

TÜRK İŞ HUKUKUNDA KAPSAMDIŞI PERSONEL

Şerafettin GÜLER
TÜHİS Uzmanı

GİRİŞ

Çalışma Hayatının ve Endüstri İlişkileri sisteminin dünyadaki gelişim seyri ve ülkemizdeki gelişim seyri farklılıklar arz etmektedir. Oldukça yeknesak olan insanoğlunun hayat macerası bir ada ülkesi olan İngiltere’de keşfedilen bir makineyle birden değişir. 1768 yılında James Watt buhar makinesini insanoğlunun hizmetine sunar.¹ Bir devrim olan bu keşif toplumun o güne kadar aşına olmadığı yeni bir doku oluşturur. Ecir-i Has denilen bir çalışan gurubu ortaya çıkar. Bağımlı çalışanlar diye nitelenebilen bu grup büyük fabrikalarda seri imalat için çalışan yığınsal gruplara dönüşür. Önceleri liberal ekonomik anlayışın etkisiyle çalışma hayatına herhangi bir müdahale olmaz dolayısıyla bağımlı çalışanlar olarak nitelenen “işçi” ler, çok kötü çalışma koşullarıyla karşı karşıya kalırlar. Sanayii ihtilalinden sonra tarihin en gaddar ve gayri insani ilişkilerini çalışma hayatına tesis eden Batı kültürü, siyasi anlamdaki insan haklarını ancak 18. yüzyılın ikinci yarısında, iktisadi ve sosyal anlamdaki insan haklarını ise 20. yüzyılın ilk yarısı içinde benimsemeye başlar.² Uzun çalışma saatleri ve kötü çalışma koşulları karşısında işçiler kendi aralarında örgütlenerek haklarını savunmaya başlarlar. Bir tepki olarak başlayan bu hareketler yer aldığı ülke

¹ Aytül Çolak, Ayhan Gençler, **Bilgi Çağında Çalışma İlişkileri**, www.bilgiyönetimi.org/cm/pages/mkl_gos.php?, s.1.

² Kamil Turan, **Başlangıcından Cumhuriyet’e Kadar Türk Çalışma Hayatında İnsani Değerler Açısından Uygulamalar**, Ankara, Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan TÜHİS Yayını, 2000, s.127.

koşullarına ve benimsediği amaçlara göre değişik nitelik ve özellikler gösterir.³ Sanayii Devriminin bir ürünü olan sendikalar bu tepkilerle birlikte önceleri tüm ülkelerde yasaklanır. Ancak tarihleri farklı olmakla beraber daha sonra her ülkede serbest bırakılır.

Osmanlı dönemi Türk çalışma hayatı diğer sanayileşmiş ülkelerden oldukça farklı bir seyir izler. Sanayinin geliştiği dönemlerde Osmanlı'da Ahiliğin bir devamı niteliğinde olan Loncalar çalışma hayatına hakimdir. Ahilik ve Lonca teşkilatlarının amacı üyeleri arasında yardımlaşmayı sağlamak ayrıca mesleki faaliyetlerin uygulanışını düzenlemek ve denetlemek olarak belirlenmiştir.⁴ Bu dönem çalışma hayatına yön veren kanuni düzenleme ise Mecelle'dir. Hukuki düzenlemeler, toplumun mevcut bir ihtiyacını karşılamak için yapılır. Dolayısıyla, Mecelle dönemine zamanın koşulları içinde bakmak, sadece tezgah sanayiine ve esnaf ticaretine dayanan bir ekonomik düzende daha ileri sayılabilecek hukuki hükümlerin kabulünü beklememek gerekir.⁵

Yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti, 1924 Anayasası ile sadece Cemiyet kurma hakkını tanıyordu. 1946 yılında cemiyetler kanununda değişiklik yapılmış ancak bu değişikliğe rağmen 1923 - 1946 yılları arasında Türkiye'de sendikadan ve sendikacılık hareketinden söz etmek mümkün değildir.

Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın kurulması ve Türkiye'nin de buraya üye olmasıyla gelişen süreçte 1947 yılında 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Sendikalara umumi mukavele yapma yetkisi tanıyan kanun, grev hakkı tanımamış olmakla birlikte, sendikacılık hareketinde 1948 yılından itibaren belirli bir canlılık yaşatmıştır.⁶

1950'li yıllardan sonra Türk toplum yapısında büyük değişiklikler yaşanmaya başlar. Kırlardan büyük şehirlere doğru çok hızlı göç, gecekondulaşma, sanayileşme düzeyini aşan şehirleşme hızı bu yapı değişikliğinde büyük rol oynar.⁷ Yaşanan toplumsal dönüşümün ardından

³ Meryem Koray, **Endüstri İlişkileri**, İzmir, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları No:22, 1992, s.83.

⁴ **Grolier International Americana Encyclopedia**, İstanbul, Sabah Yayınları Cilt 1, 1993, s.170.

⁵ Fevzi Demir, **Atatürk Dönemi Çalışma Hayatımız**, Ankara, Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan TÜHİS Yayını, 2000, s. 799.

⁶ Yavuz Öz, **Tarihi ve Hukuki Gelişimi Açısından Türkiye'de İşçi Sendikalarının Üst Örgütlenmesi**, Ankara, Öz İplik-İş Sendikası Eğitim Yayınları, 1994, s.40.

⁷ Erdinç Yazıcı, **Osmanlı'dan Günümüze Türk İşçi Hareketi**, Ankara, Aktif Yayınları, 1996, s.135.

1961 Anayasasına dayalı olarak çıkarılan ve 1963 yılında yürürlüğe giren “274 sayılı Sendikalar Kanunu” ve “275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu” işçilere tanıdığı, grev hakkı, toplu iş sözleşmesi hakkı ve sendikaları güçlü kılacak yeni iktisadi imkanlar sağlaması ile Türk işçi hareketinde bir dönüm noktası oluşturmuştur.⁸

Uzun yıllar çalışma hayatında uygulanan 274 ve 275 sayılı kanunlar, 1982 Anayasasının halk oylaması ile kabul edilmesinden sonra bazı değişiklikler yapılarak 1983 yılında 274 sayılı kanun yerine 2821 ve 275 sayılı kanun yerine de 2822 sayılı kanunlar kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur.⁹ 2821 ve 2822 sayılı kanunlarda zaman içinde yeni ihtiyaçlara cevap verecek şekilde çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

Şüphesiz ki Türk çalışma hayatı içinde her olayın bir başka önemi vardır. Ancak işçi sendikaları için 1961 Anayasası'nın yeri oldukça farklıdır. Bu tarihten sonra 274 ve 275 sayılı Kanunların yürürlüğe girmesi ile işçi sendikaları toplu iş sözleşme masalarında üyeleri için sözleşme bağitlamaya ve önemli ekonomik kazanımlara imza atmaya başlamışlardır. Bu süreç ile beraber işçi sendikaları zamanla üyelerinin bir kısmını TİS dışında bırakmaya başlamışlardır. Bu uygulama öğretide çeşitli tartışmalara neden olmuş ve uygulamada “kapsam dışı personel” olarak adlandırılan bu işçilerle ilgili olarak 2822 Sayılı TİSGLK'unda, önceki 274 sayılı Kanunda olduğu gibi, herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yargıtay, 2822 sayılı Kanunun, yerini aldığı 275 sayılı Kanun döneminden itibaren TİS'nin kapsamı dışında kalanların, taraf sendikaya üye olup olmamalarına bakılmaksızın, sözleşmeden yararlanamayacaklarını kabul etmiştir.¹⁰

Kapsam Dışı Personel Kavramı

Kapsam dışı personel kavramı, çalışma hayatımızda ancak 1961 Anayasasında yapılan düzenlemelerden sonra çıkarılan 274 ve 275 sayılı kanunlarla uygulama alanı bulmuştur. Bu tarihe kadar toplu iş sözleşmesi bağitlayamayan sendikalar için kapsam dışı personel kavramından söz etmek mümkün değildir. 1961 Anayasasında yapılan düzenlemelerden sonra toplu iş sözleşmesi bağitlamaya başlayan sendikalar bir kısım işçileri toplu iş sözleşmesinin dışında tutmuşlardır.

