

4857 SAYILI YENİ İŞ KANUNU'NUN GETİRDİĞİ ÖNEMLİ BAZI YENİLİKLER*

Prof.Dr.Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

4857 Sayılı yeni İş Kanunu Türk Endüstriyel İlişkiler Sistemine bir çok yeni müesseseler getirmiş bulunmaktadır. Aslında son yıllarda, dünyadaki değişimlere de bağlı olarak yapılan bu yeni düzenlemeler; Türk Endüstriyel İlişkiler sisteminin ihtiyaçları haline gelmişlerdi. Bu tebliğin konusunu aşağıda başlıklar halinde belirtilen ve sistemimize yeni uygulamalar getiren düzenlemeler oluşturmaktadır.

- I- Asıl işveren-alt işveren
- II- İş sözleşmesi ve türleri
- III- İşin düzenlenmesi
- IV- Ücret, ücretli tatiller ve yıllık izinler

I- Asıl işveren-alt işveren

Bu konu 1475 sayılı İş Kanununda da uygulaması olan bir konudur. Ancak, yeni kanun 1475 sayılı kanundan farklı olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisini tanzim etmektedir. Önceki kanunda düzenlemeler asıl işverenin sorumluluğu noktasında ve bağlamında ele alınmış, o şekilde düzenlemeler getirilmiştir. Şimdi dikkat edilecek bir husus, kanun asıl işveren kimdir alt işveren kimdir diye bir tanım yapmıyor. Takdir edersiniz ki buna gerek yoktur. Çünkü asıl işverenle alt işveren arasında işveren kavramının hukuksal olarak hiç bir farklı unsuru bulunmamaktadır. Asıl işveren de alt işveren de ikisi de hukuken işverendir. Her iki tarafta her iki tanıma göre de işçi çalıştırmaktadır. Yani asıl işveren kendi işçilerine göre bu sıfatı taşımaktadır. Alt işveren de kendi işçilerine göre bu sıfatı taşımaktadır. Şu

* Bu metin 5 Nisan 2004 tarihinde TEDAŞ yöneticilerine ve Kamu-İş personeline tebliğ olarak sunulmuştur.

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

halde asıl işveren alt işveren kavramları işveren kavramının içeriğine yönelik olarak bir anlam taşımamaktadır. Bunlar göreceli kavramlardır. İki işveren arasındaki göreceli bir durumu bize yasa da göstermekte ve bu göreceli durumu da asıl işveren alt işveren ilişkisi adı altında düzenlemek istemektedir.

Öncelikle kavramlara yönelik bazı açıklamalar yapmak istiyorum. Sizlerin de bildiği üzere bir kere asıl işveren alt işveren ilişkisinden bahsedebilmek için iki işverenin bulunması lazım. Fakat önemli olan husus bir işverenin işinin bir kısmını, bir parçasını, bir bölümünü aralarındaki sözleşmeye göre bir başka işverene bırakması, terk etmesi olgusudur. Bir defa her iş bir başka işverene bırakılamaz. Her işi bir başka işverene ifa için bırakamazsınız. Bir müteahhitlik sözleşmesi veya herhangi bir başka sözleşme ile her işi bırakmıyorsunuz. Öncelikle işveren muayyen bir işi başka bir işverene bırakamaz. Bırakır da ortada asıl işveren alt işveren ilişkisi olmaz. Asıl işveren alt işveren ilişkisi bakımından bir başka işverene bırakılan işin mutlaka devam eden, süren, sürgit bir iş olması lazım. İşletmenin işyerinin sürgit bir iş olması lazım. Belirli bir sürede tamamlanacak, bitirilecek iş uygulamadaki tabiriyle anahtar teslimi bir iş hiç bir şekilde asıl işveren alt işveren ilişkisine konu olamaz. Şu halde iki işverenin karşılıklı konumları her zaman asıl işveren alt işveren şeklinde de ortaya çıkmaz. Eğer iki işveren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi yoksa iki işverenlik ilişkisi vardır. Bizim burada vurgulamak istediğimiz şudur; asıl işveren alt işveren ilişkisi içerisinde böyle bir ilişkiden bahsedebilmek için bir başka işverene terkedilen işin sürgit bir iş olması lazımdır.

İkincisi alt işverene bırakılacak işler kanunda belirtilmiş, sayılmıştır. Bunlar yardımcı işler ve asıl işin bir bölümü. Asıl işin bir bölümünde bir başka işverene iş vermek veya yardımcı iş de iş vermek hep sürgit olan işler için söz konusu olur. Öncelikle yardımcı işler üzerinde duracağız. Kanunun 2. maddesinin 6. fıkrasında diyor ki "...işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde...". Kanaatimce bu ifade asıl işveren alt işveren ilişkisini oldukça tahdit eden bir ifