermiş olduğu kararlarında, 506 sayılı Kanun döneminde doğmuş alacaklara 5510 sayılı Kanundaki zamanaşımına ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağını tartışmışlar ve kanaatimize göre kanunların geriye yürümezliği ilkesine aykırılık oluşturacak şekilde ve bizce isabetli olmayan sonuçlara ulaşmışlardır<sup>48</sup>. Belirtelim ki, 21. Hukuk Dairesi kararını oyçokluğu ile vermiş olup, karara ekli oldukça uzun ve bizce yerinde değerlendirmeler içeren bir de karşıoy vardır.

10. Hukuk Dairesinin kararına konu olayda<sup>49</sup>, davacının işvereni olduğu özel bina inşaatı işyeri 06.05.2000-03.10.2003 tarihleri arasında faal olup, 21.07.2003 tarihinde davalı Kurum kayıtlarına intikal eden bildirge ile işyeri tescili yapılmış, davacının ilişiksizlik belgesi talep etmesi üzerine yapılan teftiş ve eksik işçilik değerlendirmesi sonucunda prim borcu tahakkuk ettirilmiştir. Davacı, re’sen tahakkuk ettirilen prim borçları ve gecikme zammı nedeniyle borçlu olmadığını tespitini istemiş, yerel mahkeme de davayı kabul etmiştir. 10. Hukuk Dairesi ise, “... *davaya ve kabule konu prim alacağının, eksik işçilik kapsamında davalı Kurumun denetim görevlilerinin raporu ile tahakkuk ettiği 06.04.2009 tarihinde yürürlükte olduğundan anılan düzenlemenin uygulanması gerekip, buna göre, dava tarihi itibarıyla davaya*

<sup>47</sup> Tuncay, *Ekmekçi*, 215, dn.138.

<sup>48</sup> Bu konudaki değerlendirme için bkz. *Caniklioğlu*, 2012 Yılı Kararları, 21 vd.

<sup>49</sup> Yarg. 10 HD., 22.11.2012, E. 2011/11447, K. 2012/22892, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

ve kabule konu prim alacaklarına ilişkin olarak 10 yıllık zamanaşımın geçmediğinin belirgin olduğu gözetilmeksizin, yanılığın değerlendirme sonucu yazılı biçimde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” diyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

21. Hukuk Dairesi de yine 2012 yılında verdiği kararına konu bir olayda<sup>50</sup> mahkemece davacı işverenin işçisinin **20.08.1999-21.06.2001** tarihleri arasında geçen sigortalı çalışmalarının Kuruma bildirilmediğinin tespitine karar verilmiş, bu karar 21. Hukuk Dairesinin 10.11.2008 tarihli kararı ile kesinleşmiş, bunun üzerine Kurum 11.12.2009 tarihli ödeme emri ile icra takibi başlatmış, bu ödeme emri 17.12.2009 tarihinde davacıya tebliğ edilmiştir. Davacı, prim ve işsizlik sigortası priminin tahsiline yönelik 11.12.2009 tarihli ödeme emrinin, tahsil zamanaşımı hukuksal nedenine dayalı olarak iptalini istemiş yerel mahkeme davayı kabul etmiş ve ödeme emrinin zamanaşımı nedeni ile iptaline karar vermiştir. 21. Hukuk Dairesi, “Somut olayda, Kurum alacağına doğduğu İzmir Beşinci İş Mahkemesi’nin 18.10.2007 tarih ve 2005/525 Esas, 2007/703 Karar sayılı **hizmet tespitine dair kararın kesinleştiği** 10.11.2008 tarihinde yürürlükte bulunan 5510 sayılı Yasa’nın 93/2. maddesine göre zamanaşımı süresi, kararın kesinleşmesinden itibaren başlayacağından, 23.12.2009 dava tarihinde tahsil zamanaşımı dolmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” diyerek mahkeme kararını bozmuştur.

10. Hukuk Dairesinin kararına konu olayda Yüksek Mahkemenin öncelikle kanunların geriye yürümemesi ilkesine vurgu yaptığı, ancak müfettiş raporunun 5510 sayılı Kanun döneminde verildiğini dikkate alarak söz konusu alacak hakkında 5510 sayılı Kanundaki on yıllık zamanaşımına ilişkin hükmü uyguladığı görülmektedir. Oysa, yukarıda da belirtildiği gibi, söz konusu uyuşmazlık bakımından hakkı doğuran olay müfettiş raporunun tutulması değil, asgari işçiliğe konu sigortalı çalıştırılmasıdır. Bu çalışma ise 2000-2003 yılları arasında gerçekleşmiştir. Dolayısıyla zamanaşımı süresinin de karara konu eksik primlerin ödenmesi gereken tarih itibarıyla başlaması gerekirdi. Gerçekten o dönemde 5510 sayılı Kanundaki gibi istisnai nitelikte özel bir düzenleme olmadığı için 818 sayılı Borçlar Kanunundaki zamanaşımının başlangıcına ilişkin hükümlere göre sonuca ulaşılması gerekir. Bunun sonucunda da söz konusu alacaklar hakkında 2000-2003 yılları arasında yürürlükte olan beş yıllık zamanaşımının süresi uygulama alanı bulmalıydı. Söz konusu asgari işçiliğe konu sigortalı çalıştırma olgusu 5510 sayılı Kanun döneminde gerçekleşmiş olsa idi kuşkusuz bu durumda on yıllık zamanaşımı süresi müfettişin tuttuğu rapor tarihinden itibaren başlayacaktı.

<sup>50</sup> Yarg. 21. HD., 24.5.2012, E. 2010/12620, K. 2012/9002, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))



Belirtelim ki, benzer durum 21. Hukuk Dairesinin kararına konu olayda da söz konusudur. Gerçekten 21. Hukuk Dairesinin kararına konu olayda bu defa 5510 sayılı Kanununun 93. maddesinde zamanaşımının başlangıcı bakımından sayılan bir diğer hal olan mahkeme kararının kesinleşmesi durumu vardır. Özel Daire bu durumu dikkate alarak zamanaşımı süresinin mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra başlayacağını kabul etmiştir. Karara karşı yazılan karşıoyda ise, bu hükmün Kanunun yürürlük tarihinden önceki hizmetlerin tespitine ilişkin davalar nedeniyle kesinleşen tespit kararlarının primlerinin tahsili aşamasında uygulanamayacağı belirtilmektedir ki, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu tespit son derece isabetlidir<sup>51</sup>. Söz konusu karşıoya göre, “*Hukuk devletinde, müktesep hakların korunması ile birlikte hukuk güvenliği de temel bir ilkedir. Öğretide de hukuk güvenliği temel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Esasen, mevcut yasal düzenlemelere göre hareket eden kişilerin, bu yasal düzenlemeler nedeniyle tabi oldukları hukuki durumlarının yeni yasal düzenlemelerle değiştirilmemesi esastır. Anayasa Mahkemesi’nin, 30.11.2007, E.2006/61, K.2007/91, RG 23.02.2008, S.26796; ve 17.01.2008, E.2007/21, K.2008/40 sayılı kararlarına göre de, “hukuk güvenliği” hukuk devletinin temel unsurlarından biridir.*”

## V. SONUÇ

Sosyal Güvenlik Hukukumuzda çok köklü değişiklikler gerçekleştiren 5510 sayılı Kanun zamanaşımı konusunda da önemli değişiklikler yapmıştır. Gerçekten 5510 sayılı Kanundaki düzenlemeyle, eskiden beş farklı sosyal sigorta kanununda ve birbirinden farklı şekilde düzenlenen prim alacağına ilişkin zamanaşımı süresi artık aynı esaslara bağlanmıştır. Kurum alacakları bakımından bu yeknesaklığın sağlanmış olması kuşkusuz isabetli olmuştur. Ne var ki, 2925 sayılı Kanuna tabi

<sup>51</sup> Karşıoya göre; “*Prim borçlarının tahsilinde, zaman zaman 818 sayılı Borçlar Yasası veya 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Hakkındaki Yasa hükümleri uygulanmıştır. Her iki yasa hükümleri dikkate alındığında, sigortalının açacağı hizmet tespiti davası, işverenin prim borcu nedeniyle işlemeye başlayan zamanaşımı süresini kesmez. Başka bir anlatımla, açılmış ve hizmet tespiti davası da bu nedenle zamanaşımı süresinin işlemesine engel olmaz. Örneğimize dönersek, 01.01.1994-31.12.1994 tarihleri arasında bildirilmeyen hizmeti bulan sigortalı 01.01.1995 tarihinde hizmet tespiti davası açsa dahi bu sigortalının hizmetine ilişkin primlerin zamanaşımı süresi 01.01.2000 tarihinde dolmuş olacaktır. Hizmet tespiti davasının 5510 sayılı Yasa’nın yürürlük tarihinden sonra kesinleştiği varsayılırsa, yine kazanılmış hak ilkesi ihlal edilecektir. Eski mevzuata göre başlayan ve işleyen zamanaşımı süresi hizmet tespiti davası ile kesilmediğine göre, bu davanın sonuçlanması, işverenin yeni mevzuatla getirilen yeni bir zamanaşımı süresine yeniden tabi tutulması hak ve nesafet kurallarına göre izah edilemez. / Somut olayda da, prim borcunun bir kesimi 2001 yılı 6. ayına aittir. Borcun doğduğu tarih itibarıyla 5 yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir ve süre 01.01.2002 tarihinde işlemeye başlamış, zamanaşımı süresi 31.12.2006 tarihinde dolmuştur. Her olay, meydana geldiği tarihteki mevzuat hükümlerine göre değerlendirilmelidir. Eski mevzuata göre başlayan zamanaşımı süresi devam ettiği sırada, yeni bir yasal düzenleme gerekçe gösterilerek, zamanaşımı süresinin “borcun muaccel olduğu tarih” yerine, hizmet tespiti kararının kesinleştiği tarihten başlatılması, Yasa hükmünün, aksine bir düzenleme bulunmadığı halde geriye yürütülmesi, müktesep hakların ortadan kaldırılması, hakkaniyete ve hukuk güvenliğine aykırı olduğundan, hükmün onanması gerektiği düşüncesiyle Sayın çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.”*

sigortalılarla ilgili prim alacaklarında hala Türk Borçlar Kanunu uygulanacaktır ki, kanaatimizce bu konuda da yeknesaklık sağlanması isabetli olacaktır.

Öte yandan, yukarıda da vurgulandığı gibi, 5510 sayılı Kanun zamanaşımı konusunda önceki sosyal sigorta kanunlarından oldukça farklı hükümlere yer vermiştir. Özellikle zamanaşımının başlangıcı konusunda Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemelerden ayrılmış, kendine özgü bir zamanaşımı başlangıcı öngörülmüştür. Ancak Kanunda prim alacaklarının zamanaşımına uğramasına ilişkin düzenlemelerin zamanaşımı kurumunun temel amacı ve işlevi ile uyumlu olduğundan söz etmek ise mümkün değildir. Gerçekten bu konuda yapılan düzenleme sonucunda bu alacağın ne kadar sürede zamanaşımına uğrayacağını tespit etmek mümkün görünmemektedir. Bu da prim borçlularının sürekli olarak dava tehdidi altında olması sonucunu doğurmakta, bir başka deyişle hukuk güvenliği ilkesini zedelemektedir.

Bizce bu konuda yapılması gereken Kurumun prim alacağını zamanında tahsil etmesini sağlayacak bir sistem kurmak, Kurumun da görevi bu hükümler çerçevesinde primleri zamanında tahsil etmek olmalıdır. Yoksa adeta zamanaşımı kurumunun amacı ve işlevini yok sayarak bu kurumu ortadan kaldıran düzenlemeler yapılması olmamalıdır.

Ayrıca belirtelim ki, 5510 sayılı Kanunla öngörülen esaslar 5510 sayılı Kanun döneminde doğan prim alacakları için söz konusu olmalıdır. Bu bağlamda da prim borcunu doğuran olayın sigortalı çalıştırma olgusu olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Her ne kadar 5510 sayılı Kanunun 93. maddesinin ikinci fıkrasında, fıkrada sayılan hallerden prim borcunu doğuran olaylar olarak söz edilse de, bu hükmü 5510 sayılı Kanun dönemindeki sigortalı çalışmalara bağlı olarak ortaya çıkan prim borçları bakımından bir muacceliyet kuralı olarak yorumlamak isabetli olacaktır. Dolayısıyla önceki sosyal sigorta kanunları dönemlerinde gerçekleşmiş Kurum prim alacakları hakkında ilgili kanunlardaki zamanaşımı süresine ilişkin kuralın uygulanması gerekecektir. Bu nedenle çalışmamızda işaret edilen Yargıtay 10. ve 21. Hukuk Dairesinin bu konuya ilişkin kararları isabet kazanmamaktadır.

### KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2013.
- AYAN, Zehra: Sosyal Sigorta Prim Borçlarının Tahsilinde Zamanaşımı, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, S.19.
- BAŞPINAR, Veysel/ALTUNKAYA, Mehmet: “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.1, 2008.
- BAYSAL, Başak: Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü, İUHFM C. LXX, S. 1.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen: Yargıtayın Sosyal Sigortalara İlişkin 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneğinin (Türk Milli Komitesi) 22-23 Kasım 2013 tarihinde Ankara’da düzenlemiş olduğu “Yargıtayın 2012 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi” Seminerine sunulan tebliğ (yayınlanmamıştır).
- DİNÇKOL, Abdullah: Hukuka Giriş, İstanbul 2011.
- ERDEM, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.
- EREM, Faruk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- ESENER, Turhan: Hukuka Giriş, Yeniden Gözden Geçirilmiş 10 Baskı, İstanbul 2012.
- GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, Bursa 2010.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/ CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul 2012.
- ODAMAN, Serkan: Sigorta Prim Alacaklarında Zamanaşımı, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, S.20.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 11. Bası, 2013.
- ÖNEN, Mesut: Hukuka Giriş, 2005.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993.
- TUNCAY, A.Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2013.
- YAKIŞIK, Müşerref: 4857 Sayılı İş Kanununa Tabi Alacaklarda Zamanaşımı, İstanbul 2010.



# İSLAM'DA SOSYAL GÜVENLİK

## (*Social Security Islam*)

A. Can TUNCAV

### ÖZET

İslamiyette hukuk kaynakları dört tanedir ve bunlar Kitap, sünnet, icma-i ümmet ve kıyastır. İcma-i ümmet, islam hukukçularının din buyruklarıyla ilgili bir sorunun çözümüne ilişkin görüşleridir. Sosyal güvenlik sistemi de bu dört hukuk kaynağına dayanır. Bu nedenle islamiyette sosyal güvenlik sistemi ihtiyaç sahiplerinin gereksinimlerini karşılamaktan ziyade bireyin dinin buyruklarını yerine getirmesine odaklanmıştır. Başka bir deyişle İslam'da sosyal güvenliğin amacı muhtaçlara yardım ederek dinin yükümlülüklerini yerine getirmek, diğer taraftan da zenginliğin sınırlarını çizmektir. İslamiyette sosyal güvenliğin temel ilkeleri müslümanlar arası kardeşlik ve dayanışma, cemaat içinde yaşama ve sosyal adalettir. Toplum içinde sosyal güvenliği sağlamakla yükümlü olanlar aile üyeleri, zekat verenler ve beytülmal olarak bilinen devlet hazinesidir.

Toplumda sosyal güvenliği sağlayan kurumlara gelince; bunlar nafaka, zekat, yardımlaşma sandığı, akile ve vakıf müesseseleridir. Anadolu'da 12.-17. yüzyıllar arasında esnaf ve zanaatkarlar tarafından kurulan Ahilik Örgütlenmesi ve özel vakıflar sosyal güvenliğin güçlendirilmesine önemli katkılar sağlamıştır. Yine de bir zamanlar başarılı olmuş İslami sosyal güvenlik düzeni, insanların ihtiyaçlarının oldukça çeşitli olduğu günümüzün gelişmiş toplumlarında uygulanmaya müsait değildir. Bu nedenle günümüzün modern sosyal güvenlik sistemi daha çok hümanist bakış açısına dayanır ve günümüzde İslami sosyal güvenlik kurallarından daha geçerlidir.

**Anahtar kelimeler:** Kuran, hadis-i şerif, kardeşlik, cemaat, Ahilik, zekat, dayanışma, vakıf.

### *Abstract*

The Islam is based on four sources. They are the Kuran (holly book), hadis-i şerifler (prophet Mohammed's words), kıyas (analogy) and icma-i ümmet. İcma-i ümmet means the views of the Islam pundits and scholars. The social security system is based on the same sources as well. Therefore in Islam the social security in fact is considered a fulfillment of the religious orders rather than the meeting of the needs of the needy people. In other words in Islam the

---

\* Prof. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

aim of the social security is the carrying out the religious duties by helping and by caring the needy people on the one hand and drawing a limit to the wealth on the other hand. The basic principles of the social security system in Islam are the friendship and solidarity of the muslims, acting and living together (cemaat) and the principle of social justice. Those who are liable to ensure the social security in the society are the family members, zekat<sup>1</sup> debtors and the state treasury (beytülmal).

As for the main institutions which ensure the social security in the society are the alimony (nafaka), alms (zekat), blood money (akile), charity funds (sandıklar) and foundations (vakıflar). In Anatolia between 12<sup>th</sup>-17<sup>th</sup> centuries tradesman and artisan funds established by Ahi Organization<sup>2</sup> and the private foundations had contributed a lot for the strengthening of the social security. However the islamic type of social security order once was applied successfully is no more compatible for today's developed societies where the needs of the people extremely complex are. Therefore today's modern social security systems are based on rather than humanist concept and prevailed over the islamic social security rules.

**Keywords:** Kuran, hadis-i şerif, friendship, cemaat (islamic society), Ahi Organization, alms, zekat, foundation, solidarity.

## I. Sosyal Güvenliğin Genel Olarak Anlamı ve Amacı

İnsanlar, insanlık tarihinin başlamasıyla birlikte beslenme, barınma ihtiyaçlarını ve geleceklerini güven altına almaya, yoksulluktan kurtulmaya, yaşlılık, hastalık, kaza gibi yaşam risklerine ve doğal felaketlere karşı kendilerini koruma altına almaya çalışmışlardır. İnsan düşüncesi geliştikçe, ihtiyaçlar ve riskler arttıkça insanın bugününü ve yarınını güvenlik altına alma ihtiyacı da gelişmiş, bu da 'sosyal güvenlik' fikrini doğurmuştur.

Başlangıçta oldukça ilkel yöntemlerle (yardımlaşma, dayanışma, biriktirme gibi) ulaşılmaya çalışılan sosyal güvenlik, günümüzde gelişmiş yöntemlerle (sosyal sigorta, özel sigorta, kamusal yardım, sosyal hizmetler gibi) yönetilmektedir. Bu yöntemlerin önem ve ağırlığı ülkeden ülkeye, toplumdan topluma değişmektedir. Bu açıdan bakınca sosyal güvenlik 'bir ülke halkının bugününü ve yarınını güvence altına almayı amaçlayan ve birbiri arasında sıkı bir birlik ve uyum kurulmuş olan bir kurumlar bütünüdür' şeklinde tanımlanabilir. Ya da 'yaşamın türlü riskleri karşısında geliri ve kazancı azalmış, muhtaç duruma düşmüş insanlara başkalarının yardımını istemeye gerek bırakmadan ekonomik ve sosyal güvence sağlayan önlemler bütünü' olarak da tanımlanabilir<sup>3</sup>. Bu tanımların sayısı kuşkusuz artırılabilir.

<sup>1</sup> The duty of distributing 1/40th of the annual income to the needy people as alms.

<sup>2</sup> A charity and friendship organization prevailed in Anatolia established by tradesman and artisan where Islamic and special discipline and hierarchy rules were applied.

<sup>3</sup> Bak. C. Tuncay/Ö. Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 15.bası, İstanbul 2012, 2 vd. ve oradaki diğer tanımlar.

Fakat sosyal güvenlik ihtiyacını doğuran nedenler evrenselidir. Yani hemen her yer ve zamanda sosyal güvenlik nedenleri hemen hemen aynıdır. Sosyal güvenliğe ihtiyaç duyuran nedenler evrensel olsa bile modern sosyal güvenlik rejimlerinde bir topluluk ve o topluluğu yöneten bir kamu otoritesinin yardımıyla topluluğa dahil olan bireyler arasında dayanışma, yardımlaşma yoluyla muhtaçlıktan kurtulma, sosyal risklerin zararlarını olabildiğince hafifletme, ancak bunları gerçekleştirirken de insan onurunu olabildiğince korumak unsurları yer alır. Bu açıdan bakınca sosyal güvenlik bir programlar bütünü, daha doğrusu bir sistem olarak ortaya çıkar ve ülkede sosyal adaletin gerçekleşmesine de katkıda bulunur.

Modern sosyal güvenlik anlayışının hümanist bir amacı vardır. Yani insanın iyiliğine yöneliktir. Şöyle ki, herhangi bir nedenle çalışamaz duruma düşerek gelir kaybına uğrayan, gelecek kaygısına kapılan insana insan onuruyla bağdaşır en az yaşam olanaklarını sağlamaya çalışmak.

## II. İslam'da Sosyal Güvenliğin Anlamı ve Amacı

İslam'da evrende var olan ve yaşayan her şey ve herkes Yüce Yaratan (Allah) odaklıdır. İslam'da Allah'ın insanları sadece kendisine kulluk etsinler diye yaratıldığına inanıldığından sosyal güvenliğin amacı da insanları yerine göre yoksulluğun ve muhtaçlığın, yerine göre zenginliğin tehlikelerinden kurtararak onları Allah'a kulluk (ibadet) görevini yerine getirmeye yönlendirmektir. Zira Allah'a kulluk yapmayı unutturan yoksulluk ne kadar tehlikeli ise, Ulu Yaratan'a karşı azdıran zenginlik de o derece tehlikelidir<sup>4</sup>.

Onun için servetin sosyal güvenlik harcamaları ile törpülenmesi ve gerektiği ölçüde yoksul kesimlere aktarılması gerekir. Öte yandan Allah'a kul yapıldığı, evrende en üstün yaratılan canlı varlık olduğu için insan yardım dilenecek hale düşürülmemelidir<sup>5</sup>. Bu nedenle İslam'da açıkça ifadesini bulmuş bir sosyal güvenlik amacı yoktur. Fakat sosyal güvenlik ihtiyacını sağlamaya tahsis edilmiş ilkeler ve müesseseler vardır. Kardeşlik ilkesi, cemaat ilkesi, yardım, zekat, fitre, sadaka gibi. Bu açıdan modern anlamda sosyal güvenliğin İslami anlamda sosyal güvenlikle en çok örtüştüğü nokta 'insana insan onuruna yaraşır en az yaşam düzeyi sağlamaya yönelik olması' gösterilebilir<sup>6</sup>. Bir diğer kesişme noktası ise gelirin yeniden dağıtılması suretiyle sosyal adaletin oluşmasına yardımcı olmaktır. İslam'ın beş şartından biri olan zekat müessesesi İslam'da sosyal adaleti ve servet dengesini kurmaya yönelik müesseseler içinde en önemlisidir<sup>7</sup>. Belirtelim ki, İslam'da sosyal güvenlik kavra-

<sup>4</sup> F. Beşer, İslam'da Sosyal Güvenlik, Seha Neşriyat, İstanbul 1988, 123 vd.

<sup>5</sup> Beşer, 125.

<sup>6</sup> Beşer, 204; C. Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 10.bası, İstanbul 2002, 16.

<sup>7</sup> H. Sağlam, İslam Hukuk Tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumları ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teknikleri, s. 12: <http://www.e-akademi.org/makaleler/hsaglam-2.htm>. (Erişim tarihi: 19.11.2013).

mının kaynakları her şeyde olduğu gibi başlıca Kuran-ı Kerim ve Hadis-i Şeriflerdir. Bir de İslam ülkeleri başlangıçta tarım ve kabile topluluklarına dayandıklarından örf ve adet de önemli yer tutar.

İslamiyette dinin hukuki dayanakları hükümlerin kaynağını oluşturan ve 'Edille-i arbaa (dört delil)' tanımıyla ifade edilen kitap, sünnet, icma-i ümmet ve kıyastır. Fıkıh biliminin (İslam Hukukunun) temeli bunlara dayanır.

Kitap, Kuran-ı Kerim'dir. Sünnet, başta Hz. Muhammed'in hadisleri (söz ve davranışları) olmak üzere bütün tutum ve eylemlerini içine alır. Bir anlamda Kuran'ın en yetkili kişi tarafından tefsiri niteliğindedir. İcma-i ümmet, fakihlerin (İslam hukukçularının) din buyruklarıyla ilgili bir sorunun çözümünde birleşmeleri anlamını taşır. Kıyas da yetkili ve yetenekli bilginlerin (benzetme ve karşılaştırma yoluyla) kitap ve sünnetten hükümler çıkarmalarından ibarettir. Dinin ana ilkelelerini kuşkusuz, Allah'ın sevgili kulu ve son elçisi Hz. Muhammed'e indirdiği Kuran ile hadisler teşkil etmekte ve açıklamaktadır. Diğerleri (yani icma ve kıyas) bu asli kaynaklara ancak yardımcı durumundadır. Bunlara bir de örf ve adeti eklemek yerinde olur<sup>8</sup>.

Hadis-i şeriflerin büyük bir bölümü, bir bakıma Kuran-ı Kerim'deki hükümlerin açıklanışı niteliğindedir. Kavranmasında, ilk bakışta güçlük çekilen, yorumlamaları farklı yapılabilen, iniş sebepleri ve uygulama sınırları ile amaçları etrafında görüş ayrılıkları doğması mümkün olan ayetler, sureler hakkında ancak sahih (doğru) hadislerin ışığında gerçeğe ve doğru anlamına varılabilir. Çünkü zaman içinde Hz. Muhammed'e ait olduğu çok kuşku götürür birçok hadis ortaya çıkmıştır. Ancak bunlardan en güvenilir ve önemli olanları 40 tanedir. Nitekim Peygamberimiz '*Her kim benim hadislerimden 40 tanesini belleyip başkasına öğretirse, Allahu Teala onu, kıyamet gününde bilginler ve fakihler arasında diriltsin.*' buyurmuştur<sup>9</sup>. Biz de bu çalışmamızda Kuran-ı Kerim ve sahih hadislerin sözlerini kaynak almaya çalıştık.

### III. Tarihsel Gelişim İçinde Sosyal Güvenlik Teknikleri<sup>10</sup>

**1. Biriktirme:** Bireysel bir teknik olan biriktirme (tasarruf) tekniği tarihin en eski tekniği olsa da bugün bile dünyada yaygın olarak başvurulmaktadır. Biriktirme kişinin gelecekte karşılaşılması muhtemel bir sosyal riske karşı önceden gelirinin ya da varlığının bir kısmını kullanmayıp bir kenara ayırmasıdır. Kazancın bir kısmıyla altın alma, altının yastık altına saklanması, bankada para biriktirme, arsaya para yatırma, fazla ürünün turşu, pekmez yapılması, kurutulması gibi. Ancak dar gelirli olanların biriktirmede bile zorlandıkları ya da bundan hiç nasibini alamadıkları tahmin edilebilir.

<sup>8</sup> Bak. Z. Umur, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 1. Cilt, İstanbul 1987, 151 vd.

<sup>9</sup> A. Karahan, Kırk Hadis, Sabah Yayınları, İstanbul 1991, 5.

<sup>10</sup> Tuncay/Ekmekçi, 11 vd.



**2. Yardımlaşma:** Yoksula, hastaya, sakata, yetime, muhtaç olana yardım etmek iyilik düşüncesinden, dini veya ahlaki bir yükümlülüğten yahut örf ve adetten doğar. Özellikle aile bireyleri, hısım, akraba, dost ve komşular arasında yardımlaşma eskiden olduğu gibi bugün de yaygın bir uygulamadır. Tarıma ve dini temellere dayalı toplumlarda daha da önemli bir yer tutar. İslamiyet'te yardım müessesesine Kuran-ı Kerim'de ve hadislerde hayli vurgu yapılmıştır. Hıristiyanlık aleminde de kiliseler ve manastırlar bu konuda önemli görevler üstlenmişler, yoksul, muhtaç ve hastalara yardımlar yapmışlardır.

İsteğe bağlı oluşu, isteyenin onurunu zedeleyebilme ihtimali, vereni zor durumda bırakabilmesi ya da büyüklük kompleksine kapılmasına yol açabilmesi açısından modern teknikler arasında yer almaz.

### **3. Yardımlaşma (kardeşlik) dernekleri:**

Bunlara tarihin her döneminde rastlanmıştır.

#### **a) Antik Çağda**

Antik Yunan ve Roma'da MÖ. 2000'li yıllarda bile uzun süren savaşlar ve salgın hastalıklar yüzünden muhtaç ve yoksul duruma düşen kişilere para, yiyecek, giyecek ve sağlık yardımı yapan dernekler ortaya çıkmıştır. Bunlara eski Mısır'da da rastlanmıştır. Roma'da miladi takvime geçildiği sıralarda üyelerine hastalık ve kaza hallerinde sağlık yardımı yapan, uğradıkları gelir kayıplarını karşılayan, ölümlerinde defin giderlerini karşılayan, geride kalanlarına gelir bağlayan sandıklar (collegia'lar) üç asır boyunca faaliyet göstermiştir. Bunlar dernek statüsünde kişi toplulukları idi<sup>11</sup>.

#### **b) Avrupa'da**

Ortaçağ'da Avrupa'da kilise, manastır gibi dini kuruluşlar yoksul, kimsesiz, hasta, çocuk, dul ve yetimlere halkın bağışlarından oluşan fonlardan yardım yaparlardı.

13.yy'dan itibaren esnaf ve sanatkarlar sınıfının Avrupa ve Anadolu'da kurdukları loncalar bu alanda önemli hizmetler sağlamışlardır. Fransa'da 'mutualité' ya da 'confrérie', İngiltere'de 'friendly societies', kıta Avrupasında 'brotherhood societies' adı verilen dostluk ve kardeşlik dernekleri doğum, evlenme, ölüm olaylarında, iş kurmada mensuplarına parasal ve hizmet şeklinde yardımlar yaparlardı. Bu dernekler sıkı bir disiplin içinde dini ve ahlaki kurallara bağlı olarak kurulur ve yönetilirdi. Bunlara üyelik sıkı şekil şartlarına bağlı idi. 15.yy'da Fransa'da şehirlerde yoksul ve hastalara sağlık hizmeti veren, onları barındıran kamu hastaneleri (hospitaux généraux) kuruldu. 1531'de Avusturya İmparatoru dilencilik yasaklayıp şehir yönetimlerini yoksullara yardımla görevlendirdi. 16. yy. sonunda İngiltere Kraliçesi

<sup>11</sup> M. Kaser, Romisches Privatrecht, 10. Aufl., München 1992, 88.

I. Elisabeth yoksulları vergi dışı bıraktı, şehir yönetimlerine bunlara yardım görev yükledi<sup>12</sup>.

### c) Anadolu'da (Ahilik)

Anadolu'da Selçuklularda ve Osmanlı İmparatorluğunda 12-16ncı yy.lar arasında kurulan ve faaliyet gösteren esnaf loncaları da Avrupa'dakilerle benzerlik göstermekteydi. Bu loncaların kurdukları sandıklara 'orta' veya 'teavün sandığı' adı verilmişti. Din, ahlak ve gelenek kuralları üzerine kurulmuşlardı. Bu sandıklar çıkar ve kalfalara harçlık ve barınma olanağı sağlar, ustalığa yükselip ilk defa iş kurmak isteyenlere para yardımı yapar, evlenenlere, muhtaçlara, ölenlerin geride kalanlarına, hastalananlara yardımlar yaparlardı. Toplumda gelir düzeyi yüksek olan kişilerden bu sandıklara zekat, fitre, bağış, sadaka, kurban adı altında yardım toplarlardı.

Aslında daha önceki tarihlerde Türklerin Orta Asya'dan Anadolu'ya göçüyle, yani 12.yy'dan itibaren Anadolu'da bir başka oluşum göze çarpmaktaydı. Bu da Ahilik örgütlenmesiydi. Anadolu'da esnaf ve sanatkarlar arasında doğup gelişen bu akımın kurucusu ve önderi Ahi Evran olup bu örgütlenme İslami ve ahlaki temellere dayanıyordu. Eli açıklık, yardım severlik ve yiğitlik anlamına gelen, dini motifler içeren 'Fütüvvet' esaslarına göre yönetilen Ahilik sistemi muhtaçlara yardım etme, zulüm görenleri koruma, din ve mezhep farkı gözetmeden tüm insanları sevmeye, birbirine destek olma ve bu yolla kişinin Allah'a yakınlaşması amacına yönelikti<sup>13</sup>. Ahiler birbirlerine 'kardeş' diye hitap ederlerdi.

Ahi kelimesi bir iddiaya göre Arapça kökenli olup 'kardeşim' anlamına gelir. Türklerden önce Araplarda fütüvvet örgütü olarak ortaya çıkmıştır. Diğer bir iddiaya göre, bu kelime Türkçe'deki 'Akı' kelimesinin zaman içinde değişimi sonucu ortaya çıkmıştır. Eli açık, cömert, yiğit, delikanlı gibi anlamlar içermektedir. Selçuk Üniversitesi'nden tarih profesörü Mikail Bayram'ın şu görüşleri ilginçtir: 'Fütüvvet, İslam dünyasında kahramanlık, yiğitlik ve cömertlik mefkuresinin adıdır. Şövalyelik nasıl Orta Çağ Batı dünyasına ait mahsus bir ülkü ise, Fütüvvet de Orta Çağ İslam dünyasına ait bir ülküdür. Nasıl ki Araplar İslam'dan önce kültürlerinde mevcut olan Fütüvvet anlayışını İslami değerlerle geliştirip devam ettirmişler, nasıl ki Farslar "cevanmerdi" anlayışını aynı şekilde İslam süzgecinden geçirmişler, Türkler de kendi "Akılık" ülküsünü İslami ahlak ve değerlerle geliştirerek devam ettirmişlerdir. Arap kültüründe ideal kahraman, sehavet ve şecaat timsali olan Fütüvvet erinin adı "Feta", İran kültüründe "Cevanmerd", Türk kültüründe "Akı"dır. Türk Akılığı, İslamiyetle Arap Fütüvvet şiarından etkilenmiştir. Akılar birbirlerine karşı kardeşçe tutumundan dolayı Akı kelimesi yerini Ahi kelimesine bırakmış ve Abbasi Devleti'nin sona ermesiyle Fütüvvet akımı yerini Ahiliğe bırakmıştır'<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> E. Eichenhofer, Sozialrecht, 8. Aufl., Tübingen 2012, Nr. 21; Tuncay/Ekmekçi, 18.

<sup>13</sup> R. H. Soykut, Ahi Evran, Ankara 1976, 25 vd.; Y. Ekinci, Ahilik ve Meslek Eğitimi, MEB Yayını, İstanbul 1989, 15 vd.; S. Dilik, Sosyal Güvenlik, Ankara 1991, 30. Ayrıca bak. M. Şen, Osmanlı Devletinde Sosyal Güvenlik, Çimento İşveren, S:6, C:16, Kasım 2002, 25 vd.

<sup>14</sup> M. Bayram, Ahi Evran ve Ahi Teşkilatının Kuruluşu, Konya 1991, 130.

Kıyasası Ahi örgütü fütüvvet örgütünün Türkler tarafından geliştirilen ve Anadolu'da yayılmış olan biçimidir. İlke ve esaslarını dini kurallardan alan fütüvvet örgütünün bu ilke ve adetlerini toplayan yazılı eserlere fütüvvetname denir<sup>15</sup>.

Oğuz Türkleri 1040 yılından itibaren Anadolu'ya göç etmeye başlayınca Selçuklu egemenliği altına girdiler ve gruplar halinde Müslümanlığı kabul etmeye başladılar. Fakat göçebe toplumdaki geldikleri için bu dönüşüm şehirlerde yavaş seyrediyordu. Bu nedenle Türklerin İslamlaşması sürecini hızlandırmak, Türkmenler arasındaki çok sayıdaki sanatkâra iş bulabilmek, şehirlerde yaşayan Rum ve Ermeni esnaf ve sanatkârlarla rekabet edebilmek, ihtiyaç sahibi olanlara yardımcı olmak, hatta yabancı saldırılara karşı devletin silahlı güçleri yanında ülkeyi savunmak amacıyla Hacı Bektaş Veli'nin tavsiyesi üzerine Anadolu'da Ahilik örgütü kuruldu. Kıyasası Anadolu'da ahiliğin ortaya çıkışı ve örgütlenmesi sosyo-ekonomik bir zorunluluğun ürünüdür<sup>16</sup>. Bağdat'ta yaşayan ünlü din adamı, siyasetçi, eğitimci, sanatçı, sosyolog ve de bir sufi olan Ahi Evran arapların kurduğu fütüvvet örgütünden esinlenerek Anadolu'ya yerleştikten kısa bir süre sonra 1205'te Kayseri'de Ahilik örgütünü kurmuştur. Bu örgüt sıkı bir ahlak disiplinine sahipti. Birbirini seven, birbirine saygı duyan, yardım eden, yoksulu barındıran, işi kutsal, çalışmayı ibadet sayan din ve ahlak kurallarına sıkı sıkıya bağlı bir örgüt idi. Ahiler birbirlerini kardeş varsayarlardı. İlk önce esnaf kesimi arasında ortaya çıkmış sonra yayılmıştır. Ahiler zaviyeler, tekkeler içinde faaliyet gösterirlerdi. Ahi Evran'a da Ahi Baba adı verilmişti.

Ahiliğe kabul edilmek için şu üç ilmi az çok bilmek gerekirdi: İlmi şeriat, ilmi tarikat, ilmi marifet. Ahi zaviyelerine kabul olunanlar, Ahi terbiyesini okuyarak, dinleyerek ve birlikte yaşayarak alıyorlardı. Zaviyede öğretmen ve pirlere önünde sohbet edilir, şarkılar, şiirler ve ilahiler okunur, oyunlar oynanırdı. Bunlara 'yarenlik meclisi' adı verilirdi. Ahi örgütüne ilk giren adayın başı traş edilir, tövbe ve telkin verilirdi. Taç, hırka ve şalvar giyerlerdi. Bu adaylar uzun bir denemeye tabi tutulurdu. Tuğ ve bayrak verilir, kuşak kuşatılır, seccadeye geçirilir, helva pişirtilir, birbirlerine lokma sunulur, diğer bir şehre helva gönderilirdi. Böylelikle uzun yıllar süren bir eğitimden sonra belirli törenlerden geçirilerek olgun bir Ahi olunurdu. Ahi kurallarına göre şu üç şey açık olmalı idi: Eli, kapısı, sofrası. Şu üç şey de kapalı olmalı idi: Gözü, dili, beli. Bunlar Ahiliğin ne denli yüksek bir ahlak anlayışına dayandığını gösterir. Ahiler kızlarını da yetiştirirken şu üç kuralı öğretirlerdi: İşine, eşine, aşına sahip ol. Ahi Evran'ın şu sözleri Ahilik felsefesini çok güzel özetlemektedir:

'Hak ile sabır dileyip,  
Bize gelen Bizdendir.  
Akıl, ahlâk yolunda,  
İlim ile çalışıp,  
Bizi geçen Bizdendir.'

<sup>15</sup> Şen, Osmanlı, 26.

<sup>16</sup> <http://tr.wikipedia.org/wiki/Ahilik>; Erişim tarihi: 26.11.2013.

Her sanat grubu için, kutsal kitaplarda adı geçen peygamberlerden kendi sanatını yapan, o sanatın piri sayılmıştır. Çiftçiler için Adem, hallaçlar için Şit, terziler ve yazıcılar için İdris, marangozlar için Nuh, tüccarlar için Hud, deveciler için Salih, sütçüler ve dülgerler için İbrahim, avcılar için İsmail, çobanlar için İshak ve saatçiler için Yusuf ve Musa, ekmekçiler için Zülküf, tarihçiler için Lut, bağcılar için Üzeyir, çulhalar için İlyas, zırhçılar için Davut, hekimler için Lokman, balıkçılar için Yunus, gezginler için İsa ve tüccarlar için Muhammed adlı peygamberler birer pir addedilmiştir<sup>17</sup>. Ahilik'te 32 sanat kolu oluşturulmuştur. Ahi Evran'ın sanat kolu (mesleği) ise debbaglık (deri tabaklama) idi.

Ahiliğe girene, kuşak ve peştemal bağlama işine şedd denirdi. İlk defa Cebrail'in Hazret-i Adem'e peştemal kuşattığı kabul edilmiştir. Bu kuşak bağlamadaki şedd'e vefa şeddi denir. "Beline kuşatıyorum ta ki sözünde durasın. Şeytana uymayasın daima ona düşman olasın. Dünyaya muhabbet etmeyesin. Allah'ın kaza ve kaderine sabredesin. Nereye gidersen bu tuğ yanında olsun. Tanrı'nın bunda hikmeti vardır" denirdi.

Ahi olmak ve peştemal kuşanmak için kişinin bir Ahi tarafından önerilmesi zorunlu idi. Üye olmak isteyenlerden yedi fena hareketi bağlaması ve yedi güzel hareketi açması beklenmekte idi. Bu demektir ki;

- Cimrilik kapısını bağlamak, lütuf kapısını açmak
- Kahır ve zulüm kapısını bağlamak, hilim ve mülâyemet kapısını açmak
- Hırs kapısını bağlamak, kanaat ve rıza kapısını açmak
- Tokluk ve lezzet kapısını bağlamak, rizayet kapısını açmak
- Halktan yana kapısını bağlamak, Hak'tan yana kapısını açmak
- Herze ve hezeyan kapısını bağlamak, marifet kapısını açmak
- Yalan kapısını bağlamak, doğruluk kapısını açmak

Kâfirler, çevresinde iyi tanınmayanlar, kötü söz getirebileceği düşünülenler, zina ettiği ispatlananlar, katiller, (kasaplar), hırsızlar, dellallar, vergi memurları, vurguncular örgüte katılamazdı. Başlangıçta Ahi Evran kadınları örgüte almamıştı. Sonraları onların Ahiliğin "kadınlar kolu" olarak adlandırabileceğimiz *Bacıyan-ı Rum (Anadolu Bacıları)* örgütüne üye olmalarına ses çıkarmamıştır. Bu örgütü kuran da Ahi Evran'ın karısı Fatma Ana'dır.

Ahilik örgütü üç dereceli, hiyerarşik bir düzene dayanırdı. Her kapı kendi içinde de hiyerarşiye dayalı üç dereceli idi. Şöyle ki:

1. **Kapı:** Yiğit, yamak, çırak
2. **Kapı:** Kalfa, usta, ahi

<sup>17</sup> <http://www.hakkında-bilgi-nedir.com/ahilik-nedir+ahilik-hakkında-bilgi>; Erişim tarihi: 27.11.2013.

### 3. Kapı: Halife, şeyh, şeyh-ül Meşayih (şeyhin şeyhi).

Bu hiyerarşik düzende bir üste sıkı bir itaat ve saygı gösterilirdi. Günümüzde sıkça kullanılan 'pabucunu dama atmak' sözü ahiliğin peştamal kuşanma töreni ile ilgilidir. Çıraklıktan kalfalığa geçiş töreni öncesinde eğitimi tamamlanan çırağın pabucu dama atılırdı. Bu deyim aynı zamanda çırağın kalfalarından, ustalarından artık eskisi gibi ilgi görmeyeceği anlamına gelirdi.

Fütüvvetnameye göre Bektaşî-İslami bir yapıya dayanan Ahilik örgütünün menşei Hz. Ali'ye kadar uzanır. Aleviler arasında yaygındır. Bu kuruluş 17. yy'a kadar yaşamış, daha sonra yerini esnaf arasında yayılan gediklere ve loncalara bırakmıştır. Loncalar ise sultanın 'berat-ı şerif'i ile atanan üst yöneticilerce yönetilen bir esnaf örgütüdür. Lonca kavram olarak belli esnaf ve sanat mensuplarının kendi aralarında kurdukları düzeni ve toplandıkları yeri (odayı) ifade eder. Bunlarda dini öğeler daha hafif idi. Hatta müslim-gayrimüslim ayrımı dahi yapılmazdı<sup>18</sup>. Her loncanın bir 'teavün' ya da 'orta sandığı' bulunurdu. Bunlar üyelerine ve aile efradına hastalık, evlenme, doğum, iş kurma, işsizlik, ölüm risklerine karşı aynı ve nakdi yardım yaparlardı.

Ahiliğin Türk-İslam kültüründeki sonuçları şöyle özetlenebilir: 1. Ahilik, Anadolu'da köylere kadar yayılarak Anadolu'nun daha kısa sürede Türkleşip islamlaşmasını sağlamıştır. 2. Göçebe Türkmenler yerleşik hayata geçirilerek hem islami uyum kolaylaşmış, hem de Türk şehirciliği hız kazanmıştır. 3. 13. yy'ın ikinci yarısına kadar çoğunlukla gayrimüslimlerin Türk olmayan yerli halkın elindeki sanat ve ticaret işlerine müslüman Türkler de katılmıştır. 4. Türk esnaf ve sanatkarları arasında sağlanan dayanışma ve yardımlaşma sayesinde Ahilik önemli bir güç haline gelmiş, hız kazanmış, asayişin bozulduğu zamanlarda (örneğin Moğol İstilası) kendi otoritesini yürütmüştür. 5. Dini ve ahlaki yapı korunmuştur.

**4. Özel sigortalar:** Sosyal güvenlik teknikleri içinde gelişmiş bir tekniktir. Sigorta her şeyden önce kişileri güvence altına almayı amaçlar. Bu kavram, benzer belirli tehlikelere (rizikolara) maruz çok sayıda kişinin bir araya gelmesinden doğan bir topluluğa (risk topluluğu, *Gefahrengemeinschaft*) dahil bir kimsenin ileride bir tehlikeye maruz kalması halinde, gerçekleşen tehlikenin yarattığı zararların sigortacı tarafından tehlike topluluğuna mensup kişilerden önceden alınan belli bir prim karşılığında giderilmesine yönelik hukuki bir kavramdır<sup>19</sup>. Topluluğun gönüllü olarak oluşturulması şart olmayıp, yasa zoruyla da (trafik sorumluluk sigortası, deprem sigortası gibi) olabilir. Böylece, aynı veya benzer rizikolara maruz bulunan kişiler topluluğunda rizikonun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak zararın belli bir prim karşılığında giderilmesine yönelik bağımsız bir talep hakkına sahip olunmasına sigorta denmektedir. Sigortada, tehlikenin zararlı sonuçları bir topluluk arasında

<sup>18</sup> Şen, Osmanlı, 26; Dilik, 32 vd.

<sup>19</sup> R. Kender, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, C. 1, 10.bası, İstanbul 2011, 2-3.

dağıtılarak azaltılmaktadır. Sigortacılıkta amaç, aynı veya benzer rizikolara maruz mümkün olduğu kadar çok sayıda kişiyi bir araya toplamak suretiyle, bunlardan alınacak primlerin rizikonun gerçekleşmesi halinde ödenecek sigorta tazminatlarını karşılayacak tarzda ayarlanmasıdır. Bu da, rizikoların gerçekleşme oranı, sigorta ettirilecek kişilerin sayısı ve tahsil edilecek primlerin yüksekliği arasında ölçülü bir denge kurulmasına bağlıdır. Bu konuda istatistik, ihtimaller hesabı, büyük sayılar kanunu gibi birtakım bilimsel esasların yardımına başvurulur. Belirli bir dönemde tahsil edilen primler tutarı, gerçekleşen rizikoların doğurduğu zararların üzerinde olursa, aradaki fark sigortacının kârını, aksi olursa zararını oluşturur.

Özel sigortalar zorunlu veya isteğe bağlı olabilir. Riskin kaynağının bulunduğu ortama göre, riskin malvarlığı veya şahıs varlığını tehdit etmesine, sigortacının ödediği meblağın somut bir zarar karşılığı olup olmamasına göre çeşitli türleri vardır.

Sosyal güvenlik için özel sigortadan yararlanma fikri ilk önce Birleşik Krallık'ta (19. yüzyılda) ortaya atılmıştır. Müteşebbis bir sigorta şirketi, çalışan kişileri hıfz-ı hayat olarak ödenen önemsiz bir prim karşılığında ölüm ve yaşlılığa karşı sigorta ettirmeye başlamış (halk sigortası), bu buluş Birleşik Krallık'ta pek büyük bir rağbet görmüş, oradan Avrupa ve Amerika'ya hızla yayılmıştır. Daha sonra hastalık rizikosunu karşılayan türü de ortaya çıkmıştır. Özel sigorta, Alman ve Birleşik Krallık sosyal güvenlik sistemlerinin gelişmesini büyük ölçüde etkilemiş bulunmaktadır.

Her şeye rağmen özel sigorta kural olarak isteğe bağlı, özel hukuka tâbi bir sözleşme olduğu, zorlayıcılık karakteri bulunmadığı ve bununla uğraşan özel sigorta şirketlerinin esas gayesi kâr sağlamak olduğundan birbiriyle rekabete girerler, ağır rizikolardan kaçınırlar, müşterileri arasında seçim yaparlar, üstelik isteğe ve tamamen prim ödeme şartına bağlı olduğundan, özel sigorta, gerçek anlamda sosyal güvenlik kavramının dışında kalır<sup>20</sup>.

**5. Sosyal sigortalar:** Sosyal güvenlik tekniklerinin en gelişmiş ve yaygın olanıdır. Bir ülkede çalışanların maruz kalabilecekleri belli sayıda sosyal riskleri, zorunlu olarak işçi ve işverenlerin, bazen devletin de katılımıyla devlet tarafından kurulup örgütlenen fakat özerk yönetilen bir kurum tarafından karşılanmasına yönelik bir sigorta tekniğidir. İlgililerin maddi katkısıyla gerçekleştirildiği için "katılnmalı (ya da primli) sosyal güvenlik rejim"leri arasında sayılır. Genel olarak işçi-işveren ve devlet üçlüsünün mali desteğiyle gerçekleştirilir. Prim miktarı rizikonun ağırlığına değil, ücretin yüksekliğine göre belirlenir. Sosyal sigorta sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak zayıfı korumayı, sigortalılar arasında denge sağlamayı amaçlar. En büyük özelliği, ilgililerin katkısının zorunlu olmasıdır. Bir ülkede sosyal güven-

<sup>20</sup> Tuncay/Ekmeççi, 16.

lik sisteminin dayandığı en önemli araç durumundadır. Katılımın zorunlu olması, devletçe örgütlenmiş olması, belirli sayıda riski kapsamına alması açılarından özel sigortalardan ayrılır.

Modern anlamda sosyal sigortalar oldukça uzun bir geçmişe sahiptir. Daha sonra görüleceği üzere, dünyada ilk kez Almanya'da 1881 tarihinde Başbakan Bismarck'ın girişimiyle İmparator I. Wilhelm tarafından kurulmuş, bu tarihten sonra tüm dünyaya yayılmıştır. Almanya'yı, Avusturya (1887), Macaristan (1891), Norveç, Fransa (1894), Finlandiya (1895), İtalya (1898), İspanya (1900), Birleşik Krallık (1911), 1930'lardan sonra da sırasıyla Rusya, Japonya, ABD, Kanada ve diğer ülkeler takip etmişlerdir. Aslında İsviçre'nin Bern Kantonu 1893 yılında sınırlı bir işsizlik sigortasını, Belçika'nın Ghent kenti yönetimi ise 1901 yılında işçi sendikalarının kurdukları işsizlik fonlarının desteklenmesini kabul etmişti. Belçika'da gönüllü yaşlılık sigortası 1850, Fransa'da ise 1851'de kabul edilmiştir. Dünyada ilk defa zorunlu işsizlik sigortası 1911 yılında Birleşik Krallık'ta, zorunlu yaşlılık ve sakatlık sigortaları ise Avusturya'da kabul edilmiştir (1854). Ancak bu sigortalar oldukça ilkel bir görünüş arz ediyor ve sınırlı bir işçi kesimini kapsamına alıyordu<sup>21</sup>.

Sosyal sigortaların 9 ana kolu vardır. Türkiye'nin de taraf olduğu, ILO'nun 1952 tarihli ve 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşmesi'ne göre bunlar, I. Hastalık halinde sağlık yardımları, II. Hastalık ödenekleri, III. Analık, IV. Sakatlık, V. Yaşlılık, VI. İş kazası ve meslek hastalığı, VII. Ölüm, VIII. Aile yardımları ve IX. İşsizlik sigortasıdır. Sosyal sigortalar hemen her ülkede bütün kollarıyla birlikte aynı tarihte değil fakat kademeli olarak kurulmuştur. Ülkemizde aile yardımları dışında diğer tüm sosyal sigorta kolları işlev görmektedir.

**6. Katılmasız sosyal güvenlik rejimi:** İlk kez 19. yüzyılda yapılmaya başlamış olan sosyal yardımlar bugün sosyal sigortalarla birlikte sosyal güvenliğin iki ana kolunu oluştururlar. Ancak sosyal yardımlar Dünyada sosyal sigortalar kadar kapsamlı ve örgütlü değildir. İlk önce Danimarka'da 1891'de kabul edilen yaşlılık aylığı programı, 60 ve daha yukarı yaştaki muhtaç kişilere yerel idarelerce aylık bağlanmasını öngörüyordu. Sosyal yardım programları (social assistance schemes) alanında Danimarka'yı diğer İskandinav ülkeleri, onları da İngilizce konuşulan ülkeler takip etti. Yeni Zelanda 1898'de, Birleşik Krallık ve Avusturya 1908'de muhtaç yaşlılara devlet bütçesinden aylık bağlanmasını kabul ettiler. Bu programlar daha sonra sakat, işsiz ve ölenlerin yakınlarına kadar genişletildi. Bu uygulama daha sonra öteki ülkelere de yayıldı. "Kamu yardımları" adı da verilen bu yardımlar, yoksul, muhtaç veya az gelirli kişilere devlet bütçesinden yardım yapılması esasına dayanır. Sadece vergilerle finanse edilmeleri, herhangi bir karşılık gözetilmeksizin yoksul, bakıma muhtaç, yaşlı, sakat veya özel nedenleri olan kişilere uygulanması ve sadece devlet bütçesinden sağlanması açılarından sosyal sigortalardan ayrılır. İlginin herhangi

<sup>21</sup> Tuncay/Ekmekçi, 17.

bir katkısının söz konusu olmadığı için buna “katılmasız sosyal güvenlik rejimi” adı da verilmektedir. Birleşik Krallık'ta, bu kamu yardımları Hazine bünyesinde oluşturulan bir “sosyal fon”dan yapılmakta olup muhtaçlara parasal yardımlardan, ekonomik krize, doğal afetlerden ödünç para vermeye kadar türlü yardım biçimleri vardır. Bu bakımdan sosyal sigortalardan daha gelişmiş ve hümanist bir teknik olduğu söylenebilir. Bugün Yeni Zelanda, kısmen de Avustralya sosyal güvenlik sistemlerini esas itibariyle sosyal yardımlara (katılmasız rejime) dayandırmışlardır.

Son yıllarda dünyada sosyal yardımların yanında sosyal hizmetler ya da sosyal refah hizmetleri adı verilen yeni bir kavram daha ortaya çıkmış bulunmaktadır. Bundan, toplumun mensupları olan bireylerin, o ülkenin genel şartları çerçevesinde insana yaraşır bir biçimde varlıklarını sürdürebilecekleri bir ortam yaratmaya, sosyal ve ekonomik sorunlarının çözümüne yardımcı olmaya yönelik tüm hizmetler anlaşılır. Bu hizmetler, çocuk bakımı, muhtaç çocukların korunması, muhtaç durumdaki yaşlı, sakat ve hastalara bakım ve yardım, dar gelirli bireylere sağlık hizmetleri, tatil imkânları sunma, konut ihtiyaçlarının giderilmesine çalışma gibi akla gelebilecek her türlü hizmeti kapsar. Bu hizmetler esas itibariyle kamu kaynaklarından karşılanmakla beraber özel gönüllü kuruluşların yardımıyla da yürütülebilir. Sosyal yardımlar daha çok parasal edim, sosyal hizmetler ise belirli hizmetler sunma biçiminde ortaya çıkmakla beraber aralarında kesin bir çizgi çizmek zordur.

Kuzey Avrupa ülkeleri, Avustralya ve Yeni Zelanda'da önemli bir yer tutan sosyal yardımlar ve hizmetler yani katılmasız sosyal güvenlik rejiminin ülkemizde tüm sosyal güvenlik sistemi içinde payı çok azdır. Ancak aşağıda göreceğimiz gibi İslam dünyasında sosyal güvenlik müesseseleri esas itibariyle katılmasız sosyal güvenlik rejimlerine dayanır.

#### IV. İslamiyet'te Sosyal Güvenlik Fikrine Yön Veren İlkeler

**1. Kardeşlik ilkesi:** İslam bütün müslümanları kardeş sayar. Kardeşin kardeşe el uzatması, yardımda bulunması, derdiyle ilgilenmesi için arada kan bağı olması gerekmez. Müslüman kişi kan bağı olmayan müslümanlar da kardeş sayıldığı için kendini zaruret içinde olana yardım eli uzatmak için zorunlu hisseder. Bu açıdan ‘iha=kardeş yapma’ olarak bilinen olay insanlık tarihinde bir devrim kabul edilir<sup>22</sup>. Nitekim hadislerde ‘Müslüman, Müslüman'ın kardeşidir. Ona zulmetmez, onu tehlikede yalnız bırakmaz. Kim, kardeşinin bir ihtiyacını görürse Allah da onun bir ihtiyacını görür. Kim bir Müslüman'ı bir sıkıntıdan kurtarırsa, Allah da o sebeple onu, kıyamet gününün sıkıntısından kurtarır’. ‘Varislerini bir başkasına el açacak bir şekilde bırakmaktansa, onları zengin olarak bırakmak çok daha hayırlıdır’. ‘Komşusu aç yatarken tok yatan bizden değildir’. ‘Bir kimse kendisi için istediği şeyi mümin kardeşi

<sup>22</sup> Beşer, 10.



*için istemedikçe iman etmiş olamaz'. 'Müslümanlar birbirini sevmeye, birbirine acı-mada bir vücudun organları gibidir. Organlardan biri şikayet ederse, vücudun diğer organları onun acısına iştirak eder ve onun yardımına koşar'. 'Mümin, mümine karşı, parçaları birbirine bağlayan, destek olan bina gibidir' buyrulurarak sosyal güvenlik açı-sından kardeşlik ve yardımlaşmanın önemi vurgulanmıştır<sup>23</sup>. Hz. Peygamber müs-lümanların birbiriyle kardeş olduklarını ve aralarındaki sosyal dayanışmaya önem vermeleri gerektiğini bir başka hadisinde şu sözlerle ifade etmiştir: 'Sen müminleri, birbirini sevmeye, birbirlerine merhamet etmeye, birbirlerine şefkat göstermeye tıpkı tek bir vücut gibi görürsün, yani onun bir uzvu rahatsızlansa diğer uzuvlar uykusuzluk ve hararetle onun rahatsızlığına ortak olurlar'<sup>24</sup>. Diğer bir ifade ile, darda kalan insana yardımcı olmak, üzüntüye kapılanları teselli etmek, ümidi kırılanların moralini düzeltmeye çaba harcamak, dertliye deva aramak gerçek bir müminin vazifeleri cümlesindedir. Bir insan eğer Allah'tan yardım niyaz ediyorsa, ilk önce onun baş-kalarına acıması, elinden gelen yardımı esirgememesi icap eder. Halka acımayan, merhamet duygusundan yoksun kimseye kuşkusuz, Allah da merhamet etmez. İslam'daki kardeşlik ilkesi Ahilik'teki kardeşlik ilkesiyle büyük ölçüde örtüşmektedir.*

Unutmamak yerinde olur ki, Cenab-ı Hakk'ın, kullarına bağışladığı en güzel duygulardan biri acıma duygusudur. Allah'ı seven kişinin, onun yarattıklarına da sevgi duyması ve eğer bu yaratıklar içinde dara düşeni, ezilene, perişan olanı, sıkıntı içinde çırpınanı görürse, hemen yardımına koşması, onu koruyup kurtarmaya çalışması gerekir. Peygamberimiz zayıfların, kadınların ve yetimlerin haklarının ihlal edilmemesini buyurmuştu. Ona göre '*en hayırlı müslüman evi, içinde bir yetimin iyilik gördüğü evdir. En kötü müslüman evi, içinde yetimin kötülük gördüğü evdir*'<sup>25</sup>.

İslam dini, beşeriyetin (insanlığın) mutluluğunu, toplumun dirlik-düzenlik içinde huzurla yaşamasını, güçlünün ve varlığının güçsüze ve yoksula el uzatmasını emir ve telkin eden son ve en mükemmel dindir. Bu itibarla bireyin hak ve huku-kunu koruduğu kadar, hatta bazen ondan da fazla, kişinin karşısındaki diğer insana iyiliğini arzulaması, onların yararına olacak davranışlarda bulunmasını hedef gösterir. Yine bir başka Hadis-i şerife göre Tanrı kullarının birbirinden üstünlüğü, İslamiyet'e göre ancak Allah korkusu ve topluma olan hizmet derecesiyle orantılıdır. Mal, mülk, hesap, nesep ölçü olarak alınamaz. Fakat topluma en fazla yararı olan, başkasının derdine çare arayıp bulan, bir yetimi sevindiren, bir yolda kalmış gide-ceği yere ulaştıran, bir hastanın sağlığa kavuşmasını sağlayan, bir açığı doyuran, bir sakata iş bulan, bir dar gelirliyi bunalımdan kurtaran insan hayırlıdır, Allah katında makbuldür, mükafatlandırılmaya da layıktır.

<sup>23</sup> Sağlam, 4.

<sup>24</sup> Sağlam, 5; Karahan, 26.

<sup>25</sup> Yılmaz, 2.

Büyük Türk şairlerinden Urfalı Yusuf Nabî, bu Hadis-i şerifi şöylece şiirleştirmiştir<sup>26</sup>:

Hayr-i nâsa murâdın ise vukûf  
Hayr-i Nâs'ın hadîsin et iz'an  
Hayr oldur ki cümleten efvân  
Ola halk-ı cihâna nef'-resân

Dindar insan hem bireysel mutluluğu hem de sosyal adaleti sağlaması için Allah'ın kendisine verdiği olanaklardan, nimetlerden, servetinden vs. başkalarını da faydalandıran, bunları başkalarıyla paylaşan, böylece mülkün asıl sahibinin Allah olduğunun bilincinde olan kişidir<sup>27</sup>.

**2. Cemaat ilkesi:** İslam'ın bir cemaat dini olduğu hatırlanmalıdır. Kuran'ın ifadesiyle müslümanlar kurşunla kaynatılmış binalar gibidir. Tüm müminler Allah'ın karşısında toplu ve yekvücut olarak hareket ederler. Tıpkı Fatıha suresindeki '*Yalnız sana ibadet ederiz, yalnız senden yardım dileriz.*' ya da '*Allah'ın ipine hepimiz sımsıkı yapışın. Dağılıp ayrılmayın.*' sözlerinde olduğu gibi. Bu sözlerdeki çoğulcu ifade cemaat düşüncesini vurgular<sup>28</sup>.

Bir kez cemaat halinde hareket etme müminin kalbine işlenince karşılıklı yardım ve dayanışma içinde olma fikri daha kolay gerçekleşir. Maxime Rodinson'un ifadesiyle 'Kısacası cemaat içinde zenginlerin gelirleri oranında az veya çok katılmak zorunda oldukları düzenli bir karşılıklı yardım söz konusudur'<sup>29</sup>.

**3. Sosyal adaleti sağlama ilkesi:** Kuran-ı Kerim bireyleri muhtaç ve yoksul olanlara sadaka vermekle yükümlü tutmuştur. Tasadduk yani sadaka verme İslam'da dayanışmanın dolayısıyla sosyal güvenliğin sağlanmasında önemli bir yer işgal eder<sup>30</sup>. Sadaka vermede aslında zorunluluk vardır. Kuran-ı Kerim genellikle sadakayı zorunlu bir vergi anlamında kullanmıştır. Tevbe suresinin 60'ıncı ayetinde halktan toplanan sadakanın (vergilerin) nerelere sarf edileceği açıkça gösterilmiştir<sup>31</sup>. Kuran-ı Kerim müslümanları tasadduka teşvik etmek için eski peygamberlerin kıssalarına atıfta bulunur. Kuran, herkesi sadaka vermekle zorunlu tutmak suretiyle servete doymaz insan psikolojisinin her seviyede bir üstündekine bakarak sadaka verecek güce sahip olmadığını söylemesine engel olmak istemiştir<sup>32</sup>. Herkesi kapsayan

<sup>26</sup> Karahan, 16.

<sup>27</sup> Sağlam, aynı yer.

<sup>28</sup> Beşer, 12.

<sup>29</sup> M. Rodinson, İslam ve Kapitalizm, çev. O. Suda, Hürriyet Yayınları, İstanbul 1978, 38.

<sup>30</sup> Beşer, 48.

<sup>31</sup> H. Hatemi, 308-309. Tevbe suresinin 60'ıncı ayeti şöyle der: '*Sadakalar Allah'tan bir farz olarak şunlar içindir: Fakirler, düşkünler, toplum içinde memur olanlar, gönülleri (İslam'a) alıştırılmak istenenler, köleler, tutsaklar, borçlular, Allah yolundakiler ve yolda kalmış kişilerdir. Allah hakimdir ve alimdir.*'

<sup>32</sup> Beşer, 52.

tasadduk ve infak (nafaka verme) Kuran-ı Kerim'de sıkça zikredilen bir konudur. Hz. Muhammed de Medine döneminde herkesin sadaka vermekle yükümlü olduğunu söylemiştir. Peki herkes sadaka vereceğine göre alacak olan kimdir? Bunun cevabı doğal olarak herkeştir... Böylece ortaya bir sevgi ve dayanışma toplumu çıkacaktır<sup>33</sup>.

Aşağıda göreceğimiz gibi İslam'ın beş şartından biri olan zekatı da bu kategoriye eklersek (ki öyle olmalıdır) toplumda servetin paylaşılması, gelirin adil şekilde dağıtılması gerçekleşmiş olur. Bu da sosyal adaleti gerçekleştirir. İslam ihtiyaçtan fazla olan servetlerden devletin aldığı adil vergiyi, yoksulun ve muhtaç olanın hakkı olarak görür, yoksa merhametten lütfedilmiş bir şey olarak değil<sup>34</sup>. Kuran-ı Kerim ayrıca '*Ey iman edenler! Başa kakmak ve eziyet etmek suretiyle sadakalarınızı boşa çıkarmayınız.*' buyurmuştur<sup>35</sup>. İslam bir yandan sosyal dayanışmayı ve yardımlaşmayı İslam toplumlarının bireylerinin birbirlerine karşı sorumluluklarını büyük bir titizlikle düzenlemiş, diğer yandan kumarı ve havadan kazançları hoş görmediği için bireylerin günümüzde sosyal sigortalara tabi tutulmasının ve bu uygulamanın devlet eliyle yapılmasının İslami esaslara aykırı bir yönü olmadığı ileri sürülmüştür<sup>36</sup>.

## V. Sosyal Güvenliği Sağlamakla Yükümlü Olanlar

Bunlar aile bireyleri, zekat verenler ve beytülmal(devlet hazinesi)'dir.

**1. Aile bireyleri:** Aile bir toplumun en küçük sosyal kurumudur. İyi yetişmiş, ahlaklı, sağlıklı, dürüst ve yardımsever bireylere sahip ailelere sahip toplumlar en güçlü toplumlardır. Öyle ki, T.C. Anayasası aileyi, Türk toplumunun temeli saymıştır (md. 41). Bir toplum o toplumu oluşturan aile kurumunun dağılmasıyla çökmeye yüz tutar. Sağlam aile sağlam toplum demektir. Her şeyden önce bireylerin sosyal güvenlik, sosyal yardımlaşma ve dayanışma ihtiyaçlarından birinci derecede sorumlu olanlar ailenin diğer bireyleridir. Bilindiği gibi hukukumuzda aile içindeki akrabalar muhtaç durumdaki diğer bireyelerine nafaka vermekle yükümlüdür (MK md. 364): 'Herkes yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür'. İslam Hukukunda ise akrabalar arasındaki nafaka yükümlülüğü sadece çekirdek aile olan karı-koca ve çocuklarla sınırlı değildir. Geniş anlamdaki aile tipinde yakından uzağa doğru tüm akrabalar, hatta komşuları da içine alan bir topluluk birbirine yardım etmekle yükümlü tutulmuştur<sup>37</sup>. Nafaka zorunluluğu içme, yeme, giyinme ve barınma ihtiyaçları girer. Kuran-ı Kerim varlık sahibi olan herkesin nafaka vermekle yükümlü

<sup>33</sup> Beşer, 54.

<sup>34</sup> H. Hatemi, 309.

<sup>35</sup> Bakara Suresi, 2/64.

<sup>36</sup> H. Hatemi, 312.

<sup>37</sup> Sağlam, 6.

olduğunu buyurmuştur<sup>38</sup>. Nafaka miktarı yükümlünün varlık durumuna göre değişir. Varlıklı olan çok, varlığı az olan az nafaka verir. O halde bireyin sosyal güvenlik alanındaki ihtiyaçları, önce kendisi, sonra aile bireyleri ve yakın akrabaları, daha sonra komşuları tarafından sağlanacak, en son olarak da bundan beytülmal yani devlet hazinesi sorumlu olacaktır.

**2. Zekât verenler:** Bilindiği gibi zekât İslam'ın beş şartından biridir. Zekât vermek farzdır (zorunludur). Belirtelim ki, nafaka modern sosyal güvenlik rejimlerinde bir sosyal güvenlik sağlama yöntemi olarak kabul edilmez. Zekât Kuran-ı Kerim'de İslam toplumunda zengin sayılan kişilerin belli yerlere sarf edilmek üzere malvarlığından belli bir payın alınma işlemini ifade eder. Zekâtı tam ehliyetli, müslüman ve özgür kişiler vermekle yükümlü tutulmuştur<sup>39</sup>. Sözcük olarak Arapça'da artma, çoğalma, malı koruma, bereket gibi anlamlara gelir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, Kuran-ı Kerim'de sadaka sözcüğü sık sık zekât anlamında da kullanılmıştır. Bir tür vergi olan bu ödemeyi yapmak her Müslüman için farzdır. Hicret'in ikinci yılında (624) farz kılınmıştır. Bu o kadar farz (zorunlu) kılınmıştır ki, Hz. Peygamber '*Zekât vermeyenin namazı da yoktur.*' demiştir.

Kuran-ı Kerim zekâtın verileceği kişileri 8 grup altında toplamıştır<sup>40</sup>. Bunlar fakirler ve miskinler (muhtaçlar), zekât tahsildarları, müellefe-i kulüb (yani kalpleri kazanmak istenenler), köleler, borçlular, Allah yolunda olanlar ve yolda kalmış olanlar<sup>41</sup>. Zekât kurumu İslam'da sosyal adalet ve dengeyi kurmaya yönelik diğer bir ifade ile sosyal güvenliği sağlamaya yönelik en önemli kurumdur. Beş kategori maldan alınır: Bunlar; tarım ürünleri, üzüm ve hurma, deve, sığır, koyun, keçi, altın ve gümüş, tüccar eşyası. Zekât söz konusu malların belirli bir meblağa ulaşması halinde farz olur<sup>42</sup>. Müellefe-i kulüb, Peygamber ve halifeleri tarafından ya müslümanlara zarar verenlerin def'i veya İslamiyet'e rağbetin celbi ya da kendi kavim ve aşiretlerini İslam içine sokmaya çaba göstermek amacıyla kalpleri telif edilenler (ısındırılanlar) anlamına gelir. Bu grubun Peygamberin vefatından sonra varlığını sürdürüp sürmediği bilinmemektedir. Fakat fakirlerle muhtaçlar arasındaki fark pek belli değildir<sup>43</sup>.

Kuran-ı Kerim'de sadaka iki anlamda kullanılmıştır. Birincisi gönüllü olarak, dini ve ahlâki duygularla ödenen sadaka, diğeri zorunlu olarak ödenen sadaka yani zekâttır<sup>44</sup>. Daha açık bir anlatımla sadaka iki türlü ödenirdi. Aslında sadakanın iki türü vardır. Birinci türü emvali batınadan yani kişilerin gizli (özel) mallarından

<sup>38</sup> Talak Suresi, 65/7: '*Varlıklı olan kimse imkanına göre nafaka versin. Rızıkı kısılmış olan kimse de Allah'ın kendisine verdiğiinden versin.*'

<sup>39</sup> Sağlam, 11.

<sup>40</sup> Sağlam, 11; C. Üçok, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 3.bası, Ankara 1960, 75.

<sup>41</sup> Bu hususta bak. Beşer, 138 vd.

<sup>42</sup> Dilik, 28.

<sup>43</sup> Üçok, 75.

<sup>44</sup> Hatemi, 308.

verilen sadaka olup kişinin gönlüne bırakılmış bir yardımdır. Arzu eden kişi bunu muhtaç ve yoksullara verirdi. Bu şekli itibariyle sosyal yardıma benzerdi. Diğer türü ise emvali zahireden (yani kişilerin görünürdeki mallarından) alınan sadaka idi ki bu belirli zamanlarda idareye ödenir ve verilmesi zorunlu idi. Bu şekliyle vergiye benzerdi ve buna zekât denirdi<sup>45</sup>. Sosyal yardım niteliğinde olan sadakayı Halife Ebu Bekir ve ondan sonra gelen halifeler bir vergi şekline sokarak İslam'da devlet hazinesinin başlıca gelir kaynağı haline getirmişlerdir<sup>46</sup>. Zekât bu niteliği itibariyle bundan yararlanacak olanlar için bir tür katılsız sosyal güvenlik aracına<sup>47</sup>, ödemekle yükümlü olanlar için ise vergiye benzetilebilir. Servetin adil dağılımına yardımcı olması gibi sosyo-ekonomik bir niteliğe sahiptir. Hz. Peygamber başkasına borcu olanın sadaka vermesinin nafîle (boşuna) olduğunu, onun sadakasının Allah katında kabul görmeyeceğini buyurmuştur. Ona göre muhtaç bir kimseye ödünç vermek tasadduk etmekten daha hayırlıdır. Şu kadar ki, geri ödemede faiz istemek, ödünç verilen kişiden bir çıkar beklememek kaydıyla. Peygamberimiz '*Ödünç vermek, tasadduk etmekten on sekiz kat daha faziletlidir*' demiştir<sup>48</sup>.

**3. Beytülmal:** Zekât yoluyla da ihtiyaçları karşılanamayan zayıf ve kimsesizlerin sosyal güvenliği devlete (beytülmal) düşer<sup>49</sup>. Sorumluluk açısından bakıldığında devletin bireylerin sosyal güvenliğini temin açısından bir tür garantörlük yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>50</sup>.

Şöyle ki, sosyal devlet yurttaşlarına iş bulmak ve onlara iş güvencesi sağlamakla yükümlüdür. Beytülmal Arapça'da toplumsal ihtiyaçların karşılanması için kurulan 'devlet hazinesi' anlamına gelir. Devletin elinde toplanan malların bütünü kapsayan hazinenin (beytülmal) ise tüzel kişiliğe sahip olduğu ileri sürülür<sup>51</sup>. Beytülmal'ın aktifinde bulunan malların hukuken tüm müslümanlara ait olduğu kabul edilir. Eğer toplumun bir üyesi, her ne sebebe bağlı olursa olsun geçimini sağlayamaz, muhtaç duruma düşerse, ona gerekli yardımı yapmak devletin sorumluluğudur. Hatta İslam felsefesinde bireyler müslim, gayrimüslim olmasına bakılmaksızın sosyal güvenlik garantisi altındadırlar. Zira Hz. Ömer zamanında bile Beytülmal'dan ödenen maaşlardan müslümanlar gibi gayrimüslimler de yararlandırılıyordu. Maaşlar çocuk, yetişkin muhtaç kişilere bağlanmıştı. Görülüyor ki, devlet İslam'da bireylerin sosyal güvenliklerinin kefilidir<sup>52</sup>. Bu da günümüzdeki sosyal devlet ilkesini hatırlatır.

<sup>45</sup> A. Tuncay, Eski Vakıf Hükümlerimiz ve Vakıflarla İlgili Bazı İnceleme ve sorunlar, Yıldız Sarayı Vakfı, Yayın No. 1, İstanbul 1984, 63.

<sup>46</sup> Üçok, 76. Hz. Muhammed'in ölümünden sonra zekâtı ödememek için bazı kabileler İslamiyet'i dahi reddetmişlerdir. Bu olaya 'ridde' adı verilmiştir (Üçok, aynı yer).

<sup>47</sup> Sağlam, 12.

<sup>48</sup> M. Hadimi, İslam Ahlakı, İhlas Matbaacılık, İstanbul 1985, 446.

<sup>49</sup> Sağlam, 6.

<sup>50</sup> M. Yılmaz, İslam'da Sosyal Güvenlik, 1: <http://www.yeniiumit.com.tr/konular/detay/islam-da-sosyal-guvenlik> (Erişim tarihi: 21.11.2013).

<sup>51</sup> Sağlam, 6.

<sup>52</sup> Sağlam, 7.

## VI. Sosyal Güvenliği Sağlayan Kurumlar

Bunlar belli başlı nafaka, zekat, sandık, akile ve vakıf müesseseleridir. Bunlara fitre, kurban ve kefareti de ekleyebiliriz. Ancak bunların konumuz içinde önemi azdır. Biz önemli kurumlar hakkında biraz açıklama yapmak istiyoruz.

### 1. Nafaka

Bazı durumlarda kişi arzu etmese de karnını doyuramayacak kadar muhtaç duruma düşebilir. Bu gibi durumlarda onun ihtiyaçları üçüncü kişilerin omuzuna biner. Muhtaç kişinin yeme, içme, giyinme ve barınma ihtiyacını yakın akrabalarından başlayarak üçüncü kişilerce karşılanması kurumuna nafaka diyoruz. Türk-İslam geleneğinde çalışma zorunluluğu bulunmayan ya da boşanan hatta boşanmakta olan kadının nafakası kocaya, malı olmayan ve okuyan küçük çocukların nafakası babaya aittir. Muhtaç durumdaki ana babanın geçimini temin çocuklara düşer. Nafaka yükümlülüğü kardeşlere hatta yakın akrabalara kadar gider. Medeni Kanunumuzun 364üncü maddesi herkesi 'yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üst-soyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlü' tutmuştur. Kuran-ı Kerim nafaka yükümlülüğü içine sadece karı koca ve çocukları değil, yakın akrabaları hatta komşuları da dahil etmiştir. '*Varlıklı olan kimse imkanına göre nafaka versin. Rızkı kısılmış olan kimse de Allah'ın verdiğiinden versin.*' ayeti<sup>53</sup> herkesin durumuna göre çevresindeki insanları gözetmek durumunda olduğunu ifade etmekle birlikte nafaka vermekten korkmanın yersiz olduğu vurgulanmaktadır<sup>54</sup>. Nafaka hakkında yukarıda esasen bazı açıklamalar yapılmıştı.

### 2. Zekât (Sadaka)

Nafakadan sonra gelir ve varlıklı olma şartı aranmaksızın sadece aile bireylerini değil, toplumun hemen hemen tüm bireylerini başkalarına yardıma zorunlu tutan bir islami kurumdur. Zekât yukarıda da değindiğimiz gibi artma, çoğalma, bereket, kurtuluş anlamını taşır. İslam'ın beş şartından biri olan zekât, Allah'ın belirli yerlere sarf edilmek üzere zengin sayılan kişilerin özel niteliklere sahip olan mallarından belli bir payın alınması işlemini ifade eder<sup>55</sup>. Yukarıda değindiğimiz gibi Kuran-ı Kerim sadaka sözcüğünü iki anlamda kullanmıştır. Birincisi herkesin fakir ve muhtaç kişilere gönlüne göre verdiği isteğe bağlı olarak yapılan bir ödeme, diğeri devlet hazinesine yapılan zorunlu ödeme. Bu ikincisine zekât diyoruz. Zekât günümüzdeki gelir vergisine benzer ve devletin tahsildarları tarafından tahsil edilir. Bu vergiye tabi olan mallar; insanların ekip biçtikleri tarlaların ürünü, üzüm ve hurma ürünü, sahip oldukları deve, sığır, koyun, keçi, altın, gümüş ve ticari eşyadan

<sup>53</sup> Talak Suresi, 65/7.

<sup>54</sup> Sağlam, 6; Yılmaz, 2.

<sup>55</sup> Sağlam, 11.

ibarettir<sup>56</sup>. Zekâtın paylaşılacağı kişiler ise 8 grupta toplanmıştır. Bunlar fakirler, muhtaçlar (miskinler), zekât tahsildarları, kalpleri İslam'a alıştıırılacak olanlar (ki bunlara müellefe-i kulüb adı verilir), köleler, borçlular, Allah yolunda uğraş ve verenler ve yolda kalanlardır<sup>57</sup>.

Zekât vermek farz (zorunlu) tutulmuş olduğundan vergiye benzer<sup>58</sup>. Varlıklı olanın varlığından bir miktar alınıp yoksul olana verilmesini sağladığından toplumda gelirin yeniden adilce dağılımı sağlanmış olur. Zekât verme bireyin arzusuna bırakılmış bir ödeme değildir. Devletin memurları tarafından tahsil olunur. Hicret'in ikinci yılında (624) farz kılınmıştır. Hz. Muhammed müslümanlığı kabul etmiş kabilelere tahsildarlar göndermiş ve zekât toplamalarını sonra da bunu aynı kabilelerin müslüman fakirlerine dağıtmalarını emretmiştir<sup>59</sup>. Öyle ki, Hz. Muhammed'in ölümünden sonra dört halife devrinde zekât ödemek istemeyen kabilelerin üzerine asker gönderildiği ifade edilmiştir<sup>60</sup>. Görülüyor ki, İslam ekonomik yönden zayıf olanları güçlü olanlara karşı koruma görevini devlete yüklemiştir.

Zekât yanında İslam dininin emrettiği fitre, kurban kesme, sadaka, kefarete gibi diğer işlem ve yardımlar da yüksek gelir düzeyine sahip olanlardan düşük gelir düzeyine sahip olanlara ve muhtaçlara gelir transferi anlamı taşımaktadır<sup>61</sup>.

Fıtır sadakası da denen bu müessese (fıtır) bayram gecesini yiyeceği olan herkesin muhtaç kişilere yapması gerektiği bir ödeme türüdür. Zekâta benzer ise de ondan bazı farklarla ayrılır. Şöyle ki, zekât bir servet vergisi olduğu halde fitre bir kelle vergisidir. Büyük, küçük, kadın-erkek, hür-köle ayırmaksızın hane halkına mensup herkes için kelle başına ödenir. Ayrıca zekât servetin büyüklüğüne göre nisbi olarak ödenirken fitre belli (mutlak) miktarda ödenir. Sonra zekâtın devlet zoruyla alınabilecek bir vergi olmasına karşılık fitre tamamen mükellefin ihtiyarına bırakılmıştır. Daha doğrusu zekât farz, fitre sünnet kabul edilmiştir<sup>62</sup>.

### 3. Akile

Diyet ödemeyi üstlenen kişiler anlamına gelir. Arapça kökenli bu kelime 'kötülüklerle engel olma' anlamına gelmektedir. Çünkü akile kazaların ortaya çıkardığı zararların telafisi yanında onun oluşmasına engel olma amacı da taşır<sup>63</sup>. Kaza ya da hata ile öldürme veya yaralama halinde ona ve ailesine verilecek bedel (diyet) ya da

<sup>56</sup> Üçok, 75.

<sup>57</sup> Tevbe Suresi'nin 60. ayeti. Üçok, 75; Sağlam, 12.

<sup>58</sup> Bazıları zekât müessesesini zorunlu olduğu için günümüzdeki sosyal sigortaya benzettir (Bak. Sağlam, 12).

<sup>59</sup> Dilik, 28.

<sup>60</sup> Hatemi, 309.

<sup>61</sup> Şen, 31.

<sup>62</sup> Beşer, 162-163.

<sup>63</sup> Bu konuda ayrıca bak. F. Beşer, Sigorta ve Akile: <http://farukbeser.com/yazi/sigorta-ve-akile-254.htm>. Erişim tarihi: 27.11.2013.

kan bedeline benzetilebilir. Şu kadar ki, bu fiili işleyen veya ailesinin ekonomik gücü buna yetmez ise akraba veya komşuların da bu ödemeye iştirak etmesi gerek-  
mekte, hatta son aşamada beytülmala da bu konuda yükümlülük düşmekte idi<sup>64</sup>. Burada önemli olan yaralama veya öldürmede buna sebep olanın kastının bulun-  
mamasıdır. Çünkü olayda kasıt varsa kısas bile söz konusu olabilir; diyet ödemek  
ise kesindir. Bir hadiste '*Kasten öldürme suçunda avâkilden bir şey alınmaz*' buyru-  
larak kasten öldürme bunun dışında bırakılmıştır. Aksi halde suça teşvik söz konusu  
olurdu. Kasten adam öldürmenin yaptırımını kısas ya da diyet ödemek idi. Böylece  
akile sistemi ile başkasına kasıt dışı verilen zararların sırf buna sebep olan birey  
tarafından değil, yardımlaşma ve dayanışma içinde olan bir topluluğun bireyleri  
arasında bölüştürülerek karşılanması amaçlanmış olmaktadır. Diyet rizikoya uğra-  
yana ya da onun ailesine ödenirdi. Bir diğer ifade ile, diyetin ağır ekonomik yükü  
bireyler arasında dağıtılarak hafifletilmiş olmaktadır. Kısasın mümkün olmadığı ya  
da istenmediği zamanlarda devreye girer ve belli bir esasa göre (deve, gümüş, altın)  
ödenir<sup>65</sup>. Akile kurumu sosyal dayanışma ve kolektif sorumluluk fikrini ön plana  
çıkarmaktadır<sup>66</sup>.

#### 4. Sandıklar

İslam topluluklarında özellikle de Anadolu'da Selçuklular ve Osmanlılar döne-  
minde sosyal güvenlik alanında önemli bir yer tutan sandıklar bir tür yardımlaşma  
fonu şeklinde hizmet vermekte idi. Ancak bir grup ya da kesimi kapsamı açısın-  
dan modern anlamda sosyal güvenlik sistemi olarak kabul edilemez. Başlıca iki türü  
vardı. 'Avarız sandıkları' ve 'esnaf sandıkları'.

##### a) Avarız sandıkları

Avarız olağanüstü durumlarda ya da zaruret halinde, gerekli olan yardımı yap-  
mak üzere mal ve para ile tahsil olunan bir tür vergidir. Bu harcama ve yardımları  
yapmak için kurulan sandıklara da avarız sandığı denirdi. Fakir, fukaraya, ihtiyaç  
sahiplerine yönelikti. Avarız aslında arıza kelimesinin çoğuludur. Sıkıntı yaratan  
durumlar, tehlikeler, darlık anlamına gelir. Osmanlılar döneminde hemen her ma-  
hallenin ya da köyün bir avarız sandığı ya da avarız vakfı vardı<sup>67</sup>. Bu sandıklarda  
biriken fon hükümet veya devletin bağışlarıyla değil, hayır sahibi kişilerin ya da  
mahallenin zenginlerinin hiçbir çıkar gözetmeden yaptıkları yardımlardan meydana  
gelirdi. Sandıklarda biriken paradan ihtiyaç halindeki esnaf veya sanatkarlara  
düşük faizle borç verildiği de olmaktaydı. Daha sonra bu sandıkların yanında avarız  
vakıfları da ortaya çıkmıştır. Bu vakıfların amacı, vakfedilen paradan ihtiyacı olan-

<sup>64</sup> Sağlam, 8.

<sup>65</sup> Üçok, 81-82.

<sup>66</sup> Karş. Sağlam, 9.

<sup>67</sup> Sağlam, 15-16.



lara geri ödenmek kaydıyla borç vermek ya da vakfedilen paranın mudârabâ<sup>68</sup> usulü ile işletilmesi suretiyle elde edilecek kârdan ihtiyacı olanlara yardım yapmak idi<sup>69</sup>.

### b) Esnaf sandıkları

İslamiyetin yayılmaya başlamasıyla birlikte gerek islam ülkelerinde gerek Anadolu'da ticaret ve sanat hayatı gelişmeye başlamış, yeni iş kolları ortaya çıkmıştır. Ticaret ve sanat faaliyetleri sürdükçe esnaf ve sanatkarlar çıkarlarını korumak, çalışmalarını bir düzene bağlamak fakat en önemlisi mesleki yardımlaşma ve dayanışmayı pekiştirmek amacıyla sandıklar kurmaya başlamışlardır. Tarihte loncaların kurdukları bu sandıklar bazılarında göre sosyal sigortaların öncülere kabul edilmekte, bazılarında göre ise değildir<sup>70</sup>. Teavün veya orta sandığı adı verilen bu sandıklar Ahi örgütünde ve lonca düzeninde önemli hizmetler görmüşlerdir. Şöyle ki;

1) Herhangi bir zarara uğrayan lonca mensubunun zararı bu sandıktan karşılandığı gibi, doğum, düğün, cenaze masrafları gibi sosyal yükler bu sandıktan karşılanırdı. 2) Ayrıca ölen lonca üyesinin çoluk çocuğu muhtaç durumda ise onlara bakmak, çocuklarını yetiştirip yerleştirmek loncanın görevleri arasındaydı. 3) Yeni bir araç, gereç ve malzeme edinmek veya işyeri açmak için lonca mensubuna kredi verilirdi. Lonca mensubunun kendi sandığı dışında bir yere veya şahsa borçlanması ayıp hatta yasak olduğundan ihtiyaç sahiplerine çok düşük faizle kredi verilirdi. Bazı loncaların sandıkları iktisaden güçlü olduğundan ekonomik, siyasal ve sosyal hayatta büyük ölçüde söz sahibi idiler. Savaşta hükümete nakdi yardım yapan, asker ve gemi donatan, iktisaden güçlü lonca sandıkları da vardı. Ayrıca bu sandıkların zamanla, 'muameleyi şer'iyye' ya da 'hile-i şer'iyye' denen bir metodla, kendilerindeki fonları işlettikleri söylenmektedir<sup>71</sup>.

Sonuç olarak bu sandıklar (dost sandığı, yardımlaşma sandığı, arkadaş sandığı, esnaf sandığı, emekli sandığı) ve kurumlar (fütüvvet, âhilik, lonca), halkına sosyal güvenlik alanında iş ve gelecek güvencesi sağlayan karşılıklı yardımlaşma ve dayanışmanın esas alındığı, her meslek grubunun kendi içinde organize edildiği, sivil toplum örgütleri olarak zamanının en mükemmel sistemleri olarak hizmet etmişlerdir.

### 5) Vakıflar

İslamiyet'te sosyal güvenlik bakımından üzerinde durulması gereken belki de en önemli kurum (müessesese) vakıftır. Kuran'da hiç sözü edilmeyen, Hz. Muhammed devrinde bile varlığı kuşkulu bir müessesese olan vakıf Kuran'ın hayır işleme,

<sup>68</sup> Mudârabâ sermayenin bir başka kişiye verilerek onun tarafından işletilerek çoğaltılması sonucu elde edilen fazlalığın sermayedar ve işletmeci arasında paylaşılması anlamına gelir.

<sup>69</sup> Sağlam, 16.

<sup>70</sup> Şen, Osmanlı, 30.

<sup>71</sup> Sağlam, 17.

yardım etme yolundaki telkinlerini yerine getirmeye yarayan araçlardan biridir. Bu nedenle vakıf İslam'daki sadaka fikriyle ilgilidir<sup>72</sup>. Şunu ekleyelim ki, tartışmalı olmakla birlikte, vakıf müessesesi doğrudan doğruya İslam dininin dini-ahlaki esaslarından doğmuş ve münhasıran İslami bir müessese değilse de İslamiyet ile geliştiği söylenebilir. Bütün dinler gibi İslam dininin de hayır ve yardımlaşma kabilinden ahlaki prensipleri teşvik etmesi pek doğaldır.

Türk Medeni Kanununda (md. 101) 'Gerçek ve tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluğu' olarak tanımlanan vakıf, İslam Hukukunda 'menfaati insanlara ait olmak üzere bir malı Allah'ın mülkü hükmünde sayıp temlik ve temellükten alıkoymaktır.' şeklinde tanımlanmakta idi<sup>73</sup>. Bugün dahi uygulamada MK md. 110 ve TTK md. 552 hükmüne uygun olarak işçilere yardım sandıkları ya da vakıfları kurulduğu bilinmektedir.

Sosyal güvenlik açısından vakıfların İslam ülkelerinde tarihi gelişimi itibarıyla çok büyük etkileri olmuştur. Vakıf yoluyla varlıklı, hayırsever kişiler özellikle taşınmaz mallarının gelirlerini dini ve sosyal amaçlı hizmetlerin görülmesi için kurmuş oldukları kurumların finansmanına tahsis etmekte, bu amaçla bu malların mülkiyetini sözü edilen kurumlara devretmekte idiler<sup>74</sup>. Vakıf kurumu Osmanlı devletinde eğitim, bilim ve uygarlığın gelişmesinde, sağlık, sosyal yardım, şehircilik, bayındırlık alanında önemli rol oynamıştır. Kuşkusuz vakıf kurma işleminin zorunlu değil, gönüllü bir işlem olduğu da unutulmamalıdır.

Osmanlı İmparatorluğunda vakıfların sosyal güvenlikle ilgili hizmetleri başlıca aşevleri, imarethaneler, kervansaraylar kurma, yolculara, hac yolunda parasız kalanlara, dul ve yetimlere, körlere, dilsizlere, harp malulü ve gazilere yardım, kimsesiz yaşlı ve çocukların barındırılması ve bakılması, şifa yurtları ve hastaneler açılması, işletilmesi, çocuklara kitap parası, fakirlere yakacak, yemek verilmesi şeklinde ortaya çıkmıştır<sup>75</sup>.

Sosyal güvenlik amacı taşıyan vakıflar, 'hayri vakıflar' ve 'avarız vakıfları' olmak üzere ikiye ayrılmakta idi. 'Müessesatı hayriye' adı verilen hayri vakıflar muhtaç olan herkesin bizzat aynından (kendisinden) yararlanabileceği türden vakıflar olup okul, medrese, kütüphane, hastane, hamam, kervansaray, çeşme, cami gibi varlıklardan oluşur. Aynıyla yararlanılmayan fakat bu saydıklarımızın işletilmesi sonucu elde edilen gelirden yararlanan vakıflara da 'müstegallatı hayriye' adı verilir<sup>76</sup>. İkinci tür vakıflar daha çok avarız vakıfları, esnaf vakıfları şeklinde ortaya çıkmıştır ki düşük gelirli olan, zaruret haline düşen belli bir cemaat veya mahalle mensupla-

<sup>72</sup> A. Tuncay, 21 vd.

<sup>73</sup> A. Tuncay, 18.

<sup>74</sup> Dilik, 34.

<sup>75</sup> Dilik, 37.

<sup>76</sup> Şen, 33; Dilik, 38.

rının ihtiyaçlarının karşılanması amacını taşırlardı<sup>77</sup>. Yukarıda bunlara değinilmişti. Denilebilir ki, vakıf İslam Hukukunda ve Osmanlı İmparatorluğunda bugün sosyal devletin üzerine almış olduğu pek çok kamu hizmetini yürüten bir müessese olmuş ve gerekli mali olanakları da bizzat kendisi sağlamıştır<sup>78</sup>.

## VI. Sonuç

Görüldüğü üzere İslamiyet'te her konuda olduğu gibi insanın sosyal güvenlik ihtiyacı da Allah'a ya da ona biat etmeye odaklanmıştır. Cemaat ve kardeşlik ilkeleri gereği bir müslüman olanakları ölçüsünde birbirine, muhtaç ve düşkün olana yardım etmekle yükümlü tutulurken Allah'a da yaklaşmış olacaktır. İslam'daki sosyal güvenlik kavramı kardeşlik ve cemaat anlayışının bir tezahürü ve gereğidir<sup>79</sup>. Bir diğer ifade ile, Kuran-ı Kerim'deki sosyal güvenlik amacı ve araçları İslam'ın güçlenmesine ve yaygınlaştırılmasına hizmet eder. Burada sosyal güvenlikten beklenen şey muhtaca yardımdan, onun ihtiyaçlarını karşılamak amacından çok hayır işleme, sevap kazanma, böylece Yüce Yaradan'a yaklaşma amacıdır. Günümüzdeki sosyal güvenlik anlayışı ortaya çıkan sosyal risklerin etkisini hafifletmeye yönelikken İslamiyet'teki sosyal güvenlik anlayışı sosyal risk daha ortaya çıkmadan önlenmesine yöneliktir.

İslam'daki sosyal güvenlik kurumları günümüz sosyal güvenlik araçlarına pek benzememekle beraber az çok sosyal yardım ve hizmetlere yani katılsız sosyal güvenlik rejimini andırmaktadır<sup>80</sup>. Ama yine de İslam'daki sosyal güvenlik sistemi günümüz modern toplumlarında uygulanan rejimlerin çok uzağında olup yetersizdir. 'İslam Açısından Sosyalizm' adlı eserin yazarı değerli Profesör H. Hatemi'ye göre bunu nedeni İslam'ın çağdışı, kaskatı kurallar koyduğundan değil, Kuran'ın istediği türden bir İslam devletinin kurulamayışı, uygulamanın eksik yapılmış olmasındandır<sup>81</sup>. İslam karşıtı gibi bir anlayış ve düşünce içinde olmamakla beraber biz bu düşünceye katılmıyoruz. Çünkü Kuran'ın emrettiği biçimde bir islami düzen belki kutsal kitabın yeryüzüne indiği 7.yy'da hatta ondan sonraki 8-10. yüzyıl boyunca dahi mümkün olabilirdi. Fakat bugünün ulus devleti, federatif devlet yapıları, demokrasi, siyasi ve kültür anlayışı ile sosyo-ekonomik düzeni içinde mümkün görülmemektedir. Eğer öyle olsaydı İslam toplulukları bugün huzurlu, sorunsuz, özgür, müreffeh bir hayat sürerlerdi. Ama gerçek öyle değil. Kuran'ın vahyedildiği tarihte Arap yarımadasında tarıma ve geniş aile tipine dayalı bir sosyo-ekonomik düzen hüküm sürmekte, insanlar kabileler halinde yaşamaktaydılar. Gelenek ve görenekler ön planda idi. Bugün modern devletler kurulmuş, devletlerarası siyasi ve

<sup>77</sup> Şen, 34; Dilik, 38.

<sup>78</sup> A. Tuncay, 39, 63.

<sup>79</sup> Sağlam, 5.

<sup>80</sup> Beşer, 126.

<sup>81</sup> Hatemi, 316.

ekonomik ilişkiler gelişmiş, serbest rekabet vazgeçilmez olmuş, dünya globalleşmiş, teknoloji inanılmaz ilerlemiş, ihtiyaçlar artmış, insanlık iki dünya savaşı geçirmiş, acılar çekmiş, insan ömrü uzamış, yeni hastalıklar, yeni ihtiyaçlar ortaya çıkmıştır. Bu gerçek İslam topluluklarını da teslim almıştır. Bu gelişme ve karmaşık dünya düzeni içinde sosyal güvenlik 1500 yıl öncesine ait kurum ve metodlarla yönetilemez. Yönetilemiyor da. Kaldı ki, İslam dünyası kendi içinde bölünmüş, mezhep ve din savaşları, iktidar savaşları her gün yüzlerce günahsız insanın canını almaktadır. Bu düzen ya da düzensizlik ortamı, bırakınız modern sosyal güvenlik rejimini, islami sosyal güvenlik kurumlarının uygulanabilirliğini bile nafîle çıkartır. Bizce islami sosyal güvenlik anlayışı tarihte kalmıştır. Bu nedenle İslam'daki sosyal güvenlik anlayışını bugünün kurumsallamış sosyal güvenlik sistemiyle kıyaslamak yanlış olur.

# 5510 SAYILI KANUNDA TANIMLI SOSYAL SİGORTA STATÜLERİ VE ÇAKIŞAN SİGORTALILIK İLİŞKİSİ

*(Defined in the Law of 5510 on Social Insurance Status and  
Insurance Conflincting Relationship)*

Mehmet Halis KARAMAN\*

## ÖZET

Sosyal sigorta tekniğine dayalı sosyal güvenlik sistemleri, çalışanlara yönelik birden fazla sosyal sigorta programı yürüten sistemlerdir. Dolayısıyla, kişilerin, bu programların birden fazlasının kapsamına girecek şekilde çalışma ilişkisi içerisine girmeleri de imkan dahilindedir. Özellikle, günümüzde olduğu gibi, kısmi süreli çalışmanın yaygınlaştığı bir ortamda, bu durum ile daha sık karşılaşılmaktadır. Bu çalışmada, 5510 s. Kanun kapsamında, Türk sosyal güvenlik sisteminde çatışan sigortalılık ilişkisi üzerinde durulacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Sosyal sigorta, zorunlu sosyal sigorta, isteğe bağlı sosyal sigorta, çakışan sigortalılık ilişkisi.

## *Abstract*

Social security systems based on social insurance technique are the systems carrying out multiple social insurance programs for employees. Individuals so as to be covered by more than one of these programs by entering such working, relationships is also possible. Especially like nowadays environment in where the part-time work is spreaded over, this situation became much more common. In this study, we will focus on the combined insurance relation in Turkish social security system under the law numbered 5510.

**Keywords:** Social security, mandatory social insurance, optional social security, combined insurance relation.

## I. Genel Olarak

Türk Sosyal Güvenlik Sistemi, sosyal sigorta tekniğine dayalı bir yapıya sahiptir. Bu modelde, toplumun değişik kesimleri, yaptıkları ekonomik faaliyetin türüne göre değişik gruplara ayrılmakta ve her bir grup için farklı bir kurumsal yapı ve farklı bir sosyal sigorta ilişkisi tanımlanmaktadır. Bu durum, uygulamada, Kurumsal

---

\* Öğr. Gör. Dr. Marmara Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilimdalı

yapıda ve sosyal sigorta mevzuatında çokluğu kaçınılmaz bir sonuç olarak ortaya çıkarmaktadır.

Nitekim, 2006 Yılına kadar, Türk sosyal sigorta sisteminde temel üç ayrı sosyal sigorta kurumu bulunmaktaydı. Bunlar, iş sözleşmesine göre çalışanlar yönünden Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı, bağımsız çalışanlar yönünden Bağ-Kur ve kamu görevlileri yönünden ise T.C. Emekli Sandığı'dır. Bu sosyal sigorta kurumları ile kapsamına aldıkları sigortalılar arasında ki sosyal sigorta ilişkisini düzenleyen temel üç ayrı yasa da yine yürürlükte idi. Buna göre, iş sözleşmesine göre çalışanlar yönünden 506 s. Kanun, bağımsız çalışanlar yönünden 1479 s. Kanun ve kamu görevlileri yönünden ise 5434 s. Kanun yürürlükte idi.

2006 Yılına gelindiğinde ise, 16.5.2006 tarih ve 5502 s. Kanun<sup>1</sup> ile Sosyal Güvenlik Kurumu kurulmuş, yukarıda saydığımız üç Kurumun tüzel kişiliği sona erdirilmiştir. Böylece, Türk sosyal güvenlik sisteminde kurumsal yapıda teklik ilkesi benimsenmiştir.

Benzer bir düzenleme, 2006 Yılında sosyal sigorta ilişkisini düzenleyen yasal düzenlemeler yönünden de gerçekleştirilmiştir. Buna göre, 31.5.2006 tarih ve 5510 s. Kanun<sup>2</sup> ile yukarıda saydığımız Kurumlar ile sigortalıları arasındaki sosyal sigorta ilişkisini düzenleyen Kanunlar yürürlükten kaldırılmış, onların yerini 5510 s. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu almıştır.

Ancak, yapılan bu yasal düzenlemelerle Kurumsal birliktelik sağlanmış olmasına karşın, sosyal sigorta sistemimizde norm ve standart birliğinin sağlandığını söyleyebilmek mümkün değildir. Eskiden, üç ayrı sosyal sigorta kurumu, bu kurumlar ile sigortalılar arasındaki sosyal sigorta ilişkisini tanımlayan temel üç ayrı sosyal sigorta yasası ve buna bağlı olarak da üç ayrı sosyal sigorta statüsü bulunurken, bugün mevcut olan yasal düzenlemeye göre, Türkiye İş Kurumu ve İşsizlik Sigortası ayrı tutulduğunda, tek kurum, bu Kurum ile sigortalılar arasındaki sosyal sigorta ilişkisini düzenleyen tek yasa, ancak, yine üç ayrı sosyal sigorta statüsü tanımlanmış bulunmaktadır. Nitekim, 5510 s. Kanun'un, "Sigortalı sayılanlar" başlığını taşıyan 4. maddesinden itibaren bu durumu görmek mümkündür. Söz konusu madde, kendisinden önceki yasal düzenlemelere sadık kalarak, iş sözleşmesine göre çalışanlar, bağımsız çalışanlar ve kamu görevlileri yönünden üç ayrı sigortalı tanımı yapmıştır. Yine, aynı yasa içerisinde, sosyal sigorta hak ve yükümlülükleri bu üç grup yönünden ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu yönüyle, yukarıda da belirttiğimiz üzere, 2006 Yılı öncesinde olduğu gibi, bugün de, yasal ve kurumsal birliği rağmen, sistem üç ayrı sosyal sigorta statüsüne dayalı olarak yürümektedir. Bu durum, sosyal sigorta tekniğine dayalı sosyal güvenlik sistemi yönünden kaçınılmaz bir sonuçtur.

<sup>1</sup> RG. 20.5.2006, 26173.

<sup>2</sup> RG. 16.6.2006, 26200.

Mevcut durum, 2006 Yılı öncesinde var olan ve bir kişinin birden fazla sosyal sigorta statüsü kapsamında yer alması olarak tanımlanabilecek sorunu bugün de karşımıza çıkarmaktadır. Sorunun birbirinden farklı iki yönü vardır. Bunlardan ilki, bir kişinin, aynı anda, birden fazla sosyal sigorta statüsü kapsamında sigortalı sıfatını kazanmasına sebep olabilecek çalışma ilişkileri içinde olmasıdır. İkincisi ise, bir kişinin, değişik sosyal sigorta statüleri kapsamında sağlanan sosyal sigorta yardımlarına aynı anda hak kazanmasıdır. Bu çalışmada, sorunun “çakışan sigortalılık ilişkisi” olarak isimlendirilen birinci kısmı üzerinde durulacaktır.

Sosyal sigorta tekniğine dayalı sosyal güvenlik sisteminde, bir kişinin, zorunlu sosyal sigorta statülerinden birden fazlasının kapsamında aynı anda sigortalı olması mümkün değildir. Dolayısıyla, “sosyal sigortalarda teklik ilkesi” olarak ifade edilen bu durum, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminin de temel özelliğini oluşturmaktadır.

Aşağıda, konunun daha iyi anlaşılması bakımından, ilk önce, 5510 s. Kanun’da tanımlanan sosyal sigorta statüleri kapsamında sigortalı olmanın koşulları üzerinde durulacak, daha sonra ise çakışan sigortalılık sorunu ve buna ilişkin yasal düzenleme incelenecektir.

## II. Değişik Sosyal Sigorta Statüleri Kapsamında Sigortalılık

### 1. Genel Olarak

Sosyal sigorta ilişkisi, hukuki niteliği itibarıyla bir kamu hukuku ilişkisidir. Bu yönü dolayısıyla da, emredici hukuk kuralları ile düzenlenmiştir. Nitekim, sigortalılık sıfatının kazanılması, sigortalılığa bağlı olarak ortaya çıkan sosyal sigorta hak ve yükümlülükleri, sigortalılık sıfatının kaybedilmesi konularında taraf iradeleri rol oynamaz. Yine, sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek mümkün değildir. Tüm bu konulara ilişkin olarak yapılacak sözleşmeler hukuken geçersiz olacaktır (m. 92). Bu durum, sosyal sigortalarda zorunluluk olarak nitelenmektedir<sup>3</sup>.

Bu yönüyle olaya yaklaşıldığında, 5510 s. Kanun’un kişiler açısından uygulama alanını belirleyen m. 4, 5, ve 6, zorunlu sigortalılığı belirleyen düzenlemelerdir. Bu maddeler kapsamında değerlendirilebilecek bir çalışma ilişkisi içerisine girildiğinde, başkaca bir işlem yapılmasına gerek olmaksızın zorunlu sigortalılık başlanmaktadır.

Ancak, 5510 s. Kanun, 2006 öncesi yasal düzenlemelere paralel olarak, bu kuralın istisnası olarak kabul edilen başka bir tür sigortalılığa da imkan tanımıştır.

<sup>3</sup> **Güzel / Okur / Caniklioğlu**, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul 2012, 85, 172 vd.; **Şakar**, Sosyal Sigortalar Uygulaması, Yenilenmiş 10 Baskı, İstanbul 2011, 90; **Tuncay / Ekmekçi**, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2013, 136-137; **Alper**, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Hukuku, Bursa 2013, 79-80; **Korkusuz / Uğur**, Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2013, 79; **Sözer**, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013, 11-12; **Kurt / Göktaş / Özdamar / Çakar**, Sosyal Güvenlik Rehberi, Eylül 2012, 39-40.

Bu, “isteğe bağlı sigorta” dır (m. 50). İsteğe bağlı sigortalılık, ilkinden farklı olarak, belli yasal koşulların ortaya çıkması ile birlikte kendiliğinden oluşan bir sosyal sigorta ilişkisi değildir. Belli yasal koşulların yanında kişinin talebi de gereklidir. Yine, isteğe bağlı sigortalılık, kural olarak, sigortalının talebiyle birlikte sona ermektedir.

Sözkonusu bu durum dikkate alındığında, hukuki niteliği itibariyle iki tür sigortalılıktan bahsedilebilecektir. Bunlar, zorunlu sigortalılık ve isteğe bağlı sigortalılıktır. Çatışan sigortalılık açısından her ikisinin doğurduğu sonuçlar ise birbirinden oldukça farklıdır. Bu nedenle, sigortalılık kavramı bu iki temel ayrıma göre incelenecektir.

## 2. Zorunlu Sosyal Sigorta Statüleri

### a) 5510 s. Kanun m. 4 / I - a Kapsamında Sigortalılık

5510 s. Kanun m. 4 / I-a, “Hizmet akdi ile bir veya bir den fazla işveren tarafından çalıştırılanlar sigortalı sayılırlar.” hükmünü içermektedir. Dolayısıyla, söz konusu yasal düzenleme, eski 506 sayılı Kanuna paralel olarak, iş sözleşmesine göre çalışanların zorunlu sigortalılığını düzenlemiştir. Ancak, tıpkı 506 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, bu kapsamda sosyal sigortalı yapılanlar sadece iş sözleşmesine göre çalışanlardan ibaret değildir. Değişik gerekçelerle, iş sözleşmesine göre çalışmadığı ve dolayısıyla bu kapsamda zorunlu sosyal sigortalı olmaması gereken bir çok çalışan kesim de kapsama alınarak iş sözleşmesine göre çalışanlar ile aynı statüde zorunlu sigortalı yapılmıştır. Nitekim, 5510 s. Kanun m. 4 / II uyarınca, işçi sendikaları ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kuruluna seçilenler; bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan sanatçılar ile düşünür ve yazarlar; müteakabiliyet esasına dayalı olarak sözleşme yapılmış ülke vatandaşı olanlar hariç olmak üzere, iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan yabancı uyruklu kişiler; 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılanlar; 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda belirtilen umumi kadınlar; Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar; kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı çalıştırılanlar; 657 s. Devlet Memurları Kanunu'nun 4 / C bendi kapsamında çalıştırılanlar da 5510 s. Kanun m. 4 / I-a bendi kapsamında sigortalıdırlar. Yine, 5510 s. Kanun m. 5'de sayılan kısmi sigortalılar da m. 4 /I-a kapsamında zorunlu sigortalı yapılmışlardır.

5510 s. Kanun'un zorunlu sigortalılığı belirleyen hükümleri sadece 4. ve 5. maddelerden ibaret de değildir. 5510 s. Kanun, tıpkı 506 s. Kanun gibi, zorunlu sosyal sigorta kapsamı dışında bıraktıklarını da ayrıca özel olarak saymıştır. Nitekim, 5510 s. Kanun m. 6 bu konuya ilişkindir. Dolayısıyla, 5510 s. Kanun kapsamında, iş sözleşmesine göre çalışanların zorunlu sigortalılığını düzenleyen m. 4/I-a kapsamında sigortalı olmak için, yukardaki koşullara ilave olarak, 5510 s. Kanun m. 6 kapsamında yer almamak da gerekmektedir.



Buradan hareketle, mevcut yasal düzenleme gözönünde bulundurulduğunda, 5510 s. Kanun m. 4 / I-a kapsamında sigortalı olmanın koşulları, Yargıtay'ın 506 sayılı Kanun döneminden beri kökleşmiş içtihatlarına uygun olarak, iş ilişkisinin kural olarak iş sözleşmesine dayanması; işin, işverene ait işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde yapılması; çalışanın 5510 sayılı Kanun m. 6'da sayılanlar arasında yer almaması olarak sayılabilecektir<sup>4</sup>.

Çakışan sigortalılık ilişkisi yönünden, ister temel kurala uygun olarak iş sözleşmesine göre çalışma esası uyarınca, isterse iş sözleşmesine göre çalışılmadığı halde istisna hükümleri uyarınca m. 4 /I-a kapsamında zorunlu sigortalı olunsun, sonuç değişmeyecektir. Bu yönüyle, her iki grup da, çatışan sigortalılık ilişkisi yönünden, 5510 s. Kanun m. 4 / I-a kapsamında zorunlu sigortalı olarak kabul edilecektir.

### **b) 5510 s. Kanun m. 4 / I - b Kapsamında Sigortalılık**

5510 s. Kanun m. 4 / I-b, kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanların zorunlu sosyal sigortalılığını düzenlemiştir. Bu yönüyle, eski 1479 s. Bağ-Kur Kanunu kapsamında sigortalılık ile m. 4 / I-b kapsamında sigortalılığın büyük ölçüde örtüştüğü söylenebilecektir.

Buna göre, 5510 s. Kanun m. 4 / I-b kapsamında zorunlu sigortalı olabilmek için her şeyden önce temel koşul, iş sözleşmesiyle bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına çalışmaktır. Bu şekilde çalışanlardan, ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar; gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olanlar; anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları; sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları; diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları; tarımsal faaliyette bulunanlar m. 4 / I-b kapsamında zorunlu sigortalı kabul edileceklerdir.

M. 4 / I-b kapsamında zorunlu sigortalı yapılanlar sadece bunlardan ibaret değildir. Yine, m. 4 / I-a kapsamında zorunlu sigortalılıkta olduğu gibi, değişik gerekçelerle, kendi adına ve hesabına bağımsız çalışma olarak nitelendirilemeyecek işlerle uğraşan bazı kişilerde bu kapsamda zorunlu sigortalı yapılmıştır. Nitekim, köy ve mahalle muhtarları; 6132 s. At Yarışları Hakkında Kanuna tabi jokey ve antrenörler de m. 4 /I-b kapsamında zorunlu sigortalıdır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, 5510 s. Kanun, sigortalılık statülerini tanımlamakla yetinmemiş, aynı zamanda, 6. maddesinde sigortalı olamayacakları da ayrıca belirtmiştir. Bu nedenle, m. 4 / I-b kapsamında zorunlu sigortalı olabilmek

<sup>4</sup> Bkz. Güzel / Okur / Caniklioğlu, 103 vd.; Şakar, 92 vd.; Tuncay / Ekmekçi, 260 vd.; Alper, 81 vd.; Korkusuz / Uğur, 223 vd.; Sözer, 59 vd.; Kurt / Göktaş / Özdamar / Çakar, 31 vd.

için, yukarıda belirttiğimiz koşulları taşınanın yanında, 5510 s. Kanun m. 6 kapsamında yer almamakta ayrı bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>5</sup>.

5510 s. Kanun m. 4 / I-a kapsamında sigortalılık da olduğu gibi, çatışan sigortalılık ilişkisi yönünden, ister temel kurala uygun olarak kendi adına ve hesabına bağımsız çalışma esası uyarınca, isterse istisna hükümleri uyarınca m. 4 / I-b kapsamında zorunlu sigortalı olunsun, sonuç değişmeyecektir. Bu yönüyle, her iki grup da, çatışan sigortalılık ilişkisi yönünden, 5510 s. Kanun m. 4 / I-b kapsamında zorunlu sigortalı olarak kabul edilecektir.

### c) 5510 s. Kanun m. 4 / I - c Kapsamında Sigortalılık

5510 s. Kanun m. 4 / I-c devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin zorunlu sigortalılığını düzenlemiştir. Bu yönüyle, eski 5434 s. Kanun kapsamında sigortalı olanları kapsamına almaktadır.

Buna göre, 5510 s. Kanun m. 4 / I-c uyarınca sigortalı olanlar, kamu idarelerinde, kadro ve pozisyonlarda sürekli olarak çalışıp ilgili kanunlarında m. 4 / I-a kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar; sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında m.4/I-a bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar; 657 s. Devlet Memurları Kanunu'nun 86. maddesi uyarınca açıktan vekil atanandırlar.

Ancak, m. 4 / I-c kapsamında sigortalı olanlar sadece bunlardan ibaret değildir. 5510 s. Kanun, buna ilave olarak, bazı gruplar yönünden, m. 4 / I-c kapsamında sigortalılığa ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngörmüştür. Dolayısıyla, bu ikinci grupta sayılanlar da, aynı kapsamda zorunlu sigortalılar olarak kabul edileceklerdir. Bu ikinci grup kapsamında sigortalı yapılanlar, kanun hükmü gereğince seçimle veya atama yoluyla kamu idarelerinde göreve gelenlerden, ilgili kanunlarında memurlar gibi emeklilik hakkı tanınmış olanlardan iş sözleşmesine göre çalışmayanlar; başbakan, bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, belediye başkanları, il encümeninin seçimle gelen üyeleri; m.4/I-c kapsamında sigortalı iken, bu kapsamdaki kişilerin kurduğu sendikalar ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenlerden aylıksız izne ayrılanlar; kanunda belirtildiği şekilde Türk Silahlı Kuvvetleri adına okuyan öğrenciler; yine kanunda belirtildiği şekilde Emniyet Genel Müdürlüğü adına okuyan öğrencilerdir (m. 4 / IV).

5510 s. Kanun m.4/c kapsamında sigortalı olabilmek için yukarıda tanımlanan çalışma ilişkileri içerisinde olmak yeterli değildir. Aynı zamanda, daha önce de belirttiğimiz sosyal sigorta statülerinde olduğu gibi, 5510 s. Kanun m. 6 kapsamında yer almamakta gerekmektedir<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Bkz. Güzel / Okur / Caniklioğlu, 129 vd.; Şakar, 96-97; Tuncay / Ekmekçi, 273 vd.; Alper, 84 vd.; Korkusuz / Uğur, 256 vd.; Sözer, 67 vd.

<sup>6</sup> Bkz. Güzel / Okur / Caniklioğlu, 134 vd.; Şakar, 97; Tuncay / Ekmekçi, 277 vd.; Alper, 86 vd.; Korkusuz / Uğur, 267 vd.; Sözer, 77 vd.

Daha önce değindiğimiz iki tür zorunlu sosyal sigorta statüsünde olduğu gibi, burada da, çatışan sigortalılık ilişkisi yönünden, ister temel kurala uygun olarak, isterse istisna hükümleri uyarınca m. 4/I-c kapsamında zorunlu sigortalı olunsun, sonuç değişmeyecektir. Bu yönüyle, her iki grup da, çatışan sigortalılık ilişkisi yönünden, 5510 s. Kanun m.4/I-c kapsamında zorunlu sigortalı olarak kabul edilecektir.

### **3) İsteğe Bağlı Sosyal Sigorta Statüsü :**

#### **a) Genel Olarak**

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, 5510 s. Kanun kapsamında sigortalılığı belirleyen temel düzenleme Kanununun 4, 5, ve 6. maddeleridir. Yine, 5510 s. Kanun m. 92, “Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur.” (m. 92 / I) diyerek, sözkonusu sosyal sigorta ilişkisinin zorunlu olduğunu açıkça dile getirmiştir. Kanun, aynı maddesinde, “sigortalılık, bu kanunda sayılan sigortalı sayılma şartlarının kaybedilmesi veya ölüm halinde sona erer” demek suretiyle, sigortalılık ilişkisinin başlamasında olduğu gibi sona ermesi konusunda da taraf iradelerinin rol oynamayacağını açıkça dile getirmiştir. Benzer bir düzenleme, söz konusu sosyal sigorta ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükler konusunda da sözkonusudur. Nitekim, m. 92’de, “...sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir.” (m. 92 / I) ibaresi yer almıştır.

Kanunun bu düzenlemesinden hareketle, 5510 s. Kanun m. 4 kapsamında düzenlenen sosyal sigorta statülerinin, zorunlu olduğu, sigortalılığın başlangıcının, bitişinin, sigortalılık ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde taraf iradelerinin rol oynamadığı, konunun tamamen emredici hukuk kuralları ile düzenlendiği anlaşılmaktadır.

İsteğe bağlı sigortalılık ise, yukarıda belirttiğimiz temel kurala getirilmiş olan bir istisnadır. Nitekim, isteğe bağlı sigortalılığın başlangıç tarihi, ilgilinin isteğe bağlı sigortalı olma talebini içeren müracaatının Kurum kayıtlarına intikal ettiği tarihi takip eden gündür (m. 51 / I). Yine, isteğe bağlı sigortalılığın sona ermesi konusunda da, diğer sona erme sebeplerinin yanında, ilgilinin talebi yeterli olmaktadır (m. 51 / IV). Ancak, isteğe bağlı sosyal sigorta ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükler konusunda aynı şeyi söyleyebilmek mümkün değildir. Bu konu, zorunlu sigortalılık da olduğu gibi, taraf iradelerinin rol oynamadığı emredici hukuk kuralları ile düzenlenmiştir.

Aşağıda, isteğe bağlı sigortalılığın başlangıcı, hak ve yükümlülükleri ile sona ermesi konuları üzerinde durulacaktır.

## b) İsteğe Bağlı Sigortalılığın Başlangıcı, Sona Ermesi, Yararlanma Koşulları

İsteğe bağlı sigortalılık, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, kişilerin isteğe bağlı olarak prim ödemek suretiyle uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına tabi olmalarını sağlayan bir yoldur (m. 50 / I).

Konuya ilişkin yasal düzenleme incelendiğinde, isteğe bağlı sigortalı olmanın ilk koşulunun Türkiye'de ikamet etmek olduğu anlaşılmaktadır. Türkiye'de ikamet etme koşulundan ne anlaşılması gerektiği konusunda ise Medeni Kanun hükümleri belirleyici olacaktır. Buna göre, bir kişinin, sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer ikametgahı kabul edilecektir (MK m. 19 / I)<sup>7</sup>. Bu durumda, Türkiye'de ancak sürekli oturma amacıyla kalanların isteğe bağlı sigortalı olabilecekleri söylenebilecektir<sup>8</sup>.

Ancak, bu kuralı mutlak olarak uygulamak mümkün değildir. Nitekim, bu kuralın bazı istisnaları vardır. Bunlardan ilki, uluslararası sözleşmeler uyarınca getirilen istisnalardır. Buna göre, Türkiye'nin imzalamış olduğu her hangi bir sosyal güvenlik sözleşmesinde, bu konuya ilişkin bir istisnai hüküm varsa, Türkiye de ikamet etmeyen kişiler de isteğe bağlı sigortalı olabileceklerdir. Bu konudaki ikinci istisna, Türkiye de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelere çalıştırılmak için götürülen Türk vatandaşlarına ilişkindir. Bunlar da, ikamet şartı aranmaksızın isteğe bağlı sigortalı olabileceklerdir (m. 50 / II). Kanunun öngördüğü bu düzenleme, esas itibarıyla 5510 s. Kanun m. 5 / I-g kapsamında yer alan işçilere yöneliktir<sup>9</sup>.

İsteğe bağlı sigortalı olabilmenin ikinci şartı, 5510 s. Kanuna tabi olarak zorunlu sigortalı statüsünde çalışmamak veya sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışmak ya da tam gün çalışmamaktır (m. 50 / II-a).

İsteğe bağlı sigortalı olabilmenin üçüncü koşulu, kendi sigortalılığı nedeniyle aylık bağlanmamış olmaktır (m. 50 / II-b). Kanunun bu düzenlemesinden, hak sahibi sıfatıyla gelir veya aylık almanın isteğe bağlı sigortalılığa engel olmadığı anlaşılmaktadır. Yine, kendi çalışması dolayısıyla gelire hak kazanmış olmak da isteğe bağlı sigortalılığa engel olmayacaktır. Dolayısıyla, malullük aylığı veya yaşlılık aylığı alanların isteğe bağlı sigortalı olamayacağı anlaşılmaktadır. Bu durum, isteğe bağlı sigortalılığın amacı göz önünde bulundurulduğunda yerinde bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, isteğe bağlı sigortalılığın amacı, kişilerin uzun dönemli sigorta kollarından yararlanmalarını sağlamaktır (m. 50 / I). Bu yönüyle, yaşlılık aylığı veya malullük aylığı alanlar bu hakkı elde etmiş kişilerdir. Malullük veya yaşlılık aylığı alırken ölen kişilerin hak sahiplerine, sigortalının aldığı bu aylık ölüm

<sup>7</sup> Bkz. Şakar, Genel Hukuk, 3. Baskı, İstanbul 2014, 93-94; Akıntürk / Karaman, Medeni Hukuk, 15. Bastı, İstanbul 2010, 143-144.

<sup>8</sup> Güzel / Okur / Caniklioğlu, 211; Tuncay / Ekmekçi, 320; Şakar, 108.

<sup>9</sup> Güzel / Okur / Caniklioğlu, 211-212; Tuncay / Ekmekçi, 320; Şakar, 108.

aylığı olarak bağlanacaktır. Bu nedenle, sistemin, bu kişileri isteğe bağlı sigortanın kapsamı dışında bırakması yerindedir.

İsteğe bağlı sigortalı olmanın dördüncü koşulu, 18 yaşını tamamlamış olmaktır (m. 50 / II-c). Kanun, bu noktada doğrudan 18 yaşın tamamlanmasını aramıştır. Dolayısıyla, kişinin, 18 yaşını tamamlama dışındaki evlilik yoluyla ya da mahkeme kararıyla reşit olması isteğe bağlı sigortalı olma hakkını vermeyecektir<sup>10</sup>.

İsteğe bağlı sigortalı olabilmenin beşinci koşulu, Sosyal Güvenlik Kurumu'na yazılı olarak başvurmadır (m. 50 / II-d). Başvuru koşulu gerçekleşmeden, diğer koşullar tamam olsa dahi kişinin isteğe bağlı sigortalı olması mümkün değildir<sup>11</sup>.

İsteğe bağlı sigortalılık, Kuruma müracaat tarihini takip eden günden itibaren başlayacaktır (m. 51 / I).

İsteğe bağlı sigortalılığın sona ermesi konusunda da ilgilinin talebi öncelikli olarak rol oynayacaktır. Buna göre, isteğe bağlı sigortalılığın sona erdirilmesi için talepte bulunulması halinde, prim ödenmiş son günü takip eden günden itibaren isteğe bağlı sigortalılık sona erecektir. Yine, Kurumdan aylık talebinde bulunanların, aylığa hak kazanmış olmak şartıyla, talep tarihinden itibaren isteğe bağlı sigortalılıkları sona erecektir. Ölüm de, ölüm tarihi itibarıyla isteğe bağlı sigortalılığı sona erdirecektir (m. 51 / IV).

İsteğe bağlı sosyal sigorta prim matrahını, 5510 s. Kanun m. 82'ye göre belirlenen prime esas kazancın alt sınırı ve üst sınırı arasında olmak kaydıyla sigortalının kendisi belirleyecektir. Belirlenen bu matrahın %32 si isteğe bağlı sosyal sigorta primi olarak ödenecektir. Bu oranın %20'si yaşlılık, malullük ve ölüm sigorta kolları prim oranı, %12 si ise genel sağlık sigortası prim oranıdır (m. 52 / I).

İsteğe bağlı sigortalılıkta primi ödenmiş olan süreler, 5510 s. Kanun m. 4 / I-b kapsamında değerlendirilecektir (m. 51 / son).

### III. Çakışan Sigortalılık İlişkisi

#### 1. Genel Olarak

Daha önceki açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere, Türk sosyal güvenlik sistemi sosyal sigorta tekniğine dayalı bir yapıya sahiptir. Bu yapı içerisinde, çalışanlar, değişik gruplara ayrılmakta ve her bir grup yönünden de farklı sosyal sigorta programlarının yürütülmesi sözkonusu olmaktadır. Nitekim, yukarıdaki açıklamalarımızda da ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz üzere, ülkemizde, sosyal sigorta mevzuatı yönünden faaliyetler, iş sözleşmesine göre çalışma, memur veya

<sup>10</sup> Güzel / Okur / Caniklioğlu, 213; Tuncay / Ekmekçi, 320-321.

<sup>11</sup> İsteğe bağlı sigortalılık koşulları için ayrıca bkz. Güzel / Okur / Caniklioğlu, 210 vd.; Tuncay / Ekmekçi, 319vd.; Şakar, 108 vd.; Alper, 104-105; Kurt / Göktaş / Özdamar / Çakar, 72 vd.

kamu görevlisi olarak çalışma, kendi adına ve hesabına serbest çalışma şeklinde üçe ayrılmıştır.

Hayatın olağan akışı dikkate alındığında, bireylerin, bu ekonomik faaliyetlerin birden fazlasını aynı anda gerçekleştirmeleri sık rastlanan bir durum değildir. Nitekim, sosyal sigorta sistemimiz de, genel yapısı itibarıyla, bireylerin tüm yaşamları boyunca, sözkonusu ekonomik faaliyetlerin bir tanesi ile iştigal edebileceklerini veya birini sona erdirip bir diğer ekonomik faaliyete başlayacaklarını öngörerek sistemi kurgulamıştır. Ancak, istisnai de olsa, bu yapı içerisinde, bireylerin, sözkonusu ekonomik faaliyetlerin bir den fazlasını aynı anda gerçekleştirmeleri sözkonusu olabilmektedir. Özellikle, 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 s. İş Kanunu<sup>12</sup> ile çalışma sürelerinin esnekleştirildiği, kısmi süreli çalışma veya çağrı üzerine çalışma<sup>13</sup> gibi esnek çalışma modellerinin yasal düzenleme haline getirildiği bir ortamda bu durum daha fazla önem kazanmıştır.

Sosyal sigorta sistemimiz, 2008 Yılı öncesinde olduğu gibi, 2008 Yılı sonrasında da, yukarıda belirttiğimiz ekonomik faaliyetlerin birden fazlasının aynı anda yapılması durumunda, kişilerin, birden fazla sosyal sigorta statüsü kapsamında sigortalı olmasına izin vermemekte, bunların birini diğerine tercih etmektedir. Ancak, bu konuda kullanılan kriterler, 2008 Yılı öncesine göre oldukça farklılaşmıştır. Aşağıda, ilk önce, zorunlu sosyal sigorta statülerinin çakışması hali, daha sonra ise zorunlu sosyal sigorta ile isteğe bağlı sosyal sigorta halinin çakışması olmak üzere konu ikiye ayrılarak incelenecektir.

## 2. Zorunlu Sosyal Sigorta Statülerinin Çakışması

### a) M. 4 / I-a ve M.4 / I-b Kapsamında Sosyal Sigorta Statülerinin Çakışması

Yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, 5510 s. Kanun m.4/I-a, iş sözleşmesine göre çalışanların sosyal sigortalılığını, m.4/ I-b ise kendi adına ve hesabına çalışanların sosyal sigortalılığını düzenlemektedir. Bir kişinin, aynı anda hem iş sözleşmesine göre çalışması hem de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışması durumunda, her iki sosyal sigorta statüsü kapsamında sigortalı olması mümkün değildir.

5510 s. Kanun'un yürürlüğe girdiği 2008 Yılı öncesinde, böyle bir durum ile karşılaşıldığında, tabii olunacak sosyal sigorta statüsünün belirlenmesi konusunda temel iki kriter kullanılmakta idi. Bunlar, "önce başlayan sigortalılığa üstünlük tanıma ölçütü" ile "ağırlıklı faaliyet ölçütü" idi.

Önce başlayan sigortalılığa öncelik tanıma ölçütü, yasal dayanağını, 1479 s. Kanun'un m. 24/II-c maddesi ile 506 s. Kanun'un m.3/F maddesinden almaktaydı.

<sup>12</sup> RG. 10.6.2003, 25134.

<sup>13</sup> Bkz. Şakar, İş Hukuku Uygulaması, 9. Baskı, İstanbul 2011, 79 vd.; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, 103 vd.; Süzek, İş Hukuku, 9. Bası, 262 vd.

Gerçekten de, her iki Kanundaki sözkonusu düzenlemeler, Bağ-Kur kapsamında veya SSKurumu kapsamında zorunlu sigortalı olacakların, sözkonusu sigortalılığın başladığı tarihte, diğer sosyal sigorta kurumları kapsamında sigortalı olmamaları koşulunu öngörmekte idi. Böylece, her iki yasal düzenleme de, önce başlayan sigortalılığa öncelik tanımış oluyordu. Nitekim, sözkonusu dönemde, Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatlarının da bu doğrultuda olduğu görülmektedir. Ancak, Yargıtay, 1992 Yılından itibaren, sigortalıların ekonomik yaşamlarında etkin ve baskın olan çalışmalarını da dikkate aldığı ve kimi zaman ağırlıklı faaliyet ölçütüne göre tabi olunacak sosyal sigorta statüsünü belirlediği görülmektedir. Dolayısıyla, 2008 Yılı öncesi dönemde, ağırlıklı olarak önce başlayan sigortalılık esas alınmakla birlikte, her iki kriterin birlikte kullanıldığı da söylenebilecektir<sup>14</sup>.

5510 s. Kanun'un konuya ilişkin düzenlemesi ise, yukarıda belirttiğimiz çözümden oldukça farklıdır. Yine, 5510 s. Kanun, bu konuya ilişkin olarak, 2008 Yılı öncesine göre daha açık ve net bir tercihte bulunmuştur.

Buna göre, 5510 s. Kanun m.4/I-a kapsamında iş sözleşmesine göre çalışma ile m.4/I-b kapsamında kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmanın aynı dönem içerisinde gerçekleşmesi durumunda, çalışan, 5510 s. Kanun m. 4 / I-a kapsamında sigortalı olarak kabul edilecektir (m. 53 / I). Kanunun bu düzenlemesi karşısında, hangi çalışmanın önce başladığı veya kişinin ekonomik ve sosyal yaşantısında hangi çalışmanın baskın olduğunun bir önemi yoktur. Nitekim, bu konuyu bir örnek vererek açıklamak gerekirse, kendi bürosu olan ve bu büroda serbest çalışan bir muhasebeci, sonradan kısmi süreli iş sözleşmesine göre haftada bir gün her hangi bir şirkette muhasebeci olarak çalışmaya başladığında, her iki çalışmanın beraber yürüdüğü dönem için 5510 s. Kanun m.4/I-a kapsamında sigortalı olacaktır. Halbuki, önce başlayan sigortalılık veya baskın olan faaliyet ölçütü dikkate alınsa, sözkonusu kişinin, m.4/I-b kapsamında sigortalı olması gerekecekti. Ancak, yasal düzenlemenin açıklığı karşısında, böyle bir sonuca ulaşmak mümkün değildir<sup>15</sup>.

5510 s. Kanun'un bu düzenlemesinin, istisnai bazı durumlar dışında, sigortalıların lehine olduğu da söylenebilecektir. Nitekim, Türk sosyal güvenlik sisteminde, 2008 Yılı öncesinde olduğu gibi 2008 Yılı sonrasındaki dönemde de, sosyal sigorta hak ve yükümlülükleri yönünden, norm ve standart birliği sağlanabilmiş değildir. Bu yönüyle olaya yaklaşıldığında, 2008 Yılı öncesinde 1479 s. Bağ-Kur Kanunu kapsamında sigortalı olmak, 2008 Yılı sonrasında ise 5510 s. Kanun m. 4 / I-b kapsamında sigortalı olmak çalışanların lehine bir durum değildir. Bu nedenle, sözkonusu yasal düzenlemenin çalışanların lehine olduğu söylenebilecektir<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> 5510 s. Kanun öncesi dönem için bkz. **Karaman**, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Teklik İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000, 76 vd.

<sup>15</sup> **Güzel / Okur / Caniklioğlu**, 168; **Tuncay / Ekmekçi**, 306; **Sözer**, 460; **Alper**, 121; **Kurt / Göktaş / Özdamar / Çakar**, 52; **Şakar**, 4/b'liliğe Veda, Sicil, Mart 2011, 215 vd.

<sup>16</sup> **Güzel / Okur / Caniklioğlu**, 168-169.

Ancak, 5510 s. Kanun'un bu düzenlemesinin, uygulamada her durumda sigortalı lehine sonuç doğuracağını söyleyebilmek de mümkün değildir. Özellikle, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışmanın yaygınlaştığı bir ortamda, çatışan sigortalılık ilişkisi yönünden, kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak yapılan iş, çoğunlukla ek iş veya tali iş durumunda olacaktır. Dolayısıyla, böyle bir durumda, sigortalının, çalışma süresinin çok büyük bir kısmı, sosyal sigortanın kapsamı dışında kalacaktır. Böylece, sigortalı, aynı oranda daha az sosyal sigorta prim ödeme gün sayısına sahip olacaktır. Bu durum, kısa vadeli sosyal sigorta kolları yönünden ciddi bir problem oluşturmasa dahi, uzun vadeli sosyal sigorta kolları yönünden aynı şeyi söyleyebilmek mümkün değildir. Örneğin, geçiş dönemi özel koşulları bir kenara bırakıldığında, yaşlılık sigorta kolundan aylığa hak kazanabilme yönünden 7200 gün prim ödeme gün sayısının tamamlanması gerektiği dikkate alınacak olursa, sorunun önemi daha iyi anlaşılacaktır. Yukarıda ki örnekte olduğu gibi, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışmada, haftalık çalışma süresinin çok azaltıldığı hallerde, bazen sigortalının uzun vadeli sigorta kollarından yararlanabilmesi imkansız hale bile gelebilecektir.

Uygulamada ortaya çıkabilecek olan bu ve benzeri durumlar, Kanun koyucu tarafından da öngörülmüştür. Nitekim, hem m. 4/a hem de 4/b kapsamında sigortalılığı gerektiren ekonomik faaliyetler içerisinde bulunup da, m. 4/a kapsamında sigortalı olanlar, yazılı talepte bulunmaları şartıyla, talep tarihinden itibaren m. 4/I-b kapsamında da prim ödeyebileceklerdir. Bu kapsamda ödenen primler, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan sağlanan yardımlar yönünden m. 4/I-b kapsamında sigortalılık statüsünde, kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan diğer yardımlar ile uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan sosyal sigorta yardımları yönünden ise m. 4/I-a kapsamında sigortalılık statüsünde değerlendirilecektir. Kanunun bu hükmüne göre, ödeme talebinde bulunulduğu halde, ait olduğu ayı izleyen ayın sonuna kadar ödenmeyen primlerin ödenme hakkı ise düşecektir. Dolayısıyla, bu primlerin bir daha ödenebilmesi sözkonusu olamayacaktır (m. 53 / I)<sup>17</sup>.

Kanunun bu düzenlemesi, ilk bakışta, "sosyal sigortada teklik ilkesi" nin bir istisnası gibi görünmektedir. Ancak, sözkonusu düzenlemenin, bu ilkenin bir istisnası olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, yasal düzenleme, bu şekilde çalışan kişilere, her iki sosyal sigorta statüsü kapsamında iki ayrı güvence sağlamamıştır. Kanunun öngördüğü model, daha çok, esas alınan m. 4 /I-a kapsamındaki sigortalılığın, esas alınmayan m. 4/I-b kapsamındaki sigortalılık statüsünden ödenen primlerle tamamlattırılması imkanının verilmesinden ibarettir. Bu yönüyle de, ortada yine tek bir sosyal sigorta statüsü ve tek bir sosyal sigorta güvencesi vardır. Dolayısıyla da, sistem yine "sosyal sigortada teklik" ilkesine dayalı olarak çalışmaktadır<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Güzel / Okur / Caniklioğlu, 169; Tuncay / Ekmekçi, 306; Sözer, 460; Alper, 121; Kurt / Göktaş / Özdamar / Çakar, 53; Şakar, 4/b'liliğe Veda, 216.

<sup>18</sup> Güzel / Okur / Caniklioğlu, 172; Aksi görüş için bkz. Tuncay / Ekmekçi, 305-306; Sözer, 460; Şakar, 4/b'liliğe Veda, 216.



Kanun koyucu, 5510 s. Kanun m. 4/I-a ve m.4/I-b kapsamında sigortalılık statülerinin çakışmasına ilişkin özel bir hali ise tamamen yasaklamıştır. Buna göre, m. 4/I-b kapsamında sigortalı olanlar, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden dolayı, m.4/I-a kapsamında sigortalı olarak bildirilemeyeceklerdir (m. 53 / II). Böylece, 5510 s. Kanun döneminden önce, çalışanların, Bağ-Kur sigortalılığında kurtulmak amacıyla sıkça başvurdukları bir yol tamamen kapatılmış olmaktadır<sup>19</sup>.

5510 s. Kanun'un, sosyal sigorta statülerinin çakışmasına ilişkin düzenlediği bir diğer özel durum ise, kendi adına ve hesabına bağımsız tarımsal faaliyette bulunanların (m. 4/I-b-(4)), yine m. 4/I-b kapsamında zorunlu sigortalılığı gerektiren bir başka ekonomik faaliyet içerisinde bulunmaları halidir. Bu durumda, kendi adına ve hesabına bağımsız çalışan kişi, yaptığı tarımsal faaliyet kapsamında değil, diğer çalışması kapsamında m. 4/I-b kapsamında sigortalı olacaktır (m. 53 /I). Örneğin, hem kendi adına ve hesabına tarımsal faaliyette bulunan hem de bir anonim şirketin yönetim kurulu üyesi ortağı olan kişi, m. 4/I-b-(4) kapsamında değil, m. 4/I-b-(3) kapsamında sigortalı olacaktır<sup>20</sup>.

5510 s. Kanun kapsamında zorunlu sigortalılık statülerinin çakışması olarak nitelendirilebilecek bir diğer durum da, m. 4/I-a-b-c kapsamlarında sigortalılık ile m.5/a,e bendleri kapsamında kısmi sigortalılık hallerinin çalışması durumudur. Kanunun 5/a maddesi incelendiğinde, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyelerinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde iş sözleşmesine dayalı olmaksızın çalıştırılan hükümlü ve tutukluların sosyal sigortalılığının düzenlendiği görülmektedir. Bu kişiler, iş kazası, meslek hastalığı ve analık sigorta kolları yönünden m. 4/I-a kapsamında kısmi sigortalı yapılmışlardır. Kanunun m.5/e maddesi incelendiğinde ise, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme kurslarına katılan kişilerin sosyal sigortalılığının düzenlendiği görülmektedir. Bu kişiler de iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolları yönünden m.4/I-a kapsamında kısmi sigortalı yapılmışlardır. Bu iki grup kısmi sigortalılık halinin m.4/I-a-b-c kapsamında tam sigortalılık hali ile çakışması durumunda, kişiler, m.4 kapsamında sigortalı kabul edilecek, kısmi sigortalılık hali sona erecektir (m.53/IV)<sup>21</sup>.

Bu konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, 5510 s. Kanun'un, sigortalılık hallerinin çakışması olarak kabul ettiği hallerin, gerçek fiili çalışmaya dayalı durumlar olduğudur. Yoksa, muvazaaya dayanan, gerçek fiili çalışmanın olmadığı, hayali sigortalılık ilişkisine dayalı olarak tabi olunacak sosyal sigorta statüsünün değiştirilmesi amacına yönelik durumlar, çatışan sigortalılık

<sup>19</sup> Güzel / Okur / Caniklioğlu, 169; Tuncay / Ekmekçi, 307; Sözer, 460; Alper, 121.

<sup>20</sup> Güzel / Okur / Caniklioğlu, 171; Tuncay / Ekmekçi, 306; Sözer, 460; Alper, 121.

<sup>21</sup> Güzel / Okur / Caniklioğlu, 172; Tuncay / Ekmekçi, 307; Sözer, 461; Alper, 122.

ilişkisi olarak kabul edilmeyecektir. 5510 s. Kanun öncesi dönemdeki bu konuya ilişkin Yargıtay Kararları, bu yönüyle bu gün de geçerliliğini korumaktadır<sup>22</sup>.

### **b) M.4/I-a ve M.4/I-b Kapsamında Sosyal Sigorta Statüleri ile M.4/I-c Kapsamında Sosyal Sigorta Statüsünün Çakışması**

Yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, 5510 s. Kanun m. 4/I-c, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin zorunlu sosyal sigortalılığını düzenlemektedir. Diğer iki zorunlu sosyal sigorta statüsünde olduğu gibi, m. 4/I-c kapsamındaki zorunlu sosyal sigorta statüsünde de çalışan sosyal sigorta ilişkisine izin verilmemiştir. Dolayısıyla, bir kişinin, aynı anda hem m. 4/I-c kapsamında sigortalı hem de m.4/I-a veya m.4/I-b kapsamında sigortalı olması mümkün değildir.

5510 s. Kanunun yürürlüğe girdiği 2008 Yılı öncesinde, böyle bir durum ile karşılaşıldığında, diğer çalışan sosyal sigorta ilişkilerinden farklı olarak kanun koyucu daha açık ve net bir tercihte bulunmuştu. Nitekim, o dönem yürürlükte olan 5434 s. Kanun'un 12. maddesi, "iştirakçi olanlar Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı ile isteklerine bakılmaksızın ilgilendirilirler ve haklarında ayrıca iş ve işçi sigortaları kanunlarının hükümleri uygulanmaz" hükmünü içermekteydi (m. 12 / son). Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, 2008 Yılı öncesinde, 5434 s. Kanun kapsamında sigortalılık sözkonusu olduğunda, tabi olunan diğer sosyal sigorta statüleri, "önce başlayan sigortalılığa üstünlük tanıma ölçütü" veya "ağırlıklı faaliyet ölçütü" dikkate alınmaksızın sona erdiriliyor ve çalışan doğrudan doğruya T.C. Emekli Sandığı kapsamında sigortalı oluyordu. Dolayısıyla, sosyal sigorta sistemimiz, 5434 s. Kanun kapsamında sigortalılığa üstünlük tanımıdır<sup>23</sup>.

Aynı durum, bu gün de geçerlidir. Nitekim, sigortalının m.4/I-a ve m.4/I-b kapsamında yer alan sigortalılık statüleri ile m. 4/I-c kapsamındaki sigortalılık statüsünün çakışması durumunda, sigortalı, m.4/I-c kapsamında sigortalı olarak kabul edilecektir (m.53/I). Bu yönüyle, 5510 s. Kanunun öngördüğü düzenlemenin, 2008 Yılı öncesi yasal düzenlemeden her hangi bir farkı bulunmamaktadır<sup>24</sup>. Bu nedenle, Yargıtay'ın, geçmiş yıllarda vermiş olduğu kararlar, bugün ki yasal düzenleme yönünden de geçerliliğini korumaktadır.

### **3. Zorunlu Sosyal Sigorta Statüleri ile İsteğe Bağlı Sosyal Sigorta Statüsünün Çakışması**

Yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, sosyal sigorta sistemimizin en temel özelliği "zorunlu" olmasıdır. Dolayısıyla, sigortalılık sıfatının kazanılmasında ve kaybedilmesinde taraf iradeleri rol oynamaz (m. 92 / I). Bu yönüyle,

<sup>22</sup> Güzel / Okur / Caniklioğlu, 171.

<sup>23</sup> Bkz. Karaman, 89 vd.

<sup>24</sup> Güzel / Okur / Caniklioğlu, 168; Şakar, 90-91; Tuncay / Ekmekçi, 305; Sözer, 460; Alper, 121.

isteğe bağlı sigortalılık bir istisnadır. İsteğe bağlı sigortalılığın amacı, her hangi bir sebeple zorunlu sigortalı olamamış veya olmamış kişilerin, isteğe bağlı olarak sisteme dahil olabilmelerini ve böylece uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası yönünden anayasal bir hak olan sosyal güvenlik hakkının gerçekleştirilmesini sağlamaktır.

Olaya bu açıdan yaklaşıldığında, zorunlu sosyal sigorta statüleri ile isteğe bağlı sosyal sigorta statüsünün çakışması durumunda, her ikisinin de beraber yürüyebileceğini veya isteğe bağlı sosyal sigortaya üstünlük tanınacağını düşünebilmek mümkün değildir. Bu nedenle, 5510 s. Kanun'da, isteğe bağlı sigortalı olanların, m.4/I-a,b,c bentleri kapsamında sigortalı olmayı gerektiren çalışma ilişkisi içine girmeleri durumunda, isteğe bağlı sigortalılıklarının sona ereceğini öngörmüştür (m. 53 / III). Görüldüğü üzere, her üç zorunlu sosyal sigorta statüsü de, isteğe bağlı sosyal sigorta statüsüne üstün tutulmuştur. İsteğe bağlı sigortalılık, hangi tür zorunlu sigortalılıkla çakışırsa çakışsın, çakıştığı dönem için sona erecektir. Kanunun konuya ilişkin düzenlemesi sadece m. 53 / III'den ibarete değildir. İsteğe bağlı sigortalılığın şartları düzenlenirken de "Bu kanuna tabi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmamak..." denilmek suretiyle (m. 50/II-a); zorunlu sigortalılık ile çakışan isteğe bağlı sigortalı prim ödeme sürelerinin iptal edilerek bu sürelerin primlerinin iade edileceği söylenerek de (m. 51 / II) bu konudaki temel tercih gösterilmiştir<sup>25</sup>.