⁸ Yazıcı, a.g.e., s.138.

⁹ Nuri Çelik, **Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunun Elli Yılı**, İstanbul, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları No:16, 1988, s.93.

¹⁰ Nuri Çelik, **Kapsam Dışı Personelle Sağlanan Menfaatlere İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine**, Ankara, Kamu – İş Dergisi, Cilt:7, Sayı:3, s.295.

İşçilerin akit taraflarınca kapsam dışı bırakılmalarını açıkça düzenleyen bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Uygulamada ise kapsam dışı kalma iki şekilde gerçekleşmektedir. İşçiler ya yasadan ötürü zorunlu olarak kapsam dışı kalmakta, ya da sözleşme tarafları serbest iradeleri ile bazı işçi gruplarını kapsam dışı bırakmayı kararlaştırmakta ve bu hususu toplu iş sözleşmesine bir madde olarak yazmaktadırlar.¹¹ İşveren vekili hariç bunların tamamı işçi sayılan ve işçi sendikasına üye olabilecek durumda olan kişilerdir. Böylece bu kişiler iş sözleşmesi alanına terkedilmişlerdir. Ancak kapsam dışı kalmak için mutlaka sendika üyesi olmak gerekmez. Sendika üyesi olmayan işçilerin de sözleşme ile kapsam dışı bırakılmaları mümkündür. Bir başka ifade ile “Belli işler kapsam dışı bırakılabilmekte ve bu işlerde çalışan tüm işçiler -ister taraf sendika üyesi olsun, ister olmasın-toplu iş sözleşmesinden yararlanamamak-tadırlar. Kapsam dışı işlerde çalışan işçilerin dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmeden yararlanmaları da mümkün değildir.”¹²

Tanımı

“Bir işyeri, işyerleri veya işletmede, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye olsun veya olmasın, belirli bir nitelik ve konumda bulunan işçilerin toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı dışında tutulmasına kapsam dışı bırakılma; konumları gereği toplu iş sözleşmesinin uygulanmadığı işçilere de kapsam dışı personel denilir.”¹³ Bu tanımdan yola çıkarak kapsam dışı personel ile ilgili bazı saptamalarda bulunmak yerinde olacaktır.

Kapsam Dışı Personel Kavramının Unsurları

a) Kapsam Dışı Bırakılanların Hukuki Niteliği

Tanımdan da anlaşılacağı gibi kapsam dışı bırakılacak kişiler ancak işçilerdir. Özel sektör istihdamı açısından bir sorun olmasa da kamu istihdamında birden fazla istihdam türü olduğuna göre bu ayrıma

¹¹ Seza Reisoğlu, **Toplu İş Sözleşmelerinde Kapsam Dışı Kalan Personelin Hukuki Durumu**, Ankara, TÜTİS Dergisi Cilt: 6, Sayı: 1, Ocak 1982, s. 3.

¹² Seza Reisoğlu, **2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1986, s.44.

¹³ Mevlüt Can, **Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği**, İstanbul, Sentez Yayınları, 1996, s. 50.

* Ülkemizde 4857 Sayılı İş Kanunu dışında yürürlükte olan Borçlar Kanunu, 854 Sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'larla da işçi istihdam edilmekte ancak çalışmada İş Kanunu olarak kullanacağımız Kanun 4857 Sayılı İş Kanunu olacaktır.

dikkat çekmekte yarar var. Anayasa'nın 128. maddesinde "..... kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" denmekte ve "diğer kamu görevlileri" kavramına 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde açıklık getirilmektedir. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. Maddesi bu istihdam türlerini; "memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler" şeklinde belirlemiştir. İşçiler de **4857*** Sayılı İş Kanunu'na göre istihdam edilmekte ve kanunun tanımlar başlıklı 2. maddesinde **işçi**; "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi" şeklinde tanımlanmıştır. Kural olarak memurların hukuki durumu **idare hukuku** alanına, işçilerin ise **iş hukuku** alanına girmektedir. Dolayısıyla kapsam dışı bırakılacak olanların münhasıran kamu için, işçi olmaları gerekmektedir.

b) İşçinin Sendika Üyesi Olması veya Olmaması

87 Sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Hakkında Uluslar arası Çalışma Sözleşmesi' nin 2. Maddesine göre "Çalışanlar ve işverenler, herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşuluyla bunlara üye olmak hakkına sahiptirler."¹⁴ denmekte ve 1982 Anayasası'nın 51. maddesi de önceden izin almaksızın sendikaların kurulabileceğini ayrıca üyelik konusunda da " Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz" diyerek bu hakkı güvence altına almaktadır. Maddenin devamında "Aynı zamanda ve aynı iş kolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz" denilerek aynı işkolunda tek sendika üyeliği getirilmiş ve birden fazla sendika üyeliği olması durumunda sonraki üyeliklerin geçersiz olacağı vurgulanmıştır.(Sen. K. 22) Sendika üyeliği Sen.K. 20. maddesinde düzenlenmiş ve kanunun belirlediği şartları taşıyanların sendika üyesi olabilecekleri belirtilmiştir.

Kapsam dışı bırakılacak işçilerin sendika üyesi olması veya olmaması durumu değiştirmemektedir. Sendika üyesi olan bir grup işçi, dayanışma aidatı ödeyen bir grup işçi veya herhangi bir sendikayla hiçbir bağlantısı olmayan bir grup da kapsam dışı bırakılabilir. Bu noktada

* Ülkemizde 4857 Sayılı İş Kanunu dışında yürürlükte olan Borçlar Kanunu, 854 Sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanun'larla da işçi istihdam edilmekte ancak çalışmada İş Kanunu olarak kullanacağımız Kanun 4857 Sayılı İş Kanunu olacaktır.

¹⁴ Murat Şen, **Türkiye Cumhuriyeti'nin Onayladığı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler**, Ankara, TÜHİS Yayın No: 41, 2003, s. 384.

İleride ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız eşitlik ilkesi temel ilke olarak ele alınabilir. Kanun Önünde Eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Eşit Davranma Başlıklı 5. maddesi ve 2821 Sayılı Sen.K.'nun Sendikaya Üye Olup olmama Hürriyetinin Teminatı başlıklı 31. maddeleri ana referans noktaları olarak kullanılacaktır.

c) Uygulanan Bir Toplu İş Sözleşmesinin Bulunması

Kapsam dışı personel kavramının ortaya çıkmasında en önemli unsur halen yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunması ilkesidir. Çünkü bir toplu iş sözleşmesi yoksa tarafların kapsam dışı bırakma eylemi de gerçekleşmeyecektir. Kanunen kapsam dışı kalanlar (işveren vekili gibi) hariç, TİS yoksa kapsam dışılık da olmayacaktır.

98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Görüşme Hakkı Prensiplerinin Uygulanması Hakkında Uluslararası Çalışma Sözleşmesi' nin 4. maddesine göre "Çalışma şartlarını kolektif mukavelelerle tanzime etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde millî şartlara uygun tedbirler alınacaktır." ¹⁵ Aynı doğrultuda Anayasa'nın 53. maddesi " İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler." diyerek TİS'in bir anayasal hak olduğunu ve bunun nasıl yapılacağını da kanunla düzenleneceğini belirtmiştir. 2822 sayılı TİSGLK'nun 2. maddesine göre "Toplu iş sözleşmesi, hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir." denmektedir.