5510 s. Kanun'un öngördüğü bu sistem, 2008 Yılı öncesindeki yasal düzenlemelerle de paralellik göstermektedir. Nitekim, 5510 s. Kanun öncesi dönemde de, zorunlu sosyal sigorta statüleri ile isteğe bağlı sosyal sigorta statüsünün çakışması durumunda, zorunlu sigortalılığa üstünlük tanınıyordu. Konuya ilişkin Yargıtay içtihatları da aynı doğrultuda idi<sup>26</sup>.

Ancak, 5510 s. Kanun, bu konuya ilişkin olarak, yukarıda belirttiğimiz temel kuralın ilk bakışta istisnası gibi görünen iki ayrı düzenlemeye yer vermiştir.

Bunlardan ilki, Türkiye'de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerdeki Türk vatandaşlarına ilişkin düzenlemedir (m. 50 / II). Kanunun bu düzenlemesi, doğrudan doğruya, m. 5/g kapsamında yer alan kısmi sigortalılara ilişkindir. Bu kişiler, ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde iş alan işverenlerin, çalıştırılmak üzere bu ülkelere götürdükleri işçilerdir. Bu şekilde çalıştırılan işçiler, m. 5/g kapsamında, kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası kapsamında zorunlu kısmi sigortalıdırlar. Uzun vadeli sigorta kolları yönünden ise isteğe bağlı sigortalı olma hakları vardır (m. 5 / g). Böylece, hem m.4/I-a kapsamında zorunlu kısmi sigortalı hem de m. 50 kapsamında isteğe bağlı sigortalı olabilmektedirler.

<sup>25</sup> Güzel / Okur / Caniklioğlu, 171-172; Şakar, 91; Tuncay / Ekmekçi, 307; Sözer, 460-461; Alper, 121.

<sup>26</sup> Bkz. Karaman, 85 vd.

İkinci istisnai düzenleme ise, ay içerisinde 30 günden az çalışan ya da tam gün çalışmayan sigortalılara isteğe bağlı sigortalı olma hakkı veren düzenlemedir (m. 50 / II-a). Daha açık bir ifadeyle, bu düzenlemenin hedefindeki çalışan kesim, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçilerdir. Bu kişiler, iş sözleşmesine dayalı olarak çalıştıkları için, esas itibarıyla m.4/I-a kapsamında zorunlu sigortalıdırlar. Ancak, tam süreli iş sözleşmeleriyle çalışan işçilere göre, haftalık çalışma süresindeki azalma orantılı olarak daha az prim ödeme gün sayısı kazanacaklardır (m.80/I-h).

Bu durum ise, özellikle uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan sosyal sigorta yardımlarına hak kazanmayı ya çok güçleştirecek ya da imkansız hale getirecektir. Bu nedenle, kanun koyucu, bu sigortalılara, isteğe bağlı sigortalı olarak, ay içerisinde eksik kalan prim ödeme günlerini tamamlama imkanı vermiştir.

Her iki istisnai düzenlemeye ilişkin açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, kanun koyucunun buradaki amacı, m. 4/I-a kapsamında zorunlu sigortalı olan bu kişilere, ikinci bir sosyal sigorta statüsü kapsamında ek bir sosyal güvence sağlamak değildir. Tıpkı yukarıda değindiğimiz m.4/I-a ve m.4/I-b kapsamında sigortalılık hallerinin çakışmasında, sigortalıya, m.4/I-b kapsamında da prim ödeme imkanının tanınmasında olduğu gibi, eksik kalan sigortalılık sürelerinin tamamlanmasına olanak sağlamaktır. Nitekim, isteğe bağlı sigortalılıkta, genel kural olarak, prim ödenen süreler 5510 s. Kanun m.4/I-b kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul edildiği halde (m.51/son), sözkonusu her iki istisnai halde de isteğe bağlı sigorta kapsamında prim ödenen süreler 5510 s. Kanun m.4/I-a kapsamında değerlendirilmektedir (m.5/g; m.51/III).

Bu nedenle, bu her iki istisnai durumun, yukarıda değindiğimiz isteğe bağlı sigortalılık ve zorunlu sigortalılık statülerinin çakışmasına ilişkin genel kuralın istisnası olarak görülmesi yerinde olmayacaktır<sup>27</sup>.

#### 4. Yanlış Sosyal Sigorta Statüsü Kapsamında Prim Ödenmesi Hali

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, 5510 s. Kanun m. 53, eski yasal düzenlemeden farklı olarak, oldukça ayrıntılı bir şekilde çakışan sigortalılık ilişkisini düzenlemiştir. Ancak, söz konusu yasal düzenlemenin ayrıntılı olmasına karşın, açık olduğunu ve uygulamada karışıklığa sebep olmayacağını söyleyebilmek mümkün değildir. Nitekim, bu durum, Kanun koyucu tarafından da öngörülmüş ve aynı madde içerisinde ayrıca düzenlenmiştir.

Buna göre, m. 53 / I hükmü saklı olmak üzere, 53. madde hükümlerine göre sigortalı olunması gereken sigortalılık statüsünden başka bir sigortalılık statüsü için prim ödenmesi durumunda, prim ödenen bu süreler, m.53/I hükmüne göre esas alınması gereken sigortalılık statüsü kapsamında ödenmiş primler ve geçirilmiş süreler olarak kabul edilecektir (m.53/V)<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Güzel / Okur / Caniklioğlu, 167; Aksi görüş için bkz. Tuncay / Ekmekçi, 305; Şakar, 4/b'liliğe Veda, 216.

<sup>28</sup> Ayrıca bkz. Güzel / Okur / Caniklioğlu, 172; Tuncay / Ekmekçi, 307.

## SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere, Türk sosyal güvenlik sistemi, sosyal sigorta modeline dayalı bir yapıya sahiptir. Bu yapı içerisinde, çalışanlar, değişik gruplara ayrılmakta ve her bir grup yönünden farklı sosyal sigorta programları uygulanmaktadır.

Bu açıdan, ülkemizde çalışanlar üç gruba ayrılmıştır. Bunlar, iş sözleşmesine göre çalışanlar, kendi adına ve hesabına serbest meslek icra edenler ve devlet memurları ile diğer kamu görevlileridir.

2006 Yılına kadar, bu üç grubun sosyal güvenliğini sağlamak için üç ayrı sosyal sigorta kurumu faaliyet göstermekte idi. 2006 Yılında, sözkonusu sosyal sigorta kurumlarının tüzel kişiliği sona erdirilmiş, onların yerine 5502 s. Kanun ile Sosyal Güvenlik Kurumu kurulmuştur. Böylece kurumsal birlik sağlanmıştır. Yine, 2006 Yılında, bu üç çalışan grubun kurumları ile aralarındaki sosyal sigorta ilişkisini düzenleyen kanunlar da yürürlükten kaldırılmış, onların yerine 5510 s. Kanun çıkarılmış ve böylece sosyal sigorta ilişkisi yönünden yasal birliktelik de sağlanmıştır. 5510 s. Kanun 2008 Yılında yürürlüğe girmiştir.

Ancak, 5510 s. Kanun içerisinde de üç ayrı çalışan grubu için üç ayrı sosyal sigorta statüsü tanımlanmıştır. Dolayısıyla, sosyal sigorta ilişkisini düzenleyen mevzuatın birleştirilmesi şekli anlamda gerçekleşmiş, norm ve standart birliği sağlanamamıştır. Bunun bir sonucu olarak da, eski kanun döneminde bir sorun olarak ortaya çıkan çakışan sosyal sigorta ilişkisi yine aynı şekilde karşımıza çıkmıştır.

5510 s. Kanun da, tıpkı eski yasal düzenleme döneminde olduğu gibi, çakışan sigortalılığa izin vermemiş, böyle bir durum ile karşılaşıldığında çakışan sosyal sigorta statülerinden birini tercih etmiştir. Ancak, 5510 s. Kanun'un bu konudaki tercihinin, eski yasal düzenlemelere göre daha net olduğu söylenebilecektir.

Buna göre, 5510 s. Kanun m.4/I-a kapsamında sigortalılık ile m.4/I-b kapsamında sigortalılığın çakışması durumunda, çalışan m.4/I-a kapsamında sigortalı olarak kabul edilecektir. 5510 s. Kanun m. 4/I-c kapsamında sigortalılık ile m.4/I-a veya m.4/I-b kapsamında sigortalılığın çakışması durumunda ise, çalışan m.4/I-c kapsamında sigortalı olarak kabul edilecektir. Bu genel kural yanında, 5510 s. Kanun, zorunlu sigortalılık hallerinin çakışmasına ilişkin bazı özel halleri ise ayrıca düzenlemiştir.

Bu konuya ilişkin olarak ortaya çıkabilecek olan bir diğer durum da, zorunlu sigortalılık statüleri ile isteğe bağlı sigortalılık statüsünün çakışması halidir. Böyle bir durum ile karşılaşıldığında, isteğe bağlı sigortalılık sona erecektir.

5510 s. Kanun, gerek zorunlu sosyal sigorta statülerinin gerekse isteğe bağlı sosyal sigorta statüsü ile zorunlu sosyal sigorta statülerinin çakıştığı bazı hallerde,

şayet çakışan sosyal sigorta statüleri prim ödeme gün sayıları bakımından bir birlerini tamamlıyorlarsa, bu durumda her iki sosyal sigorta statüsünün bu çerçevede beraberce sürmesine de izin vermiştir. Böyle durumlarda, sigortalı, iki ayrı sosyal sigorta statüsü kapsamında iki ayrı güvenceye kavuşturulmamaktadır. Sigortalı, bu durumda da yine tek bir sosyal sigorta statüsü kapsamında tek bir sosyal güvenceye sahip olmaktadır. Bu nedenle, söz konusu halin, sosyal sigorta da teklik ilkesinin bir istisnası olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

### KAYNAKÇA

- Akıntürk / Karaman; Medeni Hukuk, 15. Bası, İstanbul 2010.
- Alper, Yusuf; Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Hukuk, Bursa 2013.
- Çelik, Nuri; İş Hukuk Dersleri, 26. Bası, İstanbul 2013.
- Güzel / Okur / Caniklioğlu; Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012.
- Karaman, Mehmet Halis; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Teklik İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000.
- Kurt / Gökteş / Özdamar / Çakar; Açıklamalı ve Uygulamalı Sosyal Güvenlik Rehberi, İstanbul 2012
- Korkusuz / Uğur; Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2013.
- Sözer, Ali Nazım; İşçi, Bağımlı Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuk, İstanbul 2013.
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2013.
- Şakar, Müjdat; Genel Hukuk, 3. Baskı, İstanbul 2014.
- Şakar, Müjdat; İş Hukuku Uygulaması, 9. Baskı, İstanbul 2011.
- Şakar, Müjdat; Sosyal Sigortalar Uygulaması, 10. Baskı, İstanbul 2011.
- Şakar, Müjdat; 4/b'liliğe Veda! (Ya da İsteyene Hem 4 / a Hem 4 / b!), Sicil, İş Hukuku Dergisi, Mart 2011.
- Tuncay / Ekmekçi; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2013.





# SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNA YASAL SÜRESİ DIŞINDA VERİLMESİNE RAĞMEN İDARİ PARA CEZASINA KONU EDİLMEMEYECEK BİLDİRİMLER

*(Notifications to Social Security Institution Which Cannot  
Be Subjected to Administrative Fines in Spite of Being  
Submitted After Legal Submission Period)*

Murat ÖZDAMAR\*  
Erden ÇAKAR\*\*

## ÖZET

Türk sosyal güvenlik mevzuatı gereği, çalışan sigortalılara ilişkin bildirimler, sigortalı işe giriş bildirgesi, sigortalı işten ayrılış bildirgesi ve aylık prim-hizmet belgesi adı verilen üç belgenin Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmesiyle yerine getirilir. Sigortalılığa ilişkin bu üç önemli belgenin, 5510 sayılı Kanun'da öngörülen süreler içerisinde ve yine 5510 sayılı Kanun'da belirtilen usulde (e-sigorta yoluyla, e-bildirge şifresiyle) SGK'ya verilmemesi halinde bu yükümlülükleri yerine getirmeyen işverenler hakkında 5510 sayılı Kanunun Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 102 inci maddesinde belirtilen tutarlarda idari para cezası uygulanır. Ancak bazı hallerde bu belgelerin yasal süreleri dışında SGK'ya verilmiş olması idari para cezasına konu edilememektedir.

**Anahtar kelimeler:** Prim belgeleri, idari para cezaları, istisnalar

## *Abstract*

According to the Turkish social security legislation, notifications regarding the active insured are being made by submission of three documents to the Social Security Institution (SSI), named as Insurance Holder Employment Notification, Insurance Holder End of Employment Notification and Monthly Premium and Service Document. In the case of not submission of these three important documents concerning insurance to the SSI within the legal submission periods determined in the Act No. 5510 and/or not submission in the way that is stated again in the Act No. 5510 (such as through e-insurance system or with e-notification password) administrative fines, in the amount indicated in the Article 102 of Social Insurance and General Health Insurance Act No. 5510, will be implemented to the employers who did not fulfil these liabilities.

\* Sosyal Güvenlik Kurumu İstanbul İl Müdür Yardımcısı, Doktora Öğrencisi.

\*\* Sosyal Güvenlik Denetmeni, Doktora Öğrencisi.

On the other hand, in some cases the submission of these documents to SSI beyond the legal submission periods cannot be subjected to administrative fines.

**Keywords:** Premium documents, administrative fines, exceptional cases

## I- GİRİŞ

Anayasamızın 60 ıncı maddesinde sosyal güvenlik hakkı düzenlenmiş ve herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu teminat altına alınmıştır. Bunun yanı sıra aynı madde içinde sosyal güvenliğin sağlanmasında gerekli tedbirleri alma ve teşkilatı kurma görevinin Devlete ait olduğu da vurgulanmıştır. Anayasadaki bu düzenlemeye bağlı olarak, en temel insan haklarından biri olan, çalışan bireylerin sosyal güvenliğinin sağlanıp sağlanmadığının izlenmesi, denetlenmesi ve aynı zamanda sigortalı ve hak sahiplerine sosyal güvence sunulması görevi Devlet tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'na (SGK) verilmiştir. Hiç şüphesiz SGK'nın kapsamına aldığı sigortalılara kısa ve uzun vadeli sigorta kollarından tam ve eksiksiz hizmet sunabilmesi 5510 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu"nda<sup>1</sup> düzenlenen bildirimlerin eksiksiz olarak süresinde yapılmasına bağlıdır<sup>2</sup>.

Belirtmek gerekir ki; 5510 sayılı Kanuna göre, 4/a kapsamında<sup>3</sup> çalışan sigortalılara ilişkin bildirimler, üç bildirgenin/belgenin (sigortalı işe giriş bildirgesi, sigortalı işten ayrılış bildirgesi ve aylık prim ve hizmet belgesi-APHB) işverenler tarafından SGK'ya verilmesiyle yerine getirilir. Sigortalılığa ilişkin bu üç önemli belgenin, 5510 sayılı Kanun'da öngörülen süreler içerisinde ve yine 5510 sayılı Kanun'da belirtilen usulde (e-sigorta yoluyla, e-bildirge şifresiyle) SGK'ya verilmesi/gönderilmemesi durumunda bu yükümlülükleri yerine getirmeyen işverenler hakkında 5510 sayılı Kanununun 102 inci maddesinde belirtilen tutarlarda idari para cezası uygulanır.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise 5510 sayılı Kanunun sağlıklı biçimde uygulanması ve kanunda yer alan düzenlemelerin boş bir sözcük yığını olarak kalmaması adına SGK'nın sadece uygulamayı izlemesi, gözetlemesi ve denetlemesinin yeterli olmadığıdır. Dolayısıyla SGK'nın belirgin olarak uygulamada saptanan aykırılıklar hakkında cezalandırma hakkını kullanması kanunun uygulanması bakımından kaçınılmazdır. Bu anlamda idari para cezası uygulamalarının kanunun eksiksiz olarak uygulanması amacına hizmet ettiği söylenebilir<sup>4</sup>. Ancak bazı

<sup>1</sup> 5510 sayılı Kanun, 16/06/2006 tarih ve 26200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>2</sup> Yusuf Alper, *Sosyal Sigortalar Hukuku*, Güncellenmiş 5. Basım, Bursa: Dora Yayınevi, 2013, s.181; Mustafa Kuruca, "İdari Para Cezalarında Tahakkuk Zamanaşımı", Yaklaşım, Sayı: 214, (Ekim 2010), s.225.

<sup>3</sup> 5510 sayılı Kanununun 4 üncü maddesi esas alındığında, sigortalıları 4/I-a'lılar, 4/I-b'liler ve 4/I-c'liler olarak ifade etmek gerekmektedir. Ancak günlük hayatta konuşma dilinin sağladığı kolaylık dolayısıyla 4/a'lılar, 4/b'liler ve 4/c'liler olarak kullanılmaktadır. Bu bağlamda makale içerisinde kısaltmalar 4/a'lılar şeklinde yapılmıştır. Benzer kullanım için bkz., Alper, s.81.

<sup>4</sup> Ali Güzel/A. Rıza Okur/ Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, s.187.

durumlarda belgelerin yasal süreleri dışında SGK'ya verilmiş /gönderilmiş olması idari para cezasına konu edilmemektedir. Aşağıda SGK'ya yasal süresi dışında verilmesine rağmen süresi içinde yapılmış bildirim olarak değerlendirilen ve idari para cezasına konu edilmeyen diğer bir ifadeyle idari para cezası uygulanmayacak olan bildirimlerin neler olduğuna açıklık getirilmesi amaçlanmıştır.

## **II- BİLDİRİMLERİN GEÇ YAPILMASINA BAĞLI İDARİ PARA CEZALARI VE İDARİ PARA CEZASINA KONU EDİLEMEYECEK BİLDİRİMLER**

Sosyal sigortaların amacına uygun ve düzenli bir biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla 5510 sayılı Kanun ile işverenlere birçok önemli görevler yüklenmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 5510 sayılı Kanunda belirtilen yükümlülüklerini aksatan işverenler için yaptırım olarak idari para cezası uygulanması öngörülmüştür. 5510 sayılı Kanunda, daha ziyade mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu<sup>5</sup>na paralel düzenlemelere yer verilmiş ve uygulanacak idari para cezaları yönünden de ceza miktarları 506 sayılı Kanun'da olduğu gibi asgari ücrete endekslenmiştir<sup>6</sup>.

Diğer bir anlatımla, 5510 sayılı Kanuna göre idari para cezası miktarları belirlenirken, 4857 sayılı İş Kanunu'nun<sup>7</sup> 39 uncu maddesinde düzenlenen sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için fiilin oluştuğu tarihte yürürlükte bulunan brüt asgari ücret esas alınmaktadır. SGK tarafından uygulanan idari para cezalarında brüt asgari ücretin esas alınmasının yanı sıra diğer önemli bir husus idari para cezaları uygulanırken fiilin işlendiği tarihin esas alınmasıdır. Dolayısıyla "fiilin işlendiği tarih" kavramının ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Fiilin işlendiği tarihten kast edilen, işverenlerce yapılması gereken bildirim hiç yapılmaması veya geç yapılması durumunda, yasal bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereken son günün fiilin işlendiği tarih olarak esas alınmasıdır<sup>8</sup>.

Daha anlaşılır bir ifadeyle, 5510 sayılı Kanuna göre bildirimlerin yapılmamasına veya geç yapılmasına bağlı olarak idari para cezaları tahakkuk ettirilirken Kurumca tespitini yapıldığı ya da bildirim işveren tarafından geç yapıldığı tarihteki brüt asgari ücret değil bildirim yapılması gereken son günde yürürlükte bulunan brüt asgari ücret esas alınarak idari para cezaları tahakkuk ettirilmektedir. Örneğin; kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca 2013/Temmuz ayında işverenin 2012 yılı kayıt ve belgelerinin incelendiğini, inceleme sonucunda 2012/Nisan

<sup>5</sup> 506 sayılı Kanun, 29.30.31/07/1964, 1/8/1964 tarihli ve 11766-11779 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>6</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.187; Alper, s.181.

<sup>7</sup> 4857 sayılı Kanun, 10/06/2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>8</sup> Kuruca, s.226.

ayında çalışan sigortalıların prime esas kazançlarının Kuruma eksik bildirildiğinin tespit edildiğini ve kayıt inceleme tutanağının 18/09/2013 tarihinde düzenlenerek imza altına alındığını varsayalım.

Yukarıda belirtilen şekilde bir tespit varlığı halinde işverenden, 2012/Nisan ayında eksik beyan ettiği miktar üzerinden ek aylık prim ve hizmet belgesi (APHB) düzenleyerek kuruma vermesi istenecektir. İşverenin belgeyi düzenleyerek Kuruma vermemesi halinde ise belge Kurumca re'sen düzenlenerek işleme alınacaktır. Gerek işveren tarafından Kurumun istemi üzerine verilen 2012/Nisan dönemine ait APHB, gerekse işverenin istemi dikkate almayarak APHB vermemesi durumunda, 2012/Nisan dönemine ait tahakkuk edecek primlerin karşılığı işverenden tahsil edilecektir. Bunun yanı sıra işveren hakkında, 2012/Nisan ayı ek APHB'nin yasal süresi içinde Kuruma verilmemesi nedeniyle idari para cezası uygulanacaktır. Ancak, idari para cezası uygulanırken tespit yapıldığı 2013/Temmuz ayındaki brüt asgari ücret olan 1.021,50 TL değil, fiilin işlendiği tarih yani 2012/Nisan ayı ek APHB'nin<sup>9</sup> Kuruma verilmesi gereken son gün olan 23 Mayıs 2012 tarihinde yürürlükte bulunan brüt asgari ücret esas alınacaktır. Dolayısıyla işveren hakkında iki asgari ücret (886,50 X 2 = 1773,00 TL) tutarında idari para cezası uygulanacaktır.

#### **A- İşyeri Bildirgesi Geç Verilmesine Rağmen İdari Para Cezasına Konu Edilemeyecek İstisnai Haller**

Tüm işyerlerinin SGK tarafından tespite dayalı olarak tescil edilmesi mümkün değildir. Buna bağlı olarak da işverenler, işyerlerini SGK'ya bildirmekle yükümlü kılınmıştır<sup>10</sup>. Dolayısıyla bildirimde aksine bir tespit yoksa işveren beyanına itibar edildiğini söylememiz mümkündür. İşverenler, 5510 sayılı Kanunun 4 uncu maddesi birinci fıkrası (a) bendinde sayılan kişileri çalıştıran (iş/hizmet akdine istinaden çalışanlar) işverenler, örneği Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği<sup>11</sup> (SSİY) ekinde bulunan işyeri bildirgesini en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte SGK'ya vermekle yükümlüdür<sup>12</sup>. Tersinden ifade etmek gerekirse, işyeri bildirgesinin en geç işçi çalıştırılmaya başlanıldığı gün SGK'ya verilmesi halinde bildirim yasal süresi içinde yapıldığı kabul edilir.

5510 sayılı Kanunun 4 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan kişileri çalıştırmayan gerçek ya da tüzel kişiler başka kanunlara göre işveren sıfatı<sup>13</sup> kazanmış olsalar dahi 5510 sayılı Kanun hükmüne göre işveren sayılmazlar.

<sup>9</sup> Sosyal güvenlik mevzuatına göre, ek aylık prim ve hizmet belgeleri de asıl aylık prim ve hizmet belgeleri gibi en geç takip eden ayın 23'üne kadar Kuruma verilmelidir.

<sup>10</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.237.

<sup>11</sup> 12/05/2010 tarih ve 27579 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>12</sup> Mustafa Kuruca, "İdari Para Cezalarına Neden Olan Fiiller ve Tahakkuk Zamanlaşımı" Yaklaşım Dergisi, Sayı:213 (Eylül 2010):225-228.

<sup>13</sup> 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu işvereni, çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak ifade etmektedir. Bu tanım gereği sadece

Yani işyerinde 4/a kapsamında sigortalı çalıştırmayan bir işverenin SGK'ya işyeri bildirgesi vererek işyeri dosyası tescil ettirmesine gerek yoktur. İşyeri dosyası tescil edilebilmesi için işyerinde mutlaka 4/a kapsamında kabul edilen en az bir kişinin çalışıyor olması şarttır<sup>14</sup>.

5510 sayılı Kanun'un 11 inci maddesinde işyeri tesciline ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere, işyerini bildirme yükümlülüğü işverene aittir. İşyeri bildirgesi verilmesi işleminin (e-tescil sistemine geçilene kadar) Kurum tarafından belirlenen matbu formun doldurularak bildirim en geç sigortalı çalıştırmaya başlanılan tarihte, elden ya da iadeli taahhütlü posta yolu ile yapılması gerekmektedir (SSİY m. 27/I).

İşyeri bildirgesinin yasal süresi dışında verilmesi veya hiç verilmemiş olması nedeniyle uygulanacak idari para cezası miktarı işverenin defter tutup tutmamasına, defter tutmakla yükümlü ise hangi defteri tuttuğuna bağlı olarak değişmektedir. Şöyle ki, işyeri bildirgesinin yasal süresi içinde verilmemesi nedeniyle uygulanacak idari para cezası miktarı, defter tutmayanlar için bir, diğer defter tutmakla yükümlü olanlar için iki, bilanço usulüne göre defter tutmakla yükümlü olanlar için ise üç asgari ücret tutarındadır<sup>15</sup>. Özellikle belirtmeliyiz ki; işyeri bildirgesi, işveren tarafından verilmesi gereken son günden itibaren bir aylık süre içinde verilir ve tahakkuk eden idari para ceza tutarı tebliğ süresi beklenmeden veya cezanın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde ödenirse uygulanan cezanın % 81,25'i terkin edilerek kalan miktar tahsil edilmektedir<sup>16</sup> (5510, m.102/II).

Bir diğer anlatımla, 6270 sayılı Kanununun 11 inci maddesi ile 5510 sayılı Kanununun 102 inci maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişik sonucu, Mahkeme kararına, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca yapılan tespitler veya diğer kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelere ya da kamu idarelerinden alınan belgelere istinaden düzenlenenler hariç olmak üzere, bildirgenin veya belgenin yasal süresi geçtikten sonra ilgililerce kendiliğinden 30 gün içinde verilmesi ve söz konusu cezaların ilgililerce, yapılacak tebligat tarihini takip eden günden

bir stajyer istihdam eden yeminli mali müşavir 5510 sayılı Kanun gereği işveren sıfatı kazanmaz iken 6331 sayılı Kanun gereği işveren sayılmaktadır.

<sup>14</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.235.

<sup>15</sup> Müjdat Şakar, *Sosyal Sigorta Uygulaması*. Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, s.207-208.

<sup>16</sup> İşyeri bildirgesinin, verilmesi gereken son günden itibaren yani işçi çalıştırılmaya başlanılan günden itibaren bir ay içinde işveren tarafından kendiliğinden verilmesi ve uygulanan idari para cezasının 15 gün içinde ödenmesi halinde cezanın dörtte üçü silinmektedir. Kalan dörtte bir tutarının ise peşin ödeme nedeniyle %25'i peşin ödeme indirimi olarak terkin edildiğinden uygulanan cezanın yalnızca %18,75'i tahsil edilmektedir. Bkz., Murat Göktaş/Murat Özdamar, "Süresi Dışında Yapılmakla Birlikte İdari Para Cezası Uygulanmayan Bildirimler" Yaklaşım Dergisi Sayı: 232 (Nisan 2012), s.205.

itibaren 15 gün içinde ödenmesi halinde, öngörülen cezanın dörtte bir oranına karşılık gelen tutarı üzerinden tahsilat yapılır. Dolayısıyla bu düzenlemeyi bir anlamda pişmanlık indirimi olarak da nitelememiz mümkündür.

Diğer taraftan 5510 sayılı Kanuna göre, işyeri bildirgesinin geç verilmesi veya verilmemesi durumlarında idari para cezası uygulanmamasına ilişkin özel bir istisnaya yer verilmemiştir. Ancak genel istisna sayılan hallerde, işyeri bildirgesinin kanunda belirtilen süre dışında verilmesi halinde idari para cezası uygulanmaması söz konusu olmaktadır. Genel istisnaların neler olduğu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>17</sup>nda belirtilmiştir. Borçlar Kanununun 93 üncü maddesine göre; ifa zamanı veya sürenin son günü, kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlar ise süre, kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer. Bu bağlamda genel istisna olarak sayabileceğimiz ilk durum işyeri bildirgesinin verilmesi gereken son günün resmi tatil gününe rastlamasıdır.

Böylesi bir durumda işyeri bildirgesi, tatili takip eden ilk iş gününde verildiğinde yasal süresi içinde verilmiş kabul edilir. Örneğin; 24 Ağustos 2013 Cumartesi günü ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlayan işveren işyeri bildirgesini resmi tatili takip eden ilk işgünü olan 26 Ağustos 2013 Pazartesi günü verdiğinde bildirgenin yasal süresi içinde verildiği kabul edilerek geç bildirimle ilgili idari para cezası uygulanmaz.

Bir diğer istisna ise işyerinin ilk defa mali tatil döneminde 5510 sayılı Kanun kapsamına girmesidir. Yani işyerinde ilk defa sigortalı çalıştırılmaya başlanılan tarihin mali tatil dönemine denk gelmesidir. 5604 sayılı Mali Tatil İhdas Edilmesi Hakkında Kanun<sup>18</sup>un 1 inci maddesi gereği, her yıl temmuz ayının birinden yirmisine kadar (yirmisi dahil) malî tatil uygulanır. Haziran ayının son gününün tatil günü olması halinde, malî tatil, temmuz ayının ilk iş gününü takip eden günden başlar. Dolayısıyla bu tarihler içinde ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlayan ve en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte işyeri bildirgesi vermekle yükümlü olan işverenler için işyeri bildirgelerinin verilme süresi 27 Temmuz tarihine uzamaktadır<sup>19</sup>. Örneğin; ilk defa 5 Temmuz 2013 tarihinde sigortalı çalıştırmaya başlayan bir işveren en geç 27 Temmuz 2013 tarihine kadar işyeri bildirgesini kuruma verdiğinde bu bildirim yasal süresi içinde yapılmış sayılır. Dolayısıyla bu durumdaki işveren hakkında işyeri bildirgesini geç verildiği gerekçesiyle idari para cezası uygulanamaz.

İşyeri bildirgesinin verilmesi gereken süreyle ilgili olarak çalışma izni alınmış yabancı uyruklu sigortalı çalıştıran işverenler tarafından verilecek işyeri bildirge-leri için özel bir istisna söz konusudur. 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri

<sup>17</sup> 6098 sayılı Kanun, 04/02/2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>18</sup> 5604 sayılı Kanun 28/03/20007 tarih ve 26476 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>19</sup> Murat Göktaş/Murat Özdamar, "Mali Tatil Döneminde SGK Bildirimlerinin Süresi" Yaklaşım Dergisi, Sayı:11 (Temmuz 2010), s.179.

Hakkında Kanun<sup>20</sup>un 12 inci maddesinde; Türkiye dışında ikamet eden yabancılar, çalışma izni başvurularını buldukları ülkelerdeki Türkiye Cumhuriyeti temsilciliklerine yapacakları, temsilciliklerin bu başvuruları doğrudan Bakanlığa ileteceği, Bakanlığın ilgili mercilerin görüşlerini alarak 5 inci maddeye göre başvuruları değerlendireceği, durumu uygun görülen yabancılara çalışma izni verileceği, bu iznin ancak gerekli çalışma vizesi ile ikamet izninin alınması halinde geçerli olacağı, çalışma izin belgesini alan yabancıların, bu belgeyi aldıkları tarihten itibaren en geç doksan gün içinde ülkeye giriş vizesi talebinde bulunmaları, ülkeye giriş yaptıkları tarihten itibaren en geç otuz gün içinde İçişleri Bakanlığına ikamet tezkeresi almak için başvurularının zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır. 4817 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği<sup>21</sup> nin 7 inci maddesinde ise yurtiçinden yapılan çalışma izin başvurularında çalışma izni verilmesi halinde izin belgesinin tebliğ tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde çalışma meşruhatlı ikamet tezkeresi almak için emniyet makamlarına başvuruda bulunulmasının zorunlu olduğu, aksi halde çalışma izninin geçerlilik kazanmayacağı belirtilmiştir.

Çalışma izni verilen yabancı uyruklu kişilerin çalışma izin belgesini aldıkları tarihten itibaren en geç 30 gün içinde çalışma meşruhatlı ikamet tezkeresi almak için emniyet makamlarına başvurması gerektiğini dikkate alan SGK, ilgili yabancı uyruklu kişiyi sigortalı olarak beyan edecek olan işverenin, çalışma izni alan yabancı uyruklu kişinin emniyet makamlarına müracaat ettiği tarihi takip eden 15 inci gün akşamına kadar işyeri bildirgesi vermesi halinde işyeri bildirgesinin yasal süresi içinde verildiğini kabul etmektedir<sup>22</sup>. 5510 sayılı Kanunda sayılmayan bu istisnanın isabetli olduğunda da şüphe yoktur.

## **B- Sigortalı İşe Giriş Bildirgesi Geç Verilmesine Rağmen İdari Para Cezasına Konu Edilemeyecek İstisnai Haller**

5510 sayılı Kanun'un 8 inci maddesine göre, işverenler, 4/a kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesiyle ve e-sigorta yoluyla SGK'ya bildirmekle yükümlüdür. Diğer bir anlatımla 5510 sayılı Kanuna göre, işe giriş bildireleri en geç sigortalının işe başladığı tarihten bir gün önce SGK'ya verilmelidir (5510 m. 8/I). Sigortalı işe giriş bildirgesinin işe başlamadan bir gün önce SGK'ya verilmesi asıl olmakla birlikte sigortalı işe giriş bildirelerinin verilme süreleri ile ilgili olarak 5510 sayılı Kanunda özel istisnalara da yer verilmiştir.

Şöyle ki; inşaat, balıkçılık ve tarım işyerlerinde işe başlatılacak sigortalılar için, sigortalı işe giriş bildirgesi en geç sigortalının çalışmaya başlatıldığı gün verildiğinde bu bildirim yasal süresi içinde yapılmış kabul edilmektedir. (5510 m. 8/I-a). Yine,

<sup>20</sup> 4817 sayılı Kanun, 06.03.2003 tarih ve 25040 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>21</sup> Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği, 29.08.2003 tarih ve 26200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>22</sup> SGK, 16.07.2013 tarihli ve 11793421 sayılı Genel Yazı

SGK'ya ilk defa işyeri bildirgesi verilen işyerlerinde; ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlanılan tarihten itibaren bir ay içinde işe başlatılan sigortalıların işe giriş bildirgeleri söz konusu bir aylık sürenin son gününe kadar Kuruma verildiğinde bu bildirimler de yasal süresi içinde yapılmış sayılmaktadır (5510 m. 8/I-b).

Yabancı ülkelere sefer yapan ulaştırma araçlarına sefer esnasında alınarak çalıştırılan sigortalılar, kamu idarelerince istihdam edilen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu<sup>23</sup>na göre işsizlik sigortasına tabi olmayan sözleşmeli personel ile kamu idarelerince yurt dışı görevde çalışmak üzere işe alınan sigortalılar için verilmesi gereken sigortalı işe giriş bildirgeleri de çalışmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde SGK'ya e-sigorta yoluyla verilirse ilgili sigortalı işe giriş bildirgesi, sigortalılık başlangıcından önce bildirilmiş sayılmaktadır.

İlk defa sigortalı çalıştırmaya başlayan işyerleri için getirilen istisna 506 sayılı Kanun dönemindeki uygulamadan daha farklı olduğundan konunun örnekle açıklanması yararlı olacaktır. Örneğin; ilk defa 15 Mart 2013 tarihinde işyerinde 4/a kapsamında 5 sigortalı çalıştırmaya başlayan işveren işyeri bildirgesini işçi çalıştırmaya başladığı aynı gün yani 15 Mart 2013 tarihinde Kuruma vererek işyerini yasal süresi içinde tescil ettirmiştir. Bu işverenin 20 Mart 2013 tarihinde 4 işçi,05 Nisan 2013 tarihinde ise 2 işçi daha çalıştırmaya başladığını varsayalım. İşverenin işe aldığı kişilerin işe giriş bildirgelerini en geç ne zaman Kuruma vermesi halinde bildirimler yasal süresi içinde yapılmış olacaktır?

506 sayılı Kanun dönemindeki uygulama devam ettirilmiş olsaydı işveren, tescil tarihinde işe aldığı 5 çalışanın sigortalı işe giriş bildirgesini bir aylık süre olan 15 Nisan 2013 tarihine kadar SGK'ya bildirebilecekti. Bir aylık süre içinde işe aldığı diğer çalışanlarının sigortalı işe giriş bildirgelerini ise en geç bir gün öncesinden e-sigorta yoluyla SGK'ya vermesi gerekcekti. 5510 sayılı Kanunun geneli itibarıyla yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2008 tarihinden itibaren bu uygulamaya son verilerek, ilk defa işçi çalıştırmaya başlayan işverenler için daha makul ve anlaşılabilir bir uygulama getirilmiştir. Örneğimizden hareketle öncelikli olarak işyerinin kanun kapsamına alındığı tarih göz önünde bulundurulacaktır. İlk defa işçi çalıştırılmaya başlanan 15 Mart 2013 tarihinden itibaren bir ay içinde yani en geç 15 Nisan 2013 tarihine kadar, söz konusu bir aylık süre içine işe alınan işçilerin tamamının (11 işçinin) sigortalı işe giriş bildirgesi e-sigorta yoluyla SGK'ya gönderildiğinde yapılan bu bildirimler yasal süresi içinde yapılmış sayılacaktır.

İşe alınan sigortalıların Kuruma bildiri için sigortalı işe giriş bildirgesi verilmesi işlemi dışında yapılan bildirimlerin (dilekçe ile bildirim yapılması gibi) geçerli kabul edilmeyeceği ve işveren hakkında idari para cezası uygulanacağına da bilinmesi gerekmektedir<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> 4447 sayılı Kanun, 08.09.1999 tarih ve 23810 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>24</sup> Mustafa Keskin/Naci Şahin, *İşveren Yükümlülükleri ve Uygulama Esasları*, İzmir: Birleşik Matbaacılık, 2010, s.32.



5510 sayılı Kanununun 100 üncü maddesinde, sigortalı işe giriş bildirgesinin SGK'ya verilme süresiyle ilgili bir diğer istisnaya yer verilmiştir. Kanununun 100 üncü maddesinin dördüncü fıkrasına göre “*Belge veya bilgileri internet, elektronik ve benzeri ortamda göndermekle zorunlu tutulan gerçek ve tüzel kişilerin, Kurum'un bilgi işlem sistemlerinin herhangi bir nedenle hizmet dışı kalması sonucu belge ve bilgiyi, bu Kanun'da öngörülen sürenin son gününde Kurum'a göndermemesi (ve muhteviyatı primleri de yasal süresi içinde ödeyememesi) halinde, sorunların ortadan kalktığı tarihi takip eden beşinci işgününün sonuna kadar belge veya bilgiyi gönderir (ve muhteviyatı primleri de aynı sürede Kurum'a öder) ise bu yükümlülükleri Kanun'da öngörülen sürede yerine getirmiş kabul edilmektedir.*”

5510 sayılı Kanundaki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, SGK'nın bilgi işlem sisteminde meydana gelecek arızalar nedeniyle bildirimlerin arızanın kalktığı tarihi takip eden beşinci iş gününün sonuna kadar verilmesi durumunda yapılan bildirimler yasal süre içinde yapılmış kabul edilecektir. Ancak belirtmeliyiz ki; işverenlerin işe giriş bildirgesini bilgi işlem arızası olduğu gerekçesiyle süresi dışında verdiğini iddia edebilmesi her zaman söz konusu değildir. Şöyle ki; bilgi işlem sistemi arızasının SGK Hizmet Sunumu Genel Müdürlüğü yetkililerince imzalanacak bir tutanak ile tevsik edilmesi gerekmektedir (SSİY, m. 5/III). Böylesi elektronik arızalar diğer bir ifade ile maddi imkânsızlıklar SGK tarafından işe giriş bildirgesi menüsünden işverenlere duyurulmaktadır<sup>25</sup>.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği<sup>26</sup>nde (SSİY), işe giriş bildirgesinin SGK'ya verilme süresiyle ilgili olarak çok sayıda istisnaya yer verilmiştir. SSİY'nin 11 inci maddesinin üçüncü fıkrası (ç) bendine göre; “*ilk işyerindeki çalışmasına ait sigortalı işe giriş bildirgesi Kurum'a verilerek, tescil işlemi yapılmış olan sigortalının, naklen ve hizmet akdi sona ermeden aynı işverenin aynı ya da başka ünitelerde tescil edilmiş diğer işyerinde çalışmaya başlaması veya işyerinin aynı il içinde başka bir ünitenin görev bölgesine nakledilmesi hâlinde yeni işyeri numarası üzerinden yapılan sigortalı işe giriş bildirgesinin yasal süresi dışında*” verilmesi halinde dahi işe giriş bildirgesinin yasal sürede verilmiş olduğu kabul edilerek işverenlere idari para cezası uygulanmaz.

Buradan şubeler arası nakillerde işe giriş bildirgesinin verilmesine gerek olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Sigortalıların, işverenin bir şubesinden diğer şubesine gönderilmesi halinde de muhakkak sigortalı işe giriş bildirgesi SGK'ya verilmelidir. İstisna sadece işe giriş bildirgesinin geç verilmesine bağlı olarak idari para cezası uygulanmayacağına ilişkindir. Ayrıca idari para cezası uygulanmaması için işverenlerin e-sigorta yoluyla işe giriş bildirgesini verdiklerinde istisnai durum seçimini

<sup>25</sup> Göktaş/Özdamar, (Nisan 2012), s.206.

<sup>26</sup> Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği, 12.05.2010 tarih ve 27579 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

yapılmaları gerekmektedir<sup>27</sup>. Bildirim istisnai durum seçilmeden yapılırsa bu kez SGK bilgi işlem sistemi tarafından işveren hakkında otomatik olarak idari para cezası tahakkuk ettirilecektir. Tahakkuk eden idari para cezası ise ancak uygulanan idari para cezasına itiraz edildikten sonra iptal edilebilecektir.

İlk işyerindeki çalışmasına ait sigortalı işe giriş bildirgesi Kurum'a verilerek, tescil işlemi yapılmış olan sigortalının, naklen ve hizmet akdi sona ermeden aynı işverenin aynı ya da başka ünitelerde tescil edilmiş diğer işyerinde çalışmaya başlaması veya işyerinin aynı il içinde başka bir ünitenin görev bölgesine nakledilmesi hâlinde yeni işyeri numarası üzerinden yapılan sigortalı işe giriş bildirgesinin yasal süresi dışında verilse dahi işverene ceza uygulanmamasına yönelik düzenleme yapılmasının gerekçesi, işçinin 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri doğrultusunda iş akdinin sonlanmaması diğer bir ifade ile işçi açısından İş Kanunu'nun 17, 24 veya 25 inci madde hükümlerinin işletilmemesidir. Dolayısıyla bu nitelikte bir işe giriş bildirgesi verilmesi fiili bir işe girişi değil farazi bir işe girişi ifade etmektedir. Gerçekte işçinin işyerine yeni bir girişi değil, sadece 5510 sayılı Kanun gereği bildirme vermeye dayalı şekil şartının yerine getirilmesi söz konusudur.

Örneğin; işçi 15 Nisan 2013 tarihinde işverenin Beyoğlu şubesinden ayrılıp 16 Nisan 2013 tarihi itibarıyla Kadıköy şubesinde çalışması fiili bir işten çıkış- işe giriş işlemi olmamakla birlikte sigortalılık bildirimleri ilk 15 gün için Beyoğlu SGK Merkezinde işlem gören işyeri dosyası üzerinden yapılacak sonraki 15 günlük bildirim ise Kadıköy SGK Merkezinde işlem gören işyeri dosyasından yapılacaktır. Burada işçinin sanki 16 Nisan 2013 tarihinde işyerinde ilk defa çalışacakmış gibi işe giriş bildirgesi verilmesinin işçinin fiili işe girişine değil bildirmeye dayalı işlemlerin tamamlanmasına yönelik bir uygulama olduğunu söyleyebiliriz.

Yeri gelmişken SGK'nın, SSİY'deki düzenlemenin temel nedenini kavramasına dayalı hatalı bir uygulamasından da bahsetmeliyiz. SGK, işyerinin ihale kapsamında bir iş olması durumunda işçinin iş bitiminde işverenin diğer ihale kapsamındaki bir işyerine ya da işverenin merkez veya şube işyerine girecek işçiler için iş akdi sonlanmamış olsa dahi yeni çalışacak olduğu işyerinden işe giriş bildirgesinin eski çalıştığı işyerinden de işten çıkış bildirgesinin verilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>28</sup>. Uygulamanın SSİY'nin 11 inci maddesinde düzenlenen amaca aykırı olduğu bir yana, SSİY'nin 11 inci maddesinde ihaleli işler için ayrı bir istisna düzenlemesi bulunmadığını da özellikle belirtmeliyiz. Kaldı ki; karara konu olan işyeri de ihaleli iş kapsamında değildir.

<sup>27</sup> Murat Göktaş/Mürsel Baki, "Hizmet Akdi İlişkisi Sona Ermeden Aynı İşverenin Bir Başka İşyerinde Çalışmaya Başlayacak Sigortalılar İçin İşe Giriş ve İşten Ayrılış Bildirgesi Verilmesi Zorunlu mu?" Sosyal Güvenlik Dünyası, Sayı:68 (Temmuz-Ağustos 2010), s.61.

<sup>28</sup> SGK, Sigortalı Tescil ve Hizmet Daire Başkanlığı'nın 4 Hiaziran 2012 tarihli ve 21969590 sayılı yazısı

Ayrıca belirtmeliyiz ki, işyeri bildirgesi verme süreleriyle ilgili olarak düzenlenmiş genel istisnalar sigortalı işe giriş bildirelerinin verilmesinde de geçerlidir. Dolayısıyla yukarıda işyeri bildirgesi bölümünde belirtildiği üzere, sigortalı işe giriş bildireisinin verilmesi gereken son günün resmi tatil gününe rastlaması halinde (Pazar ve Pazartesi<sup>29</sup> işe alınan sigortalılar için geçerlidir) işe giriş bildirgesi resmi tatili takip eden ilk iş günü (Pazartesi günü) verilebilmektedir<sup>30</sup>. Aynı şekilde Mali Tatil<sup>31</sup> tarihleri arasında işe alınan sigortalılara ait işe giriş bildireleri de 27 Temmuz tarihine kadar SGK'ya e-sigorta yoluyla verilirse işe giriş bildireleri yasal süresi içinde verilmiş sayılacaktır.

Sigortalı işe giriş bildirelerinin geç verilmesi halinde idari para cezası uygulanmayacak olan yeni bir düzenleme daha bulunmaktadır. SŞİY, m.58/V hükmü gereği, Kanununun 30 uncu maddesinin beşinci fıkrası gereğince tercih değişikliği talebinde bulunanların bu değişikliğe ilişkin talepleri, sigortalı işe giriş bildirgesi ile yapılacak ve sigortalı işe giriş bildirelerinin geç verilmesinden dolayı da işverene idari para cezası uygulanmayacaktır. Diğer bir ifade ile yaşlılık aylığı alanlardan yaşlılık aylığı kesilerek tüm sigorta kollarına tabi tutulmasını isteyenler ile yaşlılık aylığı kesilenlerden daha sonra sosyal güvenlik destek primine tabi tutulma taleplerinin bu talepleri de işveren aracılığı ile sigortalı işe giriş bildirgesi vermek suretiyle gerçekleştirilecektir. Ayrıca tüm sigorta kollarına tabi olmak isteyenlerin aylıkları, bildirim Kurum kayıtlarına geçtiği tarihi izleyen ödeme dönemi başında kesilecek, sosyal güvenlik destek primine tabi olmak isteyenlerin aylıkları ise, bildirim Kurum kayıtlarına geçtiği tarihi takip eden ödeme döneminden itibaren Kanununun 30 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi gereğince yeniden hesaplanmak suretiyle başlatılacaktır. Dolayısıyla sigortalının hak kaybı yaşamaması adına idari para cezası uygulanmayacak olsa dahi işe bu nitelikteki sigortalı işe giriş bildirelerinin süresi geçirilmeksizin, hiç olmazsa sigortalının aylık ödeme döneminden önce yapılması olası hak kayıplarını önleyecektir.

İşe giriş bildirelerinin verilmemesine veya yasal süresi dışında verilmesine bağlı idari para cezaları işverenin kendiliğinden verme hali için bir asgari ücret, mahkeme kararı ya da denetim elemanları tarafından tespit halinde iki asgari ücret, aynı yıl içinde tespitin tekrerrü halinde beş asgari ücret tutarındadır<sup>32</sup>. İşe giriş bildirgesi verilmesi gereken son günden itibaren işveren tarafından bir aylık süre içinde kendiliğinden verilir ve ceza tutarı 15 gün içinde ödenirse ödenecek idari para cezası miktarı uygulanan cezanın %18,75'ine karşılık gelmektedir (5510. m. 102/II-V).

<sup>29</sup> Cumartesi işe alınan işçinin işe girişi en geç Cuma günü verilmelidir.

<sup>30</sup> Erden Çakar/ Murat Özdamar, "5510 Sayılı Kanun'a Göre Sigortalılığın Başlangıcı ve Sosyal Güvenlik Kurumu'na Bildirilmesi" Mali Çözüm Dergisi, Sayı: 92 (Mart-Nisan 2009), s.302.

<sup>31</sup> Mali tatilin ilk günü işe başlayacak sigortalının işe girişi en geç bir gün önce verilmelidir.

<sup>32</sup> Alper, s. 181-182.

506 sayılı Kanununun 140 ıncı maddesinde düzenlendiği gibi 5510 sayılı kanununun 102 inci maddesinde de idari para cezaları için bir zaman aşımı düzenlemesi bulunmaktadır. Dolayısıyla 5510 sayılı Kanununun, 506 sayılı Kanuna paralel biçimde idari para cezalarında tahakkuk zaman aşımına yer verdiğini söylemekle birlikte bu sürenin 5510 sayılı Kanun ile 10 yıla çıkarıldığını da özellikle belirtmemiz gerekir. Bunun sonucu olarak 30 Eylül 2008 tarihi ve öncesinde işe girenler için işe girdiği tarihten itibaren 5 yıllık süre içinde, 1 Ekim ve 2008 tarihi ve sonrasında işe girenler için ise işe girdiği tarihten itibaren 10 yıllık süre içinde sigortalı işe giriş bildirgesinin verilmemesi/geç verilmesi gerekçesiyle idari para cezası uygulanmamış ise diğer bir ifade ile işveren işe giriş bildirgelerini yasal süresinde vermemiş ya da yasal süresi dışında vermekle birlikte idari para cezası işe giriş tarihini takip eden tarihten itibaren zaman aşımı süresi içerisinde işverene tebliğ edilmemiş ise işverene idari para cezası tebliğ edilmesi ve işverenden bu cezayı ödemesi beklenemez. Örneğin; 15 Ekim 2007 tarihinde işe giren sigortalıya ait işe giriş bildirgesi işveren tarafından 10 Mart 2013 tarihinde verilmiş ise işverene işe giriş bildirgesinin geç verilmesi gerekçesi ile idari para cezası uygulanmayacaktır<sup>33</sup>.

### C- Sigortalı İşten Çıkış Bildirgesi Geç Verilmesine Rağmen İdari Para Cezasına Konu Edilemeyecek İstisnai Haller

5510 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesine göre, işverenler, 4/a kapsamında sayılan sigortalılardan, çalışma ilişkileri sona erenlere ilişkin sigortalı işten çıkış bildirgesini işten ayrılış tarihini takip eden 10 gün içinde e-sigorta yoluyla SGK'ya bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük ilk olarak 5838 sayılı Kanunla getirilmiş ve 3 Ağustos 2009 tarihinde uygulanmaya başlamıştır. Bu tarihten sonra işten çıkanlara ait sigortalı işten çıkış bildirgelerini 10 gün içinde vermeyen işverenlere, ilk olarak bir asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanmış ancak bu ceza daha sonra 5510 sayılı Kanununun 102 inci maddesinde değişiklik yapan 6283 sayılı Kanunla 1/10 asgari ücret tutarına düşürülmüştür<sup>34</sup>.

Diğer bir anlatımla, 5510 sayılı Kanununun 102 nci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi 6283 sayılı Kanununun 3 üncü maddesi ile değiştirilmiştir. Getirilen yeni düzenlemeye göre *“işten çıkış bildirgesini süresi içinde ya da Kurumca belirlenen şekil ve usule uygun olarak yapmayanlar veya Kurumca internet, elektronik veya benzeri ortamda göndermekle zorunlu tutulduğu halde anılan ortamda göndermeyen işverenler hakkında, bir takvim ayında işlenen bu fiillerden dolayı tutmakla yükümlü bulunulan defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle verilmesi gereken ceza tutarını aşmamak kaydıyla her bir sigortalı için asgari ücretin onda biri tutarında idari para cezası uygulanacaktır”*.

<sup>33</sup> SGK'nın 1 Ağustos 2012 tarihli ve 2012-27 sayılı Genelgesi.

<sup>34</sup> Göktaş/Özdamar, (Nisan 2012), s.207.

İşten çıkış bildirgesinin verilme süresiyle ilgili olarak SSİY'nin 25 inci maddesinin ikinci fıkrasında istisnai bir düzenlemeye yer verilmiştir. Şöyle ki; 4/a kapsamındaki sigortalılardan, naklen ve hizmet akdi sona ermeden aynı işverenin aynı ya da başka ünite de tescil edilmiş diğer bir işyerinde çalışmak üzere işten ayrılanlar için veya işyerinin aynı il içinde başka bir ünitenin görev bölgesine nakledilmesi halinde eski işyeri numarası üzerinden yasal süresi dışında verilen sigortalı işten ayrılış bildirgesi de süresinde verilmiş sayılmaktadır.<sup>35</sup> Belirtmeliyiz ki, SSİY'nin 25 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki bu düzenleme işe giriş bildirgesinde olduğu gibi, işten çıkış bildirgesinin verilmemesi anlamına gelmemektedir. Daha yalın bir ifadeyle bahsi edilen bu düzenleme işten çıkış bildirgesinin verilme süresiyle ilgilidir.<sup>36</sup> Bu bağlamda, SSİY hükmü gereği işten çıkış bildirgesinin SGK'ya mutlaka verilmesi ama süresi dışında verilmesi halinde de idari para cezası uygulanmaması gerektiğini söyleyebiliriz.<sup>37</sup>

Yazının bundan önceki bölümünde de belirtildiği üzere; işverenin yapmış olduğu işin ihale kapsamında olup olmaması bu istisna için bir engel teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla SGK'nın 4 Haziran 2012 tarihli ve 21969590 sayılı yazısını yeniden gözden geçirmesi gerektiği açıktır. Burada belirtmemiz gerekir ki; bu nitelikteki görüşler için SGK'nın bir mevzuat daire başkanlığı kurması ve verilecek olan görüşlerde, 5510 sayılı Kanun dışında 5510 sayılı Kanunla ilintili olan 4857 sayılı İş Kanunu gibi diğer temel kanunlardaki hükümlerinde dikkate alınarak görüş oluşturulması gerekmektedir.

SSİY'de işten çıkış bildirgesiyle ilgili olarak bir istisnai düzenlemeye daha yer verilmiştir. SSİY ile getirilen bu yeni istisna, işten çıkış bildirgesi verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenlere idari para cezası uygulanmasını öngörmekte olup 5510 sayılı Kanunda düzenlenmemiş olan bir yükümlülüğün ve bunun uzantısı olan idari para cezası uygulamasının SSİY ile getirilmiş olmasının 5510 sayılı Kanuna aykırı olduğunu özellikle belirtmeliyiz.

SSİY'nin 25 inci maddesi yedinci fıkrası hükmüne göre, 4857 sayılı Kanununun 21 inci maddesine istinaden iş mahkemelerince veya özel hakem tarafından verilen kararlar uyarınca, göreve iadesine karar verilen sigortalı personelin kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde sigortalı personelin işe başlamak için işverene yaptığı başvurusuna ilişkin tebliğatin alındığı tarihin içinde bulunduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar verilen sigortalı işten ayrılış bildireleri yasal süresinde verilmiş sayılmaktadır.

<sup>35</sup> Göktaş/Özdamar, (Nisan 2012), s.208.

<sup>36</sup> Göktaş/Baki, s.64.

<sup>37</sup> Murat Göktaş, "Sosyal Güvenlik Hukukunda Müeyyidesi Ağır Bir İşveren Yükümlülüğü" Mali Çözüm Dergisi, Sayı: 98 (Mart-Nisan 2010), s.214.

SSİY'de yapılan bu düzenleme nedeniyle işverenler, işe iade davasını kazanmasına rağmen işe başlatılmayan işçileri için dört aylık boşa geçen sürelerle ait ücret ve diğer sosyal ödemeleri ihtiva eden aylık prim ve hizmet belgeleri yanında işçinin işe iade talebinde bulunduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar işten çıkış bildirgesini de vermek zorunda kalacaktır. İşe iade davasını kazanan işçinin, işten çıkış bildirgesi daha önce verildiğine göre işten çıkış tarihinin SGK tarafından 4 ay ötelenmesi ve işverenden çalıştırmadığı bir işçisi için işten çıkış bildirgesi istenmemesi daha isabetli bir düzenleme olacaktır.

5510 sayılı Kanun sigortalılığı çalışma olgusuna bağlamıştır. Çalışma olgusunun varlığı halinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile aylık prim ve hizmet belgesi verilmekte çalışmanın sona ermesi halinde de işten çıkış bildirgesi verilmektedir. Çalışılmadan sigortalı olunan tek hal işe iade davasını kazanan işçinin prim belgesi verilerek 4 ay daha sigortalı beyan edilmesidir. Bu bildirim esasında bir çalışmaya dayanmamaktadır. Farazi olarak çalışılmış gibi sayılmaktadır. Bu nedenle fiilen çalışmayan işçi adına, 4 aylık süre için prim bildirgesi veren işverenden ayrıca işten ayrılış bildirgesi istenmesini doğru bulmak mümkün değildir.

İşyeri bildirgesi ve işe giriş bildirgesinin verilmesiyle ilgili genel istisnalar sigortalı işten çıkış bildireleri için de geçerlidir. Dolayısıyla sigortalı işten çıkış bildirelerinin verilmesi gereken son günün resmi tatil gününe rastlaması halinde işten çıkış bildirgesi, resmi tatili takip eden ilk iş günü olan pazartesi günü verilebilmekte ve verilen sigortalı işten çıkış bildirgesi yasal süresi içinde verilmiş sayılmaktadır. İşten çıkış bildirgesinin verilmesi gereken son günün Mali Tatil dönemlerine denk gelmesi halinde de sigortalılara ait işten çıkış bildireleri 27 Temmuz'a kadar SGK'ya e-sigorta yoluyla verilebilmekte ve bildireler yasal süresi içinde verilmiş sayılmaktadır<sup>38</sup>.

#### **D- Aylık Prim ve Hizmet Belgelerinin Geç Verilmesi Halinde İdari Para Cezasına Konu Edilemeyecek İstisnai Haller**

SGK tarafından sunulan kısa ve uzun vadeli sigorta kollarından sunulan hizmetlerden sigortalıların yararlanabilmeleri için, 4/a kapsamındaki sigortalılara ait işe giriş bildirelerinin verilmiş olması tek başına yeterli değildir. İşe giriş bildirelerinin yanı sıra işverenler, sigortalıların sosyal güvenlik sicil numarasını, isim ve soy ismini, sigorta primine esas kazanç tutarını (SPEK) ve prim ödeme gün sayısını gösteren, aylık prim ve hizmet belgesi adı verilen belgeyi/bildireyi de Kuruma e-sigorta yoluyla göndermekle yükümlüdür. 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi birinci fıkrası (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ait aylık prim ve hizmet belgeleri, genel kural olarak özel sektör işverenleri tarafından ilişkin olduğu ayı takip eden ayın 23 üncü günü saat 23.59'a kadar SGK'ya e-sigorta yoluyla gönderilmelidir<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Göktaş/ Özdamar, (Nisan 2012), s.208.

<sup>39</sup> Mustafa Kuruca, "Sosyal Güvenlik Hukukunda İdari Para Cezaları" Mali Çözüm Dergisi, Sayı:93 (Mayıs-Haziran 2009), s.240.

5510 sayılı Kanuna göre, APHB'nin yasal süresi dışında ya da e-sigorta yoluyla değil de kâğıt ortamında verilmesi halinde uygulanacak idari para cezaları, düzenleme nedenlerine bağlı olarak farklılık arz etmektedir. Yine süresi dışında verilen APHB'nin asıl ya da ek olması, asıl ya da ek APHB'nin SGK tarafından resen düzenlenmesi ya da ister asıl ister ek olsun APHB'nin yasal süresi içinde SGK'ya verilmediğinin Kurum tarafından tespit edilmesi, uygulanacak idari para cezası miktarlarının tayininde belirleyici unsur olmaktadır. Bir başka ifadeyle, APHB ile ilgili olarak uygulanacak idari para cezaları çeşitli olasılıklara bağlı olarak değişiklik göstermektedir<sup>40</sup>.

Aylık prim ve hizmet belgesinin belirlenen süre içinde verilmemesi halinde her bir fiil için;

APHB'nin asıl olması halinde aylık asgari ücretin iki katını geçmemek kaydıyla belgede kayıtlı sigortalı sayısı başına, aylık asgari ücretin beşte biri tutarında,

APHB'nin ek olması halinde, aylık asgari ücretin iki katını geçmemek kaydıyla her bir ek belgede kayıtlı sigortalı sayısı başına, aylık asgari ücretin sekizde biri tutarında,

APHB'nin 5510 sayılı Kanununun 86 ncı maddesinin 5 inci fıkrasına istinaden Kurum'ca re'sen düzenlenmesi halinde aylık asgari ücretin iki katını geçmemek kaydıyla her bir ek belgede kayıtlı sigortalı sayısı başına, aylık asgari ücretin yarısı tutarında,

APHB'nin mahkeme kararı, Kurum'un denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca yapılan tespitler veya diğer kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde ya da bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden, hizmetleri veya kazançları Kurum'a bildirilmediği veya eksik bildirildiği anlaşılan sigortalılarla ilgili olması halinde, belgenin asıl veya ek nitelikte olup olmadığı, işverence düzenlenip düzenlenmediği dikkate alınmaksızın, aylık asgari ücretin iki katı tutarında, idari para cezası uygulanmaktadır (5510, m. 102/c,1-4).

5510 sayılı Kanuna göre, SGK'ya verilmesi gereken APHB'lerin verilmesi ile ilgili olarak SSİY'de çok sayıda istisnaya yer verilmiştir. Buna karşın makale içinde kamu işverenlerinden ziyade özel sektör işverenlerini ilgilendiren düzenlemelere yer verildiğinden özel sektör işverenlerini ilgilendiren istisnalar değerlendirilecektir.

APHB'nin verilmesiyle ilgili olarak ilk istisna, toplu sözleşme gereği geriye dönük APHB verilmesi ile ilgilidir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu<sup>41</sup>na göre toplu iş sözleşmesi akdedilen işyerlerinden dolayı, toplu iş sözleş-

<sup>40</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.317.

<sup>41</sup> 6356 sayılı Kanun, 07.11.2012 tarih ve 28460 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

mesine istinaden geriye yönelik olarak düzenlenmesi gereken ek APHB'nin toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihi takip eden ayın 23'üne kadar Kuruma verilmesi durumunda APHB yasal süresinde verilmiş sayılacaktır (SSİY m. 102/III-a; İşveren Uygulama Tebliği<sup>42</sup>, m. 2.2)<sup>43</sup>.

APHB verilme sürelerine ilişkin ikinci önemli istisna ise işe iade davasını kazanan işçilerle ilgilidir. İşe iade davasını kazanan işçinin işe başlatılması veya başlatılmaması haline bağlı olarak 4 aylık boşta geçen süreler için verilmesi gereken prim belgelerinin SGK'ya verilmiş tarihleri SSİY'de iki ayrı biçimde düzenlenmiştir.

SSİY'nin 102 inci maddesi üçüncü fıkrası (d) bendi hükmüne göre, 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesine istinaden iş mahkemelerince veya özel hakem tarafından verilen kararlar uyarınca, göreve iadesine karar verilen sigortalı personelin kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunması ve işverenin usulüne uygun daveti üzerine işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde, sigortalı personelin işe başlamak için işverene yaptığı başvurusuna ilişkin tebligatın alındığı tarihin içinde bulunduğu ayı takip eden aybaşından, başlamak üzere Kurumca çıkarılacak tebliğde belirtilecek süreler içinde verilecek ek veya asıl aylık prim ve hizmet belgeleri yasal süresi içinde verilmiş kabul edilecektir. Dolayısıyla işçinin işe başlamak üzere davet çağrısını alan işveren işçiyi işe başlatmayacak ise işe başlama davetini aldığı tarihi takip eden ayın 23'üne kadar 4 aylık süreye ait prim bildirimlerini verecektir. (SSİY, m.102/III-d)<sup>44</sup>.

İşe iade davasını kazanan işçinin işe iade başvuru talebi sonrası işe başlatılması halinde boşta geçen 4 aylık süreye ilişkin ek APHB verilme süresi yeni SSİY<sup>45</sup> hükümlerine göre işe başlatılmayan işçiye göre daha farklı belirlenmiştir.

SSİY hükmüne göre 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesine istinaden iş mahkemelerince veya özel hakem tarafından verilen kararlar uyarınca, göreve iadesine karar verilen sigortalı personelin kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunması ve işverenin usulüne uygun daveti üzerine işverenin işçiyi işe başlatması halinde, davete ilişkin tebligatın işçi tarafından alındığı tarihin içinde bulunduğu ayı takip eden aybaşından, başlamak üzere Kurumca çıkarılacak tebliğde belirtilecek süreler içinde verilecek ek veya asıl aylık prim ve hizmet belgeleri yasal süresi içinde verilmiş kabul edilecektir. Dolayısıyla işçiyi işe başlamak üzere işe başlama

<sup>42</sup> İşveren Uygulama Tebliği, 01/09/2012 tarih ve 28398 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>43</sup> Resul Kurt, *Vergi ve Sosyal Güvenlik Mevzuatında Ücret, Tazminat, Harcırah ve Diğer Ödemeler*, Ankara: TÜRMOB Yayınları, 2011, s.353.

<sup>44</sup> A. Can Tuncay/ Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş 15. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, s.230.

<sup>45</sup> Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik hükümleri 21.08.2013 tarih . ve 28742 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.



davet yazısının işçiye tebliğ edildiği tarihi takip eden ayın 23'üne kadar 4 aylık süreye ait prim bildireceğini verecektir.

Daha önceki SSİY'de düzenlenen, "mahkeme kararının kesinleşmesini takip eden 10 iş günlük süre içinde kalmak şartıyla, işçinin işe başlamak için işverene başvurduğu tarihi takip eden ayın 23'üne kadar aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi" şeklindeki Kurum düzenlemesi bazı durumlarda işverene işçiyi işe başlatmak için tanınan süreden önce dolduğu için eleştiri konusu olmuştu<sup>46</sup>. İş Mahkemeleri tarafından feshin geçersizliğine ve işçinin işe iade edilmesine karar verilmesi sonrasında işçinin 10 işgünü içinde işverene işe başlamak üzere başvurması durumunda, 4857 sayılı Kanun, işe başlatılacak işçi için işverene bir aylık işe başlatma süresi tanımaktadır<sup>47</sup> (4857, m.21/I). Hiç şüphesiz bu süre öylesine belirlenmemiş, aksine sonuçları önceden öngörülerek düzenlenmiştir. Bu anlamda bir aylık süre işçinin işe başlama talebinde samimi olup olmadığına da belirgin etkilere sahiptir. Zira işveren davet edecek, işçi de davete icabet ederek samimiyetini gösterecektir<sup>48</sup>. İşe iade davasını kazanan işçi için prim belgesi verme sürelerinin SSİY'deki bu yeni düzenlemeyle değiştirilmiş olması işe başlatılacak işçiler için isabetli olmakla birlikte işçinin işe başlatılmaması hali için belirlenen prim belgesi verme sürelerinin İş Kanununun m.21/I hükmüyle çeliştiğini de belirtmeliyiz.

Esasında işe iade davasını kazanmasına rağmen işe başlatılmayan işçi için, işverenden SGK'ya vermesi beklenen prim belgeleri her durumda işçinin işe başlamak üzere başvurusundan sonraki 30 günden daha ileri bir tarih olmalıdır. Prim belgesi verme süresinin bu şekilde belirlenmesi, işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmaması kararını sonuna kadar kullanmasına katkı yapacaktır. Yeni SSİY, işe iade davasını kazanan işçiyi işe başlatması için işverene tanınan bir aylık süreyi yine göz ardı etmiştir. Ekmekçi'nin de belirttiği gibi bu çözüm şekli hukuki gaflarla doludur ve İş Kanunu'nun işe iadeyi konu alan hükümleriyle ciddi şekilde çelişmektedir<sup>49</sup>. Buna rağmen uygulamadan vazgeçilmemiş, 12 Mayıs 2010 tarihli eski SSİY ve 1 Eylül 2012 tarihli İşveren Uygulama Tebliği ile sürdürülen hatalı uygulamaya yeni SSİY ile de devam edilmiştir.

SGK'nın bu yersiz uygulaması ile bazı durumlarda işçi, daha işe başlamadan sanki işe başlatılmayacakmış varsayımından hareketle işverenden prim belgesini vermesi istenmektedir. İşe iade davasını kazanan işçi on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmuş olsa dahi işverenin usulüne uygun daveti üzerine

<sup>46</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.302.

<sup>47</sup> Resul Kurt, "İşe İade Davalarında SGK İşlemleri ve Uygulama Sorunları", Mali Çözüm Dergisi, Sayı: 112, (Temmuz-Ağustos 2012), s.124.

<sup>48</sup> Murat Göktaş/ Murat Özdamar, "İşçinin İşe İade Davasını Kazanması Halinde İşverenin Prim Belgelerini SGK'ya Cezasız Verebilmesi Mümkün mü?" E- Yaklaşım Dergisi, Sayı: 238 (Ekim 2012).

<sup>49</sup> Ömer Ekmekçi. "S. S. Kurumu Başkanlığı'nın İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 04.03.2004 Tarih ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:7, (Temmuz-Ağustos-Eylül 2005), s.970.

işçi işe başlamadığında fesih işlemi geçerli olacaktır. Bu durumda işveren tarafından SGK'ya her hangi bir bildirim yapılmasına da gerek kalmayacaktır. Ancak yeni SSİY'de bu varsayım dikkate alınmayarak işçinin işe iade davası sonrası işe iade başvurusunu 4 aylık prim belgesi vermek için mutlak neden görülmüştür.

APHB'nin verilmesiyle ilgili olarak üçüncü önemli istisna ise hemen hemen tüm işverenleri ilgilendirmektedir. SGK'ya daha önce yasal süresi içinde verildiği halde belge türü veya kanun numarası hatalı seçilerek verilmiş olan aylık prim ve hizmet belgelerinin düzeltilmesi amacıyla verilen APHB'ler yasal süresi içinde verilmiş sayılacaktır. Ancak, yasal süresi dışında verilen bu aylık prim ve hizmet belgelerinde, kayıtlı sigortalılar ve bu sigortalıların prim ödeme gün sayısı ile prime esas kazanç tutarının aynı olması gerekmektedir. Bu tür belgeler ayrıca incelemeye gerek kalmaksızın işleme alınmakta ve bu nitelikte verilen APHB için idari para cezası uygulanmamaktadır (SSİY m. 103/IV).

Diğer bir istisna ise kanunun 100 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Sigortalı işe giriş ve işten çıkış bildirgelerinde olduğu gibi Kurum bilgi işlem sistemlerinin SSİY'nin 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen nedenlerle hizmet dışı kalması durumunda ilgili döneme ait APHB, sorunların ortadan kalktığı tarihi takip eden beşinci iş gününün sonuna kadar verilirse süresinde verilmiş sayılmakta ve işverenlere idari para cezası uygulanmamaktadır<sup>50</sup>.

APHB verilme süreleriyle ilgili 5510 sayılı Kanun'da düzenlenen bir diğer özel istisna ise yangın, su baskını, yer kayması ve deprem gibi afet halleri için geçerlidir. Doğal afete uğrayan işverenler, bu durumu kamu kurum ve kuruluşlarından alacakları yazı ile belgeleyerek afetin meydana geldiği tarihten itibaren üç ay içinde işyerinin bağlı olduğu Sosyal Güvenlik İl/Merkez Müdürlüğüne yazılı talepte bulunmaları kaydıyla bu işverenlerin prim ödeme aczine düşüklerinin, yapılacak inceleme sonucu anlaşılması halinde, afetin meydana geldiği tarihte verilmesi gereken APHB, afetin meydana geldiği ayı takip eden üçüncü ayın 23'ü saat 23.59'a kadar verilirse APHB süresinde verilmiş sayılmakta ve işverenlere idari para cezası uygulanmamaktadır (5510 m.91/I-II, İşveren Uygulama Tebliği,/2.5)<sup>51</sup>.

APHB verilme süreleriyle ilgili genel istisnalar ise APHB'nin verilmesi gereken son günün resmi tatil, hafta tatili ya da mali tatil dönemine rastlaması halidir. APHB'nin verilmesi gereken son günün resmi tatile rastlaması halinde, APHB, resmi tatildeki ilk iş gününde saat 23.59'a kadar verilebilmekte ve işverenlere idari para cezası uygulanmamaktadır<sup>52</sup> (İşveren Uygulama Tebliği, m, 2.2). Yine Temmuz ayının 20'ine kadar olan süreler Mali Tatil döneminden sayıldığından, Hazi-

<sup>50</sup> Murat Göktaş/ Murat Özdamar, "İşe İade Davasının İşçi Lehine Sonuçlanması Halinde Sosyal Güvenlik Kurumuna Yapılması Gereken Bildirimler" Yaklaşım Dergisi, Sayı: 208 (Nisan 2010), s.189; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.308.

<sup>51</sup> Şakar, s.191.

<sup>52</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.301.

ran ayına ilişkin APHB'nin, 27 Temmuz günü saat 23.59'a kadar verilmesi durumunda işverenlere APHB'nin yasal süresi dışında verildiği gerekçesiyle idari para cezası uygulanamaz<sup>53</sup>.

Özellikle belirtmeliyiz ki; ay içinde işe giren ya da ay içinde işten çıkan sigortalıların işe giriş ya da işten çıkış tarihlerinin APHB'de belirtilmemesi durumunda ek APHB düzenlenmemelidir. Bunun yerine işyerinin bağlı olduğu Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğüne/Sosyal Güvenlik Merkezine durumu izah eden yazılı bir dilekçe verilmesi yeterlidir. Zira düzeltme dilekçesi bildirge yerine geçmediği için işverene idari para cezası da uygulanmayacaktır. Bildirge ile düzeltme yapılmaya çalışılırsa bu sefer işverenlerin idari para cezası ile karşı karşıya kalmaları söz konusu olur<sup>54</sup>.

### III- SONUÇ

5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi birinci fıkrası (a) bendi kapsamında olan sigortalıların, Kanunda düzenlenen kısa ve uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlardan tam ve eksiksiz yararlanabilmesi, üç önemli bildirgenin/belgenin işverenleri tarafından SGK'ya e-sigorta yoluyla usulüne uygun olarak verilmesine bağlıdır. Bu bildirgelerin/belgelerin idari para cezasına konu olmadan usulüne uygun olarak Kuruma verilebilmesi/gönderilebilmesi için öncelikli olarak işverenlerin, işyerlerini tescil ettirerek e-bildirge şifresi alması gerekmektedir. Ayrıca gerek 5510 sayılı Kanun ve bu Kanunun uygulamasına yönelik çıkarılan ikincil mevzuatta gerekse 5604 sayılı Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri doğrultusunda SGK'ya bildirge verme süreleri ile ilgili olarak bazı özel ve genel istisnai düzenlemeler yer almaktadır. Bu özel ve genel istisnai düzenlemelerin bilinmesi hiç şüphesiz işverenlerin yersiz/gereksiz idari para cezalarıyla karşı karşıya kalmalarını engelleyecektir.

<sup>53</sup> Göktaş/Özdamar, (Temmuz 2010), s.180.

<sup>54</sup> Göktaş/ Özdamar, (Nisan 2012), s.211.

**KAYNAKÇA**

- ALPER, Yusuf. *Sosyal Sigortalar Hukuku*, Güncellenmiş 5. Basım, Bursa: Dora Yayınevi, 2013,
- KURUCA, Mustafa, “*İdari Para Cezalarında Tahakkuk Zamanaşımı*” Yaklaşım, Sayı:214, (Ekim 2010).
- GÜZEL, Ali/OKUR, A. Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.
- TUNCAY, A. Can/ EKMEKÇİ, Ömer. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş 15. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.
- KURUCA, Mustafa, “*İdari Para Cezalarına Neden Olan Fiiller ve Tahakkuk Zamanaşımı*” Yaklaşım, Sayı:213, (Ekim 2010).
- ŞAKAR, Müjdat. *Sosyal Sigorta Uygulaması*, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.
- GÖKTAŞ, Murat/ ÖZDAMAR, Murat, “*Süresi Dışında Yapılmakla Birlikte İdari Para Cezası Uygulanmayan Bildirimler*” Yaklaşım, Sayı: 232, (Nisan 2012).
- GÖKTAŞ, Murat/ ÖZDAMAR, Murat, “*Mali Tatil Döneminde SGK Bildirimlerinin Süresi*” Yaklaşım, Sayı:11, (Temmuz 2010).
- KESKİN, Mustafa/ ŞAHİN, Naci. *İşveren Yükümlülükleri ve Uygulama Esasları* İzmir: Birleşik Matbaacılık, 2010.
- GÖKTAŞ, Murat/ BAKİ, Mürsel, “*Hizmet Akdi İlişkisi Sona Ermeden Aynı İşverenin Bir Başka İşyerinde Çalışmaya Başlayacak Sigortalılar İçin İşe Giriş ve İşten Ayrılış Bildirgesi Verilmesi Zorunlu mu?*” Sosyal Güvenlik Dünyası, Sayı: 68, (Temmuz-Ağustos 2010).
- ÇAKAR, Erden/ ÖZDAMAR, Murat, “*5510 Sayılı Kanun’a Göre Sigortalılığın Başlangıcı ve Sosyal Güvenlik Kurumu’na Bildirilmesi*” Mali Çözüm Dergisi, Sayı: 92, (Mart-Nisan 2009).
- GÖKTAŞ, Murat, “*Sosyal Güvenlik Hukukunda Müeyyidesi Ağır Bir İşveren Yükümlülüğü*” Mali Çözüm Dergisi, Sayı: 98, (Mart-Nisan 2010).
- KURUCA, Mustafa, “*Sosyal Güvenlik Hukukunda İdari Para Cezaları*” Mali Çözüm Dergisi, Sayı: 93, (Mayıs-Haziran 2009).
- KURT, Resul. *Vergi ve Sosyal Güvenlik Mevzuatında Ücret, Tazminat, Harcırah ve Diğer Ödemeler*, Ankara: TÜRMÖB Yayınları, 2011.
- TUNCAY, A. Can/ EKMEKÇİ, Ömer. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011.
- GÖKTAŞ, Murat/ ÖZDAMAR, Murat, “*İşe İade Davasının İşçi Lehine Sonuçlanması Halinde Sosyal Güvenlik Kurumuna Yapılması Gereken Bildirimler*” Yaklaşım, Sayı:208, (Nisan 2010).

GÖKTAŞ, Murat/ ÖZDAMAR, Murat, “İşçinin İşe İade Davasını Kazanması Halinde İşverenin Prim Belgelerini SGK'ya Cezasız Verebilmesi Mümkün mü?” E-Yaklaşım, Sayı:238, (Ekim 2012).

KURT, Resul. “İşe İade Davalarında SGK İşlemleri ve Uygulama Sorunları” Mali Çözüm Dergisi, Sayı: 112, (Temmuz-Ağustos 2012).

EKMEKÇİ, Ömer. “S. S. Kurumu Başkanlığı'nın İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 04.03.2004 Tarih ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:7, (Temmuz-Ağustos-Eylül 2005).



### **III. DİĞER HUKUK DALLARI**





# YENİ BORÇLAR KANUNUNDA DÜZENLENEN TEHLİKE SORUMLULUĞU HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*(An Evaluation of the Provisions Regarding Liability of  
Danger Under The New Code of Obligations)*

Erhan ADAL\*

## ÖZET

Hukuka aykırı eylem sorumluluğunda Türk/İsviçre Borçlar Hukuku *kural olarak zararı veren kişinin kusurlu olmasını aramıştır*. Bunun için buna “*kusur sorumluluğu*” adı da verilmiştir. *Bunun yanı sıra sorumluluk için kusurun aranmadığı durumlar da vardır*, buna da “*kusursuz/netice/sebep sorumluluğu*” denilir.

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu hazırlanmadan evvel, Türk öğretisi kusursuz sorumluluğun iki yaygın türünü kabul etmişti. Bunlardan birincisi «hâkimiyet ve yararlanma» esasına dayanan kusursuz sorumluluk halleri ve diğeri de «tehlike» esasına dayanan kusursuz sorumluluk halleriydi

*Tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde ise, sorumlu kişiye sorumluluktan kurtulması için herhangi bir olanak tanınmamaktadır. Bu nedenle doktrinde tehlike sorumlulukları için ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu terimi de kullanılmaktadır*

Bu çalışmada tehlike sorumluluğuna ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun getirdiği yeni yasal düzenlemeler incelenmiştir. Ayrıca, Bu konuya ilişkin karşılaştırılmalı hukuktaki düzenlemeler ele alınmış ve Avrupa Birliği Hukuku İlkeleri değerlendirilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Tehlike, tehlike sorumluluğunun koşulları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 71, Avrupa Birliği Hukuku İlkeleri

## *Abstract*

With respect to the liability for unlawful action, Turkish / Swiss Code of Obligations, *as a rule, requires that the person causing the damage be held liable*. Therefore it is also called “*fault liability*”. *In addition thereto, there are circumstan-*

---

\* Prof. Dr.

*ces under which the fault is not required for being held liable; this is called “no-fault/ consequence/cause liability”.*

Prior to the drawing up of the new Turkish Code of Obligations no. 6098, the Turkish doctrine acknowledged two common types of no-fault liability. The first one relates to the circumstances of no-fault liability which is based upon «dominance and enjoyment» and the other one relates to the circumstances of no-fault liability which is based upon the principle of «danger»

*In the case of circumstances of no-fault liability which is based upon the principle of danger, the liable person is not granted any remedy to relieve from the liability. Therefore, in the doctrine the term aggravated cause liability is also used for danger liabilities*

The present study discusses the new legal provisions introduced by the Turkish Code of Obligations no. 6098 regarding the danger liability. The study further discusses the comparative legal arrangements in relation to the subject hereof and considered the Legal Principles of the European Union.

**Keywords:** Danger, conditions for danger liability, Article 71 of the Turkish Code of Obligations no. 6098, Legal Principles of the European Union

## 1 . Giriş

Çok sevgili ve aziz meslekdaşım Prof. Dr. Ali Rıza OKUR için hazırlanan bu Armağan yazısında 1/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu madde 71’ de düzenlenen (*Tehlike sorumluluğu*) hükümlerinin değerlendirilmesi yapılacaktır.

Madde kanunda aşağıdaki biçimde yer almıştır:

### « III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme

*Madde 71 – Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.*

*Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.*

*Belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.*

*Önemli ölçüde arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler ».*

## 2. Tehlike Sorumluluğu Kavramının Türk Öğretisinde İlk Kullanılışı

Tehlike sorumluluğu kavramı 66 yıl evvel rahmetli hocam Prof. Dr. Zahit İMRE'nin, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 27/XI/1947 tarihinde savunmasını yaptığı «*Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*» adlı eserinde ileri sürülmüştür<sup>1</sup>. Daha sonra rahmetli Prof. Dr. Halûk TANDOĞAN<sup>2</sup> ve Prof. Dr. Fikret EREN<sup>3</sup> bu kavramı Türk öğretisinde kullanan ilk değerli hukukçuları oluşturmuştur<sup>4</sup>.

## 3. Türk Borçlar Hukukunda Hukuka Aykırı Eylemler

Borç ilişkisinin kaynaklarından bir tanesi “*hukuka aykırı eylemlerdir*”. *Hukuka aykırı eylem, hukuk düzeninin uygun bulmadığı zarar verici eylemlerdir*. Bir kimse hukuka aykırı bir eylemiyle başkasına bir zarar verirse, bir “hukuka aykırı eylem” işlemiş olur ve sonuçta zararı veren kimse ile zarara uğrayan kişi arasında bir “*borç ilişkisi*” doğar. Bu borç ilişkisi dolayısıyla, zarar veren, zarara uğrayan tarafın zararını gidermek yükümlülüğü altına girer.

Bir kimsenin başkasına verdiği zararı giderme yükümlülüğü “*hukukî sorumluluk*” diye ifade edilir. Bu da “*hukuka aykırı sorumluluk*” ve sözleşmenin çiğnenmesi anlamında “*sözleşmesel sorumluluk*” olarak ikiye ayrılır. “*Sözleşmesel sorumlulukta*” bir sözleşmeden doğan borç ilişkisinde borçlunun sözleşmeye aykırı davranarak diğer tarafa, yani alacaklıya vermiş olduğu zararları giderme borcu ifade edilir. Örneğin, (S) ile (M) arasında yapılan bir satım sözleşmesinde (S)'nin sattığı malı *hiç teslim etmemesi, zamanında (M)'ye teslim etmemesi veya gerektiği gibi teslim etmemesinden dolayı (kötü ifa)* (M)'nin uğradığı zararı (S)'nin gidermesi gibi.

Borçlar hukukunda sorumluluk (*Haftung, responsabilité, liability*) *iki ayrı anlam taşır; ..... den sorumluluk giderim yükümlülüğü*), kusuru ile hukuka aykırı bir surette başkasına zarar veren kimse, verdiği zararı gidermekle yükümlü olur. Alman hukukundan gelen bir deyimle buna *Haftpflicht* adı verilmektedir. **Y.B.Y.madde 66, 67, 69, 113, 114** vd. hükümlerinde yer alan sorumluluk bu türdendir.....*ile sorumluluk (sorumluluk yükümlülüğü), borç nedeniyle borçlunun malvarlığına el konulabilme tarzındaki yasal sonucu ifade eder. Alman hukukundan gelen bir deyimle buna Haftzwang / Haftbar* adı verilmektedir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> İngiliz, Sovyet Rusya, Alman, Fransız ve İsviçre hukuklarının karşılaştırıldığı bu eserin doktora jürisinde Başkan Ord. Prof. Dr. Andreas B. SCHWARZ ve diğer üyeler Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU ve Ord. Prof. Samim GÖNENSAY bulunmaktaydı.

<sup>2</sup> *Tandoğan, H.* Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, AÜHFY.No.159,1961, sah.223.

<sup>3</sup> *Eren, F.* Borçlar Hukuku, Ankara, Genel Hükümler, C.II, 4.Bası, sah. 230 vd.

<sup>4</sup> Ayrıca bkz. *Tandoğan, H.* Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981, sah.26, 29, 33-39.

<sup>5</sup> Ayrıntı için bkz. *Schwarz, A.B.* Borçlar Hukuku Dersleri, (çeviren *Dr. Bülent Davran*), C.I, İstanbul, 1948, sah. 119-121; *Eren, F.* age.C.I. § 8,11, sah.87; C.II, sah. 2 vd.; *Adal, E.* Hu-

“*Hukuka aykırı eylem*” sorumluluğunda, bir kimsenin hukuka aykırı bir eylem ile başka bir kimseye vermiş olduğu zararları gidermek borcu söz konusudur. Hukuka aykırı eylem sorumluluğunda Türk/İsviçre Borçlar Hukuku *kural olarak zararı veren kişinin kusurlu olmasını aramıştır*. Bunun için buna “*kusur sorumluluğu*” adı da verilmiştir. Bunun yanısıra sorumluluk için kusurun aranmadığı durumlar da vardır, buna da “*kusursuz/netice/sebep sorumluluğu*” denilir; örneğin, tam yeteneksizlerin hakkaniyet gereğince sorumluluğu (Y.B.Y. madde 65), adam çalıştıranların sorumluluğu (Y.B.Y. madde 66), hayvan bulduranın sorumluluğu (Y.B.Y. madde 67-68), bina ve diğer yapı sahiplerinin sorumluluğu (Y.B.Y. madde 69-70), ev reisinin sorumluluğu (M.Y. madde 369), taşınmaz malikinin sorumluluğu (M.Y. madde 730); (*tehlike sorumluluğunu* düzenleyen) Y.B.Y. madde 71, motorlu taşıt aracı işletenin sorumluluğu (K.T.Y. madde 85), tapu (M.Y. madde 1007/I), ticaret (Y.T.Y. madde 25/II) ve gemi sicillerinin hukuka aykırı biçimde tutulmasından Devletin sorumluluğu (Y.T.Y. madde 954/III), koruma ve korumanlık görevlileri tarafından ödenemeyen zararlardan *Devletin ikinci derecede sorumluluğu* (M.Y. madde 468), İcra ve İflas Dairesi Görevlilerinin görevlerini ifa sırasında doğan zararlardan *Devletin ikinci derecede sorumluluğu* (İ.İ.Y. madde 5) gibi.

*Hukuki sorumluluk*, kavramından bir kimsenin diğer bir şahsın zararını giderme yükümlülüğünde olması anlaşılır. Bunun için bazen hukukta aykırı eylemi yapan kişinin kınanmayı gerektiren bir eylemi aranır (*kusur sorumluluğu*); bazen bu hafif olarak ele alınır ve karine/belirge olarak kabul edilir (*kusur belirgesi*); bazen da hiç dikkate alınmaz (*kusursuz sorumluluk*).

α) Karşılaştırmalı hukuk açısından, **Fransız hukuku 1382** inci maddesinde *kusur ilkesini* benimsemiştir. Anılan hükme göre: «*İnsanın başkasına zarar veren herhangi eylemi, kusuruyla buna sebep olan kimseyi, zararı gidermekle yükümlü yapar*».

Ayrıca cansız eşya vakıasından doğan sorumluluk da **madde 1384/1** de şöyle ifade edilmiştir: «*Bir kimse yalnız kendi eylemiyle sebebiyet verdiği zarardan değil ayrıca muhafazası altında bulunan eşyadan ileri gelen zarardan da sorumludur*».

Fransız medeni yasası **madde 1384/V**'de adam çalıştıranların mutlak ve kusursuz sorumlulukları kabul edilmiştir: «*Kendi işi için başkasını çalıştıranlar, işçi ve memurlarının işlerini ifa esnasında sebebiyet verdikleri zarardan sorumludurlar*».

kukun Temel İlkeleri El Kitabı, 12. Bası, İstanbul, § 24, sah.718 vd.; *Akınal, T.* Yeni Tehlike Sorumlulukları Yaratılmasında Yargıcın Rolü, Prof. Dr. *Turban ESENER'e* Armağan, Ankara, 2000 sah.57-70; *Erdemoğlu, D.* Türk Özel Hukukunda Tehlike Esasına Dayanan Sorumluluk, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2007, sah.19 vd., *Akkayan Yıldırım Ayça*, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İÜHF. C.LXX S.1, 2012, sah.203-220.

**Alman hukukunda** hukuka aykırı eylemden sorumluluk genel kural olarak BGB § 823/I'de şu biçimde ifade edilmiştir: «*Bile bile veya savsama yoluyla başkasının hayatı, bedensel bütünlüğü, mülkiyet veya diğer herhangi bir hakkına hukuka aykırı olarak zarar veren kimse, sebebiyet verilen bu zararı gidermekle yükümlüdür*».

Adam çalıştıranların sorumluluğu konusunda, çalışan tarafından üçüncü kişilere verilen zararlardan, adam çalıştıranın sözleşmesel bir ilişkiye ait olmasıyla, bunun dışında olan bir kişiye ilişkin olması arasında bir ayırım yapılmaktadır.

**BGB § 278:** «*Borcun yerine getirilmesi için çalıştırılan kimseler nedeniyle ve yasal temsilcilerinin kusurlu davranışlarından dolayı, çalıştıran kimse, sanki kendi kusuru imiş gibi sorumlu tutulur*».

**BGB § 831 /I:** «*Adam çalıştıranın, çalışanın eylemlerinden dolayı sorumluluğu*

«*Bir kimse bir işin yapılması için başkasını çalıştırdığı takdirde, çalışanın hukuka aykırı olarak bu işin yapılması sırasında bir üçüncü kişiye sebebiyet verdiği zararı gidermekle yükümlü olur*».

β) Alman yargı organları 1960 yılından başlayarak “*Verkehrssicherungspflichten*”, yani günlük ilişkilerde etrafa verilecek potansiyel zararı karşılama yükümlülüğü kavramını geliştirmişlerdir.

θ) Anglo-Amerikan hukukunda, *kusur belirgesi* kavramına “*durumun gereği kuramı*” (“*res ipsa loquitur*”) uygulanarak ulaşılmaktadır. Buna göre, bir şahsın yönetimi altında bulunan eşyadan dolayı zarar meydana geldiği ve görünürdeki durum, o kişiyi kusur yüklenmeden bu zararın oluşamayacağı açık seçik olarak belirttiği hallerde, olayda o şeyi yönetim altında bulunduran kimsenin kusuru, *belirge olarak kabul edilmektedir*.

#### 4. Tehlike sorumluluğu alanında mevcut boşluk

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu hazırlanmadan evvel, Türk öğretisi kusursuz sorumluluğun iki yaygın türünü kabul etmişti. Bunlardan birincisi «hâkimiyet ve yararlanma» esasına dayanan kusursuz sorumluluk halleri ve diğeri de «tehlike» esasına dayanan kusursuz sorumluluk halleriydi<sup>6</sup>.

*Olagan sebep sorumlulukları* adı verilen birinci grup kusursuz sorumluluk hallerinde, sorumluluk hâkimiyet sahibine egemenliği altındaki kişi veya mallar nedeniyle yükletilmiş objektif dikkat ve özen gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmediği ve zararın da bu nedenle doğduğu varsayımına dayandırılmaktaydı.

<sup>6</sup> *Akınal, T.* agm sah.58' den alıntı; karş. *Yılmaz, S.* Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, AÜHFD.59 (3) 2010, sah.551-578.

Sonuç olarak sorumlu tutulan kişi «**gerekli özeni gösterdiğini**» veya «**oluşan zararın özenin gösterilmemesinden kaynaklanmadığını**» kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedir (YBK.mad.66, 67, MK.mad.369).

***Tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde ise, sorumlu kişiye sorumluluktan kurtulması için herhangi bir olanak tanınmamaktadır. Bu nedenle doktrinde tehlike sorumlulukları için ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu terimi de kullanılmaktadır***<sup>7</sup>.

6098 sayılı Kanun kabul edilinceye kadar ülkemizde tehlike sorumluluklarına ilişkin özel düzenlemelere yer veren yasalar çıkarılmıştı. Bunlara örnek verecek olursak:

(α) «Bina veya imal olunan şeyin malikinin kusursuz sorumluluğu (EBK.mad.58);

(β) «Karayolları Trafik Kanununda bulunan araç işletenin kusursuz sorumluluğu (KTK.mad.85)»;

(μ) «Petrol Kanununda belirtilen kusursuz sorumluluk hali (Pt.K.mad.86)»;

(γ) «Çevre Kanununda düzenlenen kusursuz sorumluluk hali (Ç.K.mad.28)»;

(δ) «Türk Sivil Havacılık Kanununa göre sivil hava aracı işletenin kusursuz sorumluluğu (mad.124)»;

(ε) «Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununda belirtilen tehlike sorumluluğu»;

(ζ) «Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre, tüketicinin yapmış veya sunulmuş mal ve hizmetten, ayıba karşı garantiden doğan haklarına ilişkin olarak satıcı ile birlikte bayi, imalatçı, üretici, ithalatçı, acente, kredi verenin sorumluluğu»;

(θ) «Ürünlere ilişkin Teknik mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına dair Kanuna göre, üreticinin sorumluluğu»;

(λ) «Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanuna göre düzenlenen kusursuz sorumluluk»;

(π) «İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları Yönünden Kusursuz Sorumluluk»<sup>8</sup>.

Değerli meslekdaşım **Prof. Dr. Teoman AKÜNAL** 2000 yılında yazdığı bir makalede<sup>9</sup> tehlike sorumluluğu konusunun ya her olaya ilişkin özel bir yasayla, yani meseleci/kazüist bir yöntemle çözümlenebileceğini veya bunun yerine farklı alanları

<sup>7</sup> **Akünel, T.** agm.sah.58' den alıntı.

<sup>8</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Korkusuz, R.** Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-Ankara, Gazi Ü.H.F. 15/12/2010, sah.159-196.

<sup>9</sup> bkz. **Akünel, T.** agm. sah.59/60.

düzenleyen ve tehlike sorumluluğu halleri arasında uygulamada uyum sağlama açısından sakıncalı bir yöntem olan özel yasalar çıkarmak yerine tehlike sorumluluğu alanındaki farklılıkları giderecek ve tıpkı kusur sorumluluğu alanında olduğu gibi tehlike sorumluluğu hallerinin tamamını kapsayacak genel bir tehlike sorumluluğu kuralını benimsemenin daha isabetli olacağını öne sürmektedir<sup>10</sup>.

**Prof. AKÜNAL**, Avusturya hukukunu örnek göstererek tehlike sorumluluğu içeren kuralların örnekseme/kıyas yolu ile uygulanmasını önermektedir<sup>11</sup>. Avusturya Yüksek Mahkemesi, 1950 yılından beri tehlike sorumluluğu içeren hükümleri örnekseme yolu ile benzer tehlikeli faaliyet ve işletmelere uygulamak suretiyle kanun koyucunun henüz yasal bir düzenleme yapmadığı alanlarda tehlike sorumluluğuna dayanan çözümlerin uygulanabilmesine olanak sağlamıştır. Avusturya Yüksek Mahkemesi 1953 tarihli bir kararında, tehlike sorumluluğu alanında temel yasa sayılan **Demiryolu ve Motorlu Taşıt Araçlarından Sorumluluk Yasası** henüz yürürlüğe girmediği halde, teleferik işletmesi ile ilgili bir kazada : «Sorumluluk Hukukuna ait kanunlarda yer alan özel tehlike sorumluluğunun örnekseme yolu ile benzer nitelikteki bütün tehlikeli işletmelere genişletilerek uygulanması gerektiğine» karar vermiştir<sup>12</sup>. Yüksek Mahkemenin 1973 tarihli başka bir kararında « zararlı gazlar çıkaran bir işletme ile, patlatıcı maddeler üreten bir tesis **tehlikeli** sayılıp, haklarında tehlike sorumluluğu ile ilgili kuralların **örnekseme yolu ile uygulanmasına hükmedilirken**; oto tamir servisleri, tarım işletmeleri, ısı tecrid tesisleri, kayak liftleri, su tesisatı, soda şişeleri, bir yapı alanına yerleştirilen Caterpillar ile ilgili olarak tehlike sorumluluğu esaslarının **uygulanması kabul edilmemiştir**<sup>13</sup>.

Örnekseme yolu ile uygulamayı, bir boşluk doldurma yöntemi olarak Türk/İsviçre Medenî Kanunları da benimsemiştir. Ancak pozitif hukuktaki boşlukların doldurulmasıyla ilgili farklı yöntemler vardır, ve her hukuk sistemi kendine özgü bir yöntemi benimsemiştir<sup>14</sup>. İlk yöntem 1912 tarihli **İsviçre Medeni Kanununun** ve onu aynen kabul eden/iktibas eden 1926 ve 2001 tarihli **Türk Medeni Kanununun** benimsediği yöntemdir<sup>15</sup>. İkincisi, boşluk doldurma durumunda olan yargıcın, hukukun genel ilkelere başvurmasını öneren yasaların benimsediği yöntemdir<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> **Akünel, T.** agm. sah.61/65.

<sup>11</sup> **Akünel, T.** agm.sah.65 vd.

<sup>12</sup> **Akünel, T.** agm.sah.66'dan aynen alıntı.

<sup>13</sup> **Akünel, T.** agm.sah.67'den aynen alıntı.

<sup>14</sup> **Aktaş, S.** Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, EÜHFM, C.XIV, S.1-2, 2010) sah.24/27; **Adal, E.**, age. sah.370/71.

<sup>15</sup> **Aktaş**, agm.sah.24 'den aynen aktarma ( ZGB art.1/III deki hükmün «**yerleşmiş/kabul edilmiş öğreti ve gelenekler**» ve TMK.mad.1/III 'deki «**bilimsel görüşler ve yargı kararları**» bağlayıcı olmayan yardımcı kaynaklardır. Kanun koyucu gibi hareket etme ancak yargıcın benimsemesi gereken bir davranış biçimidir).

<sup>16</sup> Ayrıca bkz. **Adal, E.** Fundamentals of Turkish Private Law,10.Ed.Istanbul, sah.56/57 ve 58,59,63,68/69,73. Bkz.**Aktaş**, sah.25 'de belirtilen 1871 tarihli **Arjantin Medeni Kanunu** madde 16.

**ABGB- Avusturya Genel Medeni Kanununun** 7. maddesi boşluk konusunda aşağıdaki hükmü kabul etmiştir:

«*Bir hukukî olay, yasanın ne özüne ne de genel anlamına göre çözümlenemezse, yasalarda mutlak biçimde çözümlenmiş benzer olaylara ve bu konu ile ilgili başka yasaların gerekçelerine bakılmalıdır. Hukukî olay, buna rağmen çözümlenemiyorsa, olayın öğeleri özenle toplanıp etraflıca düşünüldükten sonra tabii hukuk ilkelerine göre karar verilmelidir* » .

Üçüncü yöntem, boşluk durumlarında yargıcı, hakkaniyet (equity) esaslarına göre hüküm vermesini düzenleyen çözüm yoludur. 1988 tarihinde yürürlüğe giren Louisiana Medeni Kanunu bir örnek olarak gösterilmektedir<sup>17</sup>. Anılan Kanunun 4 ncü maddesi şu hükmü taşımaktadır:

«*Hukukî bir olayı çözmek için gerek yasada/yazılı hukukta ve gerekse yazısız hukukta/ töre hukukunda herhangi bir kural bulunmadığı takdirde, yargı organı, hakkaniyete göre davayı yürütmek zorundadır. Hakkaniyet kurallarına göre karar vermek, olayı çözümlenmede adalete, akla ve yaygın hukuk uygulamalarına başvurmak demektir* » <sup>18</sup>.

## 5. Tehlike sorumluluğu konusunda düzenlemeler

### I. Roma Hukuku

Roma hukukunda hukuka aykırı eylemlerden sorumluluğa ilişkin genel bir kural yoktu. Ancak M.E.286 yılında bir plebisitle kabul edilen **Lex Aquilia** ile başkasına haksız olarak verilen zararlar (**damnum iniuria datum**) ilgili olarak mala veya köleye verilen zararın giderilmesi kabul edilmişti<sup>19</sup>. **Lex Aquilia**'nın birinci bölümü, zarar veren kimsenin hak sahibinin malına veya kölesine geçen yıla göre en yüksek değerini ödemekle yükümlü tutulmuştu<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> bkz. **Aktaş**, sah.25'de anılan **MacLean**, «**Roberto G.**«Judicial Discretion in The Civil Law», Louisiana Law Review, 1982-1983, vol.43, sah. 51-55.

<sup>18</sup> **Aktaş**, age. sah.26 da **Rusya Federasyonu Medeni Kanununun** 6ncı maddesine işaret etmektedir. Bu maddeye göre aşamalı iki tür kıyasa yer verilmiştir. Bunlar **yasa kıyası** (analogia lex) ve **hukukî kıyas** (analogia juris)tir.

**Rusya Federasyonu Medeni Kanunu mad.6**'ya göre : «*Bu Yasanın 2.maddesinin 1 ve 2. Paragrafında düzenlenen ilişkilerle ilgili meseleler, yasama organı veya taraflarca yapılan sözleşme tarafından doğrudan düzenlenmemiş ve bu hususlara uygulanacak ticari örf-adet kuralı da yoksa, benzer meseleleri düzenleyen medeni yasa kuralları, nitelikleri itibarıyla çelişmemek koşuluyla, yasa kıyas yoluyla bu meselelere de uygulanır. Yasa kıyasının mümkün olmaması durumunda, tarafların hak ve görevleri, Medeni Kanunun genel ilkeleri ve rubundan hareketle yapılan hukuk kıyası yoluyla ve iyiniyet, akla uygunluk ve adaletin gerekleriyle belirlenir*».

<sup>19</sup> bkz.**Hönig**, **R.** (çeviren **Avukat Dr. Şemsettin TALİP**), Roma Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 1938, sah.286-290; **Rado**, **T.** Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul,1978, sah.179-186.

<sup>20</sup> «*Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto* »(D.9.2.2.pr).



Ancak Roma hukukunda zarar veren kimsenin *kusurunun (culpa)* kanıtlanması gerekiyordu. Şayet ortada bir zararın bulunmasına rağmen failin kusuru kanıtlanamıyorsa *casum sentit dominus*, yani kusur ilave edilmeyen zarar bir kaza veya tesadüfi olay sayılırdı (*Takdir-i İlahi*) ve zarar gören bu duruma katlanmak zorunda kalırdı<sup>21</sup>.

## II. Türkiyede Medeni Kanunun kabulünden önceki devir(Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)

Mecellenin kabul edilmesinden evvelki dönemde, İslâm hukuku esasları uygulanmaktaydı ve cezai ve hukuki sorumluluk bir arada düzenlenmişti. Mecellede, haksız fiiller açısından genellikle *kazüist/meseleci* yöntem kabul edilmişti. İngiliz hukukunda olduğu gibi, *Mecellede* de genel bir sorumluluk kuralı kabul edilmişti. Bu iki hukuk sisteminin arasındaki fark, İngiliz hukukunun yargı kararlarıyla gelişmesine karşı Mecellenin bir kanun olmasıdır.

1851 maddelik *Mecelle*, bir başlangıç ve 16 kitaptan oluşuyordu. Burada tazminat hukuku açısından direktif teşkil edecek bir genel kural bulunmuyordu.

Gerçekten «*Zarar ve mukabelei bizarar yoktur*», yani zarar ve zarara zararlar karşılık verilmeyeceğini düzenleyen 19 uncu madde ile «*Zarar izale olunur*» diyen 20 nci madde, genel bir nitelik taşımaya mukabil teknik bir açıklamayı içermektedir. Burada sorumluluk unsuru olarak ne kusur ne de hukuka aykırılıktan söz edilmiştir.

Tazminat yükümlülüğü için kusur şart değildir. Mecellede esas itibarıyla netice, sebep sorumluluğu kabul edilmiştir. Kusur kavramı bu kanunda ve o devrin hukukunda gelişmemiştir. Mecellede netice sorumluluğunun bulunmasının nedeni olarak kusur kavramının yeterince gelişmemiş olması gösterilebilir. Bu açıdan, Mecelledeki esas kuralın kaynağı, XX nci yüzyılda sosyal bir gereksinim olarak gelişen kusursuz sorumluluk kavramıyla bir benzerlik taşımamaktadır<sup>22</sup>.

Mecellenin 87 nci maddesindeki «*Mazarrat menfaat mukaabelesindedir*», yani zarar yarar karşılığıdır hükmü ile 88 inci maddede düzenlenen «*Külfet nimete, nimet külfete göredir*» kuralı aynı nitelikte değerlendirilmelidir<sup>23</sup>.

Karşılaştırmalı hukuk açısından yukardaki hükmün Roma hukukunda mevcut, «*Qui sentit commodum sentire debet et onus et e contra* » yani bir şeyden yararlanan kimsenin onun sonuçlarına da katlanması gerektiği kuralına, *içerik farkına dikkat edilerek*, benzediği görülecektir.

<sup>21</sup> bkz. *İmre, Z.* age.sah.39/40; karşı. *Hönig, R.* 231/32.

<sup>22</sup> bkz. *İmre, Z.* age.sah. 138-142.

<sup>23</sup> bkz. *İlhan, Cengiz,* Hukukun Doksan Dokuz İlkesi, İstanbul, 2003, sah. 75/76.

III. Tehlike sorumluluğu konusunda eski Sovyet Rusya Medeni Yasası § 404 aşağıdaki hükmü düzenlemiştir:

« *Faaliyetleri çevreleri için özel bir tehlike yaratan kişi ve işletmeler, örneğin demiryolları, tramvaylar, fabrikalar, tutuşabilecek malzeme tacirleri, vahşi hayvan besleyenler, bina ve diğer tesisleri yapan kişiler vs. büyüyen tehlike kaynağının sebebiyet verdiği zararlardan sorumludurlar, meğer ki zararın önlenemez nedenden, zarar görenin kastından veya ağır savsamarlarından oluştuğunu kanıtlasınlar* ».

*Yeni Rusya Federasyonu Medeni Kanunu, madde 1079'da* taşıtların, makinelerin, yüksek voltajlı elektrik gücünün, nükleer enerji, patlayıcı madde ve zehirlerin kullanılmasıyla çevreleri için özel bir tehlike yaratan kişi ve işletmelerin sebebiyet verdikleri zararı gidermekle yükümlü olduklarını düzenlemiştir. Sorumluluktan kurtulmak, ancak zararın önlenemez nedenden veya zarar görenin kusurlu davranışından doğduğu kanıtlanabilirse mümkündür.<sup>24</sup>

#### IV. Fransız Hukuku

Fransız hukuku cansız eşya vakiasından doğan sorumluluğu düzenleyen CCF art.1384 'e eklenecek yeni bir fıkra ile tehlike sorumluluğunun çözümlenmesi öne sürülmüş, sonradan **Catala Ön Projesiyle** <sup>25</sup>aşağıdaki yeni fıkra kaleme alınmıştır :

« *Özel yasa hükümlerinin düzenlediği durumları etkilemeksizin, anormal ölçüde bir işletme faaliyetinin işleteni, bu hak kendisine yasayla tanınmış olsa bile, faaliyetin sonuçlarının doğurduğu zarar ziyanı gidermekle yükümlüdür* ».

#### V. Alman Hukuku

Alman doktrin ve yargı kararları BGB § 823 nin kabul ettiği düzenlemenin yanısıra günlük ilişkilerde etrafa verilebilecek potansiyel zararı karşılama yükümlülüğünü yani « *Verkehrssicherungspflichten* » kavramına yer vermektedirler<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Ayrıntı için bkz. *Reid, E.*Liability for Dangerous Activities:A Comparative Analysis,48.I.C L Q. 73,(1999), sah.736, 733.karş.*İmre, Z.*age. 113-116.

<sup>25</sup> Ayrıntı için bkz. İnternette, *Manuel Pinto Oliviera*, La place des responsabilités objectives, sah. 5 ve *Anne Guegan*, sah.3 vd. Fransız doktrini *garde de la chose (vice de la chose)* ile *garde de comportement ou utilisation (gardien se son utilisation)* yani *cansız eşyada mevcut bir ayıp ile eşyanın kullanılmasından doğan sorumluluk* kavramlarını ayırt etmektedir; ayrıntı için bkz. *Kötz/Zweigert*, Comparative Law, 3. Bası, Oxford. 1998, sah.664/65.

<sup>26</sup> Ayrıntı için bkz. *Markesinis, B/Unberath, H*, The German Law of Torts, Oregon, 2002, sah. 86, 204, 732, 754,770.; *Cees van Dam*, European Tort Law, Oxford University Press, 2006 sah.72/73, 77; *Zimmermann, R.*, The Law of Obligations, South Africa, 1996 sah. 1046/47. Alman Yargıtayının 1902 tarihli kararında çürüyen bir ağacın yola devrilmesi sonucu yoldan geçen bir kimsenin yaralanması olayında ilk defa *Verkehrssspflichten* kavramına yer vermişti, RG 30 /10/1902, RGZ 52, 373.

## VI. İsviçre Hukuku

Yeni Borçlar Kanunumuzun 71 nci maddesinde düzenlenen tehlike sorumluluğu hükmü, İsviçrede henüz yasalaşmamış bulunan *Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts* ( Sorumluluk Hukukunun Gözden geçirilmesi ve bir örnek oluşturacak duruma getirilmesine ilişkin Yasa tasarısı) nın 51 nci maddesinden alınmıştır<sup>27</sup>. Öğretide **Widmer/Wessner projesi** diye adlandırılan 51 nci maddeye göre:

«*Önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyeti işleten kimsenin, bundan zarar gören kişilere karşı sorumluluğu bulunmaktadır.*

«*Özel bir yasa uyarınca, zarar verici faaliyet benzeri bir etkinlik için ağırlaştırılmış tehlike sorumluluğu halinin öngörüldüğü durumlarda, zarara neden olan benzer faaliyette tehlikeli sayılır*»<sup>28</sup>.

## VII. İtalyan Hukuku

İtalyan Medeni Kanununun 2050 nci maddesi aşağıdaki hükmü düzenlemektedir :

**Madde 2050** « *Tehlikeli bir faaliyetin yürütülmesinden doğan sorumluluk*

*Niteliği gereği veya kullanılan malzemeler nedeniyle bir tehlike arz eden bir faaliyetin yürütülmesi sırasında başkalarına zarar veren kimsenin, zararın oluşmasını önlemeye elverişli tüm önlemleri aldığını kanıtlayamaması durumunda oluşan zararı giderme sorumluluğu bulunmaktadır*»<sup>29</sup>.

**VIII. Avusturya Medeni Kanunu'nun Tazminat Hukukuna İlişkin Hükümlerini Değiştirmeyi amaçlayan Kanun Tasarısı**

**Madde 1302/I,II** « *Önemli ölçüde tehlike arzeden nesnelere yol açtığı zararlardan bunları muhafaza eden ve kullananlar sorumlu olur.*

*Nükleer tesisler, barajlar, petrol, gaz ve yüksek gerilim taşıyan hatlar, patlayıcı madde fabrikaları ve depoları, motorlu kara taşıtları, hava taşıtları, deniz taşıtları, demiryolu, teleferik ve maden işletmeleri tüm özenin gösterilmesi durumunda bile suça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli newsnelere sayılır*»<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> karş. *Eve Matringe*, La Réforme de la Responsabilité Civile en Droit Suisse: Modèle pour le Droit Français ? adlı 27/3/2010 yılında Strasbourg Üniversitesinde sunulan Doktora tezi.

<sup>28</sup> bkz. [http://www.bj.admin.ch./ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene\\_projekte/haftpflicht.html](http://www.bj.admin.ch./ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/haftpflicht.html); *Widmer*, La responsabilité pour choses et activités dangeureuse dans Les Projets européens, sah. 1-22.

<sup>29</sup> bkz. *Büyüksağış, E.* Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, Sayı 1,2006, sah.7/8.; *Christian von Bar*, The Common European Law of Torts, Vol.I, New York, 1988, sah.138/39.

<sup>30</sup> *Büyüksağış*, agm. sah.9; karş. *Christian von Bar*, age. sah.254,417.

## IX. COMMON LAW HUKUK ÇEVRESİ31

### 1) İngiliz haksız fiiller hukuku

İngiliz haksız fiiller hukukunda sorumluluk ve tazminat/giderim yükümlülüğü doğuran bütün haksız fiiller *teker teker sayılmıştır*. Bu konuda genel bir kural yoktur<sup>32</sup>.

Bu hukuk dalında haksız fiil kavramına *torts* denilmektedir<sup>33</sup>. Genel kural haksız fiillerden sorumluluk için evvela failin *kusurunun*<sup>34</sup> kanıtlanması gerekir. Burada sorumluluk etrafa zarar vermeme yükümlülüğünün çiğnenmesi (*the breach of a duty to take care not to harm others*) anlamına gelir. Zarara uğrayanın aşağıdaki durumları kanıtlaması gerekir:

- α) Zarar verenin kendisine karşı bir zarar vermeme yükümlülüğü bulunduğu;
- β) Bu yükümlülüğün fail tarafından çiğnenmiş olduğu;
- θ) Bu çiğnenme nedeniyle bir zararın gerçekleştiği<sup>35</sup>

Ayrıca İngiliz hukukunda kusursuz sorumluluk halleri de kabul edilmiştir. Bunun için çeşitli deyimler kullanılmaktadır; örneğin *strict liability, objective liability/liability without fault (independen of fault)* gibi. Kusursuz sorumluluk konusunda verilmiş ilk yargı organı kararı, 1868 tarihli *Rylands v Fletcher* kararıdır<sup>36</sup>. Bu kararda, taşınmazında bir havuz yaptıran malik, suyun önceden bilinmeyen yer altındaki bir kanaldan geçerek komşu taşınmazdaki madene taşması sonucunda oluşan zararı gidermekle yükümlü tutulmuştur. Kararın dayandığı *ratio decidendi* 'ye göre bir taşınmazın maliki veya elmeni, ayrıca kusurunun kanıtlanmasına gerek kalmadan, taşınmazını olagan dışı kullanmadan dolayı oluşan<sup>37</sup> zarardan sorumlu tutulacaktır. İngiliz hukukunda ayrıca tehlikeli şeylerden oluşan sorumluluk (*liability for dangerous things*) görüşü kabul edilmiştir. Bu görüşe göre tehlikeli bir şeyi elinde bulunduran kimse, tehlikesi kendisine ait olmak üzere o şeyin muha-

<sup>31</sup> COMMON LAW büyük harf ile yazılırsa, *Anglo-Amerikan* hukuk çevresini, **common law** biçiminde yazılırsa (*jus commune; doit commun, Gemeines recht*) *Kara Avrupası /Yazılı Hukuk* Çevresinin ortak bir unsurunu, yani *Roma Hukukunu* ifade eder. Anglo-Amerikan hukuk çevresi, *Töre Hukuku ülkelerine* «İngiltere ve Büyük Britanya (İskoçya hariç), Amerika Birleşik Devletleri (Louisiana hariç), Kanada (Quebec hariç) Britanya İmparatorluğuna dahil ülkeler, bazı Afrika ülkeleri, Hindistan, Pakistan, diğer güney Asya ülkeleri, Avustralya ile Yeni Zelanda » dahildir.

<sup>32</sup> Ayrıntı için bkz. *İmre, Z.* age. sah.103-105.; *Christian von Bar*, age.C.I. sah. 302-304, 308-312.

<sup>33</sup> Ayrıntı için bkz.*Schwarz, A.B.* Mukayeseli Hukuk Zaviyesinden İngiliz Borçlar Hukukunun Ana Hatları, Ad.C.1941, sah.50; *İmre, Z.* age.sah.105 ve dn.7.

<sup>34</sup> İngiliz hukukunda *negligence* Kara Avrupası hukuk sistemindeki *fault* kavramının yerine kullanılmaktadır. Ayrıca *negligence* deyimini *savsama/ihtmal* yerine de kullanılmaktadır.

<sup>35</sup> *Metcalfe/Westwood*, General principles of English Law, 6. Ed. London, 1962, sah. 211.

<sup>36</sup> bkz. *Reid, E.*agm.sah.733/735.; *Christian von Bar*, age. C.I. sah. 290 dn.176, 291 320 dn.399,

<sup>37</sup> *Natural and non-natural use* kavramları için bkz. *Reid, E.*agm. 738/739.

fazasından sorumludur; eğer o şey muhafazadan kurtulursa bunun sonuçlarından kusuru olsun olmasın bu şahıs sorumlu olur<sup>38</sup>.

İngiliz yargı organları *Rylands v Fletcher* kararına sonradan oluşacak zararın öngörülebilir olup olmaması kriterine bağlamıştır<sup>39</sup>. 1932 tarihli *Fardon v Harcourt-Rivington*<sup>40</sup> kararında yargı organı tehlikeli şeyleri kullananların sorumluluğu saptanırken, zararı önleyememiş olmaları vakıyasıyla soyut olarak değerlendirilmesi gerektiğini karara bağlamıştır. Bu hukuki bir sorumluluktan ziyade toplumsal bir sorumluluktur. Eşyanın tehlikeli niteliği sorumluluğun temelini oluşturur ve ancak makul sayılabilecek olasılıklar (*reasonable probabilities*) dikkate alınmalıdır, yoksa hayali/ olağanüstü ihtimaller (*fantastic possibilities*) dikkate alınmaz.

## 2) Amerikan Restatement of Torts (Hukuka Aykırı Eylemlere İlişkin Amerikan Düzenlemesi)

Bu konuda 2010 yılında yapılan değişiklikle eski Restatement § 520 değiştirilmiş ve yeni düzenleme *Kusursuz Sorumluluk* başlığı altında Dördüncü Bölüm § 20 de kabul edilmiştir. Değişiklikten evvel § 520 konuyu aşağıdaki biçimde kalem almıştı :

### § 520 Alışılmışın Ötesinde Tehlikeli Faaliyetler

*Bir faaliyetin anormal ölçüde tehlikeli faaliyet sayılabilmesi için aşağıdaki unsurların dikkate alınması gerekir:*

(a) *Kişiye, veya başkalarına ait arazi veya taşınır mallara büyük ölçüde zarar verme riski taşıması;*

(b) *Zararın büyük olmasının kuvvetle olası bulunması;*

(c) *Tehlikeyi olağan, normal ölçüde dikkat ve özen göstererek ortadan kaldırma olasılığının bulunmaması;*

(d) *Faaliyetin yürütülmesi olağan dışı bir nitelik taşımaktadır;*

(e) *Faaliyetin yürütüldüğü yer açısından uygun olmaması;*

(f) *Doğurduğu tehlikeli sonuçlar açısından kamuya yararlı olmaması.*

Yeni § 20 nin düzenlemesi daha basittir :

### § 20 Alışılmışın Ötesinde Tehlikeli Faaliyetler

*(a) Tehlikeli bir faaliyeti yürüten kimse, bu faaliyetin doğurduğu bedensel zarardan dolayı kusursuz sorumluluğa tabidir.*

<sup>38</sup> *İmre, Z.* age. sah. 108; *Christian von Bar*, age. sah.8 vd.

<sup>39</sup> *Reid, E.* agm.sah. 741 vd.

<sup>40</sup> *Fardon v Harcourt-Rivington* kararı , ALL ER 81(1932).

(b) *Bir faaliyet aşağıdaki ölçüler içerisinde alışılmışın ötesinde tehlikeli faaliyet sayılır:*

(1) *Bu faaliyet bunu yürütenler tarafından bütün normal ölçüde dikkat ve özen sarf edilmiş olsa bile önceden kestirilebilir belirgin yüksek bedensel zararın oluşacağı sonucunu etkilemez.*

(2) *Faaliyet niteliği itibarıyla olağan olmayan bir kullanımdan doğmaktadır.*

## X. AVRUPA HAKSIZ FİİLLER HUKUKU ESASLARI (AHFE) BÖLÜM 5. TEHLİKE SORUMLULUĞU

### MADDE 5.101. ALIŞILMIŞIN ÖTESİNDE (ANORMAL) TEHLİKE ARZ EDEN FAALİYETLER

(1) *Alışılmışın ötesinde tehlike arz eden faaliyette bulunan kimse, tehlikenin gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkan zararlardan kusursuz olarak sorumludur.*

(2) *Aşağıdaki durumlarda bir faaliyet alışılmışın ötesinde tehlikeli kabul edilir:*

(a) *Gerekli tüm özenin gösterilmesine rağmen öngörülebilir biçimde önemli bir zarar tehlikesi arz ediyorsa*

(b) *Genel bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik değil ise*

(3) *Zarar tehlikesi, zararın doğurduğu sonuçların ağırlığı veya meydana gelme olasılığı dikkate alındığı takdirde önemli sayılabilir.*

(4) *Tehlike sorumluluğuna konu faaliyet, yukardaki esaslar dışında ulusal veya uluslararası bir düzenlemeye konu oluşturduğu takdirde, bu madde hükmü uygulanmaz.*

## XI. AKİT-DIŞI SORUMLULUĞA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU İLKELERİ (PEL)

*Prof. Dr. Christian von BAR* tarafından kaleme alınan **OSNABRÜCK İlkeleri**, AB üyesi ülkelerde uygulanmak üzere tehlike esasına dayanan genel bir sorumluluk kuralı öngörmektedir. Düzenlemenin **3.206. maddesine göre** :

«*Sıkça veya ağır bir zarar doğurma tehlikesi olan bir malzemeyi ve tesisatı kontrolunda bulunduran kimse, meydana gelen zararlardan sorumlu olacaktır.*».

Bu düzenleme sayesinde **PEL**, tehlikeli malzeme, araç-gereç, tesisat veya enerji kullanımını gerektiren faaliyetlerin tümünü kapsayan genel bir tehlike sorumluluğu kuralını öngörmektedir.

Bu makalenin 12 nci sahifesinde belirttiğimiz **WIDMER/WESSNER** tarafından hazırlanmış olan *Sorumluluk Hukukunun Gözden Geçirilmesine ve bir Örnek Oluşturacak duruma ilişkin Yasa tasarısı madde 51'de* de tehlike esasına dayanan genel bir sorumluluk kuralı benimsenmişti.

## 6. Tehlike sorumluluğunun koşulları

(a) Zarar, önemli ölçüde tehlike arzeden bir **işletmenin faaliyetinden doğmuş** olmalıdır.<sup>41</sup>

(b)Yeni Borçlar Kanunumuz bir işletmenin « **önemi ölçüde tehlike arzeden işletme**» sayılabilmesi için madde 71/II 'de iki ayrı durum göz önünde alınmıştır. Bunlar :<sup>42</sup>

α) İşletme, niteliği veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda bu *işlerde uzman bir kişiden beklenen tün özenin gösterilmesi halinde bile, sıkça veya ağır zararlar doğurmağa elverişli ise*, önemli ölçüde tehlike arzeden işletme olarak kabul edilir<sup>43</sup>.

β) İşletme, *özellikle, herhangi bir kanunda, benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğunun öngörülmüş olması halinde*, önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır<sup>44</sup>.

## 7. Zarardan sorumlu olanlar

Yeni TBK.madde 71/I uyarınca *önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten dayanışmalı olarak sorumludur*<sup>45</sup>.

## 8. Hukuken izin verilmiş ve kurallara uygun faaliyetlerden doğan zararlardan sorumluluk

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyeti için *izin alın-*

<sup>41</sup> Bkz. *Reisoğlu, S.* Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23.Bası, İstanbul, 2012, sah. 198; *Kılıçoğlu, A.* Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Bası,Ankara, 2012, sah.356;*Oğuzman/Öz*, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II İstanbul, 2012,sah.. 185; *Büyüksağış, E.* Tehlike esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler,Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.II,S.1, 2005, sah.4; *Akkayan-Yıldırım A.*6098 sayılı Türk Borçlar Hukuku Düzenlemeleri çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel bir Türü olarak Tehlike Sorumluluğu, İÜHF.M.CLXX,S.1, sah.207 vd.*Gerek, N.* 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık, 2011, S.2,sah.33 vd.

<sup>42</sup> *Reisoğlu, 198; Kılıçoğlu, 357; Oğuzman/Öz, 186;Büyüksağış, E..5;Akkayan-Yıldırım, 208;Gerek, N. 34.*

<sup>43</sup> *Reisoğlu, 198; Kılıçoğlu, 357 vd; Oğuzman/Öz, 186; Büyüksağış, 8 ve yukarıda sah.12/13 de' verilen İtalyan ve Avusturya Hukukları için verilen bilgileri karşılaştırınız; Gerek, N. 34 vd.*

<sup>44</sup> *Reisoğlu, 199; Kılıçoğlu, 358; Gerek, N. 35 vd.*

<sup>45</sup> *Reisoğlu, 199; Kılıçoğlu, 359; Oğuzman/Öz , 187 vd.*

*mamışsa*, işletme sahibi ve varsa işleten, işletmenin faaliyetinden doğan zararın tamamından, dayanışmalı olarak sorumludur (Yeni TBK. mad. 71/I ve IV).

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzennince *izin verilmişse*, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinden doğan zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini, olayın niteliğine göre, uğranılan zararın hakkaniyete uygun bir ölçüde giderilmesini, paylaşılmasını, işletme sahibi ve varsa işletenden talep edebilirler (Yeni TBK. mad.71/IV) <sup>46</sup>.

## 9. Kurtuluş kanıtı

*Tehlike sorumluluğunda, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden doğan zarardan, işletme sahibi ve varsa işleten, zararın meydana gelmemesi için, araç, malzeme ve çalışanların seçiminde, gözetim ve denetiminde gerekli tüm dikkat ve özenin* (yani *cura in instruendo, cura in eligendo* ve *cura in custodiendo*) *gösterildiğini kanıtlayarak, sorumluluktan kurtulamazlar*. Tehlike sorumluluğu **bir özen sorumluluğu olmayıp**, kusursuz sorumluluğun en ağır türüdür. Bir işletme, araç veya çalışanların seçiminde tüm özenin gösterilmesine rağmen, sıkça veya ağır zarar doğurmaya elverişliyse, o işletme önemli tehlike arzeden bir işletme sayılır.

Böyle bir işletmenin faaliyetinden doğan zarardan, işletme sahibi ve varsa işleten dayanışmalı olarak sorumludur. *İşletme sahibinin ve işletenin sorumlu olmaması için, önlenemez nedenin* (mücbir sebebin), *ve beklenmedik hallerin* (olanüstü hallerin) *veya zarar görenin veya üçüncü bir kişinin ağır kusurunun zarara sebep olması, yani işletmenin faaliyeti ile zarar arasındaki nedensellik bağını kesmesi gerekir*<sup>47</sup>.

## 10. Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Değerlendirme

Yeni TBK. madde 71 de düzenlenen tehlike sorumluluğu ve denkleştirme hükmünü değerlendirirken evvela önerilen çözüm yolunun okuyucuya sanki Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Hukuku ve Uluslararası Kuruluşlar tarafından son biçimini almış gibi takdim edilmesini doğrusu çok yadırgadım. Ayrıca Epilog kısmında örnek alındığı öne sürülen İsviçre Borçlar Yasasının tehlike sorumluluğuna ilişkin Projeden, kanunun gerekçe bölümünde nihai metin gibi söz edilmesini de çok yanlış buldum. Ortada daha kesinleşmiş bir madde metni olmadığı halde bunun aksini öne sürmek ne kadar etiğe uygundur, onun da tartışılmasını okucuya bırakıyorum.

Yine Adalet Komisyonu Raporunun 8 numaralı bildirisinin içinde yer alan bazı cümleler de dikkatimi çekmiştir. Örneğin, « *projedeki kimi maddelere karşı, bazı değerli üyelerin muhalefet şerhlerinin olması, daha mükemmeli bulma*

<sup>46</sup> *Akkayan-Yıldırım*, 211/212; *Kılıçoğlu*, 359; *Oğuzman/Öz*, 18 No.5; *Reisoğlu*, 199.

<sup>47</sup> *Reisoğlu*, 199/120.



*yolculuğunda önemli ve demokratik bir çaba olarak değerlerdirilmelidir ,..... burada hem yeni Tasarının öğrencileriyiz hem de yasama sorumluluğu içerisinde insan iradesinin anayasasını yapmak gibi tarihi önemli bir görevle, onurla karşı karşıyayız ».* Okuyucunun affına sığınarak burada ister istemez şu deyimini anımsadım « Bu kadar tevazuya gurur derler ! ».

Yeni Türk Borçlar Kanunu gerekçeler bakımından da eksiktir. Bunlar ya yoktur, ya da yetersizdirler. Kanunun genel gerekçe ve madde gerekçeleri kısımlarını incelersek, genel gerekçe başlığı altında yapılan açıklamalarda, «yeni hükümlere yer verilmesi bakımından» (esasa ilişkin değişiklikler ve yenilikler çerçevesinde) denilerek madde gerekçeleri türünden açıklamalar yapılmış ve tekrarlar yapılmıştır. Ayrıca ilgili hükmün gerekçelerini anlama neredeyse imkânsızlaşmıştır; hüküm değişiklikleri ve yeni hükümlerin kaynakları da açıklanmamıştır. Gerek genel gerekçe ve madde gerekçelerindeki açıklamalar sadece değişik sözcüklerle yapılan bir tekrardan ibaret kalmıştır<sup>48</sup>.

Borçlar Kanununun tehlike sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin *Widmer/Wessner* Ön Tasarısı ve bununla ilgili rapordan alınmış olduğunu zannediyorum. Ancak bununla ilgili en ufak bir bilgi genel gerekçede yer almamaktadır<sup>49</sup>.

Komisyon Raporunun 8 inci maddesinde yer alan sonucu benimsemek için ikna edici güçlü gerekçeler ve monografik nitelikte çalışmalardan da yararlanılmak gerekir<sup>50</sup>. Bu nedenle aşağıda 11 sıra numarası ile belirlenen kısımda Bayan *Eve MATRINGE*'nin çalışmasına yer verilmiştir.

Bütün bu nedenlere dayanarak değerli iki meslekdaşım, Prof.Dr.Cengiz KOŞ-HİSARLIOĞLU ve Yrd. Doç.Dr. Özlem ERİŞGİN'in yeni Borçlar Kanununun gerekçesiz olduğuna ilişkin görüşlerine<sup>51</sup> katılıyorum. Gerekçeler kanun maddelerini açıklayan ve öğretinin yorumuna yardımcı *gerekli bilgi kaynaklarıdır*; bir bakıma onlar kanunu canlı tutan hayat damarlarıdır.

Borçlar Kanunu madde 71 'in kenar başlığı « Tehlike Sorumluluğu ve denkleştirme » şeklinde kaleme alınmıştır. Bu başlık maddenin içeriği ile uyumsuz olmaktan öteye (denkleştirme) kavramı da yerinde kullanılmamıştır<sup>52</sup>. Bu terim kusura, hakkaniyet ve tehlikeden farklı bir sorumluluk ilkesi oluşturan fedakârlığın denkleştirilmesi kavramını çağırıştırır niteliktedir<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> *Koçhisarlioğlu/Erişgin*, Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında 'Haksız Fiiller', *Prof.Dr.Rona Serozan* Armağan, İstanbul, 2010, sah. 1245 vd.

<sup>49</sup> *Koçhisarlioğlu/Erişgin*, agm.sah.1247.

<sup>50</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *BAŞÖZ, L./ ÇAKMAKÇI, R.*,Yeni Türk Borçlar Kanunu, İstanbul, 2010,829.

<sup>51</sup> *Koçhisarlioğlu/Erişgin*, agm.sah.1249, Sonuç II.

<sup>52</sup> *Koçhisarlioğlu/Erişgin*, agm. sah.1265.

<sup>53</sup> *Koçhisarlioğlu/Erişgin*, agm.sah. 1265 dipn. 16'da belirtilen *Ulusan, İ.*,Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul, 1977.

Ülkemizde tehlike sorumluluğu ilkesinin yerleşmesi için gerekli koşulları incelerken aşağıdaki konuları dikkate almamız gerekecektir: Yabancı bir ülkeden aynen aktarılan metinlerde kanun koyucumuz tarafından yapılan değişikliklerin çoğunlukla olumlu sonuçlar vermediği yılların deneyimiyle sabittir. Bu makalenin yazarının İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 9; Türk Sevk ve İdare Derneğinde 12 ; Marmara Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesinde 21 ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 13, toplam 55 yıl süren akademik yaşantısı da yukarıdaki sonucu doğrulamaktadır.

Türkiyede tehlikeli işletmelerin doğurduğu sonuçları, sadece sorumluluk kurallarını geliştirmekle çözümlenimin mümkün olmadığı inancını taşıyorum. Sorumluluk esaslarını yeni bir yasayla çözümlenmeye kalkmak; sorumluluk sorununun ancak sınırlı bir kesimini oluşturur. Tıpkı suda yüzen buzdağının görünen kısmını bize yansıtır, ancak esas kütle suyun altında kalan kısımdır. Kanun metinlerini hazırlarken, birey hayatından daha önemli şeyler olmadığı inancından hareket edilmiştir.

## 11. Epilog

Tehlike sorumluluğu konusunda son olarak 27 Mart 2010 tarihinde Strasbourg Üniversitesinde Bayan *Eve MATRINGE* tarafından savunulan «*İsviçre Hukukunda Hukuki Sorumluluk Konusunda yapılan Reformun Fransız Hukuku için uygun bir Model oluşturması mümkün müdür?*» adlı doktora tezinden söz etmek isterim.

Profesör J.FLAUSS-DIEM'in başkanlığındaki tez jürisinde Raportör olarak Profesör M.-FFEUERBACH-STEINLE ve Profesör M.F.RANIERI, ayrıca Colmar istinaf yargı organı başkanı J.-P.EICHLER, Starsbourg Üniversitesi Profesörlerinden Bayan D. D'AMBRA ve Profesör M.F.WERRO görev yapmıştı.

Yeni Borçlar Kanunumuzun tehlike sorumluluğuna ilişkin hükmün İsviçre'den alındığı söylentilerine bir cevap olarak *konunun daha sonuçlanmadığını* belirtmek isterim. İsviçre'deki hükmün Fransız hukuku için uygun bir model olup olmadığı konusu bayan *Eve MATRINGE* tarafından ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir.

Ülkemizde karşılaştırmalı hukukçuların ilgi duyacağı bu doktora tezinin evvela kısaltmalarını ve sonra geniş kaynakçasını olduğu gibi aktarıyorum. Amacım okuyuculara, bir araştırma kaynağı olarak katkı sağlamaktır.

**KAYNAKÇA****GENEL ESERLER**

- ALLAND D. & RIALS S.**, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.  
Cité “nom de l’auteur de la rubrique, titre de la rubrique, Dictionnaire de la culture juridique”.
- AUBERT J.-L.** (dir.), *Répertoire de droit civil*, Dalloz, cité « *Enc. de droit civil* ».
- AUBRY & RAU**, *Cours de droit civil français*, 6e édition par E. BARTIN, Paris, éd. technique, cité « *Aubry et Rau*, vol. §. Et n° ».
- AUDIT B.**, *Droit international privé*, Economica, Paris, 4e édition, 2006.
- AUER A.** (dir.), *Droit constitutionnel suisse*, Staempfli, Berne, 2006 en deux volumes :  
– l’État,  
– les droits fondamentaux.
- AUSTIN J.**, *La philosophie du droit positif*, trad. française, avec une préf. et des notes, par G. HENRY, éd. A. Rousseau, Paris, 1894.
- De BÉCHILLON D.**, (dir.), *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, cité « *Encyclopédie Dalloz de contentieux administratif* ».
- BEIGNIER B.**, *Droit du contrat d’assurance*, PUF, Paris, 1999.
- BÉNABENT A.**, *Les obligations*, Montchrestien, Paris, 2005, 10e édition. Cité “BÉNABENT, *Les obligations*”.
- BEUDANT C.**, (dir.) *Cours de droit civil français*, Rousseau, Paris, 1936.
- BEUDANT C., BEUDANT R., LEREBOURS-PIGEONNIERE P., RODIERE R.**, *Cours de droit civil français*, 2e édition, Rousseau & Cie, Paris, 1952.
- BIGOT J.**, (dir.), *Droit des assurances*, LGDJ, Paris, 2002, tome 3 : *Le contrat d’assurance*.
- BREHM R.**, (dir.), *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht*, (Art. 41-61 OR), Staempfli, Berne, 3e éd., 2006.
- BRULHART V.**, *Droit des assurances privées*, Stämpfli, Berne, 2008.
- BRUN Ph.**, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec Lexisnexis, Paris, 2e éd. 2006.
- BOUT R.**, (dir.), *Lamy de droit économique* 2008.
- CADIET L. & JEULAND E.**, *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 5e édition, 2006.
- CARBONNIER J.**, *Les Biens, les obligations*, PUF, Paris, 2004, coll. *Quadrige*, vol.2.  
Cité “J. CARBONNIER, *Les obligations*”.
- CARPENTIER A. & FRÈREJOUAN DU SAINT G.**, *Répertoire général alphabétique du droit français*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1903 : Cité « *Répertoire général alphabétique du droit français, 1903* », tome 32 : *Quai — Responsabilité civile*.

- CHAPUS R.**, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, LGDJ, Paris, 1954.
- CORNU G.**, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2004, 6e édition. Cité « CORNU, *Vocabulaire juridique* ».
- DAVID R. & JAUFFRET-SPINOSI C.**, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 11e éd., 2002
- DELVINCOURT C. E.**, *Cours de Code Napoléon*, éd. P. GUEFFIER, 1813, Paris.
- DEMOGUE R.**, (dir.), *Code civil annoté*, Dalloz, Paris, 1938.
- DEMOLOMBE C.**, – *Cours de Code Napoléon*, tome 26, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, tome III, Imprimerie générale, Paris.
- *Cours de Code Napoléon*, tome 28, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, tome V, Imprimerie générale, Paris.
- *Cours de Code Napoléon*, tome 31, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, éd. A. LAHURE, Paris, 1882.
- DOMAT**, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, seconde édition, Paris, J. B. Coignard veuve & fils, M. DC. XCV
- DUEZ P.**, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz, Paris, 1938, 2e édition.
- DURANTON M.**, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4e édition, Thorel & Guilbert, Paris, 1844. (GALLICA)
- ENGEL P.**,
- *Traité des obligations en droit suisse*, éd. Ides & Calendes, Neuchâtel, 1973.
- *Traité des obligations en droit suisse (dispositions générales du CO)*, 2e éd., Staempfli, 1997.
- FABRE-MAGNAN M.**, *Les obligations*, PUF, Paris, 2004, coll. Themis, droit privé. Cité “FABRE-MAGNAN, *Les obligations*”.
- FENET P.-A.**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, éd. Videcoq, Paris, 1836, 15 volumes. Cité « FENET, tome X, p. X ».
- GHESTIN J., BILLIAU M., LOISEAU G.**, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, Paris, 2005. Cité « J. GHESTIN, M. BILLIAU,
- GRIOLET G. & VERGÉ C.** (dir.), *Supplément au répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence de MM. Dalloz*, Librairie générale de jurisprudence, Paris, 1895.
- GUINCHARD S.** (Dir.), *Droit processuel*, Précis Dalloz, 3e édition, 2005.
- HART H. L. A.**, *Le concept de droit*, trad. de l'anglais par M. van de Kerchove, traduit de *The concept of law*, éd. Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 4e éd., 1994, Collection Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

- JOSSERAND L.**, *Cours de droit civil positif français, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1930, spéc. Tome 2, Théorie générale des obligations.*
- KULLMANN J.** (dir.), *Lamy assurances 2008 (Contrat d'assurance, Assurances de dommages, Assurances de personnes, Intermédiaires d'assurance).*
- LALOU H. & AZARD P.**, *Traité pratique de la responsabilité civile, 6e édition, Dalloz, Paris, 1962.*
- LAMBERT-FAIVRE Y. & LEVENEUR L.**, *Droit des assurances, Dalloz, Paris, 12e éd. 2005.*
- LAMBERT-FAIVRE Y. & PORCHY-SIMON S.**, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, Dalloz, Paris, 6e éd. 2008.*
- LE BAR T.**, *Droit judiciaire privé, Montchrestien, Paris, 3e édition, 2006.*
- LEGEAIS R.**, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative. Lexisnexis, Paris, 2e éd. 2008.*
- LE ROY Y. & SCHOENENBERGER M.-B.**, *Introduction générale au droit suisse, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002.*
- LE TOURNEAU Ph.**, *Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action 2006-2007, 6e éd. 2006. Cité «Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité ».*
- LEWALLE P.**, *Contentieux administratif (belge), Larcier, Bruxelles, 2e édition 2004/2018.*
- LOCRE J.-G.**, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, TREUTTEL & WÜRTZ, Paris, 1828. Cité « LOCRE, La législation civile, tome X, p. X ».*
- MALAURIE Ph., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph.**, *Les obligations, 2e édition, Defrenois, 2005. Cité*
- MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Régime de la réparation, action en réparation, prescription, JCL responsabilité civile et assurance, fasc. 222, avril 2000.*
- MAZEAUD H., MAZEAUD L., TUNC A.**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Montchrestien, Paris, 1957, 5e éd. Cité « MAZEAUD, MAZEAUD, TUNC, Traité ».*
- MERLIN P.-A.** (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 4e éd., éditeur Garnery, Paris, 1812-1825, 17 volumes.*
- MOURLON F.** *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, A. MARESCQ & E. DUJARDIN, libraires éditeurs, Paris, 1854, 2e édition.*
- NAZ R.** (dir.), *Dictionnaire de droit canonique, Librairie Letouzey et Ané, 1965.*
- OFTINGER K., STARK E. W.**, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, vol. 1, Polygraphischer Verlag, Zurich, 5e éd., 1995.*

- PLANIOL**, *Traité élémentaire de droit civil, tome 2, 11e éd., Paris, LGDJ, 1931.*
- PLANIOL, RIPERT, ESMEIN**, *Traité de droit civil français, LGDJ, 1952, 2e édition, tome 6, les obligations. Cité « PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, Les obligations, 1952 ».*
- POTHIER R.-J.** : *OEuvres de Pothier en 18 volumes, M. Siffrein (éd. sc.), éd. Chanson & Videcoq, Paris, 1821-1824.*
- RANIERI F.**, *Europäisches Obligationenrecht, Springer Verlag, Wien, New York, 3e éd., 2009.*
- RAVARANI G.**, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques, Pasicrisie luxembourgeoise, Luxembourg, 2006, 2e édition.*
- ROBERT J.-H.**, *Droit pénal général, 6e édition, coll. Thémis, PUF, 2005.*
- ROBERTO V.**, *Schadensrecht, Basel & Frankfurt am Main, Helbing et Lichtenhahn, 1997.*
- ROLAND H., BOYER L.**, *Adages du droit français, LITEC, 1999, 4e édition.*
- SAVATIER R.**, *Traité de la responsabilité civile en droit français, 2e édition, LGDJ, Paris, 1951.*
- SCHWENZER I.**, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 5e éd., Staempfli, Berne, 2009.*
- SCYBOZ G., P.-R. GILLIÉRON, SCYBOZ P.**, *Code civil suisse et code des obligations annotés, 7e éd., Payot & Helbing & Lichtenhahn, Lausanne, 2004.*
- SÉRIAUX A.**, *Manuel de droit des obligations, PUF, 2006. Cité "SÉRIAUX, Les obligations".*
- SOURDAT A.**, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats,*  
 – 1re éd., De Cosse, Paris, 1852,  
 – 2e éd. De Cosse, Marchal et Billard, Paris, 1872.
- STAEHELIN A., STAEHELIN D., GROLIMUND P.**, *Zivilprozessrecht, Schulthess, 2008.*
- STARCK B., BOYER L., ROLAND H.**, *Obligations. Responsabilité délictuelle, 5 éd. Litec, 1996.*
- STRICKLER Y.**, *Procédure civile, éd. Paradigme, Orléans, 2e éd., 2008.*
- TERCIER P.**, *Précis de droit des obligations, 4e éd., Schulthess, Zurich, 2009.*
- TERRE, SIMLER, LEQUETTE**, *Les obligations, Dalloz, Paris, 9e éd. 2005. Cité "TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Les obligations, 2005".*
- THEVENOZ L. & WERRO F. (dir.)**, *Commentaire romand Code des obligations, vol. I, Code des obligations art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur le voyage à forfait, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 2003.*

**TRUCHET D.,**

- *Droit administratif*, PUF, Paris, 2008.
- *Dictionnaire de la Justice*, PUF, Paris, 2004.

**VINEY G. & JOURDAIN P.,**

- *Les conditions de la responsabilité*, *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3e éd., LGDJ, Paris, 2006. Cité « G. VINEY, P. JOURDAIN, *Conditions de la responsabilité* ».
- *Les effets de la responsabilité civile*, *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 2e édition, LGDJ, Paris, 2001. Cité « G. ».

**VINEY, P. JOURDAIN**, *Les effets de la responsabilité civile* ».**VINEY G.**, *Introduction à la responsabilité civile*, *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, LGDJ, Paris, 1995. Cité « VINEY Introduction ».**WERRO F.**, *La responsabilité civile*, *Staempfli*, Berne, 2005. Cité « F. WERRO, *La responsabilité civile* ».**MONOGRAFİLER****BANDRAC M.**, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris, *Économica*, 1986.**BRUSCHI M.**, *La prescription en droit de la responsabilité civile*, *Économica*, Paris, 1997.**CARTIER M.**, *Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR*, thèse sous la dir. de A. KELLER & M. MÜLLER-CHEN, Saint-Gallen, 2007, *Digiprint*, Eschen, 2007.**CARVAL S.**

- *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995.
- *La construction de la responsabilité civile*, PUF, Paris, 2001.

**CASSON Ph.**, *Les fonds de garantie. Accidents de la circulation et de chasse, infractions pénales, actes de terrorisme et contamination par le VIH*, LGDJ, Paris, 1999.**CHAPUS R.**, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, thèse, M. WALINE (dir.) LGDJ, Paris, 1954.**CHARTIER Y.**, *La réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, 1983.**CHEVALIER P.**, *De la responsabilité civile du fait d'autrui*, thèse, Paris, 1897, dir. L. MICHEL, éd. MARCHAL & BILLARD, *Imprimerie & librairie générale de jurisprudence*, Paris, 1897.**COSENTINI F.**, *Code international des obligations*, *Institut américain de droit et de législation comparée. Etudes et documents, série française, n°9*, Paris, 1937, *lib. Marchal et Billiard*.