Buradan da anlaşılacağı üzere işyeri ve/veya işletmede bir toplu iş sözleşmesinin bulunması gerekir. Aksi takdirde Toplu iş sözleşmesi olmadan bir grup çalışanın TİS dışı bırakılarak bir uygulamaya gidilmesi düşünülemez. Taraflar arasında bir TİS imzalandıktan sonra nesnel kriterler gözönünde bulundurularak yine tarafların anlaşması neticesinde (kapsam dışı kalacak olanların rızası şart değil) kapsam dışı bırakılacak grup tespit edilir. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan işyerinde çalışan bazı

¹⁵ A.g.e., s.354.

işçilerin kapsam dışı bırakılmasına ilişkin hükümlerin geçerliliği, tarafların sözleşme özerkliğine dayandırılmaktadır. Buna göre toplu iş sözleşmesiyle bağlı olanlar ile toplu iş sözleşmesinin kişiler bakımından uygulama alanı karıştırılmamalıdır. Sözleşme ile bağlı olanlar kanun ile belirlenirken, sözleşmenin uygulama alanına kimlerin gireceğini ise taraflar belirlemektedir.¹⁶

d) Toplu İş Sözleşmesi ile Bir Grup İşçinin Uygulama Alanı Dışında Tutulması

275 sayılı Kanun döneminde hem işyeri hem de işkolu esasına göre TİS yapılabildiği için bir ikilik ortaya çıkmaktaydı.¹⁷ Ancak 1982 Anayasası'nın 53. maddesi "Aynı işyerinde, aynı dönem için, birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz" diyerek bu ikili durumu ortadan kaldırmıştır. 2822 sayılı TİSGLK'nun 3. maddesi " Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir." diyerek TİS'in yer olarak uygulama alanını belirlemiş ancak kişiler açısından-Kanunen kapsam dışı kalanlar hariç-bir sınırlama getirmemiştir. Dolayısıyla bağtlanan bir toplu iş sözleşmesinde taraflar serbest iradeleri ile bir grup çalışanı belirlemekte ve bunları kapsam dışı bırakmaktadır.

Ancak bu kapsam dışı bırakılma her ne kadar kanunda belirtilmemişse de hem işçi sendikası hem de işveren tarafı bu alanı belirlerken çalışanların pozisyon, görev ve sıfatlarını dikkate almaktadırlar. Dolayısı ile bu kişiler konumlarından dolayı kapsam dışı kalmaktadırlar.¹⁸

2822 sayılı Kanunun 3. maddesine göre işyeri, işyerleri veya işletme toplu iş sözleşmesi bağtlanırken konumları pozisyon, görev ve sıfatlarından dolayı belirlenen bazı işçiler kapsam dışında bırakılmaktadır.

e) Kapsam Dışı Bırakılan Personelin Toplu İş Sözleşmesinde Belirtilmesi

¹⁶ Talat Canbolat, **Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler**, Ankara, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan Kamu-İş Yayını, Cilt 6 sayı 4, 2002, s.192.

¹⁷ Seza Reisoğlu, **2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, s.58.

¹⁸ İbrahim Subaşı, **Türk İş Hukukunda Kapsam Dışı Personel**, Ankara, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan TÜHİS Yayını, 1998, s. 171.

1982 Anayasası'nın 53. maddesi "Toplu İş Sözleşmesinin nasıl yapılacağı Kanunla düzenlenir" diyerek bu hakkı anayasal güvenceye kavuşturmuştur. 2822 sayılı TİSGLK'nun 4. maddesi "Toplu iş sözleşmesi yazılı olarak yapılmadıkça geçerli değildir" diyerek bağitlanacak toplu iş sözleşmelerinin kayıt altına alınması ilkesini getirmiştir. Keza 2822 sayılı TİSGLK'nun 63. maddesi hangi yoldan bağitlanmış olursa olsun bu TİS'nin "...aslını veya veren makamca onaylanmış veya noterlikçe onanmış birer örneğini, işyerinin işçiler tarafından görülebilecek uygun yerlerine asmaya mecburdur" diyerek bunun yazılı olarak kayıt altına alındıktan sonra bütün işçilerin görebilmesi için ilan şartını getirmiştir.

TİS'nde yazılı olarak belirlenen grup veya gruplar kapsam dışı bırakıldıkları için bunlara TİS uygulanmaz. Dolayısı ile bunlar iş sözleşmesi alanına terkedilmiş olurlar. Kapsam dışı bırakılan işçi grupları ya iş sözleşmeleri ile ya da işyeri personel yönetmelikleri ile belli bir statü ve güvence altına alınmakta ve TİS' de göz önüne alınarak bir takım sosyal hak ve güvencelere sahip olmaktadır.¹⁹

1475 sayılı İş Kanunu zamanında iş sözleşmesi (1475 sayılı İş Kanununda iş sözleşmesi ibaresi yerine hizmet akdi ibaresi kullanılıyordu.) tanımı getirilmemişti. Dolayısıyla 1475 zamanında hizmet akdi tanımı için Borçlar Kanununun 313. maddesindeki ibare referans olarak kabul ediliyordu. 4857 sayılı İş Kanununun 8. maddesi bu konuyu da çözümlenmiş ve iş sözleşmesini şu şekilde tanımlamıştır: "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir." Dolayısıyla kapsam dışı kalan işçi için geçerli olacak kanuni düzenleme iş sözleşmesidir.

KAPSAM DIŞI KALMA HALLERİ

A. YASA İLE KAPSAM DIŞI KALMA HALLERİ

Özel hukuk sözleşmesinin bir türü olan toplu iş sözleşmesi, Anayasa ve yasaların öngördüğü koşullara uygun olarak tarafların iradeleri doğrultusunda imzalanır. Ancak iş sözleşmesine göre çalışmakta olan bazı işçiler görev veya konumlarından dolayı yasal olarak TİS'den faydalanamazlar. Burada tarafların iradesi ile kapsam dışı bırakma olgusu yoktur. Sendikalar Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 2. maddesi "İşveren vekilleri bu kanun bakımından işveren sayılır" denmektedir. İşveren vekilleri iş sözleşmesi ile çalışmalarına rağmen kapsam dışında

¹⁹ Subaşı, **a.g.e.**, s.171.

bırakılmışlardır. Yine TİSGLK'nun 62/II. maddesi de bu paralelde bir düzenleme içermektedir. Sen.K.21. maddesinin de sayılanlar ile TİSGLK'nun 38. maddesinde belirtilen işçilerde kural olarak kapsam dışı kalmaktadırlar.

Ancak doktrinde sadece tarafların iradeleri ile kapsam dışı bırakılmanın gerçek anlamda kapsam dışı olgusu oluşturduğu da bazı yazarlarca ifade edilmektedir. Örneğin bir görüşe göre "kapsam dışı olmak toplu iş sözleşmesinden faydalanma imkanı mevcutken toplu iş sözleşmesi taraflarının iradeleriyle bu imkanın tanınmamasıdır."²⁰ Ancak kanunen kapsam dışı kalan bir grup çalışanın da bu terim ile ifade etmek daha yerinde bir sınıflandırma olduğu kanaatindeyiz.

1. İş Sözleşmesi İle Çalıştığı Halde Kapsam Dışında Kalanlar

Burada iş sözleşmesi ile bir işverene bağlı olarak çalıştığı halde yasal düzenleme ile toplu iş sözleşmesi dışında bırakılan işçiler söz konusudur. 274 sayılı Sen. K. döneminde 4. madde de sayılan bir grup işçi yasal düzenleme ile kapsam dışında bırakılmışlardı.²¹ 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 21. maddesinde de paralel bir düzenlemeye gidilmiş ve ilk zamanlar bir grup işçi kapsam dışı bırakılmıştır. Ancak daha sonra yapılan değişikliklerle Sen.K. 21. maddesinin ilk fıkrası hariç diğer tüm fıkralar yasal düzenleme ile kaldırılmıştır. Korunan ilk fıkra askeri şahıslar fıkrasıdır ki onların tabi oldukları statü gereği işçi veya işveren sendikasına üye olmaları düşünülemez.

Sendikalar Kanununda zikredilmemiş olmasına rağmen 2495 sayılı "Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Korunması ve Özel Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun" un 21. maddesi "Özel güvenlik teşkilatı personeli, sendika, dernek ve siyasi partilere üye olamazlar. Bu yasağa uymayanların görevlerine ilgili kuruluşça son verilir." denmekteydi. Bu dönemde Yargıtay'a intikal eden davalarda Yargıtay özel güvenlik görevlilerinin o dönem yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'na göre işçi olduklarını ancak TİS'den faydalanamayacaklarını belirtmiştir. Buna göre Yargıtay 1989 yılında önüne gelen bir davada: "Özel Güvenlik Görevlilerinin 1475 sayılı İş Kanunu açısından işçi olduklarında kuşku yoktur. Ancak 2495 sayılı Kanunun 21. maddesi hükmüne göre özel güvenlik teşkilatı görevlileri sendikaya üye olamazlar.

²⁰ Nizamettin Aktay, **Toplu İş Sözleşmesi**, Ankara, TÜHİS Yayın No: 37, 2000, s. 114.

²¹ A. Nevzat Odyakmaz, **Sendika ve Toplu Sözleşme Hukuku**, İstanbul, Yasa Yayınları No: 31, 1977, s. 47.

Bunun sonucu olarak da TİS'den yararlanamazlar. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanmaları da söz konusu değildir. Zira adı geçen Kanununun 21 ve 27. maddeleri bu tür yararlanmaya da engeldir”²²

Ancak 5188 sayılı Kanununun ile Yürürlükten kaldırılan 2495 sayılı kanununun 21. maddesinde ki yasak da böylelikle ortadan kaldırılmış oldu. 5188 sayılı kanununun 17. maddesine göre “Özel güvenlik personeli greve katılamaz.” ve 18. maddesine göre de “Özel güvenlik görevlileri lokavt dolayısıyla işten uzaklaştırılmaz.” denilerek yeni bir düzenleme getirilmiştir.²³

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 21. maddesinin 5. bendinde Özel Öğretim Kurumları Kanunu'na tabi olarak çalışan öğretmenlerin sendikalara üye olmaları yasaklanmıştı. Söz konusu hüküm: “ İşçi ve İşveren sendikalarına 8 Haziran 1965 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'na tabi okullarda öğretmenlik yapanlar üye olamazlar ve sendika kuramazlar.” şeklindeydi. Ancak 2821 sayılı Kanununun 21. maddesinin beşinci bendindeki bu hüküm 04/04/1995 günü ve 4101 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırıldı. 2821 sayılı Kanun açısından yasak kalkmış olmasına rağmen 625 sayılı Kanunda yasak devam etmekteydi. 625 sayılı Kanununun 32. maddesine göre “(Değişik birinci fıkra: 16/6/1983 -2843/19 md.) Özel Öğretim Kurumlarında grev yapılamaz, bu kurumlarda çalışan öğretmenler, sendika kuramazlar ve sendikalara üye olamazlar.” 625 teki bu yasak da 8 Şubat 2007 günü kabul edilen ve 14 Şubat 2007 günü Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ile kaldırıldı. Şu anda yürürlükte olan 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinde öğretmenlerin sendikalaşmasına ilişkin herhangi bir yasak bulunmamaktadır. 5580 sayılı Kanunu'nun 9. maddesinde öğretmenlerin; Sosyal güvenlik ve özlük hakları yönünden; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında oldukları açıkça belirtilmiştir.

2. İşveren Vekili Sayımları Nedeniyle Kapsam Dışında Kalanlar

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesine göre işveren vekili: “ İşveren Sayılan gerçek ve tüzelkişiler ve tüzelkişiliği olmayan

²² Y9HD, 04.12.1989 – 7280/10563 Tühis İş Hukuku Mevzuatı İle İlgili Yargıtay Kararları, Cilt II, TÜHİS Yayını, s.349-350. Aynı konuda Y9HD 21.06.1990 – 4407/7626 Sayılı Kararı için Tühis İş Hukuku Mevzuatı İle İlgili Yargıtay Kararları, Cilt II, s.350-351.

²³ 5188 sayılı Kanun 10.06.2004 tarihinde kabul edilmiş olup 25504 sayı numarası ile 26.06.2004 tarihinde resmi Gazete de yayınlamıştır.

kamu kuruluşları adına işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili olanlara denilir. İşveren vekilleri bu Kanun bakımından işveren sayılırlar” tanımdan da anlaşılacağı gibi işveren vekilleri işveren sayıldıkları için tıpkı işverenin sahip olduğu ve mahrum olduğu haklar bakımından aynı kategoride bulunacaktır. Bir işverenin işçi sendikasına üyeliği nasıl mümkün değilse –ki olsa bile hükümsüzdür- işveren vekilinin de işçi sendikasına üye olması mümkün değildir.

Sendikalar Kanunu’nda getirilen işveren vekili tanımı; işveren vekillerinin işçi sendikalarına üye olmalarını önleme amacına yöneliktir. Çok tabii olarak işvereni temsil eden, işçi sendikasına üye olamayan bir kişinin TİS’den yararlandırılması söz konusu olamaz. İşveren vekilleri dayanışma aidatı ödeyerek de TİS’ den istifade edemezler. Ancak işveren ile olan iş sözleşmeleri devam eder dolayısıyla iş sözleşmesi ile belirlenen bir çerçevede iş görme edimlerini yerine getirirler.²⁴

TİSGLK’ nunun 62. maddesinde açıkça belirtildiği gibi “ İşyerinde işveren vekili durumunda olan ve temsilci sıfatıyla toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmede taraf olarak hareket eden kimse, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır.” denilmektedir. Dolayısıyla işveren sayılacağı için yukarıda açıklandığı üzere Bu kişilerin TİS’den yararlanmaları mümkün değildir. Ancak işveren vekilliği sona eren kişi doğal olarak işçi sendikasına üye olabilir ve TİS’den faydalanabilir. Aynı şekilde daha önce işveren vekilliği sıfatı olmayan bir kişi, işveren vekilliğine getirildiği zaman tıpkı işverenin tabi olduğu kurallara o da tabi olacaktır.

3. Greve Katılmayan veya katılmaktan Vazgeçen İşçiler

1982 Anayasası’nın 54. maddesinin son fıkrasında “Greve katılmayanların işyerinde çalışmaları, greve katılanlar tarafından hiçbir şekilde engellenemez” denilerek işyerinde greve rağmen çalışmak isteyen işçilerin çalışma hakları güvence altına alınmıştır. Ancak TİSGLK’nun 38/II maddesinde greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçiler için şu şekilde bir hüküm tesis edilmiştir: “Greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta işvereni serbesttir. Grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden, 39 uncu maddeye göre zorunlu olarak çalışanlar dışında işyerinde çalışmış olanlar aksine bir hüküm bulunmadıkça yararlanamazlar.” Dolayısıyla ana kıstas burada “**işyerinde çalışma**” kıstasıdır. Buna göre:

²⁴ Reisoğlu, a.g.e. s.42.