- DEBETA.**, *L'influence de la CEDH sur le droit civil*, Thèse Paris II, 2001, éd. Dalloz, Paris, 2001, *Nouvelle bibliothèque des thèses*, vol. 15.
- DEGUERGUE M.**, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, Paris, 1994, *Bibliothèque de droit public*, tome 171.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F.**, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, Paris, 1977, *bibliothèque de droit privé*, tome 151.
- DELCO F.**, *Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden*, thèse, H. REY (dir.), Schulthess, Zürich, 2000.
- DEMAREZ J.**, *L'indemnisation du dommage occasionné par un groupe inconnu d'un groupe déterminé*, thèse, Paris, LGDJ, 1967.
- DESCAMPS O.-Ch.**, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, Paris 2001, LGDJ, 2005.
- DRAKIDES Ph.**, *Du principe en vertu duquel la solidarité ne se présume pas*, Thèse, Paris, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1939.
- DUEZ P.**, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz, Paris, 1938, 2e éd.
- FINES F.**, *Etude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne. De la références aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, thèse, LGDJ, Paris, 1990.
- FROSSARD J.**, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, thèse, LGDJ, Paris, 1965.
- GABRIEL B.**, *Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschaden*, Freiburg im Sch., 1987, polycopié.
- GENY F.**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique. Préf. R. SALEILLE*, 2e éd. LGDJ, Paris, 1954, deux tomes.
- GUEGAN-LECUYER A.**, *Dommages de masse et responsabilité civile*, thèse, LGDJ, Paris, 2006, coll. *Bibliothèque de droit privé*, tome 472.
- KESSLER F. J.**, *Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht*, thèse, Schulthess, Zurich, 2000.
- KUONEN N.**, *La responsabilité précontractuelle*, Schulthess, Zurich, 2007, *Collection Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg* n°260.
- LACROIX C.**, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, thèse, Université de Haute Alsace, 2005, LGDJ, Paris, 2008.
- LE TOURNEAU Ph.**, *La responsabilité civile*, 3e édition, Dalloz, 1982.
- MICHEL E.-A.-M.**, *Histoire de la propriété*, thèse, Caen, 1884, éd. E. VALIN, Caen, 1884.



- MISTELI Chr.**, *La responsabilité pour le dommage purement économique, thèse Lausanne, Schulthess, Zurich, 1999.*
- NICOD J. A.**, *Le concept d'illicéité civile à la lumière des doctrines française et suisse, thèse, Lausanne, 1988.*
- PALLARD R.**, *L'exception de nécessité en droit civil, thèse, préf. R. SAVATIER, LGDJ, Paris, 1949.*
- PIROVANO A.**, *Faute civile et faute pénale. Essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code civil et la faute des articles 319-320 du Code pénal, thèse, Nice, 1964, LGDJ, 1966.*
- PUECH M.**, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, thèse, Strasbourg, 1971, LGDJ, Paris, 1973.*
- RIPERT G.**, *La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, Paris, 1949, 4e éd.*
- ROBERTO V.**, *Schadensrecht, Helbing & Lichtenhahn, Bâle & Francfort, 1997.*
- ROBIN M.-M.**, *Le monde selon Monsanto, La Découverte, Paris, 2008.*
- SAVATIER R.**, *L'art de faire les lois. Bonaparte et le Code civil, Dalloz, Paris, 1927.*
- SCHAMPS G.**, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, thèse Louvain, éd. Bruylant & LGDJ, Bruxelles et Paris, 1998.*
- STARCK B.**, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse, Paris, 28 avril 1947, éd. L. RODSTEIN, Paris, 1947.*
- TERCIER P.**
- *Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, thèse Fribourg, éditions universitaires, 1971.*
  - *Le nouveau droit de la personnalité, Schulthess, Zurich, 1984.*
- TOULEMON A. & MOORE J.**, *Le préjudice corporel et moral en droit commun, Sirey, 1955.*
- TUNC A.**, *La responsabilité civile, Economica, Paris, 1989, 2e édition.*
- VALSANESCO V. R.**, *La solidarité au cas de faute commune, Thèse, Paris, LGDJ, Paris, 1931.*
- WINIGER B.**, *La responsabilité aquilienne romaine, thèse, Genève, éd. Helbing & Lichtenhahn, coll. Genevoise, Droit et Histoire, Bâle, Francfort, 1997.*
- WYLER E.**, *L'illicite et la condition des personnes privées. La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la convention européenne des droits de l'Homme, thèse, Neuchâtel, éd. Pedone, 1995.*
- RESMÎ RAPORLAR, YASAYLA İLGİLİ ÇALIŞMALAR, YASA METİNLERİ**
- MUNZINGER W.**, *Motifs du projet de code de commerce suisse, trad. M. DUFRAISSE, Zurich, Imprimerie Zurcher & Furrer, 1865. Le texte de ce projet est également publié dans l'ouvrage de U.*

*FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, éd. P. Haupt, Berne, 2000. Projet du Conseil fédéral, juillet 1877.*

*Troisième projet présenté aux chambres fédérales avec un message du conseil fédéral daté du 27 novembre 1879, FF. du 17 janvier 1980, p. 115-189.*

*Rapport de la commission du conseil des états chargée d'examiner le projet de loi fédérale sur les obligations et le droit commercial du 31 mai 1880, FF. du 12 juin 1880, p. 139 et s.*

*Rapport de la commission du conseil national sur le projet de code suisse des obligations et de commerce, novembre 1880, FF. du 12 février 1881, Vol. I, p. 195 et s.*

*Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, FF. du 18 juin 1881, p. 73 et s.*

*Message du Conseil fédéral à la Haute Assemblée fédérale concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial en date du 27 novembre 1879, FF. 17 janvier 1889.*

*Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, RO 170. 32*

*Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil suisse (protection de la personnalité, article 28 du CCS et article 49 du COS) du 5 mai 1982, FF. 1982. II. 661 et s.*

*Loi fédérale du 16 décembre 1983, RO 1984, p. 778 et s., FF. 1982. II. 661 et s.*

*Directive CE n°85-374 du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JOCE 1985 L. 210/29 et s.*

*Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (LRFP), RS 221. 112. 944. Entrée en vigueur le 1er janvier 1994.*

*Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre, FF 1997.*

*Rapport explicatif du projet de réforme de droit de la responsabilité civile, P. WIDMER, P. WESSNER, Berne, 2000. Cité « REAP ».*

*Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), RS 830. 1. Entrée en vigueur le 1er janvier 2003.*

*Rapport sur l'indemnisation du préjudice corporel, sous la dir. de Y. LAMBERT-FAIVRE, juin 2003.:*

*<http://admin.net6.fr/datas/inavem/fichier/Cnav03damagecorporel.pdf> Cité « Rapport Lambert-Faivre ».*

*La responsabilité civile en Europe. Avant-projet de rapport de H. KOZIOL et A. WEIß, Comité européen de coopération juridique, Strasbourg, 26 novembre 2003,*

*Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès, Rapport MAGENDIE (dir.), 15 juin 2004.*

*Les revirements de jurisprudence, rapport remis au Premier président de la Cour de cassation, N. MOLFESSIS (dir.), 30 novembre 2004, éd. Litec – Lexisnexus, Paris, 2005.*

*Loi fédérale sur le contrat d'assurance, RS. 221. 229. 1, modifiée par la loi fédérale du 17 décembre 2004 (RO.2005.5245),*

*Message du Conseil fédéral du 9 mai 2003, FF. 2003. 3353.*

*Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, sous la dir. de J. -P. DINTILHAC,*

*Juillet 2005. Accessible sur internet à l'adresse suivante :*

**P. CATALA (dir.),** *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005. Le rapport est accessible en ligne sur le site de la documentation française. Cité « rapport CATALA » ou « projet de réforme français ».*

*Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse.*

*Rapport sur la proposition de loi portant réforme de la prescription civile, L. BÉTEILLE, Sénat, no83 (2007-2008).*

*Guide de législation ou guide pour l'élaboration de la législation fédérale, Office fédéral de la justice, Berne, 3e éd. 2007 :*

*Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur le projet de réforme de réforme du droit des obligations et de la prescription, P. SARGOS (prés.), 15 juin 2007, accessible sur le site de la Cour de cassation :ml .*

*Réforme de la prescription civile, mai 2008, Assemblée nationale, 13e législature, Rapport no847, E. BLESSIG, commission des lois, consultable sur le site de l'Assemblée nationale.*

*Loi no2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF du 18 juin 2008.*

## MAKALELER

(Notlar, açıklamalar, gözlemler, raporlar, görüşler ve sonuçlar)

### **ABRAVANEL-JOLLY S.,**

– *Recours du FGAOD contre le responsable d'un accident de la circulation, JCP. 2009. EG. , n°25.*

– *Enc. Dalloz de droit civil, Fonds de garantie - mars 2006 (à jour : juin 2010).*

**ADIDA-CANAC H.,** *rapport sur Cass. civ. 2e, 20 janvier 2009, n°07-20878, Bull. n°26.*

- AGARD M.-A.**, *Ne t'aide pas, le ciel t'aidera quand même !*, RCEA. 2004, *chron.* 2, p. 6-7.
- AGOSTINI F.**, *Les droits de la partie civile dans le procès pénal, rapport annuel de la Cour de cassation*, 2000.
- AKANDJI-KOMBE J.-F.** ,
- *QPC versus question préjudicielle à la CJUE : à qui la priorité ?* JCP. EG. 2010, 563.
  - *Le juge (du fond), les parties et la question prioritaire de constitutionnalité. Stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, D. 2010, p. 1725 et s.
- ALDIGES C.**, *rapport sur Cass. civ. 2e, 13 septembre 2007, no06-16868*.
- ALLAND D.**, *Observations sur le devoir international de protection de l'individu, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 13-30.
- ALT-MAES F.**, *La garde, fondement de la responsabilité du fait du mineur : JCP. 1998. EG. I. 1154*.
- AMBROISE-CASTÉROT C.**, *Action civile, Enc. Dalloz Pénal, juin 2002*.
- AMZALAC V.**, *La sauvegarde par les juridictions pénales des droits des caisses de sécurité sociale, non parties au procès, lorsque l'infraction n'est pas liée à un accident du travail ou de trajet*, JCP. EG. 1969. I. 2289 bis.
- ANCEL F.**, *La loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription, GP. 12 juillet 2008, n°194, p. 2 et s.*
- ANCEL P.**, *Retour sur l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006, à la lumière du droit comparé, Etudes offertes à G.VINEY, Liber amicorum, LGDJ, Paris, 2008, p. 23-37*.
- ANCEL P. & FAUVARQUE-COSSON B.**, *Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive*, RDC. 2004, p. 801 et s.
- ANDRE C.**, *L'obligation de minorer le dommage en droit interne*, D. 2002, p. 307 et s.
- ARHAB F.**, *Les nouveaux territoires de la faute*, RCEA. 2003, p. 43-55.
- ASSIE F.**, *rapport, RJDA. 2007/1, p. 3 et s.*
- ATIAS Chr.**, *La constitution des actes juridiques*, D. 2008. 743.
- AUBERT J.-L.**,
- *La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ?* RJDA. 2004/4, p. 355-359.
  - *Obs. sous Ass. pl. 19 mai 1988, Defr. 1988, p. 1097*.
- AUBY J.-B. & MOREAU J.**, *Responsabilité administrative. Définitions. Principes. Orientation*, JCP Administratif, fasc. 801, (août 2000).

- AUQUE F.**, *L'inexécution du bail commercial ne peut nuire au locataire-gérant*, JCP. EE. 2007. 1000, n°1, p. 11-13.
- AVENA-ROBARDET V.**, *Avocat aux Conseils : défaut de paiement et responsabilité professionnelle*, D. 2007, p. 1433-1434.
- AYDALOT**, *avis sur Ch. réunies, 25 novembre 1964*, D. 1964, juris. p. 733-738.
- AYNÈS L. & HONTEBEYRIE A.**, *Pour une réforme du Code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire*, D. 2006. 328.
- AYNES L. & STOFFEL-MUNCK Ph.**, *Le retour à la condition d'imprévisibilité pour caractériser la force majeure contractuelle*, Droit et Patrimoine 2006, n°152, p. 99-101.
- BACACHE M.**, *Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 3 mai 2006, Monsieur X. contre Établissement français du sang (EFS)*, GP. 8 décembre 2006, no342, p. 39-43.
- BACH L.**, *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*, RTDciv. 1977, p. 17-53 et p. 221-242.
- BAKOUICHE D.**,
- *Etendue de la responsabilité de plein droit du garagiste réparateur*, Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale, 17/04/2008, n°301.
  - *La transmission aux héritiers du préjudice subi par leur auteur*, Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale, 29/05/2008, no06.
  - *La prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil n'est pas applicable à l'action en nullité pour dol*, Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale, 09/02/2006, n°201.
- BARBIERI J.-F.**, *Un syndicat professionnel n'est pas responsable de plein droit des dégradations commises par ses adhérents lors d'une manifestation*, LPA 23 janvier 2007, no17, p. 11-15.
- BAUERREIS J.**, *Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats*, RCDIP. 2000, p. 331-355.
- BAUMANN M.**, *Treu und Glauben — eine neue alte Verpflichtungsgrundlage, in Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, (dir.) P. GAUCH & J. SCHMID, Zürich, 2001, p. 11-19.*
- BEAUGENDRE S.**,
- *Fonds de garantie : transaction avec l'assureur d'une victime*, D. 2009, p. 1607.
  - *Voile sur la force majeure, note sous Cass. civ. 2e, 5 février 2004, no02-15206, D. 2004, p. 2520-2523.*
- BECQUÉ E.**, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution à l'étude du droit comparé des obligations*, RTDciv. 1914, p. 251-320.

**BÉHAR-TOUCHAIS M.** *Foisonnement des délais*, in *Les désordres de la prescription*, PU Rouen, 2000, Dir. P. COURBE, p. 7 et s.

**BÉNABENT A.**

– *Defr.* 2005, n°20, p. 1642-1644.

– *Le chaos du droit de la prescription extinctive* Mélanges L. BOYER, PU. Toulouse, 1996, p. 123 et s.

**BERG O.**, *L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française*, RTDciv. 2006, p. 53-62.

**BERNARD V.**, *La « mitigation of damages » ou l'obligation de minimiser son propre dommage*, note de recherche du SDE, cellule chargée du suivi du contentieux de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation.

**BESSON A.**,

– *Le code des assurances*, RGAT. 1976, p. 465.

– *Note sous CA Paris*, 14 Mars 1930, D. 1930 p. 115-120.

**BILLARD J.-N.**, *L'exigence de transgression d'une norme protectrice des particuliers — principe énigmatique du droit de la responsabilité extra-contractuelle des Communautés européennes*, Mélanges B. JEANNEAU, Dalloz, Paris, 2002, p. 625- 649.

**BILLIAU M.**,

– *Note sous Ass. pl.* 6 octobre 2006, JCP. 2006. EG. II. 10181.

– *Note sous Ass. pl.* 14 décembre 2001, Cousin, JCP. 2002. EG. II. 10026.

– *Note sous Ass. pl.* 25 février 2000, Costedoat, JCP. EG. 2000. II. 10295.

**BINET J.-R.**, *Renonciation à succession : l'action en nullité pour dol est soumise au seul délai de prescription de l'article 1304*, *Revue Droit de la famille* 2006/4, p. 26-27.

**BLOCH L.**,

– *Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle?* RCEA. 2006/11, étude 17.

– *Force majeure : le calme après l'ouragan ?*, RCEA. 2006/6, étude 8, p. 5-8.

**BOCCARA B.**, *obs. sous CE*, Section, 4 juillet 1969, *Ordre des avocats près la Cour d'appel de Paris et autres*, JCP. EG. II. 1969. 16126.

**BOISSARD S.**, *Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'auto-rité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif*, in *Le principe de sécurité juridique*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°11, 2001, p. 105-123.

**BON P.-A.**, *Prescriptions en conflit*, LPA. 3 octobre 2006, n°197, p. 16-22.

**BON P.**, *La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009*, RFDA. 2009, p. 1107 et s.

**BONHOMME M.**, *avocat général, avis sur Cass. com. 4 mars 2008, no07-11790.*

**BONNEAU T.**, *Application de la loi dans le temps*, JCL civil, art. 2, fasc. 20.

**BORGHETTI J.-S.**, *Le dommage réparable en matière de responsabilité du fait des produits*, RDC. 2006, p. 1239 et s., notes sous Cass. civ. 1re, 3 mai 2006, no04-10994.

**BORÉ J.**,

– Note sous Ass. pl. 19 juin 1981, GP. 1981, II. 259.

– *La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation « in solidum »*, JCP. EG. 1971. 2369.

– *Le recours entre coobligés in solidum*, JCP. EG. 1967. 2126.

**BOULOC B.**,

– *Action civile pour abus de biens sociaux après décès du prévenu. Note sous Cour de cassation (crim.) 25 octobre 2006, Arnaud Lagardère et autres, Revue des sociétés 2007, p. 146.*

– *Abus de biens sociaux. Décès du délinquant. Survie de l'action civile*, RTDcom. 2007, p. 463.

– *Le créancier et l'abus de biens sociaux*, Revue des sociétés 1993 p. 433.

**BOURGAULT-COUDEVILLE D.**, *Conditions de recevabilité de l'action civile ouverte aux héritiers de la victime d'infraction*, Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale, 18 septembre 2008, n°318.

**BOURREL A.**, *Le Conseil d'Etat et la transmission aux héritiers du droit à réparation des préjudices personnels de la victime*, D. 2000, p. 563.

**BOURRIÉ-QUENILLET M.**, *Le préjudice moral des proches d'une victime blessée. Dérive litigieuse ou prix du désespoir*, JCP. EG. 1998. I. 186.

**BOUT R.**, note sous Cass. civ. 1re, 22 avril 1992, CRAMA du bassin de l'Adour cl Drouot assurances, RGAT. 1992. 161.

**BOYER A.**, *Mitigation ou la victime soumise à "la question"*, Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 22 janvier 2009, pourvoi numéro 07-20.878 et pourvoi numéro 08-10.392, GP. 10 juillet 2009, n°191-192, p. 6-9.

**BREEN E.**, *Compétence administrative ou judiciaire – bases de répartition*. JCL administratif, fasc. 1045.

**BREHM R.**, *Einige herausfordernde Gedanken zu den Grenzen des Schadenersatzrechts*, ZBJV. 2006/4, p. 325-337.

**BRUN Ph.**,

– & **L. CLERC-RENAUD**, *Énergie nucléaire*, Enc. civ. Dalloz, (mars 2010).

- & **GOUT O.**, *chron. Responsabilité civile (juillet 2008 - septembre 2009)*, D. 2010, p. 49.
- & **JOURDAIN P.**, *chron. de responsabilité civile*, D. 2006, p. 1933.
- *La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute*, RCEA. 2003/6, p. 37-42.
- BRUSORIO-AILLAUD M.**, *Evaluation du préjudice économique consécutif à l'arrêt de travail d'un restaurateur*, RCEA. 2009/4, p. 14-16.
- BUCHER E.**, *Der Einfluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht, in Das Obligationenrecht (1883-1983)*, dir.
- P. CARONI**, éd. *Paul Haupt, Bern et Stuttgart*, 1984, p. 139 et s.
- CABANNES J.**,
  - *Avis sur Ass. pl. 9 mai 1984*, D. 1984, p. 525.
  - *Avis sur Ass. pl. 19 juin 1981*, D. 1982, p. 85-89.
- CALAIS-AULOY M.-T.**, *Le droit à l'occidentale*, D. 1989, p. 55-60.
- CALMES S.**, *Les différentes facettes du principe de sécurité juridique*, in *l'État de droit*, PPS. 2004, p. 35-37.
- CANIVET G.**, – *Activisme judiciaire et prudence interprétative*, in *la création du droit par le juge*, APD. 2007, tome 50, Dalloz.
- *Du principe d'efficience en droit judiciaire privé*, *Mélanges P. DRAI, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, p. 243-252.
- CARBONNIER J.** *Notes sur la prescription extinctive*, RTDciv. 1952, p. 171-181.
- CARIO R.**, *Les modifications conventionnelles de la prescription*, LPA. 6 nov. 1998, no133, p. 9 et s.
- CARDASCIA G.**, *Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain*, in *La responsabilité à travers les âges*, *Economica*, Paris, 1989, p. 1-45.
- CARVAL S.**,
  - *L'obligation de résultat n'emporte pas présomption de causalité entre la faute et le dommage*, note sous *Cour de cassation, première Chambre civile, 28 mars 2008*, pourvoi numéro 06-18.350, RDC. 2008/3, p. 757-759.
  - *Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 6 octobre 2006*, pourvoi numéro 05-13.255, RDC. 2007, p. 279-286.
  - *Recours du commettant contre son préposé : action propre ou subrogatoire ; Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 20 décembre 2007*, pourvoi numéro 07-13.403, RDC. 2008/3, p. 747-749.
  - *Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 3 mai 2006*, pourvoi numéro 05-10.411 RDC. 2006/4, p. 1228-1230.
- CASEY J.**, *Option successorale et dol : la prescription quinquennale chasse la trentenaire*, RJPF. 2006/5, p. 27-29.



**CASTETS-RENARD C.**, *La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable*, JCP. EG. 2003. II. 10170.

**CHABAS F. & GRÉAU F.**, *Force majeure*, Répertoire civil, avril 2007.

**CHABAS F.**,

– Note sous Cass. civ. 2e, 3 juin 2004, *Droit et patrimoine* 2005, n°133, p. 93-94.

– Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, *Droit et Patrimoine* 2003 no120, p. 83.

– *Sources et droit privé général, responsabilité et assurances*, *Droit et Patrimoine* 2000, no78, p. 87-89.

– Note sous Ass. pl. 29 mars 1991, *BLIECK*, n°89-15231, *GP* 1992. II, p. 513 et s.

– *La perte de chance en droit français*, in O. GUILLOD (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile, colloque international de Genève, 1990*, *Zurich* 1991 p. 131-143.

– Note sous Ass. pl. 9 mai 1984, *D.* 1984, p. 525.

– Note sous Ass. pl. 19 juin 1981, *D.* 1982, *jurisp.* p. 85 et s.

– *Fait ou faute de la victime*, *D.* 1973, p. 207-210.

– *Remarques sur l'obligation in solidum*, *RTDciv.* 1967, p. 311-338.

**CHAPPUIS B.**, *La notion d'illicéité civile à la lumière de l'illicéité pénale. Réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence*, *SJ.* 2000. II. 304.

**CHAPPUIS Chr.**, *Les règles de la bonne foi entre contrat et délit*, *Mélanges B. SCHMIDLIN, Pacte, convention, contrat : mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, Helbing & Lichtenhahn, Bâle & Francfort sur le Main*, 1998, p. 227-248.

**CHAPUS R.**, *Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics*, in *Mélanges offerts à M. WALINE*, LGDJ, Paris, 1974, tome 1, p. 307-322.

**CHARTIER Y.**, *De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation*, *Mélanges P. DRAI, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, p. 269-284.

**CHATTELEYN D. & LOYER Ph.**, *Distraction à nos dépens*, *D.* 2002, p. 218

**CHAUVAUX D.**, *La transmission du droit à réparation d'un préjudice aux héritiers de la victime, conclusions sur CE section, 29 mars 2000, Assistance publique Hôpitaux de Paris c/ Consorts Jacquié*, *RFDA.* 2000. 850.

**CHAZAL J.-P.**, *L'« ultra-indemnisation » : une réparation au-delà des préjudices directs*, *D.* 2003, p. 2326 et s.

**CHEVALLIER J.**, *Du principe de séparation au principe de dualité*, *RFDA.* 1990, p. 712 et s.

- CHEVRIER E.**, *L'effet interruptif de la prescription attaché à la compensation*, D. 2005. 1024.
- CODERCH P. S.**, *Punitive Damages and continental Law*, ZeuP. 2001, p. 604-616.
- COHEN-JONATHAN G.**, *Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la convention européenne des droits de l'Homme*, Mélanges P. LAMBERT, *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 109-140.
- COLINA A.**, *rapport sur Civ. 14 juin 1926*, DP. 1927. 57.
- COSTA J.-P.**, *Les droits et obligations de caractère civil selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Mélanges P. JULIEN, *La justice civile au XXIe siècle*, N. Fricero, G. Taormina, M. Zavarro (dir.), éd. EDILAIX, Aix en Provence, 2003, p. 103-113.
- COTE N.**, *Article 1384 alinéa 1er du Code civil : confirmation de l'exigence du fait fautif d'autrui : unité ou dualité de régime ?* LPA, 3 janvier 2005, p. 14-18.
- COURBE P.**, *La prescription en droit international privé*, in *Les désordres de la prescription extinctive*, (Dir.) P. COURBE, PU Rouen, 2000, p. 67 et s.
- COURT DE FONTMICHEL A.**, *La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français*, Rev.dr. unif. 2005/4, p. 737-758.
- COUTRON L.**, *Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM*, RFDA. 2009/2, p. 329-342.
- CRETON**, *rapport sur Cass. civ. 1re, 18 septembre 2008*, n°06-17859.
- CROZE H.**,
- *La question prioritaire de constitutionnalité*, Procédures 2010/2, étude p. 7-13.
  - *La circonstance qu'une créance de nature commerciale soit constatée par acte notarié ne modifie pas la durée de la prescription*, JCP. 2006. EG. II. 10129.
- CUNHA V.**, *Créances de telecoms : attention à la prescription ! Ou de la procédure civile à grande vitesse*. GP. 13-15 août 2006, p. 2-3.
- DAGORNE-LABBE Y.**,
- *La prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil n'exclut pas la prescription quinquennale de l'article 1304 du même Code*, LPA. 11 août 2006, n°160, p. 9-11.
  - *Existe-t-il une obligation pour les victimes de limiter leur préjudice ?* LPA, 31 décembre 2003, n°261, p. 17 et s.
- DAMAS N.**, *Responsabilité du débiteur contractuel envers les tiers*, AJDI. 2007, p. 295.
- DE BECHILLON D.**, *Libres propos*, JCP. EG. 2010, supra act. 550.

**DE CONINCK B.**, *Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles*, in *Le processus de formation du contrat*, M. FONTAINE (dir.), Bruylant & LGDJ, Bruxelles & Paris, 2002, p. 17 et s.

**DE FONTBRESSIN P.**, *Un pacificateur par le droit*, Mélanges P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, p. 47-52.

**DE GOUTTE R.**,

– Avis sur Ass. pl. 29 mai 2009, GP. 28 juin 2009, n°179-181, p. 8-16.

– Avis sur Ass. pl. 14 avril 2006, GP du 9 juillet 2006, n°190, p. 7-16 ; BICC, n°643.

– Avis sur Ass. pl. 14 décembre 2001, BICC n°551, p. 1-4.

**DEJEAN DE LA BÂTIE N.**, note sur Ass. pl. 9 mai 1984, JCP. 1984. EG. II. 20255.

**DE LA VAISSIERE F.**, *Nullité d'un congé pour vendre prématuré*, AJDI. 2006, p. 641.

**DENOIX DE SAINT MARC S.**, *La responsabilité des clubs de rugby fondée sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil : le maintien d'une solution contestable*, D. 2000, p. 862 et s.

**DEPADT-SEBAG V.**, *La distinction entre la responsabilité contractuelle et délictuelle: une nouvelle étape*, LPA. du 16 mai 2007, n°98, p. 16-21.

**DEPREZ J.**, *À propos du rapport annuel de la Cour de cassation. « Sois juge et tais-toi ».* (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité). RTDciv. 1978, p. 503-534.

**DEROUSSIN D.**, *Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités*, RHDFE. 2004, p. 189-222.

**DESCHENAUX H.**, *Norme et causalité en responsabilité civile, Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse, Mélanges offert au Tribunal fédéral suisse*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1975, p. 399-430.

**DINTILHAC J.-P.**, *La vérité de chose jugée*, in le rapport annuel de la Cour de cassation, 2004, *La Vérité*, p. 49-57.

**DION-LOYE S.**, *Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité*, LPA. 29 juillet 1992, n°91, p.11-19.

**DOMINGO M.**,

– Avis sur Cour de cassation, 16 avril 2010, Aziz Melki et Sélim Abdeli, no10-40.001 et 10-40.002, RFDA. 2010, p. 445 et s.

– Rapport sur Cass. civ. 1re, 13 mars 2008, no05-11800, 05-12551, 06-12307.

**DONTENVILLE D.-H.**, *concl. sur Ass. pl. 29 mars 1991*, BLIECK, JCP. 1991. EG. 1991. II. 21673.

**DORSNER-DOLIVET A.**, *Du nouveau dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants*, RDSS. 1997, p. 660.

**DORWLING-CARTER M.**, *av. gén., avis sur Ass. pl. 19 mai 1988, deux arrêts, GP 1988, p. 640-650.*

**DOUCHY-OUDOT M.**, *La prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil (ou le recul du droit des créanciers), Droit et procédures - la revue des huissiers de justice 2005, n°6, p. 327-333.*

**DUBOIS J.-P.**, *Domages de travaux publics, (octobre 2008), Enc. Dalloz de responsabilité de la puissance publique.*

**DUBUISSON B.**,

– *La responsabilité civile du pouvoir judiciaire : l'expérience belge, Etudes offertes à G. VINEY, Liber amicorum, LGDJ, Paris, 2008, p. 355-375.*

– *Libres propos sur la faute aquilienne, Mélanges offerts à M. FONTAINE, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 125-162.*

**DUPUY P.-M.**,

– *L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public (2000), Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye, vol. 297, 2002.*

– *La responsabilité, in Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND & S. RIALS, éd. Lamy-PUF, Paris, 2003, p. 1341-1347.*

**DUREPAS L.**, *concl. sur CE, ass., 8 février 2007, n°279522, GARDEDIEU, RFDA. 2007. 361.*

**DURRY G.**,

– *Rapport de synthèse, RCEA. 2003/6, p. 84-90.*

– *Obs. sous Ass. pl. 19 juin 1981, RTDciv. 1981, p. 857.*

**DUVAL-ARNOULD D.**, *rapport sur Cass. civ. 1re, 5 juillet 2006, n°05-15235.*

**EGLI J.-F.**, *L'activité illicite du juge cause de responsabilité pécuniaire à l'égard des tiers, Mélanges R. JEANPRÉTRE, éd. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1982, p. 7-25.*

**EISENMANN Ch.**, *Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques, JCP. EG. 1949. I. 751.*

**EISSEN M.-A.**, *La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour, Mélanges R. CASSIN, Amicorum Discipulorumque Liber, éd. Pédone, 1970, (quatre volumes), tome 3 : La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées, p. 151-162.*

**EL BADAWI S.**, *Abandon de la présomption de causalité associée à l'obligation de résultat pesant sur le garagiste réparateur, LPA. 24 juin 2008, n°126, p. 22-29.*

**ESMEIN P.**,

– *L'obligation et la responsabilité contractuelles, Mélanges G. RIPERT, Le droit privé au milieu du XXe siècle, LGDJ, Paris, 1950, p. 101-115.*

- *De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident*, RTDciv. 1938, p. 387-401.

- *La jurisprudence et la loi*, RTDciv. 1936, p. 17-23.

- *note sous Civ. 14 juin 1926*, S. 1927. I. 25.

**FAUVARQUE-COSSON B.**

- *Terminologie, principe, élaboration de règles modèles : les trois volets du cadre commun de référence*, RTDeur. 2008, p. 695-705.

- *Droit des contrats (octobre 2005/septembre 2006)*, D. 2006, p. 2645 ;

- *Aspects de droit comparé de la prescription*, in *Les désordres de la prescription extinctive*, Dir. P. COURBE, éd. PU Rouen, 2000, p. 45 et s.

- & ANCEL P., *Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive*, RDC. 2004, p. 801 et s.

**FAVRE-ROCHEX A.**, *Note sous Cour de cassation, 15 juillet 1999, Compagnie British Airways contre A. Mohamed et autres*, GP. 12 mai 2000, n°133/34, p. 26.

**FEENSTRA R.**, *Zum Ursprung der deliktischen Generalklausel in den modernen europäischen Kodifikationen*, ZeuP. 2001, p. 585-594.

**FEUERBACH-STEINLE M.-F.**

- *Victimes de violences et d'accidents collectifs : Situations exceptionnelles, préjudices exceptionnels : Réflexions et interrogations*, Médecine & Droit 2000, Issue 45, Novembre-Décembre 2000, Pages 1-8.

- *La contamination post-transfusionnelle du SIDA*, LPA. 19 juillet 1995, n°86, p. 26 et s.

**FISCHER J.**, *Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile*, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Libre droit, Dalloz, Paris, 2008, p. 383-396.

**FOSSEREAU J.**, *L'incidence de la faute de la victime sur le droit à réparation de ses ayants cause agissant à titre personnel*, RTDciv. 1963, p. 7-42.

**FOURNIER S. & ZENATI F.**, *Essai d'une théorie unitaire de la prescription*, RTDciv. 1996, p. 339 et s.

**FRANCOIS J.**, *chron. D. 2007*, p. 2408 et s.

**FREMEAUX S.**, *L'excès de mission dans la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés*, Droit et patrimoine, 2002, n°110, p. 40-48.

**FRESARD-FELLAY G.**, *Le droit préférentiel de la personne lésée : les intérêts en présence*, SZS. 2008/3, p. 278-291.

**FRISON-ROCHE M.-A.**

- *Le modèle du bon juge Magnaud*, Mélanges en l'honneur de G. WIEDERKEHR, De code en code, Dalloz, Paris, 2009, p. 335-342.

– *La dialectique entre responsabilité et assurance*, *Risques* n°43, septembre 2000, p. 79-84.

**FROMONT M.**, *La responsabilité de l'État du fait d'actes juridiques – Comparaison du droit français avec le droit suisse*, in *Mélanges P. MOOR, Théorie du droit. Droit administratif. Organisation du territoire*, (dir.) B. Bovay & M. S. Nguyen, éd. Staempfli, Berne, 2005, p. 249-259.

**FÜHRER S.**, *Zum Verhältnis von Haftpflichtrecht und Privatversicherung im Vorentwurf zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, *RDS*. 2001. 371 et s.

**GAIA P.** *La Cour de cassation résiste. mal, À propos de l'arrêt du 16 avril 2010*, *RFDA*. 2010, p. 458 et s.

**GAILLOT-MERCIER V.**, *La responsabilité du fait de l'énergie nucléaire*, *Lamy de droit de la responsabilité*, n°345.

**GALLET C.-H.**, *La date de naissance et la date d'exigibilité de la créance de réparations locatives en cas de liquidation judiciaire du preneur des locaux commerciaux*, *Revue des loyers et des fermages*, 2007/7, n°879, p. 339-344.

**GALLMEISTER I.**,

– *Les critères de la force majeure dans la responsabilité délictuelle*, *D*. 2006, p. 1131.

– *Hépatite C : le refus de traitement n'entraîne pas de conséquences quant à l'indemnisation*, *D*. 2006, p. 1403.

**GALMARD M.-H.**, *À propos de l'arrêt de la Cour de cassation chambre mixte du 26 mai 2006, n°03-16.800, La prescription des créances commerciales constatées par actes authentique*, *Droit et patrimoine* 2007, n°158, p. 32-45.

**GARBAN D.**, assisté de Mme S. SAINSILY, *rapport sur Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, pourvois n°03-14112 et 02-18326*.

**GAREIL-SUTTER L.**, *Période précontractuelle.-Effets*. *JCL Contrats -Distribution*, fasc. 25 (avril 2005).

**GARIAZZO A.**, *avis sur Ass. pl. 6 octobre 2006*, *JCP*. 2006. EG. II. 10181.

**GAZEAU**, *rapport sur Cass. Req. 24 février 1936*, *DP*. 1936. I. 49.

**GAUCH P.**,

– *Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung*, *RDS*. 1997. 315.

– *Grundbegriffe des außervertraglichen Haftpflichtrechts*, *Recht* 1996, p. 225-239.

– & J. SWEET, *Deliktschaftung für reinen Vermögensschaden*, *Mélanges M. KELLER, pour son 65e anniversaire: Contributions de droit de la famille, des tutelles, des obligations, de droit international privé, de procédure, de droit de la banque, de droit des sociétés et des entreprises, d'histoire du droit et de droit fiscal*, Peter FORMOSER (dir.), *Schulthess, Zurich*, 1989, p. 117-140.

**GAUTIER M.**, *La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ?*, À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010, RFDA. 2010, p. 449 et s.

**GAUTIER P.-Y.**,

– *Où la transaction, à l'occasion de son effet relatif, fait une entrée peut-être excessive dans le Panthéon des droits fondamentaux* RTDciv. 2009, p. 550-552.

– *De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme*, D. 2005 p. 2773.

**GAZZANIGA J.-L.**, *Note sur l'histoire de la faute*, Droits 1987, in *Fin de la faute ?* p. 17-28.

**GEISSELER R.**, *Der Haushaltsschaden*, HAVE 1997, p. 59 et s.

**GENY F.**, *L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française*, Mélanges G. RIPERT, *Le droit privé au milieu du XXe siècle*, LGDJ, Paris, 1950, p. 3-8.

**GHESTIN J.**,

– *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, D. 2004, p. 2239 et s.

– *Note sous Ass. pl. 29 mars 1991*, BLIECK, n°89-15231, JCP. EG. 1991. II. 21673.

**GIOVANNONI P.**,

– *Le dommage par ricochet en droit suisse*, in O. GUILLOD (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, colloque international de Genève, 1990, Zurich 1991, p. 239-248.

– *Le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile, comparé aux droits allemand et français*, RDS. 1977, p. 31-64.

**GRAFF P.**, avec la collaboration de GUIGNARD J.-P. & F. GRAFF, *La route et la circulation routière, Exposé systématique de jurisprudence, Prescription de l'action directe du lésé contre l'assureur. Application de la prescription prolongée du droit pénal à l'action en dommages-intérêts du lésé*, note sur l'arrêt du Tribunal fédéral du 10 mars 1986, *Continental c/ Charvoz*, JdT. 1986. I., p. 420-424.

**GRAVEN J.**, *Les crimes contre l'Humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription ?* RDPS. 1965, p. 113-178.

**GREAU F.**, *note sous Cass civ. 2e, 3 juin 2004*, GP. 24 décembre 2004, p. 5-16.

**GROSS J.**, *Zum Begriff der Widerrechtlichkeit im Schweizerischen Staatshaftungsrecht*, Recht. 1998, p. 49-54.

**GROSSER P.**, *Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matière délictuelle et contractuelle*, JCP. 2006. EG. II. 10087.

**GROUDEL H.**,

– *Chron. Droit des assurances terrestres (juillet 2008 - décembre 2009)*, D. 2010 p. 1740.

- *Recours du fonds de garantie après transaction avec la victime*, RCEA. 2009/9, p. 30-31, *Comm.* 272.
  - *Associations de chasse*, RCEA. 2008/11, *comm.* 31.
  - *♣ MORLET L.*, *JCL resp. Fasc. 532 : Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.*
  - *Recevabilité de l'appel en garantie de l'assureur contre un autre responsable*, RCEA. 2008/4, *comm.* 153.
  - *Comm. 155 sous Cass. civ. 2e, 21 février 2008, n°07-12801*, RCEA. 2008/4.
  - *Comm. 95, sous Cass. civ. 2e, 17 janvier 2008, no06-21785*, RCEA. 2008/3, p. 18-19.
  - *Juridiction compétente pour statuer sur le recours du commettant contre le préposé*, RCEA. 2008/2, *comm.* 50.
  - *Note sous Cass. civ. 1re, 17 février 2005, n°04-11215*, RCEA. 2005/4, p. 28-29.
  - *Mieux vaut prévenir*, *Repère n°12*, RCEA. 2004/12.
  - *Exonération du commettant*, RCEA. 2004/9, *comm.* n°250, p. 17-19.
  - *Faute et assurance*, RCEA. 2003/6, p. 56-58.
  - *La responsabilité personnelle du salarié (suite)*, RCEA. 2002/3, p. 4-5.
  - *Comm. 42 sous Cass. com. 30 novembre 1999, no96-16607*, RCEA. 2000/2, p. 9.
  - *Assurance et responsabilité du fait d'autrui*, RCEA. 2000/11, *no spécial*, p. 27-30.
  - *Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1985, contre un autre débiteur*, *D.* 1998, p. 174.
  - *La distance entre l'action directe contre l'assureur de responsabilité et l'action contre le responsable*, RCEA. 1992/8-9, *chron.* 29, p. 3-4.
  - *La responsabilité du fait d'autrui : un arrêt (à moitié ?) historique*, RCEA. 1991, *chron.* n°9.
- GUCKELBERGER A.**, *Die Staatshaftung in der Schweiz*, *Recht* 2008/5, p. 175 et s.
- GUEGAN-LECUYER A.**, *Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques*, *D.* 2004 p. 17 et s.
- GUERY Chr.**, *Loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale : premiers commentaires*, *AJP.* 2007/4, p. 105 et s.
- GUILLOD O. & SCHWEIZER Ph.**, *chronique de droit suisse*, *RTDciv.* 1992, p. 218-219, no10.
- GUIN Y.**, *Au coeur du libéralisme : la loi du 22 mars 1841 relative aux travail des enfants employés dans la manufactures, usines ou ateliers*, in *Deux siècles de droit du travail: l'histoire par les lois*, J.-P. LE CROM (dir.), *Les éditions de l'Atelier*, Paris, 1998, p. 29-41.



- GUINAND J.**, *La responsabilité des personnes incapables de discernement*, in *Mélanges en l'honneur du centenaire du Code des obligations*, dir. H. Peter, E. W. Starck, P. Tercier, éd. Universitaires de Fribourg, 1982, p. 397-411.
- GUINCHARD S.**, *Le procès équitable : droit fondamental ?* AJDA. 1998/7-8, no spécial, p. 191-208.
- GUIOMARD P.**, *Courte prescription : la fin de l'interversion des prescriptions*, D. 2007. 367.
- GUYOMAR M. & D. SIMON**, *La hiérarchie des normes en Europe*, GP. du 12 février 2009, p. 11 et s.
- HAUSER J.**, *Du respect du corps humain*, RTDciv. 1997 p. 632.
- HENNION-JACQUET P.**, RDSS. 2006 p. 745.
- HENRY L.-C.**, *Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 mars 2007*, GP. du 20 juillet 2007, n°201, p. 37.
- HIRSCH A.**, *La responsabilité fondée sur la confiance: une responsabilité quasi-contractuelle? note sous TF. 7 janvier 1999*, SJ. 2000, p. 533-541.
- HOCQUET-BERG S.**,
- *Responsabilité contractuelle du fait d'autrui*, RCEA. 2010/6, comm. 143.
  - *La transmission de l'action civile de la victime d'une infraction*, RLDC. 2008, n°53, p. 19-23.
  - *Essai transformé pour la responsabilité indirecte du fait d'autrui*, RCEA. 2007/11, études, n°17p6-11.
  - *Responsabilité du fait des bâtiments*, JCP civil, art. 1382-1386, fasc. 152.
- HOLLEAUX G.**, *note sous Cass. civ. 4 décembre 1939, Boghos Nouroglou*, DP. 1941. I., p. 124-130.
- HONSELL H.**, *Die Reform der Gefährdungshaftung*, RDS. 1997, p. 297-314.
- HUET J.**, RTDciv. 1984, p. 508.
- HUGLO J.-G.**,
- *Recours en indemnité, nature et fondement, conditions de recevabilité*, JCL Europe, fasc. 370 (décembre 2006).
  - *La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique*, in *Le principe de sécurité juridique*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, 2001, p. 124-139.
- JÄGGIP**, *Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung*, Mélanges W. SCHÖNENBERGER, Presses universitaires, Fribourg, 1968, p. 181-197.
- JARROSSON Ch.**, *Les concessions réciproques dans la transaction*, D. 1997, p. 267 et s.
- JESTAZ Ph.**, *La jurisprudence : réflexions sur un malentendu*, D. 1987, p. 11-17.

**JOMINI A.**, *Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle, Cahiers du Conseil constitutionnel, no18 (nov. 2004 - mars 2005).*

**JOSSERAND L.**,

- Note sous Civ. 14 juin 1926, DP. 1927. 57.
- Article 1384 et s., in *Code civil annoté, sous la direction de R. DEMOGUE, Dalloz, Paris, 1938.*

**JOURDAIN P.**,

- *Du critère de la responsabilité civile, Etudes offertes à G. VINEY, Liber amicorum, LGDJ, Paris, 2008, p. 553-562.*
- *Le recours du commettant contre son préposé pourrait être fondé sur une faute dans l'exécution du contrat de travail, RTDciv. 2008, p. 303*
- *La perte d'une chance d'éviter une souffrance morale se transmet aux héritiers de la victime, RTDciv. 2007, p. 785.*
- *La Cour de cassation consacre en Assemblée plénière le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle, RTDciv. 2007, p. 123.*
- *Notion de faute, JCL civil, article 1382 à 1386, fasc. 120-10 (mai 2006).*
- *Force majeure : l'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire, D. 2006, p. 1577-1582.*
- *Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 14 avril 2006, RTDciv. 2006, p. 775-778.*
- *Préjudice spécifique de contamination de victimes contaminées par le VHC et incidence du refus de traitement, RTDciv. 2006, p. 562.*
- *Droit à réparation. Lien de causalité. Pluralité des causes du dommages. JCL civil, article 1382 à 1386, fasc. 162 (novembre 2005).*
- *La date de naissance de la créance d'indemnisation, LPA, 9 nov. 2004, no224, p. 49.*
- *Abus de fonction du préposé : la Cour de cassation affine en l'élargissant la notion d'agissement hors fonction, RTDciv. 2004, p. 742.*
- *La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage, RTDciv. 2003, p. 716 et s.*
- *Faute civile et faute pénale, RCEA. 2003/6, p. 74-77.*
- *Le préposé condamné pénalement pour une infraction intentionnelle engage sa responsabilité civile, RTDciv. 2002, p. 109.*
- *Les intérêts légaux de l'indemnité d'assurance : un vrai casse-tête, Mélanges en l'honneur de Y.*

**LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT**, *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Dalloz 2002, p. 231-242.*

- *Lien de causalité : l'équivalence des conditions n'est pas morte, obs. sous Cass. civ. 2e, 27 janvier 2000, RTDciv. 2000, p. 335-336.*
- *Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui, RCEA. 2000/11, no spécial, p. 5-9.*
- *L'obligation de sécurité - de droit commun - du transporteur aérien durant les escales, RTDciv. 1999, p. 843.*
- *Quelle est l'incidence du refus, par la victime, d'une intervention chirurgicale sur l'indemnisation de son dommage ? RTDciv. 1997 p. 675.*
- *Responsabilité du fait des mineurs : le changement de cap de la Cour de cassation, D. 1997, p. 265.*
- *La perte de chance, dommage par ricochet, RTDciv. 1996. 912.*
- *La responsabilité civile des centres de transfusion sanguine et des cliniques en cas de contamination de transfusés par le VIH : la Cour de cassation prend position, JCP. EG. 1995. II. 22467.*
- *Le préposé peut-il être gardien ? RTDciv. 1991, p. 348.*
- *Note sous Ass. pl. 19 mai 1988, RTD.civ. 1989, p. 89.*

**JULIEN J. & LE TOURNEAU Ph.,** *Solidarité, Encyclopédie Dalloz de droit civil, mars 2004, cité « Ph. LE TOURNEAU & J. JULIEN, Solidarité ».*

**JULIEN J.,**

- *Responsabilité des associations sportives : dernier essai, D. 2010 p. 1612 et s.*
- *Responsabilité du fait des bâtiments, (mars 2010), Enc. Dalloz de droit civil.*
- *De la responsabilité civile du préposé auteur d'une infraction pénale, D. 2002, p. 1230-1233.*

**KARILA J.-P.,**

- *& C. CHARBONNEAU, Note sous Cass. civ. 3e, 28 février 2008, RGDA. 2008, p. 520-523.*
- *Note sous Cass. civ. 1re, 17 février 2005, n°04-11215, RGDA. 2005, p. 439 -443.*

**KELLERHALS J. et al.,** *Les formes du sentiment de responsabilité dans les mentalités contemporaines : une étude empirique. Rev. fr. sociol. 2000, p. 307-329.*

**KELLERHALS J., LANGUIN N., SARDI M.,** *Le sentiment de responsabilité dans les mentalités contemporaines, DS. 2001, p. 257-274.*

**KESSOUS R.,**

- *Avis sur Cass. civ. 2e, 19 février 1997, JCP. 1997. EG. II. 22848.*
- *Avis sur Ass. pl. 25 février 2000, Costedoat, JCP. EG. 2000. II. 10295.*

**KIRAT T.,** *L'économie de la responsabilité et les dispositifs institutionnels de prise en charge des risques, revue Droit & Société 2002, no10, LGDJ, Paris, Les mondes du droit de la responsabilité : regard sur le droit en action, p. 67-92.*

**KLEITZ C.,**

- *Indemnisation en cas de refus du traitement préconisé*, RLDC. 2006, no29, p. 28-29.
- *Transfusion sanguine, obligation de sécurité de résultat à la charge d'une clinique*, RLDC. 2005/7, n°18, p. 22-23.
- *L'obligation de sécurité de résultat en matière de transfusion : apaisement des patients, inquiétude des établissements de soins*, RLDC. 2005/9, n°19, p. 15-18.
- *Transfusion sanguine : inquiétude des établissements de soins... et de leurs assureurs, Lamy assurances*, 2005/12, p. 1-4.

**KOZIOL H.,** *Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung im Schweizer Vorentwurf für einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts*, ZBJV. 1998. 517.

**KRYNEN J.,** *Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution. (Essai de rétrospective médiévale et moderne)*, RHD. 2008, p. 161-197.

**KULLMANN L.,** *Minimiser son dommage, Mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT, Droit et économie de l'assurance et de la santé*, Dalloz, Paris, 2002, p. 243-254

**KUONEN N.,** *La Culpa in contrahendo : un colosse aux pieds d'argile, rapporté par J.-F. GERKENS, Chronique de la 58e session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'histoire des Droits de l'Antiquité au Brésil (19 au 24 septembre 2004)*, RIDA. 2004, tome LI, p. 393.

**LACROIX C.,** *Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage*, LPA. 22 janvier 2007, n°16, p. 16-20.

**LAFARGUE M.,** *rapport (inédit) sur Cass. civ. 2e, 20 octobre 2005, n°03-19429, Bull. n°274.*

**LAGARDE G.,** *L'auteur responsable d'un accident mortel peut-il être condamné à des dommages-intérêts envers l'enfant adultérin de la victime ?* RTDciv. 1939, p. 140-141, Trib. corr. Avignon, 15 nov. 1938.

**LAGARDE X.,** *Le manquement contractuel assimilable à une faute délictuelle. Considérations pratiques sur la portée d'une solution incertaine*, JCP. EG. 2008. I. 200, n°43, p. 17-21.

**LAITHIER Y.-M.,** *Les caractères de la force majeure : l'Assemblée plénière défend la conception classique*, RDC. 2006, p. 1083.

**LAYDU J.-B. & GUILLOU A.-L.,** *L'« effet Blicek » : des mutations au bouleversement ?* RRJ. 1998/2, p. 479-512.

**LAMBERT-FAIVRE Y.,**

- *Le principe du maintien de la garantie d'assurance responsabilité civile pendant toute la durée de la responsabilité civile*, D. 1998, p. 287 et s.

- *La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses « réclamation de la victime »*, D. 1992, p. 13 et s.
- *L'évolution de la responsabilité civile : d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, RTDciv. 1987, p. 1-19.
- *Réflexion sur la nature juridique des assurances de responsabilité*, in *Mélanges J. VINCENT*, Dalloz, Paris, 1981, p. 193-201.

**LAMYF.**, commissaire du Gouvernement, *concl. sur CE, ass.*, 28 juin 2002, no239575, *MAGIERA, RFDA. 2002*, p. 756 et s.

**LANDEL J.**,

- *Note sous Ass. pl. 29 mai 2009*, *RGDA 2009*, p. 769.
- *Note sous Cass. civ. 2e, 3 juin 2004*, *RGDA. 2004*, p. 605-610.
- *Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003*, *RGDA. 2003*, p. 504 et s.

**LANGÉ D.**, *note sous Cass. civ. 1re, 10 décembre 2002*, *De la Jonquière, De Certaines c/ AXA, RGDA. 2003*, p. 129-134.

**LAPOYADE-DESCHAMPS C.**,

- *La réparation du préjudice économique pur en droit français*, *RIDC. 1998. II. 367*.
- *Dommages et intérêts*, *Encyclopédie Dalloz de droit civil, juin 1997*.
- *Responsabilité contractuelle ou responsabilité délictuelle (plaidoyer pour un retour aux sources)*, *RCEA. 1992/10, article n°33*, p. 4-6.

**LARROUMET C.**,

- *Note sous Ass. pl. 29 mars 1991*, *BLIECK, n°89-15231, D. 1991*, p. 324.
- *Note sous Ass. pl. 19 juin 1981*, *D. 1981*, p. 641.
- *Note sous Ass. pl. 19 mai 1988*, *D. 1988*, p. 513.
- *Note sous Cass. civ. 1re, 7 juin 1977*, *D. 1978*, p. 289-290.

**LAQUIEZE A.**, *Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'Humanité, Droits, 2000, n°31, Prescription et imprescriptibilité*, p. 19-40.

**LASSERRE-KIESOW V.**,

- *La prescription, les lois et la faux du temps*, *JCP. EN. 2004, n°19, 1225*.
- *L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit*, *D. 2006*, p. 2279 et s.

**LATOURNERIE J.**, *La prescription administrative à l'épreuve de la réforme de la prescription en matière civile*, *D. 2008* p. 2528.

**LAURENT N.**, *Ombres et lumières sur la règle nemo contra se... en droit des assurances*, *RGDA. 2003/1*, p. 23 et s.

**LAUTRU J.-P.**, *avis sur Cass. civ. 2e, 20 janvier 2009, n°07-20878, Bull. n°26*.

**LAYDU J.-B.**, *Un syndicat n'est pas gardien de ses adhérents*, *D. 2007*, p. 204-208.

**LEANDRI F.**, *Option successorale viciée : enfin des réponses jurisprudentielles ! RLDC.* 2006, n°26, p. 54-54.

**LEDUC F.**,

– *Régime de la réparation (mai 2006)*, JCL civil, article 1382 à 1386, fasc. 201.

– *Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui*, RCEA. 2000/11, no spécial, p. 18-26. **LEGER Ph.**, *Le dualisme juridictionnel a-t-il encore une raison d'être ? Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin, Principes de justice*, Dalloz, 2008, p. 233-245. **LÉGIER G.**, *Responsabilité contractuelle*, in *Encyclopédie Dalloz de droit civil*, août 1989.

– *La responsabilité des père et mère : Changement de nature : RCEA.* 1997, chron. 9.

**LEGROS C.**, *Les transports, contrats et responsabilités*, JCP. 2006. E. 2224, no11.

**LELEU Y.-H. & PAQUES M.**, *Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens*, JdT. (belge), 29 avril 2006, no6222, p. 277-284.

**LELIÈVRE-BOUCHARAT M.**, *Le régime québécois d'indemnisation des victimes d'accidents de la route est-il un exemple à suivre pour le droit français ? RIDC.* 2003, p. 177-195.

**LE MAGUERESSE Y.**, *De l'harmonisation escomptée des critères de la force majeure en matière de responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, LPA. 6 juillet 2006, n°134, p. 14-22.

**LEROY J.**, *Responsabilité des cliniques en matière de transfusion sanguine*, RDSS. 1995, p. 766 et s.

**LESEC Y.** *concl. sur Cass. civ.1r 12 avril 1995, no92-11950, Bull. no180, BICC* 1995, n0410, p. 10 et s.

**LE TOURNEAU Ph. & JULIEN J.**, *Solidarité*, Enc. Dalloz de droit civil, mars 2004, cité « Ph. LE TOURNEAU & J. JULIEN, Solidarité ».

**LE TOURNEAU Ph.**,

– *Responsabilité (en général)*, Enc. Dalloz de droit civil (mai 2009).

– *Bonne foi*, Enc. Dalloz de droit civil, 1995.

**LEUENBERGER Chr.**, *Haftung von Hilfspersonen gegenüber vertragsfremden Dritten*, ZBJV. 2000, p. 289-292.

**LEVENEUR L.**,

– *Manquement contractuel et responsabilité à l'égard des tiers*, Ccc. 2007/3, comm. 63, p. 11.

– *La Cour de cassation rappelle deux des trois critères classiques*, Ccc. 2006/8, comm. 152.

– *SIDA post-transfusionnel et responsabilité, obligation de résultat ou de moyens pour les fournisseurs*, Ccc. 1995/10, p. 1-3.

– *Obs. sous Cass. com. 11 janvier 1994, n°92-10241, Ccc. 1994, comm. 68.*

**LEVILLAIN C.,**

– Note sous Cass. civ., 11 juillet 1892, *Geest et Cie d'assurances générales c/ Powley, Thomas et a.*, D. 1894. I. 561.

– Note sous Cass. civ. 11 juillet 1892, *Cie gén. transatlantique c/ D. Haddah*, D. 1894. I. 513.

**LIENHARD A.**, *Abus de biens sociaux : épilogue d'une longue affaire*, D. 2006, AJ. 2736.

**LIPERINI O.**, *À propos de l'éventuelle responsabilité des syndicats*, JCP. S. n° 50, 12 Décembre 2006, 1990

**LOIR R.**, *La victime a-t-elle l'obligation de minimiser son dommage ?* D. 2009, p. 1114-1117.

**LOLIES I.**, *L'insertion de la loi du 19 mai 1998 dans le droit de la responsabilité*, RRJ. 1999, p. 349-366.

**LUCAS O.**, *La convention européenne des droits de l'Homme et les fondements de la responsabilité civile*, JCP. EG. 2002. I. 111.

**LUCHAIRE F.,**

– *La sécurité juridique en droit constitutionnel français*, in *Le principe de sécurité juridique*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, 2001, p. 100-104.

– Note sous Cons. const. 22 octobre 1982, D. 1983, p. 189-192.

**LUHMANN N.**, *L'unité du système juridique*, APD. 1986, tome 31, p. 163-188.

**MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Régime de la réparation, action en réparation, prescription*. JCL civil, article 1382 à 1386, fasc. 222, 6 avril 2000.

**MAITREPIERRE A.**, *Rapport sur Cass. com. 18 décembre 2007, no04-16069*, Bull. no265.

**MALINVAUD Ph.**, *La faute contractuelle est une faute délictuelle à l'égard des tiers qui en subissent un dommage*, RDI. 2006, p. 504.

**MARECHAL J.-Y.**, *L'assemblée plénière prend position sur l'action civile des héritiers de la victime d'une infraction*, JCP. EG. II. 10124.

**MARGUÉNAUD J.-P.**, *L'influence de la convention européenne des droits de l'Homme sur le droit français des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, Journées nationales, t. 1, Lille, 1996, LGDJ, 1997, p. 45-61.

**MARKESINIS B. S.**, *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*, RIDC. 1983, p. 301-317.

**MARMAYOU J.-M.**, *Responsabilité des associations sportives pour la faute d'un de leurs membres*, JCP. EG. 2007. II. 10150.

**MARTY G.**, *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemande, anglaise, et française)*, RTDciv. 1939, p. 685-712.

**MASCALA C.**, *Droit pénal des affaires (avril 2006 - avril 2007)*, D. 2007, p. 1624.

**MASSIP J.**,

– *Note sous arrêt Note sous Cour de cassation, 10 juin 2005, Offre publique d'aménagement et de construction de Paris, pourvoi numéro 03-18.922, GP. 29 janvier 2006, n°29, p. 11-13.*

– *Note sous Ass. pl., 10 juin 2005, Jurisprudence, Defr. 2005, n°20, p. 1607-1611.*

**MATHIEU B.**,

– *Libres propos, JCP. EG. 2010, act. 464.*

– *Présentation, in Le principe de sécurité juridique, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, 2001, p 99.*

**MATSCHER F.**, *Quelques développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme au sujet des garanties procédurales en matière civile, Mélanges N. VALTICOS, éd. Pédone, Paris, 1999, p. 449-457.*

**MAYAUX L.**,

– *Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances, RGDA. 2003, p. 269 et s.*

– *Naissance d'un enfant handicapé la Cour de cassation au péril de la causalité, RGDA.2001, p 13-21.*

– *note sous Cass. civ. 1re, 21 janvier 1997, no94-19689, RGDA. 1997, p. 542.*

**MAZEAUD D.**,

– *Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 6 octobre 2006, pourvoi numéro 05-13.255, RDC. 2007, p. 269-272.*

– *La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage, D. 2004, p. 1346 et s.*

– *Intentionnellement coupable donc civilement responsable : une brèche dans l'immunité du préposé, D. 2002, p. 1317.*

**MAZEAUD H. & L.**

– *Note sous Cass. civ. 2e, 17 décembre 1954, RTDciv. 1955, p. 300-302.*

– *Note sous Cass. civ. 13 décembre 1938, RTDciv. 1939. 183.*

**MAZAK J.**, *conclusions du 26 mars 2009 sur la demande de question préjudicielle à la CJCE, aff. C-527/07.*

**MEKKI M.**,

– *La responsabilité délictuelle des clubs sportifs du fait de leurs adhérents : les jeux sont faits... rien ne va plus !, RLDC. 2007/42, no2690, p. 17-23.*



– La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur, *RLDC*. 2006, n°29, p. 17-23.

– La prescription extinctive trentenaire de l'article 2262 du Code civil n'est pas applicable à l'action en nullité pour dol, *JCP. EG*. 2006. II. 10036.

**MEMETEAU G.**, *Clinique. Responsabilité civile. Préposé*, *RDSS*. 2002, p. 526.

**MESTRE J.**,

– *É. B. FAGES*, *Le manquement contractuel et les tiers*, *RTDciv*. 2007, p. 115.

– *Obligation « in solidum »*, *JCL Civil*, art. 1197 à 1216, fasc. 30 (nov. 2006), fascicule mis à jour par *J. CAYRON*.

– *É. B. FAGES*, *La prescription trentenaire en conflit avec des prescriptions plus courtes: note sous trois arrêts de la Cour de cassation*(10 juin 2005, 9 juin 2005, 24 janvier 2006), *RTDciv*.2006, p 320-321.

– *É. B. FAGES*, *La durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance*, *RTDciv*. 2006, p. 558.

– *Obs. sous Cass. com. 11 janvier 1994, n°92-10241*, *RTDciv*. 1995, p. 114.

– *La fraude interdit de se prévaloir de la prescription*, *RTDciv*. 1992, p. 563-564.

– *Des manières de combattre les courtes prescriptions*, *RTDciv*. 1991. 744.

– *Le rappel des conditions de l'obligation in solidum*, *RTDciv*. 1991. 528.

– *La souplesse de la subrogation de plein droit de l'article 1251-3° du Code civil*, *RTDciv*. 1990, p. 662, no10.

**MEURISSE R.**, *Les ayants cause agissant à titre personnel peuvent-ils se voir opposer la faute de la victime ?* *D*. 1962,p. 93-98.

**MEYZEAUD-GARAUD M.-C.**, *note sous Cass. civ. 2e, 9 décembre 1999, n°97-22268, LPA. 23 mars 2000, p. 20 et s.*

**MOELLER H.**, *La double nature de l'action directe, Études offertes à A. BESSON*, *LGDJ, Paris, 1976, p. 249-260.*

**MOLFESSIS N.**, *Les sources constitutionnelles du droit des obligations, in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Association Henri Capitant, Journées nationales, t. 1, Lille, 1996, LGDJ, 1997, p. 65-108.*

**MONNET Y.**, *Faute du préposé condamné pénalement et responsabilité du commettant, note sous Ass. pl. 14 décembre 2001, GP. 24 février 2002, n°55, p. 29-41.*

**MOOR P.**, *Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in Droit constitutionnel suisse, D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J. P. MÜLLER (dir.), Zürich, 2001, p. 265-283.*

**MORIN A.**,

– *Le droit suisse de l'inexécution à la lumière du nouveau BGB*, *RDS*. 2005, p. 349-382.

- *Définition de la responsabilité fondée sur la confiance au regard de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral*, SJ. 2000.II., p. 161-197.
  - *Sommaire*, ATF 131 III 377, JdT. 2005, p. 612-618.
- MORLET L.**, *JCL Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 531 : *Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages. Introduction générale.*
- MOULY J.**,
- *Les associations de chasse ne sont pas responsables, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil, des dommages causés par leurs adhérents*, JCP. EG. 2008. II. 10184.
  - *Faute d'un voiturier : compétence prud'homale*, D. 2008, p. 1248.
  - *Inapplication de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil aux syndicats pour les dommages causés par leurs adhérents lors d'une manifestation*, JCP. EG. 2007. II. 10004.
  - *La responsabilité des clubs sportifs du fait de leurs joueurs : solution d'exception ou simple application de la règle prétorienne ?* JCP. EG. 2000. II. 10316.
  - *Note sous Cass. civ. 2e, 22 mai 1995, n°92-21191 et n°92-21871*, JCP. 1995. EG.II. 22550.
- MUIR-WATT H.**, *La modération des dommages en droit anglo-américain*, LPA. 20 novembre 2002, n°232, p. 45 et s.
- NAZ R.**, *Prescription*, in *Dictionnaire de droit canonique*, 1965, t. 7 p. 178-194.
- NESSI F.**, *rapport sur Cass. civ. 31 mars 2005, n°03-20012*, Bull. n°80.
- NEVEJANS N.**, *Indemnisation des victimes des essais nucléaires, à propos de la loi du 5 janvier 2010*, JCP. EG. 2010. 209.
- NIBOYET M.-L.**, *La distinction de la procédure et de la substance devant la Cour européenne des droits de l'Homme (à la lumière de la loi dite anti-Perruche)*, *Mélanges Ph. MALAURIE, Liber amicorum, Defrenois, Paris, 2005*, p. 341-351.
- NOGUERO D.**, *La maladie du débiteur cas de force majeure*, D. 2006, p. 1566.
- OPHELE C.**, *Faute délictuelle et faute contractuelle*, RCEA. 2003/6, p. 78-83.
- PAGES B.**, *conclusions sur Cass. civ. 1re, 28 novembre 2007, n°06-18490*, Bull. n°376.
- PAGES-DE-VARENNE M.-L.**,
- *Distinction entre l'action directe et l'appel en garantie*, *Revue Construction-Urbanisme*, 2008/4, p. 20.
  - *Assurance de responsabilité décennale*, RGDA. 2006, p. 142-144.
- PAQUES M. & LELEU Y.-H.**, *Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens*, JdT. (belge), 29 avril 2006, no6222, p. 277-284.

**PASCAL A.-F.**, *rapport sur Ass. pl. 29 juin 2007, no06-18141, BICC n°559, p. 8 à 22.*

**PAULINA.**, *Qui va à la chasse, perd sa place...au sein de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil ! - À propos de Cass. 2eciv., 11 sept. 2008, n° 07-15.842, Revue Lamy de Droit civil 2009 no58, p. 16-19.*

– *Association sportive et responsabilité du fait d'autrui ou le délicat mariage de la belle et de la bête, GP. 30 déc. 2007 au 3 janvier 2008, p. 2-10.*

**PEANO M.-A. et D.**, *Les centres de transfusions sanguines devant le juge judiciaire et le juge administratif, RCEA. 1995/7, p. 3-6.*

**PECH-LE-GAC S.**, *De l'obligation de sécurité du transporteur aérien, durant une escale, après les opérations de débarquement, D. 2000, p. 283-286.*

**PERIER M.**, *Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 28 septembre 2005, Consorts C. contre AXA France, pourvoi numéro 04-14.472, GP. 23 septembre 2006, n°265, p. 26-27.*

**PERRIER J.-B.**, *La CJUE et la question prioritaire de constitutionnalité : entre primauté et priorité, LPA. 30 août 2010, n°172.*

**PERROT R.**,

– *Note sous Cass. com. 24 juin 2008, no07-14082, Procédures 2008/8-9, p. 58-59, no230.*

– *Durée de la prescription, Procédures 2006/8, comm. 181.*

– *Titre exécutoire : à l'exception des jugements, le titre exécutoire n'ajoute rien à la durée de la prescription, RTDciv. 2006, p. 829.*

**PETIT B.**, *rapport sur Ass. pl. 14 avril 2006, no04-18902.*

**PETIT S.**, *La responsabilité civile et pénale des préposés, GP. 31 juillet 2002, p. 2-4.*

**PETITPIERRE G.**, *L'apparition d'un besoin social face à l'inadaptation du droit en vigueur : la genèse d'une nouvelle réglementation, in Responsabilités objectives, p. 11-27.*

**PETTITI Chr.**, *La réparation des atteintes au droit de propriété : l'application de l'article 41 de la CEDH, in La protection du droit de propriété par la CEDH, Colloque Paris, 26 mai 2004, Institut des Droits de l'Homme des avocats européens, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 97-119.*

**PICARD M.**,

– *note sous Civ. 13 décembre 1938, trois arrêts, DP. 1939. I. 33.*

– *note sous Cass. civ. 28 mars 1939, DP. 1939. I. 68.*

**PICHON V.**,

– *Etendue de la responsabilité de plein droit du garagiste réparateur, RLDC. 2008, n°49, p. 30-31.*

– *Transmission aux héritiers du droit à réparation du préjudice antérieur au décès*, RLDC. 2008, n°51, p. 24-25.

**PICOD F.**, JCP. EG. 2010, act. 509.

**PIEDELIEVRE S.**,

– *Note sous Cour de cassation, Chambre mixte, 26 mai 2006, Banque de Savoie contre D.*, pourvoi numéro 03-16.800, *Revue de droit bancaire et financier* 2006, n°4, p. 22-23.

– *Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 10 juin 2005, OPAC Paris contre Boukaria*, pourvoi numéro 03-18.922, *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2005, n°6, p. 22.

**PINNA A.**, *La mobilisation de la créance indemnitaire*, RTDciv. 2008, p. 229-248.

**PIZZIO J.-P.**, *Rapports entre le régime mis en place par la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux et les autres régimes de responsabilité*, D.2002, p. 2937.

**PLANIOL M.**, *Identité des fautes civiles et contractuelles. Unité des systèmes de responsabilité*, D. 1896. II. 457.

**PLESSIX B.**, *La prescription extinctive en droit administratif, note sous CE, Ass.*, 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza- France*, RFDA. 2006, p. 375-386.

**POIARES MADURO M.**, *conclusions du 20 février 2008 sur CJCE, 9 septembre 2008, FIAMM, aff. C-120/06 P et C-121/06 P.*

**PONSARD**, *rapport sur Ass. pl. 19 juin 1981, JCP. EG. II. 19712.*

**POPINEAU-DEHAULLON C.**, *Regards comparatistes sur la responsabilité du contractant à l'égard d'un tiers, victime de l'inexécution du contrat*, RDC. 2007, p. 622-631.

**POTOCKI A.**, *Rapport sur Cass. com. 5 juin 2007, pourvoi n°06-14832.*

**POUMAREDE M.**, *Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet CATALA*, D. 2006, n°35, p. 2420-2426.

**POUYAUD D.**, *Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux. À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Assemblée, du 8 février 2007; Gardedieu*, RFDA. 2007. 525.

**PRADA-BORDENAVE E.**, *Les carences de l'Etat dans la prévention des risques liés à l'amiante, Conclusions sur CE, ass.*, 3 mars 2004, RFDA. 2004, p. 612-625.

**PRIGENT S.**, *Loi anti-Perruche : condamnation des ingérences législatives rétroactives dans l'exercice du droit à réparation, note sous Cass. civ. 24 janvier 2006, LPA. 31 mars 2006, n°65, p. 13-19.*

**PUIG P.**, *Hiérarchie des normes : du système au principe*, RTDciv. 2001, p. 749 et s.

**RADÉ Chr.**

- *Les associations sportives ne sont responsables qu'en cas de faute caractérisée de leurs membres*, JCP. E. 2007, no40, 2198.
- *Dommages causés dans un supermarché par des adhérents de la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA)*, RCEA. 2006/12, comm. 365.
- *Contamination en 1985, par le virus de l'hépatite C, à l'occasion d'une intervention chirurgicale dans une clinique*, RCEA. 2005/7, p. 20-21.
- *Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile*, D. 2003. 2247.
- *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile - 1. L'impasse*, D. 1999, p. 313-320.
- *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile - 2. Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté*, D. 1999, p. 323-327.
- *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, D. 1998, p. 301-305.
- *Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt Bertrand) : D. 1997, chron. p. 279.*

**RANIERI F.**, *Les sanctions de l'inexécution contractuelle en droit allemand*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, sous la direction de M. FONTAINE & G. VINEY*, Bruylant & LGDJ, 2001, p. 811-835.

**RAYNAUD P.**, *La nature de l'obligation des coauteurs d'un dommage. Obligation « in solidum » ou solidarité ?* Mélanges J. VINCENT, Dalloz, 1981, p. 317-332.

**REDON M.**, *Solidarité pénale*, Enc. Dalloz de droit pénal et de procédure pénale (février 2005).

**REIFEGERSTE S.**, *La condamnation par la Cour de cassation de l'obligation de minimiser le dommage*, LPA. 2003, no208, p. 16.

**REMY J.**, *L'application de la prescription quinquennale aux créances dont le principe a été fixé par une décision judiciaire*, Revue des loyers et des fermages 2005 n°860, p. 432-434.

**RÉMY Ph.**, *La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept*, RTDciv. 1997. 323.

**REVET T.**, *La légisprudence*, Mélanges Ph. MALAURIE, Liber amicorum, Defrenois, Paris, 2005, p. 377-391.

**REYMOND J.-M.**, *Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves*, in *Le projet de Code de procédure civile fédérale*, S. LUKIC (dir.), CEDIDAC, Lausanne 2008, p. 27-71.

**RICATTE J.**, note sous CJCE, 29 mai 1997, aff. C-300/95, commission c/ Royaume-Uni, LPA n°151 du 17 décembre 1997, p. 31 et s.

**RIVERO J.**, *La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, Mélanges R. CASSIN, *Amicorum Discipulorumque Liber*, éd. Pédone, 1970, (quatre volumes), tome 3 : *La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, p. 311-322 .

**ROBERTO V.**, *Delikstrechtlicher Schutz des Vermögens*, *AJP*. 1999/5, p. 511-523.

**RODIERE R.**,

– *Note sous Cass. civ. 2e*, 17 décembre 1954, *D.* 1955, p. 269 et s.

– *Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ?* *D.* 1952, p. 79-84.

**ROGER M.**, *La réforme du délai de prescription de l'action civile*, *D.* 1981, *chron.* p. 175.

**ROSENFELD E. & BOUCHEZ Chr.**, *note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile*, 19 juin 2003, *GP. du 8 octobre 2003*, n°281, p. 9-13.

**ROUILLERN.**, *Devoirs précontractuels (Culpa in contrahendo) : l'identification exacte de leur violation et ses conséquences*, *Bulletin CEDIDAC n°45*, octobre 2006.

**ROUQUETTE R.**, *Les prescriptions en droit administratif*, *Droit administratif*, 2002/8-9, *chron*15, p 6-10.

**ROUQUET Y.**,

– *Recouvrement de l'indemnité d'occupation et prescription quinquennale*, *D.* 2005, *I. R.*, p. 1733.

– *Prescription applicable à l'exécution d'une condamnation à payer une créance périodique*, *AJDI.* 2005, p. 730.

**RUSQUEC E.**, *Note sous l'arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale*, 2 février 1999, *Société Sovedi France contre Société des assurances générales de France (AGF) et autres*, *GP.* 13 octobre 2000, n°287, p. 30.

**SAAS C.**, *Les héritiers face au préjudice subi par leur auteur*, *AJP.* 2008/9, p. 366-369.

**SAINT-ALARY-HOUIN C.**, *Note sous arrêts*, *Revue des procédures collectives* 2007/9, n°3, p. 144.

**SAINT-PAU J.-C.**, *JCL Civil*, article 1146 à 1155, (2004), *fasc. 11-30*, *Droit à réparation*, *Exonération de la responsabilité contractuelle. Inexécution imputable à une cause étrangère.*

**SAINT-ROSE J.**, *conclusions sur Ass. pl.* 17 novembre 2000, « *Perruche* », no99-13701, *BICC n°526* du 15 décembre 2000.

**SALEH S. & SPINELLI J.**, *La Haute juridiction écarte une nouvelle fois l'application de l'obligation de modérer le dommage en droit français de la responsabilité délictuelle*, *note sous Cass. civ. 2e*, 20 janvier 2009, n°07-20878, *GP.* 26 mars 2009, n°85, p. 10 et s.

**SANCHEZ M.**, *Vers une meilleure définition de la partie lésée par l'infraction : à propos de deux arrêts rendus par l'assemblée plénière le 9 mai 2008, Droit pénal 2008/7, p. 13-16.*

**SANDOZ S.**, *La bonne foi, pilier de notre droit privé, Recht. 2008/2, p. 47-48.*

**SARCELET D.**, *avis sur Cass. civ. 1re, 18 septembre 2008, n°06-17859.*

**SARGOS P.**,

– *Les points de départ de la prescription dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in Les désordres de la prescription, PU Rouen, 2000, Dir. P. Courbe, p. 23 et s.*

– *Rapport sur Ass. pl. 17 novembre 2000, « Perruche », no99-13701, BICC n°526 du 15 décembre 2000.*

**SAVATIER R.**,

– *Note sous Cass. civ. 2e, 9 mars 1962, D. 1962, p. 625-627.*

– *Destin du Code civil français, RIDC. 1954, p. 637-664.*

– *Note sous Cass. civ. 2e, 17 décembre 1954, JCP. 1954. II. 8490.*

– *Le dommage mortel et ses conséquences du point de vue de la responsabilité civile, RTDciv. 1938, p. 187-212.*

– *Note sous Cass. Req. 24 février 1936, DP. 1936. I. 49.*

**SAVAUX E.**,

– *Subrogation personnelle, Enc. Dalloz de droit civil, (avril 2008).*

– *Chronique de jurisprudence civile générale, Defr. 2006, p. 583-585.*

– *Chron. de jurisprudence générale, Defr. 2006, n° 15, p. 1212.*

**SCHMELCK R.**, *(av. gén.), note sous Cass. civ. 1re, 31 janvier 1973, D. 1973, p. 149-151.*

**SCHNYDER A. K.**, *article 41, in Basler Kommentar.*

**SCHWARTZ R.**, *concl. sur CE, 11 février 2005, n°257682, D. 2004. p. 1414.*

**SCHWEIZER Ph.**,

– *La preuve de la causalité, in Développements récents du droit de la responsabilité civile, colloque international de Genève, 1990, O. GUILLOD (dir.), Zurich 1991 p. 173-201.*

– *Œ O. GUILLOD, chronique de droit suisse, RTDciv. 1992, p. 218-219, no10.*

**SCHWENZER I.**, *Der schweizerische Entwurf zur Reform des Haftpflichtrechtes. Eine kritische Stellungnahme. In La responsabilité civile européenne de demain, B. WINIGER (dir.), Bruylant, 2008, p. 77-105.*

**SECRETAN R.**, *Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse, RDS.1949, p. 183-203.*

**SENFERS F.**, *Préjudice réparable (juin 2003), in Encyclopédie Dalloz de la responsabilité de la puissance publique.*

**SERIAUX A.**, *Responsabilité civile*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, éd. Lamy-Puf, Paris, 2003, p. 1353 et s.

**SEUBE J.-B.**, *Note sous Cour de cassation, Assemblée Plénière, 6 octobre 2006, RDC. 2007, p. 379-383.*

**SEYSEN-GUERIN D.**, *Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 24 janvier 2006, consorts de X. contre consorts Y., pourvoi numéro 03-11.889, GP. 4 août 2006, n°216, p. 30-34.*

**SIMON D.**, *obs. sous CJCE 9 septembre 2008, FIAMM, aff. C-120/06P, Europe 2008, comm. n°35.*

**SLIM H.**,

– *Responsabilité professionnelle des avocats aux Conseils, JCP. 2007. EG. act. 211.*

– *Responsabilité professionnelle des avocats aux Conseils, Procédures 2007/6, alerte 22.*

– *Approche comparative de la faute dans la responsabilité civile extra-contractuelle, RCEA. 2003/6, p. 59-65.*

– *Recherches sur la responsabilité du fait d'autrui en droit comparé, RCEA.2000/11, no spécial, p. 52-62.*

**SOHM-BOURGEOIS A.-M.**, *Prescription extinctive, Enc. Dalloz de droit civil, mars 2002.*

**SOMMER J.-M. & NICOLETTI C.**, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, Deuxième Chambre civile, D. 2008, p. 648.*

**SOUSSE M.**, *De la responsabilité environnementale, Revue Environnement, 2008/11, études, p. 9-16.*

**SOUTYP.**, *La prescription trentenaire doit disparaître, GP. 1948. I, p. 43.*

**STARK E. W.**,

– *Gedanken zur Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung bei den Gefährdungshaftungen, Festschrift E. DEUTSCH, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Rome, München, 1999, p. 349-360.*

– *Zur Frage der Schädigungen ohne Vermögensnachteile, Mélanges M. KELLER, pour son 65e anniversaire: Contributions de droit de la famille, des tutelles, des obligations, de droit international privé, de procédure, de droit de la banque, de droit des sociétés et des entreprises, d'histoire du droit et de droit fiscal, Peter FORSMOSER (dir.), Schulthess, Zurich, 1989, p. 311-322.*

– *Die "Perte d'une chance" im schweizerischen Recht, O. GUILLOD (éd.), Développements récents du droit de la responsabilité civile, colloque international de Genève, 1990, Zurich 1991 p. 101-109.*

**STOFFEL-MUNCK Ph.**,

– *Chron. Responsabilité civile : JCP. 2007. EG. I. 185, n° 4.*

– *Chron. JCP. 2006. EG. I. 166, n°17.*



**SUDRE F.**, *Le « droit au respect de ses biens » au sens de la convention européenne des droits de l'Homme*, in *La protection du droit de propriété par la CEDH, Colloque Paris, 26 mai 2004, Institut des Droits de l'Homme des avocats européens, Bruylant, Bruxelles, 2005*, p. 1-18.

**TAISNE J.-J.**, *JCL. civ. Art. 2270 à 2278, fasc. 100.*

**TALLON D.**,

- *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, RTDciv.1994, p. 223 et s.
- *Pourquoi parler de faute contractuelle ? Mélanges G. CORNU : Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu, textes réunis et publiés par J. BEAUCHART et P. COUV RAT, Paris, PUF, 1994*, p. 429-439.

**TAVERNIER P.**, *La convention européenne des droits de l'Homme et la distinction droit public - droit privé*, Mélanges M.-A.EISSEN, *Liber Amicorum*, Bruylant & LGDJ, Bruxelles & Paris, 1995, p. 399-413.

**TERCIER P.**,

- *Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile*, RDS. 1995, p. 1-28.
- *Cent ans de responsabilité civile en droit suisse*, in *Mélanges en l'honneur du centenaire du Code des obligations*, dir. H. Peter, E. W. Starck, P. Tercier, éd. Universitaires de Fribourg, 1982, p. 203-226.
- *La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile (A propos de deux arrêts récents du Tribunal fédéral)*, *Festschrift P. JÄGGI*, Presses universitaires de Fribourg, 1977, p. 239-271.
- *La réparation du tort moral : crise ou évolution ? Mélanges H. DESCHENAUX, pour son 70e anniversaire*, Presses universitaires de Fribourg, 1977, p. 307-328.

**THÉRY Ph.**, *La poursuite de l'exécution d'un titre exécutoire est régie par la prescription de droit commun de trente ans*, *Deffr.* 2006, p. 191 et s.

**THÉVENAZ A.**, *La déclaration de renonciation à se prévaloir de la prescription*, Mélanges P. TERCIER, *Figures juridiques. Mélanges dissociés pour Pierre Tercier*, dir. P. Gauch & P. Pichonnaz, Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2008.

**THIRIAU J.-L.**, *Droit français*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND & S. RIALS, éd. Lamy-PUF, Paris, 2003.

**THULLIER B.**, *Responsabilité civile du préposé auteur d'une infraction pénale*, D. 2002, p. 2117.

**TIMSIT G.**, *Système*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, éd. Lamy-Puf, Paris, 2003, p. 1462-1465.

**TOUFFAIT A. & TUNCA.**, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la cour de cassation*, RTDciv. 1974, p. 487-508.

**ULKENS F.**, *Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, *Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 2, p. 1605-1626.

**TUNCA.**,

- *14 ans après : le système d'indemnisation Néo-Zélandais*, RIDC. 1989, p. 139-144.
- *Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux*, Recueil d'Etudes en hommage à M. ANCEL, *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, tome 1 : études de droit privé, de droit public et de droit comparé, éd. Pédone, Paris, 1975, p. 407-415.
- *Obs. sous TGI de Caen, 30 octobre 1962* : RTDciv. 1963, p. 93-95.
- *Obs. sous Cass. civ. 1re, 16 janvier 1962*, RTDciv. 1962, p. 316-317.

**VAN BOOM W. & PINNAA.**, *Le droit de la responsabilité civile de demain en Europe. Questions choisies*, in *La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens*, B. WINIGER (dir.), Bruylant, Schulthess, Zurich, Bâle, 2008, p. 261-277.

**VAN LANGA.**, *Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité*, AJDA. 2005 p. 1760 et s.

**VERGNOU E.**, *Aspects du Code d'Hammurabi et du "Droit Sacré" d'Israël*, in *Le droit, sous la dir. de N. ZUNQUIN*, éd. Bréal, Paris, 1998, p. 73-87.

**VERNENGO R. J.**, *Le droit est-il un système ?* APD. 1991, tome 36, p. 253-264.

**VIAL-PEDROLETTI B.**, *Indemnité d'occupation : prescription applicable*, *Loyers et Copropriété* 2005/10, comm. 167.

**VIANDIERA.**, *Les modes d'interversion des prescriptions libératoires*, JCP. 1978. EG. I. 2885, p. 2885 et s.

**VIGNON-BARRAULTA.**, LPA. 8 octobre 2007, n°201, p. 7 et s., note sous Cass. civ. 2e, 26 octobre 2006, n°04-11665.

**VILLEY M.**, *Esquisse sur le mot responsable*, in *La responsabilité*, APD. 1977, n°22, p. 45-58.

**VINCENT J.** *L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive*, RTDciv. 1939, p. 601-683.

**VINEY G.**,

- *La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle*, D. 2006, p. 2825.
- *La force majeure : une définition spécifique à la matière contractuelle ?* RDC. 2006, p. 1207.
- *Responsabilité civile*, JCP. EG. 2005. I. 132.

- Obs. G. VINEY, JCP. EG. 2004. I. 101, n° 9.
- Obs. sous Cass. civ. 2e, 19 juin 2003, n°01-13289, JCP. EG. 2004. I. 101, n° 9.
- Obs. JCP. 2002. EG. I. 124, n°7.
- *La responsabilité contractuelle en question*, Mélanges J. GHESTIN, *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat audébut du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2001, p. 921-947.
- *Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ?* RCEA. hors série, 2000/11, p. 31-35.
- *L'article 1382 du Code civil traduit une « exigence constitutionnelle »*, JCP. EG. 2000.I. 280, no50, p. 2281.
- *La responsabilité personnelle des préposés et des dirigeants sociaux*, JCP. 1998, EG I.181, n°25 et s.
- *Note sous Cass. civ. 2e, 22 mai 1995, n°92-21191 et n°92-21871*, JCP. EG. 1995. I. 3893, n°5 et s.
- *Note sous Cass. com. 14 février 1973*, D.1973, p. 562-564.
- VIRET B.**, *Les limites de la liberté contractuelle en droit suisse du contrat d'assurance*, RGAT. 1995, p. 509-518.
- VUITTON X.** *Référés*, JCL de procédure civile, fasc. 470, 2007.
- WACHSMANN P.**, *De la qualité de la loi à la qualité du système*, in Mélanges G. COHEN-JONATHAN, *Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 2, p. 1685-1705
- WAESPI O.**, *Organisationshaftung – mit ungleichen Ellen gemessen Wertungswidersprüche bei der Geschäftsherrenhaftung gemäß Art. 55 OR im Vergleich mit der Haftung aus positiver Vertragsverletzung, der Staatshaftung und der Werkeigentümerhaftung*, HAVE.2004, p. 271-281.
- WALINE J.**,
  - *L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, EDCE 1994, n°46, p. 459-477.
  - *L'influence des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit positif français*, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, *Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 2, p. 1707-1727.
- WALTER H. P.**, *Die Vertrauenshaftung : Unkraut oder Blume im Garten des Rechts ?* RDS. II. 2001, p. 79-100.
- WERRO F.**,
  - *Introduction aux articles 41-61*, in *Commentaire romand, Code des obligations*, vol. 1, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2003, p. 260 et s.

- Avec la collaboration de Anne-Catherine HAHN, Quelques remarques sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, *HAVE*. 2002, p. 14-23.
- Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, *RDS*. 1997, p. 343-388.

**WESSNER P.,**

- Les effets de la responsabilité civile dans la perspective d'une révision du code civil français : quelques observations débridées d'un juriste suisse, *RDC*. 2007. 171.
- Les responsabilités environnementales : un regard de droit suisse sur des questions choisies dans une oeuvre inachevée, in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, dir. B DUBUISSON & G. VINEY, Schulthess, Bruylant, LGDJ, 2006, p. 779-838.
- Les sanctions de l'inexécution des contrats : questions choisies, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Dir. M. FONTAINE & G. VINEY, Bruylant, Bruxelles & LGDJ Paris, 2001, p. 891-963.
- L'indemnisation du préjudice résultant de l'invalidité : une réglementation inadaptée aux jeunes lésés, *Mélanges R. JEANPRÉTRE*, éd. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1982, p. 159 et s.

**WIDMER C.,** Vertrauenshaftung — Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, *RDS*. 2001, p. 101-125.

**WIDMER P.,**

- Le projet suisse (mort-né) de réforme et d'unification du droit de la responsabilité civile, in *La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens*, B.

**WINIGER (dir.),** Bruylant, Schulthess, Zurich, Bâle, 2008.

- Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts — Brennpunkte eines Projekts, *RDS*. 1994, p. 385-410.
- Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, *RDS*. 1977, p. 417-439.

**WINIGER B.,** L'architecture de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile, *RDS*. 2001, p. 299-326.

**WINTGEN R.,**

- “Tout fait quelconque...” : le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du Code civil, *RDC*. 2007, p. 609-617.
- La prescription des obligations constatées par un acte authentique, *D*. 2006, p. 1793.
- La prescription de l'action en nullité pour dol, *D*. 2006, p. 626-628.

**WITZ C.,** Droit uniforme de la vente internationale de marchandises, juillet 2006 – décembre 2007, *D*. 2008, p. 2620 et s.

**YOSHIFUMI S.**, *Le problème du travail des enfants en Alsace au XIXe siècle : l'industriel alsacien et la loi du 22 mars 1841*, In *Histoire, économie et société*. 2006, 25e année, n°2, p. 181-193.

**YUNG W.**, *Devoirs généraux et obligations*, Mélanges W. SCHÖNENBERGER, Presses universitaires, Fribourg, 1968, p. 163-179.

**ZENATI F. & FOURNIER S.**, *Essai d'une théorie unitaire de la prescription*, RTDciv. 1996, p. 339 et s.

**ZENATI-CASTAING F.**, *La motivation des décisions de justice et les sources du droit*, D. 2007. 1553.



# MÜŞTEREK (PAYLI) MÜLKİYETTE PAY ÜZERİNDE İNTİFA HAKKI KURULMASININ DİĞER PAYDAŞLARA ETKİSİ

*(The Effect of Establishing the Right of Usufruct on Share on the  
Other Joint Owners in Joint Ownership)*

Abdülkadir ARPACI\*

## ÖZET

Müşterek mülkiyette paydaşlar, pay üzerinde sınırlı ayni haklardan mülkiyet hakkına en fazla yaklaşan ayni hak olan intifa hakkını kurabilirler. Bu çalışmada intifa hakkının kanuni ve akdi muhtevası, pay üzerinde intifa hakkı kurulması işleminin diğer paydaşlara etkisi, hukukumuza yeni Medeni Kanun ile giren ve 700. maddede ifadesini bulan düzenleme olan pay üzerinde kurulacak intifa hakkının “ortaklığın giderilmesinde etkisi” hususları değerlendirilmiştir. Bu çerçevede “pay üzerinde intifa hakkı kurulabilmesi” meselesi, eski Medeni Kanun ile yeni Medeni Kanun karşılaştırılmak suretiyle incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Müşterek mülkiyet, paydaş, paydaşların hak ve yükümlülükleri, intifa hakkı, kiracılık hakkı, ortaklığın giderilmesi, eski Medeni Kanun.

## *Abstract*

Joint owners in joint ownership can use the right of usufruct which is the real right most similar with possession right among limited real rights on share. In this study, the legal and contractual content of the right of usufruct, the effect of the transaction of establishing the usufruct right on share on other joint owners, and the effects of the right of usufruct to be established on share, which has entered into our legal system through new Civil Code and stated in 700th article, on “the elimination of joint ownership” will be evaluated. Within this frame, the matter of “the ability to establish the right of usufruct on share” is evaluated by comparing old and new Civil Codes.

**Keywords:** Joint ownership, joint owner, rights and obligations of joint owners, right of usufruct, tenancy right, elimination of joint ownership, old Civil Code.

---

\* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## I- Genel Bakış

Müşterek mülkiyette her bir paydaş, kural olarak, kendi payı bakımından bağımsız malik gibi hak ve yetkilere sahiptir. Yükümlülükler bakımından da aynı durum söz konusudur. Bunu, MK. 688/II hükmü açıkça dile getirmiştir. Diğer bir deyişle, hak ve yükümlülükler açısından her paydaşın malik sıfatını tam anlamı ile taşıdığı hususu Medeni Kanun'da açıkça belirtilmiş bulunuyor. Eski Medeni Kanun da aynı ifadeleri kullanmış bulunuyordu (eski MK. 623/III).

Şüphesiz, yukarıdaki ifademizden de anlaşılacağı üzere, söz konusu eşitliğin “kural olarak” söz konusu olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Zira, ne de olsa, müşterek mülkiyette maliklerin hak ve yetkileri, ayrıca borçları (Kanun, bunu “yükümlülük” biçiminde ifade etmektedir) bağımsız mülkiyette olduğunun aksine, birliktelikten doğan bir takım özelliklere sahiptir. Sonra, müşterek mülkiyette paydaşların mülkiyet hakları bu mülkiyet türünün özelliği gereği âdeta hukuki baskı altına alınabilmiştir. Meselâ, müşterek mülkiyet payının bir üçüncü kişiye satılması halinde diğer paydaşlara tanınmış olan yasal önalım (kanuni şuf'a) hakkı, söz konusu baskıyı (kısıtlamayı) göstermektedir (MK. 732). Keza, ortaklığın giderilmesi (şüyûun izalesi, izale-i şüyû) kurumu da (MK. 698) burada zikredilmelidir.

Müşterek malikler, işaret olunduğu üzere, haklarını kullanırken, borçlarını ifa ederken müstakil (bağımsız) malike oranla daha az özgürdürler ve keza onlar hukuki durumları itibarıyla daha baskıcı, daha sıkıcı etkilerin muhatabıdır. Bu çalışmanın konusu, sözü edilen hususları ele alıp derinlemesine incelemek değildir. Çalışmanın konusunun anlaşılabilmesi içindir ki, anılan hususlara, hem de sadece işaret edilerek yetinilme uygun bulunmuştur.

Pay üzerinde intifa hakkı kurulması işleminin diğer paydaşlara etkisini konu alan bu çalışma, aşağıda yer alacak açıklamalar sonucu anlaşılacağı üzere, müşterek mülkiyet ilişkisinin değinilen özelliğine yeni Medeni Kanun ile getirilen yepyeni bir hüküm vesilesiyle de temas etmiş olacaktır.

## II- Pay Üzerinde Kurulacak İntifa Hakkının Muhtevası (İçeriği) Bakımından Etki

İntifa hakkı Medeni Kanunumuzda ayrıntılı biçimde düzenlenen sınırlı ayni haklardan biridir. Medeni Kanunun 794. maddesiyle başlayan intifa hakkı hükümleri incelendiğinde görülür ki, bu hak sınırlı ayni haklar içinde mülkiyet hakkına en fazla yaklaşan bir ayni haktır. Bu hakkın kanuni (yasal) muhtevası, söz konusu yargıyı doğrulamaktadır (MK.803/I). Şüphesiz, intifa hakkının bir de akdî (sözleşmesel) muhtevası söz konusu olabilir. İşte, konumuzla ilgili olarak, bu iki türlü muhtevanın ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.



### **1) Kanuni (yasal) muhteva**

Değiniildiği üzere, intifa hakkı, hakkın sahibine mülkiyet hakkından sonra en fazla hak ve kudret veren sınırlı aynı haktır. Öyle ki, intifa hakkı sahibi kullanma (usus) ve ürünlerden (semere) yararlanma (fructus) yetkisi ile donatılmıştır. İntifa hakkı sahibini malikten ayıran yegâne husus tasarruf işlemidir. Diğer bir deyişle, intifa hakkı sahibi intifa konusu üzerinde tasarruf (abusus) yetkisini haiz değildir. Oysa, mülkiyette bu yetki de mevcuttur. Şunu da belirtelim ki, malikin, kural olarak, hem hukuki hem de fiili tasarrufa yetkili olmasına karşılık, intifa hakkı sahibinin intifa konusu üzerinde hukuki olduğu gibi, şeyin özüne ilişkin fiili tasarrufu da caiz değildir.

İntifa hakkı, şu halde, intifa konusu üzerinde sahibine maddi kullanma yetkisini de vermektedir. Bu yetki, kanundan doğmaktadır (MK. 794 vd). Öyleyse, pay üzerinde kurulan intifa hakkı, kanun gereği, müşterek nesne üzerinde maddi kullanmayı da mümkün kılmaktadır. Bu durum, müşterek nesnenin “fiilen” paylaşılmış olması (fiili taksim zaman esasına göre de yapılabilir) ve pay üzerinde kurulan intifa hakkının fiili paylaşmaya konu olan kısma ilişkin bulunması ihtimalinde diğer paydaşların müşterek nesne üzerindeki haklarına zarar vermeyecektir. Buna karşılık, müşterek nesne fiilen taksim edilmemişse, pay üzerinde intifa hakkı kurulmasında, intifa hakkının kanuni muhtevasında (ihtiva ettiği yetkilerde) bir değişikliğin yapılmadığı haller bakımından hukuki sıkıntı söz konusu olacağı akla gelebilir. Eski Medeni Kanunda müşterek mülkiyette pay üzerinde intifa hakkı kurulmasından söz edilmemişti. O dönemde, genel olarak, pay üzerinde intifa hakkı kurulabileceği kabul ediliyordu. Ne var ki, bunun gerekçesi olarak, intifa hakkının maddi kullanmayı “hedef almaması”nın gösterilmesi (bkz., Oğuzman/Seliçi/Ok-tay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2004, s.244) isabetli değildi. Zira, intifa hakkı, açıklandığı üzere, maddi kullanma yetkisini de içermekte ve müşterek mülkiyet payı hak niteliğini taşısa da, paydaşlık durumunun paydaşa verdiği kullanma hakkı, son tahlilde, pay üzerinde intifa hakkı sahibi olan kimseye de tanınmış olmaktadır. Demek oluyor ki, bazı yazarların (Oğuzman/Seliçi/Ok-tay-Özdemir, anılan eser, s.244, dpn.69) savduklarının aksine, payın eşya olmayıp hak niteliğini taşıması bu bakımdan önemli değildir. Paydaşlar hangi durumda iseler, pay üzerinde intifa hakkına sahip olanların durumu da, kural olarak, odur.

### **2) Akdi (sözleşmesel) muhteva**

İntifa hakkının muhtevasına ilişkin çerçeveyi çizen kanun hükümlerinin emredici olduğu söylenemez. Gerçekten, kanunun ilgili hükümlerinin sözü emredici karakterde olmadıktan başka, bu hükümlerin özü de emredicilik yönünde yorum yapılmasını haklı kılmaz (ayrıca bkz.ve krş. S. Bertan, Aynı Haklar, Cilt: 2, Ankara 1976, s. 1354). Şüphesiz, malik ile intifa hakkı sahibinin ilgili kanun hükümlerine (yedek kurallara) uymayan sözleşmeleri, geçerlilikle ilgili temel hükümlere (BK. 27; eski BK.19-20) aykırı olamayacaktır.

### 3) Muhtevanın diğer paydaşlara etkisi

Bir kere, şunu hemen söylemek gerekir ki, intifa hakkı sahibinin intifa konusu şeyi kullanma yetkisinin kanuni muhteva olarak varlığı (MK. 803/I) sebebiyle, şayet taraflar bu hükmün aksine sözleşme yapmamışlarsa, pay üzerinde intifa hakkının kurulamayacağı ilk bakışta akla gelebilir. Ne var ki, meseleye daha yakından bakılınca görülür ki, bu algı doğru değildir. Zira, müşterek mülkiyette paydaşların müşterek malı kullanma yetkileri mevcuttur (MK. 693/I). Paydaşlar, bu yetkilerini bizzat kendileri kullanabilecekleri gibi, söz konusu yetkiler intifa hakkı sahibine de bırakılabilir. Bu sebeptendir ki, pay üzerinde kiracılık hakkı tanımak da mümkün görülmelidir (aksi görüşte Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, anılan eser, s. 245; YİBK. 27.11.1946, 28/15, aynı eserden nakil). Bir payın kiraya verilmesi halinde, diğer paydaşlar, MK. 693/I'de ifade edilen ölçüye, yani kendilerinin hakları ile bağdaşma ölçüsüne uyulduğu sürece kiracının müşterek nesneyi kullanmasına, ondan yararlanmasına ses çıkaramazlar (bkz., Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.100-101). Demek ki, buradaki ölçü, diğer paydaşların hakları ile bağdaşmadır. (eski MK. 625/I'in ifadesiyle "diğer hissedarların hakları ile kabili tevfiğ olma" dır). Şüphesiz, söz konusu ölçünün her somut olayda ayrı ayrı ele alınması gerekir. Mesela, müşterek mülkiyet konusu bir ev söz konusu ise, şayet yukarıda değinilen kanuni muhtevaya akdi müdahalede bulunulmamışsa, yani intifa hakkı sahibinin kullanma yetkisi devam ediyorsa, artık pay üzerinde intifa hakkı (keza, kiracılık hakkı) kurulamaz. Çünkü, bu ihtimalde, intifa hakkı sahibi eve girip oturmak isteyecek, oysa bu şekildeki yararlanma diğer paydaşların hakları ile bağdaşmayacaktır. Gerçekten, müşterek mülkiyet ilişkisinde, herbir paydaşın hakkı müşterek şeyin tamamına yayılmıştır (şayîdir).

Görüldüğü üzere, pay üzerinde intifa hakkının kurulması bakımından bir yandan intifa hakkı sahibinin kanundan doğan yetkilerine akdi müdahale yapılıp yapılmadığı, diğer yandan da payı üzerinde intifa hakkı kurulacak müşterek nesnenin durumu, özellik ve nitelikleri nazara alınmalıdır. Aksi takdirde, MK. 693/I hükmü ihlâl edilmiş olabilir.

Acaba, yukarıdaki ölçülere dikkat edilmeksizin bir pay üzerinde intifa hakkı kurulmak istenirse, söz konusu intifa hakkının geçerli olarak kurulamayacağı söylenebilir mi? Bu sorunun cevabı olumsuz olmalıdır. Zira, aksine bir sonuca varmak, özellikle taşınmazlar bakımından tapu memurlarına hukukî muhakemeler yürütme görevi de vermek anlamını taşıyacaktır. Bize kalırsa, intifa hakkının söz konusu halde de geçerli olarak kurulduğu kabul edilmeli, ancak, diğer paydaşların intifa hakkı sahibinin kendi haklarına ilişkin kullanım talep ve girişimlerine karşı çıkabilecekleri, gerekirse müdahalenin önlenmesi davası yoluna başvuruabilecekleri sonucuna varılmalıdır.

### **III- Pay Üzerinde Kurulacak İntifa Hakkının Ortaklığın Giderilmesinde Etkisi**

Bu başlık altında, hukukumuzda yeni Medeni Kanun ile giren ve MK. 700 hükmünde ifadesini bulan düzenlemeyi ele alacağız.

Anılan hüküm aynen şöyledir: “Bir paydaşın kendi payı üzerinde intifa hakkı kurması halinde, diğer paydaşlardan biri intifa hakkının kurulduğunun kendisine tebliğinden başlayarak üç ay içinde paylaşma isteminde bulunursa; satış yoluyla paylaşmada intifa hakkı, buna ilişkin paya düşecek bedel üzerinde devam eder”.

Bu hükümlerle, bir paydaşın pay üzerinde intifa hakkı kurmasının diğer paydaşlara ortaklığın satış suretiyle giderilmesinde zarar vermesinin önüne geçilmesi istenmiştir. Gerçekten, pay üzerinde intifa hakkı varsa, satış suretiyle paylaştırmada, alıcı, ihale konusu nesneyi intifa hakkı ile yüklü olarak iktisap edeceğinden (İİK. 125/I; YİBK. 14.3.1960,1/3, Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği, Ankara 2008, s.125, dpn.72) ve intifa hakkı ile yüklü nesnenin satışta cazibesinden genellikle bahsedilemeyeceği açık olduğundan, intifa hakkı yüzünden diğer paydaşların zarara uğrayacaklarında tereddüt edilemeyecektir. Bu durumun âdil olmadığı ortadadır. İşte Kanun, bu olumsuzluğa çare aramış ve MK.700 hükmünü getirmiştir.

Ne var ki, bu hükmün uygulanabilmesi bakımından sıkıntılar olduğu hemen söylenmelidir. Zira, bu hükme göre, diğer paydaşlardan biri, pay üzerinde intifa hakkı kurulduğunun kendisine tebliğinden itibaren üç ay içinde paylaşma isteminde bulunduğu taktirdedir ki, satış suretiyle paylaşmada müşterek nesne intifa hakkı yokmuş gibi satılacak ve böylece bir paydaş yüzünden diğerleri zarar görmemiş olacaktır. Ancak, pay üzerinde intifa hakkı kurulduğu şâyet diğer paydaşlara tebliğ edilmezse ne olacağı Kanunda belirtilmemiştir. Bundan başka, tebliğin kim tarafından ve nasıl yapılacağı da belli değildir. Derhal ifade edelim ki, hayatın normal akışı ve müşterek hayat deneyleri, bize, bu tebliğin hiç yapılmayacağını kolaylıkla göstermektedir. Gerçekten, intifa hakkını tesis eden paydaşın bu tebliğde hiçbir çıkarı bulunmadığı gibi, onun tebliğ için zaman ve para sarfedeceğini beklemek de gerçekçi olmayacaktır. Diğer yandan, pay üzerinde lehine intifa hakkı kurulan kimse bakımından dahî söylenecekler farklı değildir. Öyleyse, tatbikatta MK.700’ün söylediği tebliğ aslâ gerçekleşmeyecektir. Pay üzerinde intifa hakkı kurulduğunun diğer paydaşlara tebliğ edilmemesi bir yaptırıma da bağlanmamıştır. Görülüyor ki, hüküm bu konuda son derece yetersizdir.

Kanunun bu yetersizliği karşısında şu soruların sorulması mukadderdir: Aca- ba, diğer paydaşlar pay üzerinde intifa hakkı kurulduğunu bir şekilde öğrenmişlerse, söz konusu üç aylık süre onlar için öğrenmeden itibaren mi işleyecektir? Sonra, bu bakımdan, aksi ispat edilinceye kadar ilgilinin beyanı ile mi yetinilecektir? Aca- ba, pay üzerinde intifa hakkı kurulduğu diğer paydaşlara tebliğ edilmediği sürece

ve hiçbir süre sınırlaması söz konusu olmaksızın diğer paydaşların ortaklığın giderilmesini istemiş olmaları, MK.700'ün varmak istediği noktaya onları götürmeye yetecek midir? Buradaki üç aylık sürenin hukuki niteliği nedir? Diğer bir deyişle, bu süre hâkim tarafından re'sen (görevden ötürü) nazara alınacak mıdır?

Görülmektedir ki, MK.700 hükmü de, yeni Medeni Kanunla getirilen birçok hüküm gibi uygulanma kabiliyeti ve keza sonuçları inceden inceye düşünülmeden sevk edilmiştir.

Kanaatimizce, burada, pay üzerinde intifa hakkı kurulduğunun bir biçimde öğrenilmiş olmasını, konuya ilişkin beyana da itibar ederek, söz konusu sürenin işlemeye başlaması için yeterli görmekten başka çâre yoktur. Şüphesiz, öğrenme tarihine ilişkin beyanın aksi, intifa hakkı sahibi tarafından ispat edilebilecektir. Kanundaki sürenin hak düşürücü süre olduğu ve dolayısıyla hâkim tarafından re'sen nazara alınacağı da söylenebilir. Kanunun amacı bunu gerektirir.

Esasen, en doğrusu, MK.700 hükmünü değiştirmek ve söz konusu tebliğ işleminin yapılmasını taşınmazlarda tapu memuruna yüklemektir. Pay üzerinde intifa hakkı taşınmazlarda tapuda yapılacak işlemlerle gerçekleşeceği için (MK.795/I), tebliğ işleminin tapu memuruna görev olarak verilmesi hem gerçekçidir, hem de pratik bir çözümün ifadesidir. Görevini yapmayan tapu memuru sorumlu olacağından, tebliğ etmemenin yaptırımı da bu yöntemin bünyesinde mevcuttur. Taşınırlara gelince; hemen belirtelim ki, taşınmazlar bakımından Kanunun düzeltilmesi, konuya ilişkin problemin çözüme kavuşmuş sayılması için yeterli görülmelidir. Şunu söylemek istiyoruz ki, pay üzerinde intifa hakkı kurulmasının örneklerine hemen hemen daima ve sadece taşınmazlarda rastlanacaktır. Öyleyse, MK.700 hükmüne sadece yukarıdaki yöntemi yansıtan hüküm konulması yeterlidir. Madem ki, "hüküm eksere göredir"; o halde, taşınmazlar dışında kalan müşterek mülkiyet hallerini ihmal edebiliriz.

Nihayet, MK.700 hükmünün aradığı şartların gerçekleşmesi halinde, pay üzerinde intifa hakkı sahibi olan kimsenin intifa hakkının, ilgili paya düşecek satış bedeli kısmı üzerinde devam edeceği, yani, artık o bedel üzerinde kurulmuş bir intifa hakkının mevcut olacağı belirtilmelidir.

#### IV- Sonuç

Görüldüğü üzere, müşterek mülkiyette pay üzerinde intifa hakkı kurulmasına hiçbir hukukî engel yoktur. Bu sonuca, yeni Medeni Kanun'dan önceki dönemde de varılabiliyordu. Yeni Kanun, bunu açık bir hükümle mümkün görmüştür.

Söz konusu MK.700 hükmü, bir paydaşın payı üzerinde kurduğu intifa hakkının satış suretiyle paylaşma aşamasında diğer paydaşlara zarar vermemesini teminen getirilmiş bir düzenlemedir. Öyle ki, bu düzenleme sayesinde, mahkeme kararı

ile satışa çıkarılan müşterek nesne, bazı şartlarla, üzerinde intifa yükü yokmuş gibi paraya çevrilebilecek, böylece diğer paydaşlar, müşterek mallarının hak ettiği bedel ile satılması imkânına kavuşabileceklerdir. Öte yandan, yine bu hüküm uyarınca, intifa hakkı sahibi de, söz konusu hak, ilgili paya düşen satış bedeli üzerinde devam edeceği içindir ki, zarar görmeyecektir. Hiç değilse bu durumda, intifa hakkı sahibinin zararı tolere edilebilecek nitelikte olacaktır.

Ne var ki, pay üzerinde intifa hakkı kurulduğunun diğer paydaşlara tebliğinin istenmesi ve açıklanan çözümün gerçekleşmesinin bu tebliğden itibaren üç ay içinde paylaşma talebinde bulunulmasına bağlanması yüzünden MK.700 hükmünün uygulanması noktasında hukuki sıkıntılar yaşanacaktır. Bu da gösteriyor ki, problemlerin sadece kanun yaparak çözümleneceğini sanmak çok yanlıştır. Önemli olan, yapılan kanunun uygulanma kabiliyetidir.



# DİNİ DEĞERLERİ AŞAĞILAMA SUÇU (TCK m.216/3)

## *(Crime of Insulting Religious Values)*

Mehmet Emin ARTUK\*  
Mehmet Emin ALŞAHİN\*\*

### ÖZET

Bu çalışmada, 5237 sayılı TCK'nun 216 ncı maddesinde yer alan dini değerleri aşağılama suçu incelenmiştir. Maddede halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişinin, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu barışı, din, aşağılama, Ceza Hukuku, suç

### *Abstract*

In this study, the crime of insulting religious values which takes place in the Article 216 of Turkish Penal Code, was examined. In this article, Any person who publicly disrespects the religious belief of group is punished with imprisonment from six months to one year if such act causes potential risk for public peace.

**Keywords:** Public peace, din, insult, Criminal Law, crime

### 1- Giriş

Din, inanç ve vicdan özgürlüğü kişilere tanınmış temel hak ve hürriyetlerden olup, gerek ulusal gerek uluslararası normlarda açıkça düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 9 uncu maddesinde; "1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da baş-

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

kalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir” denilmektedir.

Din ve vicdan hürriyeti 1982 Anayasası'nın 24 üncü maddesinde; “ Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz” şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, gerek AİHS, gerek 1982 Anayasasında kişilerin din ve vicdan hürriyetinden bahsedilmiş, herkesin bir diğersinin inancına saygılı olması gerektiğine işaret edilmek istenmiştir. Buna göre, kişiler inanç özgürlüğüne sahip olmakla birlikte, bunu yerine getirirken farklı inanç sistemini benimseyenlere de saygı göstermek zorundadır.

Din ve vicdan hürriyetinin koruma altına alınabilmesi için, “din suçları”<sup>1</sup> kanunlarda düzenlenerek yaptırım altına alınmışlardır.

Mukayeseli hukuk incelendiğinde; din suçlarının ya bağımsız bir bölümde ya da başka suçların arasında düzenlendikleri görülmektedir<sup>2</sup>.

Örneğin 17.8.1950 tarihli Yunan CK'nun “Dini Huzurun İhlali” başlıklı babında (m.198-201); 1930 tarihli İtalyan CK'nun 2. Kitabının “Dini hisler ve ölümlere saygı aleyhine cürümler” başlıklı babında (402-413); 23.01.1974 tarihli Avusturya CK'nun “Dini huzur ve ölümlerin istirahati aleyhine cezayı gerektiren fiiller” başlıklı babında (m.188-191), 7.12.1990 tarihli Brezilya CK'nun “Dini hislere karşı cürümler” (m.208) ve “Ölümlere duyulması gereken hürmetin ihlali” (m.209-212) başlıklı bablarında, Federal Alman CK'nun “Din ve dünya görüşüne ilişkin suçlar” başlıklı babında (m.166-168) din suçları bağımsız bir biçimde düzenlenmiştir.

<sup>1</sup> Doktrinde din suçları, gerçek (vicdan ve ibadet hürriyeti aleyhine suçlar) ve görünüşte (ölüler ve mezarlıklar hakkında işlenen suçlar) din suçları şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bkz. **Önder, Ayhan**, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994, s.4.

<sup>2</sup> Bkz. **Artuk, Mehmet Emin**, Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler, İBD, C:71, S:7-8-9, 1997, s.468 vd.



Buna karşılık din suçları, 1930 Danimarka CK (m.139-140), 1881 Hollanda CK (m.145-151) ve 21.12.1962 İsveç CK (Bap 16, m.4, 10)'da “kamu düzeni aleyhinde işlenen suçlar” arasında, 1937 İsviçre CK (m.261-262)'da “kamu huzuru aleyhinde işlenen cürüm ve cünhalar” arasında, 1927 Kanada CK, 1881 New York CK'da “din, ahlak, kamu düzeni” aleyhindeki fiiller arasında düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'ya bakıldığında, 765 sayılı TCK'nun aksine “din hürriyeti aleyhine işlenen suçlar” başlıklı bir bölüme yer verilmediği görülmektedir.

5237 sayılı TCK'nun “Hürriyete Karşı Suçlar” bölümünde 115 inci maddede, “İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme”; “Malvarlığına Karşı Suçlar” bölümünde 153 üncü maddede; “İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme”; “Kamu Barışına Karşı Suçlar” bölümünde 216 nci maddenin 3 üncü fıkrasında; “Dini değerleri aşağılama” suçlarına yer verilmiştir.

5237 sayılı TCK'nun 216 ncı maddesi üç fıkradan oluşmakta olup, her bir fıkroda ayrı suç tiplerine yer verilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında “halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik”, ikinci fıkrasında “halkın bir kesimini alenen aşağılama”, üçüncü fıkrasında ise “halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılama”<sup>3</sup> suçları düzenlenmiştir.

216. maddenin 1. fıkrasında yer alan halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçunun 765 sayılı TCK'daki karşılığını 312/2; 2. fıkrasında düzenlenen halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun 765 sayılı TCK'daki karşılığını 312/3. madde oluşturmaktadır.

İnceleme konumuz olan “halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılama” suçunun 765 sayılı TCK'da tam karşılığı bulunmamakla birlikte, 175/3. maddesinde benzer bir düzenleme yer almaktaydı<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Doktrinde maddenin üçüncü fıkrasında yer alan suçun “halkın bir kesimini benimsediği dini değerlerden dolayı aşağılama” olduğu belirtilmiştir. Bkz. **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 5. Cilt, Madde 197-251, 2. Baskı, Ankara 2014, s.6557.

<sup>4</sup> Nitekim Yargıtay da 765 sayılı TCK döneminde işlenen suçlar yönünden 765 sayılı TCK'nun 175/3 üncü maddesi ile 5237 sayılı TCK'nun 216/3 üncü maddesinin somut olaya uygulanarak lehe olan hükmün tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. “...*sanığın eyleminin, 765 sayılı TCY'nin 175/3 madde ve fıkrası ile suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nin halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama başlıklı 216. maddesinin 3. fıkrasına temas ettiğinin anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCY'nin 7/2 ve 5252 sayılı Yasanın 9/3. madde ve fıkraları uyarınca 765 sayılı TCY ile 5237 sayılı TCY'nin ilgili bütün hükümlerinin olaya ayrı uygulanıp karşılaştırılması suretiyle sanık yararına olan yasa belirlenerek hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, eylemin suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nde karşılığı bulunmadığından suç oluşmadığı biçiminde yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi...*” yasaya aykırıdır. Yarg. 4.CD.'nin 13.02.2008 tarih ve 8084/1478 sayılı kararı. Karar için bkz. **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, TCK Şerhi, Özel Hükümler, C:4, Ankara 2009, s. 4425, 4426.

765 sayılı TCK'nun 175 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında; *“Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve onbeş bin liradan yetmişbeşbin liraya kadar ağır para cezası verilir”* denilmektedir.

Mukayeseli hukuka bakıldığında; Alman Ceza Kanunu'nun “Din ve dünya görüşü ile ilgili suçlar” başlıklı onbirinci bölümünde 166 ncı maddede<sup>5</sup>; *“(1) Her kim, alenen veya yazı yayarak, kamusal barışı bozmaya elverişli bir şekilde, bir başkasının din veya dünya görüşüne ilişkin inanç veya görüşlerine sövse, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Her kim, alenen veya yazı yayarak, yurt içinde mevcut bir kilise veya diğer bir dini cemaati veya dünya görüşü topluluğunu, bunlara ait kuruluşları veya bunların adetlerini, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde sövse, aynı ceza ile cezalandırılır”* denilmektedir.

1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun 141 inci maddesinde; *“Her kim, devletçe tanınmış dinlerden birini tahkir maksadıyla o dinin mutekidini (itikad eden, inanan) alenen tezyif ederse müddei şahsinin müracaatı üzerine bir seneye kadar hapis ve yüz lireden üç bin lirete kadar para cezası ile cezalandırılır”* denilmektedir<sup>6</sup>.

Görüldüğü gibi, 1889 İtalyan Ceza Kanununda, aşağılamanın “devletçe tanınmış dinlerden birine” karşı olması aranmıştır.

Devletçe tanımış din; devlet tarafından yasaklanmayan, kamu düzenine ve ah-laka aykırı olmayan dindir<sup>7</sup>. Buna göre, kanunun koruma altına aldığı dinin devlet tarafından resmen ve açıkça tanınmış olması şart değildir. Önemli olan devletin söz konusu dini yasaklamamış olmasıdır<sup>8</sup>.

1889 İtalyan CK'da suçun oluşabilmesi için tahkir maksadıyla işlenmesi aranmıştır. 1889 İtalyan Ceza Kanununun hazırlanması sürecinde suç tipinde yer alan ve suçun tahkir maksadıyla işlenmesine ilişkin ibarenin kaldırılması talep edilmiş, ancak adi tahkir ile söz konusu suç arasında fark kalmayacağı için talep reddedilmiştir<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> **Yenisey, Feridun-Plagemann, Gottfried**, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul 2009, s.235, 236.

<sup>6</sup> **Majno**, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.:2, Ankara 1978, s.90.

<sup>7</sup> **Gözübüyük, Abdullah Pulat**, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi C.:II (Hususi Kısım-Cürümler), (Madde 125-281) 5. Bası, İstanbul tarihsiz, s.417.

<sup>8</sup> **Majno**, s.88, 89.

<sup>9</sup> **Blz. Majno**, s.89.

1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun 141 inci maddesinden söz edilebilmesi için, aşağılanmanın belli bir şahsa yönelik ve aleni olması aranmaktadır<sup>10</sup>.

İnceleme konusu suç, 1930 İtalya Ceza Kanunu'nun 724 üncü maddesinde<sup>11</sup>; *“Her kim aleni olarak tabrik edici sözlerle veya hareketlerle tanrıyı veya devlet tarafından benimsenen dindeki sembolleri veya şahısları aşağılarsa, yirmibinden altıyüzbin lirete kadar para cezası ile cezalandırılır”* şeklinde düzenlenmiştir.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 261 inci maddesinde<sup>12</sup> ise; *“Her kim, aleni ve açık bir şekilde başkasının dini inancını, özellikle Allah'a olan inancını tahkir veya dini inancıyla alay ederse veya dine göre mukaddes sayılan şeylere saygısızlık ederse, 6 aya kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır”* denilmektedir.

İnceleme konusu suç tipi, 5237 sayılı TCK'nun 2. Kitabının 3. Kısımının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı 5. Bölümünde düzenlenmiştir. Maddede; *“(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* denilmektedir.

Aşağıda 5237 sayılı TCK'nun 216 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılama suçu incelenecektir.

## 2- Korunan Hukuki Değer

Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin aşağılanması sonucunda, bu kesim kendisini dışlanmış hissedeceğinden ve bu duygu ile yeni suçlara yönelip, aşağılayan kesime karşı düşmanca hisler besleyebileceğinden, bu suç tipi ile halkın bir kesiminin diğer kesimine karşı kin ve düşmanlık duymasının önüne geçilmek istenmektedir. Böylece kamu barışını korumak amaçlanmaktadır<sup>13</sup>.

Aynı zamanda maddede dinler arasında herhangi bir ayırım gözetilmemiş<sup>14</sup>, bütün dinlere aynı mesafede davranılmış olduğu için, din hürriyeti de korunmuş

<sup>10</sup> Majno, s.91.

<sup>11</sup> Riz, Roland-Bosch, Johanna, Italienisches Strafgesetzbuch, Bozen 1995, s.501.

<sup>12</sup> Donatsch, Andreas, StGB ,schweizerisches Strafgesetzbuch, Zurich 2004, s.359.

<sup>13</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.6543. Bu suç ile Allah'a, Peygamber'e, kutsal kitaplara, imana, dine ve dince kutsal sayılan değerlere küfür, hakaret ve tezyifin önleneyeği, aksi takdirde Allah'a, peygamberlere ve mukaddes değerlere inanmış, insanlarda derin yaralar açılacağı, böylece inanç ve kanaat hürriyetinin korunmak istendiği belirtilmiştir. bkz. Antalya Milletvekili Ali Dizdaroğlu, TBMM Tutanak Dergisi, 1987, 17. Dönem, 4. Yasama Yılı, 108. Birleşim, s.130.

<sup>14</sup> 765 sayılı TCK'nun 175 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında, “Devletçe tanınmış olan dinlerden birinin” aşağılanması yaptırım altına alınmıştı. Maddede 3255 sayılı Kanun ile değişikliğe gidilmiş ve “Semavi Dinlerin” aşağılanması cezalandırılmıştı. Anayasa Mahkemesi'nin 04.11.1986 tarih ve 1986/11-26 sayılı kararı ile 175 inci madde iptal edilmiş, maddede iptal kararı doğrultusunda değişikliğe gidilerek “Semavi Dinler” yerine “Dinler” ibaresi kullanılmıştı. Bu konuda bkz. Artuk, s.473 vd.

olmaktadır<sup>15</sup>. Diğer bir ifade ile aşağılanan dini değerlerin hangi dine ait olduğunun suçun oluşumu için bir önemi bulunmamaktadır.

Maddede dini değerlerin aşağılanması yaptırım altına alındığı için, ilk bakışta suç tipi ile sadece dini değerlerin muhafaza altına alındığı anlaşılabilir. İse de, burada o dine mensup olanların dini duyguları<sup>16</sup> ve din hürriyeti de korunmaktadır. <sup>17</sup>

TCK'nun 216 ncı maddesinin 3 üncü fıkrası ile kişilerin dini değerlere yönelik hisleri korunarak, din duygularının incitilmemesi de amaçlanmaktadır<sup>18</sup>.

### 3- Suçun Maddi Unsurları

#### a- Fiil

Suçun hareket kısmı, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılamaktır.

Aşağılamak sözlükte, küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek anlamına gelmektedir<sup>19</sup>. Aşağılama fiili, 5237 sayılı TCK'nun 301 inci maddesinin gerekçesinde; "*suçun konusunu oluşturan değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik davranış*" şeklinde tanımlanmıştır.

Aşağılamak, tahkir ve tezyife ya da hakarete göre daha hafif bir saldırı teşkil etmektedir. Aşağılamak, değer vermemek, önemsiz, anlamsız, gereksiz ve yararsızlığını belirterek, kişilerdeki saygı ve güven duygularını sarsmaktadır<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> **Majno**, s.90. Doktrinde, devletin düzenlemelerinde bir düşüncenin veya kanaatinin kendisini, "yakın tehlike yaratmadıkça" ve "ifadesi, yani ifadenin kendisi şiddete yer vermedikçe"; ırk, din veya mezhep kavgasını tahrik etmedikçe; taraf tutarak; ahlakçılık yaparak; tanımı, kapsamı ve sınırı belirsiz "milli, manevi değerler" kavramına sığınarak; kamu düzenini bahane ederek, doğrudan veya dolaylı, yaşamın konusu yapmak, suç saymak alışkanlığından vazgeçmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. **Hafizoğulları, Zeki**, Türkiye Cumhuriyet Devletinin Tarafı Olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Laiklik, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti, Ankara Barosu Dergisi, 2012/1, s.173.

<sup>16</sup> Yargıtay CGK'nun 09.02.1948 tarih ve 160/64 sayılı kararında; dava konusu "*yazı ile hissiyatı diniyenin tahkir ve tezyif edilmiş*" olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. **Erem, Faruk**, Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti, AÜHF.M., C.:VIII, S.:3-4, Ankara 1951, s.72.

<sup>17</sup> *Erem*, bu suç ile korunan dini hisler korunmak istendiği için, suçun 765 sayılı TCK'da hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlenmesini eleştirmektedir. **Erem**, s.72.

<sup>18</sup> "*765 sayılı TCK'nın 175. maddesi ile korunan hukuki yarar; Allâh, din, peygamber, kutsal kitaplar, mezhepler değil, kişilerin bu kavramlara yönelik dini hisleridir. Kuşkusuz kişi, bu kavramlarla ilgili düşüncelerini açıklayabilir, eleştirebilir. Ancak, bunu yaparken göz önünde tutulması gereken husus, başka kişi veya kişilerin din duygularının incitilmemesidir. Zira kimsenin başkasının kutsal saydığı kavramlara saygı duygusunu incitmeye hakkı olamaz.*" Yarg. 4. CD.'nin 10.07.1996 tarih ve 1676/6424 sayılı kararı. Karar için bkz. **Malkoç, İsmail-Güler, Mahmut**, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu. Özel Hükümler, C.:II, Ankara 1996, s. 1310.

<sup>19</sup> <http://www.tdk.gov.tr>. Erişim tarihi: 12.01.2014.

<sup>20</sup> **Malkoç, İsmail**, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler (170-345), İkinci Cilt, Ankara 2006, s1442.

Failin eyleminin aşağılama olup olmadığının tespitinde toplumun algısı, dini değerleri aşağılanan halk kesiminin tahammül seviyesi de göz önünde bulundurulmalıdır.

Suçun maddi unsuru ile ilgili bir diğer şart ise, “aleniyet”dir. “Aleniyet” sözlük anlamı olarak; “1-Bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması, 2-Her şeyin zahir hali, dış görünüşü” demektir<sup>21</sup>.

Aleniyet, kalabalık sayıda eşhasın aşağılamaya muttali olmalarını mümkün kılan herhangi elverişli bir vasıtanın kullanılması halinde mevcut sayılır<sup>22</sup>. Kanaatimizce, yerin niteliği aleniyetin kabulü bakımından önemsizdir, özel bir yer de aleniyet unsurunun gerçekleşmesine müsait olabilir. Önemli olan eylemin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir bir mahiyette bulunmasıdır<sup>23</sup>.

Yargıtay kararlarında, “Umuma açık yolun üzerinde”<sup>24</sup>; “Sokakta”<sup>25</sup>; “Hastane acil servis kapısının önünde”<sup>26</sup>; “Köy odasında”<sup>27</sup>; “Kahvehanede”<sup>28</sup>; “Site bahçesi içerisinde”<sup>29</sup>; “Herkes açık yargılama sırasında mahkeme salonunda”<sup>30</sup>; “Karakol binasında”<sup>31</sup>; “Camide”<sup>32</sup> suç işlenmesi durumunda aleniyetin varlığı kabul edilmektedir<sup>33</sup>.

Buna karşılık Yargıtay, “Karakol amirinin odasında”<sup>34</sup>; “Sınav salonunda”<sup>35</sup>; “Okul dersliğinde”<sup>36</sup>; “Cezaevi müdürünün odasında”<sup>37</sup>; “Cezaevi koridorunda”<sup>38</sup>;

<sup>21</sup> Bkz. **Devellioğlu, Ferit**, Osmanlıca ve Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 11. Baskı, Ankara 1993, s.28; **Hayat**, Büyük Türk Sözlüğü İstanbul, s.38.

<sup>22</sup> **Erman, Sahir**, Hakaret ve Sövme Suçları, 2. Baskı, İstanbul, 1989, s. 207 vd.; Bu konuda ayrıca bkz. **Senkeri, Tarık**, Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri, İstanbul 1996, s.209 vd.

<sup>23</sup> Bkz. **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara 2013, s.732.

<sup>24</sup> Bkz. Yarg. 2. CD.’nin 27.02.2008 tarih ve 17883/3487 sayılı; 06.07.2006 tarih ve 486/13194 sayılı; 14.12.2006 tarih ve 7410/20216 sayılı kararları.

<sup>25</sup> Bkz. Yarg. 2. CD.’nin 23.09.2003 tarih ve 5065/10154 sayılı; 09.02.1993 tarih ve 335/1540 sayılı kararları.

<sup>26</sup> Bkz. Yarg. 4. CD.’nin 01.05.2007 tarih ve 3605/4129 sayılı kararı.

<sup>27</sup> Bkz. Yarg. 4. CD.’nin 16.04.1985 tarih ve 3295/3308 sayılı kararı.

<sup>28</sup> Bkz. Yarg. CGK.’nun 20.06.1983 tarih ve 9-193/294 sayılı kararı.

<sup>29</sup> Bkz. Yarg. 2. CD.’nin 22.02.2007 tarih ve 9407/2603 sayılı kararı.

<sup>30</sup> Bkz. Yarg. 4. CD.’nin 08.10.2007 tarih ve 5574/7972 sayılı; 03.12.1985 tarih ve 8645/9626 sayılı kararları.

<sup>31</sup> Bkz. Yarg. CGK.’nun 26.07.1960 tarih ve 2-34/37 sayılı kararı.

<sup>32</sup> Bkz. Yarg. 4. CD.’nin 20.11.1956 tarih ve 9886/14128 sayılı kararı.

<sup>33</sup> Bkz. **Kayanççek, Murat**, Şerefe Karşı Suçlar, Ankara 2008, s.266, 267.

<sup>34</sup> Bkz. Yarg. 2. CD.’nin 08.12.2005 tarih ve 22442/28512 sayılı kararı.

<sup>35</sup> Bkz. Yarg. 9. CD.’nin 10.10.1979 tarih ve 3885/4107 sayılı kararı.

<sup>36</sup> Bkz. Yarg. 4. CD.’nin 24.11.2004 tarih ve 11951/11356 sayılı kararı.

<sup>37</sup> Bkz. Yarg. 4. CD.’nin 08.06.2004 tarih ve 5691/7322 sayılı kararı.

<sup>38</sup> Bkz. Yarg. 4. CD.’nin 25.03.2008 tarih ve 10918/4500 sayılı kararı.

“Cezaevi koşuşunda”<sup>39</sup>; “Sadece üye olanların girebileceği dernek lokâlinde”<sup>40</sup>; “Taksi içinde”<sup>41</sup> suç işlenmesi durumunda aleniyetin gerçekleşmediğini kabul etmektedir<sup>42</sup>.

Failin inceleme konusu suç dolayısıyla cezalandırılabilmesi için halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılamasının yanı sıra, bu failin kamu barışını bozmaya elverişli olması gerekir.

Suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun, hareketten etkileniş derecesine ve şekline göre suçlar; tehlike ve zarar suçları şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır<sup>43</sup>. Dini değerleri aşağılama suçu bu bakımdan tehlike suçudur. Tehlike suçlarında failin yöneldiği konunun objektif olarak zarara uğrama tehlikesi bulunmaktadır.

Tehlike suçları da soyut ve somut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>44</sup>. Söz konusu ayırım dikkate alındığında dini değerleri aşağılama suçunun somut tehlike suçu olduğu belirtilmelidir<sup>45</sup>. Buna göre suçun oluşabilmesi için, aşağılamanın kamu barışını bozmaya elverişli nitelikte olması gerekir. Buna karşılık aşağılamanın cezalandırılabilmesi için mutlaka kamu barışını bozması aranmamıştır. Bununla birlikte tek başına aşağılama eylemi de suçun oluşmasına yeterli değildir. Diğer bir ifade ile aşağılama objektif olarak ele alındığında, kamu barışı açısından tehlikeli ise, kamu barışının bozulup bozulmadığına bakılmaksızın inceleme konusu suç oluşacaktır.

Failin cezalandırılabilmesi için maddede yer alan aşağılamanın “kamu barışını bozmaya elverişli olması” objektif cezalandırılabilme şartıdır. Bu nedenle, dini değerleri alenen aşağılayan failin eylemi 216 ncı maddenin 3 üncü fıkrasında yer alan suçun unsurlarını oluşturmasına rağmen, failin cezalandırılabilmesi için objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmiş olması gerekir.

Aşağılama fiilinin “kamu barışını bozmaya elverişli olması”ndan anlaşılması gereken, kişilerin barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşadıklarına dair duygunun zedelenmesi veya zedelenme ihtimalinin somut bir şekilde ortaya çıkmasıdır<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Bkz. Yarg. 2. CD.’nin 01.11.2001 tarih ve 10280/19470 sayılı kararı.

<sup>40</sup> Bkz. Yarg. 2. CD.’nin 24.11.2005 tarih ve 17082/26545 sayılı kararı.

<sup>41</sup> Bkz. Yarg. 2. CD.’nin 11.06.1985 tarih ve 5257/6137 sayılı kararı.

<sup>42</sup> Bkz. **Kayanççek**, s.267, 268.

<sup>43</sup> **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009, s.204; **Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2013, s.111.

<sup>44</sup> **Özgenç**, s.205; **Koca-Üzülmez**, s.112

<sup>45</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.6558.

<sup>46</sup> **Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara 2010, s.3386.

## b- Suçun Konusu

Dini değerleri aşağılama suçunun konusu yönünden, 765 sayılı TCK'nun 175 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, "Allah, dinler<sup>47</sup>, dinlerin peygamberleri ve kutsal kitapları" belirtilmişken, 5237 sayılı TCK'nun 216 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında herhangi bir sınırlamaya gidilmeden "dini değerler" ibaresi kullanılmıştır.

Din, "Allah'a inanma ve bağlanma", "insanların bir veya bir kaç tanrıya inanç ve bağlanışlarıyla kurdukları düşünce ve davranma düzeni", "Allah ile kul ve kullar arasındaki münasebetleri tanzim eden nizam, iman ve amel mevzuu olarak insanlara Cenabı Hak tarafından teklif olunan hak ve hakikat kanunlarının toplamı", "inanç, töre, gelenek insanın kaderini bağlı gördüğü üstün bir güç veya ilkeye inancı, bu inancın sonucu olan ve bir yaşama kuralı yaratabilecek zihni ve ahlaki tutum" olarak anlaşılmakta, kimi bilim adamlarınca da din "insanın kutsal saydığı şeylerle ilişkisi", "ruhi varlıklara inanç", "mutlak itikat duygusu...", "en yüksek içtimai değerlerin şuuru" olarak açıklanmaktadır<sup>48</sup>.

Değer sözlükte; "*Bir şeyin önemini belirlemeye yarayan soyut ölçü, bir şeyin değdiği karşılık, kıymet*" olarak tanımlanmıştır<sup>49</sup>.

Dini değerler ise, inanç sistemi, dini büyükler, ibadet yeri ve şekilleri gibi o inancı temsil eden ve inananlarca dini kıymet atfedilen her türlü şey anlaşılmalıdır<sup>50</sup>. Örneğin, İslam dinini benimseyenler için oruç tutma, kurban bayramında kurban kesme, hacca gitme kutsal sayılan değerler arasındadır. Bunların alenen aşağılanması inceleme konusu suç kapsamında değerlendirilecektir. Yine örneğin Hristiyan<sup>51</sup> ya

<sup>47</sup> Dinler ibaresinin, kamu ve devlet düzenine aykırı olmayan ve kanunların açıkça yasaklamadığı dinler olarak anlaşılması gerektiği konusunda bkz. Antalya Milletvekili Ali Dizdaroğlu, TBMM Tutanak Dergisi, 1987, 17. Dönem, 4. Yasama Yılı, 108. Birleşim, s.130.

<sup>48</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 01.11.1986 tarih ve 1986/11 E., 1986/26 K. Sayılı kararı. Karar için bkz. AYMKD, S.:22, Ankara 1987, s.298 vd.

<sup>49</sup> www.tdk.gov.tr Erişim tarihi: 10.01.2014.

<sup>50</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.6557, 6558; **Arslan, Çetin-Azizağaoğlu, Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s.887.

<sup>51</sup> "Sanığın, "Dünden Bugüne Hristiyanlığın ve Yahudiliğin Analizi, Misyonerler Arasında 6 Ay" başlıklı kitap yazarak yayınladığı ve kitapta katılanların mensubu bulunduğu dinle ilgili olarak "Kutsal kitabı yakından incelediğimizde; Hristiyanların sergiledikleri birçok melanetin kaynağı da ortaya çıkıyordu." "...Hristiyanlar tecavüz ettikleri annenin bebeğini öldürüp, kıyma yapıp aynı anneye yediriyorlardı... Bunları da kutsal kitaplarından aldıkları güç ve ilham ile yapıyorlardı." "...Kutsal kitabın Tanrısının fidyeci, rüşvetçi, obur özelliklerini hayretler içerisinde yine kutsal kitaptan okuyorduk." "...Yalancı İsa" "...Hristiyanların kutsal kitaplarının hangi sayfasını açarsanız açın karşınıza İsa'nın yalanı, yalanları çıkıyor" "...Vallahi Dallas bile mukaddes kitaptan çok daha mahsundu" "...Hristiyanların ve Yahudilerin kutsal kitaplarının hangi sayfası açarsanız açın bir başka anlamsızlık bir başka melanet fişkiriyor" "O Kutsal kitap fahişliği ve zinayı teşvik ediyor." "...Kutsal kitap denilen rezillik abidesi" "...Kutsal kitap mı yoksa haramilerin anı defteri mi" "...Hristiyanlığın sapık öğretileri ile yetişen papazların..." "...Kutsal kitaplardaki melanetler, çelişkiler ve şeytanı bile isyan ettirecek rezillikler bitmek tükenmek bilmiyordu." "...Hristiyanlığın hiçbir zaman ve hiçbir dönemde sevgi dinî değil, kin, nefret ve ahlaksızlık abidesi olduğunu bir kere daha kanıtlıyordu." "...Sonuç olarak Hristiyan İnancına göre

da Museviler bakımından değerli kabul edilen hususların aşağılanması da suç teşkil edecektir<sup>52</sup>.

Halkın bir kesiminin benimsediği dine ait yapı ve ibadethanelerin de dini değer olarak kabul edilmesi gerekir. Failin söz konusu ibadethanelere yönelik aşağılayıcı davranışları TCK'nun 216 ncı maddesinin 3 üncü fıkrası kapsamında, buna karşılık failin halkın bir kesimini tahkir maksadıyla ibadethaneler zarar vermesi ise TCK'nun 153 üncü maddesi çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Suçun oluşabilmesi için aşağılanan dini değerlerin halkın bir kesimi tarafından benimsenmiş olması gerekir. Söz konusu halk kesiminin toplumun çoğunluğunu ya da azınlığını oluşturması bakımından bir fark bulunmamaktadır. Ancak suçun oluşabilmesi için korunan hukuki değer de dikkate alındığında, aşağılanan dini değerlerin mutlaka halkın bir kesimi tarafından benimsenmiş olması gerekir. Diğer bir ifade ile, aşağılanan dini değerleri benimseyen herhangi bir halk kesiminin bulunmaması suçun oluşumunu engelleyecektir<sup>53</sup>. Aynı şekilde inanmayan bir kişinin fikirlerinden dolayı aşağılanması ise, 216 ncı maddenin 3 üncü fıkrası kapsamında cezalandırılması mümkün değildir<sup>54</sup>.

Failin aşağılama eylemini belli bir kişiye yöneltmesi ve eylemini mağdurun mensup olduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlemesi halinde, TCK'nun 216 ncı maddenin 3 üncü fıkrası değil, TCK'nun 125/3-c maddesinde yer alan suç oluşacaktır<sup>55</sup>. Buna karşılık aşağılama eylemi belli

*ana karında kazanılan günahkârlıktan kurtulmanın tek yolu İsa'nın Allahın oğlu olduğunu kabul etmek.* "...Hıristiyanlara göre İsa Allahın oğludur diyen katiller, hırsızlar, sapıklar dolandırıcı ve her türlü melaneti taşıyanların ise gideceği yer tam yol cennet!..." "Hiç böyle sapık, böyle iğrenç, bir inanç olur mu?..." "...İsa'nın tam bir iblis olduğuna karar vereceklerdi." biçiminde küçültücü değer yargıları içeren ifadelere yer verildiği ve sanığın eyleminin, 765 sayılı TCY'nun 175/3 madde ve fıkrası ile suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nin halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama başlıklı 216. maddesinin 3. fıkrasına temas ettiğinin anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCY'nin 7/2 ve 5252 sayılı Yasanın 9/3. madde ve fıkraları uyarınca 765 sayılı TCY ile 5237 sayılı TCY'nin ilgili bütün hükümlerinin olaya ayrı ayrı uygulanıp karşılaştırılması suretiyle sanık yararına olan yasa belirlenerek hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, eylemin suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nda karşılığı bulunmadığından suç oluşmadığı biçiminde yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi..." yasaya aykırıdır. Yarg. 4.CD.'nin 13.02.2008 tarih ve 8084/1478 sayılı kararı. Karar için bkz. **Artuk-Gökcan-Yenidünya**, TCK Şerhi, s.4425, 4426.

<sup>52</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, s.3386.

<sup>53</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.6558; **Malkoç-Güler**, s.1307.

<sup>54</sup> **Majno**, s.90.

<sup>55</sup> "...Sanığın, aleni sayılan yerde sarhoş haldeyken çevreyi rahatsız edecek biçimde yaptığı gürültü üzerine mağdur Zeki Demirkıran ile arasında çıkan tartışmada söylediği "senin namazını, kitabımı sinkaf ederim" sözlerinin, kitap ve dinin emirlerinin yerine getirilmesine değil mağdura yönelik olduğu, kitap ve namaz kılmayı hedef alan bir saldırı ve tahkir kastı bulunmadığı gözetilmeden ve soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı hakaret (765 s. TCY. 482/3, 5237 s. TCY. 125/1-4) suçuna dönüşen eyleminden ötürü sanık hakkında, 765 s. TCY'nin 175/3 maddesinin uygulanması isteğiyle açılan kamu davasının, mağdurun şikayetten vazgeçmesi nedeniyle düşürülmesine karar verilmesi gerektiği düşünülmeden, yetersiz gerekçeyle mahkumiyet hükmü kurulması..." yasaya aykırıdır. Yarg. 4.



bir kişi hedef alınmaksızın işlenirse, 216/3 üncü maddede yer alan suçtan söz edilebilecektir.

Yargıtay kararlarında, kanımızca hatalı olarak TCK'nun 125 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının uygulanabilmesi için, failin dini değerleri aşağılama kastı ile hareket etmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>56</sup>. Oysa ki, maddede saik içeren herhangi bir ibare yer almamaktadır<sup>57</sup>. Bu nedenle bir kişiye mensup olduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle “genel kast” ile hakaret edilmesi durumunda, TCK'nun 125 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının c bendinde yer alan nitelikli hal oluşacaktır<sup>58</sup>.

CD.'nin 08.04.2009 tarih ve 2007/10112 E., 2009/6946 K. sayılı kararı; “*İnceleme konusu olayda, gittiği düğün evinde sarboş olan sanığın, düğünde bulunanlarla tartıştığı şahıslara ‘sizin Allah’ınızı s.k. ederim’, ‘Ben adamın dinini s.k. ederim’ diyerek küfredmişse de, hakareti kavga ettiği şahıslara yöneliktir. Allah dini inanç, dini hissiyat ve din tarafından korunan kavramlara küfredilmiş değildir*” Yarg. CGK'nun 16.03.1992, 4-57/80 sayılı kararı, karar için bkz. **Savaş, Vural-Mollamahmutoglu, Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.: II, (Madde 96-324), 2. Baskı, Ankara 1998, s.2145.

<sup>56</sup> “...tartışma esnasında sanığın katılana hitaben “*senin ananı avradını sinkaf ederim, oruspu çocuğu, senin dinini kitabını sinkaf ederim, yaratanımı sinkaf ederim*” şeklindeki hakaret eyleminde, hakaretin muhatabının katılan Abdulkadir Soydan olduğu, kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden dolayı olmadığı ve böyle bir kastının bulunmadığı gözetilmeden, sanığın katılana yönelik hakaret eylemine uyan 5237 Sayılı TCK'nun 125/1 maddesi yerine uygulama yeri bulunmayan aynı kanununun 125/1-3-c maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi...” yasaya aykırıdır. Yarg. 2. CD.'nin 03.06.2012 tarih ve 2010/6118 E., 2012/5294 K. sayılı kararı; “...sanığın kavgada bıçakla yaraladığı müştekiye hitaben “*ben adamın allahını, kitabını sinkaf ederim*” şeklindeki hakaret eyleminde, hakaretin muhatabının müşteki Oğuz Koçoğlu olduğu, allah, peygamber, kutsal kitap gibi dini değerlere yönelik ve onları hedef alan tahkir kastının bulunmadığı gözetilmeden, sanığın müştekiye yönelik hakaret eylemine uyan 5237 Sayılı TCK'nun 125/1. maddesi yerine uygulama yeri bulunmayan aynı kanununun 125/3-c maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi...” yasaya aykırıdır. Yarg. 2. CD.'nin 28.02.2012 tarih ve 2012/2529 E., 2012/4438 sayılı kararı; “... Alkollü olan sanığın, olay günü katılanın evine gelip silahla tehdit ederek katılana “*ananı avradını, Allah'ını, kitabını sinkaf ederim*” biçimindeki sözlerle sövme eyleminde kastının muhatabın şahsının küçük düşürülmesine yönelik olduğunun anlaşılması karşısında; kutsal değerleri tahkir amaçlayan özel kastın ne şekilde oluştuğunu gösteren kanıtlar karar yerinde açıklanıp tartışılmadan anılan yasanın 125/1. maddesi yerine yazılı madde ile hüküm kurulması...” yasaya aykırıdır. Yarg. 4. CD.'nin 02.11.2011 tarih ve 2009/16068 E., 2011/20155 K. sayılı kararı; “...sanığın sokakta tartıştığı kardeşi katılana yönelik “*dinini sinkaf ederim*” şeklindeki hakaret eyleminin, 5237 Sayılı TCK.nun 125/1-c maddesinde belirtilen “*kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle*” hakaret suçunu oluşturmayacağı ve sanığın kastının katılana hakaret olduğu gözetilmeden, TCK.nun 125/1-4 maddesi yerine yazılı şekilde aynı kanununun 125/1-c maddesi ile mahkumiyetine karar verilmesi...” yasaya aykırıdır. Yarg. 2. CD.'nin 19.04.2012 tarih ve 2010/22284 E., 2012/10454 K. sayılı kararı; “*Sanığın hakaret eyleminde, sözlerinin muhatabının katılan olduğu Allah, din ve imanı tahkirdede özel kastı gösterir bir durum mevcut olmadığı anlaşılma, yüklenen eylemin 5237 sayılı TCK.nun 125/1.maddesine uyduğu gözetilmeden ayrıca aynı maddenin 1. fıkrasının c bendi ile artırım yapılması, kabule göre de, sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nun 125/3-c maddesinin uygulanması halinde 125/3-c yollamasıyla 125/1 maddesi gereğince doğrudan 1 yıl hapis cezası verilmesi gerekirken önce aynı yasanın 125/1. maddesi uyarınca 3 ay hapis cezası verilmesi...*” yasaya aykırıdır. Yarg. 2. CD.'nin 13.07.2010 tarih ve 2009/13401 E., 2010/23568 sayılı kararı.