İşçi greve katıldığı için işyerinde çalışmamışsa;

İşçi greve katılmamış ancak işveren TİSGLK'nun 38/II'nin kendisine vermiş olduğu yetkiye dayanarak işçiyi çalıştırmamışsa;

İşçi rahatsız veya izinli olduğu için çalışmamışsa;

Yukarıda sayılan üç durumdan herhangi biri nedeni ile çalışmayan işçi bağtlanan TİS'den yararlanır.²⁵

İşyerinde grev uygulaması başladıktan sonra bu işyerinde çalışmak isteyip de işveren tarafından çalıştırılan işçiler yasa hükmüne göre aksine bir hüküm bulunmadıkça bağtlanan TİS'den yararlanamazlar. Bu işçiler taraf işçi sendikasının üyeleri olabileceği gibi, sendikasız veya başka sendika üyesi de olabilirler. Bu işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek dahi TİS'den yararlanmaları mümkün değildir.²⁶

Bu noktada bir başka önemli konuya daha dikkat etmekte fayda vardır. TİSGLK' nun 35. maddesine göre grev oylaması istemek ile işyerinde uygulanmaya başlanan greve katılmayı birbirinden ayırmak gerekir. Toplu İş Sözleşmesinden yararlanmama, uygulanmakta olan greve katılmayan işçiler içindir. Yoksa grev oylaması isteme ve hatta greve bu yolla mani olma, sonradan yapılan toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya mani değildir.²⁷

Yukarıda işveren vekilleri için bu pozisyonları değiştiği anda faydalanma şartları da değişir ve dolayısıyla oluşan yeni şartlara göre işlem yapılır denmişti. Aynı şekilde TİS ile kapsam dışı bırakılan bir kişi – ki bu kişi ismen veya tek başına bırakılmaz belli bir grup içinde olduğu veya pozisyonundan dolayı bırakılır- yapmakta olduğu iş değişir ve daha önce kapsam dışı bırakılan bir grubun içinde bulunan kişi bu grup dışına çıktığı anda TİS'den faydalanabilir. Ancak TİSGLK'nun 38/II maddesine göre aksine bir hüküm de yoksa bu kişi veya kişilerin görev ve pozisyonları değişse dahi greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçiler TİS'den faydalanamazlar.²⁸

²⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.330.

²⁶ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.42.

²⁷ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.330

²⁸ Can, **a.g.e.**, s.60.

B. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ TARAFLARINCA KAPSAM DIŞI BIRAKILMA

Toplu iş sözleşmeleri ile amaç sendika üyesi işçilerin bağtlanan toplu sözleşmeden faydalanmalarıdır. 1982 Anayasası'nın 53. maddesine göre " işçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler" demektedir ve bunun nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir diyerek hem çalışanlar hem de işçiler için TİS hakkını anayasal güvence altına almaktadır. Sadece sendika üyesi işçiler değil aynı zamanda sendika üyesi olmayıp veya TİS'i bağtlayan sendika üyesi olmayan işçilerin de dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den faydalanabilecekleri kanunla güvence altına alınmıştır.

Ancak bazen TİS tarafları kendi serbest iradeleri ile bir kısım çalışanları TİS dışında tuttıkları görülmektedir. Hem 275 hem de 2822 sayılı Kanunlarda buna yönelik herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen TİS tarafları bağtladıkları TİS'lerle bir kısım çalışanı kapsam dışı bıraktıkları görülmektedir. Yargıtay da 275 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar verdiği kararlarda tarafların bu şekilde bir TİS dışı bırakma olgusuna sahip olduklarını verdiği kararlarla göstermiştir.

Taraflar serbest iradeleriyle pazarlık sonucu bir grup çalışanı kapsam dışı bırakabilmektedirler. Bunlar:

TİS'i bağtlayan işçi sendikasının üyesi,

Başka bir sendika üyesi işçiler,

Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den faydalanan kişiler,

Herhangi bir sendikaya üye olmayan işçiler de olabilirler.

Dolayısıyla kapsam dışı bırakılanlar bir grup çalışan olduğu için bunların sendika üyesi olması veya olmaması sonucu değiştirmemektedir. Bir başka ifade ile kapsam dışı bırakılma sendikalı olup olmama ile ilgili bir husus değildir.

Çok belirli bir gruplama yapılamasa da genellikle aşağıdaki gruplar Kapsam dışı bırakılmaktadır.

a) İşveren bir grup personele daha iyi olanaklar sağlayabilmek, sözleşmenin üzerinde ücret ödeyebilmek veya bunların işçi sendikası ile olan bağlarını zayıflatabilmek için üst düzeyde bulunan kişiler,²⁹

b) Ancak Yüksek ücretle iş yerinde tutulabilen işçiler,

c) Kısmi süreli çalışan işçiler,

d) Gördükleri işler nedeniyle işletme sırrını öğrenen ve işverene çok yakın çalışan işçiler,

e) Yardımcı işlerde çalışan işçiler

Yukarıda sayılanlar ve benzeri nedenlerle işyerinde çalışan bir kısım çalışan TİS ile kapsam dışı bırakılmaktadır. Böylece, taraflar arasında yapılan görüşme ve pazarlık sonucunda kapsam dışı bir işçi grubu ortaya çıkmakta, işveren de bunların çalışma koşullarını ve ücretlerini TİS dışında serbestçe tayin edebilmektedir. Sözleşmede kapsam dışı işler yazılmakta ve kapsam dışı kalan bir nevi kadro oluşmaktadır. Buna göre bu kadroya giren kişi direkt olarak TİS dışına çıkmaktadır. Daha önce o grupta olup başka bir iş grubuna verilen kişi de TİS de yazılan gruptan çıktığı için yeni konumu gereği TİS den faydalanabilecektir.

Görüldüğü gibi kimi işçi grupları işverene yakın oldukları için veya buldukları pozisyon veya taşıdıkları sıfat nedeniyle kapsam dışı bırakılmakta ve bu çalışan gruba TİS’de belirlenen ücretten farklı – çoğu zaman TİS’in üzerinde- bir ücret verilmektedir. İşveren bazen de işyerinde çalışmakta olan bir grup çalışana; örneğin kısmi süreli çalışanlara daha düşük ücret düzeyi belirlemek için kapsam dışı bırakılmaktadır.

Ancak şunu unutmamak gerekir ki işveren bir grubu kapsam dışı bıraktığı zaman bu grubun tamamını bırakıyor demektir. Yoksa grubun içinden 3-5 kişiyi seçip bunları bırakmak; bir başka ifade ile ismen kapsam dışı bırakma gibi bir serbestisi yoktur.

KAPSAM DIŞI PERSONELİN HUKUKİ DURUMU

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki Anayasa’nın Kanun Önünde Eşitlik başlıklı 10. maddesi herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirtmekte ve 53. maddesinde de TİS hakkının hem işçi hem de

²⁹ Reisoğlu, a.g.m., s.5.

işverenler için bir hak olduğunu güvence altına almaktadır. Dolayısıyla öncelikle bir kapsam dışı bırakma olgusu olduğu zaman bu kesinlikle keyfi olamaz. Haklı bir nedene dayanmak zorundadır. Ayrıca kapsam dışı bırakılma ismen değil yukarıda da belirtildiği gibi belli bir grup veya bazı sıfatları taşıyan kişiler için uygulanır. Medeni Kanununun 2. maddesine göre de “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Açıkça belirtildiği gibi kapsam dışı bırakma olduğu zaman dürüstlük kuralı da devreye girmektedir.

İşverenin eşit işlem borcundan, mutlak anlamda herkese aynı şekilde davranacağı anlamı çıkmaz. Çünkü istihdam edilen her çalışanın birbirinden farklı özellikleri vardır. Yeter ki bu farklı uygulama nesnel ve haklı dayanaklara sahip olsun. Zaten İş Kanunu’nun eşit Davranma İlkesi başlıklı 5. maddesi bunu güvence altına almaktadır. Sen.K.’nin 31. maddesine göre de “... İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz.

Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.” denmekte ve aynı Kanununun 33. maddesinin son fıkrasında ise şöyle denmektedir: “Sendika ve konfederasyonlar faaliyetlerinden yararlandırmada, üyeleri arasında eşitliğe uymak zorundadırlar.”

a) Tâbi Olduğu Hukuk Açısından

Kanunların ışığında değerlendirildiği zaman öncelikle şunu belirtmek gerekir. Kapsam dışı bırakılan işçilerin artık TİS’den faydalanmaları mümkün değildir. Bu kişiler İş Yasalarının buyurucu hükümlerine aykırı olmamak şartıyla İş Hukuku güvencesi altında olup işverenle olan tüm münasebetleri İş sözleşmesine göre düzenlenir. İş Yasalarına tabii olmayan iş sözleşmelerinde (İş K.m.4) ise daha genel nitelikte bir yasa olan Borçlar Kanununun hizmet akdi* maddeleri (313-

* 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra 1475 sayılı İş Kanunu’nda kullanılan “Hizmet Akdi” ibaresi yerine “İş Sözleşmesi” ibaresi kullanılmaktadır. Ancak Borçlar Kanunu’ndaki ibare “Hizmet Akdi” olarak devam ettiği için Borçlar Kanunu’na atıfta bulunulurken Hizmet Akdi ibaresi kullanılmıştır.