<sup>57</sup> Aynı yönde bkz. **Kayanççek**, s.260; **Çetin, Erol**, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, Ankara 2005, s.34.

<sup>58</sup> Yargıtay yeni tarihli bir kararında, kanımızca doğru bir biçimde failin eyleminin TCK'nun 125/3 üncü madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. “...sanığın “*Allahınıza, ki-*

Bunun yanında TCK'nun 125/3-c maddesinde yer alan suçun oluşabilmesi için, hakaret suçunun kişinin mensup olduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlenmesi gerekirken, ayrıca eylemin "alenen" işlenmesi aranmamakta, hakaret suçunda suçun alenen işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal kabul edilmektedir.

TCK'nun 216/3 üncü maddesinde ise, aleniyet suçun kurucu bir unsuru olarak maddede yer almaktadır.

### c- Fail

TCK'nun 216 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında; "*Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi*" denildiği için, inceleme konusu suçun faili herkes olabilir. Failin sivil bir şahıs ya da kamu görevlisi olması mümkündür. Maddede bu konuda herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Suçun failinin kamu görevlisi olması durumunda diğer şartları da bulunmak kaydıyla, TCK'nun 266 ncı maddesi uygulanabilir.

Suçun failinin mutlaka toplumun farklı bir kesimine mensup olmasına gerek yoktur. Diğer bir ifade ile kişi kendi inandığı dini değerleri aşağıladığında da yine inceleme konusu suçtan söz edilebilecektir.

### d- Mağdur

Suçun mağduru, benimsediği dini değerleri aşağılanan halk kesimidir. Suç tipinde "halkın" bir kesiminin benimsediği dini değerlerden bahsedildiği için, burada "halk" kavramının ne anlama geldiğini de açıklamak gerekmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.03.2005 tarih ve 2004/8-201, 2005/30 sayılı kararında halk kavramı ile ilgili olarak "*halk kavramı, ceza hukukuna göre, ortak duygu, çıkar, ideoloji ve manevi değerlerin bir araya getirdiği veya aynı değerleri paylaşan insanlar grubu olarak kabul edilmelidir*" denilmekte, suçun oluşumu açısından, hedef alınan halk kesiminin gerek sayı itibarıyla gerek toplum hayatı bakımından önem ifade etmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>59</sup>.

Buna göre, suçun oluşabilmesi için halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler hedef alınmalıdır. Buna karşılık sadece belli kişiler tarafından benimsenen ve belli bir sayıdaki halk kesimine ulaşmayan dini değerlerin aşağılanması TCK'nun 216/3 üncü maddesi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu ihtimalde eğer belli

*tabımıza..." şeklindeki sözlerinin dince kutsal sayılan değerlerden bahisle hakareti düzenleyen TCK'nun 125/3. maddesinin (c) bendi hükmüne uyduğu gözetilmeden temel ceza belirlenmiş ise de, karşı temyiz olmadığından bozma yapılamayacağı..."* Yarg. 4. CD.'nin 11.10.2012 tarih ve 2010/29907 E., 2012/20342 K. sayılı kararı.

<sup>59</sup> Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

bir kişi hedef alınarak suç işlenmiş ise, TCK'nun 125 nci maddesi çerçevesinde failin sorumluluğu yoluna gidilmelidir<sup>60</sup>.

Suçun gerçekleşebilmesi için, dini değerleri aşağılanan halk kesiminin tamamının aşağılama eylemini algılaması gerekmez. Hatta bu halk kesiminden bazılarının isnat yeteneğinin bulunmaması, sağır veya dilsiz olması da suçun oluşumunu engellemeyecektir. Zira aşağılama eyleminin mağduru olan halk kesiminin muayyen olması yeterli olup, buna mensup kişilerin aşağılama eylemini algılamaları gerekmez.

### e- Nitelikli Haller

5237 sayılı TCK'nun 218 inci maddesinde; *“Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır”* denilmektedir.

TCK'nun 6 ncı maddesinin 1 nci fıkrasının (g) bendine göre, *“basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar”* anlaşılmaktadır.

Basın, radyo ve televizyon, sinema filmleri, video bantları, plaklar, ses bantları ve özellikle internet, günümüzde kullanılan kitle iletişim araçları arasında yer almaktadır<sup>61</sup>.

Buna göre, suç basın ve yayın yoluyla işlendiği takdirde verilecek ceza artırılabilecektir. Örneğin failin katıldığı bir televizyon programında ya da bir gazetede yer alan köşesinde dini değerleri aşağılaması bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

Failin halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılamasının ardından, bu ifade ya da görüntüler, basın mensupları tarafından yayımlandığı takdirde, 218 inci maddede yer alan nitelikli halden söz edilemeyecektir. Zira, suç basın ve yayın yoluyla işlenmemiştir. Failin iradesi bu yönde değildir. Buna karşılık fail alenen yaptığı açıklamaları daha sonra yayınlanmak üzere basın ve yayın organlarına gönderse ve bunlar yayınlansa, bu durumda daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal dolayısıyla ceza artırılabilir.

Bunun yanında, failin bu açıklamalarını basın ve yayın mensuplarının aktarmaları basının haber verme hakkı çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Ancak basın mensubu failin eylemini kabullenmiş ve bu şekilde aktarmış ise, suçun faili olarak cezai sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.

<sup>60</sup> “Sanığın, ‘Alevi kızlarının yüzde yetmişbeşinin kızlık zarı yoktur, çünkü aile hayatları yoktur’ biçimindeki sözlerinin, 765 sayılı TCK’nun 175/3. maddesinde öngörülen suç oluşturduğu gözetilmeden, aynı Kanun’un 480/1. maddesiyle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır” Yarg. 4. CD.’nin 24.01.1995 tarih ve 9369/172 sayılı kararı, karar için bkz. **Savaş-Mollamahmutoglu**, s.2147.

<sup>61</sup> **İçel, Kayıhan-Ünver, Yener**, Kitle Haberleşme Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2009, s.11.

Burada özellikle sosyal medya aracılığı ile aşağılama eyleminin gerçekleşmesi halinde de değerlendirilmesi gerekmektedir. İfade etmeliyiz ki, TCK'nun 218 inci maddesinde suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi nitelikli hal sayılmıştır. Bu nedenle sosyal medya üzerinden yapılan eylemler, TCK'nun 6 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının (g) bendi dikkate alındığında, 218 inci maddesi çerçevesinde değerlendirilebilecek ve faile daha ağır ceza verilecektir.

Ayrıca sosyal medyada, örneğin facebook üzerinde sadece kendi arkadaşlarının görebileceği bir ortamda dini değerleri aşağılayan kişinin eyleminin aleniyet unsuru gerçekleşmediği için, TCK'nun 216/3 üncü madde çerçevesinde cezalandırılması söz konusu değildir. Buna karşılık failin sosyal medyada yazdıklarını arkadaşları dışında herkes görebiliyor ya da okuyabiliyor ise, bu durumda aleniyet unsurunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Aynı şekilde twitter isimli sosyal paylaşım sitesinde failin paylaştıkları gizli ve herkes tarafından görülemiyor ya da okunamıyorsa, yine aleniyet unsurunun eksikliği dolayısıyla eylem dini değerleri aşağılama suçunu oluşturmayacaktır<sup>62</sup>.

#### 4- Manevi Unsurlar

Bu suç ancak kasten işlenebilir. Taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suçun oluşabilmesi için failin belli bir saikle hareket etmesi aranmamıştır<sup>63</sup>.

Fail, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri bilerek ve isteyerek alenen aşağıladığında bu suçtan sorumlu tutulabilecektir. Diğer bir ifade ile fail bilerek ve isteyerek hareket ettiğinde suç oluşacaktır.

765 sayılı TCK'nun 175 inci maddesinin 3 üncü fıkrası yönünden, Yargıtay failin genel kast ile hareket etmesini yeterli kabul etmekte<sup>64</sup>, buna karşılık doktrinde

<sup>62</sup> Hakaret suçunda ise, aleniyet suçun unsuru olmadığı için, sosyal paylaşım sitelerinde yer alan paylaşımlar hakaret niteliğinde ise, bunları sadece failin arkadaşlarının görüyor ya da okuyor olmaması bir önemi bulunmamaktadır. Bu durumda fail dışında üç kişi söz konusu ifadeleri algılamış ise, ihtilat şartı gerçekleşmiş olacağından, hakaret suçundan söz edilebilecektir.

<sup>63</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.6559; Parlar-Hatipoğlu, s.3386, 3387. Doktrinde, bu suçun oluşabilmesi için, failin tahkir kastı ile hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Arslan-Azizağaoğlu, s.887.

<sup>64</sup> "T.C. Yasasının 175/3 üncü maddesindeki suçun oluşması için genel kast yeterli bulunduğuna göre, sanık, mağdura; "Senin Allah'ını, dinini, kitabını s.k. ederim" demek suretiyle onun dini duygularına yönelik olarak hakaret ettiğinden, yüklenen suçun yasal unsurları oluşmuştur" Yarg. CGK'nun 10.04.1995 tarih ve 4-39/114 sayılı kararı. Karar için bkz. Savaş-Mollamahmutoglu, s.2144, 2145. "İlköğretim okulunda öğretmen olan sanığın bir kısım öğrencilere kızarak 'Allah'ınızı, kitabınızı s.k. ederim' demekten ibaret sözleri genel kasılla işlenen 765 sayılı TCK'nun 175/3. madde ve fıkrasındaki suç oluşturur." Yarg. 4. CD.'nin 14.09.1995 tarih ve 4654/5697 sayılı kararı; "Sanığın, görevli belediye zabıta memurunun 'dinine imanına sövme' eyleminin, genel kasılla işlenen 765 sayılı TCK'nun 175/3. maddesine uygun suç oluşturduğu gözetilmeden." Yarg. 4. CD.'nin 02.11.1995 tarih ve 6040/7078 sayılı kararı. Karar için bkz. Malkoç-Güler, s.1313. Yargıtay daha sonraki kararlarında 765 sayılı TCK'nun 175/3. maddesi yönünden özel kast aranması gerektiğini belirtmiştir. Yarg. CGK'nun 21.09.1999 tarih ve 4-169/196 sayılı kararı. Karar için bkz. Malkoç, s.1443.

suçun oluşabilmesi için failin dini değerleri tahkir kastı ile hareket etmesi aranmaktadır<sup>65</sup>.

## 5- Hukuka Aykırılık Unsuru

Bilindiği gibi, Ceza Kanunu'nun suç saydığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurallara hukuka uygunluk sebepleri ismi verilmektedir<sup>66</sup>.

İnceleme konusu suç bakımından, “düşünce hürriyeti”, düşünce hürriyetinin sağlanması için gerekli olan haber alma hürriyeti ve düşünce hürriyetinin algılanış biçimi olarak “eleştiri hakkı” hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Eleştiri hakkı kaynağını Anayasa'da güvence altına alınan düşünce hürriyetinden alır. Eleştiride çeşitli olaylar açıklanmakla yetinilmemekte, hadiseler ve bunlar içinde adı geçen kimselerin tutum ve davranışları hakkında değerlendirmelerde bulunulmaktadır.

Şu halde, eleştiri hakkı bir hukuka uygunluk sebebi olarak tahkir maksadını ortadan kaldıran sebeplerden biridir. Çok partili rejimlerde, tenkid ve bilhassa siyasi tenkid çok defa sert ve acı olur. Bu itibarla tenkid ile tahkir sınırını tespit etmek büyük bir önem arz eder.

Açıklanan düşünce ve kanaatler eleştiri niteliğinde olunca, onun bir övgü olmaması, sert ve haşin olması<sup>67</sup> doğal bir sonuçtur<sup>68</sup>. Bu nedenle eleştiri ne kadar şiddetli olursa olsun cezalandırılmamalıdır<sup>69</sup>. Aynı şekilde dine ait hususlarda da eleştiri hakkının bulunduğu belirtilmelidir<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> Erem, s.72, 73; Artuk, s.483; Gözübüyük, s.418; Savaş-Mollamahmutoğlu, s.2131. Aksi yönde bkz. Malkoç-Güler, s.1309.

<sup>66</sup> Özgenç, s.282; Koca-Üzülmez, s.256.

<sup>67</sup> Erman, s.170.

<sup>68</sup> “Din Özgürlüğüne Karşı Cürümler’ içinde yer alan 765 sayılı TCY’nın 175. maddesinin 3. fıkrası ile, bilerek ve isteyerek Allâh ve dine yönelik hakaret ve tezyifler cezalandırılmıştır. Suçun oluşabilmesi için, Allâh’a veya dinlerden veya dinlerin peygamberlerinden ya da kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret edilmesi veya bir kimsenin dini inançlarından yahut yasaklarından kaçınmasından dolayı kınanması, tezyif (küçültme, değersiz görme, eğlenme) veya tahkir (aşağılama, hor görme) edilmesi, alaya alınması gerekir. Eylem; cezaî korumanın konusu olarak belirlenmiş olan Tanrı, dinler, peygamberler, kutsal kitaplar ve mezheplere yönelik olmalıdır. Ancak bu eylemlerin cezalandırılabilmesi için, sözlerin, hakaretlerin eleştiri boyutunu aşması, doğrudan hakaret niteliğinde olması zorunludur. Somut olayda; bakkal dükkânında oturan sanık, kendisinin dinsiz olduğunu, Allâh’ın olmadığını Kur’an-ı Kerim’in ne idiği belirsiz bir kişi tarafından yazıldığını, safsata, yalan ve düzmece olduğunu, Allâh’ın böyle bir kitabının olmadığını söylemiştir. Sanık bu sözleri ile eleştiri sınırını aşmış ve 765 sayılı TCK’nın 175/3. maddesindeki kutsal kitaba hakaret suçunu işlemiştir”. Yarg. CGK. nun 13.10.1998 tarih ve 4-230/306 sayılı kararı.

<sup>69</sup> “Büyük Doğu dergisinde (Ses) başlığı altında yazılan fıkrada (Tanrı uludur, Tanrı uludur) sesleri üzerine konuşturulan iki kişiden son sözü söyleyene (Evet Tanrı uludur, o kadar uludur ki, işte böyle u..lu..tur) şeklinde cevap verilmesindeki manada müezzinin sesinin iyiliğine veya fenalığına delalet edecek bir cihet mevcut olmayıp ancak Arapça ezan yerine, Türkçe ezan şekli olan bu kelimelerin ve (Uludur) kelimesi (Uludur) şeklinde bir köpeğin feryadına benzetilmek suretiyle tezyif edildiği halde beraate karar verilmesi yolsuzdur” Yarg. CGK’nun 9.2.1948 tarih ve 160/64 sayılı kararı. Karar için bkz. Gözübüyük, s.420.

<sup>70</sup> Majno, s.88.

Dini ve din duygularını veya dince kutsal sayılan şeyleri istismar etmeyen ve kötüye kullanmayan düşünce açıklamaları meşru kabul edilmelidir. Buna karşılık düşünce açıklaması dini, din duygularını ya da dince kutsal sayılan değerleri istismar etme veya kötüye kullanma amacı ile yapılmış ya da buna neden olmuşsa, artık düşünce hürriyetinin kullanıldığından söz edilemeyecektir<sup>71</sup>.

Konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Otto-Preminger/Avusturya Kararında<sup>72</sup>; Otto-Preminger kurumu Council in Heaven adlı filmi göstermek istemiş, Roma Katolik Kilisesinin Innsbruck piskoposluk bölgesinin başvurusu üzerine kurumun müdürü aleyhine dini değerleri aşağılamaya teşebbüs gerekçesiyle filmin gösteriminden 3 gün önce takibata başlanmış, Innsbruck Bölge Mahkemesi filmin gösteriminden önce filme el koymuş, el koyma kararına karşı temyiz mahkemesine yapılan itiraz mahkeme tarafından reddedilmiştir. Olayı değerlendiren AİHM;

*“Sözleşme'nin 9. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüğünün barışçıl biçimde kullanılmasını sağlama yükümlülüğü bakımından devletin sorumluluğu bulunmaktadır. Başkalarının dinsel duygularına saygı yükümlülüğü, dinsel açıdan kutsal olan şeylerin bir filmde tabrik edici bir biçimde gösterilmesi nedeniyle ihlal edilebilir. Bu tür bir gösterim, demokratik toplumun özelliklerinden biri olan hoşgörü ruhunu kötü niyetli olarak ihlal etme anlamına gelebilir. Olaydaki tartışma konusu tedbir, 'başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma' meşru amacına sahiptir. Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği konusunda ise, demokratik toplumun gereklerinden olan ifade özgürlüğü Devletin veya nüfusun bir bölümüne çapıcı gelen, aykırı düşen veya rahatsız eden düşünceleri ifade etmeyi de içerir. Ancak Sözleşme'nin 10. maddesindeki hakların kullanılması çeşitli 'ödevler ve sorumluluklar' yüklediğinden, bu sorumluluklar arasında başkalarını sebepsiz yere inciten ve insan ilişkilerinin gelişmesine yarayan kamusal tartışmaya hiç bir şekilde katkıda bulunmayan davranışlardan kaçınmak da bulunur. Bu nedenle meşru amaçla orantılı bir biçimde, dinsel açıdan kutsal sayılan nesnelere yönelik gereksiz saldırıları önlemek ve yaptırıma bağlamak gerekli olabilir. Avrupa'nın her yerinde dinin toplum içindeki önemi konusunda gözle görülebilir bir fikir birliği bulunmadığı için din karşıtı hangi ifadelerin yasaklanmasına izin verilebileceğini tanımlamak mümkün değildir. Bu tür müdahalelerin gerekliliği konusunda ulusal makamlara belirli bir takdir yetkisi bırakmak zorunludur. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp, bu olaya konu olan ifade özgürlüğünün önemi nedeniyle devletin takdir yetkisinin sıkı bir biçimde denetlenmesi gerekir. Filmin gösterileceği zamanda ve yerde dinsel barışı korumak için toplumsal bir ihtiyaç baskısı bulunmaktadır. Başvurucu dernek filmin görülmesinde yaş ve ücret sınırı getirdiği halde filmi geniş çapta*

<sup>71</sup> Özgenç, İzzet, Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku , in: 75. yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır 1998, s.214.

<sup>72</sup> Otto-Preminger/Avusturya Kararı, 20.09.1994 tarih ve 13470/87, www.ihami.org.tr, Erişim tarihi:10.01.2014.

*duyurmuştur. Innsbruck mahkemeleri filmi Roma Katolik dinine saldırı şeklinde nitelenirken aynı zamanda sanat özgürlüğüne de önem vermişlerdir. Kamu makamları filme el konulması kararı vermekle dinsel barışı sağlama ve insanların kendi dinlerine haksız bir saldırı yapıldığı duygusuna kapılmalarını önleme çabası göstermişlerdir. Filme el konulması bakımından Avusturya makamları takdir alanlarını aşmamışlardır. Aynı gerekçeler film üzerinde hak kaybı kararı bakımından da geçerlidir. Kullanılan araçlar izlenen meşru amaçla orantısız olmadığından, olayda ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varılmalıdır”* diyerek, olayda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlaline yol açan bir durumun bulunmadığını belirtmiştir.

AİHM'nin İ.A.-Türkiye kararına konu olan olayda<sup>73</sup>; Berfin yayınevi tarafından yayımlanan “Yasak Tümceler” isimli romanda Allah'a, dine, peygambere ve kutsal kitaba hakaret edildiği iddiası ile İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kamu davası açılmış, mahkeme suçun oluştuğuna karar vermiş, Yargıtay da, 6 Ekim 1997 tarihli kararı ile ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

AİHM söz konusu kararda, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafında yer alan ifade ve düşünce özgürlüğünün bazı “görev ve sorumlulukları” beraberinde getirdiğini, bunlar arasında yer alan, din ve inanç özgürlüğü söz konusu olduğunda başkalarına zarar verecek nitelikteki söylemlerden ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınılması gerektiğini, ilke olarak, büyük hayranlık ve sevgi duyulan dini hedef alan aşağılayıcı eleştirilerin yaptırıma tabi tutulması gerektiğini, bir devletin, başkalarının inanç özgürlüğüne saygı bilinci ile düşünce ve ifade özgürlüğü ile bağdaşmayan yargı konusunu teşkil eden fikirleri de içeren davranışların önlenmesini meşru olarak gerekli görebileceğini, AİHS ile getirilen kısıtlamanın ve yapılan müdahalenin olayların koşulları dikkate alındığında “sosyal bir ihtiyacı” karşılayıp karşılamadığının ve “öngörülen meşru amaçla “orantılı” olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini, iki temel hakkın uygulanması hususu söz konusu olduğunda AİHM'nin, çatışan menfaatler arasında bir denge kurulmasını gerekli gördüğünü, bir tarafta, başvuran için dini ideolojiye değin görüşlerini topluma aktarma hakkı, diğer tarafta başkalarının düşüncesine, dini inanç özgürlüğüne saygı hakkının olduğunu, çoğunluğun içinde yer alan veya azınlık bir dini gruba ait, dini ibadetini yerine getirme serbestisine sahip kişilerin her türlü eleştiriden uzak olduklarını düşünemeyeceklerini, bunu hoşgörüyü karşılamak ve başkalarının kendi dini inançlarını reddetmelerini ve hatta diğer kimselerin kendi inançlarına değin düşmanca doktrin propagandalarını kabul etmek durumunda olduklarını, karara konu olayda ise, sadece çakışan veya şok edici, “kışkırtıcı” fikirlerin değil aynı zamanda, İslam dinindeki Peygamberin kişiliğine karşı hakaret dolu bir saldırının söz ko-

<sup>73</sup> İ.A.-Türkiye Kararı, Başvuru No:42571/98, kararın özet çevirisi için bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/select2.php> Erişim tarihi; 10.01.2014.

nusu olduğunu, ulusal mahkemelerin Müslümanlar tarafından kutsal sayılan bazı hususlara yapılan saldırıların önlenmesini amaçlayarak hareket ettiklerini, alınan tedbirlerin “sosyal bir ihtiyaca” karşılık geldiğini belirtmiştir.

AIHM Wingrove-Birleşik Krallık kararında<sup>74</sup>, Avila Azizesi Teresa'nın hayatından esinlenerek hazırlanan video kaset için, erotik sahneler içermesi nedeniyle İngiliz Film Sınıflandırma Heyeti tarafından dağıtım izni verilmemesini, inananların dini duygularının korunması amacı nedeniyle meşru bir müdahale olarak kabul edilmiştir.

## 6- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### a- Teşebbüs

Dini değerleri aşağılama suçu, tehlike suçudur. Fiilin her hangi bir zarara neden olması suçun oluşması için aranmamıştır.

Aynı şekilde TCK'nun 216 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan suç, sırf hareket suçu niteliği taşımaktadır<sup>75</sup>. Aynı bir netice doğmasına gerek yoktur.

İnceleme konusu suç tipi, fiilin “kamu barışını bozmaya elverişli olması” durumunda cezalandırılabilmesi için, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva etmektedir. Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar kural olarak teşebbüse elverişli değildir.

Ancak objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlara teşebbüsün gerçekleşip gerçekleşmemesi konusunda dört farklı ayırım yapılması gerektiği kanaatindeyiz<sup>76</sup>.

Birinci ihtimalde, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suç tüm unsurları ile gerçekleşmiş, buna karşılık objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmemişse, teşebbüs söz konusu olmaz ve fail cezalandırılmaz.

İkinci ihtimalde, icra hareketleri kısımlara ayrılabilen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suçta fail suçun icra hareketlerini tamamlayamamış ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse, failin cezai sorumluluğu belirlenirken teşebbüs hükümlerinin dikkate alınması gerekecektir.

Üçüncü ihtimalde, icra hareketleri kısımlara ayrılabilen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suçta fail suçun icra hareketlerini tamamlayamamış,

<sup>74</sup> Wingrove Birleşik Krallık, 25.11.1996 tarih ve 17419/90, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["wingrove"\],"itemid":\["001-58080"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{) Erişim tarihi:10.01.2014.

<sup>75</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.6567.

<sup>76</sup> Bkz. Artuk, Mehmet Emin-Alşahin, Mehmet Emin, Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamaşaşımı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Nur Centel'e Armağan, C:19, S:2 (Özel Sayı), Y:2013, s.22, 23.



aynı zamanda objektif cezalandırılabilme şartı da gerçekleşmemişse, teşebbüs söz konusu olmayacak ve fail cezalandırılmayacaktır.

Dördüncü ihtimalde, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suç hem tüm unsurları ile gerçekleşmiş, hem de objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse, teşebbüs söz konusu olmayacak ve fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Dini değerleri aşağılama suçunun söz ile gerçekleştirildiği hallerde teşebbüs kural olarak mümkün değildir. Ancak failin dini değerleri aşağılayıcı sözleri alenen söyleyeceği sırada yanında bulunanlar tarafından engellenmesi durumunda eylemin teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilebilir. Ancak bu ihtimalde objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmemiş ise, failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Dini değerleri aşağılamanın yazılı olarak gerçekleştirilmesi durumunda teşebbüs söz konusu olabilir<sup>77</sup>. Örneğin, TCK'nun 216/3 üncü maddesi anlamında suç teşkil eden bir kitabın yayınevinde iken yayımının veya dağıtımının engellenmesi durumunda eylem teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Ancak bu ihtimalde de objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeyeceği için, fail teşebbüs aşamasında kalan bu eyleminden dolayı cezalandırılmayacaktır.

### **b- İştirak**

Bu suç iştirak bakımından özellik göstermez. İştirakin her şeklinin gerçekleşmesi mümkündür.

Örneğin, failin dini değerleri aşağılayan ifadelerin yer aldığı basın açıklamasını yaptığı esnada megafonu tutan kişinin yardım eden olarak ya da basın açıklamasını hazırlayarak failin okuması için veren kişinin azmettiren olarak sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.

Burada özellikle değinilmesi gereken husus, dini değerleri aşağılayan ifadeleri herhangi bir katkıda bulunmaksızın aynen aktaran kişinin şerik olup olmayacağıdır. İfade etmeliyiz ki, başkası tarafından daha önce söylenmiş olan sözlerin nakledilmesi durumunda, nakleden kişinin suç teşkil eden ifadeleri benimsediği kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşılıyorsa, bu durumda nakleden kişi de suçun faili olarak cezalandırılmalıdır. Buna göre, örneğin suç teşkil eden bir ifadenin sosyal paylaşım sitesinde aynen paylaşılması durumunda, paylaşan kişinin bu ifadeleri benimsediği anlaşılabiliriyorsa, diğer şartlar da gerçekleşmek kaydıyla, sorumluluğu yoluna gidilmelidir.

<sup>77</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.6567; Parlar-Hatipoğlu, s.3387.

### c- İçtima

Fail bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılarsa, fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanır ve tek bir suçtan dolayı cezaya hükmedilir. Ancak verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır (TCK m. 43/1).

Failin bir suç işleme kararı ile farklı zamanlarda farklı halk kesimlerinin benimsediği dini değerleri aşağılaması durumunda, kanaatimizce dini duyguları rencide edilen halk kesimleri farklı olduğu için, gerçek içtima söz konusu olmalı ve fail ayrı ayrı cezalandırılmalıdır.

Failin dini değerleri aşağılama eylemi aynı zamanda bir başkasına yönelik hakaret suçunu da oluşturmakta ise, farklı neviden fikri içtima hükümleri uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezaya hükmolunmalıdır.

Fail halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlere tahkir maksadıyla zarar verirse, TCK'nun 153 üncü maddesi çerçevesinde cezalandırılmalıdır.

### 7- Yaptırım

Suçun temel şeklinin yaptırımı altı aydan bir yıla kadar haptistir. Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin düzenlendiği 218 inci maddesinde ise, cezanın yarı oranına kadar artırılacağı belirtilmiştir. Buna göre, suçun basın veya yayın yoluyla işlenmesi halinde, suçun yaptırımı, 9 aydan 18 aya kadar haptistir.

Mahkeme tarafından fail hakkında kısa süreli hapis cezasına hükmedildiğinde, hapis cezasının adli para cezasına dönüştürülmesi mümkündür (TCK m.50/1-a).

Bunun yanında, inceleme konusu suç yönünden, diğer şartları da oluşmak kaydıyla, mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının ertelenmesi (CMK m.231) ya da hapis cezasının ertelenmesi (TCK m.51) de yargılama sonunda değerlendirilmelidir.

### 8- Soruşturma ve Kovuşturma Usulü, Zamanaşımı

Bu suçun soruşturması re'sen gerçekleşecektir. Takibi şikayete bağlı değildir.

Suçun basılmış eser yoluyla işlenmesi durumunda, günlük süreli yayınlar yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde davanın açılması gerekmektedir. Söz konusu süreler muhakeme şartı olarak 5187 sayılı Basın Kanununun 26 ncı maddesinde düzenlenmiştir.

5235 sayılı "Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun "Sulh ceza mahkemesinin görevi" başlıklı 10 uncu maddesinde; "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para

*cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir” denilmektedir.*

Dini değerleri aşağılama suçunun temel şeklinin cezası, altı aydan bir yıla kadar hapis olarak öngörüldüğü için, görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemesidir.

Suçun nitelikli halinin düzenlendiği 218 inci maddede verilecek cezanın yarı oranına kadar artırılacağı belirtildiği için, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal bakımından da görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir. Ancak suçun basılmış eser yoluyla işlenmesi halinde, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 27 nci maddesi uyarınca davaya asliye ceza mahkemesi bakmakla görevlidir. Bu son ihtimalde, davaya bakabilecek birden fazla asliye ceza mahkemesi bulunuyor ise, dava ikinci asliye ceza mahkemesinde görülür ve söz konusu davalar acele işlerden sayılır.

Yetki mahkeme, aşağılama eyleminin gerçekleştiği yerdir. Suçun basın yoluyla işlenmesi halinde yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Eser birden fazla yerde basılmış ve suç eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç yönünden eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir (CMK m.12/3).

Suçun görsel veya işitsel yayın yoluyla işlenmesi durumunda, yayım merkezi olan yer mahkemesi yetkilidir. Görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir (CMK m.12/5).

Bu suçun gerek temel şeklinin gerek daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin yaptırımını dikkate aldığımızda, sekiz yıllık dava zamanaşımı süresi söz konusudur. Zamanaşımı süresi aşağılama eyleminin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Objektif cezalandırılabilme şartı olarak kanunda yer alan, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması ise, zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından önem arz etmemektedir.

## **SONUÇ**

Din, inanç ve vicdan hürriyeti gerek ulusal gerek uluslararası mevzuatta düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'nun aksine 5237 sayılı TCK'da “din hürriyeti aleyhine suçlar” başlıklı bir bölüm yer almamaktadır. 5237 sayılı TCK'da şerefe karşı suçlar (m.125/3-c), malvarlığına karşı suçlar (m.153) ve kamu barışına karşı suçlar (m.216/3) bölümlerinde din suçlarına yer verilmiştir.

TCK'nun 216 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, dini değerleri aşağılama suçu yaptırım altına alınmıştır. Belli bir kişi hedef alınarak o kişinin benimsediği

dini değerlerden bahisle aşağılama eylemi gerçekleştiği takdirde, TCK'nun 125/3-c maddesinde yer alan hakaret suçundan söz edilecektir.

Gerek TCK'nun 216/3 gerek 125/3-c maddesinde yer alan suçların manevi unsuru kasttır. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için saik aranmaz. Yargıtay kararları incelendiğinde özellikle TCK'nun 125/3-c maddesi yönünden saikin arandığı görülmektedir. Kanaatimizce Yargıtay'ın söz konusu uygulaması hatalıdır. TCK'nun 125/3-c maddesi için kanunda saik aranmamıştır.

Dini değerleri aşağılama suçunun oluşabilmesi için, aşağılamanın "alenen" işlenmesi ve "kamu barışını bozmaya elverişli" olması gerekir. Bu nedenle suç tipi yönünden objektif cezalandırılabilme şartı öngörülmüştür. Dini değerler alenen aşağıladığında suç oluşmasına rağmen, failin cezalandırılabilmesi için, failin kamu barışını bozmaya elverişli olması gerekir.

İnceleme konusu suç tipi somut tehlike suçudur. Bu nedenle hakim somut olayda aşağılama eyleminin kamu barışını bozmaya elverişli olup olmadığını araştırması gerekmektedir.

### KAYNAKÇA

- Arslan, Çetin-Azizagaoglu, Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.
- Artuk, Mehmet Emin**, Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler, İBD, C:71, S:7-8-9, 1997ç
- Artuk, Mehmet Emin-Alşahin, Mehmet Emin**, Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanasını, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Nur Centel'e Armağan, C:19, S:2 (Özel Sayı), Y:2013.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara 2013.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, TCK Şerhi, Özel Hükümler, C:4, Ankara 2009.
- Çetin, Erol**, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, Ankara 2005.
- Devellioğlu, Ferit**, Osmanlıca ve Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 11. Baskı, Ankara 1993.
- Donatsch, Andreas**, StGB ,schweizerisches Strafgesetzbuch, Zurich 2004.
- Erem, Faruk**, Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti, AÜHF.M., C.:VIII, S.:3-4, Ankara 1951.
- Erman, Sahir**, Hakaret ve Sövme Suçları, 2. Baskı, İstanbul, 1989.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat**, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi C.:II (Hususi Kısım-Cürümler), (Madde 125-281) 5. Bası, İstanbul tarihsiz.
- Hafizoğulları, Zeki**, Türkiye Cumhuriyet Devletinin Tarafı Olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Laiklik, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti, Ankara Barosu Dergisi, 2012/1.
- İçel, Kayıhan-Ünver, Yener**, Kitle Haberleşme Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2009.
- Kayanççek, Murat**, Şeref Karşı Suçlar, Ankara 2008.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2013.
- Majno**, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.:2, Ankara 1978.
- Malkoç, İsmail**, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler (170-345), İkinci Cilt, Ankara 2006.
- Malkoç, İsmail-Güler, Mahmut**, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu. Özel Hükümler, C.:II, Ankara 1996.
- Önder, Ayhan**, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994.
- Özgenç, İzzet**, Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku, in: 75. yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır 1998.

- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009.
- Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara 2010.
- Riz, Roland-Bosch, Johanna**, Italienisches Strafgesetzbuch, Bozen 1995.
- Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.: II, (Madde 96-324), 2. Baskı, Ankara 1998.
- Senkeri, Tarık**, Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri, İstanbul 1996. TBMM Tutanak Dergisi, 1987, 17. Dönem, 4. Yasama Yılı, 108. Birleşim.
- Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 5. Cilt, Madde 197-251, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Yenisey, Feridun-Plagemann, Gottfried**, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul 2009.

# TÜRKİYE’DE SAĞLIK HİZMETİ SUNUMUNDA KATILIM PAYI UYGULAMASININ ANAYASAYA UYGUNLUĞU\*

*(Constitutionality of Co-Payment Application While  
Providing Health Service in Turkey)*

Ömer Faruk BATIREL\*\*

## ÖZET

Bu yazının amacı Türkiye’de sağlık hakkının güvence altına alınmasında sunulan temel kamu hizmeti olan sağlık hizmetine erişimde alınan katılım payının anayasaya uygunluğu tartışılmasıdır. Yazıda Anayasaya aykırı bir yükümlülük olduğu iddia edilen bu katılım payı konusunda Anayasa Mahkemesinin içtihatları okunmaya çalışılmıştır.

Katılım payının Anayasamızın 73.maddesinde düzenlenen vergi ödevi kapsamında olan bir yükümlülük olduğu ve yasallık ilkesine aykırı olarak Sosyal Güvenlik Kurumuna geniş yetki verildiği konusunda Anayasa Mahkemesine açılan iki dava dolayısıyla Yüce Mahkeme katılım payının Anayasaya uygun olduğu kararına varmıştır. Bir kamu hizmeti olduğu tartışmasız olan sağlık hizmeti karşılığı alındığı pay ödenmeden hizmetten yararlanılmasının mümkün olmadığı, katılım payının harç benzeri olarak görülebileceği, yasaya dayanarak bir kamu idaresi olan SGK tarafından alındığı dikkate alınırca bu gerekçenin oldukça tartışmalı olduğu ifade edilebilir.

Yüce Mahkemenin ilk ve ikinci kararında katılım payının uluslararası sözleşmelere göre de alınabileceği gerekçesi de, Türkiye’de bu katılımın oldukça yüksek bir oranda sağlık sigortası primleri ile yapıldığı gerçeği karşısında geçerli değildir.

---

\* Bu yazı değerli meslekdaşım ve arkadaşım Ali Rıza Okur’un anısına çıkarılan armağan için kaleme alınmıştır. Yazı özellikle Okur’un uzmanlık alanına yakın bir konuda seçilmiş bulunmaktadır. Armağan kitabına bu naçiz katkımda Okur’un müstesna ve erdemli akademik kişiliğine olan saygım etken olmuştur. Ali Rıza Okur’un kırk yıllık akademik yaşam beraberliğimizde bir hukuk adamı olarak müşahede ettiğim mümtaz vasıfları; çalışkanlık, dürüstlük, tevazu, ilmi haysiyet ve sadakat olmuştur. Armağan kitabını çıkaran kadirbilir meslektaşlarıma teşekkür ediyor ve Okur’a hala faal olarak görev yaptığı akademik yaşamında aile efradı ile birlikte sağlıklı uzun ömürler ve mutluluklar diliyorum. ÖFB.

\*\* İstanbul Ticaret Üniversitesi Ticari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi

**Anahtar kelimeler:** Katılım payı, genel sağlık sigortası ve anayasaya uygunluk

### **Abstract**

The aim of this article is to discuss the constitutionality of co-payment application while providing health service, which is an essential public service to guarantee the right of health. Here decisions of the Constitutional Court about co-payment, which is claimed in the cases as an obligation against the constitution, will be reviewed.

Constitutional Court took decisions that co-payment application is constitutional upon two cases in which it is argued that co-payment is an obligation in the scope of the tax duty regulated in Article 73 of the Constitution, and giving such a broad authority to the Social Security Institution violates the principle of legality.

I disagree with the Constitutional Court. As per the Court, getting health service, which is inarguable accepted as public service, without a fee is not possible, the co-payment can be seen as quasi-fee, and it is being taken by SSI, which is a public institution, on the basis of the law. All these justifications are debatable.

Another justification of the Court in both of the decisions is that co-payment can be also taken as per international agreements. It is not applicable under the view of the fact that this contribution is in large measure met from the health insurance premiums in Turkey.

**Keywords:** Co-payment, General health insurance, constitutionality

### **Giriş**

İnsanın üç temel doğal hakkı (*natural right*) bulunmaktadır. Bunlar, **yaşam, özgürlük** ve **mülkiyettir**.<sup>1</sup> Bu temel insan hakların devletçe korunması ve anayasal güvence altına alınması esastır. Devletin yaşam hakkını güvence altına alınması konusunda sunduğu hizmet **sağlık hizmetidir**.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi** M.4 “Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır.” **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi** M.2 “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur.” TC. Anayasası M.17 “Herkes, yaşama, maddi ve madeni varlığını geliştirme hakkına sahiptir.” Türkiye’nin de taraf olduğu **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme** M. 12 “ 1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler. 2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerin, bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirler şu amaçlara yönelik olacaktır. (a) Ölü doğum ve çocuk ölümleri oranlarının düşürülmesini ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak; (b) Çevresel ve sınıai sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi ; (c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü; (d) Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması.”

<sup>2</sup> Türkiye’de sağlık hakkının güvence altına alınması için görevlendirilen temel kamu idaresi **Sağlık Bakanlığı**’dır. Cumhuriyet döneminde ilk adı Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâleti olan bu Bakan-



Bu yazının amacı Türkiye'de sağlık hakkının güvence altına alınmasında sunulan temel kamu hizmeti olan sağlık hizmetine erişimde alınan katılım payının anayasaya uygunluğu tartışılmasıdır. Yazının birinci bölümünde katılım payı yükümlülüğü ele alınacak, ikinci bölümde bu hizmete erişimde uygulanan ve Anayasaya aykırı bir yükümlülük olduğu iddia edilen bu katılım payı konusunda Anayasa Mahkemesinin içtihatları okunmaya çalışılacaktır.

## I. Katılım Payının Hukuki Mahiyeti

Katılım payı 5510 sayılı kanunun 3.maddesine göre “sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından ödenecek tutar” olarak tanımlanmıştır. **Bu tanıma göre sağlık hizmetin-**

liğe verilen görevin “**umumi devlet hizmeti**” olduğu yasal olarak düzenlenmiştir. Halen yürürlükte olan yasa hükmü “*Memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve ıctimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir.*” demektedir. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu M.1. Sağlık Bakanlığının sağlık hizmetlerini düzenleyen görev tanımına göre “*Bakanlığın görevi; herkesin bedenî, zihnî ve sosyal bakımından tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamak halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütülmesidir.* 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname M.2.

Türkiye'de sosyal güvenliği ve sağlık güvencesini düzenleyen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda yasadaki güvence altına alınan sağlık hizmetleri kapsamı “*a) Kişilerin hastalanmalarına bakılmaksızın kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile insan sağlığına zararlı madde bağımlılığını önlemeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri, b) Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, bekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tablilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbi müdahale ve tedaviler, hasta takibi ve rehabilitasyon hizmetleri, organ, doku ve kök hücre nakline ve hücre tedavilerine yönelik sağlık hizmetleri, acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbi bakım ve tedaviler, c) Analık sebebiyle ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, bekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, doğum, laboratuvar tetkik ve tablilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbi müdahale ve tedaviler, hasta takibi, rahim tahliyesi, tıbbi sterilizasyon ve acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbi bakım ve tedaviler. d) Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; ağız ve diş muayenesi, diş bekiminin göreceği lüzum üzerine ağız ve diş hastalıklarının teşhisi için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tablilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbi müdahale ve tedaviler, diş çekimi, konservatif diş tedavisi ve kanal tedavisi, hasta takibi, diş protez uygulamaları, ağız ve diş hastalıkları ile ilgili acil sağlık hizmetleri, 18 yaşını doldurmamış kişilerin ortodontik diş tedavileri, e) Evli olmakla birlikte çocuk sahibi olmayan genel sağlık sigortalısı kadın ise kendisinin, erkek ise karısının; yapılan tıbbi tedavileri sonrasında normal tıbbi yöntemlerle çocuk sahibi olamadığının ve ancak yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olabileceğinin Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben mümkün görülmesi, en fazla iki deneme ile sınırlı olmak üzere yardımcı üreme yöntemi tedavileri ile bir hastalığın tedavisinin başka tıbbi bir yöntemle mümkün olmaması ve Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben zorunlu görülmesi halinde yardımcı üreme yöntemi tedavileri.” 5510 s.k.M.63*

**den yararlanmak için yasa ile Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) gibi bir kamu idaresine ödenmesi gereken zorunlu bir tutardır.** Bu payın sağlık hizmetinden yararlanmanın ya da hizmete erişimin bir şartı olduğu kanunun üçüncü bölümünün “sağlık hizmetlerinden yararlanma şartları ve katılım payı” başlığını taşımasından anlaşılmaktadır.

Türkiye’de Anayasamızın 56.maddesine göre sağlık hizmetlerinin tek elden planlanması ve hizmet verilmesi zorunludur. Devletin bu hizmetleri yaygın şekilde sunmak için kanunla genel sağlık sigortası kurması da öngörülmüştür. Yaşam hakkının güvence altına alınmasında esas olan ve kanunlarla tanımlanan sağlık hizmetinin **genel sağlık sigorta primleri** ile finanse edilmesidir.<sup>3</sup>

Kanun “*Genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir hak, Kurum için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamak bir yükümlülüktür. Sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler yararlandırılır. Bu Kanun kapsamındaki kişilere sağlanacak sağlık hizmetleri ve diğer haklar ile kişilerden alınan primlerin tutarı arasında ilişki kurulamaz.*” hükmünü getirmiştir. Ne var ki maddede hizmetten yararlanan kişinin ödeme yapmaması hali düzenlenmediğinden katılım payını ödeyemeyenlerin sağlık hakkından yararlanamayacağı şeklinde bir sonuç çıkmaktadır.

Kanunun sağlıklı bir hak olarak düzenlemesine, sunulacak sağlık hizmeti ile ödenecek primler arasında bir ilişki kurulmasına rağmen “*ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesinden, vücut dışı protez ve ortezler ayakta tedavide sağlanan ilaçlar, Kurumca belirlenecek hastalık gruplarına göre yatarak tedavide finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerinden*” **katılım payı** alınmaktadır.<sup>4</sup>

*Katılım payı, ayakta tedavide edilen sağlık hizmetleri için 2 Türk Lirası olarak uygulanır. Katılım payı, diğer sağlık hizmetleri için gereksiz kullanımı azaltma, sağlık hizmetlerinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kişilerin prime esas kazançlarının, gelir ve aylıklarının tutarı ve benzeri ölçütler dikkate alınarak % 10 ilâ % 20 oranları arasında olmak üzere Kurumca belirlenir.*<sup>5</sup>

<sup>3</sup> “Genel sağlık sigortası primi, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olanlar için 82 nci maddenin birinci fıkrasına göre hesaplanan prime esas kazancın % 12,5’idir. Bu primin % 5’i sigortalı, % 7,5’i ise işveren hissesidir. Yalnızca genel sağlık sigortasına tâbi olanlar ile 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi ve bu Kanunun geçici 13 üncü maddesinde belirtilenlerin genel sağlık sigortası primi, prime esas kazancın % 12’sidir. Bkz. 5510 s.k.M.81

<sup>4</sup> 2012 SGK hesap verilerine göre milyon TL olarak 35.103 toplam genel sağlık sigorta prim geliri buna karşın 2.403 **tedavide katılım payı** tahsil edilmiş bulunmaktadır. Bkz. [www.muhasabat.gov.tr](http://www.muhasabat.gov.tr)

<sup>5</sup> “Katılım payı, birinci fıkranın (a) bendindeki sağlık hizmetleri için 2 Türk Lirası olarak uygulanır. Katılım payı, (b) ve (c) bentlerindeki sağlık hizmetleri için gereksiz kullanımı azaltma, sağlık hizmetlerinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kişilerin prime esas kazançlarının, gelir ve aylıklarının tutarı ve benzeri ölçütler dikkate alınarak % 10 ilâ % 20 oranları arasında olmak üzere Kurumca belirlenir. Yukarıdaki (b) ve (c) bentleri kapsamına giren sağlık hizmetlerinden alınacak

Katılım payının hukuki mahiyetinin incelenmesinden bu payın sağlık hizmetinden yararlanmak için **genel sağlık sigortası primi** dışında ödenmesi yasa ile zorunlu olan bir ödeme olduğu ödeme yapılmadan sağlık hizmetinden yararlanılamayacağı ve bu payın belirlenmesi konusunda SGK'na oldukça geniş yetki verildiği anlaşılmaktadır. İkinci bölümde bu payın tahsilinin Anayasaya aykırılığı konusundaki iddialarla ilgili iki Anayasa Mahkemesi kararını tartışmak istiyoruz.

## II. Katılım Payı Uygulamasında Anayasa Mahkemesi İçtihatları

Yüce Mahkemenin katılım payı konusunda iki kararı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi özde katılım payının bir vergi benzeri yükümlülük olarak kabul edilemeyeceği, ikincisi de katılım payı konusunda SGK'na verilen yetkinin anayasaya aykırı olmadığı yorumunu içermektedir. Sırasıyla inceliyoruz.

### A. Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 tarih ve E.2006/111 ve K.2006/112 tarihli İlk Kararı: Katılım Payı Bir Vergi Benzeri Yükümlülük Değildir.

Anayasa Mahkemesi bu ilk kararında 68. maddede düzenlenen katılım paylarının, Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen **vergi, resim, harç benzeri mali yükümlülüklerden olduğu**, Anayasa'nın Bakanlar Kurulunca kullanılmasına imkân tanıdığı bu yetkinin Kuruma (SGK) verildiği, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 73. maddelerine aykırı olduğu **iddialarını** reddetmiştir.

Yüce Mahkeme karar gerekçesinde “*ücret, aidat, kesenek, harç, katılma payı, fon payı, katkı payı gibi adları ne olursa olsun parasal yükümlülük ya da ödemelerin Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında mali yükümlülük sayılabilmesi için ödemenin kamu gideri niteliğinde ve kamu hizmeti karşılığı olması, tek taraflı irade ile alınması,*

---

*katılım payını % 1'e kadar indirmeye, Kurumun teklifi üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı yetkilidir. Ayrıca Kurum, birinci fıkranın (c) bendinde belirtilen sağlık hizmetlerinde, aile hekimlerince ya zulan reçeteler dâhil olmak üzere reçetede yer alan üç kalemli üç kutuya kadar ilaçilaçlar için 3 Türk Lirası, ilave her bir kalemli kutu ilaç için 1 Türk Lirası olmak üzere katılım payı uygulamaya yetkilidir. Katılım payına ilişkin kutu hesabında enjekteable formlar, serum ve beslenme ürünleri ile Kurum tarafından belirlenecek ilaçlar dikkate alınmaz. Kurum, birinci fıkranın (a) bendi gereği belirlediği katılım payını; birinci basamak sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayenelerde almamaya ya da daha düşük tutarlarda belirlemeye veya tekrar birinci fıkranın (a) bendi için belirlenen tutara getirmeye, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmet sunucularında yapılan muayenelerde ise müracaat edilen sağlık hizmeti sunucusunun yer aldığı basamak, sağlık hizmeti sunucusunun resmi ve özel sağlık hizmeti sunucusu niteliğinde olup olmaması, önceki basamaklardan sevkli olarak başvurulup başvurulmadığı gibi hususları göz önünde bulundurarak on katına kadar artırmaya ve sağlık hizmeti sunucuları için farklı belirlemeye yetkilidir. Birinci fıkranın (d) bendinde belirtilen sağlık hizmetleri bedelinin % 1'ine kadar katılım payı alınabilir. % 1'ine kadar tespit edilen katılım payını almamaya, yarısına kadar indirmeye **Kurum yetkilidir. Kurum**, bu fıkrada belirtilen 1 Türk Lirası, 2 Türk Lirası ve 3 Türk Lirasını, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranına kadar her yıl artırmaya yetkilidir.” 5510 sayılı Kanun M.68*

kamu gücüne dayanması, zorunlu olması, ödenmemesi halinde hukuki yolla tahsili, devlet tüzel kişiliği, kamu tüzel kişiliği ya da kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları tarafından tahsil edilmesi ve yasa ile konulması gerekir.” Yüce Mahkemeye göre “kuraldaki tutarın normalde kişilerin kendilerinin karşılaması gereken sağlık giderlerinin Devletçe karşılanması nedeniyle kendilerinden istenilen katkı payı olduğu ve bu yönüyle Anayasa’nın 73. maddesindeki vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülük niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır.”

Yüce Mahkeme ayrıca katılım payını Türkiye’nin de taraf olduğu Anayasa’nın 90.maddesine göre temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerde yasalara üstün nitelikte olan uluslararası sözleşmelere uygun görmüş ve gerekçesini “diğer taraftan, sağlık yardımları için sigortalıdan katkı payı alınabileceği uluslararası sözleşmelerde de öngörülmüştür. “Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin” Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 102 sayılı Sözleşmesi’nin 10. maddesinde, sağlık yardımından faydalananlar veya bunların aile reislerinin, hastalık halinde yapılacak sağlık yardımı masraflarına iştirak ettirilebileceği belirtilmekte, bunun ilgiliye ağır bir yük getirmeyecek şekilde tespit edilmesi öngörülmektedir. Avrupa Konseyi çerçevesinde oluşturulan Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesine göre de, korunan kimselerin doğrudan katkıda bulunmaları olanaklıdır. Türkiye, belirtilen iki sözleşmeye de katılarak onaylamıştır.” olarak ifade etmiştir.

Anayasa Mahkememizin kararda açıklanan gerekçelerine katılmak mümkün değildir. Şöyle ki; katılım payının **tanımına göre katılım payı sağlık hizmetinden yararlanmak için yasa ile SGK gibi kamu gücü kullanan bir kamu idaresine zorunlu ödenmesi gereken bir tutardır.** Normalde kendilerinin karşılaması gereken sağlık giderlerinin devletçe karşılanması nedeniyle kendilerinden istenen bir katkı payı olarak da düşünülemez. Sağlık hizmeti bir yaşama hakkı güvencesidir ve kişiler sağlık sigortası ödeyerek bu hizmetin finansmanına vergi benzeri bir yasal yükümlülükle katkıda bulunmaktadırlar.<sup>6</sup>

Uluslararası sözleşmelerde yer alan hizmetten yararlandıran bir katkı alınabilir düzenlemesi de alınacak katkının yasal nitelikte Anayasamızın 73.maddesindeki vergi benzeri yükümlülüklerle uygun biçimde olmasını öngörmektedir. **Bu da zaten genel sigortası sağlık primi ödeyerek sağlanmaktadır.** Bu nedenlerle Yüce Mahkemenin red gerekçelerini verdiğimiz “bu ödeme vergi benzeri yükümlülük sayılamaz, uluslararası sözleşmeler pay alınmasına izin vermektedir” içtihadı anayasaya uygun bir yorum olarak kabul edilemez.

<sup>6</sup> The ILO Minimum Social Security (Minimum Standards) Convention 1952 No.152 adlı anlaşmada öngörülen sosyal güvenlik finansmanına işçi ve işverenlerin katılımının esas olduğu, finansman şeklinin de sigorta ya da vergi ile olabileceği şeklindedir. Antlaşmadaki ilke; sosyal güvenlik sistemlerine işveren ve işçilerin katılımı (participation of employers and workers in the administration of the schemes) şeklindedir. Antlaşmanın 10.maddesi de sağlık sigortasına hizmetten yararlandıran da yük oluşturmayacak şekilde katılımını öngörmektedir. Ülkemizde sigortalının sağlık hizmetine katılımı oldukça yüksek oranda alınan sağlık sigorta primleriyle yapıldığından, Antlaşma prim dışında ayrı bir tedavi katılım payını öngörüyor şeklinde yorumlanamaz.

**A. Anayasa Mahkememizin 2012/33 Esas ve 2012/174 Karar sayılı Son Kararı: Katılım Payı Konusunda SGK’na Verilen Düzenleme Yetkisi Anayasaldır.**

Yüce mahkeme ilk kararında katılım payının vergi ve benzeri yükümlülük kapsamında olmadığı, katılma payı alınmasının Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere göre de alınmasının mümkün olduğuna karar vermiştir. Bu karar sonrası 5510 sayılı yasada yapılan değişiklikle “*bu paya yeni bir özellik kazandırıldığı, söz konusu maddenin içeriği bütünüyle değiştirildiği ve Kuruma tanınan yetkiyi asli düzenleme yetkisi niteliğine ulaştırıldığı*” iddia edilmiş Anayasa Mahkemesinde yeni bir dava ikame edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi iptali istenen bu maddeyi “...*Katılım payı, mali bir yükümlülük olmasına rağmen prim gibi, sağlık hizmetini kullanan ve kullanmayandan alınan bir tutar değildir. Kişilerin sigortalılık bilincinin artırılması ve ödemenin baştan yapıldığı durumlarda hizmetin amaca uygun olarak kullanılmasını sağlamak amacıyla getirilmiş bir uygulamadır. İlgililerin sağlık hizmetinden faydalanmalarını engellemeyecek düzeyde tutulması koşuluyla katılım payı alınması, sağlık harcamalarının devlet üzerindeki mali yükünü azaltmak amacıyla tedavi masraflarının bir kısmının hasta tarafından karşılanmasını sağlamak, hastayı, sağlık koruma masrafları konusunda bilinçli hâle getirmek ve hastayı gereksiz sağlık hizmeti kullanımından vazgeçirmek*” şeklinde tamamlayıcı amaçlara da hizmet etmektedir. Dava konusu kurala getirilen katılım payı miktar ve oranları sağlık hizmetinden yararlanan kişilerin ödeme durumları göz önünde bulundurularak koruyucu mekanizmalarla desteklendiğinden kişilerin sağlığa erişim hakkını engelleyici nitelikte değildir.

Dava konusu kuralda, katılım payı miktar ve oranlarıyla ilgili kullanılan kıstaslarda belirsizlik bulunmamaktadır. Nitekim kanun koyucu, müracaat edilen sağlık hizmeti sunucusunun hangi basamakta yer aldığı, sağlık hizmeti sunucusunun resmi ve özel sağlık hizmeti sunucusu niteliğinde olup olmadığı, bir önceki basamaktan sevkli olarak başvurulup başvurulmadığı gibi hususları göz önünde bulundurarak, katılım payını on katına kadar artırmaya ve sağlık hizmeti sunucuları için farklı oranlarda belirlemeye idareyi yetkili kılmıştır. Dolayısıyla kanun koyucu, dava konusu kuralda temel kıstasları belirlemiş, bilimsel gelişmeler ve değişen koşul ve durumlara göre, hizmetin gerekleri doğrultusunda, idareye katılım payını kaldırma veya farklı oranlarda belirleme imkânı tanımıştır. Bu nedenle dava konusu kuralın belirsiz olduğu söylenebilir.” gerekçesi ile iptal isteminin reddine oybirliği ile karar vermiştir.

Halbuki Yüce Mahkemenin bu kararında ilk kararda olduğu gibi gene uluslararası sözleşmelere atıf yapılmakta katılım payı alınmasının sağlık harcamalarının devlet üzerindeki yükü azaltmak hastayı gereksiz sağlık hizmetinden vazgeçirmek amaçlarını taşıdığından sağlığa erişim hakkını engellemediği savunulmaktadır.

<sup>7</sup> Devletin sağlık güvencesi kapsamına aldığı ve hekim kararı ile sunulan sağlık hizmetleri için “hastayı gereksiz sağlık hizmeti kullanımından vazgeçirme” şeklinde bir gerekçe kabul edilemez.

Kararda SGK'na tanınan geniş yetkinin anayasaya aykırı ve belirsiz olmadığı da idareye böyle bir yetki verilmesinin anayasal olup olmadığı tartışılmadan anayasal görülmüştür. Daha önceki kararın okunması sırasında da ifade ettiğimiz gibi katılım payı merkezi yönetim bütçesi içinde yer aln SGK'na sağlık hizmetinden yararlanma şartı olarak yasa ile ödenmesi zorunlu olan bir vergi benzeri yükümlülüktür. Sadece Yürütme organı olan Bakanlar Kuruluna yetki devri yapılması gerekirken idareye geniş yetki tanınmıştır. Gene tekrarlayacak olursak Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesinde öngörülen katılım hizmetten yararlanan tarafından genel sağlık sigortası primleri ile yapılagelmektedir. Ayrıca idareye verilen geniş yetkinin çıkarılan Sağlık Uygulama Tebliği ile kullanılmasında ve sık sık değiştirilmesinde dava konusu kuralın **belirsizlik kazandı** ve yasallık ilkesine aykırılık teşkil ettiği açıktır.

### Sonuç

Sağlık hizmeti yasayla korunan ve yaşam hakkını güvence altına alan temel bir devlet hizmetidir. Bu hizmetin sunumunda alınan katılım payının Anayasamızın 73.maddesinde düzenlenen vergi ödevi kapsamında olan bir yükümlülük olduğu ve yasallık ilkesine aykırı olarak SGK'na geniş yetki verildiği konusunda Anayasa Mahkemesine açılan iki dava dolayısıyla Yüce Mahkeme katılım payının Anayasaya uygun olduğu kararına varmıştır.

Yüce mahkemenin ilk kararında katılım payının vergi benzeri yükümlülük sayılabilmesi için “*kamu hizmeti ve gideri karşılığı olması, tek taraflı irade ile alınması, kamu gücüne dayanarak alınması, zorunlu olması, kamu tüzel kişiliği ya da kamu kurumu şeklinde meslek kurumları tarafından tahsil edilmesi ve yasa ile konulması gerekmektedir.*” içtihadına varmıştır.

Bir kamu hizmeti olduğu tartışmasız olan sağlık hizmeti karşılığı alındığı pay ödenmeden hizmetten yararlanılmasının mümkün olmadığı, katılım payının harç benzeri olarak görülebileceği, yasaya dayanarak bir kamu idaresi olan SGK tarafından alındığı dikkate alınırca bu gerekçenin oldukça tartışmalı olduğu ifade edilebilir.

Yüce Mahkemenin ilk ve ikinci kararında katılım payının uluslararası sözleşmelere göre de alınabileceği gerekçesi de, ILO Sosyal Güvenliğin Asgari Şartları Konusundaki Uluslararası Antlaşmanın 10.maddesinde öngörülenin, işçi ya da sigortalının sağlık sigortasına yük oluşturmayacak biçimde katılım olduğu, Türkiye'de bu katılımın oldukça yüksek bir oranda sağlık sigortası primleri ile yapıldığı gerçeği karşısında geçerli değildir.

Türkiye'de yasallık ilkesinin içeriğine aykırı düzenlenen Bakanlar Kuruluna yetki verilmeyen, sık değişiklik gösteren Sağlık Uygulama Tebliği ile belirsizlik gösterdiği açık olan bu katılım payının Mahkeme içtihatlarına rağmen Anayasaya uygunluğu tartışmalıdır.

# ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜ ENGELLEME SUÇU

## (*Crime of Obstructing Working Freedom*)

Köksal BAYRAKTAR\*

### ÖZET

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, çalışma özgürlüğünü engelleyen suçları geniş bir açıdan düzenlemiştir. Kanun'un 117. maddesinde dört ayrı hukuka aykırı eylem suç olarak öngörülmüştür. Bir sonraki maddede ise çalışma hürriyeti ile yakından bağlı olan sendikal örgütlenme, ceza yaptırımına bağlanmıştır. İncelememizde, özellikle 117. madde ve buna bağlı suçu etkileyen nedenleri içeren 119. madde üzerinde durulmuştur. Çalışmada Kanun'un gerekçesine yer yer referans verilmiştir.

Türk Ceza Kanunundaki bu düzenleme, insanların serbestçe, bağımsız, hiçbir kısıtlamaya uğramaksızın çalışabilmelerini sağlama amacını taşımaktadır.

İncelemede suçun unsurları, suça etkileyen nedenler ve özellik taşıyan bazı sorunlar üzerinde durulmuştur.

**Anahtar kelimeler:** Çalışma özgürlüğü - Eski TCK ile Yeni TCK arasındaki farklar – cebir – tehdit – hukuka aykırı davranış – yargılama şartı – sömürü suçu – sömürüyü hazırlama – çalışma koşullarını zorla değiştirme – manevi unsur – ağırlaştırıcı nedenler – yaptırım

### *Abstract*

5237 numbered new Turkish Criminal Code covers the crimes impeding the liberty to work in a wide range. Art.177 of the Code defines four types of unlawful actions as crimes. Another legal article in the Code is about unionist organizations which is linked with the liberty to work and subject to punitive sanction. In this study, it is focused on Art.117 and Art.119 with the lawful causes of the crime. It is referred to the preamble of the Code at some parts of this study.

The purpose of the Code is to enable people to work freely and independently.

In this article, the elements and the reasons of the crime are explained through the light of related problems in practise.

---

\* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Öğretim Üyesi

**Keywords:** Liberty to work – the differences between new and previous Turkish Criminal Code – violence – threat – unlawful act – the rule for exercise of jurisdiction – the crime of exploitation – the preparation for exploitation – changing the working conditions by force – mens rea – aggravation – the punishment

## GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun bireyi öne alan ve hak ve özgürlükleri geniş yer tutan genel sisteminde TCK. 106 - 124. maddeleri arasında "Hürriyete Karşı Suçlar" başlığı içerisinde, kişinin doğrudan doğruya kendisi, yetişmesi, barındığı konut ve kamu kurumları ve diğer kişilerle ilişkilerini öngören suçlar düzenlenmiştir. Bu suçlar içerisinde TCK.'nun 117. maddesinde "iş ve çalışma hürriyetinin ihlali" başlığı altında dört ayrı eyleme yer verilmiştir. Dört ayrı eylemin belirtildiği maddede çalışma özgürlüğünün hayli ayrıntılı düzenlendiği ve bunların içinde kişilerin sömürülmesi, bu eyleme yönelik olarak kimi hareketlerin yapılması ve nihayet çalışma dünyasında varolan birtakım anlaşmaların zorla değiştirilmesi gibi eylemler vardır.

Bu çalışmada sadece TCK. 117. maddesi ile bu maddeyi suçu etkileyen nedenlerle tamamlayan 119. madde incelenmiştir. 117. maddede geçen "iş ve çalışma hürriyetinin ihlali" şeklindeki başlık, bizce çalışma işi de kapsadığından, bu araştırmada, iş terimi bir kenara bırakılarak yalnız çalışma terimi üzerinde durulmuştur.

TCK. 118. maddesi sendikal hakların kullanılması ile ilgilidir. Doğaldır ki, sendikal hakların kullanılması çalışma özgürlüğü ile yakından bağlı örgütlenme hakkına ilişkindir. İncelememizin sınırlarını fazla genişletmemek kaygısıyla sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçuna bu araştırmamızda girilmemiştir.

İncelememizde, TCK. 117. maddede yer alan dört suç, unsurlar, teşebbüs, içtima ve yaptırım yönünden irdelendiği gibi, suçu etkileyen ağırlaştırıcı nedenler de son bölümü oluşturmuştur.

## I) GENEL OLARAK

1) Çalışma özgürlüğünü engelleme 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 117. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun 119. maddesinde bu suçlar için öngörülen ağırlaştırıcı nedenler belirtilmiştir. Önce bu maddeleri aktarmak uygun olacaktır. TCK. 117. maddesi şu şekildedir :

*"Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlâl eden kişiye, mağdurun şikâyeti hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*

*Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle*



*çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tâbi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz gündenden az olmamak üzere adli para cezası verilir.*

*Yukarıdaki fıkrada belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye de aynı ceza verilir.*

*Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”*

Suçla ilişkin ağırlaştırıcı nedenler 119. maddede yer almıştır :

*“Eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasî hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlâli ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlâli suçlarının;*

*a) Silâhla,*

*b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hâle koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle,*

*c) Birden fazla kişi tarafından birlikte,*

*d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak,*

*e) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır.*

*Bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”*

Maddenin gerekçesi Adalet Komisyonu metninde şöyle yer almıştır :

*“Anayasamızda herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip bulunduğu ve özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu açıklanmıştır. Bu suç tanımı ile, söz konusu temel hürriyetin güvence altına alınması amaçlanmıştır.*

*Maddenin birinci fıkrasında, iş ve çalışma hürriyetinin ihlâli suç olarak tanımlanmıştır. Suçun oluşması için, bu ihlâlin cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla gerçekleştirilmesi gerekir. Bu fıkradaki suçun soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlıdır.*

*Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen durumlar içinde bulunan kimseleri rızaları ile de olsa, sömürerek insan onuruna aykırı biçimde ve koşullar altında çalış-*

tırmak suç hâline getirilmiş ve böylece Devletin Anayasada belirtilen sosyal devlet olmak niteliğini koruyan ve vurgulayan değerlerden çok önemli birisi ceza himayesi altına alınmıştır.

İş ve çalışma hürriyetinin kullanılmasında kişilerin insan onuruna uygun koşullar içinde çalıştırılmaları esastır. Demokratik toplum kişilerin çaresizliğinin sömürülmesine dayalı bir serbest piyasa sisteminin uygulanmasıyla, elbette ki, bağdaşmaz. Bu nedenle maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır.

İkinci fıkrada yer alan suç, kişilerin çalışmalarının sömürülmesini engellemek amacıyla taşımaktadır. Kimsesiz, çaresiz veya belirli kişilere çeşitli nedenlerle bağımlı kişi, onun bu hâlden yararlananlar sömürücü kişiler tarafından insanlık dışı durumları kabule veya bazı koşullara katlanmaya sevk edilebilmektedir.

Bu gibi fiilleri önlemek amacı ile maddenin üçüncü fıkrasında, kişileri ikinci fıkrada belirtilen duruma düşürmek üzere tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakil fiilleri de suç sayılmıştır. Kişileri, ikinci fıkrada belirlenen hâle düşürmemek için söz konusu hazırlık hareketlerini cezalandırmak yerindedir.

Maddenin dördüncü fıkrasında ayrı bir suç tanımına yer verilmiştir.

Söz konusu suçun oluşması için, cebir veya tehdit kullanılarak, işçi veya işverenlerin ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlanması ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olunması gerekir”<sup>1</sup>.

Suçtu etkileyen nedenlerin bulunduğu 119. maddenin gerekçesi şu şekilde idi :

“Bu madde, birinci fıkrada sayılan suçlar açısından söz konusu olan ve cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsurları göstermektedir. Maddenin birinci fıkrasında, bu nitelikli unsurlar, seçimlik olarak belirlenmişlerdir; yani bir olayda bu hâllerden bir veya birkaçının gerçekleşmiş olması durumunda; bu fıkra göre cezanın artırılması gerekmektedir.

Belirtilen nitelikli hâller, söz konusu suçların işlenmesi ile varılmak istenen amaç açısından cebir veya tehdidin kapsadığı korkutma gücünün ciddiliği ve yoğunluğu hususunda mağdurda ciddi kaygılar meydana getirmeye elverişli durumlardır.

Silâhla cebir veya tehditte bulunulması hâlinde, varılmak istenen amaca daha kolay ulaşılır. Aynı suretle kendisini tanınmayacak bir hâle getiren kişinin veya bir kaç kişinin birlikte olarak tehdit icra etmeleri hâlinde meydana gelen korku çok yoğun olur.

<sup>1</sup> Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), T.B.M.M. 22. Dönem, S. Sayısı, 664, s. 526, 528.

Gizli veya açık, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu etkiden yararlanılarak söz konusu suçlar daha kolay bir şekilde işlenebilirler.

Keza, söz konusu suçların işlenmesi bakımından kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması, bir kolaylık sağlamaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, söz konusu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Bu itibarla, kasten yaralama suçunun temel şekli, birinci fıkrada sayılan suçların seçimlik hareketlerinden olan cebrin varlığı için gerekli ve yeterli görülmüştür”<sup>2</sup>.

2) Önceki Ceza Kanunu’nda, çalışma özgürlüğünün ihlali 201. maddede düzenlenmişti. 28.09.1971 tarihinde değişikliğe uğrayan maddenin son şekli şöyle idi:

*“Her kim cebir ve şiddet yahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men ederse, üç aydan iki seneye kadar hapis cezasına mahkum olur.*

*Her kim cebir ve şiddet veya tehdit ile gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadıyla bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet verir veya tatilin devamına amil olursa, sekiz aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*

*Her kim yukarıdaki fıkralarda gösterilen maksatların istihsaline matuf olmak üzere, cebir ve şiddet veya tehdit olmaksızın, işyerini her ne suretle olursa olsun kısmen veya tamamen işgal ederse, bir aydan bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*

*Yukarıdaki fıkralarda gösterilen fiiller silah ile veya kendini tanınmayacak bir hale koyarak veya birkaç kişi tarafından birlikte işlenirse veya ayrıca bir tahribat meydana getirilmişse yahut mevcut veya mefruz bazı gizli cemiyetlerin husule getirdikleri tehdit kuvvetinden istifade ile işlenmiş ise; ceza iki misli arttırılarak hükmolunur. Ancak hükmolunacak ceza beş seneyi geçemez.”*

3) Önceki Ceza Kanunu ile yürürlükteki Kanunun incelenen suç yönünden bazı farklılıklar içerdiği saptamak mümkündür.

a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali”, geniş bir özgürlükler yelpazesi içinde öngörülürken; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda hayli dar bir alanda düzenlenmişti.

b) Yeni Ceza Kanunu’nda, suçun konusu olarak iş ve çalışma hürriyeti belirlenirken, önceki Kanunda sanat ve ticaret serbestisi öngörülmüştü.

<sup>2</sup> Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), T.B.M.M. 22. Dönem, S. Sayısı, 664, s. 528.

Yürürlükteki Kanunun, daha genel, soyut ve geniş sınırlar içerisinde bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Buna karşılık önceki Kanunun, sanat ve ticaret terimlerini kullanırken daha dar ve özel sınırlar içinde kaldığını söyleyebilmek mümkündür <sup>3</sup>.

c) Kişileri sömürerek, varolan koşulları kötüye kullanarak çalıştırmak, yürürlükteki Kanunda madde içerisinde ayrı bir suç olarak düzenlenmişken; önceki Ceza Kanunu'nda bu eylem 201. madde içerisinde ele alınmamıştır <sup>4</sup>.

d) Önceki Kanunda 201/3. maddede işyeri işgali özel olarak ceza yaptırımına alınmışken, yürürlükteki Kanunda sadece işgal değil, daha genel ve geniş açıdan işçi - işveren ilişkilerinin cebir ve tehdit ile ihlal edilmesi öngörülmüştür <sup>5</sup>.

e) Suçu etkileyen nedenler önceki Kanunda 201. maddenin son fıkrasında yer alırken, Yeni Ceza Kanunu'nda ayrı bir madde içerisinde düzenlenmiştir.

Suçu etkileyen nedenler hep ağırlaştırıcı nedenler şeklinde dikkate alınmıştır. Bunlardan “kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması” ve “suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlanmış halinin gerçekleşmesi halinde kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması” önceki Kanunda bulunmuyordu. Buna karşılık, işyerinde tahrifatın meydana gelmesi şimdiki Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır.

Bu çalışmamızda, TCK. 117 ve 119. maddeler üzerinde durulacaktır. TCK. 118. maddesi örgütlenme özgürlüğü, sendikal hakların kullanılmasına ilişkin olduğundan, incelememizin sınırlarını genişletmemek için bu konu araştırılmamıştır.

## II) ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜ ENGELLEME SUÇU

### 1- İhlal edilen hukuki değer

Suçla korunan hukuki değer araştırıldığında, bu suçun Anayasalarda yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ayrılmaz derecede bağlı olduğu kolayca anlaşılır. 1982 Anayasasının 48. maddesinde herkesin çalışma özgürlüğüne sahip oluşu, sözleşme ve özel teşebbüs özgürlükleri ile birlikte belirtilmiş ve devlete de yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre, devlet milli ekonominin gereklerine, sosyal amaçlara uygun ve çalışmada güvenlik ve kararlılık sağlama amacı ile tedbirler alacaktır <sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Yaşar Osman - Gökcan Hasan Tahsin - Artuç Mustafa, Türk Ceza Kanunu, c. III., Ankara, 2010, s. 3799; Gerçekler Hasan, Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, c. I., Ankara, 2011, s. 1554.

<sup>4</sup> Yaşar - Gökcan - Artuç, 3799.

<sup>5</sup> Yaşar - Gökcan - Artuç, 3799.

<sup>6</sup> 1982 Anayasasının 48. maddesi şöyledir :

*“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”*

Anayasada yer alan bu özgürlüğün hukuka aykırı eylemlerle engellenmesi, sınırlanması, gerçekleşmesinin önlenmesi bu suçun cezalandırılma sebebi olacaktır.

Bugünün toplumlarında ve uluslararası belgeler çerçevesinde çalışma özgürlüğü, bireyin dilediği alanda çalışabilmesini, girişim içine girebilmesini, bir işletme kurabilmesini belirtir. Aynı zamanda, devletin, özel ya da kamusal kuruluşların işletmelerinde gerçekleştirilen işleri, çalışmaları ifade eder. İşveren, işçi, birey, özel ya da kamu kuruluşlarında çalışanların etkinlikleri bu kavramın koruma alanına girmektedir. Kısaca kişilerin mal ve hizmet üretme şeklindeki özgürlük alanı, kazanç sağlama amaçlı yasal ekonomik faaliyetler, maddenin koruduğu alanı oluşturmaktadır<sup>7</sup>.

Bu çerçevede korunan hukuki değer, kişinin her türlü baskıdan uzak bir şekilde çalışabilmesidir<sup>8</sup>.

Önceki Ceza Kanunu'nun 201. maddesinde yer alan "sanat ve ticaret serbestisi"nin yorumunda bireysel çalışma özgürlüğünden çok toplu, kurumsal çalışma özgürlüğünün korunduğu ileri sürülmüşse de<sup>9</sup>, yürürlükteki düzenleme ile bu yorumun benimsenmesi çok güçtür.

Çalışma özgürlüğünün korunabilmesi için, özgürlüğün meşru, yasal bir faaliyet ile ilgisi olması gerekir<sup>10</sup>. Şayet kişinin yapmakta olduğu iş kanuna aykırı, hukuk dışı ve yasaklanmış bir iş ise bunun engellenmesi ile çalışma özgürlüğünün ihlali sözkonusu olmayacaktır.

<sup>7</sup> **Malkoç** İsmail, Türk Ceza Kanunu, c. II., Ankara, 2013, s. 2046; **Özbek** Veli Özer - **Kanbur** Mehmet Nihat - **Doğan** Koray - **Bacaksız** Pınar - **Tepe** İlker, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 2013, s. 418; **Soyer** Sesim, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler, (HPD - Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, sy. 7), s. 100; **Tezcan** Durmuş - **Erdem** Mustafa Ruhan - **Önok** Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. bs., 2012, s. 442; Dar ve geniş anlamda çalışma hürriyeti kavramları için bkz. **Öztürk** Mehmet Onat, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, İstanbul, 2006, s. 23, 143-144.

<sup>8</sup> **Yaşar** - **Gökcan** - **Artuç**, 3799.

<sup>9</sup> **Erem** Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, c. II., Ankara, 1992, s. 1283; **Erman** Sahir, Çalışma Hürriyetinin Tahdidi veya Men'i Suçu, (İ.H.F.M., 1952, c. XVIII, sy. 3-4), (ayrı bası), s. 2.

<sup>10</sup> Bkz. **Erman**, 2.

Yargıtay 4. CD., 16.10.2006 tarihli ve 1967/15205 sayılı kararında, "katılanın suç tarihinde suç konu duraktan yolcu alma hakkının bulunup bulunmadığının araştırılmasını" işaret etmekle, çalışmanın yasal, meşru olması gerekliliği üzerinde durmuştur. Karar için bkz. **Artuk** Emin - **Gökçen** Ahmet - **Yenidünya** Caner, TCK Şerhi, Özel Hükümler, c. III., Ankara, 2009, s. 3003; **Yaşar** - **Gökcan** - **Artuç**, 3823.

Buna karşılık, Yargıtay 2. CD., 15.11.2006 tarihli kararında, "bölge bayisi bulunduğu firmanın ürünlerini yetkili olmadığı halde satmak için kamyonla sorumluluk bölgesine gelen müdahile..... gelemezsiniz, mal satamazsınız" deyip, müdahil üzerinde müessir fiilde bulunulmayı TCK. 117. madde kapsamında değerlendirilmesini öngörerek farklı görüş ileri sürülmüştür. Karar için bkz. **Artuk** - **Gökçen** - **Yenidünya**, 3004; **Yaşar** - **Gökcan** - **Artuç**, 3821.

Çalışma özgürlüğü çalışmama özgürlüğünü de kapsamaktadır. Birey, çalışma durumunda olduğu gibi, çalışmama serbestliğine de sahiptir; kimsenin zorla çalıştırılmayacağı bugün bir Anayasa kuralı olarak kabul edilmektedir. 1982 Anayasasının 18. maddesinde ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi'nin 4. maddesinde zorla çalıştırma yasağından söz edilirken çalışmama özgürlüğü de belirtilmektedir <sup>11</sup>.

## 2- Maddi unsur

### a) Fail

Suçun faili herkes olabilir. Kanunda fail ile ilgili bir özellik aranmadığından, yaşı, cinsiyeti, işi, uyuğu ne olursa olsun herkes suçun faili olabilecektir <sup>12</sup>. Fail işçi ya da işveren de olabilir; herhangi bir grev ya da lokavt hareketine veya sendikal bir etkinliğe Kanunda öngörülen cebir veya tehditle iştirak eden kişiler de fail sayılabilirler <sup>13</sup>.

Fail tek başına hareket edebileceği gibi, başka kişilerle birlikte de eylemde bulunabilir <sup>14</sup>. *Erman* bu konuda şu sorunu irdelemektedir : Suç bir işçi ya da işveren sendikasının emri ve talimatı üzerine işlendiğinde ne olacaktır? Kanun tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmediğinden, bu sorunda sendika yöneticilerini iştirak dolayısıyla, azmettiren sıfatı ile sorumlu tutabilmek mümkün olabilecektir <sup>15</sup>. *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, tüzel kişi yöneticilerinin, tüzel kişi yararına çalışma özgürlüğünü kısıtlayıcı hareketlerinde tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirinin uygulanmamasını Kanunda bir boşluk olarak ileri sürmektedirler <sup>16</sup>. *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, iş ve çalışma özgürlüğünün ihlalinin genel anlamda çalışma özgürlüğü ile serbestçe sözleşme yapma ve bunu uygulama özgürlüğü olarak belirttikten sonra, bunun serbest meslek faaliyeti kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini öne sürerken fail yönünden şu sonuca da ulaşmaktadırlar : “.....kamu görevlisi ile kamu görevlisinin işvereni durumunda bulunan devlet arasındaki ilişki madde kapsamı dışında tutulmalıdır.....” <sup>17</sup>. Bu görüşe katılmamaktayız. İş ve çalışma özgürlüğü özel kesimde olduğu gibi kamusal kesimde de vardır. TCK. 119/1-e' de öngörülen kamu görevi terimi ihlalin kamusal kesimde de olabileceğini ortaya koymaktadır. Bu durumda kamu tüzel kişisi yöneticileri, İdare içindeki kamu görevlileri de suçun faili olabilirler.

<sup>11</sup> *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 416, 417.

<sup>12</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3800.

<sup>13</sup> *Erman*, 4.

<sup>14</sup> *Erman*, 4.

<sup>15</sup> *Erman*, 4, 5.

<sup>16</sup> *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 418.

<sup>17</sup> *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 419.

## b) Mağdur

Suçun mağduru herkes olabilir. Kanunda mağdur yönünden bir açıklık ve sınırlama yoktur. Dolayısıyla çalışmakta olan ve fakat cebir ve tehditle karşılaşılarak çalışması zorlanan kişi mağdur olacaktır. Ancak çalışan kişi, Kanuna aykırı bir işte çalışıyorsa ya da yaptığı işin gerektirdiği koşullara sahip olmadan etkinliğini devam ettiriyorsa, bu durumda yapılan hareketler incelenen suçta meydana getirmeyecektir<sup>18</sup>.

## c) Hareket

Kanunda hareketin ne olacağı belirtilmiştir. Buna göre, “cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla” suçun işlenmesi aranmıştır.

### aa) Cebir

Cebir, bir kimsenin istediğinin aksine bir hareketi yapmaya ya da yapmamaya zorlanmasıdır<sup>19</sup>. Ceza hukuku genel kavramında, insanın fiziki bütünlüğü üzerine yoğun baskı kurulması olarak tanımlanan<sup>20</sup> cebirde, kişinin özgür hareket edebilme imkanı ortadan kaldırılmaktadır. Tıpkı, mağduru bağlamak, tutmak, hapsedmek, narkoz etkisinde tutmak, uyuşturucu madde, uyku hâpı vermek<sup>21</sup>, bir cenazenin geçeceği cadde üzerindeki dükkanları zorla kapamak, belirli bir dükkandan alış-veriş edilmesine, belirli bir işveren hesabına çalışılmasına cebir kullanarak engel olmak, bir fabrikanın işlemlerini önlemek için fabrikayı işgal etmek<sup>22</sup> gibi..... Aynı şekilde, bir kimsenin kendi işyerine gitmesini engelleme, başka bir kişinin işyerindeki çalışmasını engelleme<sup>23</sup> ve yol kesme<sup>24</sup> diğer örnekleri oluşturmaktadır.

Cebir kavramının TCK. 108. maddesi anlamında kullanılması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bu tartışma, cebirin eşya üzerinde yapılması durumunda incelenen suçun oluşup oluşmayacağı sorunu ile bağlantılı olarak da yapılmıştır. *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, TCK. 108’de cebirin kişi üzerinde olması gerekliliğinin belirtilmesine rağmen, TCK. 117/1’de cebirin yöneldiği kişi açıkça gösterilmediği için iş ve çalışma özgürlüğünün ihlalinin eşya üzerinde cebirle gerçekleşebileceğini açıklamışlardır<sup>25</sup>. Önceki Ceza Kanunu zamanında *Erman* ve

<sup>18</sup> *Gerçekler*, 1555; *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3800.

<sup>19</sup> *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 419.

<sup>20</sup> Bkz. *Dönmezer Sulhi - Erman* Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. II., 11. bs., İstanbul, 1997, s. 311, 312.

<sup>21</sup> *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 419.

<sup>22</sup> *Erem*, 1285.

<sup>23</sup> *Gerçekler*, 1556.

<sup>24</sup> Yargıtay 4. CD., 30.06.2006 tarih ve 2005/7202 E., 2006/11579 K. sayılı kararı. Bkz. *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3821.

<sup>25</sup> Bkz. *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 419.

*Erem*, eşya üzerinde cebir kullanılmasının TCK. 201. maddesini ihlal edeceği görüşünü savunmuşlardır<sup>26</sup>. *Erman*'ın verdiği örnekler ilginçtir :

“.....Bu nevi cebrü şiddetin başlıca şekilleri işyerinin veya bilfarz greve iştiraki reddeden işçinin evinin taşlanması, muhtelif sabotaj hareketleri, fabrikaya enerji temin eden su yolunu değiştirip fabrikanın çalışmasını sekteye uğratmak, fabrikanın elektrik cereyanını kesmek, bir çiftçinin hayvanlarını öldürmek veya bir yere kapamak suretiyle tarlasında iş görmesine mani olmak, başka işçilerin içeri girip çalışmasını önlemek için fabrikayı dışarıdan muhasara veya işgal etmek, boykot ilan edilen bir fabrika mamulâtını yakmak, muayyen bir ticarethaneyi yağma etmek gibi hareketlerdir.....”<sup>27</sup>.

*Kanaatimizce* TCK. 117/1. maddesindeki cebri, TCK. 108. maddede yer alan cebir şeklinde anlamak uygun olacaktır. TCK. 108. maddede yer alan cebir, kişinin hareket yeteneği üzerinde etkili olan baskıyı ifade etmektedir. Bu etki kişinin başka türlü hareket edebilmesini ortadan kaldıracak kuvvette olmalıdır. Bu açıdan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun hazırlıklarında Hükümetin teklif ettiği metinde, cebir kavramının yanına eklenen şiddet sözcüğü bizce maddeyi daha iyi anlatan ek kavramı oluşturuyordu. Hükümet teklifindeki “cebir ve şiddet” kavramlarının beraber bulunuşu, bizce, suçun maddi unsurunu daha uygun ifade etmekte idi<sup>28</sup>. *Soyer*, cebir kavramının şiddeti de içine alan daha geniş bir kavram olduğunu, gereksiz bir tekrardan kaçınmak için sadece cebir denilmesinin düşünülebileceğini belirtmiştir<sup>29</sup>.

TCK. 117/1. maddede sadece cebir ile yetinmesine rağmen, 119/2.'de yer alan “kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” şeklindeki hüküm ile TCK. 87. madde nedeniyle faile ceza verileceğini belirtirken, TCK. 86. madde dolayısıyla ceza verilmeyeceğini ortaya koymuştur. Bu açıklamanın konumuz yönünden önemi şudur ki, cebrin TCK. 108. maddesindeki nicelik ve niteliği, TCK. 86. maddesini de içine alır şeklinde genişletilebilmektedir. Cebir, TCK. 86. madde kapsamındaki eylemler için de uygulanacak, 86. madde ağırlığındaki yaralamalar cebir olarak kabul edilecektir<sup>30</sup>.

Cebir, çalışmakta olan kişiye karşı işlenmektedir. Bu kişinin işyeri sahibi olması ya da işyerinde sözleşmeli veya ücretli, maaşlı olarak çalışması, suçun oluşması yönünden önemli değildir<sup>31</sup>. Başka bir deyişle cebir doğrudan doğruya olabileceği gibi dolayısıyla da olabilir.

<sup>26</sup> Bkz. *Erman*, 10; *Erem*, 1286.

<sup>27</sup> *Erman*, 10.

<sup>28</sup> Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), T.B.M.M. 22. Dönem, S. Sayısı, 664, s. 298.

<sup>29</sup> *Soyer*, 102.

<sup>30</sup> Bkz. *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 420; *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3802.

<sup>31</sup> *Gerçekler*, 1556.



## bb) Tehdit

Tehdit, TCK. 106. maddedeki belirleme ile, kişinin kendisinin veya yakınının hayatına, vücut bütünlüğüne veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırıda bulunulacağını bildirmesidir. Tehdit, hayata, vücut bütünlüğüne veya cinsel dokunulmazlığa karşı olabileceği gibi, kişinin malvarlığına karşı da olabilir.

Tehditte, kişi üzerinde psikolojik etki yaratılarak, irade serbestisi, düşünme kabiliyeti kuvvetle etkilenmektedir. Bunun sonucunda da kişi kolayca kurtulamayacağına<sup>32</sup> inandığı bir duruma sürüklenmektedir. Tehdidin varolabilmesi için, failin ulaşmak istediği amaca uygun ve elverişli bir içeriğe sahip olması<sup>33</sup> ve mağduru etkileyici ve korkutucu bir nitelik içinde bulunması gerekir<sup>34</sup>. Tıpkı, “ihaleyi teslim aldığı tarihten itibaren ben sana yapacağımı biliyorum, hayatını mahvetmek için bütün servetimi harcayacağım ve ayaklarına sıkacağım”<sup>35</sup>, “benim düşmanım yanında kimse çalışmaz, orada çalışırsan senin de faturanı keserim”<sup>36</sup> şeklindeki sözler gibi.... Yargıtay objektif olarak korkutucu özellik taşımayan sözlerin dahi, iş ve çalışma özgürlüğünün ihlali yönünden tehdit olacağını kabul etmiştir. “..... Sanığın katılanın aracına binmek isteyen yolcuları itekleyip aracın kapısının önüne dikilerek ve buradan yolcu alırsanız sizin için iyi olmaz” şeklindeki Karar bunun bir örneğini teşkil etmektedir<sup>37</sup>.

Bu konuda iki önemli sorunu yıllar önce *Erman* irdelemiştir. Bunlar, boykot çağrısı ve grev ilanı tehdididir. Grev ilanına lokavt ilanı tehdidini de eklemek mümkündür.

“Boykot, belirli bir şahıstan mal alınmasını veya buna mal satılmasını yahut onun yanında iş kabul edilmesini veyahut bazı kimselere iş verilmesini yasaklamak” demektir<sup>38</sup>. Boykotu *Erman*, ikiye ayırarak incelemektedir. Buna göre, genel ve soyut boykot çalışma hürriyetini ihlal teşkil edecek tehdidi oluşturmamaktadır<sup>39</sup>. Buna karşılık belirli bir kişiye ya da kuruluşa yönelik olarak mal alıp, satmama, ürün vermeme, iş kabul etmeme ya da belirli özellikleri olan işçileri bu özellikleri nedeniyle çalıştırmama ihlal tehdidi olarak kabul edilecektir<sup>40</sup>.

<sup>32</sup> **Yaşar - Gökcan - Artuç**, 3802.

<sup>33</sup> **Erem**, 1286.

<sup>34</sup> **Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe**, 420.

<sup>35</sup> Bkz. Yargıtay 4. CD., 28.02.2007 tarihli ve 2005/13423 E., 2007/2065 K. sayılı kararı. Bkz. **Yaşar - Gökcan - Artuç**, 3820.

<sup>36</sup> Yargıtay 4. CD., 13.06.2007 tarihli ve 2006/2083 E., 2007/5615 K. sayılı kararı. Bkz. **Yaşar - Gökcan - Artuç**, 3820.

<sup>37</sup> Yargıtay 4. CD., 03.05.2006 tarihli ve 11346/10353, aynı doğrultuda Yargıtay 4. CD., 06.03.2012 tarihli ve 2010/5725 E., 2012/5175 K. sayılı kararı. Bkz. **Artuk - Gökçen - Yenidünya**, 3004; **Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe**, 421, dipnot 220.

<sup>38</sup> **Erman**, 14.

<sup>39</sup> **Erman**, 16, 17.

<sup>40</sup> Bkz. **Erman**, 16, 17.

Grev ilanının tehdit olarak kabul edilip edilmemesi konusunda, grevin suç olması durumunda bunun ilanının bir tehdit olduğu, buna karşılık grevin suç olmadığı durumlarda, ilanın tehdit olmayacağı belirtilmiştir<sup>41</sup>. Lokavt ilanını da bu konu içinde ele almak imkanı vardır. Doğaldır ki, grev ve lokavtın suç olarak kabul edilmediği ülkemizde bu konu artık aşılmış bir konu özelliğine sahip bulunmaktadır.

### cc) Hukuka aykırı davranış

Türk Ceza Kanunu hazırlıklarında, Hükümet Tasarısında yer almayan bir kavram, Adalet Komisyonu tarafından Tasarıya eklenmiş ve maddeye girmiştir. Maddenin gerekçesinde bu kavramla ilgili bir açıklama yoktur.

Hukuka aykırı davranış, cebir ve tehdit dışında her türlü hareket olarak anlaşılmaktadır. Bu hareketin suç teşkil etmesi gerekli değildir<sup>42</sup>. Ancak haksız fiilleri, disiplin cezasını ya da zabıta tedbirini gerektiren fiilleri, vergi cezasını gerektiren işlem ve hareketleri, kabahatleri, idari yaptırımları gerektiren eylemleri bu kavram içinde düşünebilmek mümkündür<sup>43</sup>. Hileli eylemler de, doğaldır ki, hukuka aykırı davranışlardır. Hileli hareket iradeyi etkileyen ve kişinin düşünebilme yeteneğini zayıflatan ve hatta ortadan kaldıran hareket olmakla hukuka aykırı davranış içinde dikkate alınacaktır<sup>44</sup>. Aynı şekilde, haksız rekabet, yalan haber bu kavrama girebilmektedir<sup>45</sup>. Kişinin işyerine gitmesinin engellenmesi ya da işyerinde çalışmasının herhangi bir eylemle önlenmesi hukuka aykırı eylem olarak nitelenebilir<sup>46</sup>.

Bu kavrama girebilecek ilginç bir örneği yıllar önce *Erman* tehdit kavramı içinde tartışmıştır<sup>47</sup>. Buna göre, bir fabrikanın önünde toplanan kalabalık, fabrikaya girip çıkmayı engellemediği, tehdit ve cebir niteliğinde eylemlerde bulunmadığı takdirde acaba bu suç ihlal edilmiş olacak mıdır? Sorunun cevaplandırılmasında *Erman* önce İtalyan Yargıtay'ının bir kararını belirtmektedir : “.....kalabalık sayıda ki bazı grevcilerin gelip geçen arkadaşlarını bekleyerek maddi cebir kullanmaksızın geriye dönmelerini temin etmelerinde çalışma hürriyeti aleyhinde işlenmiş bir suç yoktur.....”<sup>48</sup>. Karara dayanan *Erman*, şu sonuca ulaşmaktadır : Sadece kalabalığın toplanması hukuka aykırı sayılmamalıdır; ancak kalabalığın yol kesmesi, işyerini abluka altına alması, işyeri sahibini kötüleyici sözlerle hedef alması suçun meydana gelmesini sonuçlayacaktır<sup>49</sup>.

<sup>41</sup> *Erman*, 18.

<sup>42</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3802, 3803; *Soyer*, 102.

<sup>43</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3802, 3803.

<sup>44</sup> *Soyer*, 103.

<sup>45</sup> *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 422.

<sup>46</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3804.

<sup>47</sup> Bkz. *Erman*, 14.

<sup>48</sup> Bkz. *Erman*, 15.....'den.....İtalyan Yargıtay'ı 16.06.1920.

<sup>49</sup> Bkz. *Erman*, 15, 16.

İş sözleşmesine aykırı olarak işçinin işten çıkarılması ya da iş ilişkisinin ortadan kaldırılması, sözleşmenin feshi durumunda hukuka aykırı davranış gerçekleşecek midir? Bu konuda, öğretide iki ayrı görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir. Bir görüşe göre, iş hukuku mevzuatına aykırı her türlü davranış bu kavram içinde düşünülmelidir<sup>50</sup>. Buna karşılık ikinci görüşte, konunun İş Kanunu ve mevzuatı içinde çözümlenmesi gerektiğini, iş sözleşmesinin haksız feshinin İş Kanunu 17. vd. maddelerinde düzenlendiğini, dolayısıyla özel hukuka ilişkin bir sorun ile karşı karşıya kalındığını<sup>51</sup> öne sürmektedir. TCK. 117. maddenin uygulanması durumunda Anayasa'nın 38/8. maddesine aykırılığın oluşacağını, bunun da sözleşmeden doğan yükümlülüğe aykırılık nedeniyle cezalandırma anlamına geldiği ileri sürülmüştür<sup>52</sup>. Bu görüşe taraftar olan *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, konunun Anayasa 38/8. maddeye aykırı olduğunu belirtmişlerdir<sup>53</sup>. *Kanaatimizce*, iş sözleşmesinin haksız feshi TCK. 117/1. maddenin kapsamına girmektedir, çünkü sözkonusu madde "hukuka aykırı başka bir davranış"ı öngörerek her türlü eylemi içine almaktadır ve sözleşmenin haksız feshi maddenin cezalandırıcı alanına girmektedir. Ancak bu sorun da TCK'da yer alan suçun oluşabilmesi, feshin haksızlığının saptanmasına bağlıdır ki bu durum İş Hukuku kurallarına göre çözümlenecektir. Ayrıca TCK'daki düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu da kolaylıkla savunulamaz gerekir. Çünkü Anayasa 38/8. maddede ".....Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz...." denilirken, yükümlülüğün yerine getirilememesinden söz edilmektedir; oysa iş sözleşmesinin haksız feshinde yükümlülük yerine getirilmemektedir.

#### dd) Hareketin şekilleri

Suç icrai ve ihmali şekillerde işlenebilir<sup>54</sup>. Suçun oluşumunda üç ayrı hareket gösterilmekle, bunlardan birinin yapılması suçu oluşturacaktır, bu bakımdan suç, seçimlik hareketli suçtur<sup>55</sup>. Hareketler kanunda gösterilmesine rağmen, cebir, tehdit ve kanuna aykırı davranış herhangi bir şekilde işlenebildiğinden suç, serbest hareketli suçtur<sup>56</sup>.

#### d) Netice

Suçun oluşabilmesi için kişinin işinin, çalışmasının engellenmesi, önlenmesi, bu faaliyetin yapılamaz duruma getirilmesi gerekir. Suç cebir, tehdit ya da hukuka aykırı davranışla, iş ve çalışma özgürlüğünün ihlali ile tamamlanmaktadır. İhlal

<sup>50</sup> Tartışma için bkz. *Tezcan - Erdem - Önok*, 444; *Öztürk*, 67-70.

<sup>51</sup> Bkz. *Soyer*, 103.

<sup>52</sup> *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 422; *Soyer*, 103.

<sup>53</sup> *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 422.

<sup>54</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3804; *Gerçekler*, 1556.

<sup>55</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3804.

<sup>56</sup> *Soyer*, 103.

güçleştirme, engelleme, sınırlama, yasaklama ya da ortadan kaldırmakla gerçekleşmektedir<sup>57</sup>. İhlal, az ya da çok uzun bir zaman için ya da daimi surette olabilir<sup>58</sup>.

Netice ihlal ile oluşacağından, bir zarar suçu sözkonusudur<sup>59</sup>.

Zarar suçu olmanın önemli sonucu suçun teşebbüse elverişli olmasıdır. Failin kanundaki hareketlerden birini gerçekleştirmesi, fakat sonucun meydana gelmemesi durumunda teşebbüs ortaya çıkacaktır<sup>60</sup>.

### 3- Manevi unsur

İncelenen suç kasten işlenebilen suçtur. Fail hem hareketi ve hem de neticeyi bilecek ve isteyecektir. Bu kuraldan hareketle, örneğin cebirde bulunan failin, mağdurun çalışma özgürlüğünü ihlal sonucunu da bilmesi ve istemesi gerekecektir<sup>61</sup>.

Kanunda failin saiki ile ilgili bir belirleme olmadığından, suçun özel kast ile işlendiği ileri sürülmek gerekir. Bununla beraber, Yargıtay, pek çok kararında bu suçta özel kastı aramaktadır<sup>62</sup>.

### 4- Suçların birleşmesi (içtimatı)

a) İş ve çalışma özgürlüğünün ihlal edilmesi suçunda cebir ve tehdit, hareket olduğundan, öncelikle TCK. 42. maddesinde yer alan “bileşik suç” dolayısıyla faile TCK. 117/1., ayrıca cebir (TCK. 106) ve tehditten (TCK. 108) ceza verilmeyecektir<sup>63</sup>.

b) TCK. 119. maddede “ortak hüküm” başlığı altında yer alan ikinci fıkra ilginç bir düzenleme içermektedir. Buna göre, “.....Bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmiş durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.....”

Bu hüküm ile kanun koyucunun düşüncesinin ne olduğunu saptayabilmek için gerekçeyi incelediğimizde şu açıklama ile karşılaşmaktayız :

“..... Maddenin ikinci fıkrasına göre, söz konusu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Bu itibarla,

<sup>57</sup> Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, 422; Erman, 24.

<sup>58</sup> Erman, 24.

<sup>59</sup> Yaşar - Gökcan - Artuç, 3804; Soyer, 103.

<sup>60</sup> Yaşar - Gökcan - Artuç, 3804; Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, 425; Erman, 24, 25; Gerçeker, 1557.

<sup>61</sup> Bkz. ; Erman, 25-27; Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, 424-425; Gerçeker, 1557.

<sup>62</sup> Örneğin, Yargıtay 4. CD., 09.10.2007 tarihli ve 4707/7942 ; 4. CD., 24.04.2006 tarihli ve 13514/9812 sayılı kararları; Bkz. Artuk - Gökçen - Yenidünya, 3002, 3004; Yaşar - Gökcan - Artuç, 3821, 3823.

<sup>63</sup> Yaşar - Gökcan - Artuç, 3816.

kasten yaralama suçunun temel şekli, birinci fıkrada sayılan suçların seçimlik hareketlerinden olan cebirin varlığı için gerekli ve yeterli görülmüştür.....”<sup>64</sup>

Dolayısıyla kanun koyucu basit yaralama niteliğindeki hareketleri cebir olarak kabul etmiştir.

Bu saptama karşısında *Yaşar - Gökcan - Artuç*, basit yaralama durumunda TCK. 117/1., netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamada TCK. 87 ile TCK. 117/1. uygulanacağını belirtmektedir<sup>65</sup>. Buna karşılık *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, “..... kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden söz edildiğine göre, kasten yaralamanın basit halleri bakımından fikri içtimadan söz edilebilir. Bu durumda iş ve çalışma hürriyetinin ihlali sırasında uygulanan cebir m. 86 anlamında bir yaralama boyutuna ulaşmış ise fikri içtima kurumu gereği faile en ağır olan ceza verilir.....”<sup>66</sup> şeklindeki görüşü ileri sürmektedirler. Bu yorumun kabulü halinde faile, TCK. 44. maddeye göre, işlediği suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilecektir ki, sonuç olarak TCK. 117/1’den değil, TCK. 86. maddeden ceza verilecek ve bu durum iş ve çalışma özgürlüğünün ihlali suçuna ceza verilememesini yaratacak; dolayısıyla kabul edilemez bir sonuç ile karşılaşılacaktır.

*Kanaatimizce*, yaralama derecesinde bir cebirle çalışma ihlal edildiğinde, TCK. 86. maddesinden de faile ceza verilebilmeli, sonuçta cezalar içtima ettirilebilmeli idi. Ancak TCK. 119/2. buna engel olucu bir içerik ve nitelik taşımaktadır. Kanun metnine önem verildiğinde, fail ayrıca basit yaralamadan dolayı cezalandırılmayacaktır<sup>67</sup>.

c) Çalışmanın ihlali suçunun aynı kişiye karşı, kısa aralıklı zamanlarda, birden fazla defa işlenmesi veya bir hareketle birden fazla kişiye karşı gerçekleştirilmesi durumunda TCK. 43. maddede yer alan zincirleme suç hükmü uygulanır<sup>68</sup>.

d) İş ve çalışma hürriyetini ihlal suçu ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 70. ve 72. maddeleri arasında yakın bir ilgi bulunmaktadır. Bu maddelerde düzenlenmiş kanun dışı grev ve lokavtta iş ve çalışma durmakta ve ihlal suçunun ortaya çıktığı durumlar gerçekleşmektedir. Kanun dışı grev ve lokavtta acaba TCK. 117/1. madde mi, yoksa 6356 sayılı Kanun’un 78/f ve g. maddesi mi uygulanacaktır?

Sorun, öğretide özel kanun - genel kanun ve önceki - sonraki kanun yorumu ile çözümlenmiştir<sup>69</sup>. *Tezcan - Erdem - Önok*’a göre, “.....işlenen fiil TCK. 117 ile

<sup>64</sup> Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), T.B.M.M. 22. Dönem, S. Sayısı, 664, s. 528.

<sup>65</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3816, 3817.

<sup>66</sup> *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 426.

<sup>67</sup> Benzer düşünce için bkz. *Tezcan - Erdem - Önok*, 450.

<sup>68</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3816.

<sup>69</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3817; *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 425.

birlikte Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 68 ve devamı maddelerini de ihlal ediyorsa daha az cezayı ihtiva etse bile özel hüküm olarak 2822 sayılı Kanun'un 68 ve devamı maddeleri uygulama alanı bulur...." <sup>70</sup>. Kanunsuz grev ve lokavtta, iş ve çalışma özgürlüğü engellenmekte ise TCK. 117/1. maddesinin uygulanabilmesi için bu maddede yer alan hareketlerden birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Aksi takdirde 6356 sayılı Kanun'un kanunsuz grev ve lokavtı cezalandıran idari para cezaları uygulanır <sup>71</sup>.

### 5- Yargılama şartı

TCK. 117/1.'de, mağdurun şikayeti öngörülmüştür. Mağdur, iş ve çalışma özgürlüğünün ihlal edildiğini öğrendiği andan itibaren altı ay içinde şikayet ederek soruşturmanın açılmasını sağlayacaktır.

Suç şikayete bağlı olduğundan, CMK. 253/1-a gereğince uzlaşma hükmü uygulanacağı gibi, mahkumiyet halinde hüküm iki yıldan az olacağından CMK. 232. maddeye dayanılarak hükmün ertelenmesine gidilebilecektir <sup>72</sup>.

### 6- Yaptırım

İncelenen suç ile ilgili olarak kanunda altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmektedir. Adli para cezasının tayininde TCK. 52/1 ve 2. ve 61/9. maddeler dikkate alınacaktır. TCK. 5/1. alt ve üst sınırları kanunda saptanmamış adli para cezasının beş günden yediyüzotuz güne kadar gün başına yirmi ila yüz lira arasında hesaplanacağını belirtirken, 61/9. maddesinin 06.12.2006 tarihli değişikliğinde farklı bir birim getirilmiştir. Buna göre, adli para cezası seçimlik ceza olarak kanunda belirlendiğinde, bunun alt ve üst sınırı maddede yer alan hapis cezası miktarına göre saptanacaktır <sup>73</sup>.

## III) SÖMÜRÜ SUÇU

TCK. 117/2. maddesinde bu suç düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir :

*"..... Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tâbi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir..."*

Madde, Hükümetin teklif ettiği metnin, Adalet Komisyonu tarafından be-

<sup>70</sup> Tezcan - Erdem - Önok, 449.

<sup>71</sup> Benzer düşünce için bkz. Soyler, 107.

<sup>72</sup> Bkz. Yargıtay 4. CD., 28.11.2007 tarihli ve 2054/10105; 4. CD., 18.01.2010 tarihli ve 2008/10003 - 2010/114 sayılı kararları; Bkz. Malkoç, 2050; Yaşar - Gökcan - Artuç, 3819.

<sup>73</sup> Yaşar - Gökcan - Artuç, 3817, 3818.

nimsenmesi sonucunda aynen kabul edilmiştir. Madde ile ilgili gerekçede, düzenlemenin sosyal devlet ilkesinin ve insan onuruna duyulan saygının bir gereği olduğu açıklanmıştır. Gerekçeyi aktarmakta yarar bulunmaktadır<sup>74</sup>:

“..... Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen durumlar içinde bulunan kimse-leri rızaları ile de olsa, sömürerek insan onuruna aykırı biçimde ve koşullar altında çalıştırmak suç hâline getirilmiş ve böylece Devletin Anayasada belirtilen sosyal devlet olmak niteliğini koruyan ve vurgulayan değerlerden çok önemli birisi ceza himayesi altına alınmıştır.

İş ve çalışma hürriyetinin kullanılmasında kişilerin insan onuruna uygun koşullar içinde çalıştırılmaları esastır. Demokratik toplum kişilerin çaresizliğinin sömürülmesine dayalı bir serbest piyasa sisteminin uygulanmasıyla, elbette ki, bağdaşmaz. Bu nedenle maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır.

İkinci fıkrada yer alan suç, kişilerin çalışmalarının sömürülmesini engellemek amacını taşımaktadır. Kimsesiz, çaresiz veya belirli kişilere çeşitli nedenlerle bağımlı kişi, onun bu hâlden yararlananlar sömürücü kişiler tarafından insanlık dışı durumları kabule veya bazı koşullara katlanmaya sevkedilebilmektedir....”

### 1- Korunan hukuki değer

Bu fıkrada yer alan suçun cezalandırılması ile, kişinin iktisadi ve toplumsal durumundan yararlanılarak çalışma hayatında araç olamayacağı, bireysel emeğin karşılığı tam olarak verilmeden kullanılamayacağı öngörülmüştür. İnsanın saygınlığının ve onurunun çalışma hayatında da korunması amacı, cezalandırmanın koruduğu değer olmaktadır<sup>75</sup>.

Korunan hukuki değer Anayasa'nın 18, 49, 50, 55. maddelerinde yer almıştır:

*“Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.*

*Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.”*

*“Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.*

*Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”*

*“Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz.*

<sup>74</sup> Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), T.B.M.M. 22. Dönem, S. Sayısı, 664, s. 95, 526.

<sup>75</sup> Bu konuya ilişkin olarak bkz. Öztürk, 186.

*Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.*

*Dinlenmek, çalışanların hakkıdır.*

*Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.”*

*“Ücret emeğin karşılığıdır.*

*Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.*

*Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur.”*

Diğer taraftan Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi ile sömürü insanlığın mücadele etmesi gereken bir durum olarak nitelenmiştir<sup>76</sup>.

## 2- Maddi unsur

### a) Fail

Madde metninde fail olarak, “çalıştıran, tabi kılan kimse” gösterilmiştir.

Çalıştıran kişi, iş sözleşmesi ile kendisine bağlı olunan işveren olabileceği gibi, kendisine sözleşme olmaksızın iş yapılan kişi de olabilir. Kanundaki çalıştıran terimini hukuki veya fiili iş ilişkisi içerisinde olan kişi olarak anlamak gerekir.

Çalıştıran, herhangi bir işte herhangi bir kişi olabilir : Taşeron, geçici işveren, iş yaptıran gibi.....

### b) Mağdur

Mağdur herhangi bir kişi olabilir, ancak bu kişinin özellikleri, nitelikleri yanında belirtilmiştir : Çaresiz, kimsesiz ve bağıllık bu özellikleri oluşturmaktadır. Çaresiz, hayatını devam ettirmek, insan onurunu koruyarak yaşama olanaklarına sahip olmayan, çeşitli nedenlerle ya da bedeni ve ruhi rahatsızlıkları sonucu düşünebilme yeteneği bulunmayan kişidir<sup>77</sup>. *Tezcan - Erdem - Önok*, çaresizliği şu şekilde belirtmektedir : “.....mağdurun içinde bulunduğu ve üstesinden gelemediği maddi ya da manevi anlamda elverişsiz durum.....”<sup>78</sup>. Kimsesiz, bakım ve barınmayı sağlayabilecek herhangi bir yakını olmayan kişidir<sup>79</sup>. Bağıllık ise kişinin başka kişilere, çeşitli nedenlerle mutlak olarak ayrılmazlığını, bir çeşit alt-üst ilişkisi içinde olmasını ifade eder<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 427.

<sup>77</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3800.

<sup>78</sup> *Tezcan - Erdem - Önok*, 442.

<sup>79</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3801; *Tezcan - Erdem - Önok*, 442.

<sup>80</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3801; *Tezcan - Erdem - Önok*, 443.



### c) Hareket

Hareket madde içerisinde, sömürmek suretiyle ücretsiz çalıştırmak, düşük ücretle çalıştırmak, çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak şeklinde gösterilmiştir.

Sömürmek, mağdurun içinde bulunduğu zor durumdan yararlanmak suretiyle failin kendisine haksız ve sürekli çıkar sağlamasıdır<sup>81</sup>.

Ücretsiz veya yerine getirilen iş ya da hizmet ile orantısız düşük ücretle çalıştırmak, işçiye hiç bir maddi karşılık verilmemesini ya da iş, hizmet karşılığı çok az ücret verilmesini ifade etmektedir.

Kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak, işçinin son derece kötü ve yaşadığımız çağın ilke ve kuralları açısından kabul edilemeyecek koşullar içinde çalıştırılması ve barındırılmasıdır. Tıpkı, uzun süre güneş altında tutarak çalıştırmak, aç-susuz çalıştırmak, çocukları ve kadınları cinsiyet ve güçleri ile orantısız şekilde çalıştırmak gibi<sup>82</sup>.

Suç bu hareketlerle, seçimlik hareketli suç niteliğini taşımaktadır. Ücretsiz ya da işle orantısız şekilde az ücretle çalıştırmak ile suç bağlı hareketli suç özelliğine sahip olmaktadır. İnsan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama şartlarına tabi kılmak, serbest hareketli suç olarak ortaya çıkmaktadır.

### d) Netice

TCK. 117/2. incelendiğinde, harekete bağlı olarak üç ayrı neticenin belirlendiği saptanmaktadır. Bunlar, ücretsiz çalıştırma, sağladığı hizmet ya da yaptığı iş ile orantısız şekilde düşük ücretle çalıştırma ve nihayet insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına bağlı kılmaktır.

Suç bu gibi çalıştırma halleri ile tamamlanmaktadır. Suçun tamamlanabilmesi için bunun bir süre devam etmesi gerekir. Başka bir deyişle, burada, ücretsiz ya da çok düşük ücretle çalıştırma, niteliği gereği bir devamlılık içinde olmalıdır. Ücret vermeme, çalıştırma, çok kötü koşullarda çalıştırma ve barındırma, belirli bir süreklilik içinde bu niteliği kazanırlar. Bu nedenle bu suç, “*mütemadi - kesintisiz suç*” özelliğini taşımaktadır.

Oluşan netice içinde mağdur ücretini alamadığı ya da çok kötü koşullar içinde çalışmak ve yaşamak zorunda bırakıldığından suç bir zarar suçudur<sup>83</sup>.

Çalıştırmanın ücretsiz ya da düşük ücretle olması, yapılan iş karşılığı ücret verilmemesini ifade etmektedir. Ücretin ne olduğu İş Kanunu’nda belirlenmiştir. Adı geçen Kanun’un 32. maddesine göre ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren

<sup>81</sup> Yaşar - Gökcan - Artuç, 3805.

<sup>82</sup> Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, 429.

<sup>83</sup> Yaşar - Gökcan - Artuç, 3804; Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, 429; Soyer, 104.

veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. Bu ücret yapılan iş karşılığı olan yasal ve çıplak tutardır. Mal ile yapılan ödemeler, ikramiye, çocuk ve aile yardımları, yemek, ulaşım, giysi bedelleri gibi yan ödemeler bu kavramın dışında kalır <sup>84</sup>. Bu nedenle, işverenin, hiç ücret ödemediği ya da çok düşük ücret verdiği kişinin sigorta, yemek, ulaşım masraflarını ödemesi durumunda, ücretin ödenmediği kabul edilecektir <sup>85</sup>.

Kişinin “sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırılması”, kişinin yaptığı işe göre “kötüye kullanılması”, “sömürülmesi” niteliği taşıyabilecek ölçüde düşük ücretle çalıştırılmasını ifade etmektedir. Bu konuda akla gelebilecek, nesnel ölçüyü “asgari ücretten daha da düşük olma” teşkil edebilir <sup>86</sup>. Asgari ücret, bununla ilgili Yönetmeliğin 4/d maddesine göre, “işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde yetecek ücrettir”. Doktrinde kimi yazarlar <sup>87</sup> asgari ücreti ölçüt olarak kabul ederken, *Yaşar - Gökcan - Artuç*, yapılan işi gözönünde tutmaktadırlar <sup>88</sup>. Kanunda sağlanan hizmet ile açık orantısızlıktan söz edildiğinden, yalnız asgari ücret ile yetinmemek, bunun yanı sıra gerçekleştirilen işin özelliğine, niteliğine bakmak gerekecektir <sup>89</sup>.

Kanunda belirtilen üçüncü tür neticeyi “insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılma” oluşturmaktadır.

İnsan onuru ile bağdaşmayan koşullarda çalışma, güneş altında çalıştırılmayı, aç-susuz çalıştırılmayı, çok kötü, pis, sağlığa tamamen aykırı koşullarda çalıştırılmayı belirtmektedir <sup>90</sup>. Çalışma koşullarının insan onuruna aykırı olması, bugünün koşullarına, insan haklarına göre tespit ve tayin edilecektir.

İnsan onuru ile bağdaşmayan çalışma ve konaklama koşullarının birlikte olması suçun tamamlanması için aranacak mıdır? Doktrinde suçun tamamlanması için her iki durumun aranmasının zorunlu olmadığı, insan onuru ile bağdaşmayan çalışma koşulunun gerçekleşmesinde suçun tamamlanacağı hususu benimsenmiştir <sup>91</sup>. Çalışma koşulu ile birlikte barınma koşulunun da aranması, maddenin uygulanmasını güçleştirecek, bu da maddenin kabul edilme sebebi ile çelişkili bir durum yaratacaktır. Kanunun hazırlık çalışmalarında bu konuda bir açıklama bulunmamaktadır; gerek Hükümet teklifinde ve gerekse Adalet Komisyonu'nda kabul edilen metinde bu konu ile ilgili bir açıklık görülmemektedir <sup>92</sup>.

<sup>84</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3806.

<sup>85</sup> Bkz. *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3806.

<sup>86</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3806.

<sup>87</sup> Şen Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. I., İstanbul, 2006, s. 481.

<sup>88</sup> *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3806.

<sup>89</sup> Benzer görüş için bkz. *Malkoç*, 2047.

<sup>90</sup> *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 429.

<sup>91</sup> Bkz. *Malkoç*, 2047; *Yaşar - Gökcan - Artuç*, 3808.

<sup>92</sup> Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), T.B.M.M. 22. Dönem, S. Sayısı, 664, s. 96, 526.

### e) Teşebbüs

Suçun teşebbüse elverişli olduğu doktrinde ileri sürülmektedir. *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*'ye göre, örneğin, ücretsiz olarak çalıştırmak için anlaşılmış ve fakat henüz çalıştırma gerçekleşmemiş ise failin teşebbüs halinde kaldığı söylenebilir<sup>93</sup>.

### 3- Hukuka aykırılık unsuru

İncelenen suça ilişkin bir hukuka uygunluk sebebi fikra metninde yer almaktadır. Sömürülerek çalıştırılan ya da çok düşük ücretle çalıştırılan kişinin konumunda, bir hukuka uygunluk sebebi olan rıza dikkate alınmaktadır. Çünkü burada belirlenen hareketlerin mağduru olan çalışan kişi, çalışmaya rıza göstermektedir. Ancak rıza burada bir hukuka uygunluk sebebi olarak dikkate alınmamalıdır, çünkü kişinin sömürülmeye, insan onuruna aykırı koşullarda çalıştırılmaya razı olması, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin değildir. Kanunun hazırlık çalışmalarında, Hükümetin teklif ettiği metnin 167. maddesinde bulunan suç ile ilgili gerekçede bu durum şu şekilde açıklanmıştır : “.....Aslında çalışan kişi duruma rıza göstermektedir, ancak rızanın nedeni; mağdurun çaresizliği, sözgelimi duruma razı olmasa açlığa mahkum olması, kimsesizliği yani elinden tutacak hiçbir kimsesi olmaması veya çeşitli nedenlerle, akrabalık veya kültürel nedenlerle faile olan bağlılığıdır. Fail bu durumları sömürmektedir.....”<sup>94</sup>

Öğretide *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, kanunun hükmünün icrası, amirin emrini ifa ve zorunluluk halininin, bu suçta ortaya çıkabileceğini ileri sürmektedirler<sup>95</sup>. *Kanaatimizce*, kanunun hükmünü icra, amirin emrini ifa, sömürme ve insan onuruna aykırı eylemlerde hukuka uygunluk sebebi olarak düşünülmemek gerekir, çünkü insanın çaresizliğini, kimsesizliğini, sömürülmesini kanun hükmünün ya da amirin emrinin hukuka uygun duruma getirmesi hukukun çelişkiye düşmesi anlamına gelir. Buna karşılık, olağanüstü durumlarda, zorunluluk hali hukuka uygunluğu sağlayıcı bir unsur olabilir.

### 4- Manevi unsur

İncelenen suç genel kastla işlenen bir suçtur. Fail mağduru bilerek ve isteyerek çalıştırdığı gibi, onun çaresizliğini, kimsesizliğini, bağlılığını bilerek hareket edecektir. Kanunda saik özel olarak belirtilmediğinden, özel kast aranmayacaktır.

<sup>93</sup> Bkz. *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 430.

<sup>94</sup> Bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), T.B.M.M. 22. Dönem, S. Sayısı, 664, s. 96.

<sup>95</sup> Bkz. *Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe*, 430.

#### IV) SÖMÜRMEK AMACI İLE KİŞİLERİ TEDARİK ETMEK, BİR YERDEN DİĞER BİR YERE SEVK ETMEK YA DA NAKLETMEK SUÇU

TCK. 117/3. maddesinde yer alan bu suç, bir önceki bölümde (III) açıklanan sömürme suçunun hazırlık hareketleri niteliğini taşımaktadır <sup>96</sup>. Bu nedenle III/1'de belirlenen, *korunan hukuki değer* bu suç yönünden de aynıdır.

##### 1- Maddi unsur

Suçun maddi unsurunu, sömürü suçunda mağdur olacak kişi ya da kişilere tedarik etmek ya da bir yerden sevk etmek ve nakletmek oluşturmaktadır.

##### a) Hareket

Suçun hareketini, sömürme suçunun konusunu ya da mağdurunu oluşturacak kişi ya da kişilerin araştırılması, bulunması, çalışacak kişilerin çeşitli şekillerde sağlanması teşkil etmektedir <sup>97</sup>. Tedarik etmenin yanı sıra sevk etmek ya da nakletmek de, mağdurun bir yerden başka yere gönderilmesini, yollanmasını, taşınmasını, gitmesinin sağlanmasını ifade etmektedir <sup>98</sup>.

Dikkat edilirse, hareketler TCK. 80. maddede yazılı “insan ticareti” suçunun kimi hareketlerine benzemektedir. Bu maddede de “tedarik etmek, sevk etmek” hareketleri yer almaktadır. Ancak TCK. 80. maddede öngörülen tehdit, baskı, cebir, şiddet, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak gibi hareketler burada yer almamaktadır. Bu nedenle tedarik, sevk ve nakletmeye bağlı diğer unsurlar TCK. 117/3'de olmadığından hareketler farklı nitelik taşımaktadır.

Kanunda birden fazla hareket bulunmakla, suç seçimsiz hareketli suçtur. Tedarik etme, sevk etme, nakletme, çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceğinden suç serbest hareketli suçtur. Hareketler belirli bir sürede gerçekleşebileceğinden, neticesi harekete bitişik olmayan bir suç niteliğini göstermektedir.

##### b) Netice

Suç sömürülecek insanların tedarik edilmesi ya da bunların bir yerden diğer bir yere nakledilmesi ya da sevk edilmesi ile meydana gelmektedir. Tedarik etme, sevk etme, nakletme belirli bir sürede meydana geldiğinden suçun neticesi hareketten ayrı suç olduğunu söylemek mümkündür. Bu süre özellikle sevk etme ve nakletmekte devam edip gittiğinde, ortaya kesintisiz suç durumu çıkacaktır.

<sup>96</sup> Bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), T.B.M.M. 22. Dönem, S. Sayısı, 664, s. 96; **Donay** Süheyl, Türk Ceza Kanunu, İstanbul, 2004, s. 187; **Soyer**, 104.

<sup>97</sup> Bkz. **Yaşar - Gökcan - Artuç**, 3809.

<sup>98</sup> **Yaşar - Gökcan - Artuç**, 3809.

Hareket ve neticenin ayrılması dolayısıyla suçun *teşebbüs* halinde işlenebileceğini belirtmek gerekir.

## 2- Manevi unsur

Suç, *kanaatimizce, özel kastla* işlenebilen bir suç biçimidir. Kanunda kullanılan “.....yukarıda belirtilen durumlara düşürmek üzere....” şeklindeki cümlecikteki *düşürmek üzere* şeklindeki niteleme, bizce failin hareketinin sebebini, faili suça sevk eden saiki teşkil etmektedir<sup>99</sup>.

## 3- Hukuka aykırılık unsur

Kanunda suç ile ilgili herhangi bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmemiştir. Tedarik edilen ya da sevk ve nakledilen kişinin yapılan harekete razı olması fiili hukuka uygun duruma getirmemektedir.

## V) ÇALIŞTIRMA KOŞULLARINI ZORLA DEĞİŞTİRME

İncelenen maddenin dördüncü fıkrasında birden fazla hareketi, neticeyi içeren bir suç biçimi düzenlenmiştir :

“..... Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.....”

Bu suçla da, çalışma hürriyetine bir saldırı meydana gelmektedir. Çünkü, failin kullandığı cebir ve şiddetle ücretlerin, çalışma koşullarının, işin devamlılığının değiştirildiği görülmektedir. Dolayısıyla suçun düzenlenmesi ile çalışma özgürlüğünün sağlanması amaçlanmaktadır.

Madde metninde, hareketler ve neticelerdeki farklılık nedeniyle iki ayrı fiilin, suçun oluştuğu da ileri sürülmüştü<sup>100</sup>. Bu görüşe katılmamak mümkün değildir. Çünkü madde içerisinde cebir ve şiddet şeklinde ortaya çıkan hareket tek olmakla birlikte, iki ayrı netice vardır ve bu neticeler farklı niteliktedir. Bu çalışmamızda iki ayrı nitelikteki suç, bölüm içerisinde, ikili ayırımı giderek incelenecektir.

## 1- Maddi unsur

### a) Fail

Suçun faili herhangi bir kişi olabilir. Madde metninde bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Cebir ve tehdidi gerçekleştirerek işçi ya da işvereni zorlayan ya da buna bilerek iştirak eden herkes fail olacaktır.

<sup>99</sup> Bkz. Karşı düşünce, Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, 432.

<sup>100</sup> Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, 433.

## b) Mağdur

Kanun metninde mağdur açıkça belirtilmemiştir. Mağdur, işçi ya da işverendir. İşçi, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan ve sözleşme konusu işi emeği ile yapan, üreten kişidir <sup>101</sup>. İşveren de bir sözleşme çerçevesinde işçi ya da işçileri, bir işin üretilmesi için çalıştıran gerçek ya da tüzel kişidir <sup>102</sup>.

## c) Hareket

### aa) Cebir veya tehdit ile işçi veya işverenleri ücretleri azaltıp çoğaltmaya zorlamak

Cebir ve tehdit, yukarıda I/2-c-aa ve I/2-c-bb alt bölümlerinde açıklanmıştır. Bu açıklamalarımızla birlikte, şu hususu tekrarlamak yararlı olur ki, cebir, kişinin iradesini kuvvetle etkileyen fiziki, maddi baskıyı, tehdit ise manevi baskıyı ifade eder <sup>103</sup>. Cebir ve tehdit altındaki iradenin serbest, bağımsız olmaması nedeniyle kusurluluk zayıflamakta ya da ortadan kalkmaktadır <sup>104</sup>.

Kanunun metninde cebir ve tehdidin dışında ayrıca zorlama terimi kullanılmaktadır. Böylece, zorlamanın cebir ve tehditle olacağı ortaya konulmaktadır. Bu durum, cebir ve tehdidin yoğunluğunu belirlerken, zorlamanın işveren veya işçi üzerinde cebir ve şiddetle olacağını belirtmektedir.

Kanunda cebir veya tehdidin dışında başka bir hareket türü öngörülmemiştir. Maddenin ilk fıkrasında yer alan “hukuka aykırı başka bir davranış” şeklinde bir belirleme bu fıkra bulunmadığında cebir veya tehdit dışında bir hareket suçun oluşumu için yeterli olmayacaktır <sup>105</sup>.

İşçi veya işverenlerin ücretleri azaltıp çoğaltma veya çalışma koşullarını değiştirme suçun konusunu oluşturmaktadır. Ücret, yapılan işin karşılığı olarak işçiye ödenen meblağdır. Çalışma koşulları ise işçinin içinde bulunduğu, üretim faaliyetlerinin yürütüldüğü ortamın özellikleri, unsurları, şartlarıdır.

### bb) Cebir veya tehdit kullanarak işçi veya işverenleri anlaşmaları kabul ettirmeye veya kabul edilenlerden farklı anlaşmaları kabul için zorlamak

Bu hareket içinde de cebir veya tehdit ve zorlama bulunmaktadır. Cebir, tehdit ve zorlama hakkında bir önceki bölümde yer alan açıklamalar burada da geçerlidir.

<sup>101</sup> Bkz. Yaşar - Gökcan - Artuç, 3809.

<sup>102</sup> Bkz. Yaşar - Gökcan - Artuç, 3810.

<sup>103</sup> Bkz. Dönmezer - Erman, 311, 312.

<sup>104</sup> Bkz. Dönmezer - Erman, 311, 312.

<sup>105</sup> Bkz. Malkoç, 2048; Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, 434; Yaşar - Gökcan - Artuç, 3809.

cc) Suç, hareket yönünden seçimlik ve serbest hareketli suçtur. Cebir veya tehdit ile mağdur üzerinde zorlayıcı hareketlerin yapılması herhangi bir şekilde meydana gelebilecektir <sup>106</sup>.

#### d) Netice

aa) Suç, cebir veya tehdit sonucu işçi veya işverenin zorlanması ile meydana gelecektir. Zorlama, cebir veya tehdidin yapılması ile bir anda oluşabileceği gibi, cebir veya tehdidin birden fazla ve değişik kuvvetteki hareketlerle de gerçekleşebilir. Bu yönden suç, ani, neticesi harekete bitişik suç şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, neticesi hareketten ayrı hareket şeklinde de ortaya çıkabilir.

Cebir veya tehditle zorlama, suçun oluşumu için yeterli olduğundan ve ayrıca ücret ya da anlaşmanın değişmesi gerekli olmadığından suç bir zarar suçu olmayıp tehlike suçu şeklinde ortaya çıkmaktadır <sup>107</sup>.

bb) Suçun neticesi yönünden ilginç ve değişik bir düzenleme fıkranın sonunda yer almaktadır. Buna göre “işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olma” suçun diğer neticeleri olarak öngörülmüştür.

Harekete bağlılık yönünden, bu neticeler cebir veya tehdidin kullanılması ile meydana gelecek ve bir önceki netice gibi işçi veya işverenin zorlanması ile ortaya çıkmayacaktır. Buradaki ilginç durum, cebir veya tehdit ile işi durdurmak, durmayı devam ettirmek ya da işi sona erdirmek şeklinde bir düzenlemenin bulunmaması, buna karşılık durma, sona erme, durmaya devam etme gibi neticelerin sadece cebir veya tehdide bağlı olarak meydana gelmesidir.

Suç netice yönünden, işin durması, sona ermesi ya da durmanın devam etmesi şeklinde ortaya çıktığından bir zarar suçudur <sup>108</sup>.

İşin durması, sona ermesi ya da durmanın devam etmesi belirli bir sürekliliği gerektirdiğinden suçun kesintisiz (mütemadi) suç şeklinde oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir <sup>109</sup>.

#### e) Nedensellik bağı

Hareket ve netice arasındaki bağı tespitinde, özellikle “cebir veya tehdit kullanılarak bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olma” eylemi önem taşımaktadır. Hareket ile netice arasındaki bağı tespitinde, failin ha-

<sup>106</sup> Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, suçu hareket yönünden bağı hareketli suç olarak nitelemektedirler. **Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe**, 433.

<sup>107</sup> **Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe**, 434.

<sup>108</sup> **Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe**, 435.

<sup>109</sup> **Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe**, durmanın geçici bir durumu ifade ettiğini ileri sürmektedirler. Bkz. **Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe**, 436.

reketi bilip istemesi kadar neticeyi de bilip istemesi arandığından bu neticenin de fail tarafından bilinmesi aranacaktır. Hemen belirtelim ki, kanundaki yazım biçimi bu hususun varlığı konusunda kuşklar yaratabilmektedir, çünkü “neden olma” bilme ve istemeden farklı bir durumu ortaya koymaktadır.

Ücret ya da çalışma koşullarının cebir veya tehditle işçi ya da işverenin zorlanması ile azaltılması ya da arttırılması ya da koşulların değiştirilmesi veya işin durması, sona ermesi, durmanın devam etmesi suçun konusunu oluşturmaktadır.

## 2- Manevi unsur

Fiilin cebir, şiddet ve zorlama ile işlenmesinde kusurluluk çeşidi genel kasttır<sup>110</sup>. Ücretin azaltılıp çoğaltılması veya önce yapılmış sözleşmenin herhangi bir şekilde değiştirilmesi yönünde zorlamanın cebir ve şiddetle yapılmasında, kanunda saik özel olarak belirlenmediğinden özel kastın varlığı sözkonusu olmamaktadır.

Manevi unsur yönünden, “cebir veya tehdit kullanarak ..... bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olma .....” durumunda kusurluluğun türü tartışılacaktır.

Kanunda, cebir veya tehditle durdurmak yerine durmasına neden olma terimi kuşku yaratabilmektedir. Hüküm metninde durdurma, sona erdirmeye, durdurmayı devam ettirme şeklinde belirleme olsa idi genel kast daha açık olarak ortaya konabilirdi. Oysa cebir veya tehditle işin durmasına neden olma şeklindeki yazım biçiminde failin kastının işin durmasına yönelik olmadığı şeklinde bir düşünce akla gelebilmektedir. Ayrıca “neden olma” şeklindeki değerlendirmenin daha çok taksirli suçlarda bulunması bu düşünceyi kuvvetlendirmektedir. Bu hatalı fıkra içeriği fiilin bu bölümünün genel kasttan çok olası kastla işlenebileceğini düşündürmektedir.

## 3- Hukuka aykırılık unsuru

Kanunda suçun hukuka aykırılığını ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebepleri öngörülmemiştir. Ancak, iktisadi zorlukların alabildiğine yoğunlaştığı zamanlarda ıztırah hali ya da kanunun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebi olarak ortaya çıkabilecektir<sup>111</sup>.

## 4- Suçların içtiması

Cebir veya tehdit, suçun unsuru olmakla, suç öncelikle bileşik suç niteliğini taşımaktadır. Her zorlama ayrı bir suç olmakla zincirleme suç ile karşılaşılabilecektir.

<sup>110</sup> Yaşar - Gökcan - Artuç, 3811; Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, 435, 436.

<sup>111</sup> Yaşar - Gökcan - Artuç, 3810; Özbek - Kanbur - Doğan - Bacaksız - Tepe, 435.



## VI) SUÇU ETKİLEYEN NEDENLER

TCK. 119. maddede, “ortak hüküm” başlığı altında belirli suçlarla birlikte, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile ilgili ağırlaştırıcı nedenler öngörülmüştür.

Bunları inceleyecek olursak şu nedenlerin bulunduğunu görebiliriz :

### 1- Fiilin silahla işlenmesi

Silahın ne olduğu ayrıntılı şekilde TCK. 6/1-f’ de tanımlanmıştır. Buna göre silah :

“..... *Silâh* deyiminden;

1. *Ateşli silâhlar,*

2. *Patlayıcı maddeler,*

3. *Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,*

4. *Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,*

5. *Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler,.....”*

Silah, eylemin gerçekleştirilmesini kolaylaştırmakta, mağdurda ciddi bir korku yaratmakta ve eyleme karşı direncin kırılmasına neden olmaktadır <sup>112</sup>.

### 2- Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle fiilin işlenmesi

#### a) Kişinin kendisini tanınmayacak hale koyması

Kişinin fiili işlerken belirli bir kolaylığa sahip olması, kendisi ile ilgili bir iz ve delil bırakmaması ayrıca çevresinde daha fazla korku yaratabilmesi olasılığı nedenleri ile ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir. Tıpkı failin olay sırasında maskeli olması, yüzünü boyaması gibi....

#### b) Failin imzasız mektup kullanması

Bu durum, suç failinin gizlenmesi, delilin elde edilmesinin güçleşmesi ile öngörülmüştür.

#### c) Failin, hareketlerinde özel işaretler kullanması

Bu ağırlaştırıcı sebebin kullanılmasının temelinde mağdurlarda şüphe, korku yaratması ve delile ulaşılmasında güçlüklerle karşılaşılması bulunmaktadır.

<sup>112</sup> Artuk - Gökçen - Yenidünya, 3008.

### 3- Fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi

Birden fazla kişi tarafından birlikte işlenme, TCK. 37 gereğince en az iki kişinin fail olmasını (eski TCK'daki asli maddi fail - irtikap eden) ifade etmektedir. Bu fıkrada kullanılan "birlikte" teriminin TCK. 37'de de kullanılması görüşümüzün sebebini teşkil etmektedir <sup>113</sup>.

### 4- Varolan veya varsayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanarak fiilin işlenmesi

Örgütün ne olduğunu anlamak için TCK. 6/1-j ve 220. maddesinden yararlanılacaktır. Ancak "varsayılan örgüt" terimi bu maddelerdeki anlamdan daha da ileriye gidilmesini sağlayacaktır. Buna göre örgütün bilinmeyen bir örgüt olması dahi mümkündür, yeter ki bununla korkutucu bir etki yaratılmış olsun.

### 5- Kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle fiilin işlenmesi

TCK. 6/1-c' ye göre kamu görevlisi, kamusal bir faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olduğuna göre, bu ağırlatıcı sebep, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması ile mümkün olacaktır. Kamu görevi, kamusal faaliyetin yürütülebilmesi için yüklenen görevi ifade etmektedir. Burada bir hizmet, kamu adına yürütülmektedir. Kamu adına yürütülen hizmette "kamu iktidarı"nın üstün gücü her an hissedilmektedir ve mevcut bulunmaktadır.

## VII) YAPTIRIM

a) İncelenen suçların yaptırımları TCK. 117. maddede dört suç için ayrı öngörülmüştür.

Buna göre, TCK. 117/1 'deki iş ve çalışma özgürlüğünü ihlal etme suçunun cezası altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.

TCK. 117/2 'de sömürü suçunun cezası altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıdır.

TCK. 117/3 'deki sömürü için insan sağlama suçunun cezası da aynıdır.

Nihayet TCK. 117/8 'deki suçun cezası altı aydan üç yıla kadar hapidir.

Bu cezalar, suçu etkileyen ağırlatıcı sebeplerin varlığı halinde bir kat arttırılacaktır. Suçun işlenmesinde birden fazla ağırlatıcı nedenin bulunması durumunda sadece bir ağırlatıcı sebep uygulanacaktır.

<sup>113</sup> Benzer düşünce için bkz. . Artuk - Gökçen - Yenidünya, 3010.

**b)** Kanunun 119/2. maddesinde yer alan bir hüküm cezaların birleşmesine (çıttımına) ilişkindir. Madde şu şekildedir :

*“..... Bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.....”*

Bu hükme göre, suç ile ilgili hareket TCK. 87. maddede yer alan netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama (müessir fiil) suçunu meydana getirmiş ise bu takdirde iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK. 117 ve 119) ile beraber TCK. 87. maddesi birlikte birleştirilerek uygulanacaktır.

## SONUÇ

Çalışma özgürlüğünü engelleme suçunun çeşitli bölümleri olarak TCK. 117. maddede yer alan suçlar içerisinde maddenin ilk fıkrasında bulunan suç, klasik düzenlemelere uygun bir nitelik taşımaktadır. Buna karşılık maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki sömürü ve sömürüye ortam hazırlama suçları Yeni Ceza Kanunu'nun belirgin özellikleri içerisinde yer alabilecek bir nitelik ve özene sahip bulunmaktadır. Bizce TCK.'nun düzenlemesi, gerek sömürme ve gerekse diğer suçların çalışma hayatıyla yakından ilgili diğer kanunlarla ilişkili olmasıdır. Kısaca İş Kanunu, Grev, Lokavt ve Sendikalar Kanunu'nun içinde yer alan hukuka aykırı eylemlerle TCK.'nun bu maddesi arasında “kanunlar ihtilafı sorunları” çıkabilecektir. Bunun yanı sıra TCK.'nun 80. maddesinde yer alan insan ticareti suçu, incelenen 117. maddenin 2. ve 3. fıkrası ile benzerlik taşımaktadır. Bu sorunları önümüzdeki yıllarda doktrin kararları ve mahkemelerin çeşitli çalışmaları, yorumları ve kararları ile çözümleneceklerdir.

**KAYNAKÇA**

- Artuk** Emin - **Gökçen** Ahmet - **Yenidünya** Caner, TCK Şerhi, Özel Hükümler, c. III., Ankara, 2009
- Donay** Süheyl, Türk Ceza Kanunu, 1. bs., İstanbul, 2004
- Dönmezer** Sulhi - **Erman** Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. II., 11. bs., İstanbul, 1997
- Erem** Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, c. II., Ankara, 1992
- Erman** Sahir, Çalışma Hürriyetinin Tahdidi veya Men'i Suçu, (İ.H.F.M., 1952, c. XVIII, sy. 3-4), (ayrı bası)
- Gerçekler** Hasan, Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, c. I., Ankara, 2011
- Malkoç** İsmail, Türk Ceza Kanunu, c. II., Ankara, 2013
- Özbek** Veli Özer - **Kanbur** Mehmet Nihat - **Doğan** Koray - **Bacaksız** Pınar - **Tepe** İlker, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 2013
- Öztürk** Mehmet Onat, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, İstanbul, 2006
- Soyer** Sesim, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler, (HPD - Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, sy. 7)
- Şen** Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. I., İstanbul, 2006
- Tezcan** Durmuş - **Erdem** Mustafa Ruhan - **Önok** Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. bs., 2012
- Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), T.B.M.M. 22. Dönem, S. Sayısı: 664
- Yaşar** Osman - **Gökcan** Hasan Tahsin - **Artuç** Mustafa, Türk Ceza Kanunu, c. III., Ankara, 2010

**ALMAN İDARİ YARGI HUKUKUNDA  
İPTAL ve ÖDEV DAVALARINI İRDELEME**  
*(Actions For Nullity and Duty in the German  
Administrative Procedural Law)*

*Benim büyük ve güzel insan  
Hocam Ali Rıza OKUR'a...*

**Emin MEMİŞ\***

**ÖZET**

İdari yargının varlığı, esasında iptal davası ve idari işlemlere dayanır. İptal davası objektif ve klasik bir dava türüdür. İptal davası niçin önemlidir? Çünkü hukuk devletinin vazgeçilmez aracıdır. Etkin bir araçtır. Keyfi yönetimin karşı çaresidir. İptal davası, hakkı ihlal olanın hakkını iade eder. Dolayısıyla İptal Kararı geriye yürür. Devletin hukuka bağlı olacağı ilkesi kişileri korumak için yetmez. İdarenin verdiği zararları kaldırma aracı gerekir. Bu iptal davasıdır. Aynı zamanda kişileri koruma içtihatlarla da olur. Alman Hukukunda idarenin kişilere verdiği zararlar sonlandırmak için iptal davası ve ödev davası işlev görür. İdarenin tek yanlı irade açıklaması, idari işlemi oluşturur. Alman Hukukunda makamların yaptığı işlem kişinin hakkını zedelerse kişi önce idari makama başvurur. Yani işleme itiraz eder. İdari makam işlemi ya ret eder ya da yapmaz ve sessiz kalır. Makam kişiyi haklı bulursa işlemi kaldırır ya da değiştirir. Bu şudur: İdare hizmet birimidir. Vatandaş idareye ödevini yerine getir demektedir. Ödev davası, vatandaşın idareyi görevini yapmaya mahkum etmesidir. Bu bir tür eda davasıdır. İptal davası ise itiraz kararlarına karşı devreye sokulur ve işlemin hukuka uygunluğunu sağlar. Tüm kamusal uyumsuzluklar idari yargıya açık değildir. Bizde de tam yargı davası eda davası karşılığında kullanılır.

**Anahtar kelimeler:** İdare mahkemesi, iptal davası ve ödev davası, ön soruşturma, itiraz kararı, yönetmelik

***Abstract***

Essentially it contains two topic *the administrative law court* existence: The action for nullity and administrative procedures. There are two Lawsuit kind in the administrative Law Court of the German Law: The Action for nullity and the action for duty. A administrative procedure be invalidated with the Action

---

\* Prof. Dr., İYÜ Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

for nullity . It is made a new administrative procedure for supply and demand by administrative competent authority also with an action for duty. So will be ended the problem of the claimant who have a deficit. Above lawsuit kinds complete each other. Indirectly there are these steps in the administrative Law of German: Respectively, the administrative objection, administratively a priori inquiry, action for duty and action for nullity.

Shortly we can say in The German Administrative Law that the action for nullity is very important. And there is an administrative Law Court judicial procedure Law. We can be said that the person rights get protected.

**Keywords:** The administrative Law Court, the action for nullity and the action for duty, a preliminary inquiry, the objection decision, to annul laws of procedure and to change, regulation

### I- Türk İdari Yargı Hukuku Bağlamında bir GİRİŞLE

İptal davası, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bir idari işlemin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasını amaçlayan idari dava biçimidir. Bu haliyle “inşai davalar” (=yenilik doğuran) tipi söz konusu olur. Bu yolla mahkemeden yeni bir hukuksal sonuç üretilmesi veya mevcut hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi (kaldırılması) istenir. Özetle, bu dava türünün uygulanabilmesi için ortada muhakkak bir idari işlem olacak ve bu idari işlemin kişilere yönelik bir hak ihlali oluşturması durumunda, söz konusu işlemin hukuka aykırılığını gideren ve kanuna uygunluğunu sağlamak bağlamında başvurulmuş bir idari yargı kolu dava türlerinden en etkin araç, iptal davasıdır.

Hukuk devleti kavramının uygulamaya konmasında vazgeçilmez bir araçtır. O kadar ki, bu dava buluşu ile kural tanımaz-keyfi yönetim anlayışının, hukuk düzeniyle sınırlanmış ölçülü bir yönetme anlayışına dönüştürmenin kaçınılmaz bir çaresi olarak izlenir. Başka söylemle idarenin aldığı kararların zaten olması gereken hukuka uygunluk karinesi bazında oluşması gerekirken sapmalar oluşursa, bu sapmaları yok ederek eski uygulamaya dönüşümü sağlar ve hukuk nizamının ölçülü bir düzen halinde sürmesi korunmuş olur.

İptal davası, tarihsel doğumu ile İdare Hukukuna has bir dava biçimidir. Yani taraflar arasında cereyan eden klâsik dava türlerinde farklı-kendine özgü bir klâsik dava yaklaşımıdır. Esasen uyuşmazlıkta davacının davalısı (her ne kadar idare davalı olarak uygulamada görünse de) hak sahipleri üzerinde hukuki değişikliğe neden olmuş olan idarenin işlemidir. “Husumet” idari işleme yöneltilir. Şu var ki: İşlemi savunabilecek olan ve uyuşmazlık üreten işlemi yapan idare olduğu için davalı olarak gösterilir. Uyuşmazlıkta işlemi yapan idarenin kanıtları dosyasında bulunduğu için idare, davacıya göre üstün durumda bulunmaktadır<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Rağıp SARICA, İdari Kaza, s.9;GİRİTLİ – BİLGİN, İdari Kaza, Filiz Kitapevi 1966, s.85-102; Ü. AZRAK: “ İptal Davalarının Objektif Niteliği”,Hukuk Kurultayı 2000, s.332-335.

Türk Hukukunda İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK md.2/1-a) son değişiklikle İPTAL DAVASI için şu tanımı yapar: “İdari işlemler hakkında **yetki, şekil, sebep, konu** ve **maksat** yönlerinden biri ile hukuka aykırılıklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan davalar” (Yeniden düzenleme: 8/6/2000-4577/5.md). Bu tanım, vaktiyle Danıştay Kanunu (İLGA /md.30/A) düzenlemesine bir dönüşü yansıtır.

Adı geçen 2.maddede değişiklik (4001 sayılı Kanun:1994) yapılarak, “menfaat ihlâlî” deyimi (iptal davasının bel kemiği) yerine “kişisel hak ihlâlî” hükmü getirilir ve alan daraltılması hedeflenir. Üstelik çevre,tarihi ve kültürel değerler için açılacak olan davalarda değinilen iki kavram da aranmayacak ve herkes dava açabilecektir.

Anayasa Mahkemesi, iptal davası bazında karmaşa üreten 2.maddeyi 3 ay er-telemeli iptal eder.<sup>2</sup> Dolayısıyla dolmuş olan boşluk içtihatlarla doldurulur. Danıştay dava için aranan öznel-subjektif ehliyet konusunda açıklık getirir: “Kişisel hak ihlâlî” konseptinin “kişisel menfaat ihlâlî” anlamında kullanılması iptal davasının amacına daha uygun düşer.

AYM mahkemesi iptal kararı boşluğu nihayet 4577 sayılı Bölge idare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri...Kanunu ve İYUK’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 5.maddesinde yapılmış değişiklik ve 2577 sayılı İYUK /md.2/1-a yeniden düzenlenmesi (08.06.2000) ile yasal boşluk doldurulur.Değinilen eski Danıştay Kanunu tanımına dönülür: “Menfaatleri ihlâl olanlar” iptal davası açabilecek.

İl idaresi Kanunu 5442/62.maddesinde (iptal davası tanımında) de sayılan kurul ve yetkililerin “yürütülmesi gerekli kararları aleyhine menfaati haleldar olanlar tarafından bu kararların **esas, maksat, yetki ve şekil** itibarıyla kanun ve tüzüğe muhalefetlerinden dolayı açılan **iptal davalarını**” çözümlerler (Ki: Bu hüküm yerini bağımsız mahkemelere bırakır) hükmü öngörülmüş idi.

**İPTAL DAVALARI**, idari yetkili makamın yaptığı bir idari işlemin (a) **konusu bir idari işlem olan ve iptal olunması sonucunu üreten nesnel nitelik bir dava** (davacı iptal sonucundan başka talebi varsa beyan etmeli); (b)**icrai tek yanlı bir karar (işlem) aleyhine açılabilen**, (c)**açılmış davanın sebebini hukuka aykırılığın oluşturması** (açılan davanın kabulü ve idari kararın ya da işlemin işlevinin sonlandırılması-tükenmesini üretecek bir iptal kararı alınması için davanın görülmesine neden olan **iptal sebebini yetki, şekil, sebep, konu** ya da **amaç** unsurları bağlamında hukuka aykırı bulunması gerekir); (d)**davanın açılması için açık bir kanun hükmü gerektirmeyen** (AYM, K. 1963 / 21); **iptal davasında feragatin kamu düzeninin yoğunluğu bağlamında olanaklı olduğu, ancak kimse önceden bu davayı açmaktan vazgeçemez ve vazgeçme yokluk ile “malüldür”** (Fran-

<sup>2</sup> AYM. K.1995/47; RG.10.04.1996-2267.

sız Danıştay'ının 1955 tarihli *Andreani Kararı*) denebilen ve hukuk devleti güvencesi olan (*İDAREYİ HUKUK KURALLARINA UYMAYA ZORLAR ve kişiye idarenin hukuka aykırı işlemini bertaraf etme yetkisi verir, idareyi de kendi yaptığı yönetmeliğe, işlemlere uymaya zorlar*) bir dava biçimidir<sup>3</sup>.

Özetle, iptal davası, idarenin denetimi yollarından birisi ve en önemlisini oluşturur. Bu dava, idareyi hukukun üstünlüğünün uygulanmasına zorlar ya da idarenin hukuka uygun işlem yapmasını tetikler.

İptal davası zaman içinde Fransız Danıştay'ı (Consail de Etat) kanalıyla getirilir.

## II. ALMAN idari Yargısı Bağlamında SORUNA BAKIŞ

### A) Genel Anlamada İdari Yargı Yolu

Teslim olunmalı ki: Devletin hukukla bağlı olacağı (hukuk devleti) ölçütü, yalnızca bu söylem bazında bir güvence oluşturmaz. Çünkü idarenin hukuka aykırı davranarak kişilere verdiği zararlar, diğer ifadeyle **menfaatleri zedelenmiş olanlar**, yargıya başvurup ya da hukuki **bir korumaya** alınmalıdır ki, idarenin ve devletin hukukla bağlı olma ölçütü, pratiklik kazanmış olsun. Yani pratiğe dönüşmeyen bir ölçüt sözde kalır demektir.

Alman Anayasası, kamu otoritesinin (idarenin) eylem ve işlemlerine karşı bu ölçüt için genel bir hukuki koruma hükmünü öngörmüştür: “*Bir kamu gücü tarafından hakları zedelenmiş olan herhangi bir kişiye yargı yolu açıktır. Eğer başka bir yargı yolu kabul edilmiş değilse, genel yargı yolu hükümlerine gidilir. Onuncu maddenin 2.fıkrasının 2.cümlesi hükmü saklıdır*”(Art. 19/4 GG).

Bu koruma biçimi bizim anayasa 125.maddesinde “*idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” biçiminde yer alır.

Alman yargı kararlarında (BVerwGE), sadece anayasa yargı yolunu güvenceye kavuşturmadığı, *uygulamada da oluşturulan bir yargı korumasının* olduğu da izlenebilir.

Alman idari yargısı tüm kamusal uyuşmazlıkların çözümüne açık değildir<sup>4</sup>. Şu var ki, idari yargılama kanunu (VwGO) 40.madde 1.bendine (Zulässigkeit des Verfassungsgerichts) göre, Federal Kanunlar, başka bir mahkeme eliyle uyuşmazlığın çözümünü açık olarak belirtmemişse, **kamusal uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenir**. Eyaletler bölgelerinde kamusal uyuşmazlıklar, eyalet kanunu ile başka mahkemede çözümü açıkça belirtmiş olabilir. Vurgulanan **40.paragrafın içerdiği genel koşul, verilen zarar-ziyanlarda mala ilişkin istemler şayet kamu hukuku**

<sup>3</sup> GİRİTLİ-BİLGEN, s.86.

<sup>4</sup> K.REDEKER/ H-J von OERTZEN, Verwaltungsgerichtsordnung, Verlag...Stuttgart Berlin Köln Mainz,s.86.



**uyuşmazlığı ise**, özel kanun hükmü saklı kalmak üzere **idari yargı görevli** olacaktır. Böyle olunca **eda davalarının idari yargıda açılması kuşkuları** dağılmıştır. Kanunda **eda davasından söz açılmaması** ve kanunda saptanan durumlar karşısında mala yönelik davaların idari yargıda görülemeyeceği sonucu da çıkarılmış olmamalıdır<sup>5</sup>.

Dolayısıyla (1) **anayasa uyuşmazlıkları** ve (2) **özel kanunda başka yargı düzeninde uyuşmazlık çözümünü öngörme durumları** idari yargı görevinden dışlanmıştır. Kısaca bizde olduğu gibi her kamusal işlemin çözümü sadece idari yargıya havale edilmiş değildir.

Öte yandan Alman Anayasası, KAMUŞLAŞTIRMA ile ilgili tazminat davaları ( Md.14/3: “**Kamulaştırma, ancak toplum yararı için olanaklıdır... kanuna dayanarak yapılabilir... Tazminat... adil olarak saptanmalıdır...**” ) ve memur sorumluluğu bağlamında (Kamu hizmetinin... ihlâlinden sorumluluk) zarar –ziyanların karşılatırılmasında kamu görevlisine “**rücu**” ( **Kast veya ağır ihmalde “rücu hakkı saklıdır”** /Art.34 GG) *davaları*, adli yargı kolunda çözümlenecektir. Bu bağlamda soruna bakarsak, Alman Hukukundaki eda davalarının (Leistungsklage) bizdeki tam yargı davalarını karşıladığı vurgulanabilir.

## B) Alman İdare Hukukunda Dava Türleri Hakkında Birkaç Söz

Alman Literatüründe medeni usule koşut idari yargılamada içeriklerine göre üç dava biçimini okumaktayız: **1- Leistungsklage** <sup>6</sup> (eda davası), **2- Feststellungsklage** <sup>7</sup> (tespit davası), **3- Gestaltungsklage** (yenilik üreten dava).

Hukukumuzda tam yargı davasını karşılayan eda davasının amaçladığı (Alman Hukukunda geniş anlamda) idarenin bir şeyi yapmaya ( eda etmesine-edimde bulunmasına) ya da yapmamasına hükmedilmesidir (“mecbur” bırakmadır).

Şu var ki: Alman İdari Yargılamasına özgü bir tür eda davası sayılabilen “**Verpflichtungsklage**”<sup>8</sup> (=ÖDEV DAVASI), eda davasının düzlemini küçülttüğü görülebilir. Bu dava ile idare, bir idari işlemle yapmayı ihmal ettiği veya ret ettiği bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya baskılanır. Bu cümleden olarak **bir eda davası**, işlemi yapma yanında idarenin bir edimi uygulamasına “mecbur” kılınması için açılır-uygulanır. Şöyle diyebiliriz: İdari işlemler dışındaki tüm idari davranışlar (Amtshandlungen), *idari eda davası* konusu edilebilir. Başka anlatımla *eda davaları*, parasal konular ve benzeri edimlere yöneltilmiş olmayıp **kamusal her tür yapma ve yapmama eylemleri** bu davanın konusu olabilir<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> REDEKER u. Von OERTZEN, s.8-9.

<sup>6</sup> HUFEN, s.289-292.

<sup>7</sup> HUFEN, s.293-320,441-446.

<sup>8</sup> HUFEN, s.385-421.

<sup>9</sup> ZSCHACKE, “Die Verwaltungsrechtliche Klage...”,NJW 730,1956.

(**BİLGİ- TARİHÇE:** Federal Almanya'da uygulamaya giren idari yargı kolu(XIX YY.), sadece İPTAL DAVASINA yer verir. Bu dava yolu ile hukuka aykırı doğan ve bireylere külfet yükümü getiren idari işlemlerin (Verwaltungsakte)<sup>10</sup> iptal edilip ortadan kaldırılması olanağı vücut bulacaktır. Özellikle vurgulanmalı ki, Güney Almanya İdari Yargılama Kanunu (Süddeutsche Verwaltungsgerichtsgesetz: SüddVGG) bağlamında İPTAL DAVASININ düzleminin genişlediğini görebiliriz. Üstelik idarenin bir **ödevini ihmal** etmesi halinde de iptal davasının açılmasına yer verilir(md.35 II).Yine idari yargılamaya yönelik çıkarılmış bir Tüzükte (= VO / no 165 , md.24: İdari Yargılama üzerine İngiliz işgal yöresinde askeri idarenin ürettiği tüzük), idari makam kişinin istemini ret ederse ya da 2 ay içinde ilgilinin istemine cevap vermez ise, istemin içerdiği iddia hakkında sessiz veya olumsuz kalan idareye karşı iddia sahibi istemde bulunan kişiye dava hakkı tanındığı izlenir(md.24). Adı geçen idari yargı kanunu, eğer idare sorunu ihmal ederse, açılacak davayı iptal davası olarak yansıtıırken yine adı geçen tüzük aynı yönde yeni bir dava türü üretmiş oluyordu (Vornahmeklage). Dava, idareyi yapmaktan kaçındığı işlemi yapmaya, bir edim yapmaya yöneltiyordu. Ancak diğer bir deyişle **idarenin işlemi yapmaması ve kaçınmış olmasının iptali söz konusu olmamaktadır**.<sup>11</sup> Nihayet VwOG (İdari Yargı Kanunu) deşindiğim 165 nolu Tüzüğün yönünde (1960) iptal ve ödev davalarını ayırırır).

**Tespit Davaları**, bir hukuksal ilişkiyi varlık-yokluk bağlamında saptama ya da bir idari işlemin yokluğunun idari yargıda saptanabilmesi için açılır. Ne var ki: Böyle bir dava açma için veya görülebilmesinde koşul, VwGO madde 43/1. bendine (Feststellungsklage) göre, davacının hukuksal durumunun hemen saptanmasında haklı bir menfaatinin bulunması gereğı (ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung) vardır<sup>12</sup>. Eğer davacı Leistungsklage veya Gestaltungsklage ile haklarını takip edebilirse veya edebildiğı kadarıyla Feststellungsklage istenemez( eskilerin deyişiyile “caiz” deşildir). Eğer bir idari işlemin yokluğunun saptanması istenirse, bu durum geçerli deşildir (md.43/2).

İptal davaları, mevcut bir hukuksal durumu ortadan kaldırdığına göre, bu dava kuşkusuz **yenilik üreten bir davadır**. Dolayısıyla idarenin hukuka aykırı olarak yaptığı işlemin hukuk düzeninden kovulması için ya da işlemin kaldırılmasında menfaati olan ilgililerin kullanabileceğı çok önemli bir araçtır.

İptal davası, bir idari işlemin kaldırılması için açılır( VwGO md.42/1). Dava tamamen yenilik üreten bir dava olarak mevcut olan hukuksal durumun,kısmi ya da “küllüyen” kaldırılması esasını içerir. Eğer bir yokluk hali mevcutsa açılacak iptal davası yenilik doğurucu nitelik oluşturmaz. Bunun nedeni, olmayan işlemin kaldırılmasını istemedir. Çünkü yok hükmünde bir işlemin esasen hiçbir etkisi bu-

<sup>10</sup> İdari işlem kavramı için bk. BADURA, ERICHSEN, MARTENS. . . , **Allgemeines Verwaltungsrecht**, s. 160-184 (Fransızca “acte administratif” kavramının tercümesi olarak her idari önlem(sivil veya kamu hukuku ölçüsüne göre) idari tasarrufu yansıtır. Almanya'da kamu hukuku idari işlemi sınırlar. İdari tasarruf kavramı, hukuku koruma bakış açısı ışığında süre gelen zaman içinde anlam kazanır).

<sup>11</sup> E.FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München, Berlin 1961.

<sup>12</sup> Bk. Friedhelm HUFEN, **Verwaltungsprozessrecht**, 8.Auflage, München 2011, s.293-320.

lanmamaktadır. Eğer dava açılmış ve mahkeme davacı istemini kabul etmiş ise, dava bir “Ge staltungsurteil” ( *inşai lolumsuz yenilik üretici karar*) biçimini simgeler. Dolayısıyla iptal davası, bir müdahale eden idare düzleminde içkindir<sup>13</sup>. Demek ki: İdare eğer düzenleyici-müdahale edici (eingrißs verwaltung) bir işlemle ilgililere sorumluluk yüklerse ya da işlem hak ihlâli üretmiş olursa, bu tür işlemlerin kaldırılmasını sağlamak üzere açılan dava *iptal davasını* kavrar. **Davacının mevcut olan ve işlemle kaybettiği hakkı yeniden bıraktığı yerden kazanması yoluna iptal davası denir.** Özetle bu dava türü *kişinin zarar gören haklarını (1)koruma işlevli olup idarenin işlem yaparken haksızlıktan kaçınma ve dikkatli davranmasını sağlayan , (2) denetim işlevli bir davadır.* Ancak idare, etkili işlemiyle kişinin hukuksal durumlarında değişiklik yapması yanında, **kimi zaman istenen işlemi yapmama veya istem karşısında susma** halinde hakkın yerine gelmesi bağlamında aşağıda değinilecek “Verpflichtungsklage”<sup>14</sup> ( ödev davası), Alman İdari Yargısında iptal davasının yanında önemli işlev görecektir.

### C) Tarihsel Gelişim Bağlamında İptal ve Ödev Davalarına Bakış

Bir önceki başlıkta tarihsel gelişim eğrisine değindim. Şimdi İPTAL ve ÖDEV davalarını sorgulayalım:

**1. İPTAL DAVASI (ANFECHTUNGSKLAGE: §42 I 1.Alt.VwGO; §43 Vw VfG İdari Yargı Kanunu, İdari Usul Kanunu)**

**a) İptal davasının amacı: Bir idari işlemi iptal etmek ( Kanuna uygunluk sağlama)**

İptal davası, bir idari işlemin<sup>15</sup> iptalini ya da hükümsüz kılınmasını teşkil eder<sup>16</sup>. Davacı bu dava ile bir idari işlemin iptalini veya değiştirilmesini amaçlar. Başka anlatımla davanın amacı idari işlemin iptalini-hükümsüzlüğünü oluşturmaktır. Bir diğer tanımla, İdari Usulde klâsik bir dava türü olan iptal davası, kamusal münferit durumları düzenlemeler bağlamında kişilere yük yükleyici durumların ya da hak ihlâllerinin kaldırılmasını üretir<sup>17</sup>. Davacı idari işlemin oluşturduğu külfetin iptaliyle yenilik üretici bir hak elde etmeyi ( auf Rechtsgestaltung) amaçlar. Yani idari işlemin § 43 VwVfG anlamında külfet yükleyici etkisini bertaraf etme amaçlanır. Şu var ki: İdari işlemin bir bölümü için iptal önerisi de sınırlanır<sup>18</sup>. Bu durumu, § 113 I 1 VwGO girişindeki “SOWEİT” sözcüğünden

<sup>13</sup> FORSTHOFF, s.496;ULE, s.118.

<sup>14</sup> HUFEN, s.266-276.

<sup>15</sup> İdari işlem nedir? Geniş tanımlamalar için bk.H.MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10.Aulage, s.174-218,Müchen 1995; E.MEMİŞ, *Genel İdare Hukuku Notları*, s.199-277,İstanbul 2014.

<sup>16</sup> REDEKER/ von Oertzen, s.125.

<sup>17</sup> F.HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 2011, s.196.

<sup>18</sup> EHLERS, *Jura* 30,2004.

çıkabiliriz. Çünkü davacının idarenin yaptığı hukuka aykırı işlemde haklarının zedelenmesi deniyor.

Alman İdari Usul Kanununun ( i.S.v. § 35 VwVfG) 35.paragrafını anlamında idari işlem (VA) varlığı, bir varsayımı simgeler. Bu varsayımla idari işlem de tıpkı yasama işlemi gibi kanuna uygunluk karinesiyle yansıtılmış olduğundan açık olarak belirtilen düşünce-konsept ya da davacının iddiası, özetle idari makamın düzenleyici etkin işlemi karşısında yeterli olmaz. Kanuna uygun (caiz) olmayı amaçlayan ve bu yönde işlev görecektir dava türü tarifine (koşuluna), kuşkusuz sadece iptal davası dediğimiz bu türle ulaşılır. İdari makam hangi usule -*biçime uyararak teşhis olunabilir*-göre tanımlanabilir, objektif olan işlem yapma faaliyetinde bulunduğunu, bu yetmez, idare zorunlu hangi usulle faaliyete bulunarak işlem yaptığı ya da işlem yapma şekline uyum önem taşır. Çünkü idari makam yanlış şekli seçerek işlem yaparsa ya da şekle uymazsa bu, yapılan işlemin sebebe uygun oluşturulmadığını ( ya da haklılık teşkil etmediğini) gösterir ve davanın hukuka uygunluğu sorununu teşkil etmez.

**Örnek:** İdari makam, özel hukuka ait bir hesabı (faturayı) borçluya sunacağı yerde bir idari işlemle borcu siler. Buna karşı (esasinda sahih formdan bağımsız olarak) iptal davası caiz- kanuna uygundur<sup>19</sup>. Bu, benzer biçimde tam tersi durumda da geçerlidir: İdari makamın bir işlem düzenlemesinin gerekli olmasına karşın *iş hizmet talimatıyla* veya sadece geleceğe yönelik olarak bir keyfiyeti (Fall) düzenler. Bu iptal davası için kanuna uygunluğu sağlamaz. Hem de görünüşte bir idari işlem (Scheinverwaltungssakt) karşı iptal davasını oluşturmaz. Makam sadece görünüş sebebi içeren bir idari işlemi üretir. Bir idari işlem olduğunu söylemek olası ama sadece bir tespit davası çerçevesinde söz konusu hukuksal sorunların bağıntısı açıklanabilir<sup>20</sup>.

Bir idari işlemin varlığıyla ilgili Alman İdari Usul Kanunu ( §35) yalnızca geleneksel kavram niteliği bazında kodife etmeyi yansıtır. Bu maddeye göre bir idari makamın Kamu Hukuku alanında münferit-özel bir hadiseyi düzenlemesini içeren **her tasarruf hakkı**, karar ya da diğer devlet egemenliği kullanımı yetkisiyle alınan önlemlerin alınması bağlamındaki bir idari tasarruftur ve bu tasarruflar dışı karşı doğrudan etki üretir. Genel tasarruf bir işlem yapma uygulamasıdır. Genel tasarruf yapma hakkı, belirli veya belirlenebilir kişisel alanların genel “mümeyyiz” niteliklerine göre birisine yönelik veya bir şeyin kamusal-hukuksal niteliği veya onun genele yönelik olarak kullanılmasına ait olan bir idari işlem yapmadır. Ancak bu görülüyor ki, şematik bir test etmek değildir (aksine sınırlama sorunlarından ileri geliyorsa), sadece işlemin etkisini ölçmek ve karşılamak için derinliğe inmeyi gerektirir. Bunun için bir idari işlemi tanımlama, İdare Hukuku ve İdari Usul Hukuku arasında esaslı-önemli bir yarıklık üretir. Bu bağlamda idari işlem kavramını ve türlerini genel idare hukuku literatüründen takip etmek gerekir.

<sup>19</sup> BVerwGE,78,3,6(DÖV 521,1990).

<sup>20</sup> HUFEN, s.196-197 ve BULUNK/SCHROEDER, JuS 602,2005.

İptal Davasının hukuka uygunluğu § 35 (VwVfG) kapsamı, yasal tanımlamasının yapılmasıyla ortaya konabilir. Maddenin içeriğine yukarıda değindim. Bunun için maddenin yansıttığı bazı önemli kavramlar açıklanmalıdır:

### (a) Düzenleme(Regelung)

İdari işlemin karşı kavramı *idari eylemler* ya da *idari davranışlardır*. Bizim anayasamız da “**idarenin her türlü işlemleri ve eylemleri**” ifadesini kullanır. Düzenlemenin karakteristiği, onun bir hukuksal bağlayıcılık normu oluşturup oluşturmadığında önem taşır. Başka anlatımla idari işlemle (düzenlemeyle) idari makamın bir irade açıklamasıyla muhataba yönelik (eşyaya-kişiyeye) bir hukuksal sonucun açıklanması öngörülür. Bu hukuksal sonucun açıklanmasında vücut bulan haklar ve/veya borçların sebebi-teşkili, değiştirilmesi, kaldırılması veya ilgilileri bağlayıcı olan saptamalar yansıtılır. Ya da yukarıda geçen 35.paragrafta ( § 35 S.1 VwVfG) bir şeyin (einer Sache) hukuksal durumlarına göre tanımlandığını izleriz (“Somut” idari işlem ).<sup>21</sup>

İdarenin fiili (edimsel) eylemleri, düzenleme oluşturmaz(**Realakte** / İdarenin fiili irade açıklaması). **Örnek:** İstihbarat-bilgi toplama, tutanaklar, rapor-lâyiha-izahat- uygulamaya yönelik tebliğ, fiili icraatlar( birinin zimmetine para geçirmek-suçlu göstermek- nitelikli sorumluluk kuran vergi işlemi gibi) veya fiili yük yükleme ve Immissionen ( Kirletmenin etki üretmesi, gürültü, ışın yayma...) gibi.

Bir somut **emir** veya **yaşagın** tamamlayıcısı, hazırlayıcısı ya da **bağımsız** olmayan(başkasının yardımına muhtaç) hareketler-edimler olarak nitelendirilebilen böyle hareketlerde de idari işlem kavramının niteliği noksanlık taşır. Örnek: İç düzen önlemleri bazında hazırlık kararları, davetler, münferit denetleyici icra işlemi, idari usulünden bağımsız olmayan tespitler-tasnifler ve § 80 II 1 Nr.4 VwGO-BVerwG icra kararlarına göre de<sup>22</sup>. Ancak geçici idari işlemler ve onaylı bölümlerine tamamıyla uygun münferit *olay düzenlemelerinin* ve bu gibi durumlara yönelik iptal davaları “**kabili itiraz**” durum üretir. Aynı biçim, idari tespit işlemlerinde de geçerlidir. İdari işlem-düzenleme kavramı, burada ( bir hukuksal ilişki saptaması bazında) dar anlamda ele alınmalıdır<sup>23</sup>.

### (b)Egemenlik kullanımını simgeleyen işlemler (hoheitliches Handeln)

Gerçi bir idari işlemin oluşturulmasındaki gerekli anlayış ve iptal davasının kanuna uygunluğu varsayımında da en yüksek devlet gücü egemenliğin kullanım niteliğini simgeleyen (idarenin yetkisi bağlamındaki idari davranışlar) davranış biçimleri tümü ile aynı yönlü yansımalar değil midir? Bu davranış biçimleri so-

<sup>21</sup> HUFEN, s.197.

<sup>22</sup> Bk.DÖV 384,1995.

<sup>23</sup> Tartışma için DÖV 491,2004 (OVG Weimar).

nuçta bir işlev görür ve kural gibi rol oynamaz ama İdare Hukuku yöntemi (kamu hukuku uyumsuzluklarında) varsayımı olarak denetim bile olanaklıdır. Demek ki, idarenin gerektiğinde egemenlik temeline dayalı davranış biçimleri sergilemesi de yöntem farkıyla denetim içidir.

### (c) Münferit olay (Einzelfall)

Münferit olay ibaresinin kavramsal nitelik bakımından yasal **genel tasarruf** (Allgemeinverfügung - § 35 S.2 Vw VfG hükmüne göre) olarak tanımlanır. Gerçi daha önceleri birçok sorun (plan saptama kararları düzenlemesiyle) yumuşatılmıştır. Eskiden olduğu gibi alışılmış birkaç anlayış kullanımındaki somut *-bireysel* vb. *soyut-genel* söylemi daha büyük anlam içerir. “Bireysel” kavramının niteliği, bir de genel dil şive kullanımı üzerinden geniş olarak çıkarılabilir ve kişilerin tanımlanabilir genel niteliklerine göre de belirli çerçeveye sokulma çabası gerçekleştirilebilir<sup>24</sup>.

Verilen açıklamalar ışığında, bir **hukuk normu** ve **idari tasarruf** kavramlarına bir sınır çekmeyi şematik gösterebiliriz.

**Örnek:** “*Kişisel*”-*bireysel* (individuel) kavramı (*belirlenmiş ya da tanımlanabilir kişisel daire yönlendirmesiyle*) **somut** figürü yansıtır ya da **soyut** algıyı yansıtır. **So-yut** yansıma örneğin *idare edilenlere* (vatandaşa) belirlenmiş varsayımlar ışığında her zaman yeniden faaliyette olması talimatı algısı, soyut idari tasarruf biçimidir. Ve “**genel**” (*belirsiz adres sahipleri sathı dairesini*) sözcüğü bağlamında “**somut**” olguyu alırsak, bunu idari tasarruf veya normla tanzim edebilme söz konusudur. “**Genel**” sözcüğü bazında “soyut” figür ise sadece norm bağlamında işlev görür. Başka ifadeyle **norm** ya da hukuk kuralı “*genel*” anlamı içerir.

Şematik olarak “**bireysel**” ve “**genel**” sözcüklerine (geleneksel kümelenmede) **somut-soyut** açından yüklenmiş anlamlar bir yandan ve diğer yandan *soyut-genel* anlam formülü geniş ölçüde (weitgehend) sorunsuz bir şema oluşturmaktadır.

*İdari işlemin* ve *hukuk normunun* geniş ölçüde sınırlarının açıklığı karşısında **somut-genel** kapsamlı düzenleme bakımından adı geçen 35.paragraf hüküm getirmiştir. Bu olanaklı hüküm, makamların genel tasarruf (Allgemeinverfügung) biçiminde (somut sorunlar hakkında) idari makamlara karar vermek olanağını sağlar. **Örnek:** Bir hastalığın bir yere bulaşmasına giriş yasağı koyma kararı vermek. Bir somut niyetin plan saptama hükmünde de bu durum rastlanabilir ancak onun muhatap adres sahibi sathı dairesinde bir desteleme yapmayla etkisini izleme daha kolay ve “**genel**” sözcüğünde içkindir.

Bir bireyin-ferdin veya tanımlanabilir adres sahipleri sathı dairesinde bir de ancak soyut bir düzenleme konusuna yön veren düzenlemeler, kuşkusuz *idari tasarruflardır*. Böyle konular gerçi tamamen tanımlanabilir. **Örnek:** Her kirlilik oluş-

<sup>24</sup> HUFEN, s.198.

turma olaylarında veya gelecekte her kar yağışına göre caddelerin bireysel temizleme ödevi yükümlülüğünü düzenleme. Şu var ki: Çeşitli durumlarda (uyuşmazlıklara yönelik) yinelenen fiili durumları veya trafikte muayyen olaylarda somut bir ödevi yansıtacak bireysel kararlar söz konusu konularda oluşturulabilir.

#### (d) İdari makamlar- “resmi merci”- (Behörde)

İdari otorite de dediğimiz idari resmi makamlar § 35 VwVfG anlamında kamu yönetimi ödevlerini ya da işlerini gören yetkili her makamdır<sup>25</sup>. Bu anlamda idari merci, kamu hizmetlerini görmede (değerli kağıtlar, kiralama... gibi) de bir dereceye kadar egemenlikten kaynaklanan idari davranışlarla kamusal işler çevrilir<sup>26</sup>. Bu “merci” kavramında da hatalı (ungenau) durum söz konusudur. Yasama, yürütme ve yargı makamlarını karşılıklı sınırlamada farklılık amacı olduğu esasen açık seçiktir. Parlamento, hükümet ve mahkemeler tanımlanan anlamda “makamlar” değildir (Eğer onlara ait yasama, devlet idaresi ve içtihat-yargı işlevlerinin uygulanması ise). Ancak kapı kapalı değildir: Parlamento idaresi, Bakanlıklar ve mahkemeler (münferit olay idari görevleri) bağlamında “resmi merci” olarak idrak edildiği ve o bakımdan (insoweit) bu kurumların da idari makamlar olarak ödev yapabileceği vurgulanmalıdır.

**Örnek:** Meclis Başkanı, meclis idaresi ile ilgili idari tasarruflar yapma durumuna sahiptir.<sup>27</sup>

#### (e) Dışa etki (Außenwirkung)

Eskiden olduğu gibi, iç idari davranışlarının dışa doğrudan doğruya hukuksal etkisinde en güç sınırlandırma sorunları ya da bunları sınırlandırma (tarif yapmada) konusunda gözlenir. Devlete ait iç alanlarda söz konusu bu nitelik İdari yargı denetiminden tarihsel bazda korunmalıdır. Bu işlev gerçi günümüzde kısmen önemini kaybetmiştir. Ancak iç -idari kararların bir tarafa bırakılmasına halâ hizmet eder. İdari iç düzen davranışlarının dışa etkisi, daha çok özerk tüzelkişiler karşısında medeni hak kullanma ehliyetli kurumlar v.b. dışa karşı etkili işlemler yapılabilir. Ancak bu kesin olan nitelik, Devletin iç alanında veya sair tüzelkişilerde kendi haline bırakmalı ve bir diğer gerçek veya tüzel kişinin de hukuk alanına dokunmayı da.

## 2. İdari işlemin şekli ve şekil bağımsızlığı

İdari tasarrufların tüm şekillerine karşı iptal davası dikkate “şayan” esaslı bir klâsik dava türüdür. Bir *genel tasarruf hakkını* (Allgemeinverfügung) veya plân

<sup>25</sup> §1 IV VwVfG.

<sup>26</sup> Bk. DÖV 533,2007.

<sup>27</sup> Verwaltungsgericht Berlin, NJW 2002.

tespit kararlarının emredici, yenilik doğurucu veya tespit edici idari tasarruf(işlem) olup olmadığını sonuç olarak bu tanımlamadan çıkaramayız. Bir tespit edici idari tasarrufa karşı davada da iptal davası, takriben bir tespit davası değildir. Bizzat bir (adres sahipleri-muhataplar için) lehte olan idari tasarruf, bir iptal davası konusu olabilir (Eğer üçüncü kişilere bir yüküm yüklerse / idari tasarrufun üçüncü kişilere etkisi). Bir de adı geçen “adres sahiplerinin bir biçimde saptanmasına karşı (somut) idari tasarruflar bağlamında (§ 35 S.2, 2. Alt. VwVfG) İPTAL DAVASI esasında kanuni bir biçimdir<sup>28</sup>.

### 3. Kanuna uygunluk varsayımı olarak idari tasarrufun varlığı koşulu

#### A. İdari tasarrufun tebliği (işlemin bildirimi)

Bir idari işlemin hukuksal mevcudiyeti ya da varlık koşulu, işlemin kanuna uygun doğduğu ya da kanuna uygunluk varsayımıdır. Kural olarak işlem konusu muhataba bildirimle işlev üretir (§ 41 VwVfG). İlgilisine bildirim yapılmayan idari tasarrufa karşı iptal davası açmak kanunsuz-hükümsüzdür. Tamamlanmış veya kaldırılmış işlem olsa bile. Davacının doğrudan karşı tarafa tebliğ ettiği işleme kıyasla dava kanuna uygunluk varsayımını yansıtmaz. Üçüncü kişiye yöneltilmiş yük yükleyici işlemle de.

Geçerli kabul (örneğin belirli bir süre geçmesinde) gören ya da müsaade buyrulan uydurma bir icazet- onama şeklinde de bir idari işlem “hukuki varlık”tır. Ancak inşaat yapanın bir komşusu inşaat ruhsatına- yapı icazetine itiraz edebilir. Eğer bu hal geçerli kabul görürse, bir dereceye kadar belirli bir süre zarfında inşaat şikâyeti hakkında karar verilmiş olmalıdır<sup>29</sup>. İcazet-ruhsat ya da bir onama işlemi bağımsızlığı halleri, uydurma onama işleminden fark edilmelidir. Bir geçerli hukuk nizamına karşı, serbestçe bir ruhsat verme niyeti çatışır. Bu durumda inşaat-yapı denetimi bazında komşu sadece bir *ödev davası* (Verpflichtungsklage) açarak idareyi ödevini yapmaya iter.<sup>30</sup> Özel inşaat-yapı kişisi, sadece bağımsız olarak bizzat usul-nizama uygun bir dava mahkemeye açabilir.

#### B. İdari işlemin yok hükmünde oluşu

Yok hükmünde bir idari işleme karşı iptal davası açmak esasında (im Grunde) caiz değil-kanuna aykırıdır. Ve hukuksal nedenlerle böyle bir dava açmanın da bir hukuksal etkisi yoktur. Çünkü burada iptal davasının konusu bulunmamaktadır. Başka ifadeyle yokluk ile “malül” bir şeyin zaten iptali de olanaksızdır. Hukuksal koruma işlevi, yine-bununla birlikte geçerli olan-mevcut bir hukuk belgesine karşı uygulanır. Dolayısıyla bir idari işlemin yokluğuna karşı ancak bir tespit davası açılabilir.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> HUFEN, s.200.

<sup>29</sup> Bk. § 42a I VwVfG.

<sup>30</sup> Bk. BVerwG, NJW 2063,1997.

<sup>31</sup> § 43 I 2.Alt. VwGO. Karşı görüş için D.LORENZ, VwProzR, § 17 Rn.43 u. § 22, Rn.34. Bundan



### C. İşlemin tamamlanmış olması

Bir idari işlem henüz tamamlanmış ise dava ile ancak o zaman ortadan kaldırılabilir. Başka söylemle iptal davası açılabilir ve iptal olunabilir veya işlem zamanın-süre geçişi ile konusuz işleme dönüşür. Çünkü iptal davası bağlamında keza işlemin konusu oluşmamış ve noksanlık taşıyorsa, böyle bir işlemin kanuna uygun olmaması söz konusu olacaktır. Bu durum aynı biçimde üçüncü kişiler için de söz konusudur (Şayet üçüncü kişi adres sahibi sorun bağlamında “lehtar” pozisyonda ya da üçüncü kişi üzerinde “müessir” –etken- olma söz konusu ise). Demek ki: Lehtarın tasarruf hakkı çerçevesinde idari işlem için dava açma hakkından feragat edebilir<sup>32</sup>. Burada “kanuna uygun dava biçimi” anlayışı özlü sözünü çıkarabiliriz. Usulde bir davanın (Rechtsstreit) yolunun açık olması ya da tahrik edilebilme zorunluluğu belirtilir. Ancak tespit davası “arkası” var, devamı gelecek bir durum için dikkate değer anlamını yansıtır.<sup>33</sup>

Madde 113/4 fıkrasında (karar şekli ) işlemin yapılmasının retti veya ihmalinde (hukuka aykırı koşuluyla) davacının haklarının zedelenmesi söz konusu edilir. İşlemin adres sahiplerin ölmesiyle ilgisinin işlemi boş kalır. Belirli durumlarda idari işlem etkin olur. Ancak miras durumunda veya başka hukuki halefe karşı da hukuksal durumun hukuki halefe geçmesi etkileri olabilir. **Örnek:** Bir inşaat teşebbüsü niyetine karşı düzenlemenin bertaraf edilmesinde ve yarar sağlamanın yasaklanmasında; pek çok sosyal yardım alınmasında icrai kararların- mirasa karşı da etkili olması... gibi.<sup>34</sup>

### 4. ÖDEV DAVASINDA sınırlandırma anlayışı

**ÖN BİLGİ:** *Geniş anlamda aldığımızda bizdeki tam yargı davasının karşılığı olan eda davasının güttüğü amaç, idareyi bir şeyi edim yapmaya veya edim yapmamaya iter. Ne var ki, Alman İdari Yargılama Hukukuna özgü bir dava olan **ödev davası**, eda davasının alanını daralttığını yinelemeli- belirtilmeli. Bu dava ile idare bir işlevi yapmaya ya da yapmamaya (örneğin ret ya da ihmal olunan bir idari işlemi yapmaya) mecbur edilir.*

başka § 43 II VwVfG, yanlış anlam veriliyor, işlemin iptali ve etkisinin illiyet bağı olduğu açıklanıyor (T.Würtenberger, VwProzR Rn.272.). Mahkemenin içtihadı gerekçeleri gösteriyor ki: Bir idari işlemin yokluğuna karşı iptal davası açmak caiz olmayan bir durum değildir. Çünkü ekseriyetle ilk olarak usulün işleyişinde yokluk hali çıkarılabilir ve davacı, kanuna uygun olmayan bir dava açma rizikosu bazında bir yük almak istemez(BVerwGE,35,334,335). Davacı seçim yapacağı bir “seçim hukuku” (tabiri caizse) ya da hukukun söylediğinden (idari işlemin yokluğuna) ya tespit davası ya da geçerli olacak iptal davasından konuya çakışanı ele alacaktır. Dava türünün hukuka uygunluğu, daha çok tespit sebebinin gerekliliğinde örneğin tespit davası aracını kullanma ya da işlemin yokluğunu davacı teşhis ederek umumi yola başvuracaktır( BFH,NVwZ 359,1987;§ 86 III VwGO :REDEKER/von ORTZEN,s.439).

<sup>32</sup> Bk. BVerwG, **NVwZ** 464,1990.

<sup>33</sup> Bk. ORTEKER/von ORTZEN, s. 543 (§ 113 I 4 VwGO).

<sup>34</sup> Bk. OVG Münster, **DÖV** 553,1989.

Bir idari işlemin kişi hakkı oluşturabileceği olgudur. Kimi zaman idare, bir idari işlem yapmada bulunmaması nedeniyle kişi haklarının zarara uğradığı izlenebilir. O zaman yargıya giderek idarenin yapmadığı işlemi yapmasını sağlamak yönünde yargı makamından bir hüküm çıkartılabilir ve idare belirli bir işlem yapmak durumunda bırakılabilir. İşte iptal davası yanında yer alan bu girişim yoluna ödev davası (Verpflichtungsklage) denmektedir. Özellikle bu dava, ilgili kişinin idareden işlem yapma istemi ret edildiğinde veya istemin idarece hiç dikkate alınmaması durumunda devreye girer. Öyleyse dava ile idari işlemin yapılması (oysa iptal davasında işlemin iptali söz konusu) istenir. İdare bu zorlama karşısında olumlu davranırsa kişileri hakları korunmuş olacaktır. Demek oluyor ki: Ödev davası yenilik üreten bir dava değil- bir eda davasıdır (Leistungsklage). Bu cümleden olarak açılan ödev davasıyla, idare istem bağlamında karar almaya ve gerekli işlemi yapmaya zorlanır. Başka anlatımla idare işlem yapmaya mahkum edilir( § 113/ 4 VwGO). Dördüncü fıkrada **“bir idari işlemin hukuka aykırı ihmal edilmesi veya ret olunması ve davacının haklarının ihlâl edilmesine göre, mahkeme idari makamın işlemi yapmaya ödevli olduğuna hükmeder...”** denmektedir.

Ödev davasının uygulanma düzlemi, yurttaşlara hizmet idaresinin güvencesi yaklaşımını simgeler. Bu yaklaşım, yapıcı idare (Leistungsverwaltung) kavramını içerir. Diğer söylemle idarenin yurttaşlara karşı hizmet sorumluluğu bulunduğu söz konusudur<sup>35</sup>. Burada altı çizilecek nokta, idarenin yapıcı icraat alanında hizmet sunarken geniş bir takdir hakkı (Ermessen) vardır. Şu var ki: İdare genel hukuk ilkeleriyle de bağlıdır.

Ödev Davası bağlamında idarenin idare işlemi açıkça ret etmesi veya hareketsiz kalarak susmasında bir fark yoktur.Alman Hukukunda İdare talep edilen işlemi yapmaz ise (ret etme işlemi) açılacak davaya **“Vornabmeklage”**, susma halinde açılacak davaya da **“Untätigkeitsklage”** denir. Bu davacının istemleri bağlamındaki ayırım, idari yargıya gitmeden önce cereyan eder. İdari makamda “ön inceleme” (Vorverfahren) ve dava süresinin saptanmasında ayırım işlev görür. Ancak ayırımda ödev davasının içeriğiyle ilgili durum söz konusudur.

İdarenin işlemi yapmaması(ret kararı) halinde, ilgiliyi haklı bularak idari yargı yerinin idareyi bir ödevde mahkum etmesi, ret kararını kaldırmaz. Kararı kaldırma idari makamın görevine girer.

Nihayet iptal davası-ödev davası farkı, ilki yenilik üreten dava olup işlemin kaldırılmasını amaçlar(idari faaliyete müdahale edici faaliyet). Ödev davasının amacı idareyi işlem yapmaya sevk etme kararını almaktır. Dava sonuçta idareye bir ödev yapma edimi yüklemektedir: İdarenin edimde bulunma sorumluluğu. Dolayısıyla dava “yapıcı idari faaliyet” düzleminde yer almaktadır. Kısaca her iki dava, kişilerin olumlu- statüleri bağlamında hak zedelenmesi karşısında bir koruma hukuku sağlamakta-

<sup>35</sup> ULE, s.118.

*dır. Bu iki dava tamamlayıcı işlemleriyle birlikte incelenmeli. Çünkü hukuka aykırı işlem yapmakla, işlemin hukuka aykırı olarak yapılmasını ihmal etme arasında kişisel menfaat açısından bir fark yoktur kanısı paylaşılabilir.*

*Bu iki davanın özellik oluşturan yönlerine değinmek istedim. Yoksa bu davaların inceleme alanı, geniş çalışmaları gerektirmektedir. Ancak idari işlem ve dava yetkisi konusuna özetle değinmeyi yeğledim:*

### **a. Alman Yaklaşımıyla İDARİ İŞLEM**

*İdari tasarrufların varlığı, tasarrufun yapılması isteminin ret edilmesi ya da istem için bir karar verilmemesi, iptal ve ödev davalarını koşullarını oluşturur. Şunu söylemeliyim ki, idarenin önlemlerine, eylemlerine ya da önlem alınması istemlerinin ret edilmesine karşı iptal ve ödev davaları açmak, oluşturulmuş işlem olmadığı için eskilerin deyişyle “caiz” (yakışık alan) değildir. Mahkeme bizde olduğu gibi önce işlemin varlığını arar.*

*Öyleyse işlem nedir? Alman Hukukunda işlem kavramı önce doktrinde izlenir. Mevzuata idari işlemin girişine değin, idari işlemler hüküm, karar, emir; içeriklerine binaen tespit, ret, izin vb. isimlerle yansır. Nihayet idari yargı mevzuatında “idari tasarruf”(Verwaltungsakt) terimi iptal davası konusu bağlamında ele alınınca uygulama düzleminin en etkin kavramı haline dönüşür (VwVfG :§ 35 ve 43; VwGO: § 42 ve 113 I,1)..*

*İdari işlem, idarenin münferit işlemi bağlamında kişiselleşen tüm faaliyetlerini içerir. Yazarın dediği üzere bu kavrama geniş anlam verme yanlış olmaz ama yararsız çabadır. İdari işlemin bir çerçeveye sokulması, daraltılması zorunluluğu vardır<sup>36</sup>.*

*İdari işlem tanımlaması mevzuatta hemen aynı saptanmıştır: Kamu Hukuku alanında münferit bir olayı düzenlemek için idari makamlarca oluşturulmuş her tür işlem, karar, emir ya da başka önlemler, idari işlemi simgeler. Bir örnekleme: Değinilen 165 sayılı Tüzük; Berlin İdari Yargı Kanunu(VGG) md.19...*

*Bu açıklamalar ve tanım ışığında idari işlemin niteliklerini sayabiliriz:*

*Kamusal alanda idarenin hukuksal durumunda değişiklik üreten tek yanlı-emredici irade açıklaması (ki, sözleşme bu tanım dışında kalır); doğrudan hukuksal etki üreten (ki, ihtar, tebliği, niyet... gibi doğrudan etki üretmeyen işlemler hariç) idari işlemler; münferit somut olayları tanzim edici (ki, kanun, tüzük, yönetmelik... vb. idari işlem değil- genel hukuk kuralından ayrılan- somut, maddi veya hukuksal ilişkiyi düzenleyen ); idari yetkili makamlarca yapılabilen (Kamu Hukuku alanında bağımsız olarak kurulmuş olup yetkili kılınmış her makam) işlem olması.*

*İdari makam, yasama-yürütme ve yargı makamlarından ayrı olup idari makamın işlemleri de diğer erklerin işlemlerinden ayrılır. Ancak üç erkin de organları idari*

<sup>36</sup> FORSTHOFF, s.181 vd.

*işlem türü işlemler yapabilir. Bir kez mahkeme kararı uyumsuzluk çözücü (münferit durumu düzenlemez) niteliği işlemleri idari işlem niteliğinden ayırır. Ve mahkeme kararları, sıkı biçimsel kurallara bağlı (sui generis işlemler) olup idari işlemlerden ayırılır. Özetle idari işlem, idari makamların münferit ve somut durumları düzenleyici ve tek yanlı emredici işlemleri simgeler<sup>37</sup>.*

### **b. İptali Olanaklı İdari İşlemler**

*Hukuka aykırı oluşturulmuş işlemler hakkında iptal davası açılırken, işlemin yapılması isteminin hukuka aykırı ret edilmesi(dikkate alınmaması) durumunda da ödev davası açılabilir. İşlemin hafif sakatlıklar taşıması (Unrichtigkeit), onun iptalini gerektirmez. “Kabili iptal” nitelik oluşturmaz. Örnek: İşlemden yazı ve isim, hesap hataları gibi. Bunlar zaten hak ihlâli yapmaz. Şu var ki: Gereksinime uygun düşmeyen(unzweckmässig) işlem hukuka aykırılık üretmez. Bu nitelik ön inceleme (Vorverfahren) sırasında idarece dikkate alınır.*

### **c. ÖN İNCELEME (Vorverfahren)**

*İptal davası açılmadan önce bir idari işlemin hukuka ve gereksinimlere uygunluğu bir ön incelemeyle denetlenmeli (VwGO: § 68 ). Şayet idari işlemi yapma istemi ret olunmuş ise 1.fıkra kapsamı ödev davası için de geçerlidir.*

*Ön inceleme (medeni yargıdan fark etme), ya makamın görevi gereği ya da istem üzerine yapılır. Ancak bu safha, idari yargıda bir safhadır. Eğer kişi, hak ihlâline uğramışsa önce idari sıralı makamlardan (işlemi yapan makam, üst makam, kurul...) işlemin değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi zorunludur. Ön inceleme, kabul gören bir görüştür. İdarenin bu inceleme sonucunda verdiği karar kesin değildir. Muhatap itiraz edince ve ret kararı verilirse (itiraz kararı) yargı yolu açıktır. Burada önemli bir itiraz, idarenin ön incelemede davanın yargıca olması görüşüdür. Ancak yargı yolu açık olduğuna göre bu görüş uygun değildir. Dolayısıyla idareye itirazla hukuka aykırı işlemleri kaldırma ya da değiştirme olanağının pratik yararları da vurgulanabilir. Önce işlem, gereksinimi karşılama bağlamında denetlenmekte, sonra yargı yerinin yükü de azalmış olmaktadır ve davalar doğası gereği uzun sürmektedir. Ön inceleme bağlamında idari denetimde, yargı denetiminden gereksinime uygunluk (hukuka uygunluk yanında) bakımından sapma görülür. Gereksinime uygunluğu denetim öznel bir nitelik taşır.*

*Anayasaya uygunluk itirazı (ön inceleme kesitinin) GG 19.madde bağlamında varit midir? Madde hak ihlâllerinde (kamu makamınca) yargı yolu açıktır der. Bir kere idari yargıya gitmeden böyle bir tepe norm bazında zorunluluk konması yargı yolunu koşullamakta mıdır? Bir görüş, hukuki koruma için bir sınır çekilmekte, önce idari başvuru yolu anayasa güvencesini dışlamaktadır. İşlem zamanında kaldırılmış olmazsa, yargı korumasından beklenen koruma yerine getirilmiş olmayacaktır. Anayasa*

<sup>37</sup> Bk.FORSTHOFF,s.188;ULE,s.92(Verwaltungsprozessrecht),154(Verwaltungsgerichtsbarkeit).

*hükümü karşısında kişinin hemen gitmesi gereken yolu, yargı yolu olmalıdır. Diğer bir görüş ise anayasaya aykırılık yoktur. Esasen “ön inceleme” idari makam kavramıyla çakışır. Asıl sorun yargı yolunun açık olmasıdır. Alman sistemi zaten çok basamaklı değildir (Avusturya örneği gibi tek basamaklı da olsa 19.maddeye aykırılık olabilir). Ön inceleme zaten idari yargının bir bölümünde içkindir. Alman Anayasa Mahkemesi de aykırılık tezini benimsememiştir<sup>38</sup>*

**ÖN İNCELEMENİN** hukuksal kapsamı, eğer bir bu safha cereyan etmemiş ise davanın görülemeyeceği anlamı (Klagevoraussetzung) çıkarılmamalıdır. Bu koşul bir usul hukuku sorunu değildir. Mahkemenin uyuşmazlık hakkında karar vermesi-verememesi konusu, usul hukuku ilişkisi doğumuyla ilişkili değildir. Bu ilişki dava koşulları (Prozessvoraussetzungen) bulunmasa dahi oluşur. Bu cümleden olarak ön inceleme, idari yargının karar vermesi için bir gerekli koşulu içerir. İtirazın süresi geçmiş değilse, davayı açtıktan sonra da itiraz olunabileceği olanaklıdır. Şayet mahkemede sözlü duruşma sonlanmamış ise ve idari makam karar vermiş olursa, yargı esasa ait karara imza atacaktır. Ancak ön inceleme yapılmış olmazsa kanımca bir karar verilemez<sup>39</sup>.

#### **d. ÖN İNCELEMENİN UYGULAMA alanı**

İptal davalarında (istisnalar hariç) ön inceleme gerekir. Tespit davasında söz konusu değildir (md.68). Ödev davasında, ilgilinin idareden işlem yapma isteği ret edilirse, istem karşısında susma olursa, bu dava için ön inceleme gerekmez. Her ödev davası için de ön inceleme gerekmez (md.68). ÖN İNCELEMEDE şu istisnalar sayılabilir: Özel durumlar kanunda yazılı değilse (md.68); idari işlem en yüksek federal-federe organlarca yapılmış ise; ön incelemede alınan itiraz kararı, üçüncü kişiyi yükümlendirmişse, bir itiraz davası açmadan önce ön incelemeye gereksinim gerekmez; işleme karşı itiraz etmekten feragat olunabilir. Feragat, sözlü bağlamda tutanağa geçirme olarak yapılabilir. Feragat idari yargı yolunu keser. Dolayısıyla değinilen istisnalar dışında gözlenir.

Ön incelemede, **şikayet yapma İŞLEMİN BİLDİRİMİNDEN İTİBAREN** (yapan makama) bir ay içinde yazılı ve tutanağa geçirmekle oluşur (md.69). İlk incelemeyi-işlemi yapan makam yapar ki, buraya başvuruya **ŞİKAYET** denmekte ve **ŞİKAYETTİN RET** edilmesi durumunda bir üst makam başvuruya da **İTİRAZ** (Widerspruch) denmektedir. (md.70). Eğer tebliğ yapılmamışsa, şikayetçinin bir biçimde işlemin içeriğini-kapsamını öğrenmesi yeterlidir.

<sup>38</sup> KNIESCH, NJW 576-577,1958; ULE, s.66,249 ve DVBI 536,1959; BVerfGE(Band 5,s.194 vd.).

<sup>39</sup> Bk. ULE, Verwaltungsprozessrecht, s.80 vd. , Verwaltungsgerichtsbarkeit,s.250 vd., DVBI 539,1959.

### e. ŞİKAYET KOŞULU

Yazılı biçimdir(yazılı ya da tutanağa geçirme). Yazılı biçimde şikayet eden veya vekili imza koymalıdır. Mühür ya da daktilo yazısı ile imza geçersizdir. İlginç bir yargı kararında şikayet süresi geçtikten sonra imza atılarak “ıslah” yapılabileceği bildirilir. *Başka kararda daktilo ile yazılmış (onaylanmış not) ve atılmış imza yeterli bulunmuştur. Zaten kanunda (VwGO md.82/1,2), noksanlıklar varsa yargıç tamamlama istemektedir. Şikâyet için de “ıslâh” kabul olunabilir görüşü vardır<sup>40</sup>. Nihayet şikâyetin yazılı mı veya sözlü mi yapılacağı idarenin takdirine bırakılmış değildir. Şikâyetçi iki yoldan birini seçebilir. Eğer hakkı kötüye kullanma olursa, idare sözlü şikâyetin tutanağa geçirilmesini ret eder. Tutanağın şikâyetçi imzasını gerektirmediğini savunan bir görüş bulunur. Ve tutanak yetkili kamu görevlisince tutulmuş olduğu anlaşılırsa, ama imzası eksik ise tutanak etkisini yitirmez görüşü ve bu görüşü paylaşmayanlar vardır. Telefonla şikâyet de kabul olunmaz, ancak hemen tutanağa aktarma söz konusu ise geçerli olacağını kabul eden görüş de bulunur. Ne var ki, kanun yazılı olma koşulunu arar. VwGO şikâyet dilekçesinde ŞEKİL koşulu aramakta ama içerik koşulu aramaz. Fakat dilekçede kaldırılma ya da değişim istenmiş idari işlem ya da işlem yapılması isteminin retti kararı vurgulanmalı.<sup>41</sup>*

*Şikâyet hakkında ön inceleme başlatılır. Denetim, idari işlemi yapan makamca (anlatıldığı gibi) şikâyet üzerine yapılır. Denetim maddi durum boyutlarıyla ele alınır. İptali istenmiş işlemin gerekçesi değiştirilebilir. Kapanmış işlem yapılmış konuda gerek maddi, gerekse hukuksal durumlara bağlı olma söz konusu değildir. Eğer şikâyetçi ile makam anlaşılırsa, şikâyetçi şikâyetinden vazgeçer ya da şikâyeti geri alır. İdare de iptali istenmiş işlemin yerine yeni işlem yapar. Ön inceleme süreci de sonlandırılır. Kuşkusuz yapılan şikâyet hukuka ve gereksinime uygunluk denetimi bağlamında haklı bulunursa kabul görecektir( § 72VwGO). Dolayısıyla işlem ya kaldırılır ya da değiştirilir. Başka ifadeyle işlemin yapılması talebi ret olunmuş ise, istem yönünde işlem yapılır.<sup>42</sup>*

### f. İTİRAZ KARARI (Widerspruchsbescheid) sorununa gelince

*Şikâyet üzerine işlemi yapan makam, itirazı duyulmuş ya da dayanaklı bulmazsa, kuşkusuz bir itiraza uğrama kararına gereksinim vardır. İşte şikâyet üzerine değinilen ön incelemede işlemi yapan ve şikâyeti(istemi) ret eden makam birinci basamağı simgeler. İkinci basamak ise bireyin hakkında yapılan işleme yaptığı şikâyet verimsiz(akim) kalırsa, devreye girebilir. Ve şikâyetin amacı gerçekleşirse bir itiraza uğrama kararına gerek kalmaz. Bu karar, istemi içeren şikâyetin ret edilmesine yöneliktir. **İtiraz makamı işlemi yapan makamın üstüdür.** Üst makam ilgili Federasyon kapsamında mevzuatta ön görülmüştür. Şayet üst makam, en üst federal ya da federe makamsa, yapılan itiraz hakkındaki kararı işlemi yapan makam verir(§ 73/ (1),(2) : Widerspruchsbescheid).*

<sup>40</sup> Bk. Alexander KOEHLER, **Verwaltungsgerichtsordnung**, Kommenter, Berlin und Frankfurt, 1960 ve 1962 (OVG ve BVverwG Kararları için s-532-533 vd.).

<sup>41</sup> KOEHLER, s.533.

<sup>42</sup> KOEHLER, s.538.

FEDERAL Anayasa Mahkemesi, taraf olunmuş uyuşmazlığın hakimi olunamaz ilkesi bazında, idari makam da verdiği kararın yargıcı olamaz demmiştir.<sup>43</sup>

Özerk idari makam (Selbsterwaltungsbehörde) işlemlerinde, aksi kanunda kararlaştırılmamış ise, itiraz makamı özerk idari makamdır (§ 73/1-3).

Aşağıda değindiğim gibi itiraz kararında işlemin kaldırılması ya da değiştirilmesi olayı, üçüncü kişilere zarar verebilir, külfet yükümü getirebilir. Kanuna göre, kararı almadan önce adres sahibinin dinlenilmesi gereği vardır (§ 71:Anhörung von Dritten). İtiraz makamı, buna riayet etmez (ödevi yerine getirmeme durumunda) ise, alınan itiraz kararı hukuka aykırı olmaz. Burada koşul, dinleme ödevi keyfi nedenlerle (takdiri değil de) olmamalı.<sup>44</sup>

İtiraz kararı gerekçeli olmalı (§ 73/3). Gereksiz karar, yok hükmü oluşturmaz ama akıbeti, iptal davası (kabili iptal bir itiraz kararı olma) beklemektedir. Madde 73/3, **itiraz kararının tebliğ edilmesini** de içerir. Öyleyse karar yazılı olmalıdır. Kuşkusuz bildirim, dava süresini başlatır. Kararda (§ 73/3) kanun yolu da (Rechtsmittelbelehrung) vurgulanmalı. Bu hüküm 58.madde ile anlam kazanır. Çünkü ilgilinin karar ardından nasıl davranacağı belirtilir. **Örnek:** Sürenin bildirimiyse işleme (58/1). Kararda masrafların karşılayıcısı da vurgulanır. Noksan veya yanlış bildirimde (kanun yolunun), tebliğden, yüze karşı söyleme ya da ilandan itibaren 1 yıl içinde kanun yoluna başvurulabilir (58/2). Yanlış bildirim yetkili olmayan mahkeme bildirimiyse oluşur. Eğer tebliğde süreden uzun süre gösterilmiş ise bu sürede temyize gitmek kabildir.<sup>45</sup>

İptal davası açma süresi 1 aydır. Süre itiraz kararını bildirimle başlar. Kararın tebliği koşuldur. Eğer ön inceleme basamağı gerekli olmamışsa, süre idari işlemin tebliğiyle işlemeye başlar (§ 68, 74,84). Madde 60 bağlamındaki koşullar bulunursa “eski hale iade” istenebilir. Burada aranan koşul, davacının kusursuz olması gerekir. Bir engel bulunması gerekir.

## g. ÖDEV DAVASINDA SÜRE SORUNU

Ödev davası (Verpflichtungsklage) bağlamında yukarıda değindiğim gibi, Alman İdari Yargı mevzuatında iki dava türü isimlendirmesi olduğu izlenir: **1-Vornahmeklage** (ki, bu biçim idari işlemin ret olunması istemine karşı açılan ödev davasıdır), **2- Untätigkeitsklage** (ki, bu biçim de idarenin işlemleri yapma istemine yeterli sebep göstermeden gerekli bir sürede esasa ilişkin karar verilmemesi-hareketsiz kalınmasına yönelik açılan ödev davasıdır). Bu ikinci halde idari makamın hareketsiz kalmasında iki olasılık vardır: (a) Paragraf 75 kapsamı varsayımı ışığında, makamın karar vermeden işin sonunu beklemesi, (b) Paragraf 70 buw. Ve 74 bağlamında itiraz kararına yönelik iptal ya da ödev davasının açılması (bir aylık sürede).<sup>46</sup>

<sup>43</sup> BVerfGE, 377(Band 3).

<sup>44</sup> KOEHLER, s.537.

<sup>45</sup> ULE, **Verwaltungsprozessrecht**, s.119-120.

<sup>46</sup> REDEKER / von OERTZEN, s.382-383.

**SÜRE**, idari makamın işlem yapması istemi ret olunursa, itiraz üzerin vb. **Anfechtungs-oder Vornahme Klage** açmadaki süre, iptal davasındaki süredir (§ 70, 74/1). Bir itiraz üzerine ya da bir dilekçe vererek idari işlemin yapılması (uygulanması) hakkındaki istem bağlamında yeterli bir neden olmaksızın (uygun sürede) esas hakkında bir cevap verilmez ise **Untätigkeitsklage** ( idarenin işlemi yapmama-atıl kalma davası) açılır. İtiraza karar verilmemesi karşısında iptal davası yöntemi seçilebileceği gibi işlem yapılmaması ve isteme yönelik karar verilmemesi de ödev davasını devreye sokar.

### **Untätigkeitsklage:**

İlga edilmiş olan paragraf 76.maddede<sup>47</sup> DAVA AÇILMASI durumu şöyleydi: Bir itiraz = şikayet yapılmasından itibaren (ya da işlemin yapılması istemi dilekçesi verilmesinden) 1 yıl içinde dava açılır (§ 76 VwGO). Zorunlu saik(mücbir neden) ya da özel haller ve koşullar bağlamında 1 yıl içinde dava açmak olanaksız olursa bu dava açılmaz. Özel hal nedeniyle 1 yıllık süreye uyulmayabilir. Bir izin isteminde idare uygun sürede cevap vermez ise 1 yıllık süre dilekçe vermeye geçmiş olsa da idarenin atıl kalmasından ötürü dava açılabilir. Dava, kural olarak itiraz yapılması ya da bir idari işlem yapma isteminden itibaren 3 ay içinde açılmaz. Ama özel durumlar daha önce dava açmayı olanaklı kılabilir. Buna ancak yargı karar verebilir. Dava vakitsiz ika olunursa ret edilir. Karar verilinceye dek 3 aylık süre dolarsa "ıslâh" olma söz konusudur. Mahkeme süreyi geciktirebilir. İtiraz üzerine olumlu karar alınır ya da işlem yapılırsa uyumsuzluk çözülmüş olur. Eğer itiraz veya işlem yapılması için ön mesele çözümü gerekiyorsa belirli bir süre saptama isabet eder. Örneğin işlemin yapılması için Alman vatandaşlığında olma koşulu ( dilekçe verilmiş ama 3 y geçmiş cevap yoksa) aranıyorsa beklenir (§ 74-75, 161).

**Untätigkeitsklage** (ödev davası) açılması için bir **ön inceleme** (vorverfahren) gerekmemektedir. Madde 68 bağlamında sadece bir idari işlem yapılması istemi retti durumunda dava açılmadan bir **ön inceleme** ya da tabkikat yapılması ön görülmeştir. Öte yandan idari işlemin yapılması istemi bazında idari makamın karar vermemesi durumunda açılacak bir davada bir ön tabkikatın gereği vurgulanmış değildir. İdarenin işlem yapma dileği karşısında paragraf 75 kapsamında en erken dilekçe (itiraz-işlemi yapma istemi) verme sorunu bulunur ki, dilekçenin verilmesinde başlayarak 3 ay içinde dava açılmaz. Ancak hususi durum ve koşullarda (besonderer Umstände des Falles) süre geçmeden de dava icra olunabilir. Buna ancak yargı yeri karar verebilir. Böyle özel durumlar saptanamazsa dava açma dileği ret olunur. Mahkeme eğer itiraz veya işlem yapma istemi dilekçelerinin verilmediği zamanada yeterli bir gerekçe bulursa, bir süre saptayıp davayı bu süre sonuna bırakabilir( § 75). Masraflar kuralda davalıya yüklenir (§ 161). Karar verilmiş olmazsa süre uzatılabilir. Ya da esasa girme mahkemenin insiyatifindedir. Ancak süre içinde dilekçe istemleri (itiraz veya işlem yapma) ret edilirse, yargı yeri esas karar için inceleme yapacaktır.

<sup>47</sup> REDEKER... s.388.



Mahkemenin bulacağı yeterli nedene göre süre saptayıp davayı geciktirebilir mantığı Almanya'da içtihatlarla oluşturulmuştur. Örneğin idari makamın 3 ay içinde karar vermesi olası ise kanuna göre yeni bir neden gösterme fikri vardır<sup>48</sup>. Diyelim ki: Davacının itiraz-işlem yaptırma istemleri hakkında karar almak için bir ön mesele çözümünü söz konusu ise ve bir mahkemede dava konusu olmuş ise yargıcın belli bir süre saptaması mantıksaldır. Örnek vatandaşlık başvurusunun çözülüp çözülmemesi söz konusu ise mahkeme bekleyebilir.<sup>49</sup>

## h. Davalı sorunu (HUSUMET)

İptal davası, işlemi yapana, ödev davası ise işlemi yapmayan makamın bağlı olduğu Federasyon, federe devlet ya da kuruluşa açılır (§ 78 I). Kuruluş (teşekkül) kavramı geniş alınır. Kamu kurumları da bu kavrama girer.<sup>50</sup>

### 1. İptal Davası Konusu: İRDELEME

Kural önce idareye başvurudur. Sonuç alınmaz ise bu dava açılır. **Ön inceleme** gerekli değilse, işlem dava edilebilir. Eğer **ön inceleme** yapılmış ise dava konusu, esas itiraz kararı bazında oluşan durumdur (§ 79). İtiraz kararı bağlamında davacının itirazı ret olmuşsa, iptal davası işlemin kaldırılmasını hedefler. İtiraz kararı değişiklik getirmiş ise söz konusu olan işlemin aldığı biçimdir. Şayet itiraz kararı ilk kez üçüncü bir kişiyi hak zedelenmesine sevk ediyorsa (§ 79) ya da ek bir zarar üçüncü kişiye yönelmiş oluyorsa sorun tek başına iptal davası konusu olabilir. İtiraz kararı usul hükmüne çelişirse, zarar bağımsız bir sorumluluğu simgeler. Örneğin itiraz makamı yetkisizse, maddi durumu yeteri aydınlatmama, sözlü durumun bozulumu, gerekçenin yazılması vb.

Genel olarak iptal davası, bir ön inceleme yürütülmesine göre, ilk önce idari makama itiraz kararı bağlamında idari işlem yapılmasının ret edilmesi üzerine dava açılır. İşlemin iptalinde yenilik doğurucu dava olan iptal davası konusu kanunla düzenlenmiş olmalıdır. Ki, paragraf 79 ve 78 sorunu yansıtır. Ancak değinildiği üzere Vornahmeklage türünde uygun bir düzenleme görülmez. Çünkü dava edilecek kuruluşu veya makamın belirtilmesine uygun bir düzenlemeye gereksinim vardır. Belki burada tespit veya eda davası devreye girebilir<sup>51</sup>.

Yineleme pahasına ilk önce **idari işlem dava konusu oluşturur** saptamasını yapmalıyız. Bir itiraz kararıyla oluşturulan idari işlem formu, esaslı işlemdir. Bu temel kuraldır. Kanun iki basamaklı idari işlemleri birlik içinde karşılar ve davacının şikayetinden doğan en büyük önemi esas alır. İtiraz kararının hangi dava türü ön incelemede geçerlidir ( sadece iptal davası değil, aksine eda ve tespit davası gibi Vornahmeklage

<sup>48</sup> Bk.NJW 1340, 1959 (BFH 03.03.1959).

<sup>49</sup> ULE, **Verwaltungsprozessrecht**, s.118.

<sup>50</sup> Bk. ULE, **Verwaltungsgerichtsbarkeit**, s.269-270 vd.

<sup>51</sup> ODEKER... s.394.

de )? Sorusunda bu karara göre açılan dava daima iptal davasıdır. Eğer bir üçüncü kişi itiraz kararına ilk kez şikâyet ediyorsa, dava konusu bu itiraz kararıdır. Özellikle bu durum, çift etki üreten bir idari işlem oluşumunu tetiklemez. Dolayısıyla idari davranış üçüncü kişiye zeval verdiği için onun da iptal davası açma hakkı doğar. Üçüncü kişinin itirazı, çift etkiyle lehe bir idari işleme karşı yönelir.<sup>52</sup>

Aslında işlem ve itiraz kararı birbirini tamamlar. Ama yoğunluk işlemindedir. Bu iki format birlikte mi yoksa ayrı olarak mı iptal olunacağını BETTERMANN 4 biçimde vurguluyor: **1-** İşlem, itirazla kalkıyorsa, karar aleyhine işlemde yarar sağlayan iptal davası açar (Örnek: İdari işlem kiranın yükseltilmesi iznini sağlıyor; kiracı itiraz ediyor ve itiraz kararıyla izin kalkıyor ve kiralayan iptal davası açabilecektir, çünkü itiraz kararı esas işlemin dışında üçüncü şahsa bağımsız zarar veriyor), **2-** İtiraz kararı idari işlemi değiştirirse itiraz kararı yeni bir idari işlemde. Çünkü tartışmalı olan yeni somut bir durum üretilmiş olmaktadır. Bu düzenlemenin kısmen ya da tümüyle yapılması fark etmez. İtiraz işlemin ürettiği zararı kaldırmamakta ve yeni bir yüküm getiriyorsa, bu sorumluluğa yönelik dava açılır. Düzenleme üçüncü kişinin zararına olmuşsa, üçüncü kişinin dava konusu da itiraz kararı olur, **3-** İtiraz uğruna verilen karar, itirazı ret etmiş ise, sadece işlem aleyhine dava açılır. İşlemin iptali, itiraz kararını anlamsız kılar. Burada dikkat edilmesi gereken, idari makam (ön incelemede) hukuka aykırılık yanında gereksinime aykırılık-uygunluk denetimi yapmamışsa mahkeme bunu dikkate alacaktır ve yerindelik denetimine ortak olacaktır. Mahkeme takdir yetkisi alanına kuşkusuz girmemelidir. Başka bir sorun da bir itiraz halinde idare, işlemin yapılmasından sonra oluşan maddi-hukuki değişimleri dikkate almadan ret kararı vermiş ise dav konusu, işlem mi, itiraz ret kararı mı olmalı? Burada iki durumu birlikte ele almalıyız, savunmasına katılma olabilir, **4-** İdari işlem hakkındaki itiraz kararının kısımlarında sıkı geçişme yoksa işlem kısmi olarak kaldırılabilir. Üçüncü kişi itiraz kararına muhatap olarak kısmi iptal kararıyla zarara uğramış olursa, alınan itiraz kararına dava açmaktan başka çaresi kalmaz<sup>53</sup>.

### **i. Ve ödev davasının konusu**

Paragraf 42, iptal ve ödev davalarını ayırmıştır. Paragraf 79 sadece iptal davası konusunu (Gegenstand der Anfechtungsklage) düzenler. Şu var ki: Hüküm belirli bir idari işlemin idareden yapılmasının istenmesinin ret edilmesi durumuna karşı açılmış ödev davasında da uygulanır.

### **k. Uyuşmazlık Konusu**

Önce şu sorunu çözmeli: Dava ve uyuşmazlık konuları nedir? Bu iki konu ça-

<sup>52</sup> Çok bilgi için bk. ODEKER...394-396.

<sup>53</sup> Bk. K.A.BETTERMANN, "Verwaltungsakt und Rechtsmittelsbescheid als Gegenstand der Anfechtungsklage", NJW 81 vd., 1958 (Yazar itiraz kararı yerine "Rechtsmittelbescheid" sözcüğünü kullanır. Yargı yoluna gitmeden önce verilmiş kararları (ret, itiraz, şikâyet..) içerdiği söylenebilir.

kışmaz mı? Bir kez uyuşmazlık konusu, dava taraflarının anlaşamadığı ve anlaşmazlığı sadece geçerli olarak yargı yerinin çözümleyeceği sorun ya da eski deyişle “ihtilâftır”. O nedenle, iptal davasında uyuşmazlık konusu, idari işlem, işlemin düzenlediği olay değildir diye vurgulamalar vardır. BETTERMANN’a göre, uyuşmazlık sorunu, davacının öznel iptal ettirme hakkının varlığıdır. Başka deyişle idari işlemin kaldırılması iddiasını sunmadır. Çünkü diyor, idari işlemin hukuka aykırılığı sorunu bir “ön meseledir”. Yani uyuşmazlık konusu değildir<sup>54</sup>.

ULE ve bazı görüş sahibi, asıl sorunun işlemin hukuka aykırılık ve davacının haklarının idari işlemle ihlâl olup olmadığı noktasında toplandığıdır. İptal davası ile işlemin hukuka aykırılığının saptanması ve işlemin kaldırılması söz konusu edilir. Ve işlemin iptali istenmektedir. İptal davasının tamamlayıcısı ödev davasında ise, işlemin yapılması isteminin hukuka aykırı ret edilmesi ya da idari makamın istem karşısında atıl- susmuş olmasıdır. İşte bu davayı, hakkı zarar gören açacaktır. Demek ki, **nesnel hukuka aykırılık uyuşmazlık konusudur**. Oysa BETTERMANN, bu saptama tek başına işlemin kaldırılması bazında bir iptal nedeni olamaz demektedir. Kanımca kişi hak ihlâline uğramalı yaklaşımı için iptal davası üretilmiştir. Uyuşmazlık konusu asıl buraya yönelik çözüm temelini oluşturur. Ve dava konusu ile uyuşmazlık konusu hak zedelenmesi çakışmasıdır. İptal davası kabulü için bulunması gerekli koşulların ( görev, yetkili yargı, ön inceleme, dilekçe biçimi... gibi) usul ve şekil kuralları bağlamında ele alınması savunulabilir. Asıl temel, hak zedelenmesi sebebinin sonlandırma olup işlemin verdiği zararı sıfırlamaktır. İşlem nesnel niteliğiyle hak bozulmasını üretmiş değilse dava açmanın davacı açısından yararı olmayabilir. Çözüm bağlayıcı etki üretir. Memur hakkında bir sorumluluk çözümü başka yargı yerlerinde dikkate alınır. Ya da çözüm ön mesele çözümünü tahrir edebilir.

**Maddi ve hukuki durumun değişmesi:** İptal davasında bir görüşe göre, davacı yapılan işlemle haklarına karışma olduğu savıdır. İşlemin yapıldığı andaki maddi ve hukuksal durumun geçerliği önemlidir. İşlem sonradan değişimle hukuka aykırı olmaz. Örnek: İçkili- sarhoş olarak çalışma yerine gelen kişinin ihracı nedeniyle açılan iptal davasında duruşma sırasında içkiyi bırakması durumunda davanın reddi gerekmez mi? ULE, bu vazgeçme sorunu çözmez der. İhraç işlem yapılma nedenidir. Ve bu an dikkate alınmalıdır. Ama diyelim ki, geçmişe etkili bir mevzuat çıkarılsa ve geçmişe etki üretmesi hükmü taşımış olsa, yürürlüğe girince önceden yapılmış işlem sebebi kalktığı varsayımı devreye girecek mi? İdari makam bu yeni düzenleme ile artık ihraç kararını kaldıracaktır.

Alman örneğinde, ikameti yasaklanmış bir yabancı (Auslander) iptal davası açar ve kazanır. Uygulama istenince mahkeme işlem sırasında davacının Alman vatandaşı olmaması nedeniyle davayı ret eder. Ancak davacı bir ödev davası açabilir<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Aktaran ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, s.112.

<sup>55</sup> Bk. ULE, *Verwaltungsgerichtbarkeit*, s.366-368; Otto BACHOF, Zur ma geblichen Rechts- und Sachlage bei Anfechtungs- und Vornahmeklagen, *NJW* 301-302, 1958.

*Hukuki değişiklik idari makama işlemi kaldırma –değiştirme olanağı sağlar mı? Burada konmuş hükmün zaman bazında geçerli iradeyi simgeleme konusu söz konusudur. Sorun bir maddi hukuk sorunudur. Örneğin değişimleri yeni kanun ön görmekte midir? Mahkeme işlem yapılma zamanına mı yoksa yeni kanun hükmüne mi itibar edecektir? Yeni düzenlemeye bağlı olunamaz. Çünkü “makale şamil kanun olmaz” diyen BACHOF, İPTAL VEYA ÖDEV DAVASI AÇMA BAĞLAMINDA BİR FARK gözetilemez demektedir. İşlem henüz icra olunmamışsa idarenin işlemi kaldırma yetkisi bulunur. Mahkemeye işlemi iptal için gidildiğinde, işlemi kaldırma yetkisinin de hüküm anında devam edeceği istemine karar verilmesi istenecek. Ve yeni kanun iradesi böyle bir kaldırmaya yer verecek. Bu halde maddi durum değişmiş olsa da uygulama olabilecektir. Örnek, bulaşıcı hastalığa tutulan birisinin çalışma ruhsatı alınmasına karar verilmiş ama henüz uygulanmadan hasta iyileşmiş ve iptal davası açmıştır. Ancak mahkeme hüküm anında iyileşme olmasına karşın, işlemin iptaline karar almıştır<sup>56</sup>*

*Uygulamada Federal İdare Mahkemesi, yürürlükte olan mevzuatı dikkate alma eğilimini değiştirmesine şu örnek gösterilebilir. Örnek: İnşaatın yıkımı kararı verilir. İşlem daha uygulanmadan inşaatlar için yeni düzenleme yapılır. Ama yıkma kararına karşı da iptal davası açılır. Ancak gerek başlangıç, gerekse istinaf yerinde eski düzenleme bağlamında ret kararı verilir. Temyize gidildiğinde, temyiz yeni hukuka göre karar alınmasına hükmeder. Bu olayda gözlenebilir ki, icra edilmemiş işlem için yeni hükümlerin uygulanmasının daha gerçekçi olacağı savunulabilir.*

**(Şimdi BİLGİ SUNUMU arkasından yeniden yukarıdaki (4) numaralı başlığa dönelim !)**

### **(Değerlendirmeleri Sürdürme)**

#### **a. Esas**

İptal ve ödev davalarının yekdiğerine (karşılıklı) iştirak etmediği ama tamamlayıcı olduğu da esaslı bir durumdur. Davaların birbirlerine dayanışma nispetinde yardımı yoktur, aksine alternatiflik bağıntısından-nispetinden söz edilebilir. Davanın amacı daima her davacının görüşüyle ilgilidir. İptal davasıyla davacı idari işlemin kendisine yüklediği sorumluluktan-yükümden kurtulmak için dava ika eder. İşlemin davacıya yüklediği kötü durumun bertaraf edilmesi amaçlanır. Davacı, iptal istemiyle eski durumuna dönüş (Rückkehr) istemektedir( zum status qua ante). Davacı işlem vasıtasıyla uğradığı olumsuzluktan olumlu bir duruma geçmeyi ya da işlemin bertaraf edilmesini istemekle işlem öncesi duruma geçmek istemektedir. Onun için iptal davası, tam / yerinde olan bir dava türüdür. Koruyucu-lehe olan bir idari işlemin yasal tanımlanmasına yardımcı olan bir sınırlandırma § 48 I 2 'de (VwVfG) öngörülmüştür: Bir hak veya hukuki önemli (“şayanı kayıt”) bir yarar sağlayan veya gerçekleştiren “bir hukuki tasarruf”. Böylesine koruyucu-lehe olan idari işlemin ret edilmesine göre de ret durumunun bertaraf edilmesi değil, aksine asıl dava amacının (karşı davanın yasağı) kendiliğinden bağımsız koruyucu

<sup>56</sup> Bk. BACHOF, s.303-304.

işlev görmesidir. Bir yük yükleyici idari işlemin ret edilmesi tabirinde yanlış anlama mahsulü (“suitefehhüme yer veren) söz konusudur. Çünkü sonuç olarak bir yüküm yükleme değil, aksine orta yerde bir koruyuculuk-lehe durum mevcut değildir. Ortada gerçek dava türü olsa olsa adı geçen ÖDEV DAVASIDIR.

### **b. İşlemin muhatabına kısmi yüküm getirmek**

Eğer kişiye kısmi yük getiren kararlar alınmışsa, bunlara karşı açılacak davalarda öyle büyük güçlükler yoktur. Bu durumda işlemin muhatabı davacı, yüküm getiren kısmın bertarafını ister. Burada kanuna uygun dava türü kuşkusuz iptal davasıdır. Buna karşı davacı, noksansız bir koruma sağlamayı- ister, sözünü dinletmeyi ister ve dolayısıyla ödev davası ikame edilmelidir. Örnek: İptal davası aşırı bölümü bakımından yüksek masraf çıkaran bir kararda; yanlış hesaplanmış bir sosyal yardımın ret edilmiş kısmı için ödev davası söz konusu olmalıdır.

### **c. İşlemin üçüncü kişilere yük yüklemesinde dava hakkı**

Amaç olarak davacıların perspektifiyle lehe durum gereği sonuca daha çok iş-trakçilerin üçgen bağıntısıyla da ulaşmak olanaklıdır. Eğer idari işlem üçüncü kişilerin hakkını zedeliyorsa, üçüncü kişiye etki kuramı bağlamında zarar gören işlemin kaldırılmasını-iptalini isteyebilir. Çünkü söz konusu işlem ona bir yük getiriyor. Dolayısıyla üçüncü kişi işlem hakkında bir iptal davası ikame edebilir. Bu durum dava açma süresiyle bağıntılıdır. Eğer işlemin iptali için bir süre izni varsa, bu süre üçüncü kişi için de geçerlidir. Paragraf 42 a, iptal kararı vermek için saptanan dava açma süresinde üçüncü kişinin dava açabileceğini belirtir (dava açma izin süresi fiksasyonu). Yine aynı fıkrada (42a-1), süre hukuksal kuralla düzenlenmiş ise, dava dilekçesi o sürede verilmelidir. İdari işlemlerin mevcut gücü hakkındaki hükümler ve hukuki önlem alma usulüne koşut geçerli uygunluk içerir.<sup>57</sup> Üçüncü kişi, komşusunun ona yük yüklemesi bağlamında onun kendine özgü haklarının zarar görmesi halinde bu zararın kaldırılmasını gidermek-bertaraf etmek hakkını kullanabilir. Bu durumda iptal davası dikkate değer bir işlev görür. Eğer izin gerekli değilse de aynı biçimde bu dava geçerli olur (izinli sayılma özgürlüğü).

**Örnek:** Bir inşaat yapma ruhsatı alınmasına karşı, inşaata komşu kişinin iptal davası açma özgürlüğü bulunur. Dava, sestem koruma sorumluluğu taşıyan komşunun sorumluluğuna yönelik ise bu bir ödev davası (Verpflichtungsklage) biçimidir.<sup>58</sup>

Tercih edilen bir idari işleme karşı zarar görenin ödev davası aracını kullanması yöntemini üçüncü kişi zarar gördüğünde ( davacıların içtimaı- üçüncü kişinin “müsabık” olması hali) kullanabilir. Bu duruma “pozitif rakipler” davası (“positive

<sup>57</sup> Bk. § 42 a VwVfG.

<sup>58</sup> Bk. NVwZ 534,1988 (BVerwG).

Konkurrentenklage”) denmektedir. Burada kural olarak rakiplerin ortak bir noktada dava açma bağlamında korunmasının bertaraf edilmesi değil, aksine izinli sayılma gibi kendine özgü bir isimlendirme söz konusu edilir. İptal davası, eğer sırf davacıya yönelik onun rakibinin lehine durumu bertaraf etmek içinse - takriben rekabet sebeplerinden- sadece o zaman onunla ilgilidir (“negative Konkurrentenklage”).

#### **d. İşlemin geri alınması veya kaldırılmasıyla iptal - itiraz kararının iptali**

İdari işlemi yapan makam, işlem hakkında bir yakınmayı işitilmiş (mesmu) ya da dayanaksız görmez ise bir itiraza uğrama kararına- itiraz kararına (Widerspruchsbeseheid) gereksinim vardır.

Davacının amacı, kuşkusuz aykırılık içeren bir idari itiraz kararının mevcudiyetini dava türüyle de belirleyebilir. Bu durum yükümlülük getiren işlemi güçlendirir ya da “legalize eder”. Bu cümleden olarak iptal davası açma kanuna uygun yoldur. İtiraz ya da ret kararı veren makamın bir inşaat sahibini yükümlendirici koruma sorumluluğunu ret etmiş olursa, inşaatın varlığıyla zarar görebilecek komşusu o nedenle hakkını mücadeleye kazanmak için bir *ödev davası* açmak zorunluluğu doğar. Bir inşaat ruhsatının itiraz makamınca komşu itirazıyla kaldırılması, konunun geri çevrilmesi-ruhsatın hükümsüz kılınması ancak doğmatik güçlükle tanzim olunabilir. Bu cümleden olarak bir iptal davasıyla inşaat sahibinin engellenmesi bağlamındaki itiraz kararı hukuka uygun duruma dönüşür. Bu başarı yeniden itiraz olunan (aykırılık üreten) idari işlemin yeniden kaldırılmasıyla ya da geri alınmasıyla gerçekleşir<sup>59</sup>. Bu durum, aynı yönde bir lehe durumu içeren idari işlemin geri alınması ve kaldırılmasına karşı hukuku koruma bağlamında geçerlidir.

Burada pürüzlü-güç doğmatik olan bu yeniden canlanmanın (“Wiederaufleben) düzenlenmesinin ya da tanziminin “esbabı mucibesini” eşgüdümlü hale sokmak(gereken nedenleri göstermek) öne çıkıyor. Şurası muhakkak ki, kaldırılan itiraza uğrama kararı henüz kesinleşmedikçe geçerli olduğu da ortadadır. Ancak bir idari işlem kaldırıldığında etki gücü bertaraf edilmiş olur<sup>60</sup>. İşlemin asli koruyuculuğu-lehe durum görüşünden hareketle itiraza uğrama kararının verilmesine kadar iptal edilme etkisiyle bertaraf edilen-düzeltilen askıdaki durum- kaldırmadan-kaldırmaya- oluşacaktır. İşlemin kaldırılması-tersine işlem kuramı- halinde, ileriye doğru etki eder. Şayet itiraz kararı yargıca iptal olunmuşsa, geriye etki nedeniyle askıdaki durum aralığı son bulacaktır.<sup>61</sup>

İdari işlemin etkilediği üçüncü kişi, basit seri bir girişimle (baskın) iptal davasını ikame etmek, kural olarak bir davanın gerekliliğinde de “geri alma” yani

<sup>59</sup> Bk. HUFEN, s.203 ve W-R.SCHENKE, *VwProzR*, Rn.239,281a

<sup>60</sup> § 43 II VwVfG.

<sup>61</sup> Aktaran HUFEN, s.204.

işlemin koruyuculuğunun kaldırılmasındaki ödev de önden gitme işlevidir. Böylece bir üçüncü kişinin bir inşaat ruhsatının geri alma ya da kaldırma amaçlı davası, şurası muhakkak ki bir iptal davası gerçekliğinde-olayında ve sadece böyle bir hukuka- kanuna uygunluk bazında onun varlık gücünün başlamasına kadardır. Üçüncü kişinin menfaatini ilgilendiriyorsa (idarenin bireysel somut olayı düzenleme işlemine karşı) Ödev Davası( mevcut gücünün başlamasına göre geri alma veya kaldırma bağlamında) gerçi kanuna uygundur. Ancak bu sadece değişik bir konu veya hukuksal durumu nazar-ı dikkate almak mülahasasıyla olabilir. Çünkü her ne olursa olsun dava hakkı kullanımı için süre önem taşır. Aynı şekilde dava için bir teminatın kaldırılması da geçerlidir. Davacı , her iki halde amacına, icraata mahkumiyetle (edimsel mahkumiyet) değil, aksine işlemin geçerli- koruyucu niteliğine son vermeyle, başka anlatımla, işlemi iptal-kaldırmayla ya da bir bozmayla (nakız) ulaşabilir.<sup>62</sup>

#### e. İptal davasını izalasyona uğratma ya da ayırmak

Kendisine bir şey gönderilmiş olanın, ret edilen veya sadece kısmen kabul görmüş (adres sahibi) bir şikayetin (talep) ret edilmiş işleminde, koruma-lehe durum bazında rettin ve ödevin iptali arasında normal durumda bir seçim yoktur. Davaların sıklığında da iptal ve ödev davaları dikkate değer görülmez. Her iki halde çoğu kez ödev davası kanuna uygun ya da caiz olur.<sup>63</sup>

Davanın amacında, kabul –ikrar olunan değerlendirici gerekçelerden rettin bertarafını sınırlayan durumlar da bulunabilir. Çünkü davacı, henüz bir koruyucu yarar sağlamaya gereksinim istememektedir. Ancak ret olgusunun etkisi bertaraf edilmelidir. Çünkü bir korumanın ret edilmesi, gerçi maddi varlık gücünden husule gelmez. Örneğin eksik bir inşaat yapma yüzünden bir koruma bazında hak mevcut değildir. Ancak daima bu durum tespit olunabilir. Burada münferit olaylarda kanuna uygunluk taşıyan ve ret edilmiş kararların (aynı zamanda korumada ödev davası olmadan) izole iptal davası görülebilir ve bir dereceye kadar bir idari işlemin ret edilmesi olayında mevzubahis olan bir olgu izlenebilir<sup>64</sup>. İdari işlem koruyuculuğunun retti olaylarında açık kavramsal gerekçeler bağlamında izole edilen iptal davasını sınırlandırma söz konusu olmalıdır. Dava İşlemin yük getirici bölümüne karşı veya ilk kez muhataba yük yükleyici itiraz uğruna karar, bir izole edilmiş iptal davası için söz konusu değil, aksine yükümlendirici bölüm için iptal davası söz konusudur.

Nihayet iptal davasının Alman Hukukunda incelenmesi gereken şu konuları vurgulamalıyım: Müdahalenin-el atmanın önlenmesi davasında sınırlandırma konusunda münferit soru sorma; iptal davası ve norm denetiminin sınırlandırılması bazında münferit soru sormak; noksanlık taşıyan dışa etki yapma konularına sınır koyma;

<sup>62</sup> HUFEN, s.204.

<sup>63</sup> Bk.BVerwGE 37,151 (aktaran HUFEN, s.204).

<sup>64</sup> Bk.LAUBINGER, FS (Festschrift(für) Menger 1985,449;HUFEN, s.204.

bir idari işlemin bir bölümünün iptali davasına sınır çekme; itiraz kararının iptaline sınır çekme (§ 79 I Nr.2 und II VwGO); yakın hüküm ya da tariflerin iptali konuları ve alt başlıkları incelenmeye değer konular olarak görülmektedir.

### SONUÇ:

Bir idari işlem, kişinin hakkını zedelemiş ise önce ilgili idari makama başvurulup işlemin kaldırılmasını veya değiştirilmesini istemek, kişisel hak kullanımı gereğidir. Alman Hukukunda idarenin davranışıyla oluşan hak zedelenmesinde ilk önce idareye başvurularak bir “ön inceleme” yaptırma kabul gören bir görüştür. İdarenin verdiği kararlar kesin değildir. Hakkı zedelenen kişiler, idareye başvurusu idarece ret edilirse ( itiraz kararı) ya da idarenin cevap vermeyip sessiz kalmasına karşı yargı yolu açıktır. İdarenin ön incelemesini, dava yargıcısı olarak değerlendirenler vardır. Oysa idari davranışlara (işleme) karşı idare dava yargıcısını göstermiştir. Ön inceleme mahkemenin yükünü azaltmaktadır. Şayet idare istemleri ret ederse ön inceleme gerekmez. Aslında idari işleme, idareye itiraz kararı birbirlerini tamamlar.

Alman idari yargısında **iptal ve ödev davaları** hak ihlallerini yok etmek için öngörölmüş araçlardır.

Bizde ise idareden işlem yapmasını isteme kuralı yoktur. Zaten bu yönde Danıştay içtihadı vardır. Ancak idari usul kanunumuz yoksa da İYUK'da (md.11) dava açmadan önce işlemin geri alınması, kaldırılması ve değiştirilmesini isteme hakkı bulunur. Ama bu düzenlemeye karşın sonuca ulaşmak sıkıntılıdır. Oysa Alman Hukukunda hukuk devleti gereği olarak, vatandaşa hizmet sunması gereken idareden olumlu davranış bekleme bağlamında hakları zedelenenlerin idareyi gereğini yapmaya zorlaması çözüm için kabul gören bir anlayıştır. Kanun gereğidir. Esasen mahkeme kararlarının mevzuata karşın uygulanmama durumundan yakınılan bir ortamda idareyi işlem yapamaya zorlamanın ne kadar doğru olacağı da söylenebilir. Ancak sorun hak zedelenmesi yapan ve hizmet sunan idareleri hakkı teslim etmeye de zorlamak hukukun üstünlüğü anlamına gelmelidir.

İdarenin işlemlerinin denetimi hiç kuşkusuz insan haklarına dayanan bir yaklaşımın onusuz olmazdır. Ama bu aracın işletilmesi de o denli önem arz etmektedir. Söylem eyleme yansıtılmalıdır. Ve hukuk devleti olduğunu yansıtan bir anayasal düzenin hakları idarece zedelenmesinin önüne geçmek için idari davranışların hiç kuşkusuz kanuna uygunluğu karinesinin pratiğe yansıtılmasını içeren hukuka uygun koruyucu işlem yapma usullerini içtenlikle ele almalıdır. Kanunlar yetmez, kanunlara uygunluğu sağlayan araçların sağlanması ve kanunlaştırılması hep söylediğimiz hukuk devleti ölçüğünün gereğidir. Tekrarlayalım: Usul esaslı belirler.



**KAYNAKÇA**

- P.BADURA, H.U.ERİCSEN, W.MARTENS, I.v.MÜNCH, F.OSSENBÜHL, w.RUDOLF, W.RÜFNER, J. SALZWEDWL, **Allgemeines Verwaltungsrechts**, Berin Newyork, 1986.
- R. SARICA, **İdari KAZA**, C.I,1949.
- İ. GİRİTLİ, P. BİLGEN, **İDARİ KAZA Ders Notları**, İstanbul 1966.
- F. HUFEN, **Verwaltungsprozessrecht**, 8.Auflage, München 2011.
- E. FORSTHOFF, **Lehrbuch des Verwaltungsrechts**, München Berlin 1961.
- E.R. KOEHLER, **Verwaltungsgerichtsordnung**,Kommentar, Berlin und Frankfurt, 1960,1962.
- C. H. ULE, **Verwaltungsprozessrecht**, Müchen Berlin, 1960.  
- Verwaltungsgerichtsbarkeit, Berlin 1962.  
- “Verfassungsrecht und Verwaltungsprozessrecht” DVBI 1959, s.536.
- E.MEMİŞ, **Demokratik ve Sosyal Hukuk Devletinde İdare ve İdare Hukuku**, İstanbul 2014.
- K. August BETTERMANN, “Verwaltungsakt und Rechtsmittelbescheid als Gegenstand der Anfechtungsklage”, **NJW** 1958.
- REDEKER/ von OERTZEN, **Verwaltungsgerichtsordnung**, 9.Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1988.



# BİLİM VE HUKUK

## (*Science and Law*)

Ali Nazım SÖZER\*

*Temel atmak hukukçuların elinden gelmez. Onlar ancak bina bittikten sonra kargalar gibi gelip binanın her köşesine yuva yaparlar. Öyle ki, millet artık bu binanın kendine ait olduğunu anlayamaz bile.*

Julius Hermann Kirchmann\*\*

### ÖZET

Hukuk alanında yapılan çalışmaların ve uygulamaların bilimsel bir yönü olup olmadığı konusundaki tartışmalar yeni değildir. Söz konusu tartışmaların bir sonuca varabilmesi için bilim ve hukuk kavramları üzerinde durulması ve her ikisinin ortak yönlerinin olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu amaçla çalışmada önce bilimin tanımı, görevi, türleri ve bilimsel araştırma yöntemleri ele alınmıştır. Daha sonra hukukun tanımı, görevi, türleri ve araştırma/icra yöntemleri açıklanmıştır. Nihayet, yapılan açıklamalar bir arada değerlendirilerek hukukun bilimselliği bakımından bir sonuca ulaşmaya çalışılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Bilim, hukuk, araştırma yöntemleri, hukukta araştırma yöntemleri, yasa yapma, yorum yöntemleri.

### *Abstract*

The argument about whether the researches and applications in the legal field have any scientific properties is not new. In order to reach to any final solution there has to work on and evaluate both the concepts of *law-science* and also the common features of those. Therefore in this study *first* the definition of science; its types and mission; its research methods are being examined. Then the definition of law, its types and mission and its research methods are studied and comprehended. Finally, after all the explanations are being evaluated together; a common solution has been tried to reach.

**Keywords:** Science, law, research methods, research methods in law; enacting law, comprehension methods.

---

\* Prof. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

\*\* KIRSCHMANN, 212. Özgün ifade kısaltılarak aktarılmıştır.

## §1. GİRİŞ

Hukuk alanında yapılan çalışmaların ve uygulamaların bilimsel bir yönü olup olmadığı konusundaki tartışmalar yeni değildir. Söz konusu tartışmaların bir sonuca varabilmesi için bilim ve hukuk kavramları üzerinde durulması ve her ikisinin ortak yönlerinin olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu amaçla aşağıda önce bilimin tanımı, görevi, türleri ve bilimsel araştırma yöntemleri ele alınmıştır. Daha sonra hukukun tanımı, görevi, türleri ve araştırma/icra yöntemleri açıklanmıştır. Nihayet, yapılan açıklamalar bir arada değerlendirilerek hukukun bilimselliği bakımından bir sonuca ulaşmaya çalışılmıştır.

## § 2. BİLİM ÜZERİNE

### I. (B)ilimin Tanımı

Türkçede'de "bilim," sözcüğü "bil" kökünden gelmektedir. "İlim" ise kavramın Arapça karşılığıdır.<sup>1</sup> İnsanlar sürekli olarak kendilerini ve çevrelerini tanıma, açıklama, karşılaştıkları sorunları çözme çabası içindedirler.<sup>2</sup> Bu çaba bilimin oluşumuna neden olmaktadır. Söz konusu nedenle, evrende var olan tüm olayları ve olguları tanımlamak, bunlar arasındaki nedensellik ilişkilerini bulmak ve saptanan ilişkileri genelleştirip teoriye dönüştürmek bilim yapmak demektir.<sup>3</sup> Bilim nesnel sağlamlığı olan, geçerliliği kabul edilmiş, bilgiler bütünüdür.<sup>4</sup> Neden sonuç ilişkilerinin açıklandığı sistematik bilgiler birikimidir. Yani, insanoğlunun biriktirdiği, kaydedilmiş sistematik bilgidir.<sup>5</sup> <sup>6</sup> Örneğin, rüzgârın atmosferde gerçekleşen alçak ve yüksek basınç arasındaki hava akımından doğduğunun saptanması, faydalı bakterilerin bazı gıdaların hazırlanmasını sağladığının belirlenmesi bilimsel bilgilerdir.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> İSLAMOĞLU, 13.

<sup>2</sup> KARASAR, Yöntem, 3.

<sup>3</sup> SEYİDOĞLU, 1, 2: Daha eski bir tanıma göre, sistematik araştırmalar ve düzenli bilgiler bütününe bilim adı verilir.

<sup>4</sup> BLASIUS, BÜCHNER, 18, 19: Bilim tesadüfi bilgiler toplamı değildir, sağlam ve güvenilir bilgilerden oluşur. Ayrıca bu bilgilerin dağınık halde olması değil, itiraz kabul etmez, birbirini destekler ve kontrol eder şekilde bir arada bulunması (yani, bir sistem oluşturması) gerekir. HİRŞ, 28: "*İlim sistem haline konan pekin bilgidir.*"

<sup>5</sup> KARASAR, Yöntem, 8; ARLI, NAZİK, 1. HİRŞ, 25: "*Muayyen bir bilim kolu içine giren tek mil bilgilerin bilim ilkelerine göre sınıflanmış bütününe, bilim dilinde sistem denir.*"

<sup>6</sup> İSLAMOĞLU, 13: "*Her bilgi birikimi bilim olmadığı gibi, bilgi bilim için yeterli de değildir.*"

<sup>7</sup> Bilgi adı, bilimsel ve felsefi olmak üzere üçe ayrılabilir. **Adi bilgi**, duyu ve düşüncelere dayanır, bu yüzden subjektif ve bireyseldir. Belirli bir disipline göre üretilmiş olmadığı için gelişigüzdür, tesadüfidir. **Bilimsel bilgi**, deneylere ve akla dayanan, kolektif özellik taşıyan, tüm insanlığa ait, genel kabul gören, bütün zaman ve yer koşullarında geçerli olan kurallar bütünüdür. **Felsefi bilgi**, bütün bilgileri içine alan, olay, nesne ve insanların geçmişinin, şimdiki anının ve geleceğinin derinliğine ve genişliğine her açıdan bütüncül (tümel, külli) olarak ele alınarak incelenmesi ile elde edilen kazanımdır. Varlığın mevcudiyet nedenini ve son bulmasını ilgilendirir. İlgi alanının genişliği nedeniyle felsefe başlangıçta tüm bilimleri kapsamakta iken, diğer bilim dalları daha sonra felsefeden ayrılmıştır. ÖKTEM, TÜRKBAĞ, 19, 28,29; BULUT, 23; HİRŞ, 22; ARAL, Bilim,

Bilimin yöntem ve ürün olarak iki ayrı yönü bulunmaktadır. Bilimsel bilgilere ulaşma çabası yani, bilgiye ulaşmak için izlenen yol, **yöntem**dir. Kanıtlanmış, düzenli bilgi ise **üründür**.<sup>8</sup> Bilim, önce gerçeği arar, evrendeki düzeni bulmaya çalışır, , insanlığın daha rahat bir yaşam sürdürebilmesi için gerekli araç-gereç ve yolları bulur. Sonra, belirlediği bilimsel yöntemlerden (deney, gözlem...) yararlanarak bilgi üretir, tasnif eder ve kullanır.<sup>9</sup> Söz konusu nedenle, her iki aşamayı birleştiren başkaca tanımlar yapılmaktadır. Örneğin, ortaklaşa belirlenmiş ölçütlere göre, görgül yaklaşımla toplanmış, gözlenebilir verilerden elde edilen bilgi gibi.<sup>10</sup>

Bilimsel yöntemlerle elde edilen bilgi hem bir hakikatın saptanmasını sağlayacak, hem de insanlığı mutluluğa ulaştırmak için kullanılabilir. Söz konusu nedenle insanlık **iki tavşan** (biri hakikat diğeri mutluluk) peşinde koşan bir avcıya benzetilmektedir.<sup>11</sup> Adalet bu mutluluk araçlarından en önemlilerinden biri sayılır.<sup>12</sup>

## II. Bilimin Görevi

Bilim görevi insanoğlunun kendisini ve çevresini anlama, açıklama ve kontrolüdür. Yapılan çalışmada bu görevlerin sadece birinin yerine getirilmesi çabanın bilimsel sayılması için yeterlidir.

### A. Anlama

“Nedir ?” sorusu sorularak, mevcut durumun tespiti yapılır. Anlama var olan olguların tek tek ya da aralarındaki bağlantılar ile tanınmasıdır. Durum aynen saptanmaya çalışılır. Anlama çabası olabildiği ölçüde ayrıntıları ortaya koyma yöneliktir. Böylece, durumun bir resmi çekilmiş olur.<sup>13</sup> Örneğin, havada bırakılan bir taşın yere düştüğünün görülmesi anlamadır.

### B. Açıklama

“Niçin?” sorusu sorularak resimlenmiş olan olgunun meydana gelişi sorgulanır. Örneğin, havadan yere bırakılan taşın yere düşmesi yer çekimi ile ilişkilendirildiğinde bir açıklama yapılmış olur. Sorgulama hipotez, kuram ve yasa (norm)

113-117; ÇAĞIL, 7-18: Kainatı ve insanı bir bütün olarak kavrayan felsefenin tüm ilimler ile sıkı bir bağlantısı bulunmaktadır. Esasen her ilmin bir felsefesi vardır. Tarih felsefesi, hukuk felsefesi gibi. Bilim ve felsefe arasındaki ilişki için bkz. İSLAMOĞLU, 7. Yazar, bilim ve felsefenin ilgi alanlarının farklı olduğu yolundaki bazı görüşlere karşı, hem felsefenin bilim üzerinde, hem de bilimin felsefe üzerinde etkisi olduğunu ifade etmektedir.

<sup>8</sup> KARASAR, Rapor, 1. Ayrıca bkz. ARAL, Bilim, 113.

<sup>9</sup> Bkz. BLASIUS, BÜCHNER, 21.

<sup>10</sup> ERKUŞ, 24, 25. Ayrıca bkz. İSLAMOĞLU, 14.

<sup>11</sup> Derbil, 19. dn. 2'den H. POINCARÉ, La Valeur de la Science, Paris, 1912, 1-3.

<sup>12</sup> DERBİL, 19, dn. 2.

<sup>13</sup> KARASAR, Yöntem, 8.

aşamalarından oluşmaktadır. İlk aşamada, niçin sorusuna tahmini bir yanıt verilir. Araştırma yapılmadan doğru olduğu varsayılan, henüz kanıtlanmamış yargı **hipotez** olarak nitelenmektedir. Yani, öne sürülen, doğruluğu sınanmamış ama doğru olduğuna güvenilen önerme (tez) dir. Bulunulan aşama gereği “basit açıklama” özelliğini taşır. Diğer bir ifade ile bir şey yapmak için doğru olduğu kabul edilen açıklama-önerme (sayılı) yani, dayanak alınan bir varsayımdır.<sup>14</sup>

Araştırmacıların çalıştığı konuda sonraki yıllarda diğerleri de yeni hipotezleri test eder ve kanıtlarlar. Böylece bir çalışma alanı ortaya çıkmış olur. Bu şekilde gelişen ikinci aşamada, kısmen doğrulanmış ancak tamamen kesinleşmemiş önermeler değerlendirilir. Tek bir önerme değil, birden fazla önerme birbirleriyle ilişkilendirilerek soyut genellemeler yapılır. Tek bir araştırma sonucu teori oluşturmaya yetmez. Bazı olguları ve aralarındaki ilişkileri açıklayan bu genellemelere “**kuram**”<sup>15</sup> (teori, model) denilmektedir.<sup>16</sup> Kuramın getirdiği açıklamalar çok kapsamlı olmayıp belli bir olgu türü ile sınırlı kalmakta, hipotezlere göre daha yerleşmiş fikir ve açıklamalardan oluşmaktadır. Yani, ulaşılan hali ile olaylar arasındaki ilişkileri içeren genel önermelerdir.<sup>17</sup> Örneğin, öğrenmenin zeka, hatırlamanın hafıza ile ilgisi bir genelleme ile bulunduğu bir kuram (model) geliştirilmiş olmaktadır. Kuramlar gözleme dayalı, sınanabilir (yanlışlanabilir),<sup>18</sup> önceki kuramlar ile tutarlı, kısa ve yalın olmalıdır.<sup>19</sup>

Kuramlar hipotez sonrası aşama olmalarına karşın, aksinin iddia ve ispatı mümkün görülmeyle, (genel de olsa) önerme düzeyinde kalmaktadırlar.<sup>20</sup> Ancak, yapılan çalışmalar sonucu genel önermeler kesinleştirilir ise artık ortaya **yasalar** (normlar) çıkmaktadır. “*Yasa; olaylar arasındaki asli ve zorunlu bağımlılıkları ortaya koyan, aynı koşullarda aynı sonuçları veren, kendini tekrarlayan, olgusal içerik bakımından doğruluğu denenip gözlemlenebilen genellemeler...*” dir.<sup>21</sup> Örneğin, bir üçge-

<sup>14</sup> ERKUŞ, 25; KARASAR, 17.

<sup>15</sup> Kuram Türkçe’de “kur” kökünden türetilmiştir. Osmanlıcada karşılığı olan kelime “nazariye” dir. Bkz. İSLAMOĞLU, 20.

<sup>16</sup> Teori, bulunan kuralları açıklar, anlaşılır hale getirir, bilgileri bir araya getirip, yüksek düzeyde soyut bir kural oluşturur. Birden fazla kuralın bir araya gelmesi ile oluşan üst bir kuraldır. Teori, birbiri ile bağlantılı çok sayıda ve itiraz kabul etmeyen hipotez olarak da nitelenmektedir, BLASIUS, BÜCHNER, 23.

<sup>17</sup> SEYİDOĞLU, 19; ŞENCAN, 2, 3.

<sup>18</sup> Yanlışlanabilirlik, bilimsel çalışmalardan elde edilen sonuçların potansiyel olarak yanlış olma ihtimalini önceden kabul etmek, kesin olarak doğru olduğu var sayımı ile zaaflarını görmezden gelmemektir. Belirli bir kuramla ilgili yeni kanıtlar ortaya çıktığında onlar da değerlendirmeye alınmalıdır. KUÇURADİ’ye göre, norm (hukuk normu kastediliyor) önermeleri bilgi önermeleri değildir, bu yüzden doğrulanıp yanlışlanmaları söz konusu olamaz. Normlar çıkarımlardır. Değerlendiren için sonuçları istenir ise iyi, kendi çıkarlarına uygun değilse kötü bir normdur.

<sup>19</sup> KARASAR, Yöntem, 9. Ayrıca, bkz. ERKUŞ, 31, 32; ŞENCAN, 30, 31.

<sup>20</sup> SEYİDOĞLU, 20.

<sup>21</sup> İSLAMOĞLU, 23.

nin açıları eşit ise kenarları da eşit olur. Yer kendi eksenini etrafında yirmidört saatte bir döner. Güneş etrafında dönen gezegenlerin yörüngeleri eliptiktir.<sup>22</sup>

Ancak değinmek gerekir ki, sözü edilen normlar dahi **evrensel değildir**. Çünkü, nebülöz devrinde güneş sistemi mevcut değildi.<sup>23</sup> Ayrıca, günümüzde de evrende var olan galaksilerde geçerli olan kurallar henüz insanlık tarafından bilinmemektedir. Yapılan açıklamaları şu şekilde özetlemek mümkündür. Bir olgu değerlendirilirken getirilen basit açıklama hipotezi, gelişmiş açıklama kuramı, kesinleşmiş açıklama yasa (norm) olarak kabul edilir.

### C. Kontrol

Kontrol, anlama ve açıklama aşamalarını geçen bilgilerin uygulanmasıdır. Bu aşama uygulaması olan bilimler için geçerlidir. Amaç, toplum ve doğa olaylarının denetim altına alınmasıdır. Örneğin, üretilen bir aşının etkinliğinin sınanması, yeni bir yapı malzemesinin denenmesi kontroldür.<sup>24</sup>

### III. Bilimin Uygulama Alanı (Türleri)

ARAL tarafından da ifade edildiği üzere, aslında tek bir bilim vardır. Birden fazla bilimden söz edilmesinin nedeni, varlığın değişik görünümlere sahip oluşudur. Her bilim dalı, bütünü az çok birbiri ile bağlantılı parçalarıdır.<sup>25</sup> Muhtemelen söz konusu nedenle bilim dallarının genel olarak kabul edilmiş bir tasnifi yoktur.<sup>26</sup> Bir yaklaşıma göre, bilimi matematik, doğa bilimleri ve sosyal bilimler şeklinde üç ana başlık altında toplamak mümkündür.<sup>27</sup> **Matematik**, insan aklından soyut öncüllerden ortaya çıkan kavramlarla oluşmuştur. Cebir, geometri, aritmetik uygulama alanlarıdır. **Doğa bilimleri**, deney ve akılla ulaşılan tabiata ilişkin bilgi topluluğudur. Kimya, biyoloji, yerbilim, tıp, kozmoloji, jeoloji gibi dalları bulunur. **Sosyal bilimler** ise insanı ve insanlar arası ilişkileri inceler. Gerçekleşen olayları ve onlardan yola çıkarak olması gerekeni belirler. Bu bilim dalı toplum bilim ya da sosyal bilim olarak da adlandırılmaktadır. Kapsamına sosyoloji, psikoloji, işletme, iktisat, hukuk

<sup>22</sup> DERBİL (39) hukuk bakımından şu örnekleri vermektedir: Her hakkın bir etkin, bir de edilgin öznesi vardır. Etkin öznenin hakları ile edilgin öznenin borçları eşittir. Hukukun bir öznesi, bir de konusu bulunur.

<sup>23</sup> DERBİL, 21.

<sup>24</sup> ARLI, NAZİK, 1. Bilimin anlama ve kontrol yönü ile ilgili olarak iki farklı yaklaşım olduğu, denetim bakımından teknolojinin ifade edilip teknolojiye dönüşmeyen bilginin anlam taşımadığı ancak bu yaklaşımın doğru olamayacağı hakkında bkz. İSLAMOĞLU, 3.

<sup>25</sup> ARAL, Bilim, 117.

<sup>26</sup> HİRŞ, 23: Bilim dallarını birbirinden ayıran ölçü, araştırmanın konusundan ziyade, güdülen amaçla ulaşabilmek için uygulanan metodlardır.

<sup>27</sup> Bu ayırımı riyaziye (matematik) yanında tabii ilimler (doğa bilimleri) ve fikri (beşeri) ilimler bulunur şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. ÇAĞIL, 23.

gibi bilim dalları girmektedir. Matematik ve doğa bilimlerinde sıkı nedensellik ilişkisi bulunmakta iken sosyal bilimlerde özelliği gereği nedensellik ilişkisi zayıftır.<sup>28</sup>

Bütün ilimleri kültür ilimleri olarak kabul edip **illi (tabii)** ve **gai (fikri)** ayırımına tabi tutmak da mümkündür. Alman Hukukçu Stammler, sebep sonuç ilişkisinin hâkim olduğu bilimleri illi nitelikte görmekte ve örnek olarak tabiatı vermektedir. Ona göre, kültür âleminde beşeri aklın merkezinde gaye bulunur. Belirlenen gayeye gösterilen irade ile ulaşılır. Hukuk da beşeri irade kapsamında kalan bir ilimdir.<sup>29</sup>

Günümüzde yapılan bir başka ikili ayırma göre, bilimler pozitif ve normatif olmak üzere ayrılırlar. **Pozitif bilimler**de amaç, olgular arasındaki ilişkileri açıklamaktır. Bu bilimin canlıları ele alan araştırmaları biyoloji, cansızları ele alanları fizik olarak adlandırılır. **Normatif bilimler**de ise insan davranışları ve toplumsal değer yargıları incelenir. Kapsamına sosyoloji, siyaset, ekonomi, hukuk gibi bilim dalları girer.<sup>30</sup> Bilim için temel (sosyal psikoloji, deneysel psikoloji...), uygulamalı (klinik psikoloji, endüstri psikolojisi...); maddi, manevi gibi ayırımlar da yapılmaktadır.<sup>31</sup> Ayrıca, konusuna göre Sosyal Bilimler (beşeri), Davranış Bilimleri, Fen Bilimleri ve Doğa Bilimlerinden söz edilmektedir.<sup>32 33</sup>

Değinilen ayırımların, farklı bilim dallarının iç içe girmesi nedeniyle, günümüzde öneminin azaldığını ifade etmek gerekir. Çünkü, yukarıda da ifade edildiği üzere, bilimler saf halleri ile bulunmamakta, uygulamada **birbirlerinden destek** almaktadırlar. Örneğin, klinik psikoloji tıpla, sosyal psikoloji sosyolojiyle, psikometri istatistik ve matematikle,<sup>34</sup> yasa yapma öğretisi hukuk dışında işletme, dil bilim, matematik, sosyoloji gibi birçok bilim dalı ile sosyal güvenlik hukuku sosyoloji, iktisat, aktüerya matematiği, işletme bilimi ile iç içe bulunmaktadır.

<sup>28</sup> ÖKTEM, TÜRKBAĞ, 29-32; KARASAR, Yöntem, 11; BULUT, 23, 24.

<sup>29</sup> Bu ve diğer bazı yaklaşımlar için bkz. ÇAĞIL, 1-31. Hukukun tabii (Naturwissenschaft) değil gai (Sozialwissenschaft) bilim kapsamında olduğuna ilişkin olarak ayrıca bkz. BLASIUS, BÜCHNER, 26-28.

<sup>30</sup> SEYİDOĞLU, 3, 4. ERKUŞ, 30, 31: Pozitif (Fizik, Kimya, Biyoloji...) ve Müsbet bilimler şeklinde yapılan ayırım yanıltıcıdır. Çünkü, mesbet olmayan bilim olamaz.

<sup>31</sup> KARASAR, Rapor, 2.

<sup>32</sup> Önceleri konuya ilişkin olarak kavram (iki çarpı iki dört eder), olay (kışın kar yağar) ve kural (doğru olduğu anlaşılan bir yargı ile çelişik bir düşünce kabul edilemez) bilimleri ayırımı yapılmaktaydı. A: Comte tarafından da kabul edilen bu ayırımda hukuk kavram bilimleri içinde sayılmıştır. Bkz. DERBİL, 19, 20. Ayrıca ideal bilimler ve real bilimler ayırımı da yapılmaktadır. Bkz. ARAL, Bilim, 118-125.

<sup>33</sup> İslam tarihinde de çeşitli amaçlarla pek çok ilim tasnifi yapılmıştır. Bazı yazarlar "Nazarî İlimler-Amelî İlimler" (veya "Teorik İlimler-Pratik İlimler"), bazıları "Şer'î İlimler-Şer'î Olmayan İlimler", "Aklı İlimler-Naklî İlimler", bazıları da "Ulûm-i İslâmî-Ulûm-i Dahile" (veya "Ulûmü's-Şeria-Ulûmü'l-Acem"), "Fel-sefi İlimler-Dini İlimler", "Evâil-Evâhir", "Dünyevî İlimler-Uhrevî İlim-ler" ayırımını tercih etmişlerdir. Bkz. GÖKBULUT, 247.

<sup>34</sup> ERKUŞ, 31.



#### IV. Bilimsel Araştırma Türleri

Bilimsel araştırmaların değişik türleri bulunmaktadır. Aşağıda ele alınan bu türlerin dışında son yıllarda ayrıca nitel araştırma kavramı ortaya çıkmıştır. **Nitel araştırma**, nitelikle ilgili yani sayısal olarak ölçülemeyen özelliklere ilişkindir. Odak noktası insan olan, olayların doğal (günlük) ortamında izlendiği araştırma türüdür. Tekil olaylara (vakalara) yöneliktir. Nitel olmayan araştırmalara nitelin dışında kalan, yani nicel araştırma demek gerekecektir. **Nicel araştırma** nicelikle ilgili, kantitatif (sayısal) anlamına gelmektedir. Nitel araştırmaların aksine, gözleyen kişi olgunun dışında bulunur.<sup>35</sup> Nicel ve nitel araştırmaların her ikisinin de kapsamında alt ayırımlar bulunmaktadır. Aşağıda önce nicel, sonra da nitel araştırma türleri ele alınmaktadır.

##### A. Nicel araştırma türleri

Bu konuda temel araştırma-uygulamalı araştırma, laboratuvar-doğal çevre araştırmaları, tanıttıcı araştırma, alan araştırması, keşfedici-destekleyici araştırma ayırımı yapılmaktadır.

**Temel araştırma**, kuram geliştirmeye yöneliktir. Güncel sorunlara cevap vermek gibi bir kaygıları yoktur. Varolan bilgilere yenilerinin katılması için yapılır. Anlama, ayırımı saptama, bağlantı (neden sonuç ilişkisi) kurma ve kuram oluşturmaya yöneliktir.<sup>36</sup>

**Uygulamalı araştırma**, temel araştırmalarda elde edilen bilgilerin uygulamaya aktarılmasını sağlar. Üretilen bilgiler sorunların çözümünde kullanılır. Bu araştırmalar uygulamaya hizmet dışında yeni bilgi üretimine katkı da sağlayabilir. Bilimin olayları denetim altına alma işlevini yerine getirirler. Söz konusu nedenle, uygulamalı araştırmaların eylem ve araştırma-geliştirme (Ar-Ge) olarak iki türü bulunmaktadır. Eylem araştırmalarında uygulayıcıların ve soruna taraf olanların katılımı ile durumu iyileştirmek için alınması gereken önlemler belirlenmeye çalışılır. Ar-Ge araştırmalarında sorunun çözümünde etkili olabilecek, geçerliliği denenmiş, somut ürünler/sonuçlar elde edilmeye gayret edilir.<sup>37</sup>

Araştırmalarda bir diğer ayırım laboratuvar ve doğal çevre araştırmaları şeklindedir. **Laboratuvar araştırmaları**, inceleme konusu olan olaylar arasındaki neden

<sup>35</sup> YILDIRIM, ŞİMŞEK, 39, 43, 62: Bir ormanı inceleyen **nicel araştırmacı**, ağaç gruplarını tel örgü ile kaplayacak, belirli bir oranda yağmur ve güneş alması için üstüne örtü gelecek, ağaçlara özel olarak hazırlanmış besinler verecektir. **Nicel araştırmacı** ise sözü edilen yöntemlere başvurmadan ağaçları doğal ortamında anlamaya çalışacak, ormanın içine girerek ihtiyaç duyduğu çizimleri yapacak, fotoğrafları çekecek, video çekimleri yapacak ve not tutacaktır. Nicel araştırma hk. ayrıntılı bilgi için bkz. İSLAMOĞLU, 177 vd.

<sup>36</sup> KARASAR, Yöntem, 24-26; SEYİDOĞLU, 22.

<sup>37</sup> KARASAR, Yöntem, 27-29; SEYİDOĞLU, 22: Uygulamalı araştırmalar, kamuoyunu aydınlatmak, ekonomik, sosyal ve siyasal konularda tahminlerde bulunmak gibi amaçlara hizmet eder.

sonuç ilişkisinin yapay olarak oluşturulmuş çevrede (ortamda), denetimli koşullar altında yapılır. Sosyal bilimlerden ziyade doğa bilimleri için uygundur. **Doğal ortam araştırmaları** olayların doğal ortamlarında, gerçek yaşamın içinde incelenmesidir. Denek ya da kobay incelendiğinin farkında değildir, bu sebeple tepkiler yapay olmamaktadır.<sup>38</sup>

Yukarıda değinilen deneysel araştırmalara ilave olarak tanıtıcı araştırmalardan da söz etmek gerekir. **Tanıtıcı araştırmaların** monografik, tarihsel ve istatistik türleri bulunmaktadır. Monografi türü araştırmalarda bir gerçek (bir sanatçı, yazar...) veya tüzel kişi (bir spor kulübü, bir siyasi parti ...), coğrafi bir alan (bir mahalle, köy...), bir olgu (aile bütçesi...), bir olay (göç,...) tanıtılır. Görüşme ve anket gibi yöntemlerle gerçekleştirilir. Tarihsel araştırmalar, geçmişte kalmış toplumsal olaylar, kalıntılar ve yazılı belgeler (kurum kayıtları, hatıralar, mektuplar...) yardımıyla incelenerek gerçekleştirilir. Doğal ortam araştırmalarıdır. İstatistiksel araştırmalar, istatistik biliminin yöntemlerinden yararlanarak yapılır. Sosyal bilimler dâhil tüm bilim dallarında kullanılması mümkündür. Güvenilir, objektif veriler elde edilmesini ve bunların geleceğe yönelik tahminlerde kullanılmasını mümkün kılar.<sup>39</sup>

Bir diğer önemli araştırma türü **alan araştırmalarıdır**. Bu çalışmalar, inceleme konusu olan öznenin yaşamına katılarak, arada var olan mesafeyi kaldırma yoluyla gerçekleştirilir. Araştırmacı, olguyu dışarıdan izleyen bir gözlemci değil içinde olan bir katılımcıdır. Birkaç saatten birkaç aya kadar uzanan bir zaman dilimi içinde, elde edilen izlenimler görsel (kamera), işitsel (ses kaydı) ve metinsel (not tutma) olarak kayda alınır. Bu şekilde elde edilen bilgiler parçadan bütüne gitmek (tümevarım) yoluyla değerlendirilir. Örneğin, işsizliğin yoğun olduğu bir mahallede işsizlik olgusunu, emeklilerin tercih ettiği bir kasabadadaki dönüşümü incelemek bu yöntemle mümkündür.

Ayrıca keşfedici ve destekleyici ayırımı da yapılmaktadır. **Keşfedici araştırma** belli konularda bilgi üretmeye yöneliktir. Deney, gözlem, mülakat ve anket gibi yöntemler kullanılarak daha önce ulaşılmamış bilgilere sahip olma uğraşısıdır. **Destekleyici araştırma** ise daha önce üretilmiş ancak tartışmalı olan bilgilerden belirli bir görüşü savunmak üzere yapılır.<sup>40</sup>

## B. Nitel araştırma türleri

Nitel araştırmalarda araştırma türleri tekil olay incelemesi, belge incelemesi, eylem araştırması, alan araştırması, nitel deney ve nitel izleme çalışması olarak belirlenmiştir.

<sup>38</sup> SEYİDOĞLU, 23-25.

<sup>39</sup> SEYİDOĞLU, 27-34.

<sup>40</sup> Yukarıda açıklanan araştırma türleri için bkz. SEYİDOĞLU, 21-37. Başkaca ayırımlar için bkz. İSLAMOĞLU, 33 vd.

**Tekil olay incelemesi:** Bu çalışmalarda insan kendi bireyselliği içinde ele alınır. Kapsamına psikiyatrik vaka çözümlenmeleri, biyografiler girer. Çalışma sırasında yaşam öyküsü, mektup, hatıra defteri, tutanak, söylev gibi malzemelerden yararlanılır.

**Belge incelemesi:** Araştırma konusuna ilişkin özel anlamı olan belge ve evrak ayrıca insan davranışlarının açıklanmasına yardımcı olan her türlü kaynak değerlendirilir. Yazılı metinler, sanat eserleri, binalar, filmler, çeşitli alet ve edevat belge olabilmektedir.

**Eylem araştırması:** Araştırmacının (eylemli olarak) inceleme konusu olgunun içinde olduğu çalışma türüdür. Örneğin, bir konuda reform çalışması ilgili otorite tarafından muhataplarıyla müştereken yapılabilir. Gerekli görülen yeni ders planları öğretmenler tarafından öğrencilerle birlikte hazırlanabilir. Elde edilen sonuç taraflara sunulur ve birlikte tartışılır.

**Alan araştırması:** Araştırmacı inlemediği alana girer, oradaki doğal çevreye uyar ve günlük yaşama katılır. Örneğin, işsizlerin, evsizlerin durumunun algılanması için onlarla birlikte, onlardan biri gibi yaşamak konuya ilişkin doğrudan bilgi edinmeyi sağlayacaktır.

**Nitel deney:** Sorun oluşturan bir olgu dışarıdan müdahale ile yönlendirilir ve sonuçları değerlendirilir. Birden fazla yönlendirme yapıldığında her birinin etkisi irdelenir. Örneğin, işsiz kişilerin giysi, gıda yardımı, mesleki kurslara olan tepkisinin değerlendirilmesi nitel deneydir.

**Nitel izleme çalışması:** Nitel deneyde olduğunun aksine araştırmacı olguya müdahale etmez. Ancak, kendi dışında gelişen müdahaleleri inceler. Örneğin, sosyal yardım ve hizmete ihtiyaç duyan fertlere resmi ve özel kuruluşların bazı destek programları olmaktadır. Araştırmacı, eğitime destek, psiko-sosyal yardım gibi katkıların etkisini değerlendirir.<sup>41</sup>

## V. Bilimsel Araştırma (Veri Toplama) Yöntemleri

Bilimsel araştırma yöntemleri aşağıda önce genel olarak sonra da nicel ve nitel araştırmalar bakımından ele alınmıştır. Değirmek gerekir ki, söz konusu ayırımı karşın, aşağıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bazı araştırma yöntemleri bakımından aralarında kesin bir sınır çizme olanağı yoktur. Ayrıca, bazı araştırma türlerinin adı bazı araştırma yöntemlerinin adı ile aynıdır.

<sup>41</sup> MAYRING, 30-51.

## A. Genel olarak

Bilimsel araştırma yöntemi, bilgi üretmenin,<sup>42</sup> gerçeğe ulaşmanın<sup>43</sup> yoludur. Yani, bir sorunu çözerken izlenecek yöntemdir.<sup>44</sup> Bilimlerde ana bilgi edinme yöntemleri akıl, sezgi ve deneylerdir. **Akıl** bilgiye ulaşma yoludur. Kuramsal akılla dış evrendeki olaylar anlamlandırılır, bilimsel sonuçlar çıkarılır. Uygulamacı akıl tecrübelerden sonuç çıkarmayı sağlar. **Sezgi**, süje (insan, akıl) ile nesne (obje) arasında doğrudan, aracısız olarak kurulan ilişki yoluyla içgüdüsel olarak bilgi elde edilmesini sağlar. Sezgi deney birikimi veya bilgi dağarcığının dolması sonucu ortaya çıkar.<sup>45</sup>

Bilimsel araştırmalarda akıl ve sezgi yoluyla bilgi üretme yöntemi olarak özellikle tümevarım ve tümden gelim kullanılmaktadır. **Tümevarım**, tekil bir olaydan yola çıkarak bir genellemeye ulaşmaktır. Genelleme ile hipotez (denence) ortaya çıkmaktadır. **Tümdengelim**, genel bir önermeden akıl yürütme yoluyla daha az genel nitelik taşıyan yeni özel önermeler elde edilmesidir. Bunun için genelden özele, bütünden parçaya doğru değerlendirme yapılır.<sup>46</sup> Bilimsel araştırma yöntemleri arasına kıyas da dâhil edilmektedir.<sup>47</sup>

## B. Nicel araştırmalarda

Nicel araştırmalarda verilere görüşme, anket, gözlem ve belgesel kaynak derlemesi yöntemleri ile ulaşılmaktadır.<sup>48</sup>

**Görüşme:** Üzerinde çalışılan konu hakkında bilgi sahibi olan kişilerle yüz yüze yapılan bilgi alma işlemidir. Mülakat ve anlatı olarak da adlandırılmaktadır. İlgili ile karşılıklı konuşma yoluyla, ihtiyaç duyulan konuda veri elde edilir. Yüz yüze, telefon veya görüntülü telefon ile de görüşme yapılabilir. Önceden hazırlanan bir soru klavusu ile sohbet ortamında gerçekleştirilir. Özellikle monografik çalışmalar ve tarihsel olaylar için elverişlidir.<sup>49</sup>

**(Odak) Grup tartışması:** Bazı araştırmalardan tek tek yapılan görüşmeler ile veri toplamak güçleşmektedir. Konunun ilgili grup içinde ele alınması daha verimli sonuçlar verebilmektedir. Gruplar ortak deneyim, görüş ve beklentilere sahip olan en fazla sekiz kişiden oluşturulmaktadır. Önceden belirlenmiş bir konu hakkında önceden belirlenen katılımcılar planlanmış bir tartışma gerçekleştirilir. Çalışma, biri tartışma ortamı sağlayan ve yöneten ve diğeri de gerekli notları tutan, iki kişi ile

<sup>42</sup> KARASAR, Rapor, 2.

<sup>43</sup> SEYİDOĞLU, 1.

<sup>44</sup> ERKUŞ, 31.

<sup>45</sup> ÖKTEM, TÜRKBAĞ, 34, 35.

<sup>46</sup> SEYİDOĞLU, 13; KARASAR, Yöntem, 13.

<sup>47</sup> ŞENCAN, 31.

<sup>48</sup> SEYİDOĞLU, 37 vd.

<sup>49</sup> ERKUŞ, 38; SEYİDOĞLU, 39; KARASAR, Yöntem, 165, 175.

yürütülür. Örneğin ıkcılık eğilimi, vatandaşların bir uluslararası örgüte (NATO, AB...) ilişkin düşünceleri, dinsel inanışlar gibi konular grup içinde tartışılır.<sup>50</sup>

**Anket:** Araştırma kapsamına giren kişilere doğrudan doğruya okuyup yanıtlamaları için önceden hazırlanmış bir soru listesinin verilmidir. Soruların posta ile gönderilmesi yoluyla veya bir anketçi tarafından deneklerden alınan yanıtların anket kâğıdına işlenmesiyle gerçekleştirilir. Daha ziyade işletme, kamu yönetimi, iktisat gibi bilim alanlarında uygulanır.<sup>51</sup>

**Gözlem:** Bir şeyi anlamak için onun kendiliğinde ortaya çıkan belirtileri izlenir. Gözlem, doğal olay ve davranışların seçilmesi, kaydedilmesi ve yapılan değerlendirme sonucu çıkan sonucun kurallaştırılmasına yönelik sistematik bir faaliyettir. Gözlem, bir doğal ortam araştırmasıdır. Olaylar doğal oluşumu içinde duyu organlarımız yardımıyla (görerek ve dinleyerek) izlenir ve kayda geçirilir. Örneğin, kuşların göç yolları, karıncaların yuva yapmaları gibi.<sup>52</sup> Bu araştırma yöntemi sosyal bilimlerde de kullanılmaktadır. Örneğin hukuk sosyologları toplumların normal (sağlıklı) ve normal dışı (hastalıklı) durumlarını incelemekte ve patolojik durumlardan hukuk düzeni bakımından sonuçlar çıkarmaktadır.<sup>53</sup>

**Belge taraması:** İnceleme konusu hakkında önceden bazı kişi ve kurumlar tarafından oluşturulmuş bazı belgeler bulunabilmektedir. Yazılı (kitap, dergi, makale, mektup, biyografi, anı,...), işitsel (teypi, kaset, plak,...) veya görsel (fotoğraf, resim, harita, bina, heykel...) olan malzeme çalışmalara dayanak teşkil etmektedir. Hemen her tür araştırmada kullanılır. Genel tarama ve içerik çözümlemesi türleri bulunmaktadır. Genel tarama öğretisi (alanyazın) tespiti için yapılır. İçerik çözümlemesi, belgelerin konuşutulmasıdır. Yani bir kitap, makale, mektup, şiir veya yasa metni (bakış açısı, anlatımı, dili dikkate alınarak) çözümlemeye tabi tutulur, değerlendirilir. Örneğin, bir gazetenin siyasi eğilimi sıklıkla kullandığı kelimeler dikkate alınarak belirlenir.<sup>54</sup> Bir şairin şiirleri aynı yöntemle incelenip temsil ettiği sanat yaklaşımı anlaşılabilir.

**Deney:** Bilimsel bir gerçeği göstermek, bir yasayı doğrulamak, bir varsayımı

<sup>50</sup> BAŞ, AKTURAN, 103, 109. Odak grup tartışması dışında onun bir benzeri olarak “**derinleşme görüşme**” de kullanılmaktadır. Her iki yöntem arasındaki en önemli fark sonucunda tartışma ortamının konunun uzmanları arasında gerçekleştirilmesidir (Bkz. aynı eser, 111-116).

<sup>51</sup> SEYİDOĞLU, 39. Bu yöntem uzaktan uyguladığında, mektuplaşma dahil, **yazışma** olarak adlandırılmaktadır. Bkz. KARASAR, Yöntem, 175-183.

<sup>52</sup> KARASAR, Yöntem, 156, 157; SEYİDOĞLU, 45. Ayrıca bkz. ŞENCAN, 1, 2.

<sup>53</sup> Durkheim örneğinde bu değerlendirme için bkz. TOPÇUOĞLU, 50 vd.

<sup>54</sup> SEYİDOĞLU, 46; KARASAR, Yöntem, 183-198; BAŞ, AKTURAN (25-40), “**söylem analizi**” başlığı altında belge taramasının daha özel bir şeklini açıklamaktadır. Bu çalışmada metinlerde verilen iletiler anlambilim (semantik), söz dizini (sentaks) ve göstergebilim (semiyoloji) bakımından değerlendirilerek bir sonuca varılmaktadır. Söylem biliminde söylemin formuna değil ifadesine (objelere) önem verilmektedir. Örneğin, Almancada yaygın ifade olan “Babayurt” yerine Hitler’in “Anayurt” demesi aile yaşamına ilişkin bir ipucu olarak değerlendirilmektedir.

kanıtlamak amacıyla yapılan işlemdir.<sup>55</sup> Doğadaki tekrarlanan olaylardan sonuç çıkarmaktır. Doğal olayların bağıntıları ve yasaları üzerinde bilgi edinmek için gerçekleştirilir. Ayrıca, doğruluğu kabul edilen bilim yasalarını göstermek için (belli bir doğa olayının etmenleri denetim altında tutarak) yapılan planlı sınama işidir.

### C. Nitel araştırmalarda

Nitel araştırmalarda araştırma yöntemleri (sorun merkezli) görüşme, anlatı, grup tartışması ve katımlı gözlemdir.

**(Sorun merkezli) görüşme:** Önceden belirlenen konunun serbest söyleşi ortamında araştırılması yöntemidir. Söyleşideki serbestliğe karşın, görüşme sorun merkezli olarak yürütülür. Bunun için araştırmacı görüşme evrelerini -sondajlama soruları, klavuz soruları ve ansal sorular olmak üzere- planlamaktadır. Görüşülen kişilerden elde edilen bilgiler aşamalı olarak toplanır ve değerlendirilir.<sup>56</sup>

**Anlatı:** Sorun merkezli görüşmede olan planlı yaklaşımın aksine, anlatıda muhatap tamamen serbest bırakılarak açıklama yapmaya yönlendirilir. İlgiliden araştırma konusuna ilişkin olarak yaşamında iz bırakan önemli olayları anlatması istenir. Görüşmeye başlangıç sorusu ile başlanıp kişi açıklama yapmaya yönlendirilir. Son aşamada kapalı kalan hususlar varsa onlar açıklığa kavuşturulmaya çalışılır. Bilgi toplama yöntemindeki bu serbestlik doğrudan soru sormanın zorluğuna ve konunun henüz incelenmemiş olmasına dayanmaktadır.

**Grup tartışması:** Bazı çalışma konuları hakkında gerekli bilgilerin tek tek kişilerden elde edilmesi zor olabilir. Kişilerde var olan bazı eğilimler grup ortamında ortaya çıkması olasılığı daha yüksektir. Örneğin diğer gruplara, milletlere, ırklara, cinslere karşı olan tutumlar grup ortamında bireylerin birbirlerinden destek alması ile daha kolay ortaya çıkabilir. Örneğin, kadınların çalışması/yükselmesi hakkında yapılan çalışmada (sadece erkeklerden olan, ya da sadece kadınlardan oluşan) bir grup, başka ırklara karşı olan tutumlar benzeşik bir grup içinde daha kolay ortaya çıkabilmektedir.

**(Katımlı) gözlem:** Dışarıdan gözlem yapılması zor olan durumlarda kullanılır. Gözlemci araştırma konusu olgunun içinde olur. Araştırma konusu olan (kültürel ve sosyal) grupların (müziyenler, göçmenler, meslek mensupları, dernek üyeleri ...) bir ferdi gibi aralarında bulunarak yapılan araştırmalardır. Çalışma, önceden bir gözlem klavuzu hazırlanmasına karşın, açık uçlu olarak gerçekleştirilir. Süreç içinde gerekli her türlü kayıt (sesli, görsel, metinsel) yapılır.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> TDK sözlüğünde kavramın ayrıca tecrübe anlamında geldiği de ifade edilmektedir.

<sup>56</sup> Bkz. İSLAMOĞLU, 189, 190.

<sup>57</sup> MAYRING, 54-72; YILDIRIM, ŞİMŞEK, 177-183; BAŞ, AKTURAN, 101, 102. Bu yöntem özellikle insan davranışlarının benzerliklerini ve farklılıklarını anlamaya yönelik olan "**antropoloji**" bilim dalında yaygın olarak kullanılmaktadır, Araştırma konusu veriler topluluğun içinde,

**Belge (doküman) incelemesi:** Tarih, antropoloji, dil, sosyoloji ve psikoloji çalışan bilim adamları incelemekte oldukları olgu hakkında ulaşabildikleri belgeleri dikkate alırlar. Bu belgeler yazılı veya görsel malzemelerdir. Örneğin, denetim raporları, hasta dosyası, öğrenci kayıtları, istatistikler, gazete ilanları, film, video ve fotoğraflar, tarihi/kültürel eser kalıntıları gibi.<sup>58</sup>

**Mecaz :** Mecaz (istiare, metafor), bir kavram veya terimin belirli bir benzerliği ifade etmek amacıyla farklı bir içeriğe uygulandığı dil formudur. Soyut ve muğlak olan olguların somut ve görülebilir hale gelmesine hizmet eder. Bu yolla bilimde düşünmede, kuram oluşturmada, kuralların anlaşılmasında ve bilimsel kuralların uygulanmasında katkı sağlanmaktadır. Örneğin, Kozmoloji alanında evrenin genişlemesini anlatmak için evren şişmekte olan bir balona ve yıldızlar da üzerinde bulunan noktalar benzetilerek, genişleme (şişme) sonucu yıldızların birbirinden uzaklaşmakta oldukları açıklanmaktadır. Sosyal bilimlerde, öğretim üyelerinin yeniden yapılanma öncesi üniversite algıları (üniversiteniz size en çok neyi hatılatıyor?) ile yeniden yapılanma sonrası algıları kurumlara tutumlarını gözden geçirmek için yön gösterebilmektedir.<sup>59</sup>

### § 3. HUKUK ÜZERİNE

#### I. Hukuk kavramı

Haklar anlamına gelen hukuk kavramının<sup>60</sup> birçok anlamı bulunmaktadır.<sup>61</sup> Tanrı (Allah), toprak, menfaat, iyi dostluk ilişkileri, bağlayıcı kurallar sistemi ve hukuk kurallarını inceleyen bilim gibi.<sup>62</sup> Kişiler ve toplumlar arasındaki menfaat ilişkileri hukuk ile düzenlenmektedir. Yani, amaç kamu düzeninin, insanların can ve mal güvenliğinin (toplumsal güvenliğin) sağlanmasıdır. Toplumsal yaşamda istikrarı sağlamak ancak güçlülerin zayıflara karşı korunması ile mümkündür. Bir devletin varlığı için düzenin sağlanması dışında kişilerin ve toplumun ihtiyaçlarının karşılanması gerekir. Bu ihtiyaçlar biyolojik, ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel ağırlıklı olabilmektedirler. Karşılımları için de denkleştirici adalete (yasaların

---

onların doğal ortamında, onlardan biri gibi yaşarken, olayların gelişmesini bekleyerek derlenir. Önceden üretilen hipotezler yoktur, keşfe dayalı bir çalışmadır. Örneğin gençlerin, tüketicilerin, sanal toplulukların (siber etnografya) davranışlarını tespitite başvurulabilir, bkz. BAŞ, AKTURAN, 41-62.

<sup>58</sup> YILDIRIM, ŞİMŞEK, 185-201; BAŞ, AKTURAN, 117-126; İSLAMOĞLU, 188.

<sup>59</sup> YILDIRIM, ŞİMŞEK, 203- 218: Pedagojik bir araç olan mecaz, bilimsel keşiflere de yardımcı olur. Hem sosyal alanda (psikoloji, sosyoloji, uluslararası ilişkiler, ...) hem de fen bilimlerinde kullanılmaktadır.

<sup>60</sup> Diğer bazı dillerdeki durum için bkz. IŞIKTAÇ, METİN, 41.

<sup>61</sup> TROPER, 7, 8: Fizikçiler fiziği, kimyacılar kimyayı tanımlamaya çabalamazken, hukukçular hukuk tanımlı yapmayı vazgeçilmez görmektedirler. Bu durum bir hırsızın emriyle vergi tahsilatının emri arasındaki farkı bulma gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.

<sup>62</sup> DEMİR, Anayasa, 18; UMAR, 12; GÖZLER, 53: Kavram ayrıca idari ve cezainin tersi yani, Özel Hukuk anlamına da gelmektedir. Kavramın daha ayrıntılı açıklaması için bkz. HİRŞ, 20, 21.

herkese aynı şekilde uygulanması) ve sosyal adalete (ihtiyaç sahiplerinin korunması) başvurulmaktadır.<sup>63</sup>

Toplumsal yaşamı düzenleyen kurallar toplumlara, coğrafyaya ve zamana göre değişiklikler göstermektedir. Çünkü, ihtiyaçlar her ortamda aynı olmayıp farklılaşmaktadır. Söz konusu duruma karşın, her devirde ve her toplumda mevcut olan ortak noktalar dikkate alınarak „hukuk“ kavramı için şu **tanım** yapılmaktadır: „*Toplumsal yaşam içinde kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu (Devlet) gücüyle yaptırma bağlanmış toplumsal düzen kuralları bütünü*“dür.<sup>64</sup>

Hukuk türleri bakımından, pozitif hukuk, doğal hukuk ve yargıç hukuku ayrımına tabi tutulabilir. Bir ülkede, belirli bir zaman diliminde yürürlükte olan hukuk kuralları **pozitif** (objektif) **hukuk** olarak adlandırılır. Yürürlükteki (pozitif) hukuk kısmen yazılıdır (mevzu hukuk), kısmen de yazısızdır (örf ve adet). Pozitif hukukun üstünde bulunan, ona yön veren, zaman ve mekan ötesi, adalet beklentilerine en yakın olan kurallar bütününe ise doğal (**tabii**) **hukuk** denilmektedir.<sup>65</sup> Doğal Hukuk doğadan (tabiat, din, akıl) kaynaklanır, olanı değil olması gerekeni (adaleti) içerir.<sup>66</sup> Değinen nedenle ideal hukuk olarak nitelenir.<sup>67</sup> Pozitif hukuk, hitap ettiği toplumun tüm gereksinimlerini karşılayacak kadar ayrıntılı olamamaktadır. Bu nedenle, ortaya çıkan boşluk yargıçların verdikleri kararlar ile doldurulmaktadır. Böylece, ayrıca “**Yargıç Hukuku**” adını alan bir hukuk alanı daha oluşmaktadır.<sup>68</sup>

## II. Hukukun Görevi

Botanik biliminden bağımsız olarak çiçeklerin açmasının mümkün olması gibi, hukuk olmadan da insanlar bir arada yaşayabileceği ifade edilmektedir. Ancak, yine de kişiler doğuştan (fitri) bu gereksinimi hissetmekte ve sosyal düzen kuralları oluşturmaktadırlar. Değinen yönü ile hukuk dile benzetilmektedir. Nasıl kişiler dil kurallarını bilmeden konuşabilmekte iseler, hukuk kendisine ilişkin bir disiplin oluşmadan önce de mevcuttu. İlim olarak hukuk yüksek bir gelişme düzeyine varılınca oluşmuştur.<sup>69</sup>

<sup>63</sup> ATAR, AYAN, KARAHAN, SÜMER, ULUKAPI, ARSLAN, 18, 20; DEMİR, Temel, 15-17.

<sup>64</sup> ZEVKLİLER, ERTAŞ, HAVUTÇU, GÜRPINAR, 1. Değişik hukuk tanımları için bkz. GÜRİZ, 30-32. Tanım çokluğu üzerinde fikir birliği sağlanamamasından kaynaklanmaktadır, TROPER, 13. Hukuk birçok aşama geçirerek evrimini sürdürmüştür. Bu aşamalar şu şekilde saptanmıştır: Sosyal ilişki/eylem aşaması, kolektif alışkanlıklar aşaması, yargılama faaliyetinin kurumsallaşması aşaması, somut/biçimsel hukuk normlarının ortaya çıkması, kanunlaştırma (kodifikasyon) aşaması, hukuk üretme/oluşturma aşaması. Bkz. KOZAK, 14-16. Tanım farklılıkları, sözü edilen evrelerden anlaşılacağı üzere, toplumsal gelişmelere bağlı olarak, hukukun sürekli gelişmesinden kaynaklanmaktadır denilebilir. Hukukun varlığına ilişkin felsefi yaklaşımlar için bkz. BALI, 159 vd.

<sup>65</sup> EDİS, 4; ATAR, AYAN, KARAHAN, SÜMER, ULUKAPI, ARSLAN, 15, 16; DURAL, SARI, 10.

<sup>66</sup> GÖZLER, 54.

<sup>67</sup> SEROZAN, 4.

<sup>68</sup> SÖZER, Yöntembilim, 139 vd.

<sup>69</sup> KOZAK, 1, 2. Henüz hukuk ilminin ortaya çıkmadığı dönemlerdeki bazı toplumların (Sumer, Akad, Babil, Assur, ...) uygulamaları için bkz. aynı eser, 23 vd.



**Toplumsal düzeni sağlar:** Varlık nedeni dikkate alındığında, hukukun toplumsal düzeni sağladığı ifade edilebilir. Nerede bir toplum var ise orada mutlaka hukuk oluşur. Çünkü, hukuk, kişilerin ve toplumun birarada uyum içinde yaşayabilmeleri için gerekli ortamı oluşturur.<sup>70</sup> Hukuk düzeni toplumun üyelerine çatışmalarını önleyecek davranış (karar) modeli sunar (sosyal yönlendirme).<sup>71</sup> Bu ortam menfaat çatışması olan kişiler/gruplar arasında güç dengesi kurularak gerçekleştirilir. Denge ancak kişilerin maddi ve manevi gelişmelerinin sağlanması ile kurulabilir. Eşitlik, güven ve hürriyet dengenin araçlarıdır.<sup>72</sup>

**Hukuki güvenlik sağlar:** Herkesin tabi olacağı kuralı önceden bilmesi, davranışlarını ona uydurmasını sağlar. Hukukta açıklık vatandaşlara güvenlik duygusu verir. Ayrıca, hukuk aynı koşullara tabi olan kişilere aynı şekilde uygulanmalıdır.