314. maddeler) dikkate alınacaktır.³⁰ 4857 sayılı İş Kanunu dışında ülkemizde yürürlükte olan 854 Sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'larla da işçi istihdam edilmekte olup bu kategoride olanların hakları da saklıdır. Hukuki açıdan hem 1982 Anayasası'nın 53. maddesine göre hem de 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 33/son fıkrasına göre eşitliğin ihlali ileri sürülmektedir. Bu uygulama toplu iş sözleşmesinin tarafı sendika üyeleri için yapıldığında özellikle eşit işlem görme kuralına bir aykırılık olduğu ileri sürülebilmektedir.³¹

Dolayısıyla kapsam dışı kalan personel iş sözleşmesi ile çalışacaktır. İşverenlerin çoğu zaman kapsam dışı personeller için işyeri yönetmelikleri çıkardığı görülmektedir. Böylece oluşmuş olan bu gruba yönelik nesnel ölçütlerde ortaya konmuş olmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 1985 yılındaki bir kararında (20.05.1985 tarihli ve 2546/5437 sayılı) "toplu iş sözleşmesinin kapsamına kimlerin gireceği ve girmeyeceği ve kapsam dışı bırakılacağı sözleşme taraflarınca kararlaştırılabilir. Hatta bunlar sözleşme hükümleri ile yasal olarak bağlı olsalar bile sözleşme hükümleri kendilerine uygulanmaz" demektedir.³²

Ancak kapsam dışı kalan işçilere işveren, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde belirtildiği gibi "ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları" dışında herhangi bir ayırım yapamaz. Bunların dışında kalan konularda kapsam dışı personel tıpkı sendikasız veya başka bir sendikaya üye olan personel gibi TİS ile sağlanan diğer tüm kazanımlardan faydalanacaktır. Örneğin:

- İşin sevk ve dağıtımı,
- İşçilerin bir yerden diğer bir yere nakilleri, yükseltmeleri,
- Her türlü izinler (yıllık izinler, mazeret izinleri, ücretsiz izinler),
- Paraya ilişkin olmayan sosyal yardımlar,
- Disiplin hükümleri,
- İşe son verilmesi (İş sözleşmesinin bildirimli-bildirimsiz feshi ile ilgili hükümler)

³⁰ Reisoğlu, a.g.m., s.5.

³¹ Fevzi Şahlanan, **Sendikalar Hukuku**, İstanbul, Yılmaz Ajans, 1995, s.156.

³² **Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984**, İstanbul, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları: 8, 1986, s.185.

Bu maddeler işveren tarafından o işyerinde veya işletmede çalışan tüm işçilere uygulanacaktır. Son maddede sayılan disiplin hükmü tüm işçilere uygulanmasında sorun teşkil edebilir. Çünkü disiplin kurulunda TİS'i imzalayan sendikanın temsilcisi karar vermede sendikalı olmayan veya diğer sendikalı işçiler için karara katılması sendikasız işçilerin aleyhine olabilecektir. Buradaki "disiplin hükümleri" ni dar manada yorumlamak, disiplin komisyonlarının sadece sendikalı işçiler için geçerli olacağını kabul etmek yasa koyucunun amacına uygun düşecektir.³³

b) Sendika Üyeliğinin Devamı Açısından

Bilindiği gibi işçi sendikası üyeliği Anayasal güvenceyle donatılmış (A.Y.51) ve koşulları da 2821 sayılı Sen.K. 22 de düzenlenmiştir. Buna göre sendika üyeliği için yasal bir engel yoksa ve gerekli prosedür takip edilmişse o kişi sendikaya üye olabilir. Sendika üyeliklerinde Sen.K. 21. de sınırlamalar getirilmiş ayrıca işveren vekillerinin de işveren sayılacağı ve bu kişilerin işçi sendikalarına üye olamayacakları belirtilmiştir. (Sen.K. m. 2)

Belirtmek gerekir ki kapsam dışı kalan işçiler eğer daha önce sendika üyesi iseler bu üyelikleri devam edecektir. İşveren bu kişilerin ödemeyi kabul ettikleri aidatı Sen.K.61' e göre kaynaktan kesip işçi sendikasının belirttiği hesaba yatırmak zorundadır. Şunu da belirtmek gerekir ki kapsam dışı kalan personelin rızası olmadan herhangi bir aidat kesilmesi mümkün değildir. Yüksek mahkeme bu konuda verdiği bir kararda (Y. 9 HD. 20.05.1985 2547/5436) şöyle demektedir: "... görüldüğü üzere kapsam dışı işçiler için toplu iş sözleşmesiyle getirilen taban sınır ölçüsüdür. Başka haklardan söz edilmemiş ve bunların ücretleri ferdi ilişki içinde tesbit edilmektedir. Bu işçiler haklarını toplu iş hukuku ilişkileriyle değil, ferdi anlaşmalarıyla aldıklarına göre bunlardan dayanışma aidatı kesilmesi zorunlu olmadığından işverenin de sorumluluğundan söz edilemez."³⁴

Ancak çalışma hayatının rutin süreci içinde pozisyonu değişen işçinin örneğin Sendikalar Kanunu anlamında işveren vekilliğine getirilen bir kişi varsa işçi sendikası üyeliği sona erecektir. Aynı şekilde daha önce işveren vekilliği sıfatını taşıyan bir kişi bu sıfatı kaybederse şayet isterse bu kişi de işçi sendikasına üye olabilir.

³³ Reisoğlu, a.g.e., s.150.

³⁴ A.e., s.44.

Nihayet belirtmek gerekir ki; işçi sendikasına üye olup olmama tamamen yasada düzenlenmiş olup toplu iş sözleşmelerine, kapsam dışı bırakılan personelin işçi sendikası üyeliğinin son bulacağına veya işverenin bundan böyle sendika aidatı kesmeyeceğine dair hükümler konulması da mümkün değildir.³⁵ Ancak iş sözleşmesi alanına terk edilen kapsam dışı personel de toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı için sendika üyeliğini devam ettirmede bir başka anlatımla sendika üyeliğini koruma yönünde bir çaba sarfetmediği görülmektedir.

İşveren sendikalarının başta kalifiye eleman ve temininde zorluk çektikleri bir kısım çalışanlarının kapsam dışı kalması konusunda ısrar ettikleri görülmektedir. Tabii hem sektör hem de işletmenin özelliklerine göre kapsam dışı kalan çalışanların profili de farklılık arz etmektedir.

İşçi sendikaları açısından ise durum daha problemlidir. Çünkü kapsam dışı kalan işçilerin sendika üyeliğinin devamı konusunda veya üye olma konusunda isteksiz oldukları görülmektedir. İşçi sendikaları yetki alırken işyerindeki tüm işçiler (kapsam içi- kapsam dışı) dikkate alındığı için (işveren vekilleri hariç) bu konuda sorunlar yaşamaktadırlar. Yine işyerinde “kapsam dışı personel, sendikaların aldıkları grev kararına karşı grev oylaması talep edebilmekte ve hatta alınan grev kararına hayır oyu ile muhalefet edebilmektedir.”³⁶ İşçi sendikaları yaşanabilecek bu problemlerden dolayı toplu pazarlıklarda kapsam dışı personel uygulamasını dar tutmak için çaba sarfetmektedirler.

c) Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma Açısından

Sendika üyesi olsun veya olmasın toplu iş sözleşmesi ile kapsam dışı bırakılanlar bağitlanan Tis den yararlanamazlar. Hemen şunu belirtmek gerekir ki dayanışma aidatı ile yararlanmada sendikanın muvafakatı aranmaz çünkü 2822 sayılı Kanun'un 9. maddesi emredici nitelikte olup bu Kanun'a aykırı herhangi bir düzenleme yapılmışsa bile geçerliliği yoktur. Ancak tarafların kapsam dışı bıraktıkları kişiler, ne yeni bir toplu iş sözleşmesi yapabilirler, ne de dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. Yukarıda da belirtildiği gibi yasal bir dayanak olmasa da bu tatbikatın “zımnen” kabul edildiği görülmektedir.³⁷

³⁵ Reisoğlu, a.g.m., s.7.