**Adalet sağlar:** Kişiler mensubu oldukları devletin kendilerine adil davranmasını bekler. Adaletin denkleştirici (matematik) ve paylaştırıcı türleri mevcuttur. Denkleştirici adalet, kişilerle ilişkilerde, üretilmiş malların ve hizmetlerin değişiminde, edimlerde, hukuka aykırı olarak verilmiş zararların telafisinde kullanılır. Paylaştırıcı adalette, kişilere ihtiyaçları, yetenekleri dikkate alınarak, orantılı dağıtım esas alınır. Matematik eşitlik esasının, herkesin ihtiyacının aynı olmadığı gerekçesi ile eşitsizliğe neden olacağı kabul edilir.<sup>73</sup>

**Sosyal açıdan zayıf olanları korur:** Toplumdaki kişilerin ve grupların güçleri eşit değildir. Güçlülere karşı gücü yeterli olmayanları korumak için devlet düzen kurma ve adalet sağlama görevlerini yerine getirecektir. Bu görevi yerine getirirken sosyal açıdan desteğe ihtiyacı olanlara yönelik ek tedbirler alınması gerekli olmaktadır. Kiracıların, tüketicilerin, işçilerin, çocukların korunması amacıyla Devlet bazı kurallar getirmektedir.<sup>74</sup>

**Toplumsal ihtiyaçları karşılar:** Fertlerin ve toplumun varlığını sürdürebilmesi için temel ihtiyaçlarının sağlanması gerekir. Kişilerin kendi başına temin etmekte zorluk yaşayacağı gereksimleri devlet tarafından karşılanacaktır. Söz konusu ihtiyaçlar önce biyolojiktir. Beslenme, barınma, aile kurma bu tür ihtiyaçlardır. Ayrıca ekonomik (gelir desteği, teşebbüs teşviği...), kültürel, sportif (kitaphane, spor alanları, park yapımı...) ve siyasal (siyasal ve sosyal demokrasi için uygun örgütlenme ortamı oluşturulması) taleplerin de yerine getirilmesi gerekir.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> ARAL, Bilim, 18, 19.

<sup>71</sup> BLASIUS, BÜCHNER, 36, 37. Ayrıca bkz. HİRS, 22.

<sup>72</sup> GÜRİZ, 1, 2. Hukuk ve ekonomik düzen arasındaki ilişki için bkz. UMAR, 16-20.

<sup>73</sup> EDİS, 9-13. Kavram hk. ayrıntılı açıklamalar için bkz. GÜRİZ, 161-171; ÖKÇESİZ, 32; ARAL, Bilim, 37-43.

<sup>74</sup> SEROZAN, 29, 30.

<sup>75</sup> ATAR, AYAN, KARAHAN, SÜMER, ULUKAPI, ARSLAN, 15, 16; DURAL, SARI, 16-20. BERKİ, 11: "Hiçbir fert bediiyatı şöyle dursun mesken, libas, yiyecek ve içecek gibi devamı hayatı için gerekli olan en mahrem şeyleri bile kendi adına tedarik edemez. Cemiyette her fert, müctemi hayatın bir

Yukarıda her ne kadar hukuk için ayrı ayrı görev alanları belirtilmiş ise de, yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bu görevler birbirinden soyutlanmış olmayıp iç içe geçmektedirler. Ayrıca değinmek gerekir ki, görev alanları içinde kalan bazı hususları ayrı bir görev alanı (adalet sağlamak içinde değinilen eşitliği sağlamayı ayrı bir görev olarak görmek gibi) olarak kabul etmek de mümkündür.<sup>76</sup>

### III. Hukukun (Türleri) Düzenleme Alanı

Hukukun bilimselliğinin incelenmesinde, genel kabul gören klasik Kamu Hukuku ve Özel Hukuk ayırımının ve bu ayrıma göre varlığına değinilen hukuk dallarının (Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku...) değil, oluşumunu ve uygulanmasını ilgilendiren hukuk dallarının ele alınması daha uygun olacaktır. Hukuk kurallarının oluşumu yasa yapma öğretisi ile ilgilidir. Uygulanması ise yorum yöntemleri ile mümkündür. Yorum yöntemlerine aşağıda "Uygulama (Tatbikat=Norm Yorumu)" başlığı altında kısaca değinilecektir.

**Yasa yapma öğretisi**, üretilen normun hem yapım yöntemi hem de içeriği açısından önem taşımaktadır. Yapımı bakımından bir bilgi işlemi sürecinden söz edilmektedir. Bu süreç düzenleme konusu ve hukuki şekilden oluşur. Düzenleme konusu, örneğin bir kartel yasasında İktisat Bilimini, aile ile ilgili düzenlemelerde Aile Sosyolojisini ilgilendirir. Dolayısıyla hukukun düzenleme alanı çok geniş olup önceden yasa yapma öğretisi için sınırlı bir alan oluşturulamaz. Bu yüzden, hukukun oluşumunda diğer meslek mensuplarının katkısı daha fazladır. Hukukçular daha ziyade uyumsuzluğa konu olan bir kuralın uygulanmasında görev üstlenirler.<sup>77</sup>

Devlet, 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar, düzen sağlama görevini üstlenmişti. Temel görevi düzeni korumak ve güvenliği sağlamaktır (Gece bekçisi devlet). Ancak, sonraki yıllarda sosyal edimler sunmaya başlaması (sosyal devlet, edim devleti, iktisat devleti) ile devletin görev alanı fevkalade genişlemiştir. Bu durum yasa yapma sürecini de etkilemiş, ilgili düzenleme alanında daha fazla uzmana görev verme gereği ortaya çıkmıştır.<sup>78</sup>

*eksiğini tamamlar ve mecmuun mesaisinden tam bir nizamı maişet doğar, fakat insan akıl ve idrakinin yanında bir takım kuvva ile mahluk olduğundan mütehakkim, menfaatine düşkün ve merhametsizdir. Kendi başına bırakılınca vahşet, tecavüz ve tasallut başlar, huzur ve sukun içinde devam ve cereyanı matlup olan nizamı içtimai esasından haleldar olur. Bunun içindir ki müeyyideler altında bir takım nizam ve kanunlar vaz'ına lüzum hasıl olmuştur."*

<sup>76</sup> Bkz. ATAR, AYAN, KARAHAN, SÜMER, ULUKAPI, ARSLAN, 18, 19. Hukuk, sadece bağlayıcı nitelikte kurallardan oluşmaz ayrıca, sosyal gerçekliği etkilemek için de görev üstlenir. Bkz. BLASIUS, BÜCHNER, 38. Hukuk düzen sağlama dışında oluşturma ve değiştirme aracıdır. FISCHER, 87. Hukukun ayrıca değinilebilecek barış sağlama, özgürlük sağlama gibi diğer görevleri için bkz. ARAL, Bilim, 18-27.

<sup>77</sup> ÖHLINGER, Planung, 2, 3.

<sup>78</sup> ÖHLINGER, Planung, 4; aynı yazar, Alternativen, 18.

Modern ve gelişmiş bir devlette çok sayıda düzenleme bulunur. Örneğin, Almanya'da beş binin üzerinde yasa mevcuttur. Bu sayıya ayrıca, bazı idari birimlerin yasa gibi kabul gören kuralları da eklendiğinde sayı artmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin bir kısmı günlük yaşama ilişkin fevkalade özel ve teknik konuları kapsamaktadır. Değinen özellikleri nedeniyle bu kurallar konuya uzak olan sade vatandaşlar ve hukukçular tarafından değil sadece uzmanları tarafından anlaşılabilir. Açıklanan nedenle, konu hakkında bir uyuşmazlık çıktığında uzmanlar ve hukukçular arasında önemli anlayış farklılıkları doğmaktadır. Edebi olmayan ve pratik uygulamalara yönelik olan teknik normlar genellikle uyuşmazlığa açık ve boşluk doludurlar.<sup>79</sup>

#### IV. Hukukta Araştırma Yöntemleri

Hukuk biliminin diğer bilim dallarında uygulanan yöntemlerden sadece yorumdan (**hermenötik**) yararlanabileceği ileri sürülebilir. Ancak bu bilim dalı, diğer metin bilimlerde (Filoloji,<sup>80</sup> Teoloji) olduğunun aksine, sadece duyumsal olarak tecrübe edilen olgulardan elde edilen objektif bilgilerle meşgul olmaz. Ayrıca, normların dışında, sosyoloji örneğinde olduğu gibi, sosyal olguların doğuşu ve gelişmeleri ile de ilgilenir.<sup>81</sup> Hukuk sadece kağıt ve mürekkebin kimyasal birlikteliğinden doğan normlar değildir. Ayrıca, yeni kuralların (örneğin çalışma yaşamında, eğitimde...) hangi sosyal gerçeklere dayanması gerektiğinin ve getirilen kuralların etkinliğinin nasıl sağlanacağını bilmesi gerekir.<sup>82</sup> Bu açıklamalardan çıkan sonuç, en azından örneğin hukuk sosyolojisinin, suç bilimin hermenötik (yorum) dışında kalan mahiyetine uyan araştırma yöntemlerinden de yararlanabileceğidir. Uygulamada da hukuk sosyologları nitel araştırma yöntemlerinden yaygın olarak yararlanmaktadırlar.<sup>83</sup> Yukarıda araştırma yöntemleri bahsinde değinildiği üzere, tüm bilim dallarında bilgi edinmek için akıl ve sezgiden de yararlanılmaktadır. Keza hukuk bilminde de **akıl yürütme** önem taşımakta, tümevarım ve tümdengelim işlemleri yaygın olarak yapılmaktadır.<sup>84</sup>

Aşağıda “Genel Değerlendirme” başlığı altında “Norm oluşturma süreci” açıklanırken “**yasa yapma öğretisi**” ismini taşıyan yeni norm oluşturma kurallarının bilimsel kurallara bağlandığı açıklanmıştır. Hakkında düzenleme yapılan mane-

<sup>79</sup> <http://de.wikipedia.org/wiki/Rechtswissenschaft> (8.10.2012).

<sup>80</sup> Dilbilgisi ve edebiyat çalışmaları ile aynı anlama gelmeyen **filoloji**, bir dili, o dilde verilmiş ürünlere dayanarak inceleyen, bu yolla bir ulusun ya da uygarlığın kültürel gelişimini, kendine özgü niteliklerini araştıran bilim dalı olarak tanımlanmaktadır. Dilbilgisi, dili sadece niteliği bakımından ele alır. Edebiyat bilgisi ise edebî yapıtların dil, üslup, deyiş ve biçim özelliklerinden doğan sanat değeriyle düşünce hayatının gelişmesindeki rolü üzerinde durur.

<sup>81</sup> BLASIUS, BÜCHNER, 27.

<sup>82</sup> BLASIUS, BÜCHNER, 30, 31.

<sup>83</sup> Tarım toplumundan sanayi toplumuna uzanan süreçte Almanya'da Özel Hukuk örneğinde metodolojik gelişmeler için bkz. DILCHER, 447-466.

<sup>84</sup> ARAL, Bilim, 5, 16.

vi veya maddi her olgunun önce doğası dikkate alınır. Yani, konu hakkında yapılan bilimsel çalışmalar göz ardı edilerek herhangi bir norm yapılması düşünülemez. Bir norm ya doğa bilimlerini ya da sosyal bilimlere ilgilendirecektir. Hakkında (türü ve yöntemleri dikkate alındığında) önceden yeterli bilimsel çalışma yapılmış bir sosyal sorun meclise iletilecektir. Meclisteki yasalaşma sürecinde de istatistik, sosyoloji ve dil bilim gibi bilim dallarından yararlanılarak oluşturulan önerinin uyarlaması (simülasyonu) yapılacak ve sonra meclise sunulacaktır. Ancak değinmek gerekir ki, özetlenen bu çalışma tarzı olanı değil olması gerekeni ifade etmektedir.

#### § 4 Hukukun Bilimselliği üzerine görüşler

**Julius Hermann v. Kirchmann** Berlin'de Hukukçular Birliğinde 1848'de hukukun bilimselliği hakkında özet olarak şu konuşmayı yapmıştır:<sup>85</sup> *Tatbikatçı hukukçulardan hangisine meşguliyetinin boşluğu ve yetersizliği hissi gelmez? Edebiyatın hangi kolunda hukukda olduğu kadar mana ve zevkten azade kitaplar kadar müteşekkil böyle bir yığın vardır? Bir çiçek fizyolojinin mevcudiyetlerini bilmesine gerek kalmadan açar keza, bir hayvan yaşar. Halk gramer bilmeden dilini konuşur. Dolayısıyla, haksuz yaşamamaz ancak hukuk ilmi olmadan da yaşanabilir. Örneğin, hukuk ilminin donukluğuna karşın Yunanistanda kamu ve aile hayatı yeteri kadar zengindi.*<sup>86</sup>

*Ay ve yıldızlar binlerce yıl önce nasıl parlıyor ise idiyeler bu gün de aynı şekilde parlıyorlar.*<sup>87</sup> *Bir gül hala cennete açar gibi açmaktadır. Halbuki, hukuk ilmi bir kanun bulduğunda konusu değişmiştir bile. Bu yüzden yaşanan zamana asla yetişemez. Hukuk ilmi hukukun gelişmesine karşı düşmanca bir tavır almaktadır. Hukuk ilmi tabiat ilimleri gibi konusu ile doğrudan doğruya temas halinde değildir. Hukuk Yahudilere vatandaşlık hakkı verilsin mi? Yahudilerle Hıristiyanlar arasında evlenmeye müsaade edilsin mi? Dayak ceza olarak kalsın mı? gibi konularla uğraşmaktadır. Halbuki, duygu hakikatin ölçüsü olamaz. Ergenliğin yaşı, zaman aşımı süreleri, cezaların miktarı konusunda kim konunun mahiyetinden çıkarak cevap verebilir? Savigny'nin dediği gibi, "Zamanımız kanun koymak için olgunlaşmamıştır."*<sup>88</sup>

*Hububatın başlıca gıdasını havadan aldığı belli iken, hukukun kanunları yanlış da olsalar kendilerini zorla kabul ettirirler. Kaldı ki, muhtevası hakikat dahi olsa kanunların şekli, ifadesi çoğu zaman kusurludur. Boşluklar, tenakuzlar, muğlaklıklar, tereddütler bundan ötürüdür. Şerhlerin, tefsirlerin, monografyaların onda dokuzunun uğraştığı şey, bu tereddütleri gidermektir. Hukukçular yalnız çürümüş tahta yiyen kurt-*

<sup>85</sup> KIRCHMANN, 181-212. Kirchmann'ın bu konuşması sonrası Almanya'da konu hakkında çok sayıda yayın yapılmıştır. Bu yayınlar için bkz. konuşmayı çeviren ÜÇÖK'ün önsözü, 181, dn. 1.

<sup>86</sup> KIRCHMANN, 181-190.

<sup>87</sup> Bu ifade günümüz için doğru sayılmaz. Çünkü, o gün görülen parlayan ışığın çok yıllar öncesine ait olduğu ve bu gün salınan ışığın da ancak yıllar sonra dünyamızdan görüleceği gerçeği ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla, hukuğun muğlaklığına karşın, doğa bilimleri kurallarının kesin olduğu görüşü günümüzde şüphesiz karşılanmaktadır.

<sup>88</sup> KIRCHMANN, 191-197.

lar haline gelmiştir. Kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesi koca kütüphanelerin okkalık kağıt haline gelmesine yeter.<sup>89</sup> Tabiat ilimlerinin yüksekliğine ve en küçük otun dahi bu mertebede olmasına karşın hukuk ilim olmaya layık değildir. Müspet kanunun kaidelerindeki keyfilik, ilmin içine de girer. Şerhlerin en kalın olduğu yerler bu gibi formalitelerin bahse konu olduğu yerlerdir. Millet ilimci hukukçulardan bıkmıştır. İlimle hukuk arasında tenakuz mevcuttur.<sup>90 91</sup>

**HİRŞ'**in aktardığı bazı benzer görüşlere göre, “*Fikir tarihinin bize gösterdiği gibi, bilginler çok defa hayattan uzak kalarak, yeşil masa başında hayranlığımızı çeken hukuk sistemleri tasarlamışlar... Diğer yandan hukuk ilminin gayri ilmi vasfını isbat etmeye çalışan bir bilginin fikrine göre, ... hukuk kaideleri gibi mefhumlar hayal, batıl itikat, sihir (magie) mistisizm olup gerçek değildir. Binaenaleyh, “hukuk ilmi” tabiri altında anılan çalışmalar “ilim” ünvanına layık değildir.*”<sup>92</sup> Hukuk bir bilim dalı olmayıp onun yurd bilgisi, kanun bilgisi veya sadece bir uygulama tekniği özelliği taşıdığı ileri sürülmektedir. O, metafizik gibi inan ve görüşlere dayanan, gerçeğe uymayan, bilim dışı bir imgeleme (tahayyül) den başka bir şey değildir.<sup>93</sup>

Hukukun ilmi vasfı konusunda Fransız matematikçi **PASCAL'**ın şu sözleri oldukça meşhurdur: Kutuptan üç paralel daha uzak yerde hukuk dogmatığı altüst olur. Hakikatin ne olduğunu tayin eden bir meridyen, hak sahibinin kim olduğunu tayin eden birkaç senedir. Ne garip adalettir ki, hudutlarını bir ırmak veya dağ silsilesi çizer. Pirenelerin bu tarafında doğru olan öte yanında yanlış olur.<sup>94</sup> Aynı şekilde düşünen **KIRCHMANN**, kanun koyucunun üç değişik sözünün koskoca kütüphanelerdeki kitapları okkalık kâğıt haline getirdiğini ifade etmektedir.<sup>95</sup>

<sup>89</sup> KIRCHMANN, 198.

<sup>90</sup> KIRCHMANN, 203, 205, 208. Eleştirilerinin yanında önerilerde de bulunan Kirchmanni, hak dağıtımında önceleri meslekten yetişmeyen yargıçların görev yaptıkları dönemlerden Yunanlılardan, Romalılardan ve İngilizlerden örnekler vererek bu durumun o ülkelerin dönemlerinin kudretli devlet olmasına engel olmadığını ifade etmektedir, 208, 209.

<sup>91</sup> *Kirchmann'ın, önce uygulamanın sonra da (keyfi özellikler taşısa da), biliminin doğduğu görüşü başka gerekçelerle desteklenmiştir. Bu görüş doğrultusunda, hukuk bilgi oluşturmaz. Bu yüzden bilim değildir. Bir kişi bağlı gözleri ile karanlık bir odada siyah bir kedi arar ise bilim yapmış olur. Bağlı gözleri ile karanlık bir odada olmayan bir kediyi arar ise felsefe yapmış olur. Kişinin bağlı gözleri ile karanlık bir odada olmayan ancak ansızın bağırarak bir kediyi araması teolojidir (Friedrich Hattendorf, [https://groups.google.com/forum/?fromgroups#!topic/de.talk.jokes/G9Kh\\_fn2j3c](https://groups.google.com/forum/?fromgroups#!topic/de.talk.jokes/G9Kh_fn2j3c) (8.10.2012). **Konu hakkında olumsuz (şu örneklerde olduğu gibi) bazı özdeyişler de söylenmiştir:** Hayal gücü (fantazi) en iyi hukuk eğitiminde kazanılır. Hiç bir yazar eserinde hukukçuların yasaları hazırlarken olduğu kadar özgür davranamaz (*Jean Giraudoux (1882-1944)*)(Fransız yazar ve diplomat). Tahmini bilme olgusu hiç bir bilim dalında hukuk bilminde olduğu kadar tehlikeli değildir (Gustav Randbruch). **Bir oğlum dünyaya gelecek olursa, önce bir hukukçu mu yoksa bir korsan mı olacağını düşünürüm** (*Lord Byron*). Her olgunun iki yönü vardır. Avukatla üç olur. Hukuk ve müzik. İkisi de benzer şekilde armonik ve senkronik (eşzamanlı) olmayabilir ([http://www.fs-jura.uni-kiel.de/de/copy\\_of\\_infos-fuer-erstis/jura-was-ist-das](http://www.fs-jura.uni-kiel.de/de/copy_of_infos-fuer-erstis/jura-was-ist-das)).*

<sup>92</sup> Hirş, 20'den naklen LUNSTED, 936.

<sup>93</sup> HİRŞ, 27.

<sup>94</sup> Bkz. HİRŞ, 30.

<sup>95</sup> HIRSH, 30'dan naklen KIRCHMANN, 37.

**TROPER**, bir hukuk bilimi olup olmadığını “bilim” ve “hukuk” kelimele-  
rine verilen anlama bağlı olduğunu açıklamaktadır. Yazar şöyle demektedir: Hukuk  
bir bilim olmasa bile, hukuku tarif etmeyi görev edinmiş bir bilim düşünülebilir.  
Hukuk, kuralların (buyrukların) özel bir türünden oluşur. Hukuk bilimi ise öner-  
melerden ibarettir. Önergeler doğru ya da yanlış olabilir, buyruklar yanlış olamaz.  
Sigara içilmez buyruğuna itaat etmek reddedilebilir ama bu buyruğa yanlışır de-  
nilemez. Bilgiler bütünü olan bilimdir, hukuk değildir. Söz konusu nedenle hukuk  
bilim olamaz.<sup>96</sup> Hukuk yanında ayrıca hukuk biliminden söz etmek bu konuyu dert  
edinen yazarlar için söz konusudur. Halbuki, hukuk doğrudan doğruya gözlenebilir  
hiç bir gerçekliğe dayanmaz. Örneğin, sofü faaliyetleri bastırmaya yönelik bir ku-  
ralın inançlı biri ve bir sosyolog bakımından anlamlandırılması aynı olmayacaktır.  
Bu yüzden, hukuk biliminin konusunu tanımlama gereği duyulmadan sadece hu-  
kukun kendi tanımını üretmesini yeterli saymak daha caziptir.<sup>97</sup>

Hukukun bilimselliğini kabul etmeyen görüşlere karşı **HİRŞ** konuya ilişkin  
makalesinde şöyle demektedir: Nasıl ki, hekimlik tıp ilmi mahiyetini kazanabilmek  
için fizik, kimya ve biyoloji bilim kollarına dayanmak zorundaysa, hukuk da ilmi  
payesini kazanmak için diğer bilim kollarının yardımına muhtaçtır. Hukuk düzeni-  
nin kurulması için **sosyoloji** gereklidir. Çünkü, bu bilim dalı vasıtasıyla toplumsal  
olgu ve olaylar incelenir ve hangilerinin hukuk düzenine muhtaç olduğu saptanır.  
Hukuk düzeni genel kültürün bir ana fenomeni olduğu için, ilkeler bütünü olan  
**felsefeye** başvurmak zorundadır.<sup>98</sup> Hirş hukukun farklı yönlerini ele aldığı maka-  
lede “İnanç ve Akide” alt başlığında açıklamalarını hukuk denilen kültür fenome-  
ni sübjektiftir,<sup>99</sup> izafidir,<sup>100</sup> ereklidir<sup>101</sup> diyerek sürdürmektedir. Ona göre, sayılan  
sebepler yüzünden hukuk bilme (bilış) den ziyade inanç (itikad), ilimden ziyade  
akidedir.<sup>102</sup> Hukuka dair ileri sürülen teori ve sistemler akidelere dayandığına göre,  
hukuk hakkında itiraz kabul etmez ve tek manalı bir görüşe tesadüf edilmemesi  
hayreti mucip bir şey değildir. Çünkü, inanç ve akidlerin doğru veya yanlış oluşu  
bahis mevzuu olamaz.

Bu tespit sonrası yazar iki ihtimalden söz etmektedir. “*Ya hukuk, tıpkı din ve  
metafizik gibi mahiyeti itibariyle sağın (sahib) ve tam ilmi bir araştırmanın konusunu  
teşkil edemez. Veyahut hukuk tıpkı astronomi, fizik, kimya, jeoloji, biyoloji, tıp ilmi*”

<sup>96</sup> TROPER, 31-34.

<sup>97</sup> TROPER, 48, 49.

<sup>98</sup> HİRŞ, 55.

<sup>99</sup> “Çünkü, bilgin de herkes gibi zaman ve muhitin dini, içtimai, siyasi akide ve hayalleriyle boyanmış bir  
gözlükle dünya ve hayata bakan bir insanoğludur.”

<sup>100</sup> “Mütehassısı bilgin konuyu hukuki bir metod vasıtasıyla tetkik eder ve ancak metodu verdiğini imkan  
nisbetinde incelediği mevzuu kavrayabilir. Bu yüzden edindiği bilgi parçası da nisbi ve izafidir.”

<sup>101</sup> “Çünkü, hukukun fenomenlerini tetkik ve tahlil eden bilgin, ... olan hukukun olması gereken hukuka  
uygun olup olmadığını araştırarak, yürürlükte olan hukuk kaidelerinin tadile muhtaç veya muhafaza-  
sının kabil olduğunu iddia ve ispat etmeye çalışmaktadır.”

<sup>102</sup> **Akide:** İtikad eden kimse nezdinde şüphe sözkonusu olmayan hüküm demektir.

gibi “fikri esaretin zincirleri olan dini, siyasi, mistik akidelerden kurtulabilir.” Birinci şık kabul edildiğinde, hukuk ilmi şimdye kadar olduğu gibi, “nakle dayanan”, konusu tin (ruh) olan bir ilim olarak kalacaktır. Her kılığa giren adam gibi, kanun kisvesine bürünecek, her cebir ve zulmü, her içtimai sistemi hukuka uygun olarak tavsif edilecektir. İkinci yol kabul edildiğinde ise hukuk fikri esaret zincirlerinden ve mistik akidelerden kurtulacaktır.<sup>103</sup> Hukuk, sosyoloji ve iktisat gibi tahminlere dayanan ilimlerin yalancı (kazip) olduğu ileri sürülemez. Hukuk ilmi bir hayalden ibaret sayılamaz. Hekimliğe benzer şekilde hukuk ilminin de temelini biyoloji, psikoloji, ekonomi ve sosyoloji gibi bilimler oluşturur.<sup>104</sup> Hirş hukukun bir bilim dalı olduğu gerçeğinin göz ardı edilmekte olması nedeniyle şu önemli tespiti yapmaktadır: “Umumiyetle devletlerin çoğunda teşri, icra, ve kaza işleriyle meşgul kimselerin büyük bir çoğunluğunu; ruhbilimin ortaya çıkardığı ilmi neticelerden yüzde yüz habersiz, ekonomik, biyolojik ve toplumsal olgu, olay ve münasebetlere ise tamamen yabancı olan kimselerin teşkil ettiğini bir an göz önüne alacak olursak; insan topluluklarını ardsız arasız sarsmakta olan bu içtimai buhran, ihtilaf ve savaşların nasıl olupta bu güne değin olanlardan daha beter sonuçlar doğurmamış olduklarına hayret etmemek elimizden gelmez.”<sup>105</sup>

Saarbrücken Üniversitesinde 2002/2003 kış sömestresinde „Hukuki Düşünceye Giriş ve Çalışma“ konulu toplantısında bir sunum yapan **HERBERGER** „Hukuk Fakültesinde bizim eğitimimiz „bilim“ midir yoksa „ustalık“ mıdır? Yoksa her ikisi birlikte midir?“ sorusunu sorarak şu yanıtı vermektedir: Kanımca, biz malzemenin karmaşıklığından ve teorik ağırlığında doğan sebeplerle bilim öğretmekteyiz. Ayrıca, teorik bilgilerin soyut normların somut olaya uyarlanması bakımından az miktarda sanatçılık anlamında bir yaratıcılık da bulunmaktadır. Bu nedenle hukuki faaliyet bir sanat sayılır. Örneğin bir avukat yasaları müvekkilinin lehine yorumlamakta, eğip bükmektedir.<sup>106</sup>

Hukuki açıdan sanat ne anlama gelir? Savunma söylevi sanat mıdır? Yoksa teorik bilgilerin kullanılması mıdır? Hukukçular her şeyden anlamak zorundadır. Çünkü, anlayış sonuçta kavram üzerine kuruludur. Ancak, önce sanat ve bilimin ortak bir tanımının olup olmadığını bilmeliyiz. Kanımca, biz her ikisini de aynı ölçüde öğreniriz. Çünkü, teori, olmadan uygulama yapılamaz. Ancak, burada bahsedilen sanat, müzik ve edebiyatta olduğu gibi değildir. Hukuğun bilim ve sanat yönü aynı ağırlıkta olup, karşılıklı bağlantıları iyi kurulduğunda başarı elde edilebilir. Eğitim

<sup>103</sup> HİRŞ, 55, 56.

<sup>104</sup> Hirş, bazı hukuk fakültelerinde biyoloji bilimleri dersinin bulunduğunu, ancak günümüzde ruhbilime ilişkin derslerin dahi programlara alınmadığını, bu sebeple bir şahidin tutumunu psikoloji bilgisine sahip olmayan hâkimlerin keyfi olarak yorumlayabileceklerini ifade etmektedir, 59, 60.

<sup>105</sup> HİRŞ, 60.

<sup>106</sup> Olay ve ilgili mevzuatın belirlenmesi zanaatkar çalışmasıdır. Soyut kuralların anlaşılmadığı durumda bilimsel çalışma başlar.

sırasında aldığımız teori daha sonra uygulamada gereken sanat içindir. **Teoriyi**, kuralları belirli ölçüde **bilmeyen sanat icra edemez.**

Şu görüş de ileri sürülebilir. Hukuk ne bilim ne de sanattır, sadece zanaattır. Zanaat hiç teorisi olmayan, sadece tecrübeye dayanan, pratik, neredeyse sadece ağır bedeni çalışmadır. Ancak, bu yaklaşım eskimiştir. Çünkü, bu gün örneğin muhasebe gibi bir mesleği kim ek teorik bilgi olmadan yapabilir? Alet ve edevatı (yasaları) kullanmadan, belirli bir sürede, alışılmış tarza olan bir eser (rapor, karar) oluşturmak mümkün değildir. Hukuk, kişilerin barışçıl bir ortamda birlikte yaşamaları için oluşturdukları yapılardır. Bu açıdan hukukçunun bir evin ısınmasını, suyunu sağlayan zanaatkar ile farklı yönü yoktur ve bir zanaatkar sayılır. Söz konusu nedenle, bilim adamı sanatçı ve zanaatkar sıfatlarının karşılıklı olarak birbirini dışladığı hususu şüphelidir. Bir zanaatkar faaliyetine konu olan obje üzerinde sanatçı gibi çalışabilir. Keza, bazı konularda zanaatkar gibi çalışılarak hukukun büküldüğü (eğriltildiği) durumlar olabilir. Bilim gibi zanaatkarlık da öğretilir.<sup>107</sup>

Konu hakkında görüşlerini açıklayan **BLUM**'a göre: Tanrı, insan hakları, makul ve adalet gibi varlıkları deneysel olarak ispatlanamayan birçok kavrama sahibiz. Gözlem, tecrübe, insani mizaç (din, hukuk algısı) tarihsel süreçteki gelişmeler onların varlıklarını ortaya koyar. Bu gerçekler dikkate alındığında hukuk şu farklı şekillerde görülebilir:

**Durum 1. Sosyal teknoloji olarak hukuk:** Hukuk bir bilim değil sosyal teknolojidir. Amacı insanlar arasındaki ihtilaflar için çözüm önerileri sunmaktır. Bunun için örneğin tarihçilerin kanıtlarına başvurur kendi kanıtlarımız inşa ederiz. Ancak, yaptığımız iş bilimsel olmayıp kes yapıştır işidir.

**Durum 2. Laik teoloji olarak hukuk:** Hukuk deneysel bilim ile felsefe arasında. Yargıçlar laik teologlardır. Kendilerini kardinal gibi kabul ederler. Birçok anayasanın (Almanlar dahil) tanrısal bir çehre (kılıf) taşıması tesadüf değildir. Haklar genellikle güç sahipleri tarafından değil, toplumun kendisi tarafından bulunmuştur. Hakları geçerli saymak için onlar hakkında inanç sahibi olmak gerekir. Bunun için sembolik inanç kaynakları gerekir. Kilise, halk, parti gibi.

**Durum 3. (Diğer bir) yöneltme (yönlendirme) bilimi olarak hukuk:** Hukukçular felsefeci ve teologların yanında yönlendirici bilimlerin temsilcileridir. Hukuk deneysel bulgulara dayalı sosyal, politik, kültürel ve din bilimleri dahil disiplinler arası antropoloji vasıtasıyla erişilen deney üstü kavramlara (hak, makul, şeref, adalet, devlet, tüzel kişi) ilişkindir. Hale ve geleceğe ilişkin olarak insani yaşamın oyun kurallarını düzenler.<sup>108</sup>

<sup>107</sup> HERBERGER, Hukuk: Bilim mi Marifet (hüner) mi? <http://www.jurawiki.de/IstJuraWissenschaft> (8.10.2012): Hukuk bir bilim değildir, zanaatkar çalışmasıdır. Ancak, yargılama ve hüküm vermek bir sanattır.

<sup>108</sup> von Michael Blume, Sind Juristen Wissenschaftler ? Existieren Rechte?, <http://www.scilogs.de/>



Türk Hukukçulardan **SEROZAN** hukukun bilimselliği üzerine şu açıklamayı yapmaktadır : “*Bilim doğanın, toplumun ve düşüncenin oluşum ve gelişim yasalarını, yani nesnel gerçeğin ve bu gerçeğin bilince yansımasının yasalarını pratikte doğruluyarak, yöntemli ve sistemli biçimde bilgi olarak edinip yeniden üreten etkinliktir. Bu olgu karşısında adli tıbbın, karşılaştırmalı hukukun, hukuk tarihinin ve sosyolojinin öz ve biçim yönünden **bilimselliği** asla tartışılmaz.*”<sup>109</sup>

Hukuku **adalet sanatı** olarak niteleyenler de bulunmaktadır.<sup>110</sup> Çünkü, sınılabilir olgularla, kanıtlanabilir vargularla, doğrulanabilir bilgilerle, insan eliyle değiştirilemez yasalarla uğraşmaz. Dolayısıyla, klasik bilimler gibi deskriptif, ampirik ve pozitif değildir. Aksine preskriptif, normatiftir, dogmatiktir, kurgulara, önermelere, varsayımlara dayanır. Yerinde olup olmadığı tartışmaya açıktır. Ancak, hukuk en azından biçimi (**yöntemi**) bakımından **bilimseldir**. Ayrıca, hukuk akademisyenleri nesnel, kanıtlı ve inandırıcı olmak zorundadırlar. Bu yüzden diğerleri gibi eleştirici ve kuşkucudurlar.<sup>111</sup>

Hukuk kuralları akla, sağduyuya, evrensel insan haklarına dayanan, hakkında genel görüş birliğine varılmış düşünsel yargılardır. Varlıkları gelişigüzel gökyüzünde değil yeryüzünde (yaşamda), diğer bilim dallarının yardımıyla (tarih, toplumbilim...) aranır. Yani hukuk hem kurallarının **üretimi**, hem de **uygulanması** aşamaları bakımından tamamen **bilimseldir**.<sup>112</sup>

Hukukun bilimselliği konusunda duyulan kuşkunun onun bilimselleşmesi yolunda katkı sağladığı ifade edilmektedir. **ARAL**'a göre, hukukun asla kanun yapıcının keyfi irade ve arzusunun ürünü olduğu, dolayısıyla bilim sayılamayacağı ileri sürülemez. Hukukun coğrafyaya ve ülkelere göre değişkenliği de bu duruma gerekçe olamaz. Çünkü, diğer bilim dallarında da yeni keşifler eski bilgileri geçersiz hale getirmektedir.<sup>113</sup>

Hukuk değişik açılardan bilimsel araştırmalara konu olmaktadır. Örneğin, salt bir olay olarak incelenebilir. İnsanların karşılıklı davranış ve ilişkilerini inceleyen sosyoloji bilimi hukuki nitelik taşıyan olaylara yöneldiğinde **hukuk sosyolojisi** kapsamına girilmiş olur. Hukuk da toplumsal gerçekliğin bir görünümü olmakla, salt bir olay olarak sosyolojik araştırmalara konu olabilmektedir. Getirilecek yeni normun aksine etkili olmaması ve kağıt üzerinde kalmaması için düzenleme konusu olan sosyal gerçekliğin bilimsel olarak araştırılması gerekir.<sup>114</sup>

chrono/blog/natur-des-glaubens/rechte-und-gesetz/2012-04-09/sind-juristen-wissenschaftler-existieren-rechte (09. April 2012, 18:34).

<sup>109</sup> SEROZAN, 1.

<sup>110</sup> Örneğin bkz. ÖHLINGER, Planung, 3: Hukuk öğrenilebilir bir teknikten ziyade bir sanat sayılır.

<sup>111</sup> SEROZAN, 2.

<sup>112</sup> SEROZAN, 2.

<sup>113</sup> ARAL, Bilim, 7, 20

<sup>114</sup> ARAL, Bilim, 128-139.

Hukuk aynı zamanda bir kültür olayı olarak da incelenebilir. Tinsel bir bilim olan **hukuk tarihinin** en önemli görevi hukuku adalet yaklaşımı ile tarihi bir olay olarak kavramaya çalışmaktır. Hukuk tarihi, hukuki müesseselerin zaman içinde nasıl oluştuğunu ve bağlayıcı hale geldiğini araştırır. Geçmişteki hukuku açıklar, tasvir eder. Böylece, yürürlükteki hukukun daha iyi anlaşılmasına ve yorumlanmasına katkıda bulunur. Ayrıca, kanun koyucuya da yol göstererek geleceğin düzenlenmesine yardım eder.<sup>115</sup>

Hukuk bilimi sadece hukuka konu olan sosyolojik olguları ve geçmişte uygulanan hukuk düzenini değil ayrıca günümüzde uygulanan **pozitif** (meri) **hukuku** da inceler. Dogmatik olan (yürürlükte olmaları nedeniyle, varlık ve hakikatlerine itiraz edilmeden kabul edilen) bu hukuk bilimi, uygulanmakta olan düzenlemelerin içeriğini anlayıp kavramaya yöneliktir. Görevi meri normları uygulanabilir hale getirmektir. Bunun için varsa kusurları kaldırmaya ve boşlukları doldurmaya çalışır. Söz konusu nedenle, pratik bir bilim dalı kimliğini taşır.<sup>116</sup>

Diğer bilim dallarında olduğu gibi, hukuk biliminde de konusu çok dar olan bilim dalları doğmuş, böylece bu bilimde birlik ve bütünlük ortadan kalkmış, bilgi kolları birbirinden uzak kalmıştır. Her kolun kendi içinde derinlemesine yapmakta olduğu çalışmaların bir araya getirilmesi, aralarında uyum (ahenk) sağlanması gerekmektedir. Farklı hukuk dalları arasında gerekli uyumu sağlamak **genel hukuk teorisinin** görevidir. Genel hukuk teorisi, farklı bilgi kollarında bulunan genel ve önemli ilkeleri birbirine bağlamakta, sistemleştirmektedir. Bu çalışma ayrı pozitif hukuk sistemleri için de yapılmaktadır.<sup>117</sup>

ARAL ayrıca bir bilim dalı olarak **hukuk felsefesinin** önemine de değinmektedir. Yazar felsefenin parçalı bilginin değil bütünlük bilginin peşinde olduğunu ifade etmektedir. Aral tarafından da değinildiği üzere, felsefe gerçekliği genişliğine ve derinliğine kavramaya çalışır, bu nedenle de evrensel bilim olarak da adlandırılabilir. Varlığın bütünü köklü bir biçimde kavrayarak bir dünya görüşü oluşturmaya çalışan bu bilim dalı hukuk ile de yakından ilgilidir. Hukuk felsefesi hukukun ne olduğunu, niteliğini saptamaya çalışır. Normların içeriğinin anlaşılması için önce hukukun ne anlama geldiğinin bilinmesi gerekir. Ayrıca, hukuk biliminin çalışmalarında uygulanacak yöntemin belirlenmesi şarttır. Nihayet, olması gereken adaletin ne olduğunun da açıklığa kavuşturulması ve yasa yapıcıya yol gösterilmesi gerekir. Bir bilim dalı olarak hukuk felsefesi tüm bu görevleri üstlenmektedir.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> ARAL, Bilim, 132, 133, 140, 141.

<sup>116</sup> ARAL, Bilim, 128,142, 143.

<sup>117</sup> ARAL, Bilim, 136, 137, 143, 144.

<sup>118</sup> ARAL, 146-151.

## § 5 GENEL DEĞERLENDİRME

Olması gereken (ideal) norm oluşturma süreci yedi aşamalıdır. Tümü de „T“ harfi ile ifade edilebilen bu aşamalar (7 T) bir sorunun temayüzü (1), tespiti (teşhisi)(2), çözümünü için tasarım yapılması (3), sonra konuya ilişkin gerekli olan normun teşkili (yapımı)(4), üretilen normun tatbiki (uygulama)(5), uygulama sonrası doğan aksaklıklar nedeniyle tamiri (6) ve düzeltilmesi sonrası tekrar tatbiki (7) olarak açıklanabilir. İlk dört safha, hukuk üretim bilimini yani yasa yapma öğretisini ilgilendirmektedir. Son üç safha ise hukuk tatbikat bilimini (yöntembilim) ilgilendirmektedir.

### I. Norm Oluşturma Süreci

**İlk aşama (Temayüz):** Bir düzenleme yapılması için önce sosyal dokuda bir rahatsızlığın oluşması veya dokunun geliştirilmesi (toplumsal yapının daha iyi hale getirilmesi) ihtiyacı hissedilmelidir. Bir sorun maddi veya manevi yaşam alanına ilişkin olabilir. Manevi yaşama ilişkin olarak düşünce özgürlüğü, inanç özgürlüğü, laiklik, yaşamına son verilmesi hakkı (ötanezi) örnekleri verilebilir. Maddi yaşama ilişkin olarak ise genetiği değiştirilmiş gıdaların (GDO’lu) üretimi ve tüketimi, sakinlik binaların yıkılarak/ıslah edilerek yeni sağlıklı binaların yapılması (kentsel dönüşüm) gibi konular örnek oluşturur.

**İkinci aşama (Tespit):** Norm konusu olması için bir sorunun varlığı yetmemekte ayrıca, yasa yapıcının gündemine gelmesi gerekmektedir. Meclis ancak sivil toplum kuruluşlarının, siyasi partilerin (iktidar veya muhalefet milletvekillerinin) ve uluslararası güç merkezlerinin (Avrupa Birliği, Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası, Uluslararası Çalışma Örgütü...) girişimi ile yaşayan bir sorunun ciddiyetini ve düzenleme konusu olması gerektiğini kabul etmektedir.

**Üçüncü aşama (Tasarım):** Toplumsal yapıda bir sorun ortaya çıktıktan ve çözüm/tamir/ güçlendirme gerekliliği siyasi irade tarafından kabul edildikten sonra tedavi (çözüm için reçe yazma) çabası başlamaktadır. Tedavi konunun özelliğine göre farklı yöntemlerle gerçekleştirilir. Manevi yaşama ilişkin konularda bir sosyal cihaz oluşturulacak ve etkilerinin anlaşılması için gerçek yaşam koşullarında uygulaması (simülasyon) yapılacaktır. Maddi konularda ise maddi cihaz maketi oluşturulur ve gerçek koşullara uyarlaması yapılır. Bu aşama aşağıda tasarım başlığı altında açıklanmaktadır.

**Dördüncü aşama (Teşkil):** Ortaya çıkan ve varlığı kabul edilip hakkında tasarım yapılan sorun için yasa yapıcı bir düzenleme yapmaktadır. Bir normun mecliste nasıl yapılacağı hususu İdare ve Anayasa Hukukunda düzenlenmiştir. Sürecin bu kısmı teknokratlar (sosyal bilim ve teknik bilim mensupları) tarafından üretilen çözüm seçeneklerinin siyasiler tarafından değerlendirilip ona yasa kisvesi giydirilmesine ilişkindir.

**Beşinci aşama (Tatbikat):** Bu aşamada kabul edilen yasa resmi gazetede ilanı sonrası meriyete girmektedir. Yani, bir sorun hakkında yazılan reçete uygulanmaya, oluşturulan sosyal cihaz kullanılmaya başlanmaktadır.

**Altıncı aşama (Tadil):** Bir düzenleme yürürlüğe girdikten sonra aksayan bazı yanları olabilmektedir. Aksama özellikle sosyal/maddi cihaz maketinin yapımında ve denenmesinde gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanmaktadır. Tatbikat döneminde ortaya çıkan sorunlar yeniden önlem alınması gerekliliği doğurmakta, aksayan yönler için gerekli düzeltmeler yapılmaktadır.

**Yedinci aşama (Tatbikat):** Meriyette olan düzenleme görülen aksaklıklar sonrası düzeltilip tamir edilmiş hali ile tekrar yürürlüğe konulur. Tek bir tamir ile bir yasanın ideal görünümüne kavuştuğu düşünülebilir. Ancak, başlangıçta yapılan ağır tasarım hataları ayrıca gelişen toplumsal yapının doğurduğu gereklilikler nedeniyle özellikle vergi, sosyal güvenlik, gümrük ile ilgili yasalar çok sık değişikliklere tabi tutulmaktadır. Yapılan açıklamaları aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür.

| I. ÜRETİM<br>(Hukuk Üretim Bilimi)<br>YASA YAPMA ÖĞRETİSİ   |  |   |   | II. KULLANIM<br>(Hukuk Tatbikat Bilimi)<br>HUKUKTA YÖNTEMBİLİM |                        |   |
|---|--|---|---|--|------------------------|---|
| 1)<br>Sorunun<br>TEMAYÜZÜ<br>(ortaya çıkışı)  | 2)<br>Sorunun<br>TESPİTİ<br>(Teşhis)   | 3)<br>Çözüm için<br>TASARIM<br>(Similasyon)   | 4)<br>TEŞKİL<br>(Tesis=Yapım)                                       | 5)<br>TATBİKAT<br>(Uygulama)                                   | 6)<br>TADİL<br>(Tamir) | 7)<br>TATBİKAT<br>(Uygulama)                    |
| -Manevi yaşamda (sosyal dokuda)<br>-Maddi yaşamda xGerçek (GDO'lu gıda)<br>-İthal (yabancı şirkete toprak)<br>xSuni (Ermeni tehciri, mil.vek maaş zammı). | -Baskı gruplarının talebi (STK, sosyal gruplar, uluslar arası talep)<br>- Siyasi irade (hükümet programı, siyasi parti talebi) | Tedavi hazırlığı (reçete)<br>Sosyal cihaz maketi<br>Maddi cihaz maketi (Tasarı/ Taslak) | Yasalaştırma (TBMM)<br>-Sosyal cihaz yapımı<br>- Maddi cihaz yapımı | -Norm yorumu<br><br>- Norm/ hukuk boşluklarını doldurma        | Sonuç değerlendirmesi  | -Norm yorumu<br><br>-Norm boşluklarını doldurma |

## II. Sorunun temayüzü (ortaya çıkışı) ve tespiti

Hukuka konu olan sorun alanları ya manevi ya da maddi evrene ilişkindir. **Manevi alana** ilişkin bir sorun kişisel ve toplumsal değer yargılarını ilgilendiren konularda ortaya çıkabilir. Aynı müessese coğrafyaya, milletlere ve zamana göre farklı şekillerde algılanabilir ve değerlendirilebilir. Örneğin, aile ve ulus kavramına verilen önem her toplumda aynı değildir. Doğal olarak bu olgu hukuk düzenlerine de yansımaktadır. Bazı ülkelerde bağlı sigortalı olan eşe sunulan sigorta edimleri

için evlilik bağı koşul iken bazılarında fiili birliktelikler yeterli görülmekte hatta eşcinsel beraberliklere de hukuki sonuçlar bağlanabilmektedir. Bu durumda, değer yargılarına bağlı olan düzenlemelerde devletler arasında farklılık olması doğal bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, **PASCAL**'ın yukarıda değinilmiş olan “*Kutuptan üç paralel daha uzak yerde hukuk dogmatığı altüst olur. Hakikatin ne olduğunu tayin eden bir meridyen, hak sahibinin kim olduğunu tayin eden birkaç senedir. Ne garip adalettir ki, hudutlarını bir ırmak veya dağ silsilesi çizer. Pirenelerin bu tarafında doğru olan öte yanında yanlış olur.*” tespiti garipsenecek değil doğal bir durumu ortaya koymaktadır. Çünkü, dünya ortamında değişik coğrafi alanlarda, aynı zaman diliminde henüz kabile aşamasında olan toplumlardan bilgi çağını yaşayanlara kadar çok geniş bir medeniyet farklılığı bulunmaktadır. Manevi müesseseleri dünya ölçeğinde tek tip çözümlere bağlamak ancak bir fabrikadan üretilmiş gibi (standart) olan toplumlarda mümkün olabilir.

**Manevi** (metafizik) **âleme** ilişkin olarak ortaya çıkan sorunların varlığının tespiti ve çözüm önerilerinin üretilmesi hukukun değil, diğer sosyal bilimlerin hatta bazen fen bilimlerinin görevidir. Laiklik kavramının tanımlanıp sınırlarının belirlenmesi, taşıyıcı annelik olgusunun kabulü, cinsiyet değişiklik taleplerinin değerlendirilmesi, eşcinsel birliktelikler gibi konular fevkalade sübjektif nitelikli olup konu hakkında karar verirken (din sosyolojisi, felsefe, etik gibi) sosyal ve (tıp, biyoloji gibi) doğa bilimlerinden yararlanmak gerekecektir.

Keza, **maddi** (fizik) **âleme** ilişkin olarak ortaya çıkan sorunların varlığının tespiti hukukun görevi değildir. Arz talep dengesi bozulup tüketici zarar gördüğünde, büyük sermayeden küçük sermaye mağdur olduğunda, işsizlik yaygınlaştığında sorunun tespiti ve çözüm önerileri (iktisat, istatistik gibi) sosyal bilimlerde çalışanlar tarafından yapılmalıdır. İstenmeyen e-postalara karşı önlem alınması tüketici derneklerinin isteği ile meclisin gündemine alındığında gerekli çözüm bilişim uzmanları tarafından geliştirilecektir. Ülkenin bitki ve hayvan zenginliğinin korunması, ıslahı (zıraat, genetik...) doğa bilimleri uzmanlarının önerileri ile mümkün olacaktır. Aşağıdaki tabloda, hukuka konu olan bazı (manevi ve maddi nitelikli) sorunlar, ilgili bilim dalları ve bu dallara ilişkin olarak sorunun çözümü için yapılması gerekli araştırma türleri ve yöntemleri örneklendirilmiştir.

## II. SORUNUN ORTAYA ÇIKIŞI ve TESPİTİ (TEŞHİS)

| DÜZENLEME KONUSU  | İLGİLİ BİLİM DALLARI   | ARAŞTIRMA TÜRLERİ   | ARAŞTIRMA YÖNTEMLERİ  |
|---|--|---|---|
| Manevi aleme ilişkin (Metafizik)<br>- Din özgürlüğü<br>- Vicdan özgürlüğü<br>- Laiklik<br>- Yaşamına son verme hakkı (ötaneksi) | - İlahiyat<br>- Felsefe,<br>- Sosyoloji<br>- Tarih,<br>- Etik<br>- Diğer   | Nitel Araştırma<br>- Tekil Olay A.<br>- Eylem A.<br>- Belge inceleme,<br>- Alan A.<br>- Nitel deney A.<br>- Nitel izleme (gözlem) A.    | - (Katımlı) gözlem,<br>- Sorun merkezli görüşme,<br>- Grup tartışması,<br>- Anlatı. |
| Maddi aleme ilişkin (Fizik)<br>- GDO'lu gıda<br>- Depreme dayanıksız yapı<br>- Tıbbi deneyler                                   | - Genetik uzmanlığı<br>- Zıraat müh.<br>- Gıda müh.<br>- Yer bilim<br>- Şehir planlamacılığı<br>- İnşaat müh.<br>- Diğer | Nicel Araştırma<br>- Temel A.<br>- Uygulamalı A.<br>- Tarama A.<br>- Deneme A. (lab.)<br>- Doğal ortam A.<br>- Tanıtıcı A.<br>- Alan A. | - Gözlem,<br>- Görüşme (Anket, mülakat)<br>- Yazışma,<br>- Belge tarama.            |

Sorunları ait oldukları evren dışında ortaya çıkış şekillerine göre de gerçek ve suni olmak üzere bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. Yapılan ayırım üretilen normun bilimle ilgisini saptamak bakımından önem taşımaktadır. **Gerçek sorun**, fertleri ve toplumun yaşam koşullarını olumsuz etkileyen bir olgunun varlığını ifade eder. Genetiği değiştirilmiş organizmaların gıda olarak tüketiminin uygun olup olmadığının karara bağlanması, erezyonun ülkenin toprak zenginliğini tehdit etmesi nedeniyle önlem alınması gerekliliğinin doğması örneklerinde olduğu gibi. Bu halde ortada gerçek bir sorun vardır ve çözüm seçenekleri yasa yapıcıya ilgili alanlarda çalışan bilim insanları tarafından sunulacaktır. **Suni sorun**, bazı ulusal veya uluslar arası güç odaklarının hukukun varlık nedenine uymayan taleplerinden kaynaklanır. Örneğin, milletvellerine ayrıcalıklı maaş veya emeklilik ödemeleri, ermeni tehciri sebebiyle ülkemize yönelik talepler gibi. Sonuncu olanı ülkemize ihraç edilen bir suni sorundur ve tüm suni nitelikli olanlarının bilimsel herhangi bir yönü bulunmamaktadır.

## III. Çözüm için tasarım gerçekleştirme

Sorun ortaya çıktıktan ve uygulanan araştırma (türleri ve) yöntemleri ile varlığı ve çözümüne ilişkin seçenekler belirlendikten sonra sürecin bir sonraki aşaması olan tasarıma (düzenleme yapmaya) geçilir. Hukukun (özellikle sosyal hukuk) aynı zamanda yeni bir toplumsal gerçeklik oluşturma görevi de üstlenmesi nedeniyle bu yeni düzen için de öneriler geliştirilir. Tasarım yapılan bu üçüncü aşamaya ilişkin olarak Avrupa'da özellikle Almanya, İsviçre ve Avusturya'da geliştirilmiş ve norm haline getirilmiş uygulamalar bulunmaktadır. Avrupa Birliğinde konuya ilişkin olmak üzere bazı raporlar hazırlanmış, bazı kararlar alınmış ve sözleşmeler kabul edilmiştir.

“**Daha İyi Yasa Yapma**” başlığını taşıyan bu çalışmalarda bir diğer adlandırma ile “yasa sonuçlarının tahmini” (Gesetzesfolgenabschaetzung) yapılmaktadır.

Ülkemize “**Düzenleyici Etki Analizi**”<sup>119</sup> olarak adlandırılan bu tasarım çalışmasına bir ön değerlendirme ile başlanır. Öze ilişkin olarak önce uyma, yararlılık ve verimlilik değerlendirmesi yapılması gerekmektedir. Örneğin, araçlarda kemer takma zorunluluğu konusunda herkes uyar mı ? (uyma ölçütü), takılacak kemerin olası zararlara karşı faydaları (yararlılık ölçütü) ve araçlara kemer eklemek için yapılacak tadilat giderleri (verimlilik) hususlarına açıklık getirmek gerekir. Yapılan çalışmanın sağlıklı olması için irdelenen hususlara ilişkin olarak istatistikî bilgilere de ihtiyaç duyulacaktır. Eldeki veriler dikkate alınarak yapılacak etki analizi için bilişim teknolojilerinden yararlanılarak bazı sosyal modeller oluşturulur.<sup>120</sup>

Etki analizi kapsamında ayrıca devlet politikasına ilişkin gereklilik (siyasi değerlendirme), norma ilişkin değerlendirme ve normun tipi çalışmaları yapılır. Devlet politikasına ilişkin gereklilik siyasi değerlendirme anlamına gelmektedir. Norma ilişkin değerlendirme normun düzeyi (anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik), dili (anlaşılabilirlik), okunabilirlik, yoğunluk (aşırı yüklü olmama) ve meri hukuk düzenine uyumunun gözetilmesidir. Normların deneysel yasa (günbatımı yasaları),<sup>121</sup> işlevsel yasa (deneye ihtiyaç yoksa) ve sembolik (vitrin) yasa olarak farklı tipleri mevcuttur. Son olarak bu hususta da bir karar verme gereği bulunmaktadır.<sup>122</sup>

Konuya ilişkin olarak ülkemizde Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile TBMM Genel Sekreterlik Teşkilat Kanunu yürürlüktedir. **Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik**'te taslak hazırlamada uyulacak ilkeler (Md. 4),<sup>123</sup> görüş alma (Md. 5), taslakların şekli (Md. 10) gibi konular düzenlenmiştir. Yönetmelik Ek- 1'de “Düzenleyici Etki Analizinde Yer Alacak Hususlar” başlığı altında tasarım aşamasında yapılacak işlemler açıklanmıştır.<sup>124</sup>

<sup>119</sup> Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG: 17/2/2006, 26083. Md. 3/1-c: “Düzenleyici etki analizi: Taslağın bütçeye, mevzuata, sosyal, ekonomik ve ticarî hayata, çevreye ve ilgili kesimlere etkilerinin ne olacağını göstermek üzere hazırlanan ön değerlendirmeyi, ... ifade eder.”

<sup>120</sup> SÖZER, Yeni, 78 vd.

<sup>121</sup> Örneğin, 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun” şeklinde olan adı 2.11.2011 tarih ve 28103 sayılı R.G.'de yayımlanan, 11.10.2011 tarih ve KHK/663 sayılı KHK'nin 58/10-a. maddesi hükmü gereğince yenilenmiştir.

<sup>122</sup> SÖZER, Yeni, 89. Norm koymanın felsefi temelleri açısından bir değerlendirme için bkz. BALI, 158 vd.

<sup>123</sup> Md. 4/1: “... a) Taslaklar üst hukuk normlarına aykırı olamaz. b) Taslaklar düzenleme amacına uygun olarak hazırlanır. c) Taslaklar hazırlanırken yargı kararları gözönünde bulundurulur.

<sup>124</sup> Bu hususlar “**1- Düzenlemenin hazırlanmasını gerekli kılan *sebeplerin neler olduğu, düzenlemenin türünün doğru seçilip seçilmediği.***

**2- Düzenlemenin muhtemel *fayda ve maliyetlerinin neler olduğu, faydaların maliyetleri haklı çıkarıp çıkarmadığı.***

**3- Düzenlemenin bütçeye *ek mali yük* getirip getirmediği, getiri-yorsa yaklaşık maliyetin ne olduğu.**

**4- Düzenlemenin yeni bir *teşkilat* kurulmasını veya *kadro* ihdasını öngörüüp öngörmediği ve bunların gerekli olup olmadığı.**

Değinmek gerekir ki, Avrupa Birliğine uyum kapsamında çıkarılmış bulunan söz konusu yönetmelik AB'ye uyum için çıkarılan düzenlemelerde dahi dikkate alınmamakta, herhangi bir ciddi bilimsel veriye dayanmadan, sadece siyasi tercihlere dayalı norm üretme alışkanlığı devam etmektedir.<sup>125</sup>

13.10.1983 T. ve 2919 Sayılı **TBMM Genel Sekreterlik Teşkilat Kanunu** ile düzenlenen Meclis Genel Sekreterliği teşkilatının görevleri arasında (Md. 1) “Komisyonlarda görevli uzmanlar marifetiyle; kanun tasarı ve tekliflerini komisyonlara takdim etmek, komisyon raporlarını hazırlamak, talep halinde milletvekillerince verilen prensipler çerçevesinde kanun teklifi taslaklarını hazırlamak” da (Md. 3/I-b) bulunmaktadır. Genel Sekreterliğin bu görevlerini ifası bakımından Genel Sekreter Yasama Hizmetleri Yardımcılığı görevi ihdas edilmiştir (Md. 2/I). Halen TBMM’de 50’yi aşkın yasama uzmanı görev yapmaktadır.<sup>126</sup>

Mecliste ayrıca yasama faaliyetlerine destek sağlanması için milletvekili danışmanı istihdam edilmektedir. Danışmanlar TBMM Başkanlık Divanı ile bağitlanan iş sözleşmesi ile çalıştırılmaktadır. Görevleri ilgili sözleşmede “*Bu sözleşme esaslarındaki Danışman görevi, Milletvekillerine yasama ve araştırma faaliyetlerine yardımcı olan sözleşmeli personeli kapsar.*” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>127</sup> Ancak, uygulamada danışmanların yasama faaliyetlerine katkıdan ziyade sekreterlik hizmeti verdiği bilinmektedir.

**5- Düzenlemenin sosyal, ekonomik ve ticari hayata, çevreye ve ilgili kesimlere etkilerinin neler olacağı.**

**6- Düzenlemenin kırtasiyeciliği ve bürokratik formaliteleri artıran yönlerinin bulunup bulunmadığı.**

**7- Düzenleme yapılırken ilgili tarafların görüşlerini beyan etme fırsatı bulup bulmadığı.**

**8- Düzenlemenin uygulanabilir olup olmadığı, düzenlemeye uyumun nasıl sağlanacağı, uygulamanın nasıl takip edileceği.**

**9- Düzenleme ile yetki ve sorumluluk verilen idarenin doğru seçilip seçilmediği.**

**10- Düzenlemenin etkilerinin nasıl ölçüldüğü.**” şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>125</sup> Düzenleyici etki analizi kavramı ve “Türkiye’deki Kamu Laboratuvarlarının Yasal Çerçevesinin Yeniden Düzenlenmesi” konulu bir çalışma örneği için bkz. DURNA, 115 vd, 132 vd.

<sup>126</sup> Aktarılan düzenlemeler yeterince dikkate alındığında yasaların daha düzeyli olması mümkün olacaktır. Ancak, uygulamada meri düzenlemelerin gerekçeleri dahi fevkalade yetersizdir. Çünkü, genellikle gerekçe olarak madde metni aynen tekrar edilmektedir. Bkz. KUÇURADİ, 17.

<sup>127</sup> TBMM Milletvekili Danışmanı Çalıştırılması Hakkında Hizmet Sözleşmesi Esasları Md. 4. TBMM Başkanlık Divanı Karar Tarihi, 14/6/1999. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/genser/e2.html>.



### III. TASARIM (Yasa yapma Öğretisi)

| KONU                    | MALZEME SAĞLAYANLAR  | TASARIMCILAR   |
|-------------------------|--|--|
| İnanç özgürlüğü         | <ul style="list-style-type: none"> <li>- İlahiyatçı</li> <li>- Felsefeci,</li> <li>- Sosyolog</li> <li>- Tarihçi</li> <li>- Diğer</li> </ul> | Sosyal/maddi cihaz (ambalaj) yapımcıları<br>Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (Düzenleyici Etki Analizi)<br>Ön değerlendirme yapılır:<br>- Uyuma ölçütü (kemer takma mecburiyeti/sigara yasağı),<br>- Yararlılık ölçütü (olası zararları düşürme),<br>- Verimlilik ölçütü (gerçekleştirme masrafı).   |
| GDO'lu gıda             | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Gen uzmanı</li> <li>- Ziraat müh.</li> <li>- Gıda müh.</li> </ul>                                   | İstatistiki çalışma yapılır.<br>Bilişim teknolojisiyle farklı sosyal modeller oluşturulur.<br>Normun tipi saptanır.<br>- DeneySEL (pilot) yasa (Günbatımı yasaları): Aile Hek. Hk. K.<br>- İşlevsel yasa (deneye gerek yoksa): BK, TTK...<br>- Sembolik (vitrin) Yasa<br>Normun özünü içeren cihazın/ambalajın hazırlanması<br>- Normun düzeyi (Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik, ...),<br>- Dilde anlaşılabilirlik (lesbarkeit),<br>- Okunabilirlik,<br>- Yoğunluk (aşırı yüklü olmama).<br>- Hukuk düzenine intibak<br>TBMM Genel Sekreterlik Teşkilat Kanunu<br>Yasama uzmanlığı (Halen 50 kadar uzman)<br>Özellikleri: Hukuk, dil bilim, iktisat, siyaset, sosyoloji, felsefeye hakimiyet. |
| Depreme dayanıksız yapı | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Jeolog</li> <li>- Şehir planlamacısı</li> <li>- İnşaat müh.</li> </ul>                              |  |

### IV. Uygulama (Tatbikat=Norm Yorumu)

Meriyete giren bir normun tatbikinde olayın tespiti, normun tespiti, çıkarılma ve sonuç işlemleri yapılmaktadır (Hukuki retorik). İlk aşamada, olayın nasıl gerçekleştiğine ilişkin yeterli bilgi sahibi olunması gerekir. İkinci aşamada, olaya uygulanacak norm(lar) tespit edilir. Üçüncü adımda (çıkarsama), bulunan normun içeriği çözümlenmeye çalışılır. Bu aşamada, bilinen yorum yöntemleri uygulanarak normun anlamı açıklığa kavuşturulur ve olaya uyarlanır. Aşağıdaki örnekte söz konusu işlem aşamaları açıklanmaktadır.

**Olay:** Bir işçi 15 Mayıs 2006 günü sabah işe geç kaldığı için, acele ile iş elbisesini giymeden kendi kıyafeti ile iş başı yapar. Makine tezgâhının başında çalışan kişi ceket yeninin makineye sıkışması nedeniyle kolundan yaralanır. Sakat kalması sonucu sigortalıya bağladığı kalıcı işgöremezlik gelirini gerekçe göstererek Sosyal Güvenlik Kurumu işverene rücu davası açar. Dava devam ederken olaya uygulanacak olan 506 SK yerine 5510 SK yürürlüğe girer.

**İlgili mevzuat:** Olay önceki düzenleme olan Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde gerçekleşmiştir. Bu itibarla, rücu ile ilgili olan 506 SK Md. 26'nın bilinmesi

gerekir. Değınilen düzenlemeye göre, : “**İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliğı ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi** veyahut suç sayılabilir bir hareketi **sonucu olmuşsa**, Kurumca sigortalıya veya haksahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü **giderlerin tutarları İLE gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22 nci maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı (...)** Kurumca işverene ödettilir. İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.”

Dava devam ederken Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu yürürlüğe girmiştir. Aynı konuyu düzenleyen norma (5510 SK Md. 21) göre: “**İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliğı mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse**, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca **işverene ödettilir**. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.”

Kurumun açacağı davada, rücu hakkı veren düzenleme dikkate alındığında, olaya ilişkin olarak, işverenin işgüvenliğı mevzuatına aykırı bir hareketinin olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu konuda **Makina Koruyucuları Yönetmeliğı**<sup>128</sup> bazı önlemler getirmiştir. Örneğın, “Koruyucular, operatör ile makina ve tezgahta görevli diğeri personeli kaza, iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı koruyacak, parça sıçraması, gaz, toz intişarı gibi durumları da önleyecek nitelik ve biçimde olacaktır. Koruyucular, tezgahla doğrudan ilgisi olmamakla birlikte tezgah veya makina çevresinde bulunanların da hareket eden kısımlarla temasını önleyecektir.” (Md. 4). Koruyucu aralığı başlıklı bir diğeri maddede “Pres giyotin ve benzeri tezgahlarda koruyucu aralığı ile operasyon noktasına olan uzaklıklar aşağıda verilmiştir.” denilerek olması gereken aralıklar mm. cinsinden belirlenmiştir (Md. 7). İlgili Yönetmelik ile koruyucular hakkında “**İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğı Tüzüğü**” hükümlerine atıfta bulunulmuştur (Md. 8).<sup>129</sup> Bu Tüzüğün “İşyerlerindeki Makinalarda ve Tezgahlarda Alınacak Güvenlik Tedbirleri” başlıklı İkinci Bölümünde (Md. 142-201) konu hakkında daha ayrıntılı teknik kurallar getirilmiştir. “Transmisyon tertibatı”, transmisyon milleri”, “tahrik makinaları”, “volan” gibi teknik tabirlerin kullanıldığı söz konusu kurallar ergonomi ve makine mühendisliğı bilimi verileri dikkate alınarak norm olarak kaleme alınmışlardır. Değınilen nedenle, bu kurallara uygunluğun saptanması için seçilen bilirkişiler arasında makine mühendisleri de olmaktadır.

<sup>128</sup> RG:17.05.1983, 8050. Md. 3: “**Makina**” deyimi; bir tür enerjiyi başka bir tür enerjiye çevirerek veya insan gücü ile belirli işler yapan çeşitli kısımlardan meydana gelmiş araçları, “**Koruyucu**” deyimi; makinaların transmisyon düzenlerinde hareketli parçalarında ve operasyon noktalarında kullanılan koruma düzeni ile güvenli olmayan durumlarda kullanılacak durdurma sisteminin tümünü,... belirtir.”

<sup>129</sup> RG: 11.01.1974, 14765.

### Çıkarsama:

Çıkarsama için aktarılan normların yorumlanması gerekmektedir. Bilinen yorum yöntemleri lafzi, tarihi, gai (amaca uygunluk), sistematik ve anayasaya uygunluk yorumlarıdır.

Önce lafzi yorumdan başlanabilmesi için olaya (meydana geldiği tarihteki mi yoksa karar anındaki mi?) uygulanacak normun bulunması gerekir. Eğer bu hususu düzeleyen bir yasa kuralı yok ise konu değerlendirmeye açıktır.

Sistematik yorum: Yargıtay, **önceki** yasa (506 SK Md. 26) döneminde meydana gelen bir **olayda** Kurumun işverene rücu hakkını sınırlayan **yeni düzenlemenin** (5510 SK Md. 21) **uygulanamayacağı** sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, “*anulan Kanunda, yürürlüğü öncesinde gerçekleşen olaylardan kaynaklanan rücu tazminat davalarında uygulanmasına olanak veren bir düzenleme bulunmadığı ve genel olarak Kanunların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) gereğince, davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun 10 ve 26 ve 87 maddeleridir. ...*”<sup>130</sup> Bu kararda Yüksek Mahkeme kanunların geçmişe etkili olmaması genel kuralından söz ederek, önceye etki için açık bir normun varlığını aramıştır. Ancak, derhal yürürlüğe girme müessesesinden bahisle, sözü edilen durumlarda önceye etkinin değil, hakkında henüz karar verilmemiş bir olaya, karar anında meri olan kuralın uygulanmasının uygun olacağı ifade edilmektedir.<sup>131</sup> Burada yapılan işlem bilim üretmek değildir. Ancak, olaya uygulanacak kuralı bulma gayreti, bu tür gayretler ile bulunan hukuki kavramlar (önceye etki yasağı, derhal yürürlüğe girme) ile sonuca ulaşmak, en azından bir zenaat çalışması anlamına gelmektedir. Eski ve yeni kuraldan hangisinin uygulanacağını bulma çabası ise sistematik yorumdur. Ayrıca, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin normların da olaya uygulanması bu yorumun gereğidir.

Lâfzi yorum: Olaya yeni kuralın uygulanacağı tespiti yapıldıktan sonra 5510 SK Md. 21’in metninin anlaşılması gerekir. Kurumun rücuda isteyebileceği bağladığı gelirin sermaye değeri düzenlemede “*gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı*” olarak ifade edilmiştir. Yani, Kurum sigortalıya gelir bağladıktan sonra bu gelirden yapacağı artışların karşılığını sonradan işverenden talep edemeyecektir.

Tarihi yorum: Kurumun rücu alacağını sigortalıya bağladığı gelirin ilk peşin sermaye değeri ile sınırlı olduğu hususu düzenlemedeki açıklıktan anlaşılabilir. Yukarıda değinilen 506 SK Md. 26 döneminde ise rücuyla ilişkin davalarda mahkemeler gelirin sermaye değerini ilk peşin tutar ile sınırlı tutmamakta, sonraki artışları da kapsama almaktaydılar.<sup>132</sup> Bu durumun önüne geçmek için yasa yapıcı yeni düzenlemeyi getirmiştir.

<sup>130</sup> Y., 10. HD. E. 2008/20353, K. 2010/5609, T. 19.4.2010. Aynı yolda bkz. Y.10. HD, E. 2010/8249, K. 2010/12088, T. 23.9.2010; Y., 10. HD, E. 2008/20353, K. 2010/5609, T. 19.4.2010.

<sup>131</sup> SÖZER, Önceye etki.

<sup>132</sup> Halbuki, dil bilim kuralları dikkate alındığında, normun lafzı ileride yapılacak harcamaları sadece giderler ile sınırlı tutmaktaydı. Buna karşın içtihat aksi yolda oluşmuştur.

Gai yorum: Kurumun rücu hakkını bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri ile sınırlamak yasa koyucunun önceden sağlayamadığı iş yeri barışını devam ettirmek, (birden fazla dava açılmasını engelliyerek) dava ekonomisini ve teşebbüs özgürlüğünü gerçekleştirmeye hizmet etmektedir. Bu itibarla, olaya sınırsız rücu uygulamasına neden olan önceki düzenleme Md. 26 yerine sadece bir kez rücuya olanak tanıyan yeni düzenleme 5510 SK Md. 21'in uygulanması uygun düşmektedir.

Anayasaya uygunluk yorumu: Anayasa Mahkemesi, önceki düzenleme olan 506 SK Md. 26'nın uygulama şeklinin lafzına aykırı olduğuna ilişkin olarak birçok karar vermiştir. Bu kararlara karşın Yargıtay uygulaması hem Anayasa'ya, hem de Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırı olarak devam etmiştir. 5510 SK Md. 21'in metni Anayasa'ya ve Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen kararlarına uygun düşmektedir.

**Sonuç:** Dava konusu olaya 5510 SK Md. 21'in uygulanması sonucu, işveren den Sigorta Kurumu tarafından sigortalıya bağlanan sürekli işgöremezlik gelirinin ilk peşin sermaye değerinin istenmesi yasalıdır. Ancak, doğan işkazasından işverenin sorumlu tutulması için iş sağlığı ve iş güvenliği düzenlemelerine uymadığının saptanmış olması gerekir. Olayın gelişme şekli ve ilgili mevzuat dikkate alındığında, işverenin sigortalıyı koruma yükümünü ihlal etmiş olduğu anlaşılmalı, Md. 21'in uygulanması yani işverenin Kurumun talebi olan peşin sermaye değeri tutarını ödemesi gerekmektedir.

Meclis tarafından kabul edilip meriyete konulan bir kuralın uygulanmasında yukarıda sözü edilen yorum yöntemlerine başvurulması önemli ölçüde zihinsel çaba gerektirmektedir. Bu çaba sırasında tüme varım, tümünden gelim gibi **mantık** yöntemleri kullanılmakta, araştırma yöntemlerinden **belge incelemesine** (yasa metinleri, yargı kararları...) başvurulmaktadır. Ayrıca, işyerinde meydana gelen kazanın iş kazası olup olmadığı ve olayda tarafların kusurlarının belirlenmesi **teknik** bir **incelemeyi** gerektirmektedir. Ancak, konuya ilişkin olarak hazırlanması gereken bilirkişi raporu da bilimsel bir ürün olmayıp bir zenaatkarlık faaliyeti olarak nitelebilir. Çünkü, yapılan faaliyet bilimin tanımına uymamaktadır.

## SONUÇ

Bilimin evrende var olan **tüm olayları** ve olguları tanımlama, bunlar arasındaki nedensellik ilişkilerini bulma ve saptanan ilişkileri genelleştirip teoriye dönüştürme faaliyeti olduğu hususu daha önce ifade edilmişti. Hukuk ise "*toplumsal yaşam içinde kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu (Devlet) gücüyle yaptırıma bağlanmış toplumsal düzen kuralları bütünü*" dür.

**Tanımı** gereği, bilimin ilgi alanı içine tüm evren girmektedir. Hukuk ise toplumsal yaşam ile ve bu yönüyle evrenin bir parçasıyla ilgilenmektedir denilebilir. Ayrıca, bilim ilgi alanına aldığı tüm olay türleri ile ilgilenmekte, hukuk ise sadece kişilerden yola çıkmaktadır. Ancak, toplumsal yaşamın evren ile sıkı bir birliktelik

gerektirdiği ve kişilerin evrenle güçlü bir bağı olduğu hususunu göz ardı etmemek gerekir. Bilimde nedensellik bağlarını bulma ve teori oluşturma amacı onun özelliklerini oluşturmaktadır. Hukukun tanımında bu hususlar bulunmamaktadır. Söz konusu duruma karşın, hukukun bilim sayılıp sayılamayacağına ilişkin bir karara varmadan önce, bilimin ve hukukun görevlerini de değerlendirmek gerekir.

Bilim anlama (nedir?), (hipotez, kuram veya yasa düzeyinde) açıklama (niçin?) ve kontrol **görevlerinden** en az birini yerine getirmektedir. Hukuk ise toplumsal düzeni sağlar, hukuki güvenlik sağlar, adalet sağlar, sosyal açıdan zayıf olanları korur ve toplumsal ihtiyaçları karşılar. Bu görevler bilimin kontrol görevi ile örtüşmektedir. Değınmek gerekir ki, kontrol ancak anlama va açıklama aşaması tamamlanmış bilgiler ile mümkündür. Söz konusu nedenle, hukukun görev ölçütü bakımından bilimden ayrı düştüğü sonucuna varılamaz.

Bilim **türleri** dikkate alındığında, hukuk sosyal bilimler kapsamına girmektedir. Bilimle olan bağı netleştirmek için hukuku bilim ve uygulama kısımlarına ayırmak gerekir. Yasama faaliyetinde bulunma, yukarıda açıklandığı üzere, kurallarına uygun yapıldığı takdirde, bilimsel bir içerik taşıyacaktır. Çünkü, düzenleme konusu olan sosyal sorunun tespiti ve norm haline getirilmesi süreci tamamen bilimseldir. Bu durum özne maddi alemle ilgili olduğunda da, manevi alemle ilgili olduğunda da geçerlidir. Doğa bilimlerinin kurallarına ve sosyal bilimlerin gereklerine uyulmadan üretilen normlar etkin olmayacak ve sosyal düzeni tesis etme ve geliştirme yerine bozucu etki gösterecektir.

**Yasa yapma** süreci bilimsel nitelik taşımakta iken, uygulama süreci için aynı sonuca varmak kolay olmayacaktır. Çünkü, kural olarak uygulayıcının -çözmek zorunda olduğu sorun bakımından-, olaylar arasında nedensellik ilişkisi kurmak ve bu yolla bir teoriye ve norma (yasaya) ulaşmak gibi bir görevi bulunmamaktadır. Zaten var olan bir normun uygulanması söz konusudur. **Uygulama faaliyeti** ise sanat ya da zenaat olarak vasıflandırılabilir. Ancak değınmek gerekir ki, mevcut olan yasa veya hukuk boşluğunu doldurma gereği ortaya çıktığında uygulayıcı kural getirmek zorunda kalabilir. Bazı durumlardan uygulayıcı mevcut normu göz ardı ederek (yasaya karşı yargıç hukuku) yerine daha adil bir kural getirme çabasına girebilir. Söz konusu durumlarda (Anayasa'nın temel kurallarının ve meclisin yargıca yetki devri sonucu) verilen kararlar ile "yargıç hukuku" gerçekleşmektedir. Bu hukukun etkinliği bilimsel araştırma yöntemlerine uygun olarak kural oluşturulmasına bağlıdır. Yargıç (kıyas, tümevarım, tümdengelim gibi mantık kurallarından yararlanarak) kendi başına ayrıca (bilirkişilerden ve bilimsel heyetlerin desteğinden yararlanarak) diş yardımla kural üreterek sonuca varacaktır.

Doğa bilimlerinin veya sosyal bilimlerin araştırma aşamasında görev alanların faaliyetleri bilimsel çalışma sayılacaktır. Ancak, bir yargıcın veya avukatın konumu, bu bilim dallarında araştırmacı olmayıp uygulama görevi olan hekim, mimar, mühendis ve biyologdan farklı değildir.

**KAYNAKÇA**

- ARAL Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, 2007 (Bilim).
- ARLI Mine, NAZİK M. Kamil, Bilimsel Araştırmaya Giriş, Ankara, 2010.
- ATAR Yavuz, AYAN Mehmet, KARAHAN Sami, SÜMER Haluk Hadi, ULUKAPI Ömer, ARSLAN İbrahim, Temel Hukuk Bilgisi, Konya, 2000.
- BALI Ali Şafak, Felsefi Bakışla Norm Koyma: Bilim mi, Sanat mı? Norm Koyma ve Hüküm Verme, Ankara, 2011.
- BAŞ Türker, AKTURAN Ulun, Nitel Araştırma Yöntemleri, NVivo 7.0 ile Nitel Veri Analizi, Ankara, 2008.
- BERKİ Ali Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara, 1948.
- BULUT Nihat, Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu, AÜEHFD, 1-1/2005, 23-39.
- ÇAĞIL Orhan Münir, Hukuk Metodolojisi Dersleri, İstanbul, 1952.
- DEMİR Fevzi, Anayasa Hukuku, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, İzmir, 2012 (Anayasa).
- DEMİR Fevzi, Hukuka Giriş ve Temel Kavramlar, İzmir, 2012 (Temel).
- DERBİL Süheyp, Kavram Bilimleri ve Hukuk, AÜHF Dergisi, 4/1945, 18-39.
- DURAL Mustafa, SARI Suat, Türk Özel Hukuku, C:I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2005.
- DURNA Doğan, Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları, Ankara, 2009.
- ERKUŞ Adnan, Davranış Bilimleri İçin Bilimsel Araştırma Süreci, Ankara, 2009.
- FISCHER, Planung der Gesetzgebung im politischen System, Methodik der Gesetzgebung, Legistische Richtlinien in der Theorie und Praxis, Forschungen aus Staat und Recht: 57, Herausgegeben von: Winkler, Antonioli, Wien-New-York 1982, 84-91.
- GÖKBULUT Süleyman, İlim Tasniflerinde Tasavvufun Yeri, Tasavvuf, İlimi ve Akademik Araştırmalar Dergisi, 19/2007, 245-264.
- GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, 2003.
- GÜRİZ Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 1986.
- HİRŞE, Hukuk Bir Bilim Kolu Mudur? Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1/1944, 19-61.
- İSLAMOĞLU Hamdi, Sosyal Bilimlerde Araştırma Yöntemleri, İzmit, 2009.
- KARASAR Niyazi, Bilimsel Araştırma Yöntemi, Ankara, 2009 (Yöntem).
- KARASAR Niyazi, Araştırmalarda Rapor Hazırlama, Ankara, 2007 (Rapor).
- KIRCHMANN Julius Hermann v., İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği, Çev. Coşkun Üçok, AÜHF Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları: 1, Ankara, 1949, 181-212 = Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1938 <http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/kirch1.html>

- KOZAK İbrahim, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, Ankara, 2011.
- KUÇURADİ İoanna, *Norm Oluşturma ve Norm Koyma Sorunları, Norm Koyma ve Hüküm Verme*, Ankara, 2011.
- LUNSTED Anders Vilhelm, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Berlin 1933.
- MAYRING, Nitel Sosyal Araştırmaya Giriş, Çev. Gümüş Adnan, Durgun M. Sezai, 2000, Adana.
- ÖHLINGER Theo, *Planung der Gesetzgebung and Wissenschaft, Methodik der Gesetzgebung, Legistische Richtlinien in der Theorie und Praxis, Forschungen aus Staat und Recht: 57, Herausgegeben von: Winkler, Antonioli, Wien-New-York 1982, 1-14 (Planung)*.
- ÖHLINGER Theo, *Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen, Methodik der Gesetzgebung, Legistische Richtlinien in der Theorie und Praxis, Forschungen aus Staat und Recht: 57, Herausgegeben von: Winkler, Antonioli, Wien-New-York 1982, 15-49 (Alternativen)*.
- ÖKTEM Niyazi, TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, İstanbul, 1999.
- SEROZAN Rona, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm*, İstanbul, 2005.
- SEYFULLAH Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, 1989.
- SEYİDOĞLU Halil, *Bilimsel Araştırma ve Yazma El Kitabı*, İstanbul, 2009.
- ŞENCAN Hüner, *Sosyal ve Davranışsal Bilimlerde Bilimsel Araştırma*, Ankara, 2007.
- SÖZER Ali Nazım, *Yeni Bir Bilim Dalı: Yasa Yapma Öğretisi, Norm Koyma ve Hüküm Verme*, Ankara, 2011 (Yeni).
- SÖZER Ali Nazım, *Hukukta Yöntembilim*, İstanbul, 2011 (Yöntembilim).
- SÖZER Ali Nazım, *Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme*, Prof. Aydın ZEVKLİLER Armağanında yayına alınmış makale (Önceye etki).
- TOPÇUOĞLU Hamide, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, C: II, Ankara, 1984.
- TROPER Michel, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 2011.
- ÖKÇESİZ Hayrettin, *Hukuk Devleti*, İstanbul, 1998.
- UMAR Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, İzmir, 1997.
- YILDIRIM Ali, ŞİMŞEK Hasan, *Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri*, Ankara, 2006.
- ZEVKLİLER Aydın, ERTAŞ Şeref, HAVUTÇU Ayşe, GÜRPINAR Damla, *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, Ankara, 2012.





# ARABULUCULUK ASGARÎ ÜCRET TARİFESİNİN TAHLİLİ

*(Analysis of Mediation Minimum Wage Tariff)*

Mustafa Serdar ÖZBEK\*

## ÖZET

Arabuluculuk süreci, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda (HUAK) düzenlenmiştir. Arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir (HUAK m. 2, 1/b). Bu tanım çerçevesinde arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Adalet Bakanlığınca düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişidir (HUAK m. 2, 1/a). Bu kanuna göre arabulucu, yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesine göre belirlenir ve arabulucu ücreti ile masraf taraflarca eşit olarak karşılır. Yıllık Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesini hazırlamak, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan Arabuluculuk Daire Başkanlığının görevleri arasındadır (HUAK m. 30, 1/ı). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda, arabulucunun ücret isteme hakkı açıkça belirtilmiş (HUAK m. 7, 1) ve arabulucunun ücretinin, hazırlanacak Asgarî Ücret Tarifesine göre belirleneceği, ancak bunun aksinin de kararlaştırılabileceği açıkça ifade edilmiştir (HUAK m. 7, 2). Bu hükmün amacı, ücretin belirsiz olması ve bu konuda sorunlar çıkmasının engellenmesidir. Taraflar, ücret ve avanstan hangi ölçüde sorumlu olacaklarını kendileri de kararlaştırabilirler. Ancak, böyle bir kararlaştırma söz konusu değilse, ücret ve masraflara taraflar eşit şekilde katlanacaktır. Taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, ücret ve masrafa eşit katlanmaları arabuluculuğun amacına uygundur. Zîrâ bu uyuşmazlık çözüm yolunda, bir tarafın kazanıp diğer tarafın kaybetmesi değil, her iki tarafın kazançlı çıkması ve ortak menfaatlerini korumaları amaçlanmaktadır.

\* Doç. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku) Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

**Anahtar kelimeler:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Arabulucu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Arabulucunun Ücret ve Masrafları İsteme Hakkı, Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi.

### *Abstract*

Mediation process has been regulated in Code of Mediation in Civil Disputes No. 6325 (CMCD). Mediation shall mean the method used for the resolution of disputes, employing systematic techniques, carried out voluntarily and with the participation of an impartial and independent third person with specialty training, bringing the parties together to discuss and negotiate, and establishing a communication process between the parties in order to help them to understand each other and thus enabling them to work out their own solutions (CMCD a. 2, 1/b). Within the framework of this definition, mediator shall mean the real person carrying out the mediation activity, who is entered in the register of mediators maintained by the Ministry of Justice (CMCD a. 2, 1/a). Mediator has a right to charge a fee and expenses in consideration of his/her services according to this Code. Mediator also may claim advance payment for his/her fee and costs. Unless the parties agree otherwise, mediator's fee shall be fixed in accordance with the Mediation Minimum Wage Tariff applicable on the conclusion date of mediation and mediator's fee and expenses shall be borne in equal shares by the Parties. Preparing annual Mediation Minimum Wage Tariff, is one of the duties of Department of Mediation to be established under the structure of General Directorate of Legal Affairs (CMCD a. 30, 1/i). In Code of Mediation in Civil Disputes, the right of the mediator to demand for wages and expenses is explicitly expressed (CMCD a. 7, 1) and it is clarified that the wage of the mediator will be determined according to the Minimum Wage Tariff to be prepared, but that a decision on the opposite may also be made (CMCD a. 7, 2). Because the purpose of this provision is to avoid uncertainty regarding the wage, and to prevent the occurrence of problems on this matter. The parties may themselves decide on the extent of their liability in the wage and advance payment. However, if such decision is not made, the wage and expenses will be covered equally by the parties. Unless resolved otherwise by the parties, covering the wages and expenses equally is in compliance with the aim of mediation. The purpose of this dispute resolution method is not specifying a winning party and a losing party, but providing a win-win resolution for both parties and protecting their common interests.

**Keywords:** Alternative Dispute Resolution, Mediator, Code of Mediation in Civil Disputes, Mediator's Right to Charge a Fee and Costs, Mediation Minimum Wage Tariff.

## GİRİŞ

Türk hukukunda nazari ve tatbiki olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına<sup>1</sup> (*Alternative Dispute Resolution*, ADR) olan ilginin artması ve bu yollara olan ihtiyacın kanun koyucu tarafından da kabullenilmesi sonucunda, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu<sup>2</sup> (HUAK) yürürlüğe girmiştir. Son birkaç yılda, genel olarak ADR yolları ve özel olarak arabuluculuk ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hakkında doktrindeki yayın sayısında belirgin bir artış olmasına karşılık<sup>3</sup>, arabuluculuk ücretinin bu derece iltifat görmediği

<sup>1</sup> Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının genel esasları hakkında mukayeseli bilgi ile yerli ve yabancı literatür için bkz. Özbek, Mustafa S.: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2013, s. 167 vd.

<sup>2</sup> RG 22.06.2012, Sa. 28331. Mukayeseli hukuk düzenlemeleriyle karşılaştırmalı ve madde gereğçeli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu için bkz. Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 1127-1170.

<sup>3</sup> Akan, Pınar: *Arabuluculuk ve Deniz Hukuku'na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması*, Ankara 2013, s. 7 vd.; Akcan, Recep: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler* (Prof.Dr. Bilge Özta'n'a Armağan, Ankara 2008, s. 39-51), s. 41 vd.; Kekeç, Elif Kısmet: *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Uygulanan Temel Taktikler* (Halûk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009, s. 519-552), s. 520 vd.; Kekeç, Elif Kısmet: *Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk* (T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Ankara 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı 2013, Yayın No: 32, s. 353-360), s. 590 vd.; Kekeç, Elif Kısmet: *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara 2014, s. 23 vd.; Kuru, Baki: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler* (MİHDER 2010/2, s. 237-246), s. 237 vd.; Özbek, Mustafa: *Türkiye'de Tahkim ve ADR* (Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar, Sempozyum, 9-10 Ocak 2009, Ankara 2009, s. 186-193, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Yayın No: 164), s. 191-193; Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 1017 vd.; Özbek, Mustafa: "Avukatlıkta Arabuluculuk" (Hukuk Merceği 12, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu 2010, s. 244-258), s. 248 vd.; Özbek, Mustafa: *Report on Alternative Dispute Resolution within the Context of Better Access to Justice* (DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009/Özel Sayı, İzmir 2010, s. 453-507), s. 467-471; Özbek, Mustafa: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Katkı* (Arabuluculuk Sempozyumu, 27-28 Nisan 2012, Ankara 2013, 34-56); Özdemir, Semih Sırrı: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere'deki Düzenlemeler İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (HHFD 2012/1, s. 55-66), s. 57 vd.; Özmmucu, Seda: *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, İstanbul 2013, s. 284 vd.; Öztekin, Selçuk: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı"na İlişkin Görüş ve Eleştiriler (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 15-34), s. 19 vd.; Pekcanitez, Hakan: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı* (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir, 19-20 Ekim 2007, Ankara 2008, s. 247-264), s. 248 vd.; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara 2013, § 22. III; Sarısözen, M. Serhat: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu* (EÜHFD 2011/1-2, s. 255-271), s. 256 vd.; Sungurtekin Özkan, Meral: *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, İzmir 2013, § 14. II; Tanrıver, Süha: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi* (Prof.Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 637-656), s. 637; Tanrıver, Süha: *Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi* (ICC Türkiye Milli Komitesi, Milletlerarası Tahkim Semineri,

dikkat çekmektedir. Bunu sebebi, muhtemelen arabuluculuk uygulamasının henüz az olmasıdır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, Kanunun uygulama alanı, arabuluculuk yoluyla hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacak usûl ve esaslar, arabuluculuk eğitimi verecek kuruluşların denetlenmesi, eğitimin süresi, içeriği ve standartları ile ilgili hususları ve yapılacak olan yazılı ve uygulamalı sınavın ilke ve kurallarının belirlenmesi ile arabulucular sicilinin düzenlenmesi, arabulucularda aranacak koşullar ile arabulucuların denetlenmesi ve izlenmesi ile ilgili hususları ve Arabuluculuk Daire Başkanlığı ile Arabuluculuk Kurulunun çalışma usûl ve esaslarını göstermek üzere, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKY) hazırlanmıştır<sup>4</sup> (HUAK m. 36; HUAKY m. 1-3).

Nihayet, arabuluculuk sistemimize ve ülkemizin sosyal ve kültürel değerleri ile gerçeklerine uyumlu olacak şekilde hazırlanan Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları (Arabulucu Etik Kuralları) kabul edilmiştir<sup>5</sup>.

Hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usûl ve esasları düzenleyen Kanunda (HUAK m. 1, 1), arabulucuların hak ve yükümlülüklerine yer verilmiştir (HUAK m. 6-12). Arabulucuların sahip olduğu haklardan biri de ücret ve masraf isteme hakkı olup, arabulucuların almaya hakları olan ücret konusu, Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesiyle (AAÜT) düzenlenmiştir<sup>6</sup>.

Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yıllık olarak hazırlanır. Tarife, arabuluculuk hizmetlerine ilişkin olarak Kanunda belirtilen görevleri yerine getirmek üzere, Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Arabuluculuk Kurulu tarafından onaylanır. Arabuluculuk Kurulu gerekirse onaylama-

21 Mart 2008 Ankara, s. 77-106), s. 82; Taşpolat Tuğsavul, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012; s. 122 vd.; Üstündağ, Saim: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler (Makaleler, İctihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, s. 401-407) s. 405; Yıldırım, M. Kâmil: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 35-80), s. 54 vd.; Yılmaz, Ejder: Arabuluculuğun Yasa İle Düzenlenmesi ("Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı"nın Değerlendirilmesi) (Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s. 1275-1297), s. 1282 vd.

<sup>4</sup> RG 26.01.2013, Sa. 28540.

<sup>5</sup> [http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/mevzuat/etik\\_kod.html](http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/mevzuat/etik_kod.html). Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kurallarının mehzamını teşkil eden "Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği, Anlaşmazlık Çözüm Birliği Arabulucular İçin Model Etik Kuralları"nın tercümesi için bkz. Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 1257-1263.

<sup>6</sup> RG 28.12.2013, Sa. 28865.

dan önce Tarifede değişiklik de yapabilir (HUAK m. 28, 2; 30, 1/l; 31; 32, 1/g; HUAKY m. 4, 1/l).

Ancak Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi yakından incelendiğinde, aceleyle hazırlandığı ve hazırlanırken büyük ölçüde avukatlık asgarî ücret tarifesi dikkate alınarak düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu sebeple de 2014 yılı Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi tatbik kabiliyetinden yoksundur. Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi, arabuluculukla bağdaşmayan hükümler içermekte ve bu hâliyle ciddi sorunlar doğurmaya gebe olmaktadır<sup>7</sup>.

## § 1. ARABULUCUNUN ÜCRET İSTEME HAKKI

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda, arabulucunun hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir (HUAK m. 6-12). Arabulucunun hakları arasında, gerek dava açılmadan önce gerek dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması hâlinde, arabulucunun yapmış olduğu arabuluculuk faaliyeti karşılığında taraflardan ücret ve masrafları isteme hakkına sahip olduğu; bu ücret ve masraflar için arabuluculuğa başlamadan evvel gider avansı da talep edebileceği belirtilmiştir (HUAK m. 7).

### A) Dava Açılmadan Önce Arabuluculuğa Başvurulması

#### I- Arabulucu Sözleşmesinde Arabuluculuk Ücretinin Tespiti

Taraflar dava açılmasından önce aralarında anlaşarak arabuluculuğa başvurabilirler. Tarafların aralarında yaptıkları ve arabuluculuğa başvurmalarına ilişkin sözleşmeye “arabuluculuk sözleşmesi”; mevcut bir sözleşmeye bu hususta koydukları hükme ise “arabuluculuk şartı” denir. Arabuluculuk sözleşmesi veya şartına istinaden arabuluculuğa başvuran taraflar ile arabulucu arasında yapılan sözleşmeye ise “arabulucu sözleşmesi” denir<sup>8</sup>.

Tarafların dava açılmadan önce arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaları (mahkeme dışı arabuluculuk) hâlinde (HUAK m. 13, 1), özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde faaliyet gösteren arabulucu, yapmış olduğu arabuluculuk faaliyeti karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar (örneğin arabuluculuk toplantılarının düzenlenmesi için gereken organizasyon masrafları) için gider avansı da talep edebilir<sup>9</sup> (HUAK m. 7, 1; HUAKY m. 10, 1).

Bu sebeple, arabuluculuk müzakerelerinin gizliliği ve arabulucunun ücreti gibi konular arabulucu sözleşmesinde ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Arabulucu,

<sup>7</sup> Mevzuat hükümlerinin, makalenin yayıma verildiği 24.01.2014 tarihi itibarıyla yürürlükte olan şekli esas alınmıştır.

<sup>8</sup> Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 673-674; Yazıcı Tıktık, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 153-167.

<sup>9</sup> Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 7.

arabuluculuk faaliyetine başlamadan ve arabulucu sözleşmesi imzalanmadan önce, tarafları arabuluculuk faaliyeti hakkında bilgilendirmeli ve faaliyetin tanıtımını yapmalıdır. Arabulucu tarafları bilgilendirirken dürüst bir tutum ve davranış sergilemelidir. Bu kapsamda taraflara, nitelikleri, tecrübesi, hizmetleri ve ücreti konusunda doğru bilgiler vermelidir<sup>10</sup>.

Arabulucu sözleşmesinde kural olarak arabuluculuk ücretinin miktarı maktu veya nispi olarak belirtilmelidir.

Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği, Anlaşmazlık Çözüm Birliği Arabulucular İçin Model Etik Kurallarında arabuluculuk ücretinin tespitinde, arabulucunun tarafsızlığını zedeleyecek içerikte bir ücret anlaşması yapmamasına hassasiyet gösterilmiş ve şu esaslar ortaya koyulmuştur:

### “KURAL VIII. ÜCRET VE DİĞER GİDERLER

A. Arabulucu, arabuluculuk ücretleri, masraflar ve arabuluculukla ilgili olarak ortaya çıkabilecek diğer olası giderler hakkında, taraflara veya tarafların temsilcilerine **tam ve doğru bilgi verecektir.**

1. **Arabulucu ücret alacaksa**, bunu, uyuşmazlık konusunun **türü ve karmaşıklığı**, arabulucunun **nitelikleri**, **gereken süre ve bu tür arabuluculuk hizmetlerinin rayiç değeri** de dâhil olmak üzere, ilgili bütün etkenlerin ışığında belirlemelidir.

2. Arabulucunun ücret anlaşması, **taraflar başka türlü istemedikçe yazılı olmalıdır.**

B. Arabulucu, tarafsızlığına zarar verecek şekilde ücret istemeyecektir.

1. Arabulucu, **arabuluculuğun sonucuna veya uzlaşma konusunun miktarına bağlı olacak bir ücret anlaşması yapmamalıdır.**

2. Arabulucu, taraflardan eşit olmayan miktarda ücret ödemesi kabul ederken, **kendisinin arabuluculuğu tarafsız biçimde yönetmesini olumsuz yönde etkileyecek bir ücret anlaşması yapmamalıdır**<sup>11</sup>.

Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kurallarında ücret konusu şu şekilde düzenlenmiştir<sup>12</sup>:

### “3.4 Ücretler

Arabulucu, daha önce kararlaştırılmamışsa, başvurmak istediği **ücret şekli hakkında taraflara her zaman tam bilgi vermelidir.** Arabulucunun ücrete ilişkin ilkeleri taraflarca kabul edilmeden, arabulucu, arabuluculuğu kabul etmemelidir”.

<sup>10</sup> Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 6.3.

<sup>11</sup> Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 1263.

<sup>12</sup> Özbek, Mustafa: Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (TBBD 2007/68, s. 265-320), s. 320.

Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği, Anlaşmazlık Çözüm Birliği Arabulucular İçin Model Etik Kurallarındaki esaslar Türk hukukunda da benimsemiş ve Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kurallarında şu kurala yer verilmiştir:

### “7) ÜCRET VE DİĞER GİDERLERLE İLGİLİ KURAL

Arabulucu, yapmış olduğu arabuluculuk faaliyeti karşılığında arabuluculuk ücreti ve arabuluculukla ilgili tüm giderleri isteme hakkına sahiptir.

Bu kapsamda, arabulucu, ücret ve giderler için işe başlamadan önce taraflardan **avans talep edebilir**.

Aksi kararlaştırılmadığca, arabulucunun ücreti, **arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Tarifeye göre belirlenir**.

Ücret ile tüm masraf ve giderler, aksine bir anlaşma bulunmadığca, **taraflarca eşit olarak karşılanır**.

Arabulucu, arabuluculuk süreciyle ilgili olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığında taraflardan herhangi bir ücret isteyemez. Bu yasağa aykırı olarak tesis edilecek tüm işlemler geçersizdir.

Arabulucu, arabuluculuk ücreti, masraflar ve arabuluculukla ilgili olarak ortaya çıkabilecek diğer olası giderler hakkında, arabulucu olarak atanmasını müteakip, mümkün olan en kısa zamanda, **taraflara veya tarafların temsilcilerine, yazılı olarak, tam ve doğru bilgi vermelidir**.

Bu kural kapsamında;

(7.1) Arabuluculuk ücreti ve masraflarıyla ilgili olarak, taraflar, mevzuattaki hükümlerin aksine bir usul kararlaştırmışsa; arabulucu, **arabuluculuk süreci başlamadan önce, ücret ve masrafları kimin karşılayacağı hususunda, tarafların bir anlaşma yapmalarını sağlamalıdır**.

(7.2) Arabulucu, taraflardan eşit olmayan miktarda ücret ödemesi kabul edecek ise, bu durumda, **tarafsızlığından ödün vermemeli**, fazla ücret vereni diğerine göre üstün tutacak tutum ve davranışlarda bulunmamalıdır.

(7.3) **Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin sonucuna veya kısmen de olsa başarisına bağlı olarak bir ücret anlaşması yapamaz**.

(7.4) Arabulucu, ücretini belirlerken; uyumsuzluk konusunun türü ve karmaşıklığı, kendisinin nitelikleri, arabuluculuk sürecinde gereken süre ve somut uyumsuzluk türündeki arabuluculuk hizmetlerinin rayiç değerı gibi, **konuyla ilgili bütün etkenleri dikkate almak suretiyle, hakkaniyete ve dürüstlüğe uygun bir şekilde hareket etmelidir”**.

Arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında geçerli bir arabulucu sözleşmesi veya müstakil bir ücret sözleşmesi yapılmışsa, arabulucunun ücreti bu sözleşmeye göre belirlenir. Doktrinde arabulucunun ücret talep hakkının, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan arabulucu sözleşmesinden kaynaklandığı; ancak tarafların, ücretin birlikte ödenmesi hususunda birbirlerine karşı olan borcunun, kendi aralarında yaptıkları arabuluculuk sözleşmesinden doğduğu ifade edilmektedir<sup>13</sup>.

Arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında geçerli bir arabulucu sözleşmesi veya ücret sözleşmesi yapılmamışsa ya da yazılı bir sözleşme yapılmayarak sözlü bir sözleşme yapılmış ve ücret miktarı konusunda arabulucu ile taraflar arasında ihtilâf doğmuşsa, ispat konusundaki güçlük nazara alınarak, ücret konusunda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ve Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi hükümleri uygulanır (AAÜT m. 1, 1).

Arabulucu sözleşmesinden doğabilecek uyuşmazlıkların da (örneğin ücret uyuşmazlığının) arabuluculukla çözüleceğine dair arabulucu sözleşmesine hüküm koyulması yararlı olur.

## II- Konusu Para Olan veya Para İle Değerlendirilebilen Hukukî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Ücreti

Arabuluculuk Ücret Tarifesinde, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıklar ile konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukukî uyuşmazlıklarda arabuluculuk ücreti farklı düzenlenmiştir.

Konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanmasında arabulucuya ödenecek ücret nispi tarifeye göre belirlenmiş olup, *üzerinde anlaşılan miktarın belli bir oranı* arabuluculuk ücretidir.

Konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması, ücret miktarını değiştirmemektedir.

Tarafların da arabulucu sözleşmesinde, Tarifedekiyle aynı esası benimsemeleri ve üzerinde anlaşılan miktarın belli bir yüzdesini (örneğin %10'u) arabuluculuk ücreti olarak kararlaştırmaları mümkündür.

Konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasında arabulucuya ödenecek ücretin, *“üzerinde anlaşılan miktarın”* belirli bir yüzdesi olarak tespiti, dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması durumunda bâzı sorunlar doğurabilir.

<sup>13</sup> Yazıcı Tıktık s. 166.



Her şeyden önce, bu tür uyuşmazlıklarda tarafların arabuluculuk sonunda anlaşmaya varamaması hâlinde, üzerinde anlaşılan bir miktar olmayacağından, arabuluculuk ücretinin nasıl tespit edileceği Tarifede belli değildir. Hâlbuki konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukukî uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasında arabulucuya ödenecek ücret, arabulucunun harcadığı saate göre belirleneceğinden, anlaşma olsa da olmasa da ücretin miktarı konusunda bir tereddüt olmayacaktır.

Diğer yandan, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıklarda dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulduğunda, taraflar davadaki talep sonucunu yüksek tutmuş olabilir ve arabuluculuk sonunda farklı uzlaşma seçenekleri geliştirerek (örneğin ayrı bir iş ortaklığı bünyesindeki kâra iştirak oranlarını değiştirerek veya yeni bir iş bağlantısı kurarak) düşük bir miktar üzerinde anlaşabilirler. Bu hâlde arabuluculuk ücreti de düşük kalacaktır.

Benzer şekilde, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulması sonucunda, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen bir edim üzerinde anlaşma sağlanabilir. Tüm bu durumlarda, Arabuluculuk Ücret Tarifesinin 9. maddesinde yer alan “Tarifede yazılı olmayan hallerde ücret” hükmünü uygulayarak Tarifede yazılı olmayan hâller için, uyuşmazlığa konu işin niteliği göz önünde tutularak, Tarifedeki benzeri hâllere göre ücret belirlemek yoluna gidilebilir.

Konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasında arabulucuya ödenecek ücretin, “üzerinde anlaşılan miktarın” belirli bir yüzdesi olarak tespiti, arabulucunun tarafsızlığıyla ilgili sorunlar da doğurabilir. Zira bu hâlde, ne kadar yüksek bir miktar üzerinden anlaşma yapılırsa, arabulucu o kadar yüksek ücrete hak kazanacaktır.

Nitekim Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kurallarının 7.3. maddesine göre arabulucu, *arabuluculuk faaliyetinin sonucuna* veya kısmen de olsa başarısına bağlı olarak bir ücret anlaşması yapamaz. Aynı şekilde mehz Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği, Anlaşmazlık Çözüm Birliği Arabulucular İçin Model Etik Kurallarının yukarıda zikredilen 7.3. maddesine göre arabulucunun, arabuluculuk faaliyetinin sonucuna bağlı olarak ücret anlaşması yapması yasaktır.

Konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasında arabulucunun, “üzerinde anlaşılan miktarın” belirli bir yüzdesine göre ücret alması, *arabuluculuk faaliyetinin sonucuna bağlı olarak ücret alması* anlamına geleceğinden, arabulucunun yüksek bir miktar üzerinden anlaşma yapılması için gayret göstermesine yol açabilir ve tarafsızlığını zedeleyebilir. Bu yapıyla Tarifenin, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıklarda arabuluculuk ücretinin belirlenmesine

ilişkin hükümleri, Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kurallarının 7.3. maddesiyle çelişki içindedir.

Diğer yandan Tarifede, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasında arabulucuya ödenecek ücret oranı, üzerinde anlaşılan miktar azaldıkça küçülmektedir. Arabuluculuk Ücret Tarifesinin ikinci kısmında azalan oranlı bir arabuluculuk ücret öngörülmesi, arabuluculuğun mahiyetiyle bağdaşmamaktadır. Zira bu anlayış, âdetâ başarılı arabulucuyu cezalandırmaya matuftur. Arabuluculuk sonunda anlaşmaya varılırsa arabulucuya, alacağı ücretine ilâve olarak ikramiye ödenmesi esası benimsenmelidir. Bu sebeple, Arabuluculuk Ücret Tarifesinin ikinci kısmında azalan oranlı arabuluculuk ücret tarifesi benimsenmesi isabetli değildir.

### **III- Konusu Para Olmayan veya Para İle Değerlendirilemeyen Hukukî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Ücreti**

Arabuluculuk Ücret Tarifesine göre, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukukî uyuşmazlıkların dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanmasında arabulucuya ödenecek ücret, arabulucunun harcayacağı saate göre belirlenir.

Konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukukî uyuşmazlıklarda arabulucuya ödenecek ücret miktarı, uyuşmazlığın dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulmasına göre değişmektedir. Uyuşmazlığın dava açılmadan önce arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasında, her bir tarafın saat başına arabulucuya ödeyeceği ücret miktarı, dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması hâlinde ödeyeceği ücretten daha düşüktür.

Arabuluculuk Ücret Tarifesinde, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukukî uyuşmazlıklarda arabulucuya ödenecek ücret miktarının, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması hâlinde daha düşük tutulması, tarafları arabuluculuğa ve daha genel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına özendirmeyi amaçlamaktadır. Avukatların müvekkillerini bu hususta bilgilendirerek aydınlatması durumunda, Tarifedeki düzenleme olumlu sonuçlar doğuracaktır.

Konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukukî uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanmasında arabulucuya ödenecek ücret, arabulucunun harcayacağı saate göre belirleneceğinden, arabulucu sözleşmesinde ödenecek toplam arabuluculuk ücretini önceden kesin olarak tespit etmek mümkün değildir. Zirâ uyuşmazlığın kaç saat sonra çözüleceğini önceden kesin olarak bilmek olanaksızdır. Bu aşamada arabulucuya saat başına ödenecek ücret belirlenebileceği gibi, götürü bir ücret de tespit edilebilir veya saat başına ücret ödenmesi esas olmakla birlikte, bir ücret tavanı da öngörülebilir.

## B) Dava Açıldıktan Sonra Arabuluculuğa Başvurulması

Dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması (mahkeme bağlantılı arabuluculuk) durumunda arabulucunun isteyebileceği gider avansı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>14</sup> (HMK) m. 120'de öngörülen gider avansına dâhil olmadığından, bunun dava açılırken davacı tarafından mahkeme veznesine yatırılması zorunlu değildir. Dava açarken tarafların, hâkimin arabuluculuğa başvurma önerisini kabul edip etmeyecekleri belli olmadığından, arabuluculuk gider avansının yatırılmasına gerek de yoktur. Yazılı veya basit yargılama usûlünde, tahkikata başlamadan ve tahkikat için duruşma günü vermeden önce, hâkimin tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmesi (HMK m. 137, 1; 320, 2) ve tarafların arabuluculuğa başvurmaya karar vermesi durumunda, mahkeme “davanın arabulucuya gönderilmesi” şeklinde bir ara kararı vererek (HMKY m. 53), arabuluculuğun süresini de dikkate alacak şekilde davanın görülmesini erteler ve yeni bir duruşma günü belirler (HUAK m. 15, 5). Taraflar mahkemeden, arabuluculuğa başvurmayı talep etmese bile, buna açıkça karşı çıkmadıkları takdirde hâkim, sonuç vereceği kanaatine vardığıysa tarafların arabuluculuğa başvurmasına re'sen karar verebilir<sup>15</sup> (HMK m. 140, 2; HUAK m. 13, 1; HUAKY m. 17, 1).

Bundan sonra başkaca bir usûl kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir (HUAK m. 14) ve arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder (HUAK m. 15, 1). Ön inceleme aşamasında seçilen arabulucu, ücret ve masraflar için taraflardan gider avansı talep edebilir. Derdest davada arabuluculuğa ön inceleme aşamasından sonra başvurulursa, tahkikat sırasında seçilen arabulucu gene taraflardan gider avansı talep edebilir<sup>16</sup> (HUAK m. 7, 1; HUAKY m. 10, 1).

Bunun dışında arabuluculuk ücretinin belirlenmesi, Tarifede konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukukî uyumsuzluklar ile konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyumsuzlukların dava açıldıktan sonra arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanmasında öngörülen esaslara tâbidir.

## § 2. ARABULUCULUK ÜCRETİNİN SERBESTÇE BELİRLENMESİ

### A) Arabuluculuk Faaliyetinin Ücretsiz Yapılması

Öncelikle belirtmek gerekir ki arabulucu, arabuluculuk faaliyetini ücret karşılığı yapmak zorunda değildir. Arabulucu, ücret almadan da arabuluculuk yapabilir. Kanunda, arabulucunun yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiş (HUAK m. 7, 1); buna karşılık ücret alma, arabulucu için bir yükümlülük olarak düzenlenmemiştir.

<sup>14</sup> RG 04.02.2011, Sa. 27836.

<sup>15</sup> Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 1029-1034.

<sup>16</sup> Özbek, Mustafa S.: Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı, Ankara 2013, s. 66.

Nitekim mukayeseli hukukta bunun örneklerine rastlamak mümkündür<sup>17</sup>. Bâzı mukayeseli hukuk sistemlerinde ADR yollarında görev alan tarafsız kişilere ücret ödenmemekteyken<sup>18</sup>, diğer bâzı hukuk sistemlerinde ADR sürecini yönetmekle görevli kuruluşların masrafları resmî makamlarca<sup>19</sup> veya meslekî kuruluşlarca<sup>20</sup> karşılanmakta ya da taraflardan biri adli yardımdan yararlanabilmektedir<sup>21</sup>.

Örneğin Fransa'da, yargı dışı uzlaştırma yolu olarak 20 Mart 1978 tarihli Kararnameyle oluşturulan uzlaştırıcılar (*justice conciliateurs, conciliateurs de justice*), sulh hâkimi olmayan üçüncü kişiler olarak, kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda uzlaştırma yapmakla görevlendirilmişlerdir ve mahkeme dışında uyuşmazlıkların çözülmesini kolaylaştırmaktadırlar<sup>22</sup>. Başlangıçta, uyuşmazlıkları "toplumdaki ortak sağduyu" anlayışına göre çözen kişiler olarak görülen uzlaştırıcılar, bu nedenle Fransız sisteminde tarafsız olan, kendilerine güvenilen, bağımsız olan ve görevi, kendilerine sunulan uyuşmazlıkların dostane çözümünü kolaylaştırmak veya onaylamak olan kişiler olarak temayüz etmişlerdir. Fransa'da uzlaştırıcılara başvurulması tamamen ücretsizdir<sup>23</sup>.

Arabulucu, yapmış olduğu arabuluculuk faaliyeti karşılığında taraflardan arabuluculuk ücreti isteyebileceği gibi, ücret almadan da arabuluculuk hizmeti verebilir. Bu sebeple, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde, arabulucunun talep etmeye hakkı olan ücreti düzenleyen tarifenin adının "Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi" olması isabetli değildir. Arabuluculuk ücreti mutlaka bir tarifeye düzenlenecekse, bu tarifeye "Arabulucu Ücret Tarifesi" denilmesi daha isabetli olur.

Vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olmayan ücretin asgarî veya azami miktarlarının idârî kararlarla kanun gereği belirlendiği durumlar vardır. Örneğin avukatlar ve noterler hakkında durum böyledir. Bu meslek mensupları için

<sup>17</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 491-500.

<sup>18</sup> Örneğin, Fransa'da Bu konuda bilgi için bkz. Gaillard, Emmanuel/Edelstein, Jenny: Mediation in France (Dispute Resolution Journal 2001/January, s. 74-78); European Committee on Legal Cooperation s. 26.

<sup>19</sup> Örneğin, İrlanda'da aile arabuluculuğu servisi.

<sup>20</sup> Örneğin, İsveç'te, masrafları otomobil sigorta şirketleri tarafından karşılanan, trafik kazalarından doğan zararlar bürosu.

<sup>21</sup> Commission of the European Communities: Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, Brussels 2002, s. 9; Committee of Experts on Efficiency of Justice: Report on "What place is there for civil mediation in Europe?", Strasbourg 2001, s. 11; Özbek, Mustafa: Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502), s. 451; Özbek-Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 272.

<sup>22</sup> 13 Aralık 1996 tarihli ve 96-1091 sayılı Kararnameyle değişik 20 Mart 1978 tarihli 78-381 sayılı Kararname.

<sup>23</sup> European Committee on Legal Co-Operation: 23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures taken by States to Increase the Efficiency of Justice, London 2000, s. 26; Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler (AÜHFD 2006/1, s. 207-292), s. 240.

ücret tarifeleri, meslek kuruluşlarınınca hazırlanıp Adalet Bakanlığınca onaylanmakta ve avukat veya noterler, tarifede belirtilen asgarî ücretten düşük ücret alamamaktadırlar<sup>24</sup>.

Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesinin de bu düşünceyle hazırlandığı anlaşılmaktadır. Hâlbuki arabuluculuk, avukatlık ve noterlikten farklıdır. Üstelik Adalet Bakanlığı, arabulucuların meslek kuruluşu da değildir. Bu sebeple Kanunda, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan Arabuluculuk Daire Başkanlığına, yıllık Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesini hazırlamak vazifesinin tevdi edilmesi de isabetli olmamıştır (HUAk m. 30, 1/1).

### B) Arabuluculuk Faaliyetinin Ücretli Yapılması

Arabuluculuk ücret karşılığı yapıldığı takdirde arabuluculuk ücreti, taraflar ile arabulucu arasında serbestçe belirlenir. Bu esas, arabulucunun tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi olması (HUAk m. 2, 1/b) ve arabuluculuğun nihâyetinde bir serbest meslek olmasıyla uyumludur.

AAÜT m. 3'te, "***tarafklar arasında yazılı sözleşme bulunmadığı takdirde arabuluculuk ücreti, arabulucunun emeği, çabası, uyumsuzluk konusu işin önemi, uyumsuzluğun niteliği ve arabuluculuk faaliyetinin süresi göz önüne alınarak belirlenir***" denilerek, arabulucu sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Yazılı olan arabulucu sözleşmesinin her sayfası arabulucu ve taraflarca imzalanmalıdır.

Burada amaçlananın, arabulucu ile taraflar arasındaki ücret uyumsuzluklarının asgarîye indirilmesi ve ücretin kolayca istenmesinin sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. HUAk'ta ise arabulucu sözleşmesinin şekli hakkında bir açıklık olmadığından, yazılı olmayan arabulucu sözleşmesini geçersiz saymayarak, bunu bir ispat şartı olarak kabul etmek uygun olur. Böylece, yazılı olmayan arabulucu sözleşmesi geçerlidir ve genel hükümlere göre (HMK m. 200) ispatlanabilir.

Sözleşme hürriyeti ilkesi gereği arabulucu sözleşmesinin içeriğinin ve bu arada onun önemli bir unsuru olan arabuluculuk ücretinin tespitinde serbestlik esas olsa da, sözleşmenin içeriği konusunda mevzuattan kaynaklanan bazı sınırlamalar vardır. Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesinde belirlenen ücretlerin altında arabuluculuk ücreti kararlaştırılmaz. Arabulucu sözleşmesi veya ücret sözleşmesinde, Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesinde belirlenen ücretlerin altında ücret kararlaştırılmışsa, bu sözleşmelerin ücrete ilişkin hükümleri geçersiz olup, arabulucu ücreti hakkında Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi hükümleri uygulanır (AAÜT m. 1, 2).

AAÜT m. 1, 2'de "***Bu Tarifede belirlenen ücretlerin altında arabuluculuk ücreti kararlaştırılmaz***" denilmiştir; AAÜT m. 3, 1'de de aynı şekilde "***Arabulucu-***

<sup>24</sup> Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 1133.

**luk ücreti Tarifede yazılı miktardan az olamaz**" denilerek tekrara düşülmüştür. Bu sebeple AAÜT m. 3, 1 hükmü Tarifeden çıkarılmalıdır. Esâsında, yukarıda açıklandığı üzere ücretsiz arabuluculuk yapılması da mümkün olduğundan, tarifede belirlenen ücretlerin altında arabuluculuk ücreti kararlaştırılamayacağı kuralı arabuluculukla bağdaşmamaktadır ve bu hükümlerin tümüyle değiştirilmesi gerekir.

Arabulucu sözleşmesi veya ücret sözleşmesinde taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece arabulucunun ücreti, arabuluculuk faaliyetinin tamamlandığı veya sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesine göre belirlenir (HUAK m. 7, 2; HUAKY m. 10, 2; AAÜT m. 1; 10).

### § 3. ARABULUCULUK ÜCRETİNİN KAPSADIĞI İŞLER

Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesinde yazılı arabuluculuk ücreti, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasını sağlamak amacıyla, arabulucular siciline kayıtlı arabulucuya, sarf ettiği emek ve mesainin karşılığında, uyuşmazlığın taraflarınca yapılan para ödemesidir (AAÜT m. 2, 1).

Arabuluculuk ücreti, arabuluculuk müzakereleri boyunca sarfedilen emek ve mesainin karşılığı olup, arabuluculuk faaliyeti süresince arabulucu tarafından düzenlenen evrak ve yapılan diğer işlemler arabulucuya ilâve ücret ödenmesini gerektirmez (AAÜT m. 2, 2).

Arabuluculuk faaliyetinin sağlıklı işlemesi ve arabulucuların sâdece görev yaptıkları sorunla ilgilenmelerini sağlamak için, arabulucuların, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret talep etmeleri kanunla yasaklanmıştır. Bu yasağa aykırı olarak tesis edilen işlemler bâtil sayılır (HUAK m. 7, 3; HUAKY m. 10, 3; AAÜT m. 2, 3).

### § 4. TAKIM ARABULUCULUĞUNDA ARABULUCULARIN ÜCRETİ

#### A) Uyuşmazlığın Çözümü için Arabulucu Takımı Kurulmasının Faydaları

Arabulucunun sayısı taraflarca belirlenir. Taraflar bir arabulucu atayabileceği gibi, âile arabuluculuğunda görüldüğü üzere, başka mesleklerden uzmanlara ihtiyaç duyulan hâllerde, takım arabuluculuğu (ortak arabuluculuk, *co-mediation*) yapmak üzere birden fazla arabulucu da görevlendirebilirler (HUAK m. 14; HUAKY m. 18).

Takım arabuluculuğuna, tarafların, davanın karmaşıklığı ve taraf sayısına bağlı olarak birden fazla tecrübeli arabulucunun yardımına ihtiyaç duyduğu veya arabulucuların hem teknik hem de hukukî uzmanlığa ihtiyacı olduğu durumlarda başvurulur. Takım arabuluculuğunda arabulucular (genellikle iki arabulucu) eşit statüye sahiptir ve bazen taraflarla ayrı ayrı çalışsalar da, takım hâlinde çalışmalarına imkân tanıyan bir süreç plânlarlar<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> UNDP: Temel Arabuluculuk, Ankara 2013, s. 10.

Takım arabuluculuğunda arabulucular, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmelerine yardımcı olmak için, birbirlerini tamamlayan bir takım olarak çalışırlar ve farklı görevlere sahip olarak zor bir arabuluculuk hizmeti görürler. Aralarında görev paylaşımı yapabilen iki arabulucuya sahip olunması, süreci hızlandırabilir. Örneğin her arabulucu, tarafların her biriyle aynı anda özel toplantı yaparak arabuluculuğu daha etkin hâle getirebilir.

İki arabulucunun varlığı, arabulucuların farklı uzmanlıklara sahip olması hâlinde de yararlı olabilir. Zira bu yöntem, her biri farklı mesleklerden olan iki kişinin uzmanlıklarını ve yeteneklerini birleştirmelerine imkân tanır. Örneğin müzakereciler, arabuluculardan birinin belirli bir alanda, diğerinin ise farklı bir alanda uzman olmasını isteyebilir. Bu bağlamda bir hukukçu arabulucu, yanında bir mühendis, iktisatçı, doktor, muhasebeci veya psikolog arabulucuyla beraber çalışabilir.

Takım arabuluculuğu, iki arabulucunun farklı görevler yapmasına izin verir. Böylece, arabuluculardan birisi aktif olarak müzakereleri yönetirken, diğeri ihtilâflı taraflar arasındaki (sözlü veya sözsüz) iletişimi gözlemlemeye ve onları dinlemeye yoğunlaşabilir. Arabulucular arasındaki iş bölümü, arabulucuların taraflarla aktif etkileşimde bulunmaktan bir süre geri adım atarak, anlaşmazlık ve muhtemel çözüm şekilleri üzerinde düşünmelerine izin verir. Müzakerelerin hızından geri kalmamak, özellikle taraflar bir konudan diğerine sıçradığı zaman zor olabilir. Bir takımdaki arabuluculardan hiç değilse biri ihtilâflı tarafları izler ve tarafsız bir şekilde onlara yardımcı olabilir. Arabuluculardan biri uyuşmazlığın esâsını incelemekle uğraşırken, diğeri usûle ve kişiler arasındaki duruma odaklanabilir. Takımdaki arabuluculardan biri ayrıntılara yoğunlaşırken, diğeri büyük resme bakabilir.

Takım arabuluculuğunda farklı uzmanlık konuları birleşebilir. Arabuluculardan biri yasal ve usûlî yöntem üzerinde yoğunlaşırken, diğeri uyuşmazlığın ekonomik veya teknik yönüyle ilgilenebilir, karar ağacı ya da diğer analiz türlerini oluşturmak için bilgisayar kullanılması da dâhil olmak üzere uyuşmazlığın nicelik yönünü idâre edebilir<sup>26</sup>.

Bâzen taraflar, arabuluculuk toplantılarında kendilerini daha rahat hissetmek için farklı cinsiyette, etnik kökende veya yaşta arabulucularla (karma arabulucularla) çalışmaya ihtiyaç duyabilirler. Örneğin âile arabuluculuğunda, arabuluculuk takımında her iki cinsiyetten arabulucunun görev alması tarafları rahatlatır. Farklı cinsiyetteki taraflar hemcinsleri olan arabulucuları tercih edebilir. Örneğin erkek müzakereci erkek arabulucuyla, kadın müzakereci kadın arabulucuyla çalışmak isteyebilir veya tam tersi bir eşleştirme yapılabilir. Ayrımcılık davalarında başvuru arabuluculuklarda, farklı ırk veya yaşta arabulucularla çalışmak sürece faydalı ola-

<sup>26</sup> Özbek, Mustafa: Uyuşmazlık Çözümünün Ekonomik Değerlendirmesi ve Karar Ağacı Analizi (Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. IV, 8 Ocak-11 Ocak 2008, Ankara Barosu 2009, s. 94-133), s. 103-112.

bilir. Müzakereciler arasında bir ya da daha fazla yabancı dil konuşulduğunda, farklı yabancı dilleri bilen arabulucularla çalışmak da kaçınılmazdır<sup>27</sup>.

Bir arabuluculuk takımı aynı zamanda farklı çözüm seçeneklerinin ortaya çıkarılmasında daha yaratıcı olabilir. Çözüm seçeneklerinin karşılıklı olarak kontrol edilmesi imkânı, yanlış anlamalara ve farkında olmadan taraflı muamele etmeye karşı bir güvence sağlar. Takım arabuluculuğuyla arabulucular, müzakereciler için iyi bir sorun çözme modeli oluştururlar. Aynı şekilde takım arabuluculuğu, tecrübesiz arabulucuların eğitimi için de iyi bir yöntemdir.

Takım arabuluculuğu uyumlu bir takımla gerçekleştirilirse, ikinci bir tarafsız kişinin (arabulucunun) sürece karışması pahasına çok yararlı olabilir. Bâzi müzakereciler, iki arabulucunun görev yaptığı takım arabuluculuğunun, tek arabulucunun çalıştığı arabuluculuktan daha masraflı olduğunu düşünebilirler. Aslında takım arabuluculuğu, arabuluculuğun verimli olmasını ve daha kısa sürede bitirilmesini sağlarsa, fazla masraflı olmayabilir. Bundan başka, uyuşmazlığın çözülmesi için takım arabuluculuğu gerekliyse, bu yönteme başvurulması yapılacak ilâve masraflara katlanmaya değerdir<sup>28</sup>.

## **B) Arabulucu Takımında Görev Yapan Her Bir Arabulucuya Ödenecek Ücretin Tespiti**

Aynı uyuşmazlığın çözümüne ilişkin arabuluculuk faaliyetinin takım arabuluculuğu yoluyla yürütülmesi durumunda, ücret miktarları aynı olmak üzere, her bir arabulucuya ayrı ücret ödenir (AAÜT m. 4).

Buna göre, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukukî uyuşmazlıkların dava açılmadan önce veya sonra arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanmasında arabulucuya ödenecek ücret, Tarifenin Birinci Kısımına göre belirlenecek ve saat başı ücret tahakkuk ettirilecektir. Tarifede öngörülen ücret taraf başına olup, her bir taraf saat başına tahakkuk eden bu ücreti ayrıca verecektir ve her bir arabulucu için ücret miktarları aynı olmak üzere ayrı ücret ödenecektir.

Konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıkların dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanmasında ise arabulucuya ödenecek ücret, Tarifenin İkinci Kısımındaki oransal değerlere göre belirlenecektir. Tarifenin İkinci Kısımında, birden fazla

<sup>27</sup> Gottfried, Alona M.: What Is Co-Mediation, And When Should It Be Used?, February 2, 2009 (<http://alonag.wordpress.com/2009/02/02/what-is-co-mediation-and-when-should-it-be-used/>).

<sup>28</sup> Bühring-Uhle, Christian: Arbitration and Mediation in International Business, Designing Procedures for Effective Conflict Management, The Hague 1996, s. 299; Pel, Machteld: Referral to Mediation: A practical guide for an effective mediation proposal, The Hague 2008, s. 138; Schoenwille, Manon: Toolkit Generating Outcomes, The Hague 2009, s. 36-37.



arabulucunun görev yaptığı takım arabuluculuğunda arabulucuya ödenecek ücretin oranı, bir arabulucuya nazaran daha yüksek tespit edilmiştir. Bu hâlde arabulucu takımı, tahakkuk eden ücreti aralarında ve aksine anlaşma yapmamışlarsa eşit miktarda bölüşeceklerdir. Tarifenin, takım arabuluculuğunda her bir arabulucuya ayrı ücret ödeneceğine ilişkin 4. maddesi, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen uyuşmazlıklarda arabulucuya ödenecek ücretle bağdaşmamaktadır; zîra bu uyuşmazlıklarda her bir arabulucuya ayrı ücret ödenmemekte, sadece arabuluculara ödenecek ücretin oranı daha yüksek tutulmaktadır.

Tarifenin bu hükmü, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklarda takım arabuluculuğu (*co-mediation*) şeklindeki çalışmalarda, arabulucu takımında yer alan her arabulucunun ayrı ücret almasını öngördüğünden isabetlidir. Ancak HUAK, bir yandan takım arabuluculuğuna izin verirken, diğer yandan takım arabuluculuğunun uygulanmasını anlamsızlaştırmıştır. Zira arabulucular siciline kayıt şartlarından biri de, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmaktır (HUAK m. 20, 2/b). Oysa takım arabuluculuğunda amaç, *farklı disiplinlerden arabulucuların uzmanlık konularını birleştirmektir*. Kanunda takımdaki tüm arabulucuların hukukçu olması zorunlu tutulduğundan, takım arabuluculuğunun verimli şekilde, takıma diğer mesleklerden uzmanların ithal edilerek kullanılması engellenmiştir. Bu sebeple HUAK'ta değişiklik yapılması ve takım arabuluculuğunda, takımdaki diğer arabulucunun hukuk fakültesi mezunu olma şartının kaldırılması zorunludur.

## § 5. ARABULUCULUK ÜCRETİNİN BELİRLENMESİ

### A) Arabuluculuk Ücretinin Arabulucu Sözleşmesi veya Tarifeye Tespiti

Arabuluculuk ücreti, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında geçerli bir ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya ücret miktarı konusunda arabulucu ile taraflar arasında uyuşmazlık bulunan durumlarda, Kanun, Yönetmelik ve Tarife hükümleri çerçevesinde belirlenir (AAÜT m. 1, 1). Tarifede yazılı olmayan hâller için, uyuşmazlığa konu işin niteliği göz önünde tutularak, Tarifedeki benzeri hâllere göre (kıyasen) ücret belirlenir (AAÜT m. 9).

Tarifenin 1. maddesinde yukarıdaki esaslar benimsenmiş ve arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında ücret sözleşmesinin olmadığı durumlarda Tarifeye göre ücret belirleneceği belirtilmişken; Tarifenin 3. maddesinde, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında ücreti içeren arabulucu sözleşmesi veya ayrı bir yazılı ücret sözleşmesi bulunmadığı takdirde arabuluculuk ücretinin, arabulucunun emeği, çabası, uyuşmazlık konusu işin önemi, uyuşmazlığın niteliği ve arabuluculuk faaliyetinin süresi göz önüne alınarak belirleneceği hükme bağlanmıştır (AAÜT m. 3, 1). Bu belirlemenin kim tarafından ve neye göre yapılacağı belirsizdir. Maddeler arasında uyum sağlanması bakımından, ücretin Tarifeye göre belirleneceği kabul edilmelidir.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin sonucuna veya kısmen de olsa başarısına bağlı olarak bir ücret anlaşması yapamaz<sup>29</sup>.

## **B) Arabuluculuk Ücretinin Taraflarca Eşit Olarak Karşılanması ve Ücretten Dolayı Müteselsil Sorumluluk**

### **I- Tarafların Arabuluculuk Ücreti ve Masraflarından Eşit Olarak Sorumlu Olması**

Arabulucu, arabuluculuk süreci başlamadan önce, arabuluculuk ücreti ve masraflarıyla ilgili olarak tarafların, ücret ve masrafları kimin karşılayacağı hususunda anlaşma yapmalarını sağlamalıdır<sup>30</sup>. İhtilâflı taraflar, arabuluculuk ücreti ve masraf avansından hangi ölçüde sorumlu olacaklarını, arabuluculuk süreci başlamadan önce kendi aralarında yapacakları arabuluculuk sözleşmesiyle kararlaştırabilecekleri gibi, bunu arabuluculuğun başında da (örneği ilk ortak toplantıda) belirleyebilirler. Taraflar, ücret ve avanstan hangi ölçüde sorumlu olacaklarını kendileri kararlaştırmamışsa, *ücret ve masraf taraflarca eşit olarak* karşılır (HUAK m. 7, 2; HUAKY m. 10, 2).

HUAK m. 7, 2'deki bu düzenlemenin hükümet gerekçesinde, tarafların ücret ve masrafa eşit miktarda katlanmalarının arabuluculuğun amacına da uygun olduğu; zira bu uyuşmazlık çözüm yolunda, bir tarafın kazanıp diğer tarafın kaybetmesi değil, her iki tarafın kazançlı çıkması (kazan-kazan sonucu) ve ortak menfaatlerini korumalarının amaçlandığı belirtilmiştir<sup>31</sup>.

### **II- Tarafların Arabuluculuk Ücretinden Müteselsilen Sorumlu Tutulması Gereği**

Bu noktada tarafların arabuluculuk ücretinden müteselsilen sorumlu olup olmadıkları belirlenmelidir. Müteselsil borçluluk, birden çok borçlunun alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduklarını kabul ettiği bir irade açıklamasından (sözleşme veya tek taraflı hukukî işlemlerden) veya böyle bir irade açıklaması yoksa kanundan doğar<sup>32</sup> (TBK m. 162). HUAK'ta tarafların arabuluculuk ücretinden müteselsilen sorumlu olduklarına dair bir hüküm yoktur. Tarafların arabulucu ile yapacakları arabulucu sözleşmesinde ise, arabuluculuk ücretinden dolayı taraflar arasında müteselsil sorumluluk esası benimsenmesine bir engel bulunmaktadır.

Taraflar, arabuluculuk ücretinden iç ilişkide eşit miktarda ve birlikte sorumlu olsa da, HUAK'da taraflarla arabulucu arasındaki dış ilişkide müteselsil sorumluluk öngörülmediğinden, taraflardan her biri, arabuluculuk ücreti borcundan dolayı arabulucuya karşı, kendi payına düşen kısım kadar sorumludur.

<sup>29</sup> Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 7.3.

<sup>30</sup> Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 7.1.

<sup>31</sup> Bkz. HUAK m. 7'nin gerekçesi (Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 1142).

<sup>32</sup> Akıntürk, Turgut: Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 105 vd.

Arabulucu, ödenmeyen arabuluculuk ücreti için, ancak sorumlu olan ve borcunu ödemeyen tarafa, kendi hissesi için başvurabilir. Doktrinde bu esas isabetli bulunmakta, arabuluculuk ücreti konusunda tarafların arabulucuya karşı müteselsil sorumlu tutulmasının, taraflar arasındaki iç ilişkide rücu'yu gündeme getireceği ve taraflar arasında yeni bir uyuşmazlığa sebebiyet vereceği belirtilmektedir<sup>33</sup>.

Kanımcı bu görüşe katılma imkânı yoktur. Taraflar, arabuluculuk ücretinden dolayı arabulucuya karşı müteselsil sorumlu olmalı ve arabulucu, ücretin tamamını tarafların her birinden talep edebilmelidir. Arabulucu, arabuluculuk sürecinde her iki tarafa da hizmet etmiştir ve taraflar arabuluculuk süreci sonunda uzlaşmaya varmışsa, bu arabulucunun katkısıyla olmuştur. Bu sebeple taraflar, arabuluculuk ücretinden müteselsil sorumlu olmalıdırlar. Nitekim 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesinde de benzer bir anlayışla avukatlık ücreti bakımından şu hükme yer verilmiştir:

#### “ÜCRET DOLAYISIYLA MÜTESELSİL SORUMLULUK

Madde 165.- İş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri, **sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan** ve takipsiz bırakılan işlerde **her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar**”.

Görüldüğü gibi Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesine göre, avukatın müvekkili ile karşı tarafın uzlaşması hâlinde, müvekkil ile karşı taraf, tahakkuk eden avukatlık ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılmaktadırlar. Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesinde, TBK m. 162, 2 anlamında kanundan doğan müteselsil borçluluk ilişkisi vardır<sup>34</sup>.

Kanunun bu hükmünde, avukatla sözleşme bağı olmayan üçüncü kişinin (hasım tarafın), avukatın ücretinin ödenmesi konusunda müteselsil sorumlu tutulmuş olması dikkat çekicidir. Tarafları uzlaştıran avukatın emeğinin zayı olmaması için kabul edilen bu hüküm isabetli olup, arabuluculukta da bu esastan ayrılmayı gerektiren bir durum yoktur.

Doktrinde, tarafların Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi uyarınca aralarında veya arabulucu önünde uzlaşmaları hâlinde de, Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesinin uygulanması ve avukatlık ücretinin karşılanması bakımından müteselsil sorumlu tutulmaları gerektiği haklı olarak belirtilmiştir<sup>35</sup>. Aynı kural arabulucu bakımdan da geçerli olmalıdır. Arabulucunun, avukattan farklı olarak her iki tarafla bir arabulucu sözleşmesi ilişkisi içinde olması veya taraflarca atanması, bu duruma daha da haklılık kazandırmaktadır.

<sup>33</sup> Yazıcı Tıktık s. 167.

<sup>34</sup> Güner, Semih: Avukatlık Hukuku, Ankara 2011, s. 386; Sungurtekin Özkan, Meral: Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 2012, s. 269-270.

<sup>35</sup> Güner s. 386; Sungurtekin Özkan-Avukatlık Mesleği s. 271.

Nitekim mukayeseli hukukta da bu esas benimsenmiştir. Örneğin Alman hukukunda, arabulucu sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak görülmekte ve arabuluculuk ücreti borcundan dolayı taraflar, arabulucuya karşı müteselsil sorumlu tutulmaktadırlar. Böylece arabulucu, ücretin tamamını tarafların her birinden talep edebilmektedir<sup>36</sup>.

### III- Arabuluculuk Ücretinin Tahsil Şekli

HUAK uyarınca arabulucu, yapmış olduğu faaliyet karşılığında tahakkuk eden ücretini ve masrafları, hisseleri oranında doğrudan taraflardan isteyecek olup, bu hususta mahkeme bağlantılı arabuluculukta dahi mahkeme devreye girmeyecektir (HUAK m. 7, 1-2).

HUAK m. 7, 2'deki düzenlemenin, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu<sup>37</sup> (STİSK) kapsamında toplu menfaat uyumsuzluklarının çözümünde görev yapan arabuluculara ödenecek ücrete ilişkin düzenlemeyle mukayesesi, fikir vermesi bakımından yararlı olacaktır.

Resmî arabulucuların nitelikleri, seçimi, ücretleri ve görevlendirilmeleri, Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılan Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği<sup>38</sup> (TİSAHBY) ile düzenlenmiştir (STİSK m. 57, 1; TİSAHBY m. 1). Bu yönetmeliğe göre arabulucu ücreti; görevli makam<sup>39</sup> tarafından, Yönetmeliğin 2. Ekinde yer alan Arabulucu Ücretleri Cetvelinde toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyeri veya işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenen gösterge rakamının, memur aylık katsayısıyla çarpımı sùretiyle hesaplanır (TİSAHBY m. 11, 1).

Görevlendirilen arabulucu ve belirlenen ücret, görevli makamca arabulucuya, taraflara ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirilir (TİSAHBY m. 11, 2). Taraflar, bu bildirimden itibaren en geç üç iş günü içinde, belirlenen ücreti Muhasebe Biriminin ya da illerde defterdarlık muhasebe müdürlüğünün, ilçelerde ise mal müdürlüğünün kasa veya banka hesabına eşit olarak yatırarak ödeme bilgilerini Genel Müdürlüğe gönderir (TİSAHBY m. 11, 3). Muhasebe Birimi, görevli makamca belirlenen ücretten yüzde yedi oranında gider payı keserek ücreti emanetler hesabına aktarır ve üçüncü fıkraya göre yatırılan tutardan hesaplanan gider payı ile geriye kalan tutarı ayrı ayrı izler (TİSAHBY m. 11, 4).

<sup>36</sup> Yazıcı Tıktık s. 167, dn. 547.

<sup>37</sup> RG 07.11.2012, Sa. 28460.

<sup>38</sup> RG 07.12.2013, Sa. 28844.

<sup>39</sup> 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 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığını ifâde eder (STİSK m. 2, 1/c; TİSAHBY m. 3, 1/f).

Görevli makamca arabulucunun görevinin sona erdiğinin Bakanlığa bildirilmesi üzerine, tarafların hesaba yatırdıkları tutardan vergiler ve gider payı kesildikten sonra kalan miktar arabulucunun hesabına aktarılır (TİSAHBY m. 11, 5).

Görüldüğü gibi, Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliğinde arabulucu ücretini ödemekle nihâyetinde taraflar sorumlu olsa da, ücretin tahsilinde isabetli bir usûl benimsenmiştir. Bu usûlde taraflarla arabulucu, ücretin ödenmesi konusunda karşı karşıya gelmeyerek, daha resmî bir usûl izlenmekte ve olası uyuşmazlıkların doğumu önlenmektedir. Arabulucu ücreti görevli makam tarafından saptanmakta, taraflar belirlenen arabulucu ücretini Muhasebe Biriminin kasa veya banka hesabına eşit olarak yatırmaktadırlar. Görevli makam arabulucunun görevinin sona erdiğini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirdiğinde, arabulucunun ücreti banka hesabına yatırılmaktadır.

Mahkeme bağlantılı arabuluculukta da HMK ve HUAK'da benzer bir usûlün benimsenerek, sonuçta tahakkuk edecek arabulucu ücretine mahsuben avans olarak belirlenecek bir miktarın, arabuluculuğa başvurmaya karar veren taraflarca önceden mahkeme veznesine gider avansı şeklinde yatırılması; bundan sonra faaliyetin tamamlanması durumunda tahakkuk eden nihaî ücretin, gene mahkemece ara kararıyla taraflardan tahsil edilerek, reddiyat makbuzu karşılığında arabulucuya ödenmesi uygun olur.

### **C) Yeni Uyuşmazlık Konularının Ortaya Çıkması Hâlinde Ayrı Ücrete Hak Kazanılması**

Somut bir uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında, mevcut uyuşmazlıkla ilgisi olmayan yeni uyuşmazlık konularının ortaya çıkması hâlinde, arabulucu *her bir uyuşmazlık için ayrı ücrete hak kazanır* (AAÜT m. 7).

Tarifenin bu hükmü de tatbik edilebilir değildir. Zira belli bir uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında, mevcut uyuşmazlıkla doğrudan ilgisi olmasa da, tarafların çözmek istedikleri ve müzakere masasına getirecekleri yeni uyuşmazlık konularının ortaya çıkması doğaldır. Bu hâlde, arabulucunun her bir uyuşmazlığı tefrik ederek taraflardan ayrı ücret istemesi mümkün olmadığı gibi, taraflarla arabulucu arasında ücret uyuşmazlığı doğmasına sebebiyet verebilecek fevkalâde sakıncalı bir durumdur. Bu tür bir pazarlık, içinden çıkılması ve ispatı güç sorunlar doğuracağı gibi, ücret konusunda münâkaşaları da beraberinde getireceğinden, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığına gölge düşürecek ve itibarını zedeleyecektir.

Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesinin 7. maddesindeki bu düzenlemenin, Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinin 8. maddesindeki şu hükümden esinlenerek kaleme alındığı anlaşılmaktadır:

*“Bir davanın takibi sırasında karşılık dava açılması, başka bir davanın bu davayla birleştirilmesi veya davaların ayrılması durumunda, her dava için ayrı ücrete hükmolunur”.*

Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinin 8. maddesindeki düzenleme, ayır davalar-daki vekâlet ücretini konu aldığından anlamalı olsa da, arabuluculuk bakımından emsal teşkil edebilecek mahiyette değildir.

Diğer yandan AAÜT m. 7 hükmü, konusu para olmayan veya para ile değerlendiremeyen hukukî uyuşmazlıklarda arabulucuya ödenecek ücretin belirlenme şekli karşısında anlamsızdır. Zira konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukukî uyuşmazlıklarda arabulucuya ödenecek ücret, Tarifenin birinci kısmının birinci ve bölümünde gösterildiği şekilde, harcanan saate göre belirlenir. Üzerinde anlaşılan miktarın belirli bir yüzdesine göre değil de, harcanan süreye göre ücret belirlendiğinden, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında somut uyuşmazlık konusuyla doğrudan ilgisi olmayan yeni uyuşmazlık konularının ortaya çıkması hâlinde, arabulucunun her bir uyuşmazlık için ayrı ücret talep etmesi anlamsızdır; zira her uyuşmazlık konusunun çözümü için harcanan toplam süreye göre arabuluculuk ücreti belirlenecektir.

Aynı şekilde, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıkların dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanmasında da arabulucuya ödenecek ücret belirlenirken, mevcut uyuşmazlıkla ilgisi olmayan yeni uyuşmazlık konularının ortaya çıkması hâlinde, arabulucuya her bir uyuşmazlık için ayrı ücret tahakkuk ettirilmesine gerek yoktur. Zira konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanmasında arabulucuya ödenecek ücret, Tarifenin İkinci Bölümünün İkinci Kısımına göre, *üzerinde anlaşılan miktarın belli bir yüzdesi* şeklinde belirlenecektir. Bu noktada, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında mevcut uyuşmazlıkla ilgisi olmayan yeni uyuşmazlık konularının ortaya çıkması hâlinde, arabulucu her bir uyuşmazlık için ayrı ücret talep etmek yerine, tüm uyuşmazlık konularının çözümü sonucunda üzerinde anlaşılan miktarın belli bir yüzdesini ücret olarak almaya hak kazanacaktır. Bu sebeple, AAÜT m. 7 hükmü Tarifeden çıkarılmalıdır.

## § 6. ARABULUCUNUN ÜCRETE HAK KAZANMASI

### A) Arabulucunun Ücretin Tamamına Hak Kazanması

Arabuluculuk faaliyetini yürütme görevini kabul eden arabulucu, müzakerelerin aşağıdaki sebeplerle sona ermesi hâlinde, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır (HUAK m. 17, 1; HUAKY m. 21, 1; AAÜT m. 5, 1):

1- Arabuluculuk sürecinin tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaya varmış olması sebebiyle sona ermesi,

2- Arabuluculuk sürecinin, taraflara danışıldıktan sonra, arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi sebebiyle sona ermesi,

3- Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi,

4- Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi.

Arabuluculuk sürecine başladıktan sonra, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya CMK gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suç ile ilgili olduğu hususları ortaya çıkar ve bu sebeplerle de arabuluculuk süreci sona erdirilir ise, sonradan ortaya çıkan bu durumlarla ilgili olarak eğer *arabulucunun herhangi bir kusuru yoksa*, arabuluculuk sürecini yürütme görevini kabul eden arabulucu, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır (AAÜT m. 5, 2).

Arabuluculuk sürecine başladıktan sonra, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına ortaya çıkması ve bu sebeple arabuluculuk sürecinin sona erdirilmesi hâlinde, sonradan ortaya çıkan bu durumlarla ilgili olarak *arabulucunun nasıl bir kusurunun olacağı* anlaşılacaktır. Arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütme görevini kabul ettiğinde, bu aşamalar zaten geçilmiş ve uyuşmazlık arabulucu önüne ya taraflarca ya da mahkemece intikal ettirilmiş demektir. Bu sebeple AAÜT m. 5, 2 hükmünün uygulama şansı bulması kolay değildir.

Konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukukî uyuşmazlıkların dava açılmadan önce veya sonra arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanmasında arabulucuya ödenecek ücret, Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısmı uyarınca arabulucunun harcadığı saate göre belirleneceği ve her bir taraf bu ücreti eşit miktarda ödeyeceği için, arabuluculuk toplantılarının başlama ve bitiminde bir tutanak (toplantı tutanağı<sup>40</sup>) tutulması uygun olur. Böylece arabulucuya ödenecek ücretin hesabında sonradan doğabilecek uyuşmazlıklar önlenir.

## B) Arabulucunun Ücretin Yarısına Hak Kazanması

### I- Arabuluculuk Faaliyetine Başlandıktan Sonra Taraflardan Birinin Ölümü

Tarifeye göre, “*Arabuluculuk faaliyetine başladıktan sonra taraflardan birinin ölümü halinde ücretin yarısına hak kazanılır*” (AAÜT m. 5, 3). Bunun sebebi Yönetmelikteki, “*Arabuluculuk süreci sırasında taraflardan birinin ölümü hâlinde, arabuluculuk faaliyeti sona erer*” hükmü olsa gerektir (HUAKY m. 21, 6).

Kanunda böyle bir hükme yer verilmemiş olup (HUAK m. 17), Yönetmelikte,

<sup>40</sup> Toplantı tutanakları örnekleri için bkz. Özbek, Seviye: Söz ve Yazı Tekniği, Teknik Eğitim Fakültesi, Ankara 1986, s. 53-56.

arabuluculuğun şahsa sıkı sıkıya bağlı bir faaliyet olması esâsından hareket edildiği anlaşılmaktadır. Ancak burada da bâzı sorunlar vardır. Herşeyden önce Tarifede, taraflardan birinin ölümü denilmesi isabetli değildir; zira müzakereciler tüzel kişi olabilir ve tüzel kişilerin ölümü söz konusu olmaz (TMK m. 48-53). Ölümle hak ehliyetinin sona ermesi gerçek kişiler bakımından ortaya çıkabilir (TMK m. 8; 28).

Gerçek kişiler bakımından ise, arabuluculuk faaliyetine başlandıktan sonra uzun bir süre geçmiş, örneğin arabuluculuk sona erdirilmiş ve taraflar anlaşmaya varmış, fakat anlaşma imzalanamadan bir müzakereci ölmüş olabilir. Bu hâlde arabulucunun ücretin yarısına hak kazanması hakkaniyete uygun değildir. Üstelik ölümle, malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklar sona ermez. Yalnız ölen müzakereciyi ilgilendirmeyip mirasçılarının malvarlığı haklarını etkileyen uyuşmazlıklar, müzakerecinin ölümüyle konusuz kalmayıp mirasçılara intikal eder. Terekedeki mallar mirasçılara intikal edeceğinden, mirasçılar bu uyuşmazlıkla baş başa kalacaktır. Hâlbuki onların arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaya icazet vermesi mümkündür. Bu hâlde arabulucu, ücretin tamamına hak kazanmalıdır.

## II- Arabuluculuk Süreci Devam Ederken, Arabuluculuk Sürecinin Konusuz Kılması, Feragat, Kabul veya Sulh Yapılması

Tarifeye göre uyuşmazlık, arabuluculuk süreci devam ederken, arabuluculuk sürecinin konusuz kılması, feragat, kabul veya sulh gibi arabuluculuk yolu dışındaki yöntem ve nedenlerle giderilirse arabulucu, ücretin yarısına hak kazanır (AAÜT m. 6).

Tarifenin bu hükmü fevkalâde talihsiz olduğu gibi, arabuluculuğun yapısıyla da bağdaşmamaktadır. Arabuluculuğun amacı, nihâyetinde tarafların *sulh olmasını* (uzlaşmasını) sağlamaktır. Uyuşmazlığın, arabuluculuk süreci devam ederken sulh ile sona ermesi, arabuluculuk yolu dışındaki yöntem ve nedenlerle giderildiği anlamına gelmez. Bilâkis, arabuluculuk süreci devam ederken uyuşmazlığın sulh ile sona ermesi, arabuluculuk müzakerelerinin amacına ulaştığını ve tarafların uzlaştığını gösterir.

Bunun gibi uyuşmazlığın, arabuluculuk süreci devam ederken feragat veya kabul ile sona ermesi de, büyük ihtimalle arabuluculuğun etkisiyle taraflar arasında yapılan bir uzlaşmanın neticesi olarak ortaya çıkacaktır. Yoksa taraflar, sebepsiz yere uyuşmazlığı feragat veya kabul ile sona erdirmez.

Bu sebeple, arabuluculuk süreci devam ederken uyuşmazlığın feragat, kabul veya sulh ile sona ermesi, arabuluculuk yolu dışındaki yöntem ve nedenlerle giderildiği anlamına gelmez. Böyle bir durumda arabuluculuk süreci hedefine ulaşmış olacağından arabulucu, arabuluculuk ücretinin tamamına hak kazanmalıdır. Arabuluculuk Asgârî Ücret Tarifesinde, uyuşmazlığın arabuluculuk müzakereleri sırasında feragat, kabul veya sulh ile sona ermesi hâlinde arabulucunun ücretin yarısına



hak kazanacağıının öngörülmesi, kötüye kullanmaya müsait bir düzenleme olup, arabulucunun emeğinin zâyi olmasına ve arabuluculuk kurumunun sekteye uğramasına yol açma tehlikesini içinde barındırmaktadır.

AAÜT m. 6'da yer alan bu hükümle uyumsuzluğun, arabuluculuk faaliyeti devam ederken, arabuluculukla ilgisi olmayan biçimde sona ermesi sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalmasının kast edildiği anlaşılmaktadır. Buna örnek olarak, arabuluculuk faaliyetine başlandıktan sonra gerçek kişi olan tarafın ölümü veya tüzel kişi olan tarafın feshi gösterilebilir. Bu ihtimal de, AAÜT m. 5, 3'te (HUAKY m. 21, 6) özel olarak düzenlendiğinden, AAÜT m. 6'da tekrar düzenlenmesine gerek yoktur.

Söz konusu hükmün, Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinin<sup>41</sup> (AvAÜT), "Davanın konusuz kalması, feragat, kabul ve sulhte ücret" başlıklı 6. maddesinden esinlenerek düzenlenmiş olması kuvvetle muhtemeldir. Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi m. 6'da şu hükme yer verilmiştir:

*"Anlaşmazlık, davanın konusuz kalması, feragat, kabul, sulh veya herhangi bir nedenle; ön inceleme tutanağı imzalanıncaya kadar giderilirse, Tarife hükümleriyle belirlenen ücretlerin yarısına, ön inceleme tutanağı imzalandıktan sonra giderilirse tamamına hükmolunur. Bu madde yargı mercileri tarafından hesaplanan akdi avukatlık ücreti sözleşmelerinde uygulanmaz".*

Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi m. 6'daki bu hüküm, avukatlık ücretini düzenlediğinden makul ise de, Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesinde buna paralel bir hükme yer verilmesi uygun olmamıştır. Zira arabuluculuk, nihâyetinde sulhü amaçlayan bir faaliyettir ve arabuluculuk sürecinin sulhle sonuçlanması da gayet doğaldır. Bu durumda arabulucuya yarım ücret takdir edilmesi, onu âdetâ cezalandırmak anlamına gelir. AAÜT m. 6 hükmü bu sebeple tarifeden çıkarılmalıdır.

## § 7. ARABULUCULUK ÜCRETİ ALACAKLARINDA ZAMANAŞIMI

### A) Arabuluculuk Ücretinin Muaccelliyeti

Arabulucunun ücret talep hakkı kanundan kaynaklanmaktadır (HUAK m. 7, 1; HUAKY m. 10, 1). Arabuluculuk faaliyetini yürüten arabulucunun emek ve mesaisinin karşılığı olan arabuluculuk ücretinin tâbi olduğu zamanaşımı süresi konusunda HUAK'da özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta özel hüküm olmadığı için, arabuluculuk ücretinin tâbi olduğu zamanaşımı süresi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>42</sup> (TBK) uyarınca belirlenmelidir.

Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağından (TBK m. 149), arabuluculuk ücretinin ne zaman muaccel olacağı belirlenmelidir. Bu sebeple,

<sup>41</sup> RG 28.12.2013, Sa. 28865.

<sup>42</sup> RG 04.02.2011, Sa. 27836.

arabulucunun taraflarla kararlaştırmış olduğu veya kararlaştırmış değilse Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesine göre belirlenen ücretinin muacceliyet tarihi önem taşımaktadır.

Arabuluculuk ücretinin muacceliyet anı, öncelikle arabuluculuk ücret sözleşmesine göre belirlenir. Arabuluculuk ücret sözleşmesinde ücretin ne zaman ödeneceği kararlaştırılmışsa, borcun ifa edileceği gün birlikte belirlenmiş olacağından, bu günün geçmesiyle taraflar temerrüde düşmüş olur. Bu ödeme tarihi, tarafların ücret ödeme borcu için kesin vade sayılabilir ve arabulucunun tarafları temerrüde düşürmek için ihtar çekmesine gerek kalmaz (TBK m. 117).

Arabuluculuk ücret sözleşmesinde ücret ödeme borcunun ifa edileceği gün belirlenmemişse veya arabuluculuk ücret sözleşmesi yoksa, işin mahiyeti icabı arabuluculuk ücreti, arabuluculuk faaliyetinin tamamlandığı veya sona erdiği tarihte (AAÜT m. 10) muaccel olur ve tarafların tam arabuluculuk ücreti ödeme borcu doğar<sup>43</sup>. Arabuluculuk ücretinin zamanaşımı süresi bu tarihten itibaren işlemeye başlar ve arabuluculuk ücretini ödemeyen tarafları ihtar çekerek temerrüde düşüren arabulucu, temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizi talep edebilir (TBK m. 120).

## B) Arabulucu Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

Arabuluculuk ücretinin tâbi olduğu zamanaşımı süresini belirlerken, uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu arasında yapılan arabulucu sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespiti uygun olur. Kanımca uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu arasında kurulan arabulucu sözleşmesi, hakem sözleşmesine kıyasen<sup>44</sup>, tam iki tarafa borç yükleyen (*sinallagmatig*) ve sürekli borç doğuran işgörme sözleşmeleri kapsamında, baskın karakteri itibarıyla vekâlet sözleşmesi mahiyetindedir<sup>45</sup>. Arabulucu sözleşmesi, müzakereler anlaşmayla sonuçlansın veya sonuçlanmasın, arabuluculuk müzakerelerini yürütme ve yönetme şeklindeki işgörme borcunun ifasıyla sona erer. Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, TBK'da düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanacağından (TBK m. 502, 2), arabulucu sözleşmesine vekâlet sözleşmesi hükümlerini uygulamak uygun olur.

Esasında arabulucunun taraflara karşı, onları bir araya getirerek arabuluculuk müzakerelerini yürütme ve yönetme şeklinde bir işgörme borcu altına girmesi (TBK m. 502; HUAK m. 2), borcunu şahsen (*bizzat*) ifa etmekle yükümlü olması (TBK m. 506, 1; HUAK m. 9, 1), üstlendiği işi tarafların haklı menfaatlerini gözeterek, tarafsız ve bağımsız bir biçimde, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olması (TBK m. 506, 2; HUAK m. 9) ve güven ve sadakat borcunun bir sonucu

<sup>43</sup> Avukatlık ücreti bakımından aynı yorum için bkz. Sungurtekin Özkan-Avukatlık Mesleği s. 295-298.

<sup>44</sup> Taşkın, Âlim: Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005, s. 35-42.

<sup>45</sup> Aynı görüşte Kekeç-Temel Aşamalar ve Taktikler s. 152; Taşpolat Tuğsavul s. 145-146.

olarak sır saklama yükümlülüğü<sup>46</sup> (TBK m. 506, 2; HUAK m. 4) altında olması da, arabulucu sözleşmesinin TBK m. 502-514 hükümleri anlamında tam iki tarafa borç yükleyen bir vekâlet sözleşmesi olduğu yorumunu desteklemektedir.

Vekâlet sözleşmesinde vekil, kendisine bırakılan iş veya hizmeti sözleşmeye uygun olarak ifa ile yükümlü olup, bir edim sonucunu değil, edim fiilini taahhüt eder<sup>47</sup>. Doktrinde isabetli şekilde belirtildiği gibi, “*Vekâletin konusu istisna akdinden daha genel biri nitelik taşır. Vekil belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi için değil, fakat belli bir yönde çalışmak için taahhüt altına girer; bu çalışma sonunda istenilen sonuç hasıl olabileceği gibi olmayabilir de; önemli olan, vekilin belli yönde işi özenle ve sadakatla görmeğe çalışmasıdır*”<sup>48</sup>.

Arabulucu, belirli bir sonuca (uzlaşmaya) varmaya yönelik *edim fiilinde bulunmayı* (müzakereleri yönetmeyi) taahhüt etmektedir. Arabulucu da tıpkı vekil gibi yüklendiği, “arabuluculuk müzakerelerini yürütme ve yönetme” şeklindeki işgörmeye edimini özenle yerine getirmekle yükümlü olup, *uzlaşmaya varma* şeklindeki sonucun mutlaka gerçekleşmesinden sorumlu değildir<sup>49</sup>. Arabulucu, tarafları, görüşmeleri ve müzakerelerde bulunmaları amacıyla bir araya getirmek; onların konuşmalarını, birbirlerini dinlemelerini ve anlamalarını ve bu sûretle kendi çözümlerini üretebilmelerini sağlamak için, taraflar arasında iletişim sürecinin kurulmasına yardımcı olmayı taahhüt eder<sup>50</sup>. Arabulucunun müzakere yöntemlerini kullandığı bu sistematik çalışma sonunda istenilen sonuç (uzlaşma sağlama) hâsıl olabileceği gibi, taraflar uzlaşmadan da müzakere masasından kalkabilirler. Önemli olan, arabulucunun, arabuluculuk müzakerelerini yürütme ve yönetme işini özenle ve sadakatle görmeye çalışmasıdır.

Doktrinde arabulucunun, tarafsız ve bağımsız hareket etme yükümlülüğüyle, uyuşmazlığın her iki tarafın da menfaatine uygun bir şekilde çözülmesine yardımcı olma görevi sebebiyle, arabulucu sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olmadığı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, arabulucunun şahsen ifa yükümlülüğü mutlak olup, vekâlette vekilin işi bizzat göreme yükümlülüğü bakımından öngörülen istisnalar arabulucu bakımından uygulanmaz. Bu nedenlerle arabulucu sözleşmesi tipik bir vekâlet sözleşmesi olmayıp, TBK m. 502, 2 ile izin verilen isimsiz bir işgörmeye sözleşmesidir<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 2010, s. 450-456; Yavuz/Acar/Özen s. 1171.

<sup>47</sup> Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 390-391; Tandoğan s. 363-364; Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2011, s. 527; Yavuz/Acar/Özen s. 1129; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 595, 603.

<sup>48</sup> Tandoğan s. 39.

<sup>49</sup> Yazıcı Tıktık s. 166.

<sup>50</sup> Bush, Robert A. Baruch/Folger, Joseph P.: Arabuluculuk ve Getirileri, Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı (Çev. Gamze Sart), Ankara 2013, s. 8, 102-103, 135, 144-145.

<sup>51</sup> Yazıcı Tıktık s. 163-165.

Kanımca, arabulucu ile her iki taraf arasında yapılan arabulucu sözleşmesi gereğince, arabulucunun her iki tarafın da menfaat ve iradesine uygun, sadakat ve özenle işgörme borcu altında olması vekâlet sözleşmesine aykırı bir durum olmayıp, tam tersine vekâlet sözleşmesiyle bağdaşmaktadır. Kezâ vekâlet sözleşmesi de güvene dayalı olduğu için, vekâlet sözleşmesinde kural, sözleşme konusu işin vekil tarafından bizzat yapılmasıdır<sup>52</sup> (TBK m. 506, 1) ve bu kapsamda vekil ile arabulucunun şahsen ifa yükümlülüğü örtüşmektedir.

Nihâyet, vekâlet sözleşmesinde vekilin müvekkile karşı, nisbî bağımsızlığı olduğu doktrinde kabul edilmekte, müvekkilin menfaatine belli bir sonuca varmak üzere iş görürken, amacına ulaşmak için belli ölçüde karar verme zorunda olduğuna işaret edilmektedir. Vekil, iş sözleşmesindeki işçiden farklı olarak *bağımsız işgören* konumundadır. Arabuluculuk gibi özel uzmanlık ve eğitim gerektiren işlerde bu bağımsızlık genellikle daha geniş ölçüdedir<sup>53</sup>. Arabulucunun da bağımsızlığı esas (HUAK m. 2, 1/b) olduğundan, bu durum arabulucu sözleşmesiyle vekâlet sözleşmesi arasında bir tenakuz doğurmamaktadır.

Esâsında doktrinde, arabulucu sözleşmesinin tipik bir vekâlet sözleşmesi olmayıp isimsiz bir işgörme sözleşmesi olduğunu savunan görüş de, TBK m. 502, 2 hükmü sebebiyle sonuçta arabulucu sözleşmesine vekâlet hükümlerinin uygulanacağını kabul ettiğinden<sup>54</sup>, yukarıdaki münâkaşalar nazarı bir ağırlık taşımaktadır.

Bu bilgiler çerçevesinde, vekâlet sözleşmesinden doğan alacaklar için beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanacağından (TBK m. 147, 1/5), arabuluculuk ücreti alacaklarına ilişkin talep hakları da beş yılda zamanaşımına uğrayacaktır.

## § 8. ARABULUCULUK ÜCRETİ VE ADLÎ YARDIM

Arabuluculuk Kanununda, görülmekte olan bir dava sırasında arabuluculuğa başvurulması hâlinde, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre koşulları taşıyan tarafa adlî yardımdan (HMK m. 334-340) yararlanma imkânının tanınması, arabuluculuğun yaygınlaşması bakımından yararlı olacaktır<sup>55</sup>. Arabuluculuğun gelişmesi

<sup>52</sup> Aral/Ayrancı s. 403; Tandoğan s. 456; Yavuz s. 547; Yavuz/Acar/Özen s. 1162; Zevkliler/Gökyayla s. 613.

<sup>53</sup> Aral/Ayrancı s. 391; Tandoğan s. 374-375; Yavuz s. 531; Yavuz/Acar/Özen s. 1134; Zevkliler/Gökyayla s. 611.

<sup>54</sup> Yazıcı Tıktık s. 165.

<sup>55</sup> Kekeç-Temel Aşamalar ve Taktikler s. 222; Özbek-Avukatlıkta Arabuluculuk s. 256; Sungurtekin Özkan, Meral: Sosyal Devlet Bağlamında Adli Yardım Kurumu ve Hukuksal Koruma Sigortası (Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 3, 10 Ocak-14 Ocak 2012, Ankara Barosu 2012, s. 172-187), s. 183-185; Tanrıver, Süha: Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 2025-2036), s. 2033; Tanrıver, Süha: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler (TBB 2012/99, s. 15-34), s. 31; Taşpolat Tuğsavul s. 149; Yılmaz-Arabuluculuk s. 1288.

ve beklenen işlevini yerine getirebilmesi için, adli yardım olanağının tanınması çok önemlidir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki Rec (2002)10 Sayılı Tavsiye Kararının üçüncü ilkesinin dokuzuncu maddesinde Üye Devletlere, tamamen veya kısmen ücretsiz arabuluculuk hizmet sunmaları veya arabuluculuk için adli yardım olanağı sağlamaları önerilmiştir<sup>56</sup>.

Benzer şekilde; Adaletin Etkinliğine İlişkin Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan, âile arabuluculuğu ve hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğa ilişkin mevcut tavsiye kararının daha iyi uygulanmasına yönelik rehberde, arabuluculuk masrafları konusunda şu önerilerde bulunulmuştur:

“2.1. Arabuluculuğa başvuran kişilerin ödeyeceği masraflar

**33.** Arabuluculuğa başvuran kişilerin ödeyeceği masraflar, **makul ve uyuşmazlık konusunun miktar veya değeriyle orantılı olmalıdır.** Üye devletler, arabuluculuğun herkes tarafından erişilebilir olmasını sağlamak amacıyla, **arabuluculuk hizmetlerini malî açıdan doğrudan desteklemelidir.**

**34.** Kanun önünde ve adalete erişimde eşitlik ilkeleri sebebiyle, halkın belli bir kesiminin ekonomik sebeplerle bir hizmetten mahrum tutulması kabul edilemez. Üye devletler, malî imkânları sınırlı kişiler için, dava yolunda sunulan adli yardım- la aynı şekilde, **arabuluculuğu katılan tarafları adli yardımdan yararlandırmak için teşvik edilmelidirler.**

**35.** Milletlerarası arabuluculuğu erişilebilir kılmak için ve milletlerarası arabuluculuğu organize etmenin çok masraflı ve karmaşık olduğu göz önüne alınarak üye devletler, milletlerarası arabuluculuğu oluşturmak, desteklemek ve geliştirmek için tedbirler almayı teşvik edilmelidirler<sup>57</sup>.

Bu hususlar, bilhassa âile uyuşmazlıklarında arabuluculuğun özendirilmesinde büyük önem taşımaktadır. Örneğin Avusturya’da âile arabuluculuğunda, belli bir zaman kesitine kadar arabulucunun ücretini devlet karşılamakta<sup>58</sup>, Belçika’da arabuluculukta adli yardımdan yararlanılabilmekte<sup>59</sup>, Slovenya’da arabuluculuk

<sup>56</sup> Council of Europe: Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues, Strasbourg 2003, s. 16; Özbek-Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması s. 493; Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 1197.

<sup>57</sup> Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters (European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): Better Implementation of mediation in the member states of the Council of Europe, Concrete rules and provisions, CEPEJ Studies No. 5, Council of Europe, s. 19). Bu rehberin tam Türkçe tercümesi için bkz. Adaletin Etkinliğine İlişkin Avrupa Komisyonu (CEPEJ): Aile arabuluculuğu ve hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğa ilişkin mevcut tavsiye kararının daha iyi uygulanmasına yönelik rehber (Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 1203-1210).

<sup>58</sup> Tanrıver-Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları s. 93.

<sup>59</sup> Namli, Mert: Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 99-111), s. 111.

hizmeti ücretsiz olarak sunulmaktadır<sup>60</sup>. Benzer şekilde Amerika Birleşik Devletleri federal bölge mahkemelerinde ilk geliştirilen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru ücretsiz olmuştur. Bunun sebebi, 1970'li yıllarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yeni ve denenmemiş olması ve mahkemeler ile tarafsız kişilerin bu konuda tecrübesiz olmasıdır. Günümüzde ise durum değişmiş ve alternatif uyuşmazlık çözümü hizmeti sunan tarafsız kişilere ücret ödenmeye başlanmıştır. Tarafsız kişilerin ücretinden taraflar sorumlu tutulmaktadır<sup>61</sup>. Hukukumuzda da CMK m. 253'e göre, ceza arabuluculuğu tamamen ücretsizdir<sup>62</sup>.

Adli yardım yanında Arabuluculuk Kanununda, arabuluculuk siciline kayıtlı arabulucuların, mahkeme kararıyla arabuluculuğa gönderilen davalarda, yılda en az 10 saat veya iki davada ücretsiz arabuluculuk yapmasının zorunlu tutulması yararlı olacaktır. Mukayeseli hukukta görülen bu uygulama sayesinde, hem adli yardımın yükü azaltılmış hem de yoksulların arabuluculuktan yararlanması kolaylaştırılmış olacaktır<sup>63</sup>.

## § 9. ARABULUCULARIN AİDAT ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Arabulucunun arabuluculuk faaliyeti karşılığında taraflardan ücret ve masrafları isteme hakkı yanında, Kanunda aidat ödeme yükümlülüğüne de yer verilmiştir. Buna göre arabulucular, sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat öderler (HUAK m. 12, 1; HUAKY m. 16). Giriş aidatı ve yıllık aidatlar genel bütçeye gelir kaydedilir (HUAK m. 12, 2).

Kanımca, arabulucuların sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat ödemeleri, işin mahiyetine uygun bir düzenleme değildir.

Aidat ödenmesini düzenleyen HUAK m. 12'nin hükümet gerekçesinde, birçok faaliyet ve iş alanında olduğu gibi, arabulucuların da, kayıtlı olduğu sicile giriş ve faaliyetini sürdürebilmek için aidat ödemekle yükümlü kılındığı ifade edilmiştir. Gerekçeye göre, "*Bu, hem bir aidiyet anlamı taşımaktadır hem de bu alanda ortaya çıkacak gerekli giderlerin karşılanmasına yönelik kaynak sağlayacaktır*".

Arabulucuların genel bütçeye gelir olacak şekilde giriş ve yıllık aidat yükümlülüğü, arabuluculuğun yapısıyla bağdaşmamaktadır. Arabuluculukla ilgili, sicil, kurul, denetim, gözetim, düzenleme işlemlerinin Adalet Bakanlığı nezdinde yürü-

<sup>60</sup> Hrastnik, Bojana Jovin: Alternatif Çözüm Yolları Yargılama Sürecini Nasıl Hızlandırır? Lubljana Mahkemesinden Örnekler (Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara 3-5 Nisan 2006, Türkiye Adalet Akademisi 2006, s. 37-45), s. 39.

<sup>61</sup> Stienstra, Donna: ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges & lawyers, Federal Judicial Center and CPR Institute for Dispute Resolution 1996, s. 11.

<sup>62</sup> Özbek, Mustafa: Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları (AÜHFHD 2007/4, s. 123-205), s. 192-193; Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 1006-1007.

<sup>63</sup> Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 1042.

tülmesi, genel bütçeye gelir kaydedilecek şekilde arabuluculardan sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat alınmasını haklı göstermez.

Bu aidatların arabuluculukla ilgili bir faaliyette kullanılacağı ileri sürülmesi de yeterli bir gerekçe teşkil etmez. Arabuluculuk bağımsız (özerk, *autonomy*) bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Mahkeme bağlantılı arabuluculuğa dava sürecinde başvurulması dahi bu durumu değiştirmez. Arabulucular tarafsız ve bağımsız kişiler olup (HUAK m. 2,1/b; 9, 1; HUAKY m. 4, 1/b; 8), idâre hukuku kapsamında devlet memuru<sup>64</sup> değildir.

Anayasanın 148. maddesine göre, “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür”. Benzer şekilde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 4/A uyarınca, “Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen aslî ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır”.

Doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi, bir kişinin memur olması için şu temel kıstasları taşıması gerekir<sup>65</sup>:

- 1- Genel idâre esaslarına göre yürütülen bir kamu hizmetinin yapılmasıyla vazîfeli olması,
- 2- Kamu hizmetinin gerektirdiği aslî ve sürekli vazîfeleri ifa etmesi,
- 3- Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinde sürekli biçimde vazîfe yaparak, idârî kadro ve hiyerarşi içinde yer alması.

Görüldüğü gibi arabulucular, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinde çalışmadığı, devlet bütçesinden maaş, ödenek gibi bir maddî gelir elde etmediği, genel idâre esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerini ifa ile görevli olmadığı, arabulucuların hizmetinin aslî ve sürekli kamu hizmeti niteliğinde olmadığı, kamu yetkisi kullanmadığı ve bürokratik hiyerarşi içinde yer almadığı açık olduğundan, memur olarak nitelendirilmeleri de mümkün değildir.

Arabulucuların, TCK m. 6, 1/c anlamında kapsamı geniş tutulan kamu görevlisi sayılmaları ise ceza hukuku bakımından olup<sup>66</sup>, idâre hukukunu ilgilendirilmemektedir<sup>67</sup>. Arabulucuların yüklenmiş oldukları görev, ihtilâflı taraflar arasında yapılan özel hukuk sözleşmesinden (arbuluculuk sözleşmesinden) kaynaklanmakta ve arabulucular serbest meslek faaliyeti icra etmektedir.

<sup>64</sup> Gözler, Kemal: İdare Hukuku, C. I, II, Bursa 2009, s. 647-648; Günday, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2011, s. 586; Zabunoğlu, Yahya Kazım: İdare Hukuku C. 1, 2, Ankara 2012, s. 624-625.

<sup>65</sup> Gözler s. 648; Günday s. 588; Tanrıver, Süha: Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 39-40; Zabunoğlu s. 625

<sup>66</sup> Yazıcı Tıktık s. 69-70.

<sup>67</sup> Gözler s. 649; Günday s. 588.

Hukukî statüsü bu şekilde tespit edilen arabulucuların genel bütçeye gelir olacak şekilde sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl yıllık aidat ödemeleri uygun değildir. Arabulucular devletten bir hizmet almamaktadır ve Adalet Bakanlığı arabulucuların meslek odası değildir. Arabuluculuk bir meslek olarak örgütlendiği ve bir meslek odasına bağlandığı takdirde, bu meslek odasına aidat ödeme yükümlülüğü öngörülebilir.

Pozitif hukuk hükümleri karşısında arabulucuların, kayıtlı olacakları sicile giriş ve faaliyetini sürdürebilmek için genel bütçeye aidat ödemekle yükümlü kılınması, haksız ve dayanaksız bir uygulamadır. Nitekim uygulamada arabuluculuğa benzer bir hukukî statüde olan bilirkişi ve hakemler de genel bütçeye gelir olacak şekilde bir aidat ödememektedir. Arabuluculuğun özerk yapısına aykırı şekilde, genel bütçeye gelir olacak şekilde arabulucular için aidat ödeme yükümlülüğü öngören HUAK m. 12'nin yürürlükten kaldırılması uygun olur.

## SONUÇ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda arabulucuların, yapmış oldukları arabuluculuk faaliyeti karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahip oldukları yönündeki düzenleme isabetli, fakat eksiktir. HUAK uyarınca çıkarılan AAÜT ise, arabuluculukla bağdaşmayan hükümler içerdiğinden, uygulanamaz hâldedir ve kısa vadede bir tadilâta muhtaçtır.

HMK'da, belli bir miktarın altında olan alacak talepleri "*küçük miktarlı uyuşmazlıklar*" olarak nitelendirilmeli ve küçük miktarlı uyuşmazlıklar için "*küçük talepler yargılama usûlü*" şeklinde özel bir yargılama usûlü tasarlanmalıdır. Bu küçük talepler yargılama usûlünde *arabuluculuğa başvuru zorunlu tutulmalıdır*. Pür gönüllü arabuluculuğun, bu yönetime yabancı olan yargılama hukuku sistemimizde kısa vadede uygulamaya geçmesini beklemek gerçekçi değildir.

Arabuluculuğun yaygınlaşması bakımından, arabuluculuk masrafları ve bu kapsamda arabulucunun ücreti Devlet Hazinesi tarafından karşılanmalı ve arabuluculuğa başvurulması tümüyle ücretsiz olmalıdır. Ücretlik arabuluculuk, arabulucunun düşük ücretle çalıştığı hâllerin dışında, küçük miktarlı uyuşmazlıklarda kârlı bir yöntem olmayacaktır. Bu nedenle, bilhassa uyuşmazlık konusu olan miktarın küçük olması hâlinde arabuluculuğun ücretsiz olması, arabuluculuğa başvuruyu anlamlı kılar<sup>68</sup>.

Taraflar sâdece, arabuluculuk sürecinde avukatla temsil ediliyorlarsa, kendi avukatlarının avukatlık ücretinden sorumlu olmalıdırlar. Tıpkı Ceza Muhakemesi

<sup>68</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 26; Özbek-Avrupada Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması s. 470.



Kanununda olduğu gibi (CMK m. 253, 22; 324, 5; Uz. Yön. m. 31, 4-6), arabuluculuk ücreti ve diğer arabuluculuk giderleri, arabuluculuk sonunda uzlaşma sağlanması hâlinde Devlet Hazinesi üzerinde bırakılmalıdır.

Özellikle tüketici uyuşmazlıkları gibi, taraflardan birinin menfaatlerinin özel olarak korunmayı gerektirdiği davalarda, tamamen ya da kısmen ücretsiz arabuluculuk hizmeti sağlanmalı veya arabuluculuk için adlî yardım imkânı tanınmalıdır. Bu durum özellikle, uyuşmazlık konusu olan hak veya alacağın niteliği gereği, talep sahibinin dava açmaya istekli olmadığı hâllerde (örneğin, dava konusu olan miktarın az olması, talep sahibinin riske girmek istememesi veya taraflar arasında güç dengesizliği bulunması hâlinde) nem taşır. Bu tür durumlarda arabuluculuğun faydası, yargılama giderlerinden tasarruf edilmesi değildir; çünkü dava süreci zaten başlatılmayacaktır. Bu hâllerde arabuluculuğun faydası, tarafların eşit konumda olmadıkları bir hukukî işlem veya ilişkide, ekonomik yönden kârlı bir sonuca ulaşma imkânına sahip olmalarıdır. Mevcut uyumsuzluğun türüne göre, tamamen veya kısmen ücretsiz olan arabuluculuk sürecine başvurulmasına karar verilebilir. Örneğin, tüketici uyuşmazlıkları, iş uyuşmazlıkları veya sağlık sektöründe ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde ücretsiz arabuluculuk imkânı tanınmalıdır<sup>69</sup>.

Derdest bir davanın ilk derece mahkemesindeki yargılama, üst derece mahkemesindeki kanun yolu incelemesi ve ilâmın cebrî icraya konu olması sonunda, uyuşmazlık çözümünün Devlet Hazinesine getirdiği yüksek miktardaki malî yük ve ağır iş yükü altında yetersiz kalan adalet sistemi için her sene adalet sistemine yapılması gereken yeni yatırımlardaki artışın vergi mükelleflerinin getirdiği ilâve yükü mukayese edildiğinde, arabuluculuk hizmetinin ücretsiz sunulmasının çok daha ekonomik ve tasarruflu olduğu görülecektir<sup>70</sup>. Hattâ arabuluculuk sonunda uzlaşma sağlanması hâlinde, taraflara dava açarken ödedikleri yargılama harç ve giderlerinin iade edilmesinin öngörülmesi şeklindeki düzenlemeler, arabuluculuğu teşvik etmede fevkalâde yararlı olacaktır.

Arabuluculara, harcadıkları mesai naza alınarak bir ücret ödenmeli ve arabuluculuk sonunda anlaşmaya varılırsa, ayrı bir uzlaşma ikrâmiyesi verilerek teşvik sağlanmalıdır.

<sup>69</sup> Council of Europe-Mediation in Civil Matters s. 17; Özbek-Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması s. 493-494.

<sup>70</sup> Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 1042. Ayrıca bkz. Özbek, Mustafa: Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 15-16 Ekim 2010, Türkiye Barolar Birliği 2012, Yayın No: 215, s. 107-154), s. 110 vd.

## 2014 YILI ARABULUCULUK ASGARÎ ÜCRET TARİFESİ

### GENEL HÜKÜMLER

#### **Konu ve kapsam**

**MADDE 1 –** (1) Özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında geçerli bir ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya ücret miktarı konusunda arabulucu ile taraflar arasında ihtilaf bulunan durumlarda, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ve bu Tarife hükümleri uygulanır.

(2) Bu Tarifede belirlenen ücretlerin altında arabuluculuk ücreti kararlaştırılamaz. Aksine yapılan sözleşmelerin ücrete ilişkin hükümleri geçersiz olup, ücrete ilişkin olarak bu Tarife hükümleri uygulanır.

#### **Arabuluculuk ücretinin kapsadığı işler**

**MADDE 2 –** (1) Bu Tarifede yazılı arabuluculuk ücreti, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasını sağlamak amacıyla, arabuluculuk faaliyetini yürüten arabulucular siciline kayıtlı kişiye, sarf ettiği emek ve mesainin karşılığında, uyuşmazlığın taraflarınca yapılan parasal ödemenin karşılığıdır.

(2) Arabuluculuk faaliyeti süresince arabulucu tarafından düzenlenen evrak ve yapılan diğer işlemler ayrı ücreti gerektirmez.

(3) Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak herhangi bir ücret talep edemez. Bu yasağa aykırı olarak tesis edilen işlemler batıldır.

#### **Arabuluculuk ücretinin sınırları**

**MADDE 3 –** (1) Arabuluculuk ücreti Tarifede yazılı miktardan az olamaz. Aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk ücreti taraflarca eşit ödenir. Taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmadığı takdirde arabuluculuk ücreti, arabulucunun emeği, çabası, uyuşmazlık konusu işin önemi, uyuşmazlığın niteliği ve arabuluculuk faaliyetinin süresi göz önüne alınarak belirlenir.

#### **Arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu ile yürütülmesi**

**MADDE 4 –** (1) Aynı uyuşmazlığın çözümüne ilişkin arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu tarafından yürütülmesi durumunda, ücret miktarları aynı olmak üzere, her bir arabulucuya ayrı ücret ödenir.

#### **Ücretin tümünü hak etme**

**MADDE 5 –** (1) Arabuluculuk faaliyetinin, gerek tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaya varmış olması, gerek taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tara-

findan tespit edilmesi, gerekse de taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi veya tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi sebepleriyle sona ermesi hallerinde, arabuluculuk faaliyetini yürütme görevini kabul eden arabulucu, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır.

(2) Arabuluculuk faaliyetine başladıktan sonra, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suç ile ilgili olduğu hususları ortaya çıkar ve bu sebeplerle de arabuluculuk faaliyeti sona erdirilir ise, sonradan ortaya çıkan bu durumlarla ilgili olarak eğer arabulucunun herhangi bir kusuru yoksa, arabuluculuk faaliyetini yürütme görevini kabul eden arabulucu, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır.

(3) Arabuluculuk faaliyetine başladıktan sonra taraflardan birinin ölümü halinde ücretin yarısına hak kazanılır.

#### **Arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması, feragat, kabul ve sulhte ücret**

**MADDE 6 –** (1) Uyuşmazlık, arabuluculuk faaliyeti devam ederken, arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması, feragat, kabul veya sulh gibi arabuluculuk yolu dışındaki yöntem ve nedenlerle giderilirse, ücretin yarısına hak kazanılır.

#### **Yeni bir uyuşmazlık konusunun ortaya çıkmasında ücret**

**MADDE 7 –** (1) Somut bir uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında, yeni uyuşmazlık konularının ortaya çıkması halinde, her bir uyuşmazlık için ayrı ücrete hak kazanılır.

#### **Tarifelerin ikinci kısmına göre ücret**

**MADDE 8 –** (1) Tarifenin birinci kısmının birinci bölümünde ve ikinci bölümünde gösterilen hukuki uyuşmazlıkların konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise; uyuşmazlık ister dava açılmadan önce arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmuş olsun isterse de dava açıldıktan sonra arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmuş olsun arabuluculuk ücreti, Tarifenin ikinci kısmına göre belirlenir.

#### **Tarifede yazılı olmayan hallerde ücret**

**MADDE 9 –** (1) Tarifede yazılı olmayan haller için, uyuşmazlığa konu işin niteliği göz önünde tutularak, Tarifedeki benzeri hallerde ücret belirlenir.

#### **Uygulanacak tarife**

**MADDE 10 –** (1) Arabuluculuk ücretinin takdirinde, arabuluculuk faaliyetinin tamamlandığı veya sona erdiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır.

#### **Yürürlük**

**MADDE 11 –** (1) Bu Tarife 1/1/2014 tarihinde yürürlüğe girer.

## ARABULUCULUK ÜCRET TARİFESİ

## BİRİNCİ KISIM

## BİRİNCİ BÖLÜM

**Konusu Para Olmayan veya Para ile Değerlendirilemeyen Hukuki  
Uyuşmazlıkların Dava Açılmadan Önce Arabuluculuk Yoluyla Çözümüne  
Kavuşturulmasının Sağlanmasında Arabulucuya Ödenecek Ücret**

|           |   |                  |
|-----------|---|------------------|
| <b>1.</b> | a) Aile Hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda; taraf başına,  |                  |
|           | aa) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>80,00 TL</b>  |
|           | ab) Takip eden her saat için  | <b>60,00 TL</b>  |
|           | b) Uyuşmazlığın üç veya daha fazla tarafı bulunursa, taraf başına,                                    |                  |
|           | ba) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>60,00 TL</b>  |
|           | bb) Takip eden her saat için  | <b>40,00 TL</b>  |
| <b>2.</b> | a) Ticari uyuşmazlıklarda; taraf başına,  |                  |
|           | aa) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>160,00 TL</b> |
|           | ab) Takip eden her saat için  | <b>120,00 TL</b> |
|           | b) Uyuşmazlığın üç veya daha fazla tarafı bulunursa, taraf başına,                                    |                  |
|           | ba) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>120,00 TL</b> |
|           | bb) Takip eden her saat için  | <b>80,00 TL</b>  |
|           | c) Ticari uyuşmazlığın taraflarının tümü sermaye şirketi ise taraf başına,                            |                  |
|           | ca) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>190,00 TL</b> |
|           | cb) Takip eden her saat için  | <b>140,00 TL</b> |
|           | d) Tarafların tümü sermaye şirketi ve uyuşmazlığın üç veya daha fazla tarafı bulunursa, taraf başına, |                  |
|           | da) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>140,00 TL</b> |
|           | db) Takip eden her saat için  | <b>95,00 TL</b>  |
| <b>3.</b> | a) İşçi - işveren uyuşmazlıklarında; taraf başına,  |                  |
|           | aa) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>80,00 TL</b>  |
|           | ab) Takip eden her saat için  | <b>60,00 TL</b>  |
|           | b) Uyuşmazlığın üç veya daha fazla tarafı bulunursa, taraf başına,                                    |                  |
|           | ba) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>60,00 TL</b>  |
|           | bb) Takip eden her saat için  | <b>40,00 TL</b>  |
| <b>4.</b> | a) Fikri ve sınai uyuşmazlıklarda; taraf başına,  |                  |
|           | aa) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>160,00 TL</b> |
|           | ab) Takip eden her saat için  | <b>120,00 TL</b> |
|           | b) Uyuşmazlığın üç veya daha fazla tarafı bulunursa, taraf başına,                                    |                  |
|           | ba) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>120,00 TL</b> |
|           | bb) Takip eden her saat için  | <b>80,00 TL</b>  |
|           | c) Uyuşmazlığın taraflarının tümü sermaye şirketi ise taraf başına,                                   |                  |
|           | ca) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>190,00 TL</b> |
|           | cb) Takip eden her saat için  | <b>140,00 TL</b> |
|           | d) Tarafların tümü sermaye şirketi ve uyuşmazlığın üç veya daha fazla tarafı bulunursa, taraf başına, |                  |
|           | da) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>140,00 TL</b> |
|           | db) Takip eden her saat için  | <b>95,00 TL</b>  |
| <b>5.</b> | a) Diğer tür uyuşmazlıklarda ise; taraf başına,   |                  |
|           | aa) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>95,00 TL</b>  |
|           | ab) Takip eden her saat için  | <b>70,00 TL</b>  |
|           | b) Uyuşmazlığın üç veya daha fazla tarafı bulunursa, taraf başına,                                    |                  |
|           | ba) Bir saati (İlk üç saate kadar)  | <b>70,00 TL</b>  |
|           | bb) Takip eden her saat için  | <b>45,00 TL</b>  |

## İKİNCİ BÖLÜM

**Konusu Para Olmayan veya Para ile Değerlendirilemeyen Hukuki  
Uyuşmazlıkların Dava Açıldıktan Sonra Arabuluculuk Yoluyla Çözüme  
Kavuşturulmasının Sağlanmasında Arabulucuya Ödenecek Ücret**

|           |  |                  |
|-----------|--|------------------|
| <b>1.</b> | a) Aile Hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda; taraf başına,   |                  |
|           | aa) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>100,00 TL</b> |
|           | ab) Takip eden her saat için   | <b>75,00 TL</b>  |
|           | b) Uyuşmazlığın üç veya daha fazla tarafı bulunursa, taraf başına,   |                  |
|           | ba) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>75,00 TL</b>  |
|           | bb) Takip eden her saat için   | <b>50,00 TL</b>  |
| <b>2.</b> | a) Ticari uyuşmazlıklarda; taraf başına,   |                  |
|           | aa) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>200,00 TL</b> |
|           | ab) Takip eden her saat için   | <b>150,00 TL</b> |
|           | b) Uyuşmazlığın üç veya daha fazla tarafı bulunursa, taraf başına,   |                  |
|           | ba) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>150,00 TL</b> |
|           | bb) Takip eden her saat için   | <b>100,00 TL</b> |
|           | c) Ticari uyuşmazlığın taraflarının tümü sermaye şirketi ise taraf başına,                                 |                  |
|           | ca) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>240,00 TL</b> |
|           | cb) Takip eden her saat için   | <b>180,00 TL</b> |
|           | d) Tarafların tümü sermaye şirketi ve uyuşmazlığın üç veya daha fazla tara-<br>fi bulunursa, taraf başına, |                  |
|           | da) bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>180,00 TL</b> |
|           | db) Takip eden her saat için   | <b>120,00 TL</b> |
| <b>3.</b> | a) İşçi - işveren uyuşmazlıklarında; taraf başına,   |                  |
|           | aa) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>100,00 TL</b> |
|           | ab) Takip eden her saat için   | <b>75,00 TL</b>  |
|           | b) Uyuşmazlığın üç veya daha fazla tarafı bulunursa, taraf başına,   |                  |
|           | ba) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>75,00 TL</b>  |
|           | bb) Takip eden her saat için   | <b>50,00 TL</b>  |
| <b>4.</b> | a) Fikrî ve sınai uyuşmazlıklarda; taraf başına,   |                  |
|           | aa) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>200,00 TL</b> |
|           | ab) Takip eden her saat için   | <b>150,00 TL</b> |
|           | b) Uyuşmazlığın üç veya daha fazla tarafı bulunursa, taraf başına,   |                  |
|           | ba) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>150,00 TL</b> |
|           | bb) Takip eden her saat için   | <b>100,00 TL</b> |
|           | c) Uyuşmazlığın taraflarının tümü sermaye şirketi ise taraf başına,  |                  |
|           | ca) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>240,00 TL</b> |
|           | cb) Takip eden her saat için   | <b>180,00 TL</b> |
|           | d) Tarafların tümü sermaye şirketi ve uyuşmazlığın üç veya daha fazla tara-<br>fi bulunursa, taraf başına, |                  |
|           | da) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>180,00 TL</b> |
|           | db) Takip eden her saat için   | <b>120,00 TL</b> |
| <b>5.</b> | a) Diğer tür uyuşmazlıklarda ise; taraf başına,  |                  |
|           | aa) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>120,00 TL</b> |
|           | ab) Takip eden her saat için   | <b>90,00 TL</b>  |
|           | b) Uyuşmazlığın üç veya daha fazla tarafı bulunursa, taraf başına,   |                  |
|           | ba) Bir saati (İlk üç saate kadar)   | <b>90,00 TL</b>  |
|           | bb) Takip eden her saat için   | <b>60,00 TL</b>  |

## İKİNCİ KISIM

**Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Hukuki  
Uyuşmazlıkların Dava Açılmadan Önce veya Açıldıktan Sonra  
Arabuluculuk Yoluyla Çözüme Kavuşturulmasının Sağlanmasında  
Arabulucuya Ödenecek Ücret Üzerinde Anlaşılan Miktarın**

|           |   |              |
|-----------|---|--------------|
| <b>1.</b> | İlk <b>25.000,00 TL</b> 'si için            |              |
|           | a) Bir arabulucu görev yaparsa              | <b>% 6</b>   |
|           | b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa     | <b>% 9</b>   |
| <b>2.</b> | Sonra gelen <b>35.000,00 TL</b> 'si için    |              |
|           | a) Bir arabulucu görev yaparsa              | <b>% 5</b>   |
|           | b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa     | <b>% 7,5</b> |
| <b>3.</b> | Sonra gelen <b>60.000,00 TL</b> 'si için    |              |
|           | a) Bir arabulucu görev yaparsa              | <b>% 4</b>   |
|           | b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa     | <b>% 6</b>   |
| <b>4.</b> | Sonra gelen <b>200.000,00 TL</b> 'si için   |              |
|           | a) Bir arabulucu görev yaparsa              | <b>% 3</b>   |
|           | b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa     | <b>% 4,5</b> |
| <b>5.</b> | Sonra gelen <b>500.000,00 TL</b> 'si için   |              |
|           | a) Bir arabulucu görev yaparsa              | <b>% 2</b>   |
|           | b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa     | <b>% 3</b>   |
| <b>6.</b> | Sonra gelen <b>680.000,00 TL</b> 'si için   |              |
|           | a) Bir arabulucu görev yaparsa              | <b>% 1,5</b> |
|           | b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa     | <b>% 2,5</b> |
| <b>7.</b> | Sonra gelen <b>1.250.000,00 TL</b> 'si için |              |
|           | a) Bir arabulucu görev yaparsa              | <b>% 1</b>   |
|           | b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa     | <b>% 1,5</b> |
| <b>8.</b> | <b>2.750.000,00 TL</b> 'dan yukarısı için   |              |
|           | a) Bir arabulucu görev yaparsa              | <b>% 0,1</b> |
|           | b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa     | <b>% 0,2</b> |

# AVRUPA BİRLİĞİ'NDE UZUN DÖNEMLİ İŞSİZLİK SORUNU

## *(Long-Term Unemployment Problem in European Union)*

Aslan Tolga ÖCAL\*

### ÖZET

1990'lardan itibaren Avrupa Birliği; yaşanan ekonomik ve sosyal sorunları sadece küreselleşme, teknolojik gelişmeler, verime dayalı istihdamsız büyüme ve dışsal rekabete bağlamaktan vazgeçerek, uzun dönemli işsizlik başta olmak üzere işgücü piyasasının yapısal sorunlarının Birlik içerisinde yüksek koordinasyon ve uyumlaştırılmış politikalarla çözümlenmesi amacıyla Avrupa İstihdam Stratejisini hayata geçirmiştir.

İşgücü piyasasının dezavantajlı gruplarına yönelik uygulamaların önem kazandığı günümüzde, uzun dönemli işsizlik tüm bu grupların ortak bir sorunudur. Uzun dönemli işsizlik bireysel, toplumsal ve mali konularda ortaya koyduğu olumsuz görüntüyle çok boyutlu bir sorun özelliği taşımaktadır.

Bu çalışmada öncelikli olarak, işsizlik ve uzun dönemli işsizlikle mücadelede Avrupa Birliği'nin yol haritası kısaca değerlendirilecektir. Ayrıca 2008 mali krizi öncesi ve sonrasında uzun dönemli işsizlik sorunu rakamsal verilerle analiz edilerek, çözüm yolları tartışılacaktır.

**Anahtar kelimeler:** İşsizlik, uzun dönemli işsizlik, Avrupa İstihdam Stratejisi.

### *Abstract*

From the 1990s, the European Union gave up relating the economic and social problems with only globalization, technological advances, growth without employment resulting from productivity and external competition and launched the European Employment Strategy with the aim of solution for the structural problems of the labor market at Union, especially the long-term unemployment, by high coordination and harmonized policies within the Union.

As the implications for disadvantaged groups in the labor market gained importance in today's World, long-term unemployment is a common problem

---

\* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi, İktisat Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü

for all these groups. Long-term unemployment is a multi dimensional problem whit it's negative image revealed on individual, social and financial issues.

This study primarily aims to make a brief assessment for the roadmap of European Union in the struggle against unemployment and long-term unemployment. Moreover, before and after the 2008 financial crisis, the long-term unemployment problem shall be analyzed with quantitative data and solutions shall be discussed.

**Keywords:** Unemployment, long-term unemployment, European Employment Strategy

## GİRİŞ

1936 yılında Keynes (Genel Teori) işsizlik sorununa dikkat çekene kadar klasik ve neo-klasik doktrin, istihdamın çeşitli iş ve üretim sahalarına dağılışıyla ilgilenirken istihdam hacminin genişliğine yön veren unsurlarla çok fazla ilgilenmemiştir. Avrupa ekonomileri, özellikle II. Dünya Savaşı bittiğinde dönecek olan kişilerin işsiz kalmaları ihtimali üzerinde durarak istihdam konusunda tedbirli davranmışlardır. Bu konuda Keynes kadar önemli bir diğer isim ise William Beveridge olmuştur. 1942'de hazırlamış olduğu "Full Employment in a Free Society" (Hür Bir Toplumda Tam İstihdam) adlı raporla, İngiliz Hükümeti'nin 1944 yılında Beyaz Kitabı yayınlarken aktif bir istihdam politikasını benimsemesine yol açmıştır. Bu dalga tüm dünyaya yayılmış ve hükümetleri gerekli olduğu takdirde bütçe harcamalarıyla istihdam yaratmaya yöneltmiştir.

Zaman içerisinde tam istihdam konusu iktisat teorisinde bir tahlil aracı olarak gelişme sürecinde farklı basınç bölgelerini belirlemede kullanılmıştır. Ekonomik krizlerin sıklıkla kendini hissettirmesiyle işsizlik sorununun önemsiz bir konu olmadığı tekrar anlaşılmaya başlamıştır. Uzun yıllardır Avrupa'da istihdam konusunda politikalar üretilmeye çalışılmış, Avrupa Birliği İstihdam Stratejisinin geliştirilmesiyle işsizlik konusu gündemin önemli bir maddesi haline gelmiştir.

Günümüzde özellikle 2008 krizi ve sonrasında yaşanan gelişmeler sonucunda, işsizlik rakamlarının ani yükselişi, işsizlik sorunu yaşamayan Kuzey Avrupa ülkelerinde dahi tesirini göstermiştir. İşsizlik hem birey hem toplum ve hem de kamu bütçesi açısından önem taşımaktadır. Bireylerin gelir kaybını pasif politikalarla devletin üstlenmesi, işsizliğin ekonomik yönünü oluştururken psiko-sosyal etkenler de toplumlara ve bireyleri ilgilendiren konuların başında yer almaktadır. İşsizlik türleri içerisinde uzun dönemli yapısal işsizlikte gözlemlenen artış, işsizliğin zararlarını daha da fazla hissettirmektedir. Ümidi kırılmış işsizlerin sayısındaki artış, işgücüne katılım oranlarını azalttığı gibi toplumsal huzursuzlukların ve kamu açıklarının da sebeplerindedir. Bu sebeple uzun dönemli işsizlik, Avrupa Birliği için üstesinden gelinmesi gereken bir sorun olarak gözükmektedir.



## 1. Uzun Dönemli İşsizliğin Etkileri

Uzun dönemli işsizlik, bir ülkede yaşanan işsizliği ve ülkenin ekonomik durumunu açıklaması açısından ele almaya değer bir konudur. Bunun sebebi, kısa dönemli işsizliklerin daha ziyade kişi odaklı olmasına rağmen uzun dönemli işsizliğin ülkenin ekonomik yapısıyla doğrudan ilişkili olmasıdır.

İşsizliğin uzun dönemli olması öncelikle birey ve ailesini ilgilendiren bir konudur. Ancak birey ve aile toplumdaki ayrılmayan bir bütün olduğundan her iki konu işi işi geğmiştir. Nichols, bu etkileri altı başlık altında toplamıştır (Nichols vd., 2013). İlk olarak gelir ve harcamada azalış göze çarpmaktadır. Ailenin kazancı işsiz kalan her hafta azalmakta, arkadaşlardan borç isteme, tasarrufların tüketilmesi ve borçların ödenememesi gibi sonuçlara yol açmaktadır. İkinci olarak, uzun dönemli işsizler, yeniden istihdam edilmeleri durumunda benzer işleri yapan çalışanlardan daha düşük bir ücretle işe başlatılma riski taşımaktadır. Üçüncü olarak, uzun dönemli işsizlik sonucu beşi ve sosyal sermaye kaybı yaşanmaktadır. Dördüncü olarak, bu grup gelecekte işgücü piyasasına dönüşlerde sorun yaşamaktadır. Uzun dönemli işsizler zaman içerisinde ümidi kırılmış işsizlere dönüşerek işgücü piyasasından uzaklaşabilmektedir. Beşinci olumsuz etki, işsiz kalan kişinin çocukları ve ailesi üzerinde yaşanmaktadır. Yapılan araştırmalarda, babanın işsiz kalması annenin duygusal esenliğini olumsuz etkilemekte ve zihinsel sıkıntılar yaşammasına yol açmaktadır. Çocuklarda ise, ergenlik dönemlerinde depresif hareketlere ve eğitim hayatında başarısızlıklara yol açabilmektedir. Çocuklarda görülen bu durum, iyi eğitim alamamalarına ve gelecekte işgücü piyasasında dezavantajlı konuma düşmelerine de yol açmaktadır. Son olarak, işsizliğin uzun sürmesi sonucunda kişinin fiziksel ve zihinsel sağlığı olumsuz yönde etkilenmektedir.

Uzun dönemli işsizlik bireysel olarak kişileri etkilediği gibi aynı zamanda kamu bütçesine de zarar vermektedir. İşsiz kalan kişi için işsizlik süresinin uzaması; kişinin işgücü piyasasıyla bağlantısının kaybına, beşi sermayenin vasfının körelmesine ve toplumda yoksulluğun artış göstermesiyle birlikte sosyal dışlanmaya da yol açmaktadır. Uzun süreli işsizlik karşısında kamu bütçesi ise; gelir vergisinin azalması, işsizlik sigortası ödemelerinin artması ve refah ve sağlık harcamalarındaki yükseliş sebebiyle açık vermekte, sosyal ve ekonomik maliyetlere sebep olmaktadır (Jurajda, 2003:11).

İşgücü piyasasıyla bağların kopması ümidi kırılmış işsizlerin ortaya çıkmasına yol açarak bir süre sonra işgücüne katılım oranlarını da azaltacaktır. Uzun dönemli işsizlerin iş aramaktan vazgeçmeye meyilli olmaları nedeniyle toplam talepte yaşanan kısa süreli azalmalar işsizliği sürekli artırabilir<sup>1</sup>. Bu durumda işgücü piyasa-

<sup>1</sup> Aslında bu meyil, uzun dönemli işsizlik sonucunda iş aramadan yılmaya bağlansa da temelinde yatan sorunlar bir dizi kişisel koşullara bağlı engellerden kaynaklanmaktadır. Vasıfların yitirilmesi bunların başında yer almaktadır. Elbette ki işsizliği sadece kişisel koşullara bağlamak da doğru

sında ücretler üzerinde aşağı yönlü bir baskı oluşmayabilir. Firmalar da, ücretlerin azalmaması karşısında yeni işgücü talebinde bulunmayacaklardır. Böylece uzun dönemli işsizlik, işsizliği daha da körükleyecektir. Ancak Jackman'ın da belirttiği üzere, aktif işgücü piyasası politikaları aracılığıyla uzun dönemli işsizlerin yeniden iş arar hale getirilmesi sonucunda ücret talepleri azalacak ve işsizlik yeniden azaltılabilecektir (Jackman, 1998:47).

## 2. Avrupa Birliği'nde İşsizlik ve İstihdam Stratejilerinin Gelişimi

Bu çalışmada daha ziyade 2008 krizi ve sonrasında Avrupa Birliği'nde yaşanan işsizlik oranlarının yükselişi ve bunun içerisinde uzun dönemli işsizliğin konumuna vurgu yapılmaktadır. Ancak 1980 ve sonrasında Avrupa Birliği işgücü piyasalarında istihdam konusunda yaşanan gelişmeler ve Birliğin bu konudaki çaba ve stratejilerine de değinilmektedir.

1979-1982 yıllarında gerçekleşen petrol şokları ve durgunluk sonucu işsizlik oranları hızla artarak 1982'de % 9,3'e ulaşmıştır. Bunu sebebi 1981'de Yunanistan'ın Birliğe katılmış olmasının yanı sıra iktisadi durgunluk, geleneksel sanayilerde yeni sanayileşen ve ucuz işgücü kullanan ülkelerin rekabeti ve ileri teknolojiye geçen sanayilerin ortaya çıkardığı orta vadeli işsizlik olarak sıralanabilir (Kurtulmuş, 1998:163). Uzun dönemli işsizlikle ilgili olarak 1984 yılında Avrupa Toplulukları Komisyonu, topluluğun uzun dönemli işsizlikle mücadele konusuna değinmiş, bu sorunun temelinde yatan sebepler üzerinde çalışılmasını ve üye devletlerin etkin bir şekilde bu konuya eğilerek aralarında bilgi akışının sağlanarak deneyimlerinin topluluk içerisinde paylaşılmasını önermiştir. Bu çalışmaların amacı uzun dönemli işsizlerin en kısa sürede işgücü piyasasına yeniden kazandırılmalarıdır (Duruel, 2007:394).

1986'da Avrupa Tek Senedi ile altı alanda yeni hedeflere ulaşılması kabul edilmiştir. Bu hedefler; sınırların serbest pazar için kaldırılarak mal, hizmet ve sermayenin serbest dolaşımının sağlanması, ekonomik ve sosyal bütünleşmenin gerçekleştirilmesi, işçilerin sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi, çevrenin korunması, araştırma ve teknolojik gelişmenin hızlandırılması ile ekonomik ve parasal birliğin sağlanmasıdır. Bu belge ile tek pazarın yanında, Avrupa Topluluğu Temel Sosyal Haklar Şartı çerçevesinde, topluluk içinde işçilerin serbest dolaşım hakkı, istihdam ve ücret, çalışma şartlarının geliştirilmesi, sosyal güvenlik, toplu görüşme, mesleki eğitim, kadın ve erkeklere eşit işlem, işyerinde sağlık ve güvenlik hakları, emeklilik, sakatlar, çocuklar ve gençlerin korunmaları da düzenlenmiştir. Madde 130a uyarınca Topluluk, ekonomik ve sosyal dayanışmayı güçlendirmek için uyguladığı politikasını sürdürecektir. 2. Maddede ise, Topluluğun genel görevleri arasına "yüksek

değildir. Ekonomik konjonktürün ve istihdam politikalarının da bu durumda büyük etkisi vardır. Ayrıca bu grupta yer alan kişilerin, işgücüne katılmadan uzaklaşmalarında zaman içerisinde yaşanan fiziksel ve psikolojik etkiler, vasıf kayıplarının ötesinde bir rol oynamaktadır.

bir istihdam düzeyi ve yüksek düzeyde bir sosyal koruma" ile ekonomik ve sosyal dayanışma sağlama görevleri eklenmiştir (Tekin, 2008:125)

1990'ların başında Avrupa Birliği'nde istihdam konusundaki tartışmalar yeniden alevlenmiştir. Bunun asıl sebebi ise ekonomik ve sosyal sorunların asıl kaynağının Birliğin kendi yapısından ileri geldiğinin fark edilmesidir. Birliğin bu dönemde makroekonomik şoklara tepki verecek yeterli derecede etkin araçları ve uygun stratejileri bulunmamaktaydı. Bununla birlikte işgücü piyasasında uzun dönemli işsizlik ve diğer bazı yapısal bozukluklara sebebiyet veren mevcut işsizlik oranlarını düşürecek etkin çözümler üretilememekteydi. Yapısal sorunlar; teknolojik gelişmelerden, istihdamsız büyümeden ve küreselleşmeyle birlikte 3. Dünya ülkeleri ile süren rekabetten kaynaklandığı kadar aynı zamanda Birlik içerisinde geliştirilmiş politikaların uygun ve yeterli olmamasından da kaynaklanmaktaydı. Bu dönemde, daha yüksek düzeyde koordinasyon ve politikaların uzlaştırılması yoluyla Avrupa Birliği düzeyinde çözümler üretilmesi amacıyla tartışmalar başlamıştır. Burada ilk adım ise, Maastricht Antlaşması yoluyla makroekonomik alanda atılmıştır (TİSK, 2006:19).

Maastrich Antlaşmasınının 2. Maddesinde Birliğin, sosyal politikaya ilişkin asgari koşulları düzenlemesi için direktif yetkisi verilmiştir. Bu anlaşmaya göre, işsizlik sorununun çözümünde istikrarlı ve enflasyonist olmayan bir makro ekonomik büyümenin sağlanması gerektiği kabul edilmekle birlikte bu çözümün tek başına yeterli olamayacağı, aynı zamanda yeni iş imkanlarının yaratılması gerektiği konusunda önerilerde bulunulmuştur. Bu kapsamda incelenmesi ve önlem alınması gereken alanlar şu şekilde belirlenmiştir:

- Yeni istihdam biçimlerinin ve iş organizasyonlarının geliştirilmesi,
- Vergilerin yanı sıra işverenlerin sosyal güvenlik katkılarının istihdamı artırmak amacıyla gözden geçirilmesi,
- Eğitim sistemlerinin geliştirilmesi,
- Çalışma saatlerinin esnekleştirilmesi,
- Yeni iş yaratma potansiyeline sahip alanların araştırılması,
- Küçük ve orta ölçekli işyerlerinin geliştirilmesi (Kurtulmuş, 1998:170-171)

Amsterdam Antlaşmasında da (1997) istihdama vurgu yapılarak, istihdam konusunu Birliğin merkezine yerleştirmek bir hedef olarak belirtilmiştir. İstihdam, sosyal politika, kadın-erkek eşitliği ve temel haklar ile ayrımcılık yapılmaması konuları, Zirve'nin dört ana başlığını oluşturmaktadır. İstihdam ve işsizlik konusu ile ilgili olarak yüksek istihdam seviyesi Avrupa Birliği'nin öncelikli hedefleri arasında yer almıştır. Bu konudaki hedeflere göz atıldığında; istihdam için eşgüdümlü bir strateji geliştirebilmek amacıyla üye ülkelerin istihdam politikaları arasındaki uyumun teşvik edilmesi, topluluk politika ve faaliyetlerinin oluşturulmasında ve

uygulanmasında yüksek istihdam hedefinin dikkate alınması ve topluluk düzeyinde istihdam stratejisinin tanımlanması ve uygulanması için ulusal politikaların çok taraflı gözetimini içeren detaylı bir prosedür oluşturulması dikkat çekmektedir (Venturini, 1998:96-97).

Avrupa İstihdam Stratejisi'nin bir diğer önemli ayağı olan AB Olağanüstü İstihdam Zirvesi, 20-21 Kasım 1997 tarihlerinde Lüksemburg'da gerçekleştirilmiştir. Zirvede, Amsterdam Antlaşması'nın istihdamla ilgili yeni başlığı altındaki ilgili hükümlerin derhal uygulamaya konulması kararı alınmıştır. Bu karar ile üye devletlerin istihdam politikalarının koordinasyonu ile ilgili hükümlerin yerine getirilmesi sağlanmıştır. Söz konusu koordinasyon, gerek hedef gerek araçlar için ekonomik yakınlaşma kapsamında ekonomi politikalarının çok yönlü gözetimi çerçevesinde elde edilen deneyim doğrultusunda belirlenen istihdam ile ilgili yönlendirici ilkelere dayanacaktır.

Lüksemburg İş Zirvesinde, Avrupa İstihdam Stratejisi'nin bugünkü şeklinin başlangıcı oluşturulmuştur. Bu çizgide, sosyo-ekonomik durumdaki değişmelere yanıt olarak arka arkaya yapılan Avrupa Konseyleri toplantıları (Cardiff, Haziran 1998; Köln, Haziran 1999; Lizbon Mart 2000; Stockholm Ekim 2000; Barcelona Mart 2002) Avrupa İstihdam Stratejisi'nin temellerini belirlenmesini ve diğer birlik politikalarıyla bağların güçlendirilmesini sağlamıştır.

Lüksemburg Zirvesinde, üye devletler geçmişe kıyasla daha aktif bir işgücü piyasası politikası geliştirmek amacıyla, ilk defa bir "İstihdam Kılavuz İlkeler" setini kabul etmişlerdir. Avrupa İstihdam Stratejisinin işleyişinde dayanak noktasını oluşturan istihdam kılavuzları, İstihdam Stratejisinde dört temel noktaya işaret etmektedir:

- İstihdam edilebilirlik
- Girişimcilik
- Uyarlanabilirlik
- Eşit fırsatlar

2000'de Portekiz'in dönem başkanlığında Lizbon Zirvesi toplanmıştır. Ekonomik büyümeyi hızlandırmanın yanı sıra Avrupa Birliği'nin karşı karşıya olduğu sosyal ve çevresel sorunlara da faydalı çözümler üretebilmeyi amaçlayan Lizbon Zirvesi sürdürülebilir ekonomik büyüme, tam istihdam ve sosyal uyum stratejileri üzerine kurulmuştur. Kendisine hedef olarak 2010 yılını seçen Zirve'de ekonomik ve sosyal gelişmenin önündeki engellerin kaldırılması planlanmıştır. Bu sorunlar; cinsiyet ayrımcılığı, hizmetler sektöründeki yetersiz bütünleşme, bölgeler arası ekonomik ve sosyal farklılıklar, işgücünün vafındaki eksiklikler, bilgi ve iletişim teknolojilerinden yeterince faydalanılamaması, uzun süredir var olan yapısal işsizlik (bunun içerisinde uzun dönemli yapısal işsizlik sorunu da önemli yer tutmaktadır),

nüfusun yaşlanması ve ABD ve Japonya ile Avrupa Birliği arasında bulunan teknolojik açıktır (Yılmaz, 2010:24).

2001'de Stockholm Zirvesinde yapılan çalışmalar Avrupa Birliği'nin halen 6 tür istihdam sorunundan mustarip olduğunu ortaya koymaktadır. Bunlar; düşük istihdam oranları (özellikle kadınlar için), **uzun dönemli işsizlik** (özellikle kadınlar için), bölgesel dengesizlikler, yaşlılarda düşük istihdam oranları, beceri ve vasıf eksiklikleri ve hizmetler sektöründe yeterince iş yaratılmamasıdır (Goetschy, 2001:412).

Zirvede, aynı zamanda Konsey'in altını çizdiği iş kalitesi kavramının, 2002 İstihdam Kılavuzu ilkelerine genel hedef olarak dahil edilmesi istenmiştir. 2002 Yılı İstihdam Kılavuzu'nda dikkat çeken ifadeler ve öncelikler şu şekildedir: İstihdam oranlarının yükseltilmesi ve rekabet gücünün, verimliliğin ve işgücü piyasalarının işleyişinin iyileştirilmesi için üye devletler dört temel ilke dahilinde politikalarını iş kalitesinin artırılması yönünde geliştirecektir. Bu girişimlerle, vasıflı işgücü açığı, iş sağlığı ve güvenliği, göçmen işçilerin sosyal güvenlik sorunları, ayrımcılığın önlenmesi ve iş performansı ve verimlilik konularını içeren daha kapsamlı bir işgücü piyasasının oluşturulması hedeflenmektedir.

2004'te Brüksel Zirvesi'nde büyüme ve istihdam konuları ön plana çıkartılmış, sürdürülebilir büyüme ile daha çok ve daha iyi istihdam stratejileri üzerine yoğunlaşmıştır. İşsizlikle mücadelede istenilen sonuçların elde edilememiş olması AB'yi yeni arayışlara sürüklemiş, bu bağlamda uyum kapasitesini, işgücüne katılım oranını ve işin kalitesini artırmak ile insan kaynaklarına yatırım yapmak benimlenen ilkeler olmuştur.

Bu noktada, işsizlik ve uzun dönemli işsizlikle mücadelede Avrupa Sosyal Fonu'na da bir parantez açmak gerekmektedir. Bu fon, Avrupa İstihdam Stratejisinin bir parçası olarak ele alınmaktadır. Daha önceleri de istihdam edilebilirlik ve işgücünün değişen çevre koşullarına uyumunun sağlanmasına önem veren Fon, istihdam kılavuzlarının desteklenmesi ve uygulanmasında önemli bir rol oynamaktadır. Koen vd. uzun dönemli işsizlik kavramına, AİS'nin dört temel konusundan biri olan istihdam edilebilirlik kavramını uyguladıkları çalışmada, istihdam edilebilirliğin iş arama ve yeniden istihdam edilebilmeye pozitif bir ilişki içerisinde olduğuna dair iki hipotez kurmuşlardır. Daha insan merkezli bu tür müdahalelerin gerekli olduğuna yapılan çalışmadan çıkan önemli bir sonuç olarak göze çarpmaktadır (Koen vd., 2013:39,46).

İstihdam edilebilirlik, girişimcilik, uyarlanabilirlik ve eşit fırsatlar olarak belirlenen istihdam stratejisinin dört temel konusuyla bağlantılı olarak Avrupa Sosyal Fonunun beş ilgi alanından bahsetmek mümkündür. Bu ilgi alanlarından özellikle ilki, bu çalışmanın konusu açısından önemlidir. Buna göre, işsizlikle mücadelede aktif işgücü piyasası politikaları, işsizlerin uzun dönemli işsiz kalmalarını önleyecek

ve en kısa sürede işgücü piyasasına yeniden dönüşlerini sağlayacak politikalarla desteklenecektir.

Diğer dört ilgi alanı ise yine uzun dönemli işsizliğe maruz kalma ihtimali yüksek olan işgücü piyasasının dezavantajlı grupları ile ilgilidir. Bunlar; sosyal bütünleşme ve herkese istihdam fırsatı sağlamada eşitliği gözetme, işgücü piyasasına uyum ve işgücü seyyaliyetinin sağlanması için öğrenim ve mesleki eğitimin geliştirilmesi, emeğin vasfının artırılması ve piyasaya uyumunun güçlendirilmesi, yeni istihdam fırsatlarına yönelimin sağlanması, girişimciliğin güçlendirilmesi ve işgücü piyasasında her türlü ayrımcılığın engellenmesi, kadınların işgücü piyasasına katılımının desteklenmesi, istihdam fırsatları ile girişimcilik imkanlarının güçlendirilmesidir (Selamoğlu ve Lordoğlu, 2006:114).

Bu ilgi alanlarında başarının sağlanması için aktif işgücü piyasası önlemleri, Avrupa Birliği'nin gündemini oluşturmaktadır. Özellikle Avrupa Birliği'nin mal ve hizmet piyasalarında dış rakipleriyle rekabette yaşadığı sorunlar sebebiyle güvenceli esneklik uygulamaları ön plana çıkmaktadır. Burada gözetilen konuların en başında ise yeniden eğitim programları ve dezavantajlı olarak adlandırılacak kesimler<sup>22</sup> başta olmak üzere işsizlerin en kısa sürede yeniden işgücü piyasası içerisindeki yerlerini almaları ve bu aktif politikaların pasif bir politika olan işsizlik sigortası yoluyla desteklenmesi güvence adına önem kazanan unsurlardır.

2010 yılında Avrupa Komisyonu tarafından "Avrupa 2020: Üye Devletlerin Ekonomik ve İstihdam Politikalarına Entegre Kılavuzlar" adı altında bir konsey önerisi hazırlanmıştır (EC, 2010). Bu öneri raporunda üye ülkelerin istihdam politikaları ile ilgili olarak kılavuz ilkeler yer almaktadır.

Bu raporda, her kılavuz ilkeye uyum sağlanması için üye ülkelerin ne tür tedbirler alacakları öngörülmektedir. Bu kılavuz ilkeler 2020 yılı için hedefleri içermektedir. Üye ülkelerin milli hedeflerini Avrupa temel hedefi doğrultusunda uyarlamaları beklenmektedir. Komisyon tarafından üye ülkeler için 4 kılavuz ilke belirlenmiştir.

Bunlardan birincisi işgücü piyasasına katılımın artırılması ve yapısal işsizliğin azaltılmasıdır. Bu anlamda; genç, yaşlı ve düşük vasıflı işçilerin yüksek oranda katılımıyla 2020 yılı itibarıyla 20-64 yaş arasındaki toplam istihdam oranının % 75'e çıkarılması ve yasal göçmenlerin de işgücü piyasasına daha iyi bir şekilde entegrasyonu önerilmektedir.

İkinci kılavuz ilke; piyasa gereksinimlerine uygun nitelikte emeğin geliştirilmesini, iş kalitesinin yükseltilmesini ve ömür boyu eğitimin uygulanmasını önermektedir.

<sup>22</sup> Uzun dönemli işsizler, kadınlar, yaşlılar, gençler, göçmenler vb.

Her düzeyde eğitim ve öğretim sistemlerinin performansını artırma ve yükseköğretimde artan katılım başlıklı üçüncü kılavuz ilkede, Birlik üyelerinde okulu terk etme oranının 2020 yılına kadar % 10 azaltılması ve bu süreçte 30-34 yaş nüfusun içerisinde yükseköğretim veya dengi eğitimi tamamlamış olanların oranının % 40'a çıkarılması önerilmektedir.

Dördüncü kılavuz ilke sosyal içirme ve yoksullukla mücadele başlığını taşımaktadır. Bu kılavuz ilke ile yoksulluk sınırı altında yaşayan Avrupa nüfusunun % 25 azaltılması ve 20 milyon kişinin yoksulluktan kurtarılması hedeflenmektedir (EC, 2010: 21-23).

Avrupa Birliği'nde işgücü piyasasına yönelik antlaşmalara, zirvelere ve buralarda belirlenen kılavuz ilke örneklerine değinilmiştir. Ancak bu ilkelerin belirlenmesi ile başarılı bir şekilde uygulanması birbirinden çok farklıdır. Venturini, Amsterdam Antlaşmasını incelediği çalışmasında bu durumu işlerin; anlaşmalar, hükümetler ya da kurumlar tarafından yaratılmadığına ancak ve ancak işlerin kurumsal ve yerel düzeyde insanlar ve onların almış oldukları inisiyatiflerle yaratılabileceğine vurgu yapmaktadır. Kamu politikaları ise; iş yaratma ve vasıf geliştirme sürecini sağlamalı ve bu değişim esnasında güvenlik için değişim ve güven sağlayıcı bir katalizör görevi görmelidir (Venturini, 1998:105).

Gerçekten de bu görüşe katılmamak güçtür. Avrupa Birliği çok uzun bir süreden beri işsizlikle mücadele içindedir. Tüm bu çabalara karşın, Birlik düzeyinde istenen başarı elde edilmemektedir. Uzun dönemli işsizlik içinde bulunduğumuz dönemde Avrupa Birliği için önemli bir sorun teşkil etmeye tüm şiddetiyle devam etmektedir. Çalışmanın bir sonraki başlığı altında, 2008 krizinden sonra yükselen işsizlik ve uzun dönemli işsizlik oranlarının Avrupa genelinde ve çeşitli gruplar açısından incelenmesi amaçlanmaktadır.

### **3. Avrupa Birliği'nde Uzun Dönemli İşsizlikteki Değişimler**

Genel anlamıyla bakıldığında istihdam açısından görünen olumlu tablo yerini 2008 krizi sonrası tüm Avrupa Birliği ülkelerinde işsizliğin önemli ölçüde arttığı işgücü piyasalarının çalkalandığı bir ortama bırakmıştır. Eurostat verilerine göre, kriz öncesi 2008 yılında AB-27 ülkelerinde % 7,1 (16.775.000 kişi) olan işsizlik oranı, 2012 yılı sonunda %10,5'e (25.248.000 kişi) ulaşmıştır.

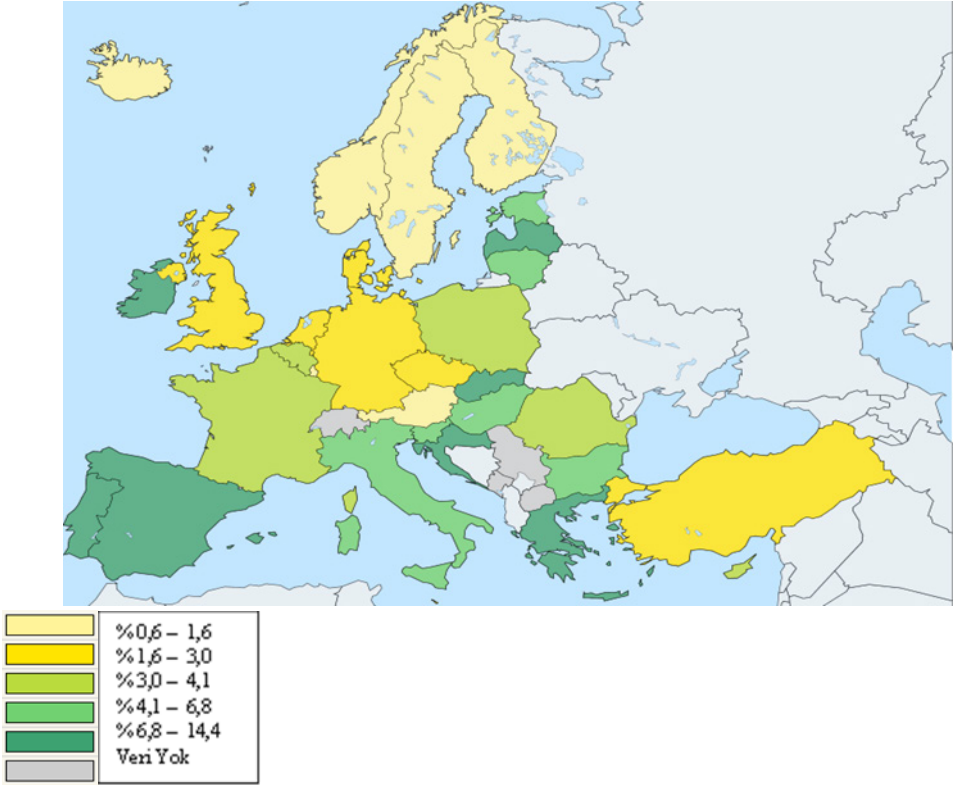
Orta Avrupa ülkelerinin işgücü piyasalarının 2000'li yıllardaki durumu, AB-27'ye yansımaktadır. Düşük istihdam oranları, derin bölgesel farklılıklar, yaygın ve özellikle uzun dönemli işsizlik, enformel ekonominin gelişimi ve işveren talepleriyle uyumsuz işçi vasıfları Orta Avrupa ülkelerinin işgücü piyasalarının ortak özelliklerini oluşturmaktadır (Palpant, 2006:4) Orta Avrupa ülkeleri içerisinde Almanya % 2.5, Avusturya % 1.1 ve Çek Cumhuriyeti % 3.0'lık uzun dönemli işsizlik oranlarıyla iyi bir seyir izlemektedir. Ancak yine Orta Avrupa'da Macaristan % 4.9, Polon-

ya % 4.1, Slovenya % 4.3 ve en vahim olarak Slovakya ise % 9.4'lük uzun dönemli işsizlik oranlarıyla sıralanmaktadır.

AB-27'ye ülkeler bazında 2012 itibariyle bakıldığında; Yunanistan % 14.4, İspanya % 11.1, Hırvatistan % 10.3, Slovakya %9.4, İrlanda % 9.1 ve Portekiz % 7.7 ile uzun dönemli işsizliğin en yüksek olduğu ülkelerdir. AB-27 içerisinde uzun dönemli işsizlik sorununu en az hisseden ülkeler ise Avusturya % 1.1, İsveç % 1.5, Finlandiya ve Lüksemburg % 1.6, Hollanda % 1.8, Danimarka % 2.1 ve Almanya %2.5'tir.

Şekil 1 Avrupa Birliği'nde bölgesel ve ülke bazında uzun dönemli işsizliği göstermektedir. Ülkelerin kendi içerisinde bile uzun dönemli işsizliğin fazla ve az olduğu bölgeler bulunmaktadır. Bazı ülkeler için bu farklılıklar, kendi topraklarının kuzey-güney ayrımı, bazılarında kırsal-kent ayrımı diğerlerinde ise yoksul bölgelerle yüksek uzun dönemli işsizlik arasındaki bağlantıyı ortaya koymak şeklinde ele alınmaktadır (EC, 2010:11).

Şekil 1 : Bölgesel Uzun Dönem İşsizlik Oranları



Kaynak: Eurostat



Bir ülkede, uzun dönemli işsizlik açısından bölgesel farklılıklara rastlanabilmektedir. Örneğin, İspanya'da Navarra'da % 4 civarında görülen işsizlik oranına karşın Endülüs'te % bu oran 12'nin üzerindedir. Slovakya'da Bratislava'da % 2'lerde seyreden bu oran, ülkenin diğer bazı bölgelerinde çift haneli rakamlara ulaşmaktadır. Danimarka'da dahi Kuzey Jutland ve ülkenin güney kesimlerinde yüksek uzun dönemli işsizlik verilerine rastlanmaktadır. Bu durum, bölgelerin farklı büyüme, endüstriyel yapı ve nüfuslarının vasıf bileşimlerinden kaynaklanmaktadır. Hırvatistan ve Slovenya'yla ilgili yapılan çalışmalar ise, fakir bölgelerle yüksek uzun dönemli işsizlik arasındaki ilişkinin pozitif yönlü olduğunu göstermektedir. Uzun dönemli işsizlikte kuzey-güney ayrımı ise Yunanistan, İtalya, Belçika ve Portekiz'de kendisini göstermektedir (EC, 2012:11-12).

Avrupa Birliği'nde genel olarak ülke ve bölge bazında uzun dönemli işsizlik sorununu ele almanın ötesinde farklı kriterler çerçevesinde de bu soruna değinmekte yarar vardır. 2000 ve sonrasında Avrupa Birliği'nde yaşanan işsizlik, uzun dönemli işsizliğin genel işsizlik içindeki payı, ülkelerin kriz öncesi ve sonrası uzun dönemli işsizlik oranları ve cinsiyet-yaş bağlamında uzun dönemli işsizliğin etkileri ele alınacak konuları oluşturmaktadır.

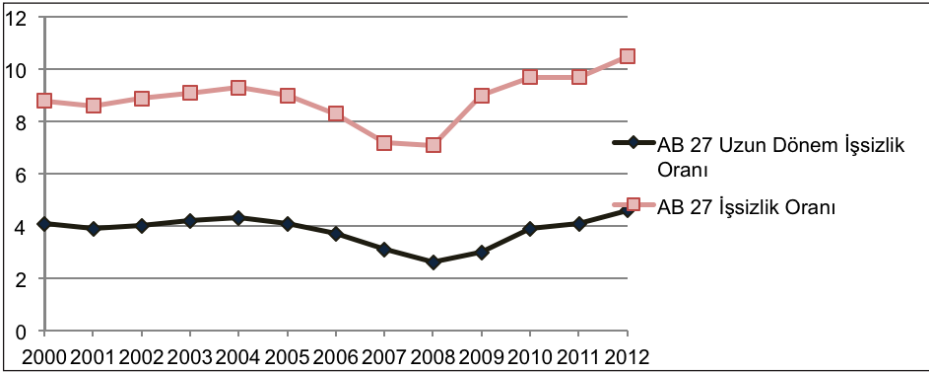
### **3.1. Avrupa Birliği'nde İşsizlik ve Uzun dönemli İşsizliğin Toplam İşsizlikteki Payı**

Avrupa Birliği günümüzde, istihdamda öncelikli grupları belirleyerek bu alanda çalışmalarını sürdürmektedir. Ancak uzun dönemli işsizler bu stratejilerin odak noktası olmalıdır. Avrupa Komisyonu da, işsizlerin uzun dönemli işsiz haline dönüşmelerinin engellenmesi için aktif istihdam politikalarının güçlendirilmesini, ömür boyu eğitimin geliştirilmesini ve iş yasalarının ve sosyal güvenlik sistemlerinin modernizasyonu ile güvenceli esneklik uygulamalarının yaygınlaştırılmasını önermektedir. Krizden en çok etkilenen grupların; yeterli gelir desteği ve nitelikli hizmetlere erişimini sağlayarak aktivasyon tedbirlerinin geliştirilmesi, esnek çalışma biçimlerine yönelmesi, yeniden eğitim verilmesi, cinsiyet eşitliğinin gözetilmesi ve işgücü piyasasındaki katmanlaşmanın azaltılması güvenceli esneklik çerçevesinde önerilen unsurlardır (TİSK, 2012:30-32).

Ancak bu politikaların Avrupa İstihdam Stratejisinin kılavuz ilkeleriyle bağlantılı olarak ülkelerin kendi deneyim ve gereksinimleri doğrultusunda oluşturulması önemlidir. Aksi takdirde cömert refah sistemi uygulamaları sonucunda kamu açıklarının giderek artması ve işgücü piyasasına yeniden katılımdaki başarısızlıklar sonucunda işgücü piyasasındaki mevcut yapının dengesi daha da bozulabilir (Öcal, 2014:84). Bu sebeple, ülkelerin açık koordinasyon yöntemiyle orta ve uzun dönem hedeflerini belirleyip bu doğrultuda ulusal politikalarını oluşturmaları gerekmektedir.

İşsizlik ve uzun dönemli işsizlik sorunu 2008 krizi ve sonrasında ele alındığında tüm dünyada olduğu gibi Avrupa Birliği'nde de artış göstermiştir. Uzun dönemli işsizlik, doğası gereği yaklaşık 1-2 yıl sonra ciddi bir artış kaydetmiştir. Şekil 2'de Birlik düzeyinde işsizlik ve uzun dönemli işsizlik oranları birlikte gösterilmektedir. Uzun dönemli işsizlik, Avrupa Birliğinde işgücü piyasalarını tehdit edecek şekilde yükselmektedir.

**Şekil 2: 2000-2012 Avrupa Birliği'nde İşsizlik ve Uzun Dönemli İşsizlikte Yaşanan Değişimler**



**Kaynak:** Eurostat

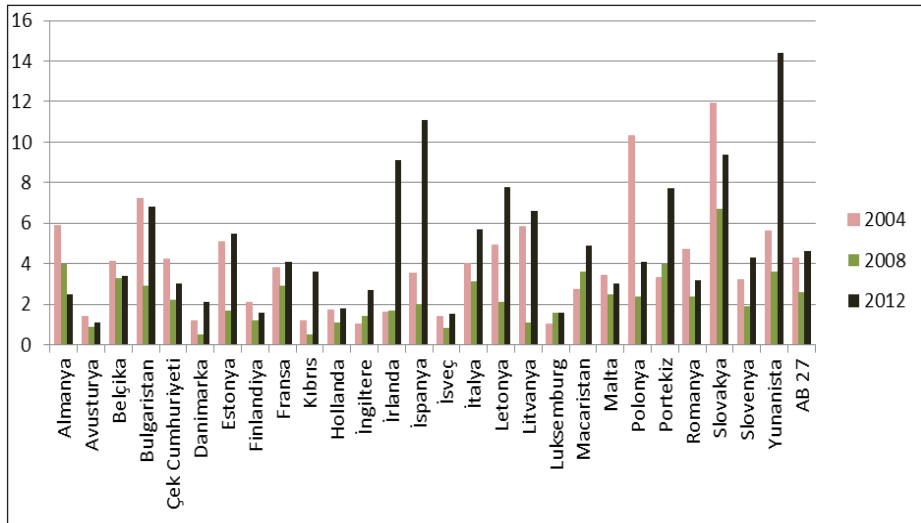
Avrupa Birliği'nde kriz öncesinde, 2008 yılında işsizlik oranı % 7.1'e uzun dönemli işsizlik oranı ise % 2.6'ya kadar gerilemiştir. 2012 yıl sonu itibarıyla bakıldığında bu oranlar sırasıyla % 10.5 ve % 4.6 olarak gerçekleşmiştir. Bu dönemde uzun dönemli işsizlik oransal olarak % 75'ten fazla artış göstermiştir.

Günümüzde, işe yerleştirmede sorun yaşayan bu gruba yönelik politikalar önem kazanmaktadır. Ayrıca; vasıfsız gençlerin, sosyal yardım alan kişilerin, işten çıkarılanların, yaşlıların ve özürülülerin lehinde oluşturulacak politikaları da benimsemek gerekmektedir. Bununla birlikte, uzun dönemli işsizlik sorununa etki edebilecek bir istihdam politikası paketini hazırlayabilmek kolay olmamaktadır. Bu sebeple öncelikli eğilim, genel bir istihdam politikası oluşturmak yönünde olmalıdır. Uzun dönemli işsizlik ele alındığında, ülkenin kendine özgü koşullarının yanı sıra bu sorunun doğrudan küresel işsizlikle de bağlantılı olduğu söylenebilir. Uzun dönemli işsizlik ayrıca başta işgücü piyasasının katmanlaşması olmak üzere pek çok kurumsal faaliyetle de iç içedir (COE, 2011:41).

### 3.2. AB-27 Ülkelerinde Uzun Dönemli İşsizlik ve Uzun dönemli İşsizliğin Toplam İşsizliğe Oranı

Üye ülkelerin işsizlik sorununun yanı sıra, uzun dönemli işsizliğin toplam işsizlikteki payı ülkeler için önem arz etmektedir. Bu oranlara bakıldığında, uzun dönemli işsizliğin işgücü piyasalarındaki etkisi daha iyi anlaşılabilir.

**Şekil 3: AB-27 Ülkelerinde Aktif Nüfusa Oranla Uzun Dönem İşsizlik Oranlarında Değişim 2004-2012**

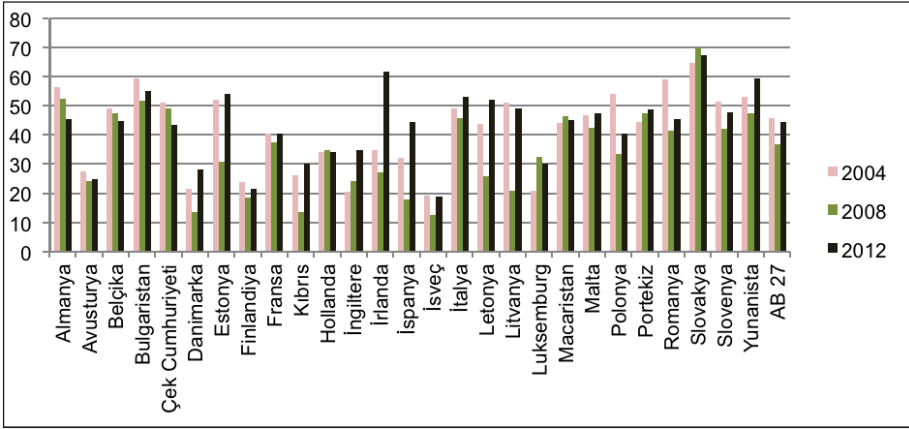


**Kaynak:** Eurostat

Uzun dönemli işsizlik 4'er yıllık periyodlarla ele alındığında 2004 yılında Avrupa Birliği ortalaması % 4.3 iken krize kadar olan dönemde azalma göstererek 2008 yılında % 2.6'ya gerilemiş ancak krizden sonra son verilere göre 2012 yılında bu oran 2004 yılındaki oranı da geçerek % 4.6 olarak gerçekleşmiştir. Bu durum istisnaları olmak kaydı şartıyla Avrupa Birliği ülkelerinin genel eğilimini de göstermektedir. 2004 ve 2008 yıllarında Güney ve Doğu Avrupa ülkelerinde daha yüksek görünen uzun dönemli işsizlik rakamları, Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Kıbrıs, Hollanda, İngiltere, İsveç ve Lüksemburg'da oldukça düşük seyretmektedir. 2012 yılında ise, bu grup daha da küçülmüş, uzun dönemli işsizlik sadece Avusturya, Finlandiya, Hollanda, İsveç ve Lüksemburg'da % 2'nin altında bir seyir izlemiştir.

Özellikle Yunanistan, İspanya, İrlanda ve Portekiz'de 2008 rakamlarıyla karşılaştırıldığında uzun dönemli işsizlikte çok ciddi artış olduğu söylenebilir.

Şekil 4: AB-27 Ülkelerinde Uzun Dönemli İşsizliğin Toplam İşsizlikteki Payı



**Kaynak:** Eurostat

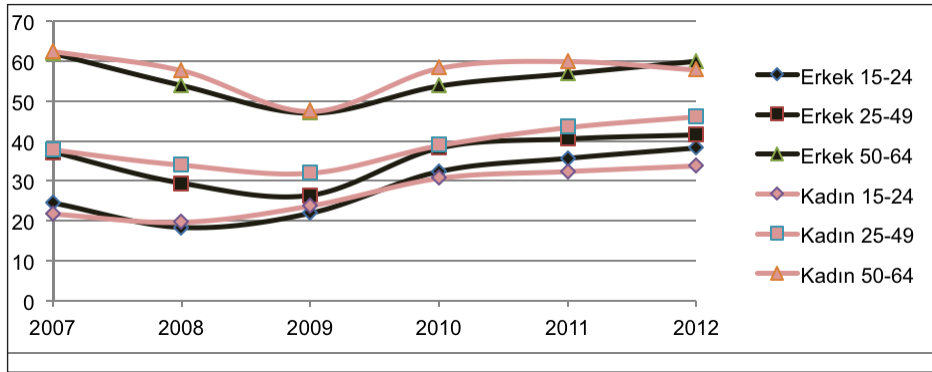
Son 4 yıllık periyotta yaşanan gelişmeler Birlik genelindeki olumlu havanın yerini yeniden yükselen işsizlik ve uzun dönemli işsizlik oranlarına bırakmasına yol açmıştır. Genel olarak bakıldığında uzun dönemli işsizlik, işsizlik sorununun önemli bir bölümünü kapsamaktadır (İskandinav ülkeleri ve Kıbrıs bu durumdan hariç tutulabilir). Toplam işsizliğin % 50'sinden fazlasını uzun dönemli işsizlerin oluşturduğu ülkelerde, bu sorunun vahameti daha iyi anlaşılmaktadır. 2012 yılı sonu itibariyle bu oran; Slovakya'da % 67.3, İrlanda'da %61.7, Yunanistan'da % 59.3, Bulgaristan'da % 55.2, Estonya'da % 54, İtalya'da % 53 ve Letonya'da % 52.1'dir.

Uzun dönemli işsizliğin, toplam işsizliğin % 40-50'sini oluşturduğu ülkeler ise; Almanya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Fransa, İspanya, Litvanya, Malta, Polonya, Portekiz ve Slovenya'dır. Uzun dönemli işsizliğin bu yüksek payı Avrupa Birliği'nin genelinde de etkisini göstererek 2012 yılı sonu itibariyle % 44.4 olarak gerçekleşmiştir. 2008 yılına bakıldığında bu oranının % 36.9 olması, krizin Birlik genelinde uzun dönemli işsizlik rakamlarına ne ölçüde tesir ettiğini gözler önüne sermektedir.

### 3.3. Krizin Yaş ve Cinsiyete Göre Uzun Dönemli İşsizlik Açısından Etkileri

Şekil 5, kriz öncesi 2007 yılından başlayarak 2012 yıl sonu verilerine göre bu aralıkta farklı yaş gruplarının cinsiyet açısından uzun dönemli işsizliğe ne ölçüde maruz kaldığını göstermektedir.

Şekil 5: Yaş ve Cinsiyete Göre Gruplanmış Toplam İşsizlik İçerisinde Uzun Dönemli İşsizliğin Oranı (2007-2012)



**Kaynak:** Eurostat

Yaş ve cinsiyete göre uzun dönemli işsiz kalma oranları değişiklik göstermektedir. Yaşın ilerlemesine bağlı olarak gerek kadınlarda ve gerekse de erkeklerde uzun dönemli işsiz kalma ihtimali artmaktadır. Cinsiyet açısından bakıldığında, kriz öncesi dönemde kadınların erkeklere göre uzun dönemli işsizliğe daha çok maruz kaldıkları görülmektedir. Ancak, ekonomik kriz döneminde, nispeten erkekler işlerini daha fazla kaybeden grup olmuştur. Buna bağlı olarak da erkeklerin uzun dönemli işsizlik oranlarında artış yaşanmıştır. Yüksek yaş gruplarındaki çalışanların iş değiştirmelerinin çeşitli etkenlerle değiştirilmesinin zorluğundan dolayı, uzun dönemli işsizlikten faal nüfusun kalanına göre daha fazla etkilenmektedir. Bu durum, işe alım prosedürlerinde ayrımcılık ve yüksek yaş grubundakilerin beceri ve vasıflarının yeni teknolojik gelişmeler ve iş organizasyonlarına uyumda yetersiz kalmasından kaynaklanmaktadır. 2011'de, Avrupa'daki 50-64 yaş arası işsiz kesimin büyük çoğunluğu, 25-49 yaş grubu işsizlerinin yaklaşık %45'ine göre bir yıldan fazla işsiz kalmıştır (EC, 2012:8). Bunun yanı sıra kariyer gelişiminde yüksek pozisyona sahip olan kişilerin işten çıkarılmaları halinde yeniden aynı pozisyonda bir iş bulmalarının güçlüğü, bu kesimi bazen vasfının altında bir işi kabul etmeye bazen de ümidini kırarak aktif işgücü piyasasının dışına yönelmeye zorlamaktadır.

Kriz dönemine bakıldığında ise, gençlerin uzun dönemli işsiz kalma ihtimalleri yüksek yaş gruplarına göre daha çoktur. Nitekim Şekil 5 incelendiğinde 15-24 yaş grubunda erkeklerin uzun dönemli işsizlik oranı 2007 yılında % 24.5 iken 2012 yılında bu oran % 38.3 olmuştur. Aynı gruptaki kadınlarda da bu oran sırasıyla, % 21.8 ve % 33.9 olarak gerçekleşmiştir. 25-49 yaş grubuna bakıldığında da kadınlarda erkeklere nazaran daha yüksek olmakla birlikte uzun dönemli işsizliğin yine arttığı ancak bu oranın 15-24 yaş grubuna göre biraz daha düşük kaldığı söy-

lenebilir. 25-49 yaş grubu erkeklerde 2007 yılında % 37.1 ve kadınlarda % 37.8 olan oranlar, 2012 yılında sırasıyla % 41.6 ve 46.3 olarak gerçekleşmiştir. 50-64 yaş grubuna bakıldığında ise 2007'de erkekler için % 62 ve kadınlar için % 62.6 olan uzun dönemli işsizlik oranlarının yine sırasıyla 2012'de % 60.1 ve % 58 olarak gerçekleştiği görülmektedir.

Bu durum, kriz dönemlerinde yüksek yaş gruplarının işlerini kaybetme risklerinin gençlere göre daha az olmasından kaynaklanmaktadır. Daha az vasıf ve tecrübeye sahip gençler, yüksek maliyetli eğitim yatırımlarından kaçınmak için işverenlerin işten çıkarmada ilk hedefleri olmaktadır. Gençleri işten çıkarmanın daha düşük maliyetli olması da bu konuda ayrıca bir etkidir. Krizin hüküm sürdüğü bir dönemde yeniden bir iş bulmanın güçlüğü, gençlerin uzun dönemli işsizlikle yüzleşmelerine yol açmaktadır.

## SONUÇ

Uzun dönemli işsizlik çok boyutlu sorun teşkil eden yapısıyla Avrupa Birliği'nin gündemindedir. Kriz sonrası yükselen uzun dönemli işsizlik oranları bu savı doğrulamaktadır. 2008 yılı sonunda % 2.6 olan uzun dönemli işsizlik oranı, 2012 sonunda % 4.6'ya ulaşmıştır.

Uzun dönemli işsizlik sorununun ilk boyutu bireyin kendisi ve ailesiyle ilgilidir. Bireyler ve aileleri uzun dönemli işsizlikle sadece gelir kaybetmemekte, sosyal ve psikolojik olarak da derin yaralar almaktadır. Bu tür yaralar, beşeri sermayenin yıpranmasında vasıf kayıplarından bile daha büyük rol oynamaktadır.

Uzun dönemli işsizlik toplumsal açıdan; yoksulluğun, sosyal dışlanmanın ve demokratik toplumun huzurunu bozabilecek hareketlerin kaynağı olarak görülmektedir.

Uzun dönemli işsizlikteki artışlar ekonomik olarak devlete de yük oluşturmaktadır. Genellikle tek geliri ücret olan kesimin ekonomik kaybı, harcamaların azalmasına ve toplam talebin düşmesine yol açmaktadır. Toplam talepteki azalmalar ise, işverenlerin işgücü taleplerini daha da kısımlarına sebep olmaktadır. Kamu bütçesi kullanılarak işsiz kalanların aktivasyon süreçleri sağlanmaktadır. Bu kesime yeni vasıflar kazandırılarak en kısa sürede işgücü piyasasına geçişlerinin sağlanması için yatırım yapılmaktadır. Bu durum uzun dönemli işsizler için olumlu bir adımdır. Ancak bu süreçte kamu bütçesinin etkin ve doğru şekilde kullanılmaması, işgücü piyasasını gelecekte daha büyük sorunlarla karşı karşıya bırakabilir.

Uzun dönemli işsizlikte bir yandan küresel gelişme ve değişimler diğer yandan ise ülkenin işgücü piyasasının kendisinden kaynaklanan yapısal sorunları etkili olmaktadır. Bu sebeple uzun dönemli işsizliğe çözüm getirebilecek bir istihdam paketi hazırlamak zordur. Üye ülkeler, öncelikle Avrupa İstihdam Stratejisi'ne uyumlu

ancak kendi işgücü piyasalarının gereksinimleri doğrultusunda genel bir istihdam politikası oluşturmalıdır.

Bu genel politikanın oluşturulmasıyla birlikte işgücü piyasasındaki dezavantajlı gruplara yönelik stratejiler belirlenebilecektir. Kamuda geçici işlerin yaratılması ve özel sektörde vergi muafiyeti sağlanması yoluyla işverenlerin uzun dönemli işsizleri istihdam etmeleri konusunda teşvik edilmeleri bu stratejilere örnek olarak verilebilir.

Üye ülkelerin işgücü piyasalarının kendi içerisinde bile parçalanmış bir yapı arz etmesi, sorunun çözümünü daha da güçleştirmektedir. Antlaşmalarla belirlenen ilkeler ise, uygulamada zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu derece karmaşık bir sorunla başa çıkabilmek için, Avrupa Birliği'nin belirlemiş olduğu kılavuz ilkeleri hayata geçirebilecek, inisiyatif sahibi hükümetlere, kurumlara ve kişilere ihtiyaç duyulmaktadır.

**KAYNAKÇA**

- COE (Conseil D'Orientation pour l'Emploi) (2011), **Le Chômage De Longue Durée**, Décembre 2011.
- DURUEL, Mehmet (2007), "Avrupa Birliğinde Uzun Dönem İşsizliğe Karşı Uygulanan İstihdam Politikaları", **Sosyal Siyaset Konferansları**, Sayı: 53, 2007/2, Haşmet Başar'a Armağan Özel Sayısı, s. 375-421.
- JACKMAN, Richard (1998), "European Unemployment: Why Is It So High and What Should Be Done About It", (içinde) **Unemployment and the Australian Labour Market** (ed. Guy Debelle ve Jeff Borland), Reserve Bank of Australia, Australia, s. 39-63.
- EUROPEAN COMISSION (2012), "Long Term Unemployment", **European Employment Observatory Review**.
- EUROPEAN COMISSION (2010), **Europe 2020: Integrated Guidelines for the Economic and Employment Policies of the Member States**, SEC(2010) 488 final, Brussels.
- GOETSCHY, Janine (2001), "The European Employment Strategy from Amsterdam to Stockholm: Has It Reached Its Cruising Speed", **Industrial Relations Journal** 32:5, s. 401-418.
- JURAJDA Štěpán ve Daniel Münich (2003), "Understanding Long-Term Unemployment in the Czech Republic", **Czech Journal of Economics and Finance**, Vol: 53, No: 1, s. 11-30.
- KOEN, Jessie, Ute-Christine Klehe ve Annelies van Vianen (2013), "Employability Among the Long-Term Unemployed: A Futile Quest or Worth the Effect?", **Journal of Vocational Behavior**, 82(1), s. 37-48.
- KURTULMUŞ, Sevgi (1998), "Avrupa Birliği'nde İşsizlik ve İşsizliği Önleme Politikaları", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, Sayı 41-42, s.159-179.
- NICHOLS, Austin, Josh Mitchell ve Stephan Lindner (2013), **Consequences of Long-Term Unemployment**, Urban Institute, Washington.
- ÖCAL, Aslan Tolga (2014), "Güvenceli Esneklik Gündemi: 2008 Mali Krizi Sonrası Danimarka İşgücü Piyasası", **Sosyal Güvenlik Dergisi**, Ocak 2014, Cilt 4, Sayı 1, s. 59-86.
- PALPANT, Catherine (2006), **European Employment Strategy: An Instrument of Convergence for the New Member States**, Notre Europe Etudes&Recherches, Policy Paper No: 18.
- SARFATİ, Suzan ÖZDOĞAN (1996), **Unemployment in European Union**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, AB Enstitüsü, AB Ekonomisi Anabilim Dalı, İstanbul.



- SELAMOĞLU, Ahmet ve Kuvvet LORDOĞLU (2006), **Katılım Sürecinde Avrupa Birliği ve Türkiye'de İşgücü ve İstihdamın Görünümü**, Belediye-İş Yayınları AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara.
- TEKİN, Akay (2008), **Avrupa Birliği İstihdam Politikası Genel Esasları**, TİSK Yayın No: 291, Ankara.
- TİSK (2012), **Küresel Krizde İşsizlikle Mücadele ve Genç İstihdamının Artırılmasına Yönelik Tedbirler: Ülke Örnekleri**, Yayın No: 317, Ankara.
- TİSK (2006), **Avrupa İstihdam Stratejisi ve İşgücü Piyasası Gelişmeleri**, Yayın No: 272, Ankara.
- VENTURINI, Patrick (1998), "Social Policy and Employment Aspects of the Treaty of Amsterdam", **Fordham International Law Journal**, Volume 22, No: 6, s. 94-105.
- YILMAZ, Latif (2010), **Avrupa Birliği'nin Sosyo-Ekonomik Geleceği: Lizbon Stratejisi ve Küreselleşme**, Maliye Bakanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Bakanlığı, Araştırma ve İnceleme Serisi 4, Ankara.



# TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA GENEL BİR KURAL OLARAK TEHLİKE SORUMLULUĞU

*(Risk Liability as a General Principle in the Turkish  
Obligations Law)*

Banu Bilge SARIHAN\*

## ÖZET

6098 sayılı Borçlar Kanunu hızlı teknolojik gelişmeleri ve bunların doğurduğu tehlikeleri dikkate alarak, sorumluluk hukukunda, tehlike sorumluluğunu genel bir hüküm ile m.71 de düzenlemiştir. “Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme” başlığını taşıyan 71. madde, tehlike sorumluluğunu düzenleyen özel yasaların yetersiz olduğu, tehlike sorumluluğunun genel ilke ve şartlarının belirlenmesi gerektiği ve ortaya çıkacak yeni tehlike sorumluluğu halleri için özel kanuni düzenleme yapılmasını beklemeden, gerektiğinde mahkeme kararıyla tehlike sorumluluğunun kabul edilmesi esaslarına dayanmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Borçlar Kanunu, tehlike sorumluluğu, sorumluluk

## *Abstract*

No.6098 of the Code of Obligations is engendered by rapid technological developments and their hazards, taking into account the law of responsibility, the danger with responsibility m.71 also held a general provision. “Potential liability and compensation” is entitled 71 substances, hazard liability governing the specific laws is insufficient, the dangers of responsibility the general principles and requirements must be determined and will emerge new dangers liability cases for specific legal arrangements waiting for the necessary court decision danger responsibilities adoption of the principles are based.

**Keywords:** Code of obligation, responsibility of hazard, responsibility

## GİRİŞ

Hukuk sistemlerinde bir kimsenin hukuk düzeninin kınadığı bir davranışla başkalarına verdiği zararlardan sorumlu tutulabilmesi için kural olarak kusurlu olması gerekir. Zarar veren kişinin kusurlu davranışına dayanan bu sorumluluk kusur sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir. Ancak, teknolojik yenilikler ve gelişmeler neticesinde karmaşıklaşan toplum hayatında kusur kavramı sorumluluk için yeter-

---

\* Yrd. Doç. Dr., Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Bilim Dalı

siz hale gelmiştir. Meydana gelen zarara sebep olma düşüncesinden kaynaklanan sebep sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) halleri bir zaruret olarak ortaya çıkmıştır. İsviçre-Türk Hukuk sistemlerinde kusur sorumluluğu kural diğer sorumluluk halleri ise istisna olarak hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla kanunda açık bir düzenleme olmadıkça sebep sorumluluğuna hükmedilemez. Mevcut Borçlar Kanunu çerçevesinde sebep sorumluluğu, doktrinde, olağan sebep sorumluluğu halleri ve tehlike sorumluluğu olarak tasnif edilmektedir.

Çalışma konumuz olan tehlike sorumluluğunda, varlıkları ve icraları ile başkaları için genel tehlike oluşturan tesis, işletme ve faaliyetlerin sebep oldukları zararın tazmin etmesi gerektiği düşüncesi esastır. Sorumluluk için, kusurun var olup olmadığına bakılmaksızın, gerçekleşen zarar ile tehlikeli tesis işletme ve faaliyetler arasında illiyet bağı kurulması yeterlidir. Dolayısıyla, tehlike sorumluluğu sorumluluk türleri içinde en ağır olanıdır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda tehlike sorumluluğu ile ilgili bir madde bulunmamaktadır. Kavram bu alana yönelik olarak çıkarılan ancak oldukça yetersiz kalan özel kanunlarla düzenlenmeye çalışılmıştır. Ülkemizde halen mevcut olan özel kanunlarla getirilen özel sorumluluk türlerinden bazıları; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre motorlu araç işletenin ve teşebbüs sahibinin sorumluluğu (md.85)<sup>1</sup>, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'na göre sivil hava aracını işletenin sorumluluğu<sup>2</sup>, 3634 sayılı Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'na göre devletin sorumluluğu (md.134)<sup>3</sup>, 2872 sayılı Çevre Kanunu'na göre çevreyi kirletenin sorumluluğu (md.28)<sup>4</sup>, 8559 sayılı Petrol Kanunu'na göre petrol hakkı sahibinin sorumluluğu (md.86)<sup>5</sup>, 4702 sayılı Ürünler İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun'a göre, ürün güvenliğine ilişkin özellikleri etkileyen ürünü üreten, imal eden islah eden veya ürüne adını, ticaret markasını veya ayırt edici işaretini koymak suretiyle kendini üretici olarak tanıtan, geniş anlamıyla üreticinin sorumluluğudur<sup>6</sup>. Oysa teknolojik gelişmeler ve makineleşme sonucu ortaya çıkan, demiryolları, denizyolları, enerji işletmeleri, kimyasal maddeler, atom reaktörleri vs. gibi toplum ve çevre için büyük tehlike arz eden işletme ve faaliyetler için herhangi bir düzenleme getirilmiş değildir. Borçlar Kanunu'nun kaynağını oluşturan İsviçre Hukuku'nda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek birçok özel kanun mevcuttur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise hukukumuzda bu konudaki eksiklikten yola çıkarak tehlike sorumluluğu hakkında genel bir düzenleme yapmıştır. Bu madde ile özel bir düzenlemenin olmadığı hallerde dahi, zarar verenlerin tehlike esasına göre sorumlu tutulabilme imkânı getirilmiştir.

<sup>1</sup> RG., 18.10.1983, 18195.

<sup>2</sup> RG., 19.10.1983, 18196.

<sup>3</sup> RG., 16.06.1939, 4234.

<sup>4</sup> RG., 09.08.1983, 18132.

<sup>5</sup> RG., 07.03.1954, 8659.

<sup>6</sup> RG., 11.08.2001, 24459.

## I. TEHLİKE SORUMLULUĞU KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

Hukuk sistemlerinde, tehlike sorumluluğu halleri ya özel kanunlarla (Almanya, İsviçre, Avusturya gibi), ya bu sorumluluğa ilişkin genel bir hüküm öngörülerek (Hollanda, Belçika, İtalya, Fransa) ya da meselenin çözümü somut olayın özellik ve şartlarına göre hâkime karar yetkisi bırakılarak düzenlenmektedir (İngiltere, ABD)<sup>7</sup>. Fransız MK. m.1384/1; bir genel hüküm olarak cansız şeylerin sebep olduğu zarardan bu şeyleri muhafaza edenin sorumluluğunu öngörür. Otomobil, tramvay, su ve gaz boruları, makineler, asansör, elektrik tesisatı gibi bütün cansız eşyaya yönelik meselelerde, mahkemelere geniş bir uygulama alanı yaratmıştır.

Tehlike sorumluluğunun özel kanunlarla düzenlenmesinin (kazuistik yöntem); hukuki güvenliği sağlaması (kişilerin hangi hallerde ne gibi sorumluluklarla karşılaşabileceklerini önceden bilebilmeleri), ekonomik anlamda sorumluluk yükünün taşınabilir olması (özel kanunlarla genellikle tazminat yükünün azami miktarı belirlenir, girişimciler bu hükümlere dayanarak muhtemel tehlikenin gerçekleşmesi halinde ödeyecekleri tahmini tazminat miktarını risk olarak sigorta ettirebilir, sigorta priminin belli olması ile bu miktarı masraf olarak gösterebilirler), ekonomik anlamda girişim serbestisinin korunması gibi faydaları olduğu savunulmaktadır<sup>8</sup>. Ancak, bu kanunlar farklı zamanlarda ve farklı konularda çıkarıldıkları için aralarında genel bir uyum yoktur<sup>9</sup>. Ayrıca bilim ve teknolojideki hızlı gelişmeler karşısında yasal düzenlemelerin oluşturulmasındaki uzun gecikmeler, adalet ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Kanun koyucunun her özel tehlike oluşturan durum için yeni bir kanun çıkarması yerinde değildir. Ayrıca belli bir tehlike için çıkarılan kanun hükmünün, özellikleri farklı bir duruma kıyasen uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, hakkında özel bir kanun hükmü bulunan olgu için tehlike sorumluluğu uygulanırken, aynı ölçüde tehlike oluşturan bir başka durum o alanda özel bir kanun olmadığı için tehlike sorumluluğu kurallarına göre çözümlenemeyecektir<sup>10</sup>. Bu nedenle son dönemlerde pek çok hukuk sisteminde, bütün tehlike

<sup>7</sup> **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, 501-515; **Tiftik, Mustafa**, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Ankara 2005, 34; **Tandoğan, Halûk**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, 27; **Tandoğan, Halûk**, Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu Batider, 1979, N.2, 297 (Tandoğan, Tehlike); **Üçışık, Güzin**, Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu Ankara 2009, 129; **İmre, Zahit**, Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, 41; **Uluslan, İlhan**, Tehlike Sorumluluğu Üstüne, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1970, N.6, 55; **Strickler, Hans Peter**, Die Entwicklung der Gefährdungshaftung, Auf dem Weg zur Generalklausel (Diss.), Bern, 1983, 42.

<sup>8</sup> **Tiftik**, 64-68.

<sup>9</sup> **Eren**, 504.

<sup>10</sup> **Tiftik**, 68; **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, 464.

sorumluluklarını içerecek, hukuka güveni sağlayacak bir genel tehlike sorumluluğu kuralı ihdas etme eğilimi söz konusudur.

Tehlike sorumluluğunun genel bir kurala bağlanması, hâkime, kanunla tehlike sorumluluğu bağlanmamış tehlikeli olguların meydana getirdiği ağır zararları telafi edici kararlar verme imkânı tanır<sup>11</sup>. Böylece nitelik ve nicelik bakımından çok yoğun veya çok büyük potansiyel tehlike oluşturan ileri teknoloji ürünü işletmeler karşısında, muhtemel mağdurlara yeterli bir sorumluluk hukuku koruması temin edilebilir. Doktrin de yardımıyla mahkeme içtihatları, genel tehlike kuralının genel kavram ve ölçülerini, sorumluluk hukukunun çoğu kavram ve ilkelerinde olduğu gibi, objektif bir biçimde ortaya koyabilecek ve kuralın zamanla somutlaşmasını sağlayabilecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hızlı teknolojik gelişmeleri ve bunların doğurduğu tehlikeleri dikkate alarak, sorumluluk hukukunda, tehlike sorumluluğunu genel bir hüküm ile m.71 de düzenlemiştir. “Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme” başlığını taşıyan 71. madde, tehlike sorumluluğunu düzenleyen özel yasaların yetersiz olduğu, tehlike sorumluluğunun genel ilke ve şartlarının belirlenmesi gerektiği ve ortaya çıkacak yeni tehlike sorumluluğu halleri için özel kanuni düzenleme yapılmasını beklemeden, gerektiğinde mahkeme kararıyla tehlike sorumluluğunun kabul edilmesi esaslarına dayanmaktadır. 6098 sayılı TBK. m.71 İsviçre’de henüz yasalaşmamış bulunan “Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Bir Örnek Haline Getirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı’nın” 50. maddesinden etkilenilerek hazırlanmıştır<sup>12</sup>.

## A) TBK md.71 Hükümüne Göre Tehlike Sorumluluğunun Koşulları

### 3. Tehlike Arz Eden İşletme Kavramı

Tehlike sorumluluğunun mevcut olabilmesi için diğer kusursuz sorumluluk hallerindeki gibi üç temel şartın (zarar, hukuka aykırılık, uygun illiyet bağı) bulunması gerekir. Bu şartların tehlike sorumluluğundaki görünümü; tehlike yaratan bir işletmenin var olması (md.71 çerçevesinde), zararın, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden doğmasıdır. Öncelikle günlük dilde kullandığımız tehlike kavramı ile tehlike sorumluluğuna temel ölçü alınan tehlike kavramı

<sup>11</sup> **Oftinger, Karl / Stark, E.W.**, Schweizerisches Hafpflichtrecht, B. II/1, 4.Aufl., Zurich 1987,14; **Tandoğan**, 41; **Tiftik**, 97; **Yavuz, Cevdet**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk (Sempozyum Özel Sayısı), C. 14, S.4, Y.2008, 61; **Yılmaz, Süleyman**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59 (3), 2010, 551-578.

<sup>12</sup> “Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Hafpflichtrechts”(Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Kanun Tasarısı) Bkz. <http://www.of.admin.ch/d/index.html>. TBK. md.71, bu metinden ve TBK Tasarısı’ndan farklı olarak birtakım değişiklikler ve eklemeler yapılarak kaleme alınmıştır.

inceleyecek olursak; günlük dilde tehlike kavramından bir kaza veya zarar meydana gelmesinin yüksek ihtimal dâhilinde olması anlaşılır. Oysa tehlike sorumluluğunun temelini teşkil eden tehlike kavramı ise, sıkça meydana gelmesi veya nadir meydana gelmekle birlikte, nicelik ya da nitelik bakımından büyük zararlara yol açmasıyla yüksek zarar potansiyeli taşıyan durumları ifade eder<sup>13</sup>. Zarar kavramından anlaşılması gereken, “tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarar”dır. Madde hükmüne göre, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan, işleten ve işletme sahibi müteselsilen sorumlu tutuldukları için kusurları olmasa dahi tipik tehlikeli olgunun gerçekleşmesi ile doğan zarara birlikte katlanmak zorunda kalacaklardır.

TBK hükmü, tasarının ilk halinde mevcut olan “önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyet” ifadesi yerine “önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti” ifadesini kullanmış, ancak işletmeye ilişkin bir tanımlama getirmemiştir. Kanun koyucunun 71. maddeyi ihdas etme amacı tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm getirmek olduğuna göre, sorumluluğu doğuracak önemli ölçüde tehlikeli faaliyetin, bir işletmeden kaynaklanmasa (meselâ önemli ölçüde tehlike arz eden ama işletme olmayan bir tesisin) bile bu hüküm çerçevesinde değerlendirilmesi daha isabetli sonuçlar doğuracaktır.<sup>14</sup>

İşletme kavramı genel anlamda; “İnsan ihtiyaçlarını karşılamak üzere bilgi, insan, teknoloji, finans kaynak ve benzeri güncel üretim faktörlerini en etkin ve verimli bir şekilde kullanarak öncelikle uzun dönemde kâr, süreklilik ve sosyal sorumluluk amaçlarını yerine getirmek için ekonomik mal ve hizmet üretmek amacıyla kurulmuş iktisadi birimler” olarak tanımlanmaktadır.<sup>15</sup> Hukukî anlamda ise, 6102 sayılı TTK. md.11’de “ticari işletme” tanımlanmıştır. Buna göre; “Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.” Tehlike sorumluluğu çerçevesinde düzenlenen “işletme” kavramının TTK anlamındaki ticari işletmeleri kapsadığı konusunda duraksama yoktur. Zira önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin büyük bir bölümünü ticari işletmeler teşkil edecektir. Bununla beraber,

<sup>13</sup> **Tiftik**, 31; **Eren**, 503; **Akıncı, Şahin**, Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2013, 166-176; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, 26. Madde metnindeki “işletme” kavramının hem ticari hem de ticari olmayan işletmeleri kapsadığı, bu anlamda meselâ, bir kamu kurumu olan belediyelerin faaliyetleri nedeniyle diğer şartların da bulunması halinde TBK. md.71 hükmünün uygulanabileceği yönünde bkz. **Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, 353.

<sup>14</sup> Aynı yönde görüşler için bkz. **Üçşık**, 141-143; **Yılmaz**, 574; **Akkayan Yıldırım, Ayça**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C,LXX, S.1, 2012,203-220; **Saraç, Senem**, Türk Boçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2013,30-34; **Atamer, Yeşim**, Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”,Hukuki Perspektifler Dergisi, S.6, Mayıs 2006, 22.

<sup>15</sup> **Altun H./ Başar E. / Doğan S.**, İşletme, Ankara-2010,3; **Tutar, Hasan**, İşletme Yönetimi, Ankara-2011, 17.

ticari olmayan ama 71. madde hükmündeki şartları bünyesinde taşıyan esnaf işletmelerinin, kamu tüzel kişilerine ait işletmelerin de tehlike sorumluluğu hükümlerine tabi olması, genel hüküm ihdas etme amacının doğal bir sonucudur<sup>16</sup>.

## 2. Zarara “Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden İşletmenin” Faaliyetinin Sebep Olması

TBK.md.71/1 hükmüne göre: “*Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.*” Madde metninden anlaşıldığı üzere, her işletmenin tehlike sorumluluğu esasına göre sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Faaliyetlerinden zarar doğan işletmenin ancak “önemli ölçüde tehlike arz eden” işletme olması halinde bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten tehlike sorumluluğu çerçevesinde müteselsilen sorumlu olurlar. Bir işletmenin hangi hallerde önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılacağı maddenin ikinci fıkrasında açıklanmıştır. Madde hükmüne göre; “*Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.*”

Hükme göre önemli ölçüde tehlikeli işletmeden söz edebilmek için, işletmenin sıkça ve ağır zararlar doğurmaya elverişli olması, işletmenin mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araç ya da güçler göz önünde tutulduğunda bu işlerde uzman kişilerin göstereceği tüm dikkat ve özen gösterilse bile bu zararların doğma ihtimalinin bulunması gerekir. Yine, eğer özel kanunlarda benzer işletmelerin sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmişse zarara yol açan işletmenin faaliyeti de önemli ölçüde tehlikeli faaliyet olarak kabul edilmiştir.

### a) İşletmenin Sıkça ve Ağır Zararlar Doğurmaya Elverişli Olması

Bazı işletmeler taşıdıkları tehlike potansiyeli ile sık sık zarara sebep olurlar. Bu tür işletmelerin faaliyetleri çevreye zarar verme hususunda tipik bir eğilim ve

<sup>16</sup> **Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2013, 191, “İşletme niteliğinde olmayan fakat mesleki faaliyet gösterilen yerler(doktor muayenesi gibi) bu hükmün dışındadır”; **Üçışık**, 141, “İşletme sahibi, işletmeyi organizasyon yönünden veya ekonomik yönden kontrolünde tutan kişidir. İşletme kavramının belirlenmesinde, işletme sahibinin, gerçek, özel ya da kamu tüzel kişisi olması, işletmenin faaliyetinin bir ya da daha fazla kişi tarafından yürütülmesinin önemi yoktur. Bir kamu hukuku veya dernek gibi bir özel hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi tüzel kişiliğe haiz olmayan kişi toplulukları da olabilir. İşleten ise tehlikeli işletmeyi kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işleten ve işletme üzerinde fiili tasarrufta bulunan kişidir. İşletmeyi idari bir izin veya ruhsatla işleten, işletmeyi kiralayan, işletme üzerinde intifa hakkına sahip olan kişi de işleten olarak sorumludur”.



potansiyel taşırlar. Bu özel ve tipik tehlike dolayısıyla da sık sık zarara sebep olurlar. Taşıdıkları tehlike potansiyeli ile sık sık zarara sebep olan faaliyet ve işletmelere motorlu taşıt araçları gösterilebilir.<sup>17</sup> Bazı işletme faaliyetlerinde ise tipik tehlikenin meydana gelmesi halinde nitelik ya da nicelik bakımından oldukça ağır sonuçlar doğmaktadır. Meselâ, nükleer tesisler, petrol, gaz ve yüksek gerilim taşıyan hatlar, hava taşıtları, deniz taşıtları, demiryolu, teleferik işletmeleri, kimyasal madde üreten, depolayan dağıtan işletmeler, maden işletmeleri, enerji işletmeleri, çevreyi kirleten işletme ve tesisler, biyokimyasal veya genetiği değiştirilmiş ürünler üreten işletmeler, baz istasyonları, benzin istasyonları örnek olarak gösterilebilir. Bazı işletmeler her iki anlamdaki tehlike eğilimini bünyelerinde taşıyabilirler. Patlayıcı madde imal eden veya depolayan işletmeler gibi. Doktrin, işletmenin sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli mahiyette olmasını, “önemli ölçüde tehlike arz eden işletme” kavramının objektif ölçütü olarak kabul etmektedir.<sup>18</sup>

### b) Nitelikli Özen Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinin Sorumluluğu Ortadan Kaldıramaması

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletme kavramının subjektif unsuru, işletmenin mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araç ve güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman kişilerin göstereceği “tüm dikkat ve özen gösterilse bile” zararın doğma ihtimalinin bulunmasıdır. Tehlike sorumluluğunda işletmeye yüklenilen özen borcu makul özen kavramını aşarak daha nitelikli uzman bir kişinin göstermesi gereken özen borcu olarak düzenlenmiştir<sup>19</sup>. Bir başka deyişle, tehlike sorumluluğu hallerinde her türlü dikkat ve özenin gösterildiği ispat edilerek sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır. Ancak alınacak birtakım makul tedbir ve önlemlerle zararın önlenmesi imkânı varsa, önemli ölçüde tehlike arz eden işletme kavramından söz edilemeyecektir<sup>20</sup>.

### c) Tehlikenin ve Zararın İşletmenin Niteliğinden Doğması

TBK. md. 71'e göre tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetinden zarar doğması gerekir. Bu

<sup>17</sup> Eren,503; Akıncı,168; Üçışık, 140; Kılıçoğlu, 354; Oğuzman/Öz, 192; Korkusuz, Refik, Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, 147-207; Büyüksağış, Erdem, Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, N.1, 1-19.

<sup>18</sup> Korkusuz,199; Tiftik, 23; Büyüksağış, 10.

<sup>19</sup> “Madde metnindeki uzman kişiden beklenen özen ifadesinin amacı aştığı, tüm özen ifadesinin maksimum yatırım ya da tüm çaba olarak değil “makul özen” şeklinde anlaşılması gerektiği” yönünde görüş için bkz. Sanlı, Kerem Cem, “Kusursuz Sorumluluk Halleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, 77vd.

<sup>20</sup> Antalya, Gökhan, 6098 Sayılı Türk borçlar kanununa göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2012,651; “Özen kavramının risk yönetimi ve ekonomik analiz öğretisi çerçevesinde değerlendirilmesi için” bkz. Saraç, 40.

zarar, işletmenin niteliğinin, faaliyet şeklinin ve amacının yarattığı “tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarar”dır. Zarar işletmenin faaliyetinden kaynaklanmakla beraber, tipik tehlike sonucu değil de başka bir sebepten meydana gelmişse işletme sahibi ve varsa işleten bu madde kapsamında sorumlu tutulamayacaktır. Bir başka deyişle önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin her türlü faaliyeti sonucu doğan zararlar tehlike sorumluluğunu doğurmaz. O işletmeye özgü tipik tehlikeyi gerçekleştirmeye elverişli faaliyetlerden doğan zararlar tipik zarar olarak bu madde kapsamında sorumluluğa yol açacaktır<sup>21</sup>. Meselâ, önemli ölçüde tehlike arz eden işletme mahiyetinde olan nükleer santrallerde tipik tehlike olan radyasyon sızıntısı veya patlama sonucu değil de, çatıdan düşen bir cisim nedeniyle zarar doğarsa bu zarar tipik bir zarar değildir ve tehlike sorumluluğu kapsamına girmez<sup>22</sup>.

Türk Borçlar Kanunu md. 71/2 hükmüne göre, tehlikeli faaliyet ölçütü, ya “işletmenin mahiyeti” ya da “işletmenin faaliyetinde kullanılan “malzeme”, “araç” veya “güçler” esasına dayanmaktadır<sup>23</sup>. Bir işletmenin mahiyeti dolayısıyla tehlike arz eden işletme olarak kabul edilebilmesi için, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zarar doğurmaya elverişli olması gerekir. Nükleer, hidroelektrik santraller, yüksek hızlı demiryolu işletmeleri, teleferik işletmeleri, kimyasal madde üreten, depolayan, dağıtan işletmeler, patlayıcı madde üreten fabrikalar ve depoları, maden işletmeleri, biyokimyasal veya genetik yapısı değiştirilmiş ürünler üreten işletmeler mahiyetleri dolayısıyla

<sup>21</sup> **Oğuzman/Öz**, 193, “Tüp gaz imalathanesi tehlikeli bir işletme olduğundan, doldurulması bitmiş ve işletmede depolanmış tüplerin patlamasından doğan sorumluluk TBK md 71'deki tehlike sorumluluğuna girebilir. Fakat imalathaneden gönderilmiş ve pazarlanmış tüplerin bazısının kullanıldığı ev ve lokantalarda patlaması bu hükme değil, üreticinin sorumluluğu çerçevesinde ele alınır”; **Kılıçoğlu**, 354: “ Bir fabrikada silah yedek parçaları üretilip, ikinci fabrikada montajı yapılıyor ve nihayet üçüncü işletmede silahlar piyasaya sürülmeden deneme atışlarına tabi tutuluyorsa, yedek parça üretimi ve montaj yapan işletmelerin tipik tehlikeli faaliyetleri söz konusu olmazken, deneme atışları yapan işletmenin faaliyeti önemli ölçüde tehlikeli faaliyet kapsamında değerlendirilebilir...”; **Saraç**, 64: “Önemli ölçüde tehlike arz eden işletme mahiyetinde olan benzin istasyonunda, ayağı takılıp düşmesi sonucunda uğranılan zarar, benzin istasyonundaki tipik tehlikenin gerçekleşmesi sonucu doğmamıştır.”

<sup>22</sup> Nükleer santral işletenin sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Korkusuz, Mustafa Halit**, Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2012.

<sup>23</sup> “Teknolojik ve bilimsel gelişmelerin oldukça hızlı bir ivme gösterdiği 21.yüzyıl insanının faaliyetleri sırasında özensiz ve dikkatsiz davranmadığı, önemli ölçüde tehlikeli nesnelere kullandığı düşünülerek, tehlike sorumluluğunu öngören genel hükmün uygulama şartı olarak yürütülen faaliyetin tehlikeliliği ölçütünün esas alınması yerine faaliyetin yürütülmesinde ihtiyaç duyulan nesnelere tehlikeliliğinin esas alınmasının daha uygun olacağı ve bu nedenle TBK.71. madde hükmü, tehlike sorumluluğunun uygulama alanını kusur sorumluluğu aleyhine aşırı genişleteceği” yönündeki eleştiriler için bkz. **Korkusuz**, 199; **Büyüksağış**, 10; **Barlas, Nami**, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının Getirdikleri, Güncel Hukuk Dergisi, S.17, Mayıs 2005, 20-22; Borçlar Kanunu Tasarısının ilk şeklindeki gibi, hakkaniyet sorumluluğunun genel ilke haline getirilmesi daha yerinde bir düzenleme iken, tehlike sorumluluğunun bu konumda bırakılmasının doğru olmadığı, tehlike sorumluluğunun özel kanunlarla düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. **Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm; İstanbul, 2011, 142, **Akkaya**, 211.

tehlike arz eden işletmelere örnek olarak gösterilebilir.<sup>24</sup> Tehlikeli faaliyet kavramında dikkate alınacak ikinci ölçüt, işletme faaliyetinde kullanılan malzeme, araç veya güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi halinde bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılmasıdır. Bazı işletmeler sorumluluğun doğması açısından bu iki ölçütü de bünyesinde taşıyabilir. Meselâ, patlayıcı madde üreten işletmeler hem mahiyetleri itibarıyla hem de faaliyetinde kullandığı malzemeler açısından önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerdir. Teleferik işletmeleri ve sürat tekneleri kullanılan araçlar, doğalgaz ya da elektrik işletmeleri kullanılan güçler anlamında sık veya ağır zararlar doğurmaya elverişlidirler.

Yine md.71/2 ye göre herhangi bir özel kanunda benzeri tehlikeler arz eden bir faaliyet için tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, uyuşmazlığa konu olan işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılacaktır. Örneğin Karayolları Trafik Kanunu'nda bazı hallerde araç işletenin sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Ancak denizde kullanılan sürat motorları bu Kanun'un kapsamına girmediği için tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilemiyordu. Oysa mahiyeti ve arz ettiği tehlike açısından karayolu üzerinde hareket eden motorlu taşıtlarla sahilde spor amacıyla kullanılan sürat motorları arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. TBK md 71/2 uyarınca artık sürat motoru işletenin sorumluluğu da kıyasen tehlike sorumluluğu olarak kabul edilebilecektir<sup>25</sup>.

Ancak belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklı tutulmuştur. Özel kanunlarla kusursuz sorumluluk kapsamına giren işletmeler, önemli ölçüde tehlike arz eden işletme olsalar dahi TBK md.71 hükmü çerçevesinde değil, bu özel kanun çerçevesinde sorumlu olacaklardır. Örneğin Çevre Kanunu, Türk Sivil Havacılık Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre imalatçı, üretici ve ithalatçının sorumluluğu bu kapsamda değerlendirilecektir.

Görüldüğü üzere uyuşmazlığa konu olan somut olayın tehlike sorumluluğunu öngören genel hükmün kapsamına girip girmediği, bir başka deyişle bir işletmenin mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzemeler, araçlar ya da güçler göz önünde

<sup>24</sup> Biyokimyasal veya genetiği değiştirilmiş ürünler üreten işletmelerin sorumluluğunun "tipik işletme tehlikesine bağlandığı ve tehlike sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmesi yönünde bkz. **Yıldırım, Fadıl**, Biyogüvenlik Kanunu Kapsamında Genetiği Değiştirilmiş Ürünlerden Doğan Hukuki sorumluluk, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Gen Hukuku Özel Sayısı, Kayseri 2012, 55-65.

<sup>25</sup> **Akıncı**, 168; Aynı yönde bkz. " Petrol Kanunu md.86/b.2 uyarınca petrol çıkartmak için faaliyette bulunan işletme petrol çıkartacağı taşınmaza ve civarındaki taşınmazlara verdiği zarardan kusuru olmaksızın sorumludur. Petrol dışında bir doğal kaynağı, madeni çıkartma işiyle meşgul bir işletme bakımından özel kanunla kusursuz sorumluluk getirilmemiş olmasına rağmen; TBK md. 71/2 uyarınca önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılacaktır. Görüldüğü üzere bu hükümle, tehlike arz eden işletmeden sorumluluğa mahsus olarak, kusursuz sorumluluğun uygulama alanının kıyasen genişletilmesine izin verilmiştir.", **Oğuzman/Öz**, 193.

tutulduğunda faaliyetin genel sorumluluk hükmünün uygulanmasını haklı kılabilecek ölçüde tehlikeli olup olmadığı, yargı organlarınınca belirlenecektir. Bütün genel kural ve kavramlarda olduğu gibi, genel tehlike kuralının temel kavram ve ilkeleri Yargıtay'ın ve doktrinin görüşleri doğrultusunda olgunlaşan mahkeme içtihatları vasıtasıyla zamanla objektif ölçü ve esaslara kavuşturulabilecektir<sup>26</sup>.

## B) Tehlike Sorumluluğunda Denkleştirme ve Sorumluluktan Kurtulma İmkânları

Türk Borçlar Kanunu md.71/son'da, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin bu tür faaliyetine, hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, bu faaliyetten bir zarar meydana gelirse bu zararın uygun bir bedelle denkleştirilerek tazminini öngörmüştür.

Çağımıza damgasını vuran bilim ve teknolojiadaki hızlı gelişmeler gerek toplum gerekse çevre için ciddi tehlike kaynağıdır. Ancak, ihtiyaçlarının süratle giderilmesini bekleyen toplumlar, tehlike kaynağı da olsa, bu yeniliklerden vazgeçemez.<sup>27</sup> Hukuk düzeni de, zararlı sonuçları kaçınılmaz olan tehlikeli faaliyetlerde bulunulmasını toplum hayatında faydalı oldukları ölçüde yasaklamaz, tolere eder<sup>28</sup>. Buna karşılık, tehlikeli faaliyetin yürütülmesi dolayısıyla zarar görenleri korumak amacıyla, faaliyetten doğrudan yarar sağlayan kimseler aleyhine sorumluluğun şartlarını tehlike sorumluluğu çerçevesinde ağırlaştırır. TBK md.71/4'e göre, tehlikeli işletmenin verdiği zarardan dolayı şartlar oluşmadığı için tehlike sorumluluğu hükümlerine gidilemese bile ortaya çıkan zararın uygun bir bedel karşılığında denkleş-

<sup>26</sup> Mahkemeler tarafından yapılacak olan bu tespitlere yardımcı olabilmek için doktrinde bazı görüşler ileri sürülmüştür. "Yargı organlarına yol gösterici olmak amacıyla idari organlar, çeşitli sektörlerde kullanılan nesnelerin tehlikeliliğini istatistikî verilerin ışığında objektif ölçütlere göre ortaya koyabilirlerse, yargı organları bu verilere göre, zarara yol açan nesnenin arz ettiği tehlikenin sıklığını ve zararın ağırlığını birlikte değerlendirerek tehlikenin kabul edilebilirlik sınırları içinde olup olmadığını belirleyebilir. Mesela Yargıtay'ın 13.10.2005 tarihli bir kararında, elektromanyetik dalga enerjisi yayılımı gerektiren telefon baz istasyonunun tehlike arz edip etmediğinin, Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerleri Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yine genel kuralın uygulanmasını haklı kılabilecek derecede nitelendirilebilecek malzeme araç ya da güçlerin, çeşitli sektörlerdeki tehlikelilik oranları, ilgili Bakanlıklardaki uzmanların görüşleri doğrultusunda hazırlanan bir liste ile örnekleme yoluyla ortaya konulursa bu liste, hem yargı organları için, hem de bu tip faaliyetlerde bulunan işletmeler için yol gösterici olacaktır. İşletmeler muhtemel zararları karşılamak amacıyla sigorta yaptırma yoluna sevk edileceklerdir", **Büyüksağış**, 12; Bu şekildeki bir yaklaşımın güvenlik sağlama yönünden oldukça zayıf bir çözüm olacağı yönünde bkz. **Saraç**, 47

<sup>27</sup> Yüksek sürat (uçaklar, yüksek hızlı trenler, motorlu kara taşıtları), enerji üretimi ve toplanması (hidroelektrik, nükleer santraller gibi enerji üretim merkezleri), parçalanabilen ve radyoaktif ışın yayan maddeler, spor ve eğlence sektöründeki yeni faaliyetler (dağ sporları, kayak, teleferik, denizde sürat tekneleri, kule-parasüt atlayışları, zincirli atlıkarıncalar, sürekl avları vs).

<sup>28</sup> **Tiftik**, 26; **Korkusuz**, 154; **Büyüksağış**, 2.

tirilmesi istenebilir. Sorumluluk artık tehlike sorumluluğu değil fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan bir kusursuz sorumluluktur<sup>29</sup>.

TBK.71 tipik tehlikenin gerçekleşmesi ile ortaya çıkan zararı tehlikeli işletmeyi işletene yüklemiştir. Ancak tehlikenin gerçekleşmesi halinde meydana gelecek zarar çok büyük olacağından, işleteni de korumak istemiş, zarara uğrayan kişilere zararlarının tamamını değil, belli bir kısmını isteme hakkı vermiştir. Burada fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanılmaktadır. Ancak, tehlike sorumluluğunda kural olarak zararın tam bir şekilde giderilmesi gerekir. Tehlike sorumluluğunu gerektiren faaliyetlerde, genel bir toplum yararı söz konusu ise, zararın tazmini mecburi sigorta yoluyla, işleten lehine dağıtılabilir. Burada hakkaniyet düşüncesi ön plana çıkmaktadır<sup>30</sup>.

Kanun koyucunun md.71/son hükmü ile getirmek istediği kural, doktrinde bazı açılardan eleştirilmiştir<sup>31</sup>. Çünkü maddede belirtilen hukuk düzenince izin verilmiş olma ibaresi, sanki sadece hukuka uygun olan işletmelerde denkleştirme yapılacağı, md.71/2'deki hükmün de sadece hukuka uygun olarak işletilmeyen işletmelere uygulanabileceği gibi hatalı sonuçlara yöneltmektedir. Burada hukuka aykırılık kavramının, hukuka aykırı davranış mı yoksa hukuka aykırı sonuç mu olduğunun tartışılması gerekir. Hâkim olan görüş kusursuz sorumluluk halinde "hukuka aykırı davranış", tehlike sorumluluğunda ise "hukuka aykırı sonuç" kavramının dikkate alınması yönündedir<sup>32</sup>.

Kural olarak, hukuka aykırılık, tehlike sorumluluğunun zorunlu unsuru değildir. Zaruret halinde verilen zararlardan sorumlulukta ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinde olduğu gibi, tehlike sorumluluğunda da hukuka uygun fiiller, daha doğrusu hukuk kurallarınca izin verilen olgu söz konusudur. Ancak hukuka aykırılık sorumlunun davranışının bir niteliği sayılmayıp, hukuk düzeninin kınadığı zararlı sonuçların bir niteliği kabul edilirse, hukuka aykırılık, tehlike sorumluluklarında da görülebilir. Zira izin verilen bir faaliyet ile de olsa hukuk kurallarının koruduğu hukuki değerler çiğnenmekte, dolayısıyla kişilerin mal veya şahıs varlığını koruyan hukuk kuralları ihlal edilmektedir. Başka bir ifade ile hukuk düzenin-

<sup>29</sup> Aynı yönde görüş için bkz. **Akıncı**, 169; **Akkayan**, 214, aksi görüş için bkz. **Uluslan, İlhan**, Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme (Tebliğ), İstanbul Barosu ve Kadir Has Üniversitesi, Yeni Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2011, 366 vd. Doktrindeki tartışmalar için bkz: Saraç, 70-75

<sup>30</sup> **Hatemi, Hüseyin/Gökayla, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm; İstanbul, 2011, 141; **Uluslan, İlhan**, 366.

<sup>31</sup> **Kılıçoğlu**, 353-355; **Korkusuz, Refik**, 203; **Nomer, Halûk**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, 113-115; **Erdem, Mehmet**, TBK Uyarınca Tehlike Sorumluluğu (Tebliğ), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran, 2011.

<sup>32</sup> **Tiftik**, 43; **Eren**, 505-508; "Şayet önemli ölçüde tehlike arz eden işletme ilgili mevzuata uygun olmayan şekilde faaliyete başlamış veya sürdürmüşse, bundan doğacak zararlardan işletme sahibi ve işleten kusursuz olsa da sorumlu olacağı gibi, TBK md 71/4 hükmündeki indirim söz konusu olmayacaktır.", **Oğuzman/Öz**, 194.

ce korunan varlıklar bakımından, tehlike sorumluluğunu gerektiren olgunun yol açtığı, sağlık mülkiyet, vücut bütünlüğü, yaşama hakları gibi mal veya şahıs varlığı haklarının ihlali hukuka aykırıdır<sup>33</sup>. Ancak Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüş; hukuka aykırılık sorumlunun fiillerine ilişkin bir niteliktir. Bunun için tehlike sorumluluğunda hukuka aykırılık varlık şartı değildir<sup>34</sup>.

Tehlike sorumluluğunda, meydana gelen zarardan sorumlu olmak için öncelikle tehlikeli olguya ilişkin kanunda belirtilen tipik tehlikenin gerçekleşmesi gerekir. Gerçekleşen bu tehlike ile zarar arasında uygun illiyet bağının da bulunması gerekir<sup>35</sup>. Bu tehlikenin gerçekleşmesinden kaynaklanmadıkça zarar ne kadar büyük olursa olsun tehlike sorumluluğu söz konusu olmaz. Çünkü amaç nitelik ya da nicelik olarak ağır tehlike arz eden işletmelerin zararlarından üçüncü kişileri korumaktır. Mesela, KTK md.85 işletilme halinde bulunmayan motorlu taşıt aracının yol açtığı kaza ve zararlarda kusur sorumluluğunun geçerli olacağını hükme bağlamıştır. Tehlike sorumluluğundaki uygun illiyet bağında, kusur sorumluluğundaki kusurlu fiilin yerini, tehlike sorumluluğu bağlanan olgudaki özel ve tipik tehlikenin gerçekleşmesi almaktadır. Tehlike sorumluluğunu öngören kanunlar, genellikle illiyet bağını kesen durumların varlığı halinde bu sorumluluktan kurtulma imkânını tanımaktadırlar. Yine, KTK md.86, zararın bir mücbir sebepten veya zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusurundan doğduğu durumlarda işletenin sorumlu olmayacağını hükme bağlamıştır.

Zarar görenin kusurunun, sorumluluktan kurtulma sebebi sayılabilmesi için, bu kusurlu davranışın, tehlikeli işletmeden doğan zarar verici olayı ikinci plana atacak ve zararın uygun sebebinin oluşturacak yoğunlukta olması gerekir<sup>36</sup>.