³⁶ Subaşı, a.g.m., s.192.

³⁷ Kemal Oğuzman, **Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri Cilt I**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984, s.68.

Anayasanın 53. maddesi ve özellikle Sendikalar Kanunu'nun 33. maddesinin son fıkrası dikkate alındığında kapsam dışı personel uygulamasındaki hukuki açmaz; kapsam dışı bırakılacak personelden önceden muvafakat alınarak çözüm yoluna gidilebilir. Ancak mevcut kanunlarda böyle bir düzenleme olmadığı için ve bir muvafakat alma zorunluluğu da olmadığı için kapsam dışı bırakılmada taraflar kendi yetkilerini kullanmaktadırlar. Her ne kadar TİS ile kapsam dışı bırakılan personele daha iyi ücretler verilmekteyse de bu düzenleme ile herhangi bir zarara uğradığını düşünen personel düzenlemeyi yapan her iki taraf hakkında tazminat davası açabilir.³⁸

C. ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARINDA YAŞANAN SIKINTI

Yukarıda atıfta bulunduğumuz Anayasa'nın 128. maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesine göre Kamuda ki istihdam şekilleri dört başlık altında toplanmıştır. Anayasa'nın 128. maddesinde "..... kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" denmekte ve "diğer kamu görevlileri" kavramına 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde açıklık getirilmektedir. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. Maddesi bu istihdam türlerini; "memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler" şeklinde belirlemiştir. Tahdidi (sınırlayıcı) bir gruplama olduğu için özellikle toplu sözleşme taraflarının kendi iradeleri ile yeni bir sınıf ortaya çıkarmaları olası değil. Ancak 1994 yılında kabul edilen 4046 sayılı Kanun'dan sonra uygulamada ciddi problemler yaşanmıştır. 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesinde özelleştirme programına alınan kuruluşlardan nakl edilecek personel sayılırken en son olarak da "kapsam dışı personel" sayılmıştır. "Uyuşmazlık Mahkemesi 1996 yılında Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun 30. maddesine dayanarak ilke kararı niteliğinde, yani bağlayıcı nitelikte olaya özgü olmayan bir kararla kapsam dışı personelin istihdam şeklini Kamu Hukukuna giren bir istihdam şekli olarak belirlemiş ve buna bağlı olarak da görevli yargı yerinin İdari Yargı olduğuna hükmetmiştir."³⁹

Eski düzenlemedeki bu uygulama ile iş hukukuna tabi olarak çalışan işçi bir anda idare hukukuna tabi bir hale gelmekteydi. Çünkü

³⁸ Subaşı, a.g.m., s.197

³⁹ Fevzi Şahlanan, **KİT'lerde Kapsam Dışı Personel Uygulamaları ve Konuya İlişkin Son Yargı Kararları**, Ankara, TÜHİS yayın No: 35, 1999, s.129.

toplu iş sözleşme tarafları kapsam dışı bırakma uygulamasında bir grup işçiyi (iş sözleşmesi ile çalışan) kapsam dışı bırakırken sadece üst düzey ve işverene yakın kişileri değil aynı zamanda sıradan herhangi bir çalışan grubunu da farklı gerekçelerle bu kapsama almaktaydılar. İşveren herhangi bir şekilde kapsam dışı çalışan bir personelin iş sözleşmesini feshettiği zaman bu kişiler işe iade davası ile idari yargı yerinde dava açıp tekrar işe dönebilmekteydi. 4857 sayılı İş Kanunu'nun henüz yürürlüğe girmediği bir dönem göz önüne alındığı zaman oldukça iddialı bir uygulamaydı.

Yine eski metne göre 4046 sayılı Kanununun 22. maddesine göre “atamaları yapılan personelin işe başlama süreleri ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62. ve 63. maddeleri hükümleri uygulanır” denilmektedir. Daha ilginç bu kişiler zamanında işe başlamazlarsa 657 ye göre müstafi sayılacaktır.⁴⁰ Bu uygulama çok ciddi doktriner tartışmalara neden olmuştur. Çünkü akit tarafları adeta yeni bir çalışma biçimi ortaya çıkarmaktaydılar.

Uygulamadaki bu sorun 2005 yılında 4046 sayılı Kanununun 22. maddesinde yapılan değişiklikle bir nebze giderilmiş oldu. Yeni metne göre özelleştirilen kurumda çalışanlardan memurlar ve sözleşmeli personel sayıldıktan sonra şöyle denmektedir. “...iş kanunlarına tâbi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel, kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmek üzere yukarıda belirtilen işlemlerin tamamlanmasından itibaren onbeş gün içerisinde İdare tarafından Devlet Personel Başkanlığına bildirilir.” Böylece ismen sayılan ve görüldüğü gibi nitelik olarak işverene yakın bir kısım çalışan bu gruba alınmış oldu.

SONUÇ

1961 Anayasasına istinaden çıkarılan 274 ve 275 sayılı yasalarla içiler örgütlendikleri işyeri, işyerleri ve işletmelerde toplu sözleşmeler imzalamaya başlamışlardır. Toplu sözleşme hakkının alınması ile birlikte

⁴⁰ Metin Kutal, **Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri**, Ankara, TÜHİS Yayın No: 39, 2002, s.118.

işçiler sosyal ve ekonomik haklarda önemli kazanımlar elde etmişlerdir. 1982 Anayasası kabul edildikten sonra çıkarılan 2821 ve 2822 sayılı Kanunlar la da bu haklarını devam ettiren işçiler bağittadıkları toplu iş sözleşmeleri ile üyelerini sosyal ve ekonomik açıdan daha ileriye götürmek için çaba sarf etmektedirler.

Toplu pazarlığın başladığı ilk yıllardan beri taraflar kendi inisiyatifleri ile bir kısım çalışanları kapsam dışı bırakmaktadırlar. Başlangıçta dar tutulan bu uygulama günümüzde önemli denilebilecek bir noktaya gelmiş bulunmaktadır. Hem 275 sayılı Kanun döneminde hem de şu anda yürürlükte olan 2822 sayılı kanun da kapsam dışı personel ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda Yüksek Mahkemenin verdiği kararlar esas alınmaktadır.

Kapsam dışı personel uygulaması ikiye ayrılmaktadır. Birinci grupta yasa ile kapsam dışı bırakılanlar bulunmaktadır. İşveren vekilleri, Sendikalar Kanunu'nun 21. maddesinde sayılanlar ve greve katılmayan/katılmaktan vazgeçen işçiler bu grupta bulunmaktadır. Birinci grupta bulunan özellikle işveren vekilleri hem işverene yakın oldukları için hem de işletme sırlarına vakıf oldukları için yasayla kapsam dışı kalmaktadırlar. Ayrıca bağittlanan TİS'nin yürütümü, müzakeresi ve imzalanmasında bulunanlar da TİS'den faydalanamazlar. İş sözleşmesi ile çalıştıkları halde Sendikalar Kanunu 21. maddesinde sayılanlar ise yıllar içinde azalarak bugün sadece askeri şahıslar kalmıştır ki onlar da zaten işçi statüsünde değiller. Bu kategoride sayacağımız son personel grubu ise greve katılmayan ve işyerinde çalışan işçilerdir. Ancak unutmamak gerekir ki kanunen çalışmak zorunda olanlar bu uygulamanın dışındadırlar. İkinci grupta bulunan ve konunun özünü teşkil edenler ise akit taraflarının kapsam dışı tuttıkları kişilerdir.

Akit tarafları bir kısım çalışanı kapsam dışı bırakırken keyfi davranma veya ismen bir kapsam dışı bırakma mümkün değildir. Aynı işi yapanlar arasından bir kısmının kapsam dışı bırakılması düşünülemez. Nesnel kriterler göz önüne alınarak bir kapsam dışı kadro oluşturulmakta ve belirtilen işi yapan herkes kapsam dışı kalmaktadır. Belirlenen gruptan bir başka gruba verilen kişi ise tekrar kapsam içine girmektedir.

Anayasa'nın 53. maddesi ve sendikalar Kanunu'nun 33. maddesinin son kısmı dikkate alındığı zaman; bağittlanan TİS'in eşitlik ilkesine uyulmadan çalışanlara uygulandığı problemi ortaya çıkmaktadır. Akit tarafları kapsam dışı bıraktıkları personelden herhangi bir ön muvafakat almadıkları için ve yıllardır bu uygulama zımnen kabul edildiği için TİS'ler bu şekilde uygulanmaktadır. Ancak doktrinde çok ciddi tartışmaların olduğunu da belirtmek gerekir.

Kapsam dışı kalan personel iş sözleşmesi alanına terk edildiği için kendisine yasal kanunlar uygulanacaktır. Bire bir sözleşmelerin yapıldığı veya işyerlerinde kapsam dışı personel yönetmelikleri çıkarıldığı görülmektedir. İşveren işyerinde çalıştırdığı tüm personeline hem iş kanunu'nun 5. maddesine göre eşit işlem borcu altındadır hem de sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine göre işlem yapmak zorundadır.

İşçi sendikaları açısından ise durum daha problemlidir. Çünkü kapsam dışı kalan işçilerin sendika üyeliğinin devamı konusunda veya üye olma konusunda isteksiz oldukları görülmektedir. İşçi sendikaları yetki alırken işyerindeki tüm işçiler dikkate alındığı için bu konuda sorunlar yaşamaktadırlar. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki işçi sendikaları bağittıkları toplu iş sözleşmelerinde seyyanen zam uygulamasını takip ettikleri ve farklı niteliklere haiz kişiler için kendi içinde farklı bir uygulamaya gitmedikleri için bir kısım üstün nitelikli çalışanın kapsam dışı kalmayı tercih ettikleri ve sendikal üyeliğe soğuk baktıkları görülmektedir. Kapsam dışı da olsa bu kişiler işçi oldukları için işyerindeki grev oylamalarına katılmakta ve sonucu etkileyebilmektedirler.

İşveren sendikaları başta kalifiye eleman ve temininde zorluk çektikleri bir kısım çalışanlarının kapsam dışı kalması konusunda ısrar ettikleri görülmektedir. Tabii hem sektör hem de işletmenin özelliklerine göre kapsam dışı kalan çalışanların profili de farklılık arz etmektedir. Beyaz yakalı olarak nitelendirilen bir kısım çalışanın da sendikaya üye olma konusunda kayıtsız kaldıkları bir başka gerçektir. Ancak işçi sendikalarının da bu çalışan grubuna yönelik yeni enstrümanlar kullandığını veya yeni açılımlar yaptığı söylenemez.

Kapsam dışı kalan personel isterse sendika üyeliğine devam eder ve aidat öder. Kapsam dışı kaldığı için sendikal üyeliği düşmez. Sadece işveren vekili olan kişinin işçi sendikasına olan üyeliği düşer. Ancak kapsam dışı kalan kişi toplu iş sözleşmesinden hiçbir şekilde yararlanamayacaktır. Dayanışma aidatı ödeyerek dahi yararlanmaları düşünülemez. TİS' den yararlanamamaları sendika üyeliklerinin düşeceği veya üye iseler işverenin aidat kesmeyeceği anlamına gelmez. Kapsam dışı kalan işçi sendika üyeliğine devam ediyorsa işveren bunun ödeyeceği aidatı kesmek zorundadır. Kapsam dışı kalan personel TİS'den faydalanamayacağı için de sendik üyeliğinin devamında isteksiz olacağı da bir başka gerçektir.

Hala yasal bir düzenlemenin olmamasından dolayı TİS imzalamadan önce kapsam dışı bırakılacak personelden muvafakat

alınması bir çözüm olsa da yasal düzenleme yapılması en iyi seçenek olarak gözükmektedir. Her ne kadar kapsam dışı kalan personele çoğu zaman TİS üzerinde haklar veriliyorsa da bu her zaman böyle olmamaktadır. Bu noktada zarara uğradığını düşünenler yasal yoldan bu haklarını tazmin ettirebilirler.

KİT'lerde çalışan ve özelleştirme uygulamaları sırasında nakle tabi tutulan personeller arasında daha önce kapsam dışı ibaresi varken yeni düzenleme ile üst düzey ve işverene yakın bir grup çalışan ismen sayılarak kısmi bir düzenlemeye gidilmiştir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Aktay, Nizamettin **Toplu İş Sözleşmesi**, Ankara, TÜHİS Yayın No: 37, 2000.
- Canbolat, Talat **Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler**, Ankara,
- Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan Kamu-İş Yayını, Cilt 6 sayı 4, 2002.
- Can, Mevlüt **Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği**, İstanbul, Sentez Yayınları, 1996.
- Çelik, Nuri **Kapsam Dışı Personele Sağlanan Menfaatlere İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine**, Ankara, Kamu – İş Dergisi, Cilt:7, Sayı:3, s.295.
- Çolak, Aytül; Ayhan Gençler, **Bilgi Çağında Çalışma İlişkileri**, www.bilgiyönetimi.org/cm/pages/mkl_gos.php?, s.1.
- Demir, Fevzi **Atatürk Dönemi Çalışma Hayatımız**, Ankara, Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan TÜHİS Yayını, 2000.
- Grolier International Americana Encyclopedia**, İstanbul, Sabah Yayınları Cilt 1, 1993.
- Koray, Meryem **Endüstri İlişkileri**, İzmir, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları No:22, 1992.
- Kutal, Metin **Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri**, Ankara, TÜHİS Yayın No: 39, 2002.
- Odyakmaz A. Nevzad, **Sendika ve Toplu Sözleşme Hukuku**, İstanbul, Yasa Yayınları No: 31, 1977.
- Oğuzman, Kemal **Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri Cilt I**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984.

Öz, Yavuz **Tarihi ve Hukuki Gelişimi Açısından Türkiye'de İşçi Sendikalarının Üst Örgütlenmesi**, Ankara, Öz İplik-İş Sendikası Eğitim Yayınları, 1994.

Reisoğlu, Seza **Toplu İş Sözleşmelerinde Kapsam Dışı Kalan Personelin Hukuki Durumu**, Ankara, TÜTİS Dergisi Cilt: 6, Sayı: 1, Ocak 1982.

Reisoğlu, Seza **2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1986.

Subaşı, İbrahim **Türk İş Hukukunda Kapsam Dışı Personel**, Ankara, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan TÜHİS Yayını, 1998.

Şahlanan, Fevzi **Sendikalar Hukuku**, İstanbul, Yılmaz Ajans, 1995.

Şahlanan, Fevzi **KİT'lerde Kapsam Dışı Personel Uygulamaları ve Konuya İlişkin Son Yargı Kararları**, Ankara, TÜHİS yayın No: 35, 1999.

Şen, Murat **Türkiye Cumhuriyeti'nin Onayladığı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler**, Ankara, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayın No: 41, 2003.

Turan, Kamil **Başlangıcından Cumhuriyet'e Kadar Türk Çalışma Hayatında İnsani Değerler Açısından Uygulamalar**, Ankara, Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan TÜHİS Yayını, 2000.

Yazıcı, Erdinç **Osmanlı'dan Günümüze Türk İşçi Hareketi**, Ankara, Aktif Yayınları, 1996.

Tühis İş Hukuku Mevzuatı İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara, Cilt II, TÜHİS Yayını, 1991.

Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunun Elli Yılı, İstanbul, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları No:16, 1988.

Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları: 8, 1986.