Aynı şekilde üçüncü kişinin ağır kusurunun da illiyet bağını kesmesi için ağır kusur yoğunluğunda olması gerekir. Yani bu davranışın, zararlı sonucun ortaya çıkmasında tehlikeli olayı ikinci plana atması gerekir (otomobil çarpması- hastanede

<sup>33</sup> TBK md.74/4 hükmünün oldukça isabetli değerlendirilmesi bakımından : “ Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin kaçınılmaz şekilde yol açtığı sadece mala yönelik olağan işletme zararları bakımından fedakarlığın denkleştirilmesine dayanan sorumluluğun kabul edilmesi neticesinde tam tazminat söz konusu olmayacağına, hâkim hal ve şartların değerlendirilmesi sonucu hakkaniyet çerçevesinde zarar verenin ne ölçüde fedakarlığa katlanması gerektiğini belirlemesinin yerinde olduğu; buna karşılık kişinin sağlığına, yaşamına ve/veya vücut bütünlüğüne ilişkin zararlara yol açması halinde denkleştirme esasını uygulanamayacağı, hukuka aykırı nitelik arz ettiğinin kabulü ile TBK md.71/1 hükmüne dayanılarak talepte bulunabileceği” yönünde, **Akkayan**, 216 vd.

<sup>34</sup> “Fedakarlık sorumluluğunun hukuka aykırılığın sınırlandırılmasını, tehlike sorumluluğunun ise ihmalin sınırlandırılmasını dengede tutmak için öngörülmüş olduğu, olağan işletme zararları için fedakarlığın denkleştirilmesine dayanan sorumluluğun, işletme kazaları için ise tehlike sorumluluğunun kabul edilmiş olduğu yönünde” bkz. **Uluslan**, 58; **Tandoğan**,51, **Akkayan**, 214; **Tiftik**, 42,43

<sup>35</sup> **Erişgin**, **Nuri**, Tehlike Bağı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2000,C.49, N.1-4, 155-180; **Tiftik**, 35.

<sup>36</sup> “Bir kişinin intihar etmek amacıyla kendisini demiryolunda trenin önüne atması gibi”, **Tiftik**, 38.

ihmal sonucu ölmesi gibi). Ancak, bir kısım işletmelerin başkaları için muhtemel tehlikesi çok büyük olduğu için 3. kişinin kusurunun hiçbir zaman illiyet bağını kesecek yoğunluğa ulaşamayacağı kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Mücbir sebep, zararın meydana gelmesine kaçınılmaz surette yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan, sorumlu kişinin faaliyet ve işletmesine yabancı, olağanüstü harici bir olaydır. Mücbir sebep, deprem, kasırga, yıldırım düşmesi, tsunami gibi tabii olaylardan doğabileceği gibi, savaş, silahlı çatışma, isyan ihtilal, genel grev gibi beşeri olaylardan da kaynaklanabilir. Kural olarak Türk-İsviçre Hukuku'nda mücbir sebep illiyet bağını keser ve tazminat sorumluluğunu kaldırır. Bununla birlikte günümüzde artık hukuk sistemleri, her tehlike sorumluluğunun mücbir sebeple ortadan kalkmayacağını benimsemektedirler. Tehlike sorumluluğuna bağlanmış bir kısım olguların üçüncü kişilerin karşı yarattıkları tehlikenin büyüklüğü, mücbir sebebe rağmen sorumluluğu devam ettirir ve tazminat hakkı doğurur. Bu bağlamda, İsviçre hukukunda, mücbir sebep, atom kanununda, sadece doğal afet ve savaş halinde sınırlı tutulmuştur. Yine hava taşıt işletenleri için, mücbir sebep sorumluluktan kurtulma sebebi olmaktan çıkarılmıştır<sup>38</sup>.

Karayolları Trafik Kanunu md.85-1/2'de de mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru veya üçüncü kişinin ağır kusurunun, işleteni sorumluluktan kurtarabilmesi için, kendisinin veya fiillerinden sorumlu oldukları kimselerin hiçbir kusurunun olmadığına ispatı gerekir. Yine Türkiye'nin de imzaladığı ancak hakkında henüz kanun düzenlemediği nükleer enerji alanındaki sorumluluklara ilişkin Paris sözleşmesi de, üçüncü kişinin ağır kusurunun sorumluluktan kurtaramayacağını, mücbir sebebi de sadece düşmanca hareketler, doğal afetler ve iç savaş halinde illiyet bağını keseceğini belirtmiş, hatta ülkelerin iç mevzuatlarında doğal afetlerin illiyet bağını kesmeyeceği kabul edilmişse bu hükümlerin uygulanacağını hükme bağlamıştır. Zarar görenin kusuru halinde ise kusurun tazminata etkisi konusunda karar verme yetkisini ulusal mevzuata uygun olarak yetkili mahkemeye bırakmıştır<sup>39</sup>.

Burada üstünde durulması gereken bir diğer nokta da, tehlike sorumluluğunda kusur şartı aranmamakla beraber, eğer işletmenin kusuru da varsa ne olacağı sorudur. Kural olarak, tehlike sorumlusunu kusuru olması, tehlike sorumluluğunun uygulanmasını engellemez. Tehlikeli olguya ilaveten kusur da varsa buna munzam ya da ek kusur denmektedir. Munzam kusur tehlike sorumluluğunu niteliğini değiştirmez. Sadece bazı sonuçlar doğurabilir. KTK md.86/1'de olduğu gibi illiyet bağını kesen sebepler olsa dahi sorumluluk kalkmayabilir. İşletmenin zarar görene yönelik tazminatta indirim talebinin reddedilmesine yol açabilir. Tehlike sorumlusu

<sup>37</sup> "İsviçre'de uçağa veya trene sabotaj hali işletmeye özgü tipik tehlike addedilir, 3. kişinin bu gibi hallerdeki kusuru illiyet bağını kesmez", **Tiftik**, 40.

<sup>38</sup> **Tiftik**, 37.

<sup>39</sup> **Paris Convention on Third Party Liability in The Field of Nuclear Energy** (RG., 13.06.1967, N.12620, 1- 4).

birden fazla ise (aynı zarardan) rücu halinde etkili olabilir. Sorumluluklar çatışırsa (iki motorlu araç birbirine zarar verirse) sorumluluk oranı belirlenir<sup>40</sup>.

## II. TEHLİKE SORUMLULUĞUNDA ZAMANAŞIMI KAVRAMI

TBK md.72 ile düzenlenen iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri, hem kusur sorumluluğundan hem de kusursuz sorumluluktan doğan tazminat alacakları için uygulama alanı bulacaktır. Tehlike sorumluluğu açısından esas alınacak zamanaşımı süreleri, somut olayın tehlike sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemelerden birinin uygulama alanına girip girmemesine göre tespit edilecektir. Belirli bir tehlike hali için öngörülen özel düzenlemenin alanına giriyorsa, tehlike sorumluluğu için belirlenen zamanaşımı süresi uygulanır. Ancak özel düzenleme de zamanaşımı süresi öngörülmemişse veya somut olay tehlike sorumluluğu açısından genel hüküm teşkil eden TBK md 71 kapsamında ise, TBK 72 hükmündeki zamanaşımı süreleri uygulanacaktır.

TBK md.72/1'e göre, tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhalde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Tehlike sorumluluğunda uygulanacak zamanaşımı sürelerinin hangi an itibariyle hesap edilmesi gerektiği hususu oldukça önemlidir.<sup>41</sup> Zira önemli ölçüde tehlike niteliği taşıyan işletmelerden kaynaklanan zararlar çoğu kez hemen gerçekleşmeyebilir, bazen olumsuz etkiler çok uzun yıllar sonra çıkabilir.<sup>42</sup> Bu gibi hallerde TBK md.72 hükmüne göre fiilin işlendiği tarihte zarar doğmadığı halde zamanaşımı süreleri işlemeye başlayacak, zarar görenler zamanaşımı def'i savunması ile karşı karşıya kalacaklardır. Yargıtay, 1999 depreminden sonra, depremedelerin haklarını korumak adına, kanunlarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işleyebilmesi için öncelikle o hakkın talep edilebilir konuma gelmesi gerektiğini, tazminat talebinin doğmadığı bir tarihte zamanaşımı süresinin başlatılmasının o hakkın talep edilmesini imkânsız

<sup>40</sup> Eren, 455; Tiftik, 44, Oğuzman / Öz, 464.

<sup>41</sup> Alacaklının hakkını ileri sürmesini aşırı derecede güçleştirmesini önlemek için zamanaşımı sürelerinin kısa tutulmaması gerektiği yönünde bkz. Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmesinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, 129.

<sup>42</sup> "Yapılan araştırmalar neticesinde radyasyondan kaynaklanan nükleer bir zararın insan vücudunda zararlı sonuçları derhal göstermediği ortaya çıkmıştır. Radyasyon zararlı sonuçlarını, 10 yıl sonra %45, 20 yıl sonra % 65 ve 30 yıl sonra ise % 95 oranında göstermektedir." Korkusuz, Halit, 155-159; "Nükleer bir santralden sızan radyasyona maruz kalan kimsenin 15 yıl sonra kanser hastalığına yakalanması halinde tazminat davası açılmayacak ve bu durum zarar gören aleyhine sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle sorumluluğu kuran zarar verici fiil veya olay, uzun süre devam eden bir fiil veya olay niteliğindeyse, on yıllık süre bu fiil veya olayın sona erdiği anda işlemeye başlamalıdır.", Eren, 833.



kılacağı ifade etmiştir.<sup>43</sup> Yargıtay'ın bu kararına paralel olarak, TBK md 72'nin ilk halindeki 20 yıllık zamanaşımı süresi 10 yıla indirilmiş ve gerekçe olarak zamanaşımı sürelerinin başlangıcında temel alınacak fiil kavramına yükletilen anlamın açıklanması gösterilmiştir. Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesine göre, on yıllık mutlak zamanaşımı süresinin başlangıcında dikkate alınacak fiil teriminin sonuç unsurunu da içerdiği ve fiilin sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş sayıldığında bahisle, sonucu on yıldan sonra meydana gelecek fiiller açısından da zamanaşımı süresinin dolmamış sayılmasının kabulünün gerektiği ifade edilmiştir.

Kanaatimizce, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmelerden doğan zararlarda zamanaşımı sürelerinin daha uzun olması, kısa zamanaşımının başlangıcının, zararın gerçekleşip sonuç unsurunun meydana geldiği tarih sonrasında öğrenme anı, uzun zamanaşımının başlangıcına temel alınan fiilin işlendiği tarih ise sonuç unsurunun meydana geldiği tarih olarak belirlenmesi hakkaniyete daha uygun sonuçlar doğuracaktır.

### III. TEHLİKE SORUMLULUĞU AÇISINDAN SORUMLULUK SİGORTASI

Teknolojinin gelişmesi ile piyasada önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin sayısı da gün geçtikçe artmaktadır. TBK md.71 ile işletme faaliyetlerinden doğacak zararlardan işletme sahibi ve varsa işleten kusursuz olarak müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Bu durum işletme sahibi ve işleteni büyük ekonomik risk altına sokmuştur. Tehlike sorumluluğu ile sorumluluk sigortası birbirleri ile sıkı bir bağlantı içindedir. Sorumluluk hukukunun amacı kural olarak meydana gelen zararı tazmin etmektir. Ancak, teknik yenilik ve ekonomik faaliyetlerin gelişmesi ile artan tehlikeler, girişimciler için ağır tazminat riskleri doğurmuştur. Kusursuz sorumlu olan tehlike sorumlusu, sigorta yaptırmak suretiyle, tazminatı ödeme riskini sigorta şirketine aktarabilir. Böylece potansiyel tehlikeli olgulara tehlike sorumluluğunun bağlanması, bu tür işletenler üzerinde ekonomik faaliyetten caydırıcı bir rol oynamaz. Girişimciler, faaliyetlerine bağlı olarak ortaya çıkabilecek olan, yüksek meblağlı tazminat borcunun kendilerine getireceği ekonomik yıkım risklerinden sorumluluk sigortası yaptırarak meblağın miktarına göre belirlenmiş belli bir primi ödeyerek ve bu ödediği primleri de işletme giderleri arasında kaydederek korunabilmektedirler<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Y4HD,T.29.04.2003, E.2002/12847, K.2003/5544 "...Hukuki düzenleme ve eldeki bulgulara göre, binanın yapımı, yönetmeliğe aykırı olsa bile, o tarihte zarar doğmadığından, davacının anılan tarihte bir talep hakkı da söz konusu değildir. Bir hakkın bu bağlamda tazminat talep hakkının doğmadığı bir tarihte zamanaşımı süresinin başlatılması, hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir." Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Başpınar, Veysel/Altunkaya, Mehmet**, Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımı Süresinin Başlaması ve Sürmesi, AÜHFD, C.57, S.1, 157-184.

<sup>44</sup> **Kender, Rayegan**, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 1985, 116; **Strickler**, 80; **Tandoğan**, 13; **Tiftik**, 116.

Özel nitelik taşıyan mali sorumluluk sigortaları yanında, devletin müdahalesi ile ortaya çıkan zorunlu mali sorumluluk sigortaları gittikçe önem kazanmaktadır. Sosyal düşünce ve hakkaniyet esasına dayanan zorunlu mali sorumluluk sigortası, hukukumuzda motorlu taşıt araçları (KTK md.91) ile Türk hava sahasında uçan Türk ve yabancı sivil hava araçlarınının 3. kişilere verecekleri zarar bakımından (TSHK md.138) öngörülmüştür. Ayrıca Bakanlar Kurulu'nun 91/2253 sayılı kararı ile "tehlikeli maddeler zorunlu sorumluluk sigortası" ile "tüp gaz sorumluluk sigortası" getirilmiştir. TBK md 71 hükmü tehlikeli maddeler sigortasının uygulama alanı büyük ölçüde ortak olmakla beraber tüp gaz sigortasının uygulama alanı örtüşmemektedir<sup>45</sup>.

Türk Borçlar Kanunu md.71, genel hüküm olduğu için, tazminat sorumluluğunun kapsamı genel hükümlere bağlı olacaktır. Ancak çıkarılan özel kanunlarla idari, cezai, polisiye konular açısından, tehlikeli olguya özgü ihtiyari veya zorunlu sorumluluk sigortası, sorumluluk üst sınırı gibi hükümlere yer verilmesi gerekir.

Son olarak değineceğimiz bir konu de gelişim riski meselesidir. Faaliyete başladığı tarihte işletme faaliyeti ya da kullandığı malzeme araç ya da güçlerin tehlikeli sonuçlarını bilmemesi bunlardan ortaya çıkan tehlikeli sonuçlardan sorumlu olmasına yol açmamalıdır. Kanundaki genel hüküm, her tür tehlikeyi kapsadığı gibi gelişim riskini de kapsamalıdır<sup>46</sup>.

## SONUÇ

Türk Borçlar Hukukunda, kural olarak, hukuka aykırı bir fiil ile başkalarına maddi veya manevi zarar veren kişilerin sorumlu olabilmesi için kusurlu olmaları şarttır. Kusur sorumluluğu olarak nitelendirdiğimiz bu sorumluluk asıl olmakla birlikte, teknolojik yenilikler ve gelişmeler neticesinde bazı sosyal düşünceler ve hakkaniyet göz önünde tutularak, bazı kişilerin sebep oldukları zarardan kusurlu olmasalar dahi sorumlu tutulmaları ilkesi de benimsenmiştir. Kusursuz sorumluluk (sebeplilik sorumluluğu, objektif sorumluluk) halleri olağan sebeplilik sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olarak tasnif edilmektedir.

Yüksek teknolojilerin kullanılması ile birlikte, tehlikeli faaliyetlerle uğraşan işletmeler (petrol ve doğalgaz, kimyasal maddeler, nükleer santraller, barajlar, madenler, yüksek hızlı hava-kara-deniz taşıtları, tehlikeli sporlar vs.) artmakta, bu işletmelerin faaliyetleri sonucu sıkça veya ağır zararlar doğmaktadır. Bu tür zararların doğması halinde işletmelerin ancak kusurlu olmaları halinde sorumlu tutulabilmeleri toplumsal menfaatler göz önüne alındığında yeterli koruma sağlamamaktadır. Bu işletmelerin bünyesinden kaynaklanan özel tehlike, işletmelerin sorumluluğunu

<sup>45</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Saraç**, 142-147.

<sup>46</sup> Y4HD., 29.01.2011 T., E.2003/16434, K.2004/971; **Büyüksağış**, 12-15; **Üçışık**, 137; **Korkusuz**, 202.

tehlike esasına dayandırmaktadır. Tehlike sorumluluğu kusursuz sorumluluğun en ağır türünü oluşturmaktadır.

İsviçre Hukukunda tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü pek çok özel kanun bulunmasına karşılık hukukumuzda bu konuda yeterli düzenleme bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan yeni düzenleme ile (md.71) kanun koyucu tehlike sorumluluğu ile ilgili genel bir hüküm ihdas etmiştir. Bu hükümle tüm önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler için genel bir sorumluluk esas getirmiştir. Tehlike sorumluluğunun genel ilke ve şartları belirlenmiş ve ortaya çıkacak olan yeni tehlike sorumluluğu halleri için özel kanuni düzenleme yapılmasını beklemeden gerektiğinde mahkeme kararı ile tehlike sorumluluğunun kabul edilmesi imkânı sağlanmıştır. Madde hükmüne göre, sorumluluğun kurucu unsuru önemli ölçüde tehlikeli faaliyet ve bu faaliyetten doğan zarardır. Bir işletmenin mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ve güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen özenin gösterilmesi durumunda dahi sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli ise işletmenin tehlike arz ettiği kabul edilir.

Her genel kural ve kavramda da olduğu gibi tehlike sorumluluğunu düzenleyen kural da mahkeme içtihatlarıyla zamanla olgunlaşacak, objektif ölçü ve esaslara kavuşturulacaktır. Çıkarılacak özel kanunlarla genel kuralın desteklenmesi uygulayıcılara yardımcı olacaktır. Ancak, burada vurgulanması gereken en önemli husus tehlike sorumluluğunun istisnai, kusur sorumluluğunu asıl olduğu ve istisnai kavramların her zaman dar yorumlanmasının gerekliliğidir.

**KAYNAKÇA**

- Akıncı, Şahin**, Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2013.
- Akkayan Yıldırım, Ayça**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C,LXX, S.1, 2012
- Altın H./Başar E. /Doğan S.**, İşletme, Ankara 2010
- Antalya, Gökhan**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2012
- Atamer, Yeşim**, Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.6, Mayıs 2006
- Barlas, Nami**, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının Getirdikleri, Güncel Hukuk Dergisi, S.17, Mayıs 2005
- Başpınar, Veysel**, Borç Sözleşmesinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998
- Başpınar, Veysel / Altunkaya, Mehmet**, Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanlaşımı Süresinin Başlaması ve Sürmesi, AÜHFD, C.57, S.1
- “Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Hafpflichtrechts” (Soumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Kanun Tasarısı)**, <http://www.ofj.admin.ch/d/index.html>.
- Büyüksağış, Erdem**, Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirisel Değerlendirmeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, N. 1
- Erdem, Mehmet**, TBK Uyarınca Tehlike Sorumluluğu (Tebliğ), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran, 2011
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012
- Erişgin, Nuri**, Tehlike Bağı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2000, C. 49, N. 1-4
- Hatemi Hüseyin / Gökyayla Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011
- İmre, Zahit**, Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949
- Kender, Rayegan**, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 1985
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011
- Korkusuz, Refik**, Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009
- Korkusuz, Mustafa Halit**, Nükleer Santral İşletenin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2012
- Nomer, Halûk**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011

- Oftinger, Karl/Stark, E.W.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, B. Ll/1,4, Aufl., Zurich 1987
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010
- Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2013
- Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy (RG. 13.06.1967, N.12620, 1-4)**
- Sanlı, Kerem Cem**, “Kusursuz Sorumluluk Halleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012
- Saraç, Senem**, Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2013
- Strickler, Hans Peter**, Die Entwicklung Der Gefaehrdungshaftung, Auf Dem Weg Zur Generalklausel (Diss.), Bern, 1983
- Tandoğan, Halûk**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981
- Tandoğan, Halûk**, Tehlike Sorumluluğu Kavramı Ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, Batider, 1979, N.2, 297 (Tehlike)
- Tiftik, Mustafa**, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, Ankara 2005
- Tutar, Hasan**, İşletme Yönetimi, Ankara 2011
- Ulusan, İlhan**, Tehlike Sorumluluğu Üstüne, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1970, N.6
- Ulusan, İlhan**, Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme (Tebliğ), İstanbul Barosu ve Kadir Has Üniversitesi, Yeni Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2011 (Tebliğ).
- Üçışık, Güzin**, Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009
- Yavuz, Cevdet**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk (Sempozyum Özel Sayısı), C. 14, S.4, Y. 2008
- Yıldırım, Fadıllı**, Biyogüvenlik Kanunu Kapsamında Genetiği Değiştirilmiş Ürünlerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Gen Hukuku Özel Sayısı, Kayseri 2012
- Yılmaz, Süleyman**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59(3), 2010



## IV. ÇEVİRİLER





**1/80 SAYILI ORTAKLIK KONSEYİ KARARININ  
6(1). MADDESİNİN BİR YILLIK YASAL ÇALIŞMA SÜRESİNİ  
TAMAMLAYAN TÜRK VATANDAŞININ İKAMET İZİNİNİN  
GEÇMİŞSE ETKİLİ OLARAK İPTALİNİ ENGELLEDİĞİNE  
İLİŞKİN 8 KASIM 2012 TARİHLİ AVRUPA BİRLİĞİ ADALET  
DİVANI KARARININ TERCÜMESİ**

*(Translation of the Judgment of the European Court of Justice  
Dated 8 November 2012 Concerning Article 6(1) of the Decision  
No. 1/80 of the Association Council which Precludes the  
National Authorities from Withdrawing the Residence  
Permit of a Turkish Worker with Retroactive Effect after the  
Completion of the Period of One Year of Legal Employment)*

**Çeviren: Nuray EKŞİ\***

**ÖZET**

Tercümenin konusunu, Hamburg Yüksek İdare Mahkemesince, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 267. maddesine istinaden ön karar yoluyla yapılan başvuru sonucunda Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından 8 Kasım 2012 tarihinde verilen karar oluşturmaktadır. Ön karar için Hamburg Yüksek İdare Mahkemesi tarafından yapılan başvuru, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 6(1). maddesinin yorumuna ilişkindir.

**Anahtar kelimeler:** 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, ikamet izni, ikamet izninin geri alınması, çalışma izni, ön karar için başvuru

*Abstract*

The subject matter of this translation is the judgment of the European Court of Justice made in 8 November 2012 upon the reference for a preliminary ruling under Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union from the Hamburg High Administrative Court. The reference for a preliminary ruling made by the Hamburg High Administrative Court concerns the interpretation of Article 6(1) of the Decision No. 1/80 of the Association Council.

**Keywords:** Decision No. 1/80 of the Association Council, residence permit, withdrawal of a residence permit, work permit, reference for a preliminary ruling

---

\* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milleterarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ**  
(Üçüncü Daire)

**8 Kasım 2012**

**Dava No: C-268/11**

(Ön karar için başvuru–AET Türkiye Ortaklık Antlaşması–1/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin birinci fıkrası–usulüne uygun olarak istihdam piyasasına giren Türk işçilerinin hakları–ikamet izninin geri alınmasının geçmişse dönük etkileri)

Dava No: C-268/11,

Almanya Hamburg Yüksek İdare Mahkemesi (Oberverwaltungsgericht) tarafından Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın<sup>1</sup> 267. maddesine<sup>2</sup> istinaden ön karar yoluyla 19 Mayıs 2011 tarihinde yapılan ve ABAD tarafından 31 Mayıs 2011 tarihinde kayda alınan başvuruya ilişkin C-268/11 nolu davada

**Atilla Gülbahçe**

**v.**

**Hamburg Eyaleti,**

Üçüncü Daire Başkanı R. Silva de Lapuerta (Raportör) ve hakimler K. Lenaerts, J. Malenovský, T. von Danwitz and D. Šváby,

Hukuk Sözcüsü: Y. Bot,

<sup>1</sup> **Çevirenin notu:** Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın metni için bkz. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012 s. 47-390.

<sup>2</sup> **Çevirenin notu:** Avrupa Birliği üyesi devletlerin mahkemeleri, Avrupa Birliği hukukunun yorumu konusunda tereddüt ettiklerinde Adalet Divanı'na başvurabilirler. Bir üye devletin mahkemesi, Avrupa Birliği hukukunu uygularken kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir ön karara gerek duyarsa Adalet Divanı'ndan, Birlik hukukunun yorumuna ilişkin bir karar vermesini talep edebilir. Ön karar yoluyla Adalet Divanı'na başvurulması halinde, Adalet Divanı kararını verinceye kadar dava bekletilmektedir. İç hukuklarına göre kararlarına karşı kanun yolu kapalı olan ulusal mahkemeler Avrupa Birliği hukukunun yorumuna ilişkin sorun için Adalet Divanı'na başvurmak zorundadır. Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın 267. maddesi şöyledir: "*Adalet Divanı:* a) antlaşmaların yorumu konusunda;

b) Birliğin kurumlarının, organlarının, ofislerinin ve ajanslarının işlemlerinin geçerliliği ve yorumu konusunda

ön karar vermeye yetkilidir.

*Bu tür bir sorun, bir üye devletin mahkemesinde görülen davada öne sürülürse, bu mahkeme kendi kararını vermek için bir ön karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu konuda ön karar vermesini talep edebilir.*

*Bu tür bir sorun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolu kapalı olan bir üye devletin mahkemesinde görülmekte olan bir davada ileri sürülürse, bu mahkeme, Adalet Divanı'na başvurmakla yükümlüdür. Bu tür bir sorun bir üye devletin mahkemesinde görülen velayet davası sırasında öne sürülürse, Avrupa Birliği Adalet Divanı en kısa sürede kararını vermek zorundadır."*

Katip: K. Malacek

oluşan Avrupa Birliği Adalet Divanı (Üçüncü Daire),  
yazılı savunmalar ve 18 Nisan 2012 tarihli duruşmada

–Bay Gülbahçe adına, avukat M. Prottung,

–Alman Hükümeti adına, Hükümet yetkilileri T. Henze ve J. Möller,

–Avrupa Komisyonu adına, yetkililer V. Kreuzsitz ve G. Rozet

tarafından yapılan savunmalar dikkate alınarak 21 Haziran 2012 tarihli oturumda Hukuk Sözcüsünün görüşünü aldıktan sonra aşağıdaki kararı vermiştir.

### Karar

- 1 Ön karar için yapılan başvuru, 12 Eylül 1963 tarihinde, bir yanda Türkiye Cumhuriyeti ve diğer yanda AET'ye Üye Devletler ve Topluluk arasında imzalanan; Topluluk adına Konsey'in 64/732/EEC sayılı ve 23 Aralık 1963 tarihli kararıyla (OJ 1973 C 113 s. 1) tasdik edilen ve onaylanan Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye Arasında Ortaklık Yaratan Antlaşma uyarınca tesis edilen Ortaklığın geliştirilmesi için alınan Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı Kararının yorumuna ilişkindir (bundan sonra kısaca '1/80 sayılı Karar' ve 'Ortaklık Antlaşması' olarak anılacaklardır)<sup>3</sup>.
- 2 Ön karar için yapılan başvuru, Bay Gülbahçe ve Hamburg Eyaleti arasındaki Bay Gülbahçe'nin ikamet izninin Hamburg Eyaleti tarafından geri alınmasına ilişkin yargılama sırasında yapılmıştır.

### Yasal çerçeve

#### *Avrupa Birliği Hukuku*

#### **Ortaklık Antlaşması**

- 3 Ortaklık Antlaşması'nın 2(1). maddesine göre, Antlaşmanın amacı, Türkiye ekonomisinin hızlandırılmış kalkınmasını ve Türk halkının istihdam seviyesinin ve yaşam şartlarının yükseltilmesini sağlama gereğini tümü ile göz önünde

<sup>3</sup> **Çevirenin notu:** Türkiye ile Avrupa Birliği'nin ilişkileri, 31 Temmuz 1959'da Türkiye'nin Avrupa Ekonomik Topluluğu'na yaptığı ortaklık başvurusu ile başlamıştır. AET Konseyi'nin başvurusu kabul etmesinin ardından Ankara'da 12 Eylül 1963 tarihinde ortaklık antlaşması imzalanmıştır. Türkiye'nin Avrupa Ekonomik Topluluğuna (AET) ortak üyeliği, "Türkiye ile AET Arasında Bir Ortaklık Yaratan Antlaşma" [RG 17.11.1964/11858] ile gerçekleşmiştir. Bu antlaşma, Ankara'da imzalandığı için "Ankara Antlaşması" olarak da anılmaktadır. Ortaklık Konseyi, AT ile Türkiye arasında Ankara Antlaşmasıyla kurulan ortaklık ilişkisinin temel karar alma organıdır. Ortaklık Konseyi, Ankara Antlaşması ve Katma Protokolde [RG 29.12.1972/14406] öngörülen hedeflere ulaşılmasını sağlayacak kararları almakla görevlidir. Ortaklık Konseyi, bugüne kadar birçok karar almıştır. Ortaklık Konseyi'nin aldığı en önemli kararlardan biri, hiç şüphesiz, ortaklığın geliştirilmesine ilişkin 19 Eylül 1980 tarihli ve 1/80 Sayılı Karar'dır [ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, İstanbul 2010, s. 391-406].

bulundurarak, Taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri aralıksız ve dengeli olarak güçlendirmeyi teşvik etmektedir.

- 4 Ortaklık Antlaşması'nın 12. maddesi uyarınca, Akit Taraflar, aralarında serbest işçi akımını kademeli olarak gerçekleştirmek için, Topluluğu kuran Antlaşmanın [39.], [40.] ve [41.] maddelerinden esinlenmekte uyuşmuşlardır ve Antlaşmanın 13. maddesi uyarınca, Akit Taraflar, yerleşme serbestliği kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, Topluluğu kuran Antlaşmanın [43-46]. maddeleri ile [48]. maddesinden esinlenmekte uyuşmuşlardır'.
- 5 Ortaklık Antlaşması'nın 22. maddesinin metni şöyledir:

'Antlaşma ile belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi için, Antlaşmanın öngördüğü hallerde Ortaklık Konseyi'nin karar alma yetkisi vardır. İki taraftan her biri, verilmiş kararların yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür...'

#### **1/80 Sayılı Karar**

- 6 1/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 6. maddesine göre:

'(1) Aile bireylerinin serbestçe işe girmelerine ilişkin 7. madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir üye devletin işgücü piyasasına yasal olarak dahil bulunan bir Türk işçisi:

- O üye devlette bir yıllık yasal çalışmadan sonra, eğer iş mevcut ise, aynı işverenin yanında çalışma iznini yeniletme hakkına sahiptir;
- O üye devlette, üç yıllık yasal işten sonra ve Topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla, dilediği bir işveren yanında, ancak aynı meslek için, o üye devletin iş bulma kurumlarına kayıtlı ve normal şartlarda yapılmış bir iş teklifine başvurma hakkına sahiptir;
- O üye devlette, dört yıllık yasal çalışmadan sonra, dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahiptir.

(2) Yıllık izinler ile analık, iş kazası veya kısa süreli hastalık nedenlerinden kaynaklanan devamsızlıklar, yasal çalışma süreleri olarak kabul edilir. Yetkili makamlar tarafından usulüne uygun biçimde belgelenmiş iradi olmayan işsizlik süreleri ile hastalıktan kaynaklanan uzun süreli devamsızlıklar, yasal çalışma süresine dahil edilmemekle birlikte, daha önceki çalışma süresinde kazanılmış hakları da etkilemez.

(3) 1. ve 2. fıkraların uygulama usulleri, ulusal mevzuatlar uyarınca tespit edilir'.

- 7 1/80 Sayılı Kararın 7. maddesi şöyledir:

‘Bir üye devletin işgücü piyasasına yasal olarak dahil bulunan bir Türk işçisinin onunla birlikte oturma hakkına sahip bulunan aile bireyleri:

- O üye devlette üç yıl ikamet ettikten sonra, Topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla her türlü işe başvurmak hakkına sahiptirler;
- O üye devlette beş yıl ikamet ettikten sonra, diledikleri bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahiptirler.

Ev sahibi ülkede mesleki bir eğitim programını tamamlayan Türk işçi çocukları, bu üye devletteki oturma sürelerine bakılmaksızın, anne veya babasından birinin ilgili üye devlette en az üç yıldır yasal olarak çalışıyor olması kaydıyla, söz konusu üye devlette, her türlü işe başvurabilir.

8 1/80 Sayılı Kararın 10. maddesine göre:

‘(1) Topluluk üyesi devletler, işgücü piyasalarına yasal olarak dahil bulunan Türk işçilerine, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından, Topluluk işçilerine göre farklılık içermeyen bir rejim uygularlar.

(2)6. ve 7. maddelerde yer alan hükümler çerçevesinde, 1. fıkrada belirtilen Türk işçileri ve aile bireyleri, iş ararken, iş bulma kurumlarının yardımından, Topluluk işçileri ile aynı şartlar altında faydalanır.

9 1/80 Sayılı Kararın 13. maddesine göre:

‘Topluluk üye devletleri ve Türkiye, kendi topraklarında yasal olarak ikamet eden ve istihdam edilen işçiler ve aile bireyelerine uygulanan işe girme şartlarına, yeni kısıtlamalar getiremezler.’.

### ***Alman Hukuku***

10 Federal Almanya’ya Yabancıların Girişi ve İkameti Kanunu’nun (Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet 19 Temmuz 1990 BGB1 s. 1354) (Yabancılar Kanunu) “ikamet hakkına delil teşkil eden belgeler kategorisi” başlığını taşıyan 5. maddesinin 1. bendine göre

‘İkamet hakkı türleri aşağıdaki gibidir:

1. İkamet izni (paragraf 15 ve 17)
2. İkamet hakkı (paragraf 15 ve 17)
3. Fer’i ikamet izni (paragraf (28 ve 29)
4. İnsani nedenlerle ikamet hakkı (paragraf 30)’.

11 Yabancılar Kanunu’nun, “eşlerin bağımsız ikamet hakkı” başlığını taşıyan 19. paragrafına göre:

'(1) Aşağıdaki hallerde evlilik sebebiyle birlikte yaşama sona ermiş olsa bile, aile ikamet izni, 17(1). paragrafta sözü edilen ikamet hakkından ayrı bir şekilde bağımsız ikamet izni olarak uzatılabilir:

1. Evlilik sebebiyle Federal topraklarda birlikte yaşamanın en az iki yıl sürmesi

....

4. Yabancı, 1. benden 3. bende kadar olan şartlar gerçekleşene kadar, ikamet izni veya ikamet yetkisi sahibidir, meğerki kendi kontrolü dışındaki sebeplerle ikamet izninin uzatılmasını süresinde isteyememiş olsun.

(2) 1. bendde belirtilen hallerde ikamet izni, bir yıl uzatılır, bu süre uzatımı, 1. bendin üçüncü cümlesi saklı kalmak kaydıyla, sosyal yardım yapılmasını engellemez. İkamet iznini süresiz olarak uzatmak için aranılan şartlar sonradan gerçekleşmemiş olsa bile ikamet izni belirli bir süre daha uzatılabilir.

...'

12. Yabancılar Kanunu'nun "Alman vatandaşlarının ailelerinin yabancı üyeleri" başlığını taşıyan 23. paragrafının birinci bendine göre:

'Paragraf 17(1) uyarınca ikamet izni, söz konusu Alman vatandaşının Federal topraklarda mutad meskeni olması kaydıyla,

1. Alman vatandaşının yabancı eşine

verilir.

...'

13. Alman vatandaşı olmayan işçilerin çalışma izinlerine uygulanan Tüzüğün (Verordnung über die Arbeitserlaubnis für nichtdeutsche Arbeitnehmer), 12 Eylül 1980 tarihinde yayınlanan metnine göre (BGBl. 1980 I s. 1754):

'Çalışma izni kanununun 19(1). maddesindeki izin, aşağıdaki şartlarla, iş piyasasındaki durum ve gelişmelere bağlı olarak verilebilir:

1. belirli bir işletmede belirli bir mesleki faaliyeti gerçekleştirmek

2. işletme veya mesleki faaliyetine ilişkin herhangi bir sınırlaması olmamak'.

14. AEVO'nun<sup>4</sup>, "özel çalışma izni" başlığını taşıyan 2. paragrafının 1. bendine göre:

'Çalışma izinleri iş piyasasındaki durum ve gelişmelerden bağımsızdır ve 1(1) (1). paragrafta öngörülen sınırlamalar dikkate alınmaksızın, aşağıdaki şartlarla verilir:

...

<sup>4</sup> Çevirenin notu: Eğitici Yeterlilik Yönetmeliği (AEVO-Ausbilder-Eignungsverordnung).

2. Yabancı işçinin, Medenî Kanun'un [Grundgesetz] 116(1). maddesi anlamında Alman vatandaşının eşi olması ve işbu Tüzüğün uygulama alanına giren topraklarda mutaden oturması,...

...'

- 15 AEVO'nun 4(2). paragrafı şu şekildedir:

'2(1) ve (2). 1 ve 2. paragraflarda sözü edilen çalışma izni 5 yıl süreyle geçerlidir. Söz konusu izin, çalışma izninin geçerlilik süresi başlamadan önce sekiz yıl süreyle düzenli ve kesintisiz olarak Tüzüğün uygulama alanına giren coğrafi alanda ikamet eden işçilere herhangi sınırlama olmaksızın verilir'.

- 16 İş Kanunu'nun Üçüncü Kitabının 284. paragrafının (Sozialgesetzbuch, Drittes Buch), 1 Ocak 1998 tarihinden 31 Aralık 2003 tarihine kadar yürürlükte olan (BGBl. 1997 I, s. 594) ('SGB III') metnine göre:

'(1) Yabancılar, ancak İş Bulma Kurumu'nun (Agentur für Arbeit) izniyle iş başvurusunda bulunabilirler ve ancak bu izni aldıktan sonra işverenler tarafından istihdam edilebilirler.

...

(5) Çalışma izni, sadece Yabancılar Kanunu'nun 5. paragrafı uyarınca oturma izni sahibi olan yabancılara verilir, meğerki aksi tüzükte belirtilmiş olsun ve meğerki yabancılara ilişkin mevzuatta yer alan bir hüküm uyarınca yabancının işe girmesi engellenmiş olsun'.

- 17 SGB III'ün, 'süresiz çalışma izni' başlığını taşıyan 286. paragrafına göre:

'(1) Bir yabancıya, süresiz çalışma izni aşağıdaki şartlarla verilir:

1. İnsani sebeplerle ikamet hakkı veya ikamet izni sahibi ise ve

(a) Federal topraklarda 5 yıldan beri yasal olarak istihdam ediliyorsa ve zorunlu sigortası varsa veya

(b) Federal topraklarda ikamet ediyorsa ve ikamet süresi kesintisiz olarak en az altı yıl ise ve,

(2) Alman vatandaşı işçilerle mukayese edildiğinde onlardan daha az lehte çalışma şartlarına tabi değilse.

Yasal hükümlerle belirlenen özel gruplar için 1. bendin birinci cümlesindeki hükümlere istisnalar getirilebilir.

...

(3) Süresiz çalışma izni, aksine yasal düzenleme olmadığı sürece, herhangi bir süre kısıtlaması getirilmeksizin ve işletmelere, ilgili mesleklere, bölgelere ilişkin herhangi bir sınırlama olmaksızın verilir'.

18 17 Eylül 1998 tarihli (BGBl. 1998 I, s. 2899) ('ArGV'), yabancı işçilerin çalışma izinlerine ilişkin Tüzüğün (Verordnung über die Arbeitsgenehmigung für ausländische Arbeitnehmer) 'süresiz çalışma izni' başlıklı 2. paragrafının 1. bendine göre:

'SGB III'nın 286(1)(1). paragrafının 1. bendine rağmen, süresiz çalışma izni,

1. Alman aile üyesi ile birlikte yaşayan ve Yabancılar Kanunu'nun 23(1). paragrafı uyarınca verilen ikamet izni sahibi olan,

...'

yabancıya da verilir.

19 ArGV'nin, "oturma hakkıyla ile olan ilişki" başlıklı 5. paragrafına göre:

'SGB III'ün 284(5). paragrafına rağmen, aşağıdaki yabancılara da çalışma izni verilebilir:

1. Oturma izninden muaf olanlar, meğerki muafiyet, üç aydan fazla olmayan süreyle ikametle sınırlı olsun veya çalışma izni almaksızın ikamet etmiş olsun,

2. Geçici olarak ikametine son verilenler (İltica Usulü Kanunu paragraf 55 [Asylverfahrensgesetz]) ve kabul merkezlerinde yaşamak zorunda olmayanlar (İltica Usulü Kanunu paragraf 47-50),

3. Yabancılar Kanunu'nun 69(3). paragrafı uyarınca ikametine izin verilebilecekler,

4. Terk etme yükümlülüğü icra edilebilir olmamak veya terk için öngörülen süresi dolmamak kaydıyla ülkeyi terk etmek zorunda olanlar,

5. Sınırdışı kararı geçici olarak askıya alınanlar ("Duldung") (Yabancılar Kanunu paragraf 55) meğerki söz konusu yabancılar sığınma talep edenlere, sığınma başvurusunda bulunanlara tanınan haklar kanunu (Asylbewerberleistungsgesetz) uyarınca verilen haklardan yararlanmak üzere Alman topraklarına girmiş olsun veya meğerki yabancılar tarafından öne sürülen sebeplerle yabancıların ikametlerini sonlandırılması tedbirleri uygulamaya konulmasın (sığınma başvurusunda bulunanlara tanınan haklar kanunu paragraf 1a),

6. Mahkeme kararıyla sınırdışı kararı ertelenenler'.

20 ArGV'nin 8(1)1. paragrafı uyarınca, çalışma izni, 5. paragrafta öngörülen şartlardan herhangi birinin yabancı tarafından yerine getirilmemesi halinde geçerliliğini yitirir.

21 30 Temmuz 2004 tarihli ve 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe giren ve daha sonra tadil edilen (BGBl. 2008 I, s. 162) ('AufenthG'), yabancıların federal



topraklarda ikameti, ücretli istihdamı ve entegrasyonu kanununun (Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet) (BGBl. 2004 I, s. 1950), “ikamet izni şartı” başlıklı 4. paragrafının 2 ve 5. bentlerine göre:

‘(2) Mevcut yasalarda aksi öngörülmedikçe, ikamet izninde, açıkça çalışmaya izin verilmişse, ikamet izni, ücretli bir işe girme yetkisi verir. Her bir ikamet izninde, ücretli işe girme hakkının olup olmadığı belirtilmelidir. Çalışma amacıyla ikamet tezkeresi almamış olan bir yabancı, çalışma hakkı yoktur, meğerki Federal İstihdam Kurumu’nun (Federal Labour Agency) sözleşmesinde veya tüzüğünde [bu şekilde çalışma amacıyla ikamet tezkeresi olmayanların] Kurumun izni olmaksızın istihdamına izin verilmiş olsun. Bu şekilde çalışma hakkı verilenlere, Kurum tarafından getirilen her türlü sınırlamanın ikamet izninden belirtilmesi gerekir.

...

(5) Ortaklık Antlaşması uyarınca ikamet hakkı olan yabancı ... AB vatandaşı veya AB daimi ikamet izni olmasa bile, ikamet iznine sahip olduğunu gösteren delillerle bu hakkının varlığını ispatlamakla yükümlüdür. İkamet izni, talep üzerine verilir’.

- 22 Yabancılar Kanunu’nun, ‘çalışma izinlerinin geçerliliği’ başlıklı 105. paragrafının 2. bendine göre:

‘Bu Kanun yürürlüğe girmeden önce düzenlenen bir çalışma izninin, Federal İstihdam Bürosu tarafından işe alma konusunda sınırsız yetki verdiği addedilir’.

### **Esas davadaki uyuşmazlık ve ön karar yoluyla sorulan sorular**

- 23 Türk vatandaşı Bay Gülbahçe, Haziran 1997 tarihinde bir Alman vatandaşı ile evlenmiştir. 8 Haziran 1998 tarihinde, aile birleşmesi kapsamında verilen bir vize ile Almanya’ya giriş yapmıştır. Temmuz 1998 tarihinde, Alman yetkili makamları daha sonra, Gülbahçe’ye verilen ikamet iznini Haziran 1999, Ağustos 2011 ve Ocak 2004 tarihlerinde uzatmıştır. Aynı zamanda 29 Eylül 1998 tarihinde, yetkili istihdam ofisi Bay Gülbahçe’ye sınırsız süreli çalışma izni vermiştir.
- 24 Temmuz 2005 tarihinde, Alman makamları Bay Gülbahçe’nin eşinin Kasım 1999 tarihinde, 1 Kasım 1999 tarihinden beri Gülbahçe’den ayrı yaşadığına ilişkin bir beyanda bulunduğunu öğrenmiştir. Bay Gülbahçe’yi dinledikten ve 29 Ağustos 2006 tarihinde onaylanan 6 Şubat 2006 tarihli kararı aldıktan sonra Hamburg Eyaleti geçmişse etkili olarak Bay Gülbahçe’nin Ağustos 2001 ve Ocak 2004 tarihlerinde verilen ikamet izninin uzatılması kararlarını

- geri almıştır. Hamburg Eyaleti'ne göre, Bay Gülbahçe'nin ikamet izni geçerli değildir, çünkü Bay Gülbahçe eşiyle birlikte aile birliği içinde iki yıl süreyle yaşamamıştır. Üstelik Bay Gülbahçe, aynı işveren tarafından en az bir yıl süreyle istihdam edilmediğinden, 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin ilk bendi uyarınca ikamet iznini uzatma hakkına sahip değildir.
- 25 3 Temmuz 2007 tarihli kararıyla, Hamburg İdare Mahkemesi, Bay Gülbahçe tarafından açılan davayı reddetmiştir. Bay Gülbahçe'nin temyiz yoluna başvurusu üzerine, Hamburg İdare Mahkemesi, 29 Mayıs 2008 tarihli hükmüyle, kararı tadil etmiştir.
- 26 Hamburg Yüksek İdare Mahkemesi'ne (Hamburgisches Oberverwaltungsgericht) göre, Bay Gülbahçe iki yıl süreyle aile birliği içinde yaşamamış ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi'nin 6(1). maddesine dayanmamış olsa bile, ikamet izni, Eylül 1998 tarihinde aldığı süresiz çalışma izninin, ikamet izni verilmesi sonucunu da doğurması sebebiyle ve 1/80 sayılı Kararın 10(1). maddesi, Adalet Divanı'nın, Avrupa Birliği ile Fas Krallığı ve Tunus Cumhuriyeti arasında yapılan anlaşmalarda öngörülen ayrımcılık yasağına ilişkin içtihatlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, ikamet izni süresi uzatılmalıydı.
- 27 Bu bağlamda, Hamburg Yüksek İdare Mahkemesi (Hamburgisches Oberverwaltungsgericht), Bay Gülbahçe'nin, Ağustos 2001 ve Ocak 2004 tarihlerinde iş piyasasına usulüne uygun olarak kaydedildiğini; iş piyasasına erişim hakkının, ulusal menfaatlere istinaden reddedilebileceğini, ancak somut olayda ulusal menfaatlerle ilgili bir durumun mevcut olmadığını ifade etmiştir.
- 28 Hamburg Eyaleti'nin temyiz yoluna başvurusu üzerine, Federal İdare Mahkemesi (Bundesverwaltungsgericht) 8 Aralık 2009 tarihli kararıyla, Hamburg Yüksek İdare Mahkemesi tarafından verilen 29 Mayıs 2008 tarihli kararı bozmuştur ve davayı yeniden görmesi için mahkemeye iade etmiştir.
- 29 Hamburg Yüksek İdare Mahkemesi'ne göre, Federal İdare Mahkemesi, 1/80 sayılı Kararın 10(1). maddesinin ne geçmişse etkili ikamet izni hakkı ne de çalışma izninden bağımsız ikamet izni hakkı verdiği görüşündedir. Bu bağlamda, AufenthG<sup>5</sup> kanununun yürürlüğünden yani 1 Ocak 2005 tarihinden önce verilen çalışma izni, sadece verildiği tarihten ileriye doğru ulusal idari yetki oluşturur. Ayrıca 1980'den beri yürürlükte olan 13. maddenin bağlantılı olduğu yasal düzenleme, süresiz çalışma izninin düzenli ve kesintisiz olarak 8 yıl ikametden sonra düzenlenmesine izin vermesine rağmen Alman vatandaşlarının eşlerine süresiz çalışma izninin verilmesi Eylül 1998 tarihinde ArGV ile öngörüldüğünden böyle bir yasal düzenleme 1/80 sayılı Kararın 13. maddesinde öngörülen "standstill" (mevcut durumun korunması) kuralına da aykırı değildir.

<sup>5</sup> **Çevirenin notu:** AufenthG, yabancıların Federal Almanya'da ikameti, çalışması ve entegrasyonunu (Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet/Aufenthaltsgesetz-AufenthG) düzenleyen yasadır.

30 Hamburg Yüksek İdare Mahkemesi, uyuşmazlığın çözümü için, Avrupa Birliği hukukunun yorumlanması gerektiği sonucuna varmış ve davayı bekletici mesele yapmaya ve ön karar yoluyla, aşağıdaki soruları Adalet Divanı'na sormaya karar vermiştir:

‘1. 1/80 sayılı Kararın 10(1). maddesi şu şekilde mi yorumlanmalıdır:

(a) Bir üye devlette süreli (veya süresiz) olarak çalışma izni verilen böylece ikamet izni de uzatılan bir Türk vatandaşı işçi, bu hakkını, kamu sağlığı, kamu güvenliği ve kamu düzeni gibi meşru ulusal menfaatlerin korunması sebeplerine istinaden engellenmedikçe, söz konusu süre boyunca kullanabilir;

(b) ve söz konusu üye devletin, çalışma iznini ikamet iznine tabi kılan ve izin verildiği esnada yürürlükte olan ulusal mevzuat hükümlerine istinaden iznin, ikamet statüsü üzerindeki herhangi bir etkisini reddetmesi yasaktır [Rabat'ta 27 Nisan 1976 tarihinde imzalanan ve Topluluk adına Konseyin (EEC) No 2211/78 Sayılı ve 26 Eylül 1978 tarihli (OJ 1978 L 264, s. 1) Tüzüğü ile onaylanan Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Fas Krallığı Arasında İşbirliği Antlaşması'nın 40. maddesinin ilk paragrafının kapsamına ilişkin] (C-416/96 *Eddline El-Yassini* [1999] ECR I-1209 davası kararın hüküm fıkrası 3. paragraf, gerekçe kısmı 62-65 paragraflar, ve [17 Temmuz 1995 tarihinde Brüksel'de imzalanan ve Avrupa Toplulukları ve Avrupa Kömür ve Çelik Birliği adına Konsey'in 98/238/EC, ECSC sayılı ve Komisyon'un 98/238/EC, ECSC ve 26 Ocak 1998 tarihli kararlarıyla onaylanan Avrupa Toplulukları ile Üye Devletler ve Tunus Arasında Ortaklık Oluşturan Avrupa-Akdeniz Antlaşması'nın (OJ 1998 L 97, s. 1)]) 64(1). maddesinin kapsamına ilişkin C-97/05 *Gattoussi* [2006] ECR I-11917, davası hüküm fıkrası 2. paragraf; gerekçenin 36-43. paragrafları].

Eğer bu soruya verilen yanıt olumluysa:

2. 1/80 sayılı Kararın 13. maddesi, standstill (mevcut durumun korunması) kuralının, bir üye devletin, iş piyasasına usulüne uygun olarak giren bir Türk işçisinin, önceden verilen ve ikamet izninin süresinden daha uzun süreli olan çalışma izninin olması nedeniyle, 1/80 sayılı Kararın 10(1). maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dayanma hakkını ortadan kaldıracak şekilde (somut olayda çalışma izniyle ilgili olarak) yasal düzenleme yapmasını da yasaklamış mıdır?

Eğer bu soruya verilen yanıt olumluysa:

3. 1/80 sayılı Kararın 10(1). maddesi, ayrımcılık yasağı prensibinin her hâlikârda ulusal makamlarca, ulusal hukuklara göre Türk işçisine yanlışlıkla verilen süresiz ikamet izninin geçerlilik süresi sona erince, bu süre içinde

daha önce usulüne uygun olarak aldığı süresiz çalışma izninden fiilen yararlanan ve istihdam edilen bir Türk işçisinin ikamet izninin ulusal hükümler uyarınca geri almasını yasakladığı şeklinde yorumlanabilir mi?

4. 1/80 sayılı Kararın 10(1). maddesindeki hüküm, sadece ulusal makamlarca usulüne uygun olarak verilen ve *ratione materiae* sınırlama içermeyen süresiz çalışma iznine sahip olduğu esnada farklı amaçlarla verilen süreli ikamet izni sona eren ve geçici olarak işten ayrılmış olsa bile, başka bir iş aramak için ülkede oturma da dahil, ulusal makamlardan yeni istihdam amaçlı ikamet izni talep etme hakkı olmayan bir Türk işçisinin istihdamını kapsayacak şekilde yorumlanabilir mi?
5. 1/80 sayılı Kararın 10(1). maddesi, ayırım yasağı prensibinin (yalnızca), son verilen ikamet izni süresi sona erdikten sonra, evsahibi üye devletin yetkili makamlarının, iş gücüne usulüne uygun olarak dahil olan ve başlangıçta istihdam açısından ikamet hakkından daha kapsamlı şekilde kendisine özel haklar verilen Türk vatandaşının ülkesine geri gönderilmesini teminen ulusal menfaatleri koruma amacına hizmet etmek amacıyla olmamakla beraber ikamet izni verilmemesi için tedbir almasını engellediği anlamında yorumlanabilir mi?

### Ön karar için yöneltilen sorulan sorular

- 31 Başlangıçta, belirtmek gerekir ki, resmi olarak ön karar yoluyla başvuran mahkeme, sorularını, 1/80 sayılı Kararın 10(1) ve 13. maddelerinin yorumuyla sınırlamışsa da bu durum Mahkemenin, ön karar yoluyla sorulan sorularda özel olarak değinilmemiş olsa bile, davanın görülmesine yardımcı olabilecek Avrupa Birliği hukukuna ilişkin bütün unsurları yorumlamasına engel teşkil etmez (bkz. Case C-251/06 *ING. AUER* [2007] ECR I-9689, paragraf 38, ve Case C-434/09 *McCarthy* [2011] ECR I-0000, paragraf 24).
- 32 Bu bağlamda, hatırlanmalıdır ki, Mahkeme, TFEU'nun 267. maddesinin<sup>6</sup> uygulanmasında, ön karar yoluyla başvuran mahkemenin önündeki hukuki sorunları çözmesini sağlamak amacıyla, ön karar yoluyla başvuran mahkeme tarafından kaleme alınan sorulardan alıntı yapılabileceğini ve ön karar yoluyla başvuran mahkemenin ifade ettiği maddi vakıalardan Avrupa Birliği hukukunun yorumuyla ilgili unsurların dikkate alınabileceğini istikrarlı bir şekilde ifade etmiştir (Case C-420/07 *Apostolides* [2009] ECR I-3571, paragraf 63'de atıf yapılan içtihat).
- 33 Bu davada ön karar yoluyla başvuran mahkeme, kararında, geçmişte etkili olarak Ağustos 2001 ve Ocak 2004 tarihlerinde verilen Bay Gülbahçe'nin 1 Kasım 1999 tarihinden beri eşinden ayrı yaşaması ve AusIG, AEVO, SGB

<sup>6</sup> Bkz. dn. 1 ve 2.

- III ve ArGV uyarınca aile birliği içinde yaşamının ikamet hakkının bir şartı olması sebebiyle ikamet izninin uzatılmasına ilişkin kararların geri alındığını ifade etmiştir.
- 34 Ön karar yoluyla başvuran mahkeme, geçmişe etkili olarak geri alma anında yani 6 Şubat 2006 tarihinde Bay Gülbahçe'nin aynı işveren tarafından bir yıldan fazla süreyle istihdam edildiğini, bu durumun da 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin birinci bendi anlamında işgücü piyasasına usulüne uygun olarak girmesi için gerekli şartların gerçekleştiğini gösterdiğini ifade etmiştir.
- 35 Bu nedenle tek soru içinde ifade edilen sorular, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesinin birinci bendinin, 6(1). maddenin birinci bendinde öngörülen bir yıllık yasal çalışma süresi tamamlandıktan sonra ikamet izninin geri alınması halinde, Türk işçisine verilen ikamet iznini, ikamet izni ulusal hukuka göre ihdas edilirken mevcut olmayan bir sebebe istinaden yetkili ulusal makamlarca geçmişe etkili olarak geri almasını engellediği şeklinde yorumlanıp yorumlanmayacağını araştırılması şeklinde yeniden formüle edilmelidir.
- 36 Bu bağlamda 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 6(1). maddesiyle Türk işçilerine verilen hakların kademeli şekilde ücretli yasal çalışma süresine bağlı olarak genişletildiği ve evsahibi ülkede söz konusu şahsın durumlarını aşamalı olarak uyumlaştırdığı da akılda tutulmalıdır (bkz. *inter alia*, Case C-230/03 *Sedef* [2006] ECR I-157, paragraf 34).
- 37 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin birinci bendinden açıkça anlaşılacağı üzere, bir Türk işçisi, bir yıllık yasal çalışmadan sonra, aynı işverenle ücretli olarak çalışmaya devam etme hakkına sahiptir.
- 38 ABAD'nın içtihatlarına göre, bu hakkın etkin olması, söz konusu şahsın aynı anda ikamet hakkına sahip olmasını gerekli kılmaktadır (bkz. *inter alia*, Case C-383/03 *Doğan* [2005] ECR I-6237, paragraf 14).
- 39 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin birinci bendi anlamında bir Türk vatandaşının evsahibi devlette yasal istihdamı, söz konusu üye devletin işgücünün bir üyesi olarak istikrarlı ve güvenli durumda olmayı gerektirmekte ve bunun sağlanması, ihtilafsız olarak, ikamet hakkının olmasına bağlı bulunmaktadır (Case C-237/91 *Kus* [1992] ECR I-6781, paragraf 22, ve Case C-337/07 *Altun* [2008] ECR I-10323, paragraf 53).
- 40 Bu davada, 34. paragrafta ifade edildiği üzere, 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin birinci bendinde yer alan bir yıllık yasal çalışma şartı, Bay Gülbahçe'nin ikamet izninin uzatılması kararlarının geri alındığı anda yani 6 Şubat 2006 tarihinde gerçekleşmiştir.

- 41 Ulusal makamlar göre, bu tür bir geri alma, bir yandan Bay Gülbahçe'nin ikamet izni süresinin uzatıldığı Ağustos 2001 ve Ocak 2004 tarihlerinde şartın gerçekleşmediği ve diğer yandan Bay Gülbahçe'nin, ikamet tezkeresi almasına sebep olan Alman vatandaşı ile birlikte yaşamamasına dayanmaktadır.
- 42 Sonuç olarak, ulusal makamlara göre, eğer bir Türk işçisi çalışmasının ilk yılında ikamet izni almasına sebep olan şartları taşıyorsa ikamet hakkı artık ihtilafsız değildir, bir yıllık yasal çalışma süresini doldurmadığından, bu andan itibaren işçi tarafından çalışılan süre, Mahkemenin içtihatlarına göre, 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin birinci bendinde tanınan haklar açısından dikkate alınmaz.
- 43 Bununla birlikte, özellikle de bir Türk vatandaşının ikamet hakkını, ilgili üye devletin vatandaşıyla birlikte yaşamasına tabi kılan ulusal hukuk hükümlerine dayanan bu tür bir gerekçe, Mahkeme tarafından açıkça reddedilmiştir.
- 44 İşbu davada ön karar yoluyla başvuru yapıldıktan sonra, Mahkeme, C-187/10 *Ünal* [2011] ECR I-0000, davasında 29 Eylül 2011 tarihinde verdiği kararında, bir Türk vatandaşının yasal olarak 1/80 sayılı Karardaki hükümlerde öngörülen haklara dayandığı hallerde, bu hakların, bunları doğuran şartların sürekli olarak var olmasına bağlı olmadığını ve Kararda bu nitelikte bir şartın öngörülmediğini belirtme olanağını elde etmiştir (*Ünal*, paragraf 50).
- 45 Bu bağlamda, 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin birinci bendinde, bir Türk işçisinin, aynı işverenin yanında çalışması için ikamet tezkeresini uzatabilmesi, sadece bir yıldan fazla süreyle yasal olarak çalışmasına bağlıdır, bu hüküm, söz konusu hakkı, sözgelimi giriş ve ikamet hakkının elde edilmesine ilişkin şartların gerçekleşmesi gibi, başka bir şarta bağlı kılmamıştır (*Ünal*, paragraf 38 ve anılan içtihat).
- 46 Bu nedenle, Mahkeme, geçerli bir çalışma izni ile bir yıldan fazla süreyle çalışan bir Türk işçisinin, hatta ikamet izni başlangıçta ücretli bir işte çalışması dışında başka bir amaçla verilmiş olsa bile, 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin birinci bendinde yer alan şartları gerçekleştirdiğine hükmetmektedir (*Ünal*, paragraf 39 ve anılan içtihat).
- 47 1/80 sayılı Kararın, Avrupa Birliği hukuku uyarınca üye devletlerin, Türk vatandaşlarının ülkelerine ve ilk işe girişini engelleme yetkilerine tecavüz etmediği doğrudur. Bu Karar, kural olarak, üye devletlerin, 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin birinci bendinde belirtilen şekilde Türk işçilerinin bir yıl süreyle çalışma şartlarını düzenlemesine de engel teşkil etmemektedir (bkz. *Ünal*, paragraf 41 anılan içtihatlar).
- 48 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesi, bir üye devletin, ülkesine girmesine izin verdiği ve yasal olarak gerçek ve etkin bir ekonomik faaliyeti aynı işveren için

- bir yıldan fazla süreyle gerçekleştiren bir işçinin haklarını red ederek Türk işçilerinin kademeli olarak evsahibi üye devletin işgücüyle entegrasyonunu sistemini ve söz konusu hükmün ilk üç bendinde istihdam süresine göre aşamalı olarak tanınan hakları tek tarafı olarak değiştireceği şeklinde yorumlanamaz (bkz. *Ünal*, 42. paragraf ve anılan içtihatlar).
- 49 Böyle bir yorum, 1/80 sayılı Kararı anlamsız kılar ve pratik etkilerden mahrum bırakır, Kararın 6(1). maddesinin ifadesi, bu hususta genel ve şartsız olduğundan, bu hükmün Türk işçilerine doğrudan verdiği hakların üye devletlerce sınırlandırılmasına izin vermez (*Ünal*, 43 ve 44. paragraflar ve anılan içtihatlar).
- 50 Yaptırıma maruz kalacak hileli eylemleri neticesinde kendisine ikamet izni verilen veya ikamet hakkına ilişkin nihai karar verilene kadar geçici ikamet izni alan Türk vatandaşının istihdamı, 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesine istinaden Türk vatandaşı lehine herhangi bir hak bahşetmez (bkz. *Ünal*, paragraf 47).
- 51 Bununla beraber, esas davadaki yargılamada, sahte evlikle ilgili olarak C-285/95 *Kol* [1997] ECR I-3069 davasında verilen kararın aksine, ön karar yoluyla yapılan başvuruda, Bay Gülbahçe'nin, hileli eylemleri sonucunda düzenlenen ikamet izni ile istihdam edildiği veya ikamet izninin nihai karar verilene kadar geçerli olduğu açık değildir.
- 52 Ayrıca AEVO'nun 2(1)(2). paragrafı ile ArGV'nin 2(1)(1) ve 5. paragrafları, Bay Gülbahçe'nin, 29 Eylül 1998 tarihinden yani yetkili makamın süresiz çalışma iznini verdiği andan itibaren ücretli olarak istihdamını da içeren ikamet hakkı olduğunu ortaya koymaktadır. Ön karar yoluyla başvuran mahkeme, Gülbahçe'nin Almanya'ya giriş ve ikamet hakkını hile ile aldığına ilişkin bir tespit de bulunmamıştır.
- 53 Bu nedenle, ülkeye giriş ve çalışma hususunda Bay Gülbahçe'nin evsahibi devletin yasasında veya tüzüğünde öngörülen şartları yerine getirdiği ihtilaflı değildir.
- 54 Bu şartlar altında, Bay Gülbahçe'nin Almanya'da yasal olarak bir yıldan fazla süreyle istihdam edildiğinin kabul edilmemesi, 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin birinci bendine aykırıdır.
- 55 Sonuç olarak, Gülbahçe tarafından, çalışma ve ikamet izni aldıktan sonra ve geriye etkili olarak iznin geri alınmasından önce, tamamlanan çalışma süresi ve ikamet izni süresinin uzatılması, 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin birinci bendi anlamında bir yıllık yasal çalışma şartının yerine getirilmesi olarak kabul edilmelidir.

- 56 Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, ön karar yoluyla sorulan ve mahkemece yeniden şekillendirilen sorulara verilecek cevap şudur: 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 6(1). maddesinin birinci bendi, yetkili ulusal makamların, Türk işçisine verilen ikamet iznini, eğer işçinin hileli bir eylemi söz konusu değilse ve 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin ilk fıkrasındaki bir yıllık yasal çalışma süresi tamamlandıktan sonra ikamet izni geri alınmışsa, ulusal hukuka göre ihdas edilirken mevcut olmayan bir sebebe istinaden ikamet izninin geçmişse etkili olarak geri almasını engellediği şeklinde yorumlanmalıdır.

### **Yargılama masrafları**

- 57 Mahkeme huzurundaki yargılamanın, esas davadaki taraflara ilişkin olması, ön karar yoluyla başvuran mahkemedeki bir aşama olması sebebiyle yargılama masrafları esas davaya bakan mahkemenin karar vereceği bir konudur. Taraflarca yapılan masraflar hariç, Mahkemeye beyanların sunulmasına ilişkin masraflar, tahsil edilemez.

Yukarıda belirtilen gerekçelere istinaden, Mahkeme (Üçüncü Daire) aşağıdaki hükme varmıştır:

**12 Eylül 1963 tarihinde bir yanda Türkiye Cumhuriyeti ve diğer yanda Topluluk ve AET üyesi devletler olmak üzere Ankara'da imzalanan ve Konsey'in 64/732/EEC sayılı ve 23 Aralık 1963 tarihli kararıyla onaylanan Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında Ortaklık Yaratılan Antlaşmanın geliştirilmesine ilişkin 19 Eylül 1980 tarihli Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı Kararının 6(1). maddesinin ilk bendi, yetkili ulusal makamların, Türk işçisine verilen ikamet iznini, eğer işçinin hileli bir eylemi söz konusu değilse ve 1/80 sayılı Kararın 6(1). maddesinin ilk fıkrasındaki bir yıllık yasal çalışma süresi tamamlandıktan sonra ikamet izni geri alınmışsa, ulusal hukuka göre ihdas edilirken mevcut olmayan bir sebebe istinaden ikamet izninin geçmişse etkili olarak geri almasını engellediği şeklinde yorumlanmalıdır.**

[İmzalar]



# ALMAN KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA VE BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA YASA VE ÇEVİRİSİ (*German Law on Part Time and Fixed Time Employment Agreements and Its Translation*)

Murat Uğur AKSOY\*

## ÖZET

23 Mart 1999 tarihinde Avrupa Birliğinde UNICE, Birliği (Europäische EGB ve CEEP süreli iş sözleşmeleri konusunda bir Çerçeve Anlaşması imzalamışlardı.

Bu çerçeve anlaşması ile sözleşmenin tarafı olan sosyal partnerlerin 1997 yılında Lüksemburg'da, kararlaştırdıkları Avrupa istihdam stratejisinde kısmi süreli çalışmanın düzenlenmesi yoluyla iş sürelerinin esnekliği ve işçinin güvenliği arasında bir denge sağlanmak istenmiştir.

Bu çerçeve sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmeleri için genel ilkeleri ve asgari hükümleri belirlemektedir. Bu ilke ve hükümler doğru uygulandıkları takdirde, ulusal olarak her sektörde sezonsal durumları da göz önüne alıp , belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin, süresiz iş sözleşmesi ile çalışan işçilere göre **dışlanma olgusundan korunmalarını** ve işçilere de sözleşme sürelerine bakılmaksızın **eşit muamele yapılmasını** güvence altına almaktadır.

Böylece, bu çerçeve sözleşmesi, süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin işveren ve işçiler arasında da kabul edilebilir, dengeli bir temel oluşmasını mümkün kılmaktadır.

Çerçeve anlaşması, esasen bir başlangıç ile 9 maddeden ibarettir. Anlaşmanın amacı, 1. maddede dışlama yasağı ilkesinin uygulanması ile süreli iş sözleşmelerinin kalitesini iyileştirmek ve birbirini izleyen süreli iş sözleşmeleri ile istihdam ilişkisinin kötüye kullanılmasını engellemektir.

Anlaşmanın uygulama alanı, belirli süreli iş ilişkisi içinde bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan veya yasaya, toplu sözleşmeye veya her üye ülkede geçerli geleneklere uygun bir istihdam ilişkisi içinde olan işçilerdir.

Anlaşmanın 5. maddesi süreli iş sözleşmelerinin istismarını engellemek için de önlemler öngörmüştür.

\* Dr. h.c., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi; Düsseldorf Barosu avukatlarından

Üye devletler, hangi koşullarda süreli iş sözleşmelerinin ve istihdam ilişkilerinin ardarda uzatılmış olarak görülebileceğini ve süresiz sözleşme ve ilişkilerin geçerli olacağını da, sosyal tarafların dinlenmesi ve veya sosyal tarafların saptaması yoluyla belirleyebilirler.

Bu konuda Avrupa Adalet Divanı önemli bir karar vererek, süreli iş sözleşmelerinin veya ilişkilerinin objektif bir nedene dayalı olarak uzatılmasının haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı konusunda, " üye devletlerdeki makamlar, kendi yetkileri içinde geçmişte aynı işverenle yapılmış iş sözleşmelerinin veya iş ilişkilerinin **sayısını ve toplam süresini** göz önüne almak zorundadırlar" demiştir

AB daha sonra bu çerçeveye anlaşmasının sosyal taraflarının talebine uygun olarak iki yönerge çıkarmış ve üye devletlerden de bu yönergeyi iç hukuka çevirirken gerektiğinde daha elverişli hükümler koymasını istemiştir .

İşçilerin Sosyal Hakları Birlik Şartının 7 nolu bendi iç Pazarın gerçekleşmesi için Avrupa Toplulukları içinde işçilerin yaşam ve iş koşullarının iyileştirilmesi gerekliliğini öngörüyordu.

Almanya da yönergenin iç hukuka çevrilmesi için öngördüğü süre içinde 2000 yılında, yönergeyi iç hukuka çevirerek "**Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Yasa**" yı (Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz - TzBfG) yürürlüğe sokmuştur. Yazım ,bu yasanın Türkçeye çevrilmesidir.

**Anahtar kelimeler :** Teilzeitbefristungsgesetz, (TzBfG) Part time employment, Kısmi süreli çalışma

### *Abstract*

In March 23, 1999 UNICE and CEEP signed a framework agreement in the EU concerning the temporary employment contracts.

Purpose of this framework agreement was to balance the relationship between the strategy flexible duration of work by the part time employment contract which was shaped in 1997 in Luxemburg formed European employment and the safety of the employee.

This framework agreement sets the overall principles of the part time (temporary) employment contracts. When these principles are applied correctly, also in light of the seasonal conditions the employees with the temporary employment contracts will be protected from exclusion and despite of their temporary contract the employees will be treated equally.

Thus this framework agreement can provide a balanced soil both for the employer and the employee with the temporarys employment contract.

The framework agreement consist of an introduction followed by 9 items.

The first item is about the prohibition to exclude and its application and

the improvement of quality of temporary employment agreement followed by the prevention of abuse of the employment relationship.

The area of application of this agreement are employees working with with a temporary employment contract in the member countries of the agreement.

The 5th item of the agreement suggests also preventive techniques to overcome abuse of employment contract.

Member states can decide upon the hearing of the social parties whether the temporary employment contract will be extended.

The European Council of Justice took an important decision on whether temporary employment contracts or relationships can be extended on objective reasoning in stating that the authorities of the member must include the amount and duration of all past employment contract with the specific employer.

The EU later on published two directivs according to the requests of the social parties of the framework agreement. Further the EU asked the member states to transform these directivs into domestic law and requested that, if necessary the law will be changed into more favorable.

The 7th part of the charter of the social rights of workers union foresees the improvement of life and employment conditions of employees in European states.

Germany as well transformed the directivs within the requested period in 2000 into domestic law and adopted the law of temporary employment agreement (Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG). This article is the Turkish translation of this act.

**Keywords:** Teilzeitbefristungsgesetz, (TzBfG) Part time employment)

## A- GİRİŞ

Bu yazıyı kaleme almadan önce, bir tarihte, sevgili dostum Prof. Dr. Ali Güzel ve sevgili kardeşim Doç. Dr. Hediye Ergin ile iş sözleşmelerinde süresiz olmanın esas, süreliğin istisna olması hakkında yaptığımız güzel bir sohbetta Almanya'da iş sözleşmelerinin ilke olarak belirsiz süreli olarak yapıldığını belirtmiştim. Daha sonra onların da değerli teşvikleri ile bununla ilgili olarak Almanya'daki kısmi süreli (part time) iş sözleşmeleri hakkındaki yasayı Türkçeye çevirmek istediğimi söylemiştim.

Türk Hukukunda ilk olarak 22,5. 2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanununun 13. Maddesinde düzenlenmiş olan “kısmi süreli çalışmaya” yönelik olarak, esasen bu düzenlemeden çok önce, bu konuda hem AB Hukuku içinde ayrıntılı yönergeler ve onların da üye devletler tarafından iç hukuklara çevrilmesi ile AB üyesi devletler içinde yürürlükte olan ayrıntılı yasalar mevcuttur.

İşte bunlardan biri de, Alman Hukukundaki ” Kısmi süreli çalışma ve belirli süreli iş sözleşmeleri hakkındaki yasa”dır. Yasanın çevirisi nihayet Muhterem Hocam, Dostum Prof. Dr. Ali Rıza Okur’un armağanına yetişti. Böylece O’na özgün bir çalışma sunabilmenin mutluluğu içindeyim.

## B- AB (AT) İÇİNDE BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA ÇERÇEVE ANLAŞMASI

Bilindiği gibi, 23 Mart 1999 tarihinde Avrupa Birliğinde, Avrupa Sanayici ve İşverenler Birliği (Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas) kısa adı ile **UNICE**, Avrupa Sendikalar Birliği (Europäische Gewerkschaftsbund) kısa adı ile **EGB** ve Avrupa Kamu Ekonomisi Merkezi Birliği (Europäische Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft) kısa adı ile **CEEP** süreli iş sözleşmeleri konusunda bir Çerçeve Anlaşması imzalamışlardır.

Bu çerçeve anlaşması ile sözleşmeye taraf olan sosyal partnerlerin 1997 yılında Lüksemburg’da yapmış oldukları toplantıda, kararlaştırmış oldukları Avrupa istihdam stratejisinde kısmi süreli çalışmanın düzenlenmesi ve böylece iş sürelerinin esnekliği ve işçinin güvenliği arasında bir denge sağlanmak istenmiştir.

Bu çerçeve sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmeleri için genel ilkeleri ve asgari hükümleri belirlemektedir. Bu ilke ve hükümler doğru uygulandıkları takdirde ulusal olarak, her sektörde sezonsal durumları da göz önüne alıp , belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin, süresiz iş sözleşmesi ile çalışan işçilere göre **dışlanmadan korunmalarını** ve işçilere sözleşme sürelerine bakılmaksızın **eşit muamele yapılmasını** güvence altına almaktadır.

Böylece, bu çerçeve sözleşmesi, süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin işveren ve işçiler arasında da kabul edilebilir dengeli bir temelini oluşmasını mümkün kılmaktadır.

Çerçeve anlaşması, esasen bir başlangıç ile 9 maddeden ibarettir. Anlaşmanın amacı, 1. maddede dışlama yasağı ilkesinin uygulanması ile süreli iş sözleşmelerinin kalitesini iyileştirmek ve birbirini izleyen süreli iş sözleşmeleri ile istihdam ilişkisinin kötüye kullanılmasını engellemektir.

Anlaşmanın uygulama alanı , belirli süreli iş ilişkisi içinde bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan veya yasaya, toplu sözleşmeye veya her üye ülkede geçerli geleneklere uygun bir istihdam ilişkisi içinde olan işçilerdir.

Bu anlaşmanın geçerli olmayacağı ilişkilere gelince bunlar, ilk meslek öğrenimini sağlayan ilişkiler ve çıraklık eğitimi sistemleri, kamu veya kamu eliyle desteklenen mesleki bir öğrenimin, yeniden uyum ve meslek değiştirme eğitimleri amacıyla yapılmış olan iş sözleşmeleri ve istihdam ilişkileridir.

Anlaşmanın üçüncü maddesi ise sözleşmede belirtilen tanımları vermektedir: “**Belirli süreli iş ilişkisi ile çalışan işçi**” tanımından, sonu belli bir tarihe ulaşmak,

belli bir görevin ifası veya belli bir olayın gerçekleşmesi gibi objektif koşullara bağlanmış doğrudan işveren ve işçi arasında yapılmış bir iş sözleşmesi veya istihdam ilişkisi anlaşılmalıdır.

“**Karşılaştırılabilir devamlı istihdam edilen**” kavramından ise aynı veya benzeri işletmede niteliklerin becerilerin de göz önüne alındığı bir iş ve istihdam ilişkisi içinde süresiz bir iş sözleşmesi veya istihdam ilişkisi içinde devamlı çalışan bir kişi anlaşılmalıdır. Türk Hukunda bu, emsal kişi olarak geçmektedir.

Aynı işletmede karşılaştırılabilir nitelikte devamlı istihdam edilen bir çalışan yoksa, emsal kişi, uygulanabilir bir toplu sözleşmeye ve bunun da yokluğu halinde yasa veya toplu sözleşme hükümlerine ve ulusal geleneklere uygun olarak bulunur.

Anlaşmanın 5.maddesi süreli iş sözleşmelerinin istismarını engellemek için de önlemler öngörmüştür.

Buna göre ardı ardına gelen süreli iş sözleşmeleri veya süreli istihdam ilişkilerinin yarattığı istismardan kaçınmak için üye devletler, yasa ile veya toplu sözleşmede öngörülmüş olan üye devlette bulunan sosyal taraf veya tarafları dinler, istismarı önlemek için eş değerde önlemler de yoksa, belli işkollarının isteklerini ve veya işçi kategorilerini de göz önüne alarak aşağıdaki durumlarda,

-böyle sözleşmelerin ve ilişkilerin uzatılmasını haklı kılan objektif nedenler varsa,

-birbiri ardından uzatılarak gelen iş sözleşmelerini veya ilişkilerinin geçerli olan en çok toplam uzatma süresi ve

-böylesine sözleşmelerin veya ilişkilerin uzatımının geçerli olan belli bir sayıda olması gibi önlemlerden birini veya bir kaçını uygulayabilirler:

Üye devletler, hangi koşullarda süreli iş sözleşmelerinin ve istihdam ilişkilerinin ardarda uzatılmış olarak görülebileceğini ve süresiz sözleşme ve ilişkilerin geçerli olacağını da, sosyal tarafların dinlenmesi ve veya sosyal tarafların saptaması yoluyla belirleyebilirler.

Bu konuda Avrupa Adalet Divanı önemli bir karar vererek, süreli iş sözleşmelerinin veya ilişkilerinin objektif bir nedene dayalı olarak uzatılmasının haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı konusunda, “ üye devletlerdeki makamlar, kendi yetkileri içinde geçmişte aynı işverenle yapılmış iş sözleşmelerinin veya iş ilişkilerinin **sayısını ve toplam süresini** göz önüne almak zorundadırlar” demiştir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> EUGH C-586/10, 26.Ocak 2012 Bianca Küçük ./ Kuzey Ren Westfalya eyaleti arasındaki sürekli olarak temsil niteliğinde süreli çalışma ile ilgili önsoruna ilişkindir .Bkz. InfoCuria Page 11 of 12 <http://curia.europa.eu/juris/document/document>

## C- YÖNERGELER

AB daha sonra bu çerçeveye anlaşmasının sosyal taraflarının talebine uygun olarak iki yönerge çıkarmış<sup>2</sup> ve üye devletlerden de bu yönergeyi iç hukuka çevirmesi ve gerekirse daha elverişli hükümler koymasını istemiştir.<sup>3</sup>

İşçilerin Sosyal Hakları Birlik Şartının<sup>4</sup> 7nolu bendi iç Pazarın gerçekleşmesi için Avrupa Toplulukları içinde işçilerin yaşam ve iş koşullarının iyileştirilmesi gerekliliğini öngörüyordu.

Bunun için de koşulların karşılaştırılarak ilerleme sağlanması ve süresiz iş ilişkisi dışındaki, süreli iş ilişkisi, kısmi süreli iş ilişkisi, ödünç alınan geçici iş ilişkisi (Leiharbeit) ve sezon işçiliği gibi diğer çalışma biçimlerinin de düzene bağlanması zorunlu olmuştur.

Böylece her düzeyde iş organizasyonlarının modernleşmesi ve buna uygun iş kurallarının belirlenmesi ile girişimlerin üretken ve rekabetçi bir hale getirilmesi öngörülmüştür.

Almanya da tam süresi içinde 2000 yılında, yönergeyi iç hukuka<sup>5</sup> çevirmiş kısmi süreli çalışma ve belirli süreli iş sözleşmeleri hakkında yasayı (Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz - TzBfG) yürürlüğe sokmuştur.

<sup>2</sup> Richtlinie 99/70/EG des Rates vom 28 Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (ABl. EG 1999 Nr. L 175 S 43)). AB Konseyinin 15 Aralık 1997 tarihli UNICE, CEEP ve EGB arasında yapılan kısmi zamanlı çalışma hakkındaki çerçeve anlaşmasına ilişkin (ABl. EG 1998 Nr. L 14 S.9) 97/81EG sayılı Yönergesi

Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15 Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (ABl. EG 1998 Nr. L 14 S. 9) AB Konseyinin 28 Haziran 1999 tarihli UNICE, CEEP ve EGB arasında yapılan yarı zamanlı çalışma hakkındaki çerçeve anlaşmasına ilişkin (ABl. EG 1999 Nr. L 175 S. 43). 99/70 EG sayılı Yönergesi

<sup>3</sup> Üye devletler bu yönergeleri en geç 10 Haziran 2001 tarihinde iç hukuka çevirmek veya anlaşmanın taraflarına en geç bu tarihe dek bunun için yönerge istikametinde gerekli önlemleri aldıkları yolunda güvence vermek zorundadırlar (Bkz Richtlinie 99/70/EG madde 2).

<sup>4</sup> 1961 yılında Avrupa Topluluk Konseyi çatısı altında, işçilere kapsamlı sosyal korunma hakları sağlayan Torino Sosyal Şartını (Sozialcharta von Turin) düzenlemiştir., Daha sonra Torino Sosyal Şartının devamında 1989 yılında Torino Şartı daha geliştirilerek işçilerin sosyal temel haklarına ilişkin Topluluk Şartı Gemeinschaftschart der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer yürürlüğe girmiştir. Bu topluluk şartı, kadınlar, gençler, yaşlılar, özürllüler gibi belli işçi gruplarının korunmasına ağırlık vermiştir.

<sup>5</sup> Yayın tarihi 21 Aralık 2000 (BGBl. I S. 1966).

## D- ALMANKISMİSÜRELİÇALIŞMAVE SÜRELİ İŞSÖZLEŞMELERİ HAKKINDA YASANIN ÇEVİRİSİ

*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz - TzBfG)*

### KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA VE BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA YASA

Tarih: 21. Aralık 2000

Neşir yeri : BGBl I 2000, 1966

Bu yasa aşağıdaki AB yönergelerinin iç hukuka çevrilmesidir

*AB Konseyinin 15 Aralık 1997 tarihli UNICE, CEEP ve EGB arasında yapılan kısmi süreli çalışma hakkındaki çerçeve anlaşmasına ilişkin (Abl. EG 1998 Nr. L 14 S.9) 97/81EG sayılı Yönergesi*

*ve*

*AB Konseyinin 28 Haziran 1999 tarihli UNICE, CEEP ve EGB arasında yapılan kısmi süreli çalışma hakkındaki çerçeve anlaşmasına ilişkin (Abl. EG 1999 Nr. L 175 S. 43). 99/70 EG sayılı Yönergesi*

#### **Erster Abschnitt Allgemeine Vorschriften**

##### **§ 1 Zielsetzung**

*Ziel des Gesetzes ist, Teilzeitarbeit zu fördern, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge festzulegen und die Diskriminierung von teilzeitbeschäftigten und befristet beschäftigten Arbeitnehmern zu verhindern.*

#### **İlk Bölüm Genel Hükümler**

##### **§ 1 Yasanın Hedefi**

Yasanın hedefi, kısmi süreli çalışmayı teşvik etmek, belirli süreli iş sözleşmelerinin geçerli olma koşullarını belirlemek ve kısmi süreli ve belirli süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilen işçiler arasında ayrımcılığı önlemektir.

##### **§ 2 Begriff des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers**

*(1) Teilzeitbeschäftigt ist ein Arbeitnehmer, dessen regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers. Ist eine regelmäßige Wochenarbeitszeit nicht vereinbart, so ist ein Arbeitnehmerteilzeitbeschäftigt, wenn seine regelmäßige Arbeitszeit im Durchschnitt eines bis zu einem Jahr reichenden Beschäftigungszeitraums unter der eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers liegt. Vergleichbar ist ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer des Betriebes mit derselben Art des Arbeitsverhältnisses und der gleichen oder einer ähnlichen Tätigkeit.*

*Gibt es im Betrieb keinen vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, so ist der vergleichbare vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer auf Grund des anwendbaren Tarifvertrages zu bestimmen; in allen anderen Fällen ist darauf abzustellen, wer im jeweiligen Wirtschaftszweig üblicherweise als vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer anzusehen ist.*

*(2) Teilzeitbeschäftigt ist auch ein Arbeitnehmer, der eine geringfügige Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch ausübt.*

### **§ 2 Kısmi süreli İstihdam Edilen İşçi Kavramı**

(1) Kısmi süreli istihdam edilen işçi, tam zamanlı olarak istihdam edilen bir işçinin muntazam haftalık iş süresine nazaran, kendi çalışma süresi daha kısa olan işçidir. Muntazam haftalık bir iş süresi kararlaştırılmamış ise, kendisinin muntazam çalışma süresi, tam süreli olarak istihdam edilen işçi ile karşılaştırıldığında, onun bir yıla dek uzanan istihdam süresinin ortalamasının altında kalıyorsa, yine kısmi süreli istihdam edilen işçidir. Emsal nitelikte olmaktan, iş ilişkisinin aynı tür veya benzeri bir işletmede, aynı veya benzeri bir işte tam zamanlı olarak istihdam edilen işçi anlaşılmalıdır. İşletmede emsal olabilecek nitelikte tam zamanlı olarak istihdam edilen işçi yoksa, emsal olabileceği nitelikte olan tam zamanlı olarak istihdam edilen işçi, uygulanabilir bir toplu sözleşmeye göre belirlenecektir; diğer bütün durumlarda ise ilgili iş kolunda alışılmış olarak tam zamanlı istihdam edilen işçi ile karşılaştırılacaktır.

(2) Sosyal Yasanın dördüncü Kitabının § 8 Abs. 1 Nr.1 hükmüne göre kısa süreli istihdam edilen işçi de kısmi süreli istihdam edilen işçidir.

### **§ 3 Begriff des befristet beschäftigten Arbeitnehmers**

*(1) Befristet beschäftigt ist ein Arbeitnehmer mit einem auf bestimmte Zeit*

*geschlossenen Arbeitsvertrag. Ein auf bestimmte Zeit geschlossener Arbeitsvertrag (befristeter Arbeitsvertrag) liegt vor, wenn seine Dauer kalendermäßig bestimmt ist (kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag) oder sich aus Art, Zweck oder Beschaffenheit der Arbeitsleistung ergibt (zweckbefristeter Arbeitsvertrag).*

*(2) Vergleichbar ist ein unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer des Betriebes mit der gleichen oder einer ähnlichen Tätigkeit. Gibt es im Betrieb keinen vergleichbaren unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer, so ist der vergleichbare unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer auf Grund des anwendbaren Tarifvertrages zu bestimmen; in allen anderen Fällen ist darauf abzustellen, wer im jeweiligen Wirtschaftszweig üblicherweise als vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer anzusehen ist.*



### § 3 Belirli Süreli İstihdam Edilen İşçi Kavramı

(1) Belirli bir süre için yapılmış iş sözleşmesi ile istihdam edilen işçi, belirli süreli işçidir. Belirli bir süre için yapılmış iş sözleşmesi (belirli süreli iş sözleşmesi), eğer süresi takvime göre belirlenmiş ise (takvime göre belirli süreli iş sözleşmesi) veya süresi işin cinsine, amacına, doğasına göre belirlenmişse (amacı nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesi) dir.

(2) İşletmede süresiz olarak istihdam edilen işçi, aynı veya benzeri nitelikte işi gören işçi ile karşılaştırılabilir. İşletmede karşılaştırılabilir nitelikte, süresiz olarak istihdam edilen işçi yoksa karşılaştırılabilir nitelikte süresiz olarak istihdam edilen işçi, uygulanabilir toplu sözleşme temeline göre belirlenecektir; diğer bütün durumlarda ise ilgili iş kolunda alışılmış olarak süresiz olarak istihdam edildiği kabul edilen işçi ile karşılaştırılacaktır.

### § 4 Verbot der Diskriminierung

(1) *Ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer darf wegen der Teilzeitarbeit nichtschlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht.*

(2) *Ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer darf wegen der Befristung des Arbeitsvertrages nicht schlechter behandelt werden, als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung, die für einen bestimmten Bemessungszeitraum gewährt wird, mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Beschäftigungsdauer am Bemessungszeitraum entspricht. Sind bestimmte Beschäftigungsbedingungen von der Dauer des Bestehens des Arbeitsverhältnisses in demselben Betrieb oder Unternehmen abhängig, so sind für befristet beschäftigte Arbeitnehmer dieselben Zeiten zu berücksichtigen wie für unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer, es sei denn, dass eine unterschiedliche Berücksichtigung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist.*

### § 4 Dışlama Yasığı

(1) Kısmi süreli bir işçi, kısmi süreli olması nedeniyle, objektif nedenler farklı davranışı haklı kılmadıkça, emsal nitelikte tam zamanlı olarak çalışan işçiye nazaran kötü bir muameleye maruz kalmaz. Kısmi süreli bir işçiye ücret veya bölünebilir maddi bir karşılık, en az olarak kendi iş süresine uygun olarak, işyerinde emsal nitelikte tam zamanlı işçiye yapılan ödemeye uygun olarak verilmelidir.

(2) Belirli süreli çalışan işçi, iş sözleşmesinin süreli olması nedeniyle, objektif ne-

denler farklı davranışı haklı kılmadıkça, emsal nitelikte süresiz iş sözleşmesi ile çalışan işçiye nazaran kötü bir muameleye maruz kalmaz. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye belirli bir değerlendirme süresi için verilecek olan ücret veya bölünebilir maddi bir karşılık, en az kendisinin istihdam süresinin, değerlendirme süresi kapsamında kendi payına uygun olarak verilmelidir. Belli istihdam koşulları iş ilişkisinin aynı işletmede veya teşebbüste geçen sürenin varlığına bağlı ise, belirli süreli istihdam edilen işçiler için bu süreler, objektif nedenler farklı davranışı haklı kılmadıkça, süresiz olarak istihdam edilen işçilerin süreleri gibi göz önüne alınacaktır.

### **§ 5 Benachteiligungsverbot**

*Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach diesem Gesetz benachteiligen.*

### **§ 5 Dezavantaj Yasası**

İşveren bir işçiyi bu yasadan doğan haklarını kullanmasından dolayı dışlayamaz.

## **Zweiter Abschnitt**

### **Teilzeitarbeit**

### **§ 6 Förderung von Teilzeitarbeit**

*Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmern, auch in leitenden Positionen, Teilzeitarbeit nach Maßgabe dieses Gesetzes zu ermöglichen.*

## **İkinci Bölüm Kısmi süreli İş**

### **§ 6 Kısmi süreli İşin Teşviki**

İşveren yönetici görevlerdeki olsalar dahi, işçilerine bu yasa ölçüsünde kısmi süreli işi mümkün kılar.

### **§ 7 Ausschreibung; Information über freie Arbeitsplätze**

*(1) Der Arbeitgeber hat einen Arbeitsplatz, den er öffentlich oder innerhalb des Betriebes ausschreibt, auch als Teilzeitarbeitsplatz auszuschreiben, wenn sich der Arbeitsplatz hierfür eignet.*

*(2) Der Arbeitgeber hat einen Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Veränderung von Dauer und Lage seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit angezeigt hat, über entsprechende Arbeitsplätze zu informieren, die im Betrieb oder Unternehmen besetzt werden sollen.*

*(3) Der Arbeitgeber hat die Arbeitnehmervertretung über Teilzeitarbeit im Betrieb und Unternehmen zu informieren, insbesondere über vorhandene oder geplante Teilzeitarbeitsplätze und über die Umwandlung von Teilzeitarbeitsplätzen in*

*Vollzeitarbeitsplätze oder umgekehrt. Der Arbeitnehmervertretung sind auf Verlangen die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen; § 92 des Betriebsverfassungsgesetzes bleibt unberührt.*

### **§ 7 Duyurma; Açık İş Yerleri Hakkında Bilgi verme**

(1) İşveren işletmesinde açık olan bir işyerini topluma veya kendi işletmesi içinde duyuruyorsa, bu işyerinin kısmi süreli çalışmaya uygun olması halinde, bu iş yerini de kısmi süreli iş yeri olarak duyurmak zorundadır.

(2) İşçi sözleşme ile kararlaştırılmış olan çalışma saatlerinin süresini ve durumunun değiştirilmesini işverenden isterse, işveren kendisine işletmede veya teşebbüste doldurulması gereken iş yerleri hakkında bilgi vermek zorundadır.

(3) İşveren işçi temsilciliğine işletmedeki ve teşebbüsteki kısmi süreli çalışma hakkında ve özellikle var olan ve planlanan kısmi süreli iş yerleri ile tam zamanlıya dönüşecek kısmi süreli işyerlerinin dönüşmesi hakkında veya bunun aksi konusunda bilgi vermek zorundadır. İşçi temsilciliğinin talebi üzerine gerekli belgeler işçi temsilciliğinin tasarrufuna sunulmalıdır. İşyeri düzeni yasası (Betriebsverfassungsgesetz) § 92 hükmü saklıdır.

### **§ 8 Verringerung der Arbeitszeit**

(1) *Ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, kann verlangen, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird.*

(2) *Der Arbeitnehmer muss die Verringerung seiner Arbeitszeit und den Umfang der Verringerung spätestens drei Monate vor deren Beginn geltend machen. Er soll dabei die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit angeben.*

(3) *Der Arbeitgeber hat mit dem Arbeitnehmer die gewünschte Verringerung der Arbeitszeit mit dem Ziel zu erörtern, zu einer Vereinbarung zu gelangen. Er hat mit dem Arbeitnehmer Einvernehmen über die von ihm festzulegende Verteilung der Arbeitszeit zu erzielen.*

(4) *Der Arbeitgeber hat der Verringerung der Arbeitszeit zuzustimmen und ihre Verteilung entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers festzulegen, soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen. Ein betrieblicher Grund liegt insbesondere vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Die Ablehnungsgründe können durch Tarifvertrag festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Ablehnungsgründe vereinbaren.*

(5) *Die Entscheidung über die Verringerung der Arbeitszeit und ihre Verteilung hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der*

*Verringerung schriftlich mitzuteilen. Haben sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht nach Absatz 3 Satz 1 über die Verringerung der Arbeitszeit geeinigt und hat der Arbeitgeber die Arbeitszeitverringerung nicht spätestens einen Monat vor deren gewünschtem Beginn schriftlich abgelehnt, verringert sich die Arbeitszeit in dem vom Arbeitnehmer gewünschten Umfang. Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Verteilung der Arbeitszeit kein Einvernehmen nach Absatz 3 Satz 2 erzielt und hat der Arbeitgeber nicht spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Arbeitszeitverringerung die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit schriftlich abgelehnt, gilt die Verteilung der Arbeitszeit entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers als festgelegt. Der Arbeitgeber kann die nach Satz 3 oder Absatz 3 Satz 2 festgelegte Verteilung der Arbeitszeit wieder ändern, wenn das betriebliche Interesse daran das Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung erheblich überwiegt und der Arbeitgeber die Änderung spätestens einen Monat vorher angekündigt hat.*

*(6) Der Arbeitnehmer kann eine erneute Verringerung der Arbeitszeit frühestens nach Ablauf von zwei Jahren verlangen, nachdem der Arbeitgeber einer Verringerung zugestimmt oder sie berechtigt abgelehnt hat.*

*(7) Für den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit gilt die Voraussetzung, dass der Arbeitgeber, unabhängig von der Anzahl der Personen in Berufsbildung, in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt.*

### § 8 Çalışma Süresinin Azaltılması

(1) İş ilişkisi altı aydan fazla sürmüş olan işçi, sözleşme ile kararlaştırılmış olan çalışma süresinin azaltılmasını isteyebilir.

(2) İşçi, çalışma süresinin azaltılmasını ve bunun kapsamını bunun başlamasından en geç üç ay önce ileri sürmelidir. İşçi bununla beraber çalışma süresinin arzu edilen bölümünü de bildirmek zorundadır.

(3) İşveren, işçi ile çalışma süresinin azaltılması isteğini bir anlaşmaya varmak amacı için müzakere eder. Kendisi işçi ile onun tarafından saptanacak olan çalışmanın bölümü konusunda mutabakat sağlamayı hedefler.

(4) İşveren çalışma süresinin azaltılmasına onay vermek ve onun dağıtımını, işletme nedenlerine aykırı düşmedikçe, işçinin arzularına uygun olarak belirlemek zorundadır. Çalışma süresinin azaltılması özellikle organizasyonu, iş akışını ve işyeri güvenliği önemli ölçüde zedeliyor veya oransız masraflara yol açıyorsa işletme nedeni vardır. Red nedenleri toplu sözleşme ile saptanabilir. Böyle bir toplu sözleşmenin geçerlik alanında toplu sözleşmeye tabi olmayan işveren ve işçiler toplu sözleşme hükümlerinde red nedenlerini kararlaştırabilirler.

(5) Çalışma süresinin azaltılması konusundaki kararı onun dağılımını işveren işçiye çalışma süresinin azaltılması için istenen başlama süresinden en geç bir ay önceden

yazılı olarak bildirmek zorundadır. İşveren ve işçi 3.fıkranın 1.cümlesine göre çalışma süresinin azaltılması konusunda uyuşamazlar ve işveren çalışma süresinin azaltılmasını istenen başlama tarihinden en geç bir ay önce yazılı olarak reddetmez ise, çalışma süresi işçinin istediği kapsamda gerçekleşir. İşveren ve işçi, çalışma süresinin dağılımı konusunda 3.fıkranın 2.cümlesine göre anlaşamazlar ise ve işveren en geç çalışma süresinin azaltılmasını istenen başlama tarihinden en geç bir ay önce yazılı olarak çalışma süresinin dağılımı yazılı olarak reddetmez ise, çalışma süresinin dağıtımını işverenin isteğine göre belirler. İşletmenin ve işçinin eski halin korunmasındaki çıkarı ağır basarsa ve işveren bir ay önceden bildirirse, işveren 3.cümleden veya 3.fıkranın 2.cümlesine belirlenen çalışma süresinin dağılımını tekrar değiştirebilir.

(6) İşçi yeniden çalışma süresinin azaltılmasını, işverenin çalışma süresinin azaltılmasını kabul veya haklı olarak reddetmesinden sonra en erken iki yıl sonra isteyebilir.

(7) Çalışma süresinin azaltılması talebinin koşulu, işverenin meslek eğitiminde olan işçiler dışında kural olarak 15 işçiden fazla işçi istihdam etmesidir.

### **§ 9 Verlängerung der Arbeitszeit**

*Der Arbeitgeber hat einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Verlängerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit angezeigt hat, bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen.*

### **§ 9 İş süresinin Uzatılması**

İşveren, acil işletme nedenleri ve diğer kısmi süreli çalışanların iş süresine ilişkin istekleri engel olmadıkça, kısmi süreli olarak istihdam edilen bir işçinin, sözleşme ile kararlaştırılmış olan sürenin uzatılmasını talep etmesi halinde, bu istek, uygun açık bir işyerinin doldurulmasında öncelikle gözününe alır.

### **§ 10 Aus- und Weiterbildung**

*Der Arbeitgeber hat Sorge zu tragen, dass auch teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zur Förderung der beruflichen Entwicklung und Mobilität teilnehmen können, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe oder Aus- und Weiterbildungswünsche anderer teilzeit- oder vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen.*

### **§ 10 Öğretim ve Eğitim**

Zorlayıcı işletme nedenleri ile veya diğer kısmi süreli veya tam zamanlı işçilerin çalışanların eğitim ve öğretim isteklerine aykırı olmadıkça işveren, kısmi süreli işçilerin mesleki gelişmeleri ve hareketlilikleri için öğretim ve eğitim çalışmalarına katılmalarına özen gösterecektir.

### § 11 Kündigungsverbot

*Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen der Weigerung eines Arbeitnehmers, von einem Vollzeit- in ein Teilzeitarbeitsverhältnis oder umgekehrt zu wechseln, ist unwirksam. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt.*

### § 11 Fesih Yasağı

Bir iş ilişkisinin, işçinin tam zamanlı bir çalışmadan, kısmi süreli bir çalışmaya geçme isteminin reddi veya bunun aksi nedeniyle feshedilmesi geçersizdir. İş ilişkisinin başka nedenlerle fesih hakkı saklıdır.

### § 12 Arbeit auf Abruf

*(1) Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Die Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von zehn Stunden als vereinbart. Wenn die Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, hat der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch zu nehmen.*

*(2) Der Arbeitnehmer ist nur zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt.*

*(3) Durch Tarifvertrag kann von den Absätzen 1 und 2 auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden, wenn der Tarifvertrag Regelungen über die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit und die Vorankündigungsfrist vorsieht. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Arbeit auf Abruf vereinbaren.*

### § 12 Çağrı Üzerine Çalışma

(1) İşverenler ve işçiler, işçinin hizmetini iş yüküne göre ifa edeceğini kararlaştırabilirler ( çağrı üzerine çalışma ).Sözleşme haftalık ve günlük olmak üzere belli bir çalışma süresini içermelidir. Haftalık çalışmanın süresi belirtilmemişse on saatlik çalışma süresini kapsayan bir anlaşma yapılmış demektir. Günlük çalışmanın süresi belirtilmemişse, işveren işçinin hizmetini her seferinde en az ardı ardına üç saat olarak talep edebilecektir.

(2) İşçi, işverenin çalışma süresinin durumunu, her seferinde en az dört gün önceden bildirmesi halinde çalışmak zorundadır.

(3) Toplu sözleşme hükümleri, günlük ve haftalık çalışma süresi için kurallar ve önceden bildirme yükümünü öngörüyorsa, toplu sözleşme ile 1. ve 2. fıkralardan işçi aleyhine sapılabilir. Böyle bir toplu sözleşmenin geçerlik alanında toplu sözleşmeye tabi olmayan işverenler ve işçiler çağrı üzerine çalışma kurallarını kararlaştırabilirler.

### § 13 Arbeitsplatzteilung

(1) Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass mehrere Arbeitnehmer sich die Arbeitszeit an einem Arbeitsplatz teilen (Arbeitsplatzteilung). Ist einer dieser Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung verhindert, sind die anderen Arbeitnehmer zur Vertretung verpflichtet, wenn sie der Vertretung im Einzelfall zugestimmt haben. Eine Pflicht zur Vertretung besteht auch, wenn der Arbeitsvertrag bei Vorliegen dringender betrieblicher Gründe eine Vertretung vorsieht und diese im Einzelfall zumutbar ist.

(2) Scheidet ein Arbeitnehmer aus der Arbeitsplatzteilung aus, so ist die darauf gestützte Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines anderen in die Arbeitsplatzteilung einbezogenen Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber unwirksam. Das Recht zur Änderungskündigung aus diesem Anlass und zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind entsprechend anzuwenden, wenn sich Gruppen von Arbeitnehmern auf bestimmten Arbeitsplätzen in festgelegten Zeitabschnitten abwechseln, ohne dass eine Arbeitsplatzteilung im Sinne des Absatzes 1 vorliegt.

(4) Durch Tarifvertrag kann von den Absätzen 1 und 3 auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden, wenn der Tarifvertrag Regelungen über die Vertretung der Arbeitnehmer enthält. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Arbeitsplatzteilung vereinbaren.

### § 13 İşyerinin Paylaşılması

(1) İşveren ve işçi, birden fazla çalışanın iş zamanında bir iş yerinin (iş yeri paylaşılması) paylaşılmasını kararlaştırabilirler. Bu işçilerden birinin iş görmede engeli çıkması halinde, diğer işçiler münferiden onu temsil etmeyi kabul etmişler ise, onun temsilcisi olmak zorundadırlar. Ayrıca iş sözleşmesinde acil işletme nedenleri temsil ilişkisini öngörüyor ve bu münferiden yapılabilir ise de temsil etme yükümü vardır.

(2) İşçilerden biri işyerinin paylaşımından ayrılırsa, işçinin bu nedenle işveren tarafından feshi geçersizdir. Bu nedenle değişiklik feshi ve iş ilişkisinin başka nedenlerle feshi saklıdır.

(3) Yukarıdaki 1. ve 2.fıkralar işçi gruplarının belli iş yerlerinde saptanmış zamanlarda 1.fıkra hükmündeki iş yerinin paylaşılması olmaksızın değişiklik yapması halinde de uygulanır.

(4) Toplu sözleşme kuralları işçi temsilciliği konusunda düzenleme içeriyorsa, toplu sözleşme ile yukarıdaki 1. ve 3. fıkralardan işçi aleyhine de sapılabilir. Böyle bir toplu sözleşmenin geçerlik alanında toplu sözleşmeye bağlı olmayan işverenler ve işçiler iş yerinin paylaşılması konusunda toplu sözleşme kurallarının uygulanmasını kararlaştırabilirler.

### **§ 14 Zulässigkeit der Befristung**

*(1) Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt insbesondere vor, wenn*

- 1. der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht,*
- 2. die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern,*
- 3. der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird,*
- 4. die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt,*
- 5. die Befristung zur Erprobung erfolgt,*
- 6. in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe die Befristung rechtfertigen,*
- 7. der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird oder*
- 8. die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht.*

*(2) Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig; bis zu dieser*

*Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Eine Befristung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Durch Tarifvertrag kann die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend von Satz 1 festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren.*

*(2a) In den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von vier Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Dies gilt nicht für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen. Maßgebend für den Zeitpunkt der Gründung des Unternehmens ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, die nach § 138 der Abgabenordnung der Gemeinde oder dem Finanzamt mitzuteilen ist. Auf die Befristung eines Arbeitsvertrages nach Satz 1 findet Absatz 2 Satz 2 bis 4 entsprechende Anwendung.*

*(3) Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf keines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollen-*



*det hat. Die Befristung ist nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als sechs Monaten liegt. Bis zum 31. Dezember 2006 ist Satz 1 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des 58. Lebensjahres das 52. Lebensjahr tritt.*

*(4) Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.*

#### § 14 Sürelendirmenin Geçerli Olması

(1) Bir iş sözleşmesinin sürelendirilmesi objektif bir nedenin varlığı halinde geçerlidir. Objektif bir nedenin varlığı özellikle,

1. işletmenin iş performansına olan gereksinimi geçici bir süre içinse
2. sürelendirme bir öğrenimin veya tahsilin sonunda olup işçinin bunun sonucunda bir istihdam ilişkisine geçişini kolaylaştırmak içinse,
3. işçi bir başka işçiyi temsilen istihdam ediliyorsa,
4. iş performansının özelliği sürelendirmeyi haklı kılıyor ise,
5. sürelendirme deneme süresi içinse
6. işçinin şahsında varolan nedenler sürelendirmeyi haklı kılıyor ise,
7. işçiler bütçe kanunundaki mali kaynaklardan ödeniyor ise, bu ödeme bütçe hukukuna göre süreli bir istihdam için belli ise ve işçi ona göre istihdam ediliyorsa veya
8. sürelendirme mahkeme önünde yapılmış bir sulh anlaşmasına dayanıyorsa

(2) bir iş sözleşmesinin objektif bir neden olmaksızın takvimsel sürelendirilmesi ancak iki yıllık bir süre için geçerlidir; takvimsel sürelendirilmiş olan iş sözleşmesinde bu toplam iki yıllık süre en fazla üç kez uzatılabilir. Cümle 1 e göre sürelendirilme aynı işverenle daha önce süreli veya süresiz bir iş ilişkisi varsa geçerli değildir. Toplu sözleşme ile uzatımların sayısı veya sürelendirmenin en uzun süresi 1.cümleden saparak saptanabilir. Böyle bir toplu sözleşmenin geçerlik alanında toplu sözleşmeye bağlı olmayan işverenler ve işçiler toplu sözleşme hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilirler.

(2a) Teşebbüsün kuruluşundan ilk dört yıl içinde, bir iş sözleşmesinin objektif bir neden olmaksızın dört yıla kadar takvimsel sürelendirmesi geçerlidir; Bu teşebbüs topluluklarının hukuken yeniden yapılandırılması ile ilgili olarak oluşan yeni kuruluşlar için geçerli değildir. Müessenin kuruluş zamanı için ölçüt yerel yönetime ve maliye dairesine harçlar yasasının § 138 maddesi uyarınca faaliyete başlamanın bildirilmesidir. İş sözleşmesinin sürelendirilmesine ilişkin olarak 1.cümle fıkra 2 cümle 2 den 4. kadar olan hükümler uygulanır.

(3) İşçinin belirli süreli iş ilişkisinin başlamasında 58. yaşını doldurmuş olması halinde, iş sözleşmesinin sürelendirilmesi objektif bir nedeni gerektirmez. Önceden aynı işverenle mevcut olan süresiz bir iş sözleşmesi ile objektif sıkı bir bağlantı varsa sürelendirilme geçerli değildir. Özellikle iş sözleşmelerinin arasında altı aydan az bir süre varsa böyle nesnel sıkı bir bağlantının olduğu kabul edilir. 31 Aralık 2006 tarihine dek 1.cümle 58.yaş yerine 52.yaş olarak uygulanacaktır.

(4) Bir iş sözleşmesinin sürelendirilmesinin geçerli olması için yazılı yapılması gerekir.

### **§ 15 Ende des befristeten Arbeitsvertrages**

(1) *Ein kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag endet mit Ablauf der vereinbarten Zeit*

(2) *Ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag endet mit Erreichen des Zwecks, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.*

(3) *Ein befristetes Arbeitsverhältnis unterliegt nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist.*

(4) *Ist das Arbeitsverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeitalt fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Arbeitnehmer nach Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.*

(5) *Wird das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, oder nach Zweckerreichung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich mitteilt.*

### **§ 15 Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi**

(1) Takvimsel olarak sürelendirilen bir iş sözleşmesi kararlaştırılan sürenin sona ermesi ile biter.

(2) Bir amaca dayalı olarak sürelendirilen iş sözleşmesi amaca ulaşma ile, en erken ise işçinin işveren tarafından yazılı olarak amaca ulaşma zamanını bildirimini varmasından iki hafta sonra sona erer.

(3) Belirli süreli bir iş ilişkisi münferit bir sözleşme ile veya uygulanabilir bir toplu sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde düzenli feshe tabidir.

(4) İş ilişkisi bir kişinin yaşamı boyunca veya beş yılı aşkın bir süre için yapılmış ise, işveren tarafından beş yılın geçmesi ile feshedilebilir. Fesih öneli altı aydır.

(5) İş ilişkisi, yapıldığı sürenin sona ermesi veya amacına ulaşmasından sonra işverenin bilgisi dâhilinde uzatılır ve işveren buna hemen itiraz etmez veya işçi amaca ulaşıldığını hemen bildirmez ise, süresiz olarak uzatılmış sayılır.

### **§ 16 Folgen unwirksamer Befristung**

*Ist die Befristung rechtsunwirksam, so gilt der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen; er kann vom Arbeitgeber frühestens zum vereinbarten Ende ordentlich gekündigt werden, sofern nicht nach § 15 Abs. 3 die ordentliche Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt möglich ist. Ist die Befristung nur wegen des Mangels der Schriftform unwirksam, kann der Arbeitsvertrag auch vor dem vereinbarten Ende ordentlich gekündigt werden.*

### **§ 16 Geçersiz Sürelendirmenin Sonuçları**

Sürelendirme hukuken geçersiz ise, belirli süreli iş sözleşmesi, belirsiz süreli olarak yapılmış olur; Sözleşmenin düzenli feshi § 15 fıkra 3 hükmüne göre daha önceden mümkün değil ise, işveren tarafından en erken kararlaştırılmış süre sonunda düzenli olarak feshedilebilir. Sürelendirme yazılı biçimin yokluğu nedeniyle geçersiz ise, iş sözleşmesi kararlaştırılan süre sonundan önce de düzenli olarak feshedilebilir.

### **§ 17 Anrufung des Arbeitsgerichts**

*Will der Arbeitnehmer geltend machen, dass die Befristung eines Arbeitsvertrages rechtsunwirksam ist, so muss er innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis auf Grund der Befristung nicht beendet ist. Die §§ 5 bis 7 des Kündigungsschutzgesetzes gelten entsprechend. Wird das Arbeitsverhältnis nach dem vereinbarten Ende fortgesetzt, so beginnt die Frist nach Satz 1 mit dem Zugang der schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers, dass das Arbeitsverhältnis auf Grund der Befristung beendet sei.*

### **§ 17 İş Mahkemesine Başvurma**

İşçi, iş sözleşmesinin sürelendirilmesinin hukuken geçersiz olduğunu ileri sürerse, belirli süreli iş sözleşmesinin kararlaştırılmış olan sona ermesinden sonra üç hafta içinde iş mahkemesinde, sürelendirme nedeniyle iş ilişkisinin sona ermemiş olduğunun tesbitini istemek zorundadır. Feshin Korunması Yasasının §§ 5 den 7 ye kadar olan hükümleri aynen geçerlidir. İş ilişkisi kararlaştırılan sondan sonra da devam edecek olursa 1.cümledeki süre, işverenin iş işverenin iş ilişkisinin sürelendirilme nedeniyle sona ermiş olduğu konusunda yazılı olarak yaptığı bildirim varması ile başlar.

### **§ 18 Information über unbefristete Arbeitsplätze**

*Der Arbeitgeber hat die befristet beschäftigten Arbeitnehmer über entsprechende unbefristete Arbeitsplätze zu informieren, die besetzt werden sollen. Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, den Arbeitnehmern zugänglicher Stelle im Betrieb und Unternehmen erfolgen.*

### § 18 Belirsiz Süreli İşyerleri Hakkında Bilgi Verme

İşveren belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçileri, doldurulması gereken belirsiz süreli istihdama uygun açık işyerleri hakkında bilgilendirmek zorundadır. Bu bilgilendirme işletme ve müessesede işçilere açık olan yerde genel bir duyuru ile de yapılabilir.

### § 19 Aus- und Weiterbildung

*Der Arbeitgeber hat Sorge zu tragen, dass auch befristet beschäftigte Arbeitnehmer angemessenen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zur Förderung der beruflichen Entwicklung und Mobilität teilnehmen können, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe oder Aus- und Weiterbildungswünsche anderer Arbeitnehmer entgegenstehen.*

### § 19 Öğretim ve Eğitim

Zorlayıcı işletme nedenleri ile veya diğer işçilerin eğitim ve öğretim isteklerine aykırı olmadıkça işveren, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin de mesleki gelişmeleri ve hareketlilikleri için öğretim ve eğitim çalışmalarına katılmalarını teşvik edecektir.

### § 20 Information der Arbeitnehmervertretung

*Der Arbeitgeber hat die Arbeitnehmervertretung über die Anzahl der befristet beschäftigten Arbeitnehmer und ihren Anteil an der Gesamtbelegschaft des Betriebes und des Unternehmens zu informieren.*

### § 20 İşçi Temsilciliğine Bilgi Verme

İşveren işçi temsilciliğine süreli istihdam edilen işçilerin sayısı ve onların işletmede ve müessesedeki toplam personel sayısına olan oranı hakkında bilgi verecektir.

### § 21 Auflösend bedingte Arbeitsverträge

*Wird der Arbeitsvertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, gelten § 4 Abs. 2, § 5, § 14 Abs. 1 und 4, § 15 Abs. 2, 3 und 5 sowie die §§ 16 bis 20 entsprechend.*

### § 21 Bozucu Koşula Bağlı İş Sözleşmeleri

İş sözleşmesi bozucu bir koşula bağlı olarak yapılmış ise § 4 fıkra . 2, § 5, § 14 fıkra 1 ve 4, § 15 fıkra 2, 3 ve 5 aynı şekilde §§ 16 dan §20 ye dek olan hükümler uygulanır.

### Vierter Abschnitt Gemeinsame Vorschriften

#### § 22 Abweichende Vereinbarungen

*(1) Außer in den Fällen des § 12 Abs. 3, § 13 Abs. 4 und § 14 Abs. 2 Satz 3 und 4 kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.*

(2) Enthält ein Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst Bestimmungen im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 3 und 4, § 12 Abs. 3, § 13 Abs. 4, § 14 Abs. 2 Satz 3 und 4 oder § 15 Abs. 3, so gelten diese Bestimmungen auch zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern außerhalb des öffentlichen Dienstes, wenn die Anwendung der für den öffentlichen Dienst geltenden tarifvertraglichen Bestimmungen zwischen ihnen vereinbart ist und die Arbeitgeber die Kosten des Betriebes überwiegend mit Zuwendungen im Sinne des Haushaltsrechts decken.

### **Dördüncü Bölüm Müsterek Hükümler**

#### **§ 22 Sapan Anlaşmalar**

(1) § 12 fıkra 3 § 13 fıkra 4 ve § 14 fıkra 2 cümle 3 ve 4 de belirtilen durumlar dışında bu yasanın hükümlerinden çalışanın zararına sapılamaz.

(2) Kamu hizmetine ilişkin bir toplu sözleşmenin § 8 fıkra 4 cümle 3 ve 4. § 14 fıkra 2 cümle 3 ve 4 veya § 15 fıkra 3 hükümleri anlamında hükümler içermesi halinde, bunların toplu sözleşmeyle bağlı olmayan işverenler ve kamu hizmeti dışındaki işçileri için de uygulanması, kamu hizmeti için geçerli olan toplu sözleşme hükümlerinde kararlaştırılmış olması ve işverenlerin işletmenin masraflarını ağırlıklıla bütçe hukukunda öngörülen harcamalar ile karşılama halinde geçerlidir

#### **§ 23 Besondere gesetzliche Regelungen**

*Besondere Regelungen über Teilzeitarbeit und über die Befristung von Arbeitsverträgen nach anderen gesetzlichen Vorschriften bleiben unberührt*

#### **§ 23 Özel Yasal Düzenlemeler**

Kısmi süreli çalışma hakkındaki özel kurallar ve iş sözleşmelerinin diğer yasal hükümlere göre sürendirilmesi hükümleri saklıdır.



# AVUSTURYA KIDEM TAZMİNAT SİSTEMİNE GENEL BİR BAKIŞ

*(An Introduction of the Austrian Severance Indemnity Law)*

Murat ÜNER\*

## ÖZET

Avusturya İşçi ve İşveren Güvencesi Yasasına göre 31 Aralık 2002 tarihinden sonra başlayan iş ilişkilerinde yeni tazminat sistemi geçerlidir. Bu işçi için her ay ilave tazminat anlamına gelir.

**Anahtar kelimeler:** Yeni Tazminat Yasası, Eski Tazminat Yasası, işçi, devlet memuru, yılbaşı parası, Kıdem Tazminatı, tatil parası

## *Abstract*

According to the Austrian Corporate Employee and Self Employed Pension Act for employees whose contracts of employment begin after 31. December 2002, the provisions of the new separation benefits system apply. It means, that every contribution month of an employee's service and certain qualifying non-contributory periods accrue a vested entitlement to benefit.

**Keywords:** New Pension Act, Previous Pension Act, employer, civil servant, New Year Pay, severance pay, holiday pay

1. Dünya savaşından sonra Avusturyada bazı çalışanlara kıdem tazminatı hakkı getirilmiş olunmakla birlikte, bu hak 30.6.1979 tarihine kadar sadece “**Angestellte**” -beyaz yakalılar- denen çalışanlar için geçerliydi. Avusturya iş piyasasında çalışanları başlıca Angestellte (beyaz yakalı özel sektör çalışanı), **Arbeiter** (işçi), **Beamte** (devlet memuru), **Vertragsbediensteter** (sözleşmeli kamu çalışanı) diye 4 gruba ayırabiliriz. Kamu çalışanlarının durumu burada konumuz olmakla beraber, 1 Temmuz 1979 tarihinde yürürlüğe giren 1979/107 sayılı yasa (**Arbeiterabfertigungsgesetz**)<sup>7</sup> “İşçi Kıdem Tazminat Yasası” sayesinde işçileri de

\* Mag., Kammer für Arbeiter und Angestellte in Tirol, (Avusturya, Tirol Bölgesi İşçi ve Beyaz Yakalı Çalışanlar Odası Danışmanı)  
(İşçi ve Beyaz Yakalı Çalışanlar Odası Avusturya’da işçilerin zorunlu olarak üye oldukları yasal bir çıkar birliğidir. Sendikadan farklıdır.)

<sup>7</sup> Arbeitsrechtskodex, Arbeiterabfertigungsgesetz, Wien, 2013

kıdem tazminatı kapsamına alınmıştır. Böylece bu yasa sayesinde uzun süre aynı işte çalışan işçiler de „beyaz yakalılar“ gibi, çalıştıkları süreye göre ve kanunda belirtilen şekillerde iş anlaşmalarının son bulması halinde, kıdem tazminatı hakkı kazanmışlardır.

Avusturyada 1979/107 sayılı eski tazminat yasası halen yürürlükte olup, 1.1.2003 tarihinden önce başlayan eski iş ilişkileri için geçerlidir. Yani çalışanın işe başlama tarihi 1.1.2003 ten önce ise ve halen aynı işyerinde çalışıyorsa, tazminat konusu bakımından eski yasaya tabidir. Zamanla bu yasaya tabi olan çalışan sayısı azalmakla birlikte, halen bu yasa kapsamına giren binlerce çalışan vardır. Kıdem tazminatının anlamını kısaca özetleyecek olursak, belli bir süre aynı işyerinde çalışan kimseye iş sözleşmesinin yasadaki ön görülen belli şekillerde sonlandırılması durumunda, işveren tarafından para olarak ödenen bir tazminat türüdür.

Hali hazırda yürürlükte olan Avusturya eski tazminat yasasına göre bir çalışanın işverenden tazminatını alabilmesi için, o işyerinde en az 3 yıl kesintisiz çalışmış olması gerekmektedir.

Bazı toplu iş sözleşmelerinde, örneğin Boyacılar- Cilacılar ve Tabelacılar toplu iş sözleşmesinde (Kollektivvertrag für Maler-, Lackierer- und Schilderhersteller), sezonluk olarak çalışan ve yılın belli aylarında kapanan iş yerinde, iş sözleşmesinde kesinti olmasına rağmen, çalışan lehinde kıdem tazminatı hakkı getirilmiştir.<sup>1</sup>

Avusturyada yürürlükte olan eski kıdem tazminatı yasasına göre:

|            |        |                  |                |
|------------|--------|------------------|----------------|
| kesintisiz | 3 yıl  | çalışmışlık için | 2 kıdem aylığı |
| kesintisiz | 5 yıl  | çalışmışlık için | 3 kıdem aylığı |
| kesintisiz | 10 yıl | çalışmışlık için | 4 kıdem aylığı |
| kesintisiz | 15 yıl | çalışmışlık için | 6 kıdem aylığı |
| kesintisiz | 20 yıl | çalışmışlık için | 9 kıdem aylığı |

ve en son olarak da kesintisiz 25 yıl çalışmışlık için işveren tarafından 12 kıdem aylığı (kıdem tazminatı) ödenmektedir.

25 yıldan sonra kıdem tazminatında bir artış söz konusu değildir. Bu basamaklar arasındaki bir çalışmışlık süresinde ise, iş ilişkisi yasanın kıdem tazminatı için ön gördüğü şartlarda biterse, çalışan alt basamak üzerinden işverenden kıdem tazminatı almaya hak kazanır. Yani bir çalışanın sözleşmesi yasadaki kıdem tazminatı için ön görülen bir şekilde, çalıştığı işyeri ile 14 yıl 11 ay sonrada bitse, alacağı kıdem tazminatı miktarı 10 yıl üzerinden hesap edilir.

Kıdem tazminatından Genel Sosyal Sigorta Yasası -Allgemeine Sozialversicherungsgesetz- kapsamında sosyal sigorta kesintisi olmamakla birlikte, kıdem tazmi-

<sup>1</sup> § XVIII des Kollektivvertrages für Maler-, Lackierer-und Schilderhersteller-bu toplu iş sözleşmesinin ilgili maddesi-



natı sadece 6% gelir vergisine tabidir.

### **Eski yasaya göre tazminatın hesaplanması:**

Avusturyada 700 civarında toplu iş sözleşmesi olup, bu toplu iş sözleşmelerinin bir çoğunda (% 90 civarında) çalışanlar için yıl içinde 12 aylık ücret yanında, yılda birer defa olmak üzere Tatil Parası „Urlaubszuschuss“ ve Yılbaşı Parası „Weihnachtsgeld“ adında ikramiyeler öngörülmüştür. Yani **genelde** çalışanlar yıl içinde 14 aylık ücret alırlar.

Bu ikramiyelerin sayıları, miktarları ve ödeme zamanları, o toplu iş sözleşmesi ile karara bağlanır.<sup>2</sup> İkramiyelerin sayıları, miktarları ve ödeme zamanları toplu iş sözleşmelerinde tesbit edilmiş olmakla birlikte, ikramiyeler genellikle Haziran ve Kasım aylarında ücretlerle beraber ödenir.

Bu ikramiyeler yasayla doğan bir hak olmayıp, sadece toplu iş sözleşmesi sayesinde oluşmuş bir haktır. Her ne kadar toplu iş sözleşmelerinin sayısı 700 civarında olsa da, halen toplu iş sözleşmesi kapsamına girmeyen meslek dalları da vardır. Örneğin yıllardan beri sendikalar ve işverenler arasında yapılan çalışmalara rağmen, halen özel spor salonlarında-Gym- çalışan spor öğretmenleri ve antrenörler bir toplu iş sözleşmesine bağlı olmadıklarından yılda 12 aylık ücret ile yetinirlerken, yıllar sonra 2000'lerin başında taksi şoförleri için sendika ve işveren kesimi arasında toplu iş sözleşmesi yapılmış ve böylece taksi şirketlerinde çalışan taksi şoförleri toplu iş sözleşmesine konan ikramiye maddesi sayesinde yılda iki ikramiye hakkı kazanmışlardır.

Eski tazminat yasasına göre işverenin tazminat yükümlülüğü ancak iş sözleşmesinin aşağıda belirtilen şekillerde sonlandırılması ile mümkündür:

1) İşverenin işten çıkarma süresine uyarak iş sözleşmesine son vermesi- Avusturyada her iş kolunda o iş kolu için ayrı bir toplu iş sözleşmesi bulunmakta ve her bir toplu iş sözleşmesinde ayrı işten çıkma/çıkarma süreleri bulunmaktadır. Hatta bazen bu çıkma/çıkarma süreleri toplu iş sözleşmelerinde işveren ve çalışan için ayrı, ayrı süreleri içermektedir,

2) İşverenin işten çıkarma süresine uymadan çalışanı **haksız yere** işten kovması,

3) Çalışanın Avusturya iş yasalarına göre, kendisine bu yasalar tarafından tanınan **özel haklarından birini** kullanarak, bizzat iş sözleşmesini kendisinin sonlandırması (Örnek: çalışanın yakalandığı iş hastalığının aynı işe devam etmesi halinde, sağlığını veya hayatını tehlikeye sokabileceğinin bir uzman hekim raporuyla belge-

<sup>2</sup> Örneğin Boyacılar, Cilacılar ve Tabelacılar toplu iş sözleşmesinde „Kollektivvertrag für Maler-,Lackierer- und Schilderhersteller“ Yılbaşı Parası bir maaş iken, Tatil Parası sadece 3,5 haftalıktır (Ücret/4,33\*3,5). Bir ay 4,33 hafta olarak hesaplanır (4,33=52/12).

lenmesi durumunda. Örneğin fırıncılarda sıkça görülen un tozunun solunması ile oluşan „un astımı“,

4) Çalışanın, işverenin kendi üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, iş sözleşmesini sonlandırması - örneğin işverenin en az bir ihbara rağmen ödenmesi gereken ücreti zamanında ödememesi veya işverenin çalışana kötü muamele etmesi, hakaret etmesi, cinsel tacizde bulunması veya çalışana darp etmesi durumunda (çalışanın bu durumu kanıtlaması şarttır),

5) İki tarafın anlaşarak iş anlaşmasını bitirmeleri durumunda „einvernehmliche Lösung“. Bu durumda iki taraf arasında kıdem tazminatı ile ilgili özel bir yazılı mutabakat yoksa, kıdem tazminatı kanunda ön görüldüğü şekilde ödenirgenellikle işveren bu gibi durumlarda çalışanla pazarlık ederek, kıdem tazminatının miktarını düşürme yoluna gitmektedir,-

6) Çalışanın yaştan emekliye ayrılması durumunda- burada özel bir madde ile kıdem tazminatı hakkı için çalışanın en az 10 yıl o iş yerinde çalışmışlığı aranmaktadır,-

7) Çalışanın malulen emekliye ayrılması halinde,

8) Çalışanın ölümü durumunda.

Çalışanın kıdem tazminat hakkı olmayan durumlar ise:

Çalışanın iş sözleşmesini kendisinin bitirmesi, işverenin **haklı** bir sebepten-örneğin hırsızlık- çalışana işten kovması, çalışanın sebepsiz ve gerekçesiz olarak iş anlaşmasına uymaması-örneğin işe gerekçesiz gelmemesi-.

Bu eski tazminat yasası Avusturyada hali hazırda yürürlükte olup, **1.1.2003 tarihinden önce** başlayan ve hiç bir kesintiye uğramadan halen devam eden iş ilişkileri için geçerlidir. Burada çalışanın tazminat olarak alacağı kıdem tazminatı, o çalışanın yıl içinde aldığı ikramiyelerinde 1/12 oranında aylık kazandığı ücretine ilave edilmesi ile hesap edilir, başka bir anlatımla, 1 aylık brüt kıdem tazminatı, brüt yıllık gelirin 1/12 dir.

Örneğin 3 sene 2 ay aynı işyerinde çalışan bir çalışanın, işverenin kendisine çıkış vermesi durumunda, brüt aylık ücretinin € 1.200.-- olduğunu, yıllık 2 ikramiye hakkı olduğunu, her bir ikramiyenin de brüt € 1.200.-- olduğunu kabul edersek, € 1.200.-- ücret+1/12 Tatil Parası= €100 € + 1/12 Yılbaşı Parası= €100 olarak hesaplanırsa, 1 aylık kıdem tazminatı brüt € 1400 olacağından, bu çalışanın 3 aylık toplam kıdem tazminatı da € 1.400 €\*3= brüt € 5.200 olur ve bu kıdem tazminatından sadece %6 gelir vergisi kesilir.

Kıdem tazminat aylığına kadar olan kıdem tazminatlarını işveren çalışanın son ücreti ile birlikte çalışana peşin ödemek zorundadır. 3 aylıktan fazla olan kıdem tazminatlarda, 3 aylık kıdem tazminatı son aydaki ücret ile beraber ödenirken, tazminatın geri kalan kısmı 3 ay aradan sonra, iş ilişkisinin bitimini takip eden 4.

aydan itibaren eşit taksitlerle ödenir. Örneğin Mayıs ayında çıkış verilen bir çalışanın 5 aylık kıdem tazminatı hakkı varsa, çalışanın kıdem tazminatının 3 aylığı peşin olarak Mayıs ayında ödenirken, geri kalan 2 kıdem tazminat aylığı 3 ay aradan sonra, Eylül ve Ekim aylarında iki eşit taksitte ödenir.

Bu yasa hali hazırda yukarıda da belirtildiği üzere 1.1.2003 tarihinden önce başlayan iş ilişkileri için geçerli olup, Avusturyada özellikle sendikaların baskısı sebebiyle zamanın Başbakanı Wolfgang Schüssel<sup>3</sup> hükümeti döneminde, yeni bir kıdem tazminatı yasası parlamentodan geçerek 1.1.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

### **Neden yeni yasa ihtiyacı doğdu?**

Açıkcası bunun en belirgin nedeni bir çok çalışanın çalıştığı işyerinden ve çalışma ortamından memnun olmamasına rağmen, kendisinin iş anlaşmasını bozması halinde kıdem tazminatı hakkını kaybedeceğinden, özellikle sendikaların hükümet üzerindeki baskılarının sonucu böyle yeni bir yasa çıkarıldı. Aslında işverenlerin büyük çoğunluğu eski yasadan memnundular, çünkü ellerinde kıdem tazminatı ödemesini engelleyecek bir takım enstrümanlar vardı:

Öncelikle çalışanı 3 yılı doldurmadan ve tazminatını ödemedenden işten çıkarma gibi bir imkanları vardı, bunun yanında bazı işverenler uzun yıllar aynı işte çalışan personeli, kanunlar çerçevesinde kalarak çeşitli yollarla yıldırma yoluna gidiyorlardı- iş saatinde değişiklik, işyerinde değişiklik, Mobbing vs.-.

Böyle durumlarda çalışan işten kendi arzusu ile ayrılıyor, yada işverenle anlaşarak kanunda ön görülen kıdem tazminatının sadece bir kısmını alarak, iş ilişkisini anlaşmalı olarak bitiriyordu.

Diğer taraftan bazı çalışanlar da, işverenin kendisine çıkış vermesi için büyük bir çaba içindeydiler; en önemsiz bir rahatsızlıkta bile, aile hekiminden hastalık raporu alarak, günlerce raporlu olarak işe gitmiyor, bir kaç hafta çalıştıktan sonra tekrar rapor alarak işvereni yıldırma çalışıyorlardı. Avusturyada çalışana hastalık süresince ücretin ödenmesi yasasına” Entgeltfortzahlungsgesetz” göre işveren her bir çalışma yılı içinde-takvim yılı değil- hastalanan çalışanın ücretini, çalışanın o iş yerinde kaç yıldan beri çalıştığı ile doğru orantılı olarak 10 haftadan 16 haftaya kadar ödemekle yükümlüdür- daha uzun hastalık durumlarında ücret ödemesi sağlık sigortası tarafından gerçekleştirilir.

Çalışanla işverenin birbirlerinden memnun oldukları işyerlerinde hiç bir problem yokken, iki taraftan birinin iş anlaşmasını sonlandırmak istemesi ve kıdem tazminatı meselesi, tam bir “küçük savaş” nedeniydi. İş Mahkemeleri bu tip davalarla bloke olmuş, konunun uzmanı Avukatlar yoğun mesai halindeydiler.

<sup>3</sup> 2000-2007 yıllarında Başbakanlık yapmış ÖVP mensubu (Avusturya Halk Partisi)

### Yeni Kıdem Tazminat Yasası

1.1.2003 yılında Avusturyada hükümet sosyal taraflarla da anlaşarak, bir mutabakat ile yeni bir Kıdem Tazminat Yasası çıkardı. Yine bu yasa ile özel Kıdem Tazminat Fonları (Mitarbeitervorsogekassen) kuruldu. Bu fonlar kamu kuruluşları olmayıp, büyük bankaların ve sigorta şirketlerinin ortaklıklarıyla özel şirketler olarak kuruldu. Şu anda Avusturyada 9 tane ayrı özel Kıdem Tazminat Fonu bulunmakta ve bu fonların 7 tanesinin merkezi Viyanada olup, ülkenin önde gelen banka ve sigorta şirketlerine aittirler.

Her işveren kendi işyeri için bir Kıdem Tazminat Fonu seçerek, çalıştırdığı personelini bu Kıdem Tazminat Fonuna kaydettirmek mecburiyetindedir. Sistem ana hatlarıyla şöyle çalışmaktadır:

Önce işveren bir Kıdem Tazminat Fonuyla anlaşarak, bir üyelik anlaşması imzalamakta ve o Kıdem Tazminat Fonunun üyesi olmaktadır. İşveren istediği zaman, 1 yıl öncesinden bildirmek şartıyla, bağlı olduğu Kıdem Tazminat Fonunu değiştirebilir. İşverenin bütün çalışanları aynı fona bağlıdır. İşveren işe aldığı çalışanını birinci iş gününde Sosyal Güvenlik Kurumuna kayıt ettirmek zorundadır. Sosyal Güvenlik Kurumu işverenin hangi fonla anlaşma yaptığını, işverenin Sosyal Güvenlik Kurumuna daha önce verdiği beyandan bildiğinden dolayı, çalışanın sigorta kaydını yaparken, işverenin bağlı olduğu fona da, yeni işe başlayan çalışanın kimlik bilgilerini bildirerek, Kıdem Tazminatı Fonunda o çalışanın kıdem tazminatı işlemlerini başlatır.

İşveren ilk ay için Kıdem Tazminat Fonu ödemelerinden muaf olup, ikinci aydan itibaren çalışanın kıdem tazminatı ödemelerini çalışanın sigorta primleriyle beraber Sosyal Güvenlik Kurumuna öder. Sosyal Güvenlik Kurumu ise, işveren tarafından çalışan namına kendisine aylık olarak ödenen bu kıdem tazminatı primlerini, yıl sonunda işverenin bağlı olduğu Kıdem Tazminat Fonuna çalışanın adına aktarır. Yani kıdem tazminatı ödemeleri işveren tarafından önce Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenir, bu kurum çalışanın sigorta primlerini topladığı gibi, aynı zamanda kıdem tazminatı primlerinde toplanmasını gözeten ve denetleyen kurumdur.

Bu primlerin toplanmasında hiç bir aksaklık olmaz, eğer işveren bir önceki ayın sosyal sigorta ve kıdem tazminatı primlerini Sosyal Güvenlik Kurumuna bir sonraki ayın onbeşine kadar ödemezse, kendisine önce aynı ayın yirmisinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bir ihbarname gönderilir ve verilen onbeş günlük ek süre içerisinde bu primlerin ödenmemesi durumunda ise, Sosyal Güvenlik Kurumu kanunun kendisine verdiği yetkiye dayanarak, işveren hakkında hemen icra takibi başlatır.

2-3 ay içinde ya işveren mahkeme masrafları ile Sosyal Güvenlik Kurumuna borcuna öder, ya da mahkeme tarafından işverenin iflası ilan edilir. Yani sosyal si-

gorta primlerini ve kıdem tazminatı primlerini aylarca ödememek söz konusu bile olamaz. Ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumu her işvereni periyodik olarak denetler. Bunun dışında her işyeri en fazla 7 yıl ara ile Sosyal Güvenlik Kurumu denetçileri tarafından bir kaç hafta süren denetlemelere tabidir, her işveren son 7 yıllık hesaplarını ve maaş bordro örneklerini bu denetçilere ibraz etmek mecburiyetindedir. Gereken hesaplamalar sonunda, bir işverenin sigortasız çalışanı olduğu tesbitinde, bütün sigorta primleri hesaplanarak 15 gün içinde kendisine bildirilir ve ödemediği takdirde icra ve iflas yolu açılır.

Her işveren ikinci ayın başından itibaren çalışanın brüt kazancının 1,53% ünü Sosyal Güvenlik Kurumuna, yıl sonunda çalışanın Kıdem Tazminat Fonu hesabına yatırılması için, çalışanın sigorta primiyle beraber aylık periyotlar halinde öder. Çalışanın ikramiyeleri, kullanmadığı yıllık iznin kendisine iş sözleşmesinin bitiminde para olarak ödenmesi vs. bu Kıdem Tazminat Fonu matrahına dahildir. Örneğin aylık brüt € 2.000.-- ücreti olan ve iki ikramiye ile senede  $14 \times 2.000 \text{ €} = \text{€ } 28.000.--$  brüt kazanan bir çalışan için, işveren yıl içinde toplam  $14 \times 2.000 \times 1,53/100 = \text{€ } 428,40$  brüt Kıdem Tazminat Fonu ödemesi yapar.

Her çalışan yılda bir defa daha önce çalıştığı ve halen çalışmakta olduğu işverenin bağlı oldukları ve çalışan için ödeme yaptıkları fonlar tarafından yazılı olarak bilgilendirilir. Örneğin işçi 2010 yılında iki işverende çalışmış olsa ve 2011 den beride kesintisiz 3. bir işverende çalışıyor olsa, bu durumda her üç fonda- bazen bunların hepsi aynı fonda olabilir- çalışana fon hesabındaki miktar hakkında yıllık bir rapor yollarlar. Eğer bir işyerinde işyeri temsilcisi (Betriebsrat) seçilmişse, hangi Kıdem Tazminat Fonunun seçileceği, işverenle çalışan temsilcisi arasında yapılan yazılı anlaşma (Betriebsvereinbarung) ile tesbit edilir.

Çalışan temsilcisi olmayan işyerlerinde, Kıdem Tazminat Fonu işveren tarafından seçilir.<sup>4</sup> Çalışanların en az 1/3 inin seçilen Kıdem Tazminatı Fonuna 2 hafta içinde yazılı itirazları olmazsa, bu fonla işveren bir anlaşma yapabilir. İşveren işyerini açtıktan sonraki 6 ay içinde herhangi bir Kıdem Tazminat Fonu ile bir anlaşma yapmazsa, Kıdem Tazminat, Fonu Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından seçilir ve işverene bildirilir. Her işveren işe aldığı çalışanına vermekle zorunlu olduğu iş anlaşmasında (Dienstzettel) bağlı olduğu tazminat fonunun ismini ve adresini bildirmekle yükümlüdür.

Kıdem Tazminat Fonunun/Fonlarının ödeme yapabilmesi için, çalışanın toplam en az 3 yıl bir veya birden fazla işyerinde çalışmış olması ve son iş ilişkisinin ya işveren tarafından, ya anlaşmalı, ya çalışanın yasada ön görülen bir sebepten, ya çalışanın emekli olması yada ölümü nedeniyle sonlanması şartı aranır.

Yani bir çalışan en az 36 ay bir veya bir kaç işverende çalışmış ise ve son iş iliş-

<sup>4</sup> [http://tirol.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/abfertigung/Abfertigung\\_neu.html](http://tirol.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/abfertigung/Abfertigung_neu.html)

kisi kanunun kıdem tazminatı ödenmesini ön gördüğü şekillerden biri marifetiyle bitmişse, çalışan bu 3 yıl içinde her bir çalıştığı işverenin bağlı olduğu kıdem tazminatı fonundan yatmış paraları nasıl değerlendireceği konusunda fon/fonlardan birer mektup alır, burada çalışan isterse her bir fondaki veye bazı fonlardaki -aynen mevduat hesabı gibi- kıdem tazminatı hakkının ödenmesini talep edebilir veye hesaptaki paraları faizlenmek üzere fonda bırakabilir. İşveren tarafından fona ödenen kıdem tazminatı primleri-son iş sözleşmesi çalışan tarafından kıdem tazminatı doğurmayan şekilde bitirilirse- fonda kalır ve o an için bir ödeme yapılmaz. Burada bir kayıp söz konusu değildir, para şimdilik fonda kalarak değerlendirilir.

Sistem oldukça karmaşık gibi görünsede, fonların ve Sosyal Güvenlik Kurumunun düzenli çalışması, herkesin görevini layığı ile yapması sayesinde, bir çok fonun olduğu rekabetçi bir sistemde, fonların müşteri kazanmak için özel gayret sarf ettiği bir ortamda, her tarafın kazandığı bir sistem oluşmuştur.

İşverenin eskiden kendisine büyük yük getiren kıdem tazminat ödemesi, bu yasa ile öngörülür hale gelmiş ve bütün çalışma maliyetlerini yılda sadece % 1,53 oranında artırmıştır. Duruma çalışanlar açısından bakacak olursak, kimse artık kıdem tazminatı uğruna düşük aylık, kötü iş ortamı, istemediği işte çalışma vs. zorunda değildir. En kötü ihtimalle çalışanın iş ilişkisini kendisinin bitirmesi durumunda, fonlara yatmış paralar hemen kendisine ödenmesede, çalışanın maddi bir kaybı söz konusu değildir. Bir sonraki işinden çıkarıldığı zaman, isterse bütün fonlara yatmış birikmiş kıdem tazminatı paralarını alabilmektedir. Yani çalışanın işverene bağımlılığı azalmış, iş değiştirmenin önündeki engeller kalkmış ve iş piyasasına hareketlik gelmiştir. Fonun ödemesi işveren tarafından yatan primler ve bu primlerin faizlerinden, fon yönetim masraflarının düşülmesi ile hesaplanır. Burada çalışanın faiz kazancının, fon yönetim masraflarından daha fazla olması kanunla düzenlenmiştir.

Her işveren çalışana aylık olarak vermekle yükümlü olduğu ücret bordrosunda o ayki kıdem tazminat matrahını, kesilen ve sosyal güvenlik kurumuna yatan kıdem tazminat miktarını ibraz etmekle yükümlüdür. Ayrıca her yıl kıdem tazminat fonuları çalışanlara yollamakla yükümlü oldukları yazılı belgede, fona işveren tarafından ödenen miktarı, faizi ve fon masraflarını çalışana bildirmek zorundadırlar. Çalışan çalıştığı işverenle ile iş sözleşmesinin kıdem tazminatı ödenmesi öngörülen bir şekilde bitmesi halinde, en az toplam 3 yıl çalışması şartı ile, kıdem tazminatı fonlarına yatırılmış miktarları almaya hak kazanır veya bu paralar çalışanın hesabında kalarak faizle değerlendirilir.

Aşağıdaki durumlarda Kıdem Tazminat Fonunda/Fonlarında birikmiş kıdem tazminatı her halukarda fon tarafından ödenir:

Avusturyada veya Avrupa Birliği ülkelerinden birinde emekli olduğunda,

Eğer son 5 yıl içinde hiç bir işveren tarafından çalışan için kıdem tazminat fonlarına ödeme yapılmamışsa- örneğin çalışanın yurtdışına taşınması-

Çalışanın ölümü durumunda fonlarda birikmiş kıdem tazminat hakları çalışanın geride kalan eş ve çocuklarına-çalışanın bu çocuklar için devletten çocuk parası alıyor olması gerekmektedir- eşit şekilde ödenir. Kıdem tazminatının geride kalan eş ve çocuklara fon tarafından ödenebilmesi için, eş ve çocukların ayrı ayrı ölümden sonraki 3 ay içerisinde fona yazılı müracaatları gerekmektedir.

Eski kıdem tazminatı sistemine bağlı olan bir çalışanın işverenle yapacağı bir anlaşma sayesinde, yeni kıdem tazminatı sistemine geçiş yapabilmeye aşağıdaki şekillerde mümkündür:

„Dondurmak“: çalışanın işverenle yaptığı bir anlaşma ile eski kıdem tazminatı kanunu çerçevesindeki kıdem tazminat hakları işverenle dondurulur ve işveren yeni kıdem tazminatı yasasına göre fon için Sosyal Güvenlik Kurumuna aylık ödeme yapmaya başlar. Kıdem tazminatının fon ödemesinden önceki evresi eski yasaya, işverenin fona ödemesinin başladığı tarihten sonrası ise, yeni yasaya tabidir. Örneğin bu durumda çalışan ileride iş ilişkisini kendisi bitirirse, kıdem tazminatının eski yasa kapsamındaki kısmını kaybeder, yeni yasa kapsamındaki kısmı fonda kendi hesabında, ileride kendisine ödenmek üzere kalır. İşverenin kendisine çıkış vermesi durumunda ise, işverenden kıdem tazminatının eski yasa kapsamında olan kısmını alır ve fondan kıdem tazminatının yeni yasa kapsamında olan kısmını ister alır, isterse de parayı fonda değerlendirilmek üzere bırakır.

İşverenle yapılan bir anlaşma sayesinde, işveren tarafından üzerinde mutabakata varılan bir miktar işveren tarafından fona ödenerek, tamamen yeni sisteme geçilir ve bu geçişten sonra işveren düzenli olarak aydan aya yeni sisteme göre fona ödeme yapar. Böylece ileride işverene karşı kıdem tazminat hakkı fona devredildiğinden, işveren tarafından çalışana kıdem tazminatı ödenmez. Yine Yasanın öngördüğü şekilde işverenin bu ödemesinin taksitlendirilmesi mümkündür.

**KAYNAKÇA**

Binder, Martin: *Individualarbeitsrecht I.*, Wien 2009

Marhol Franz, Friedrich Michael: *Österreichisches Arbeitsrecht*, Wien 2011

Schrank Franz, Mazahl Wolfgang: *Arbeitsrecht*, Wien 2008

Österreichischer Arbeitsrechtskodex, 20013

**E- Kaynaklar:**

[http://tirol.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitundrecht/abfertigung/Abfertigung\\_neu.html](http://tirol.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitundrecht/abfertigung/Abfertigung_neu.html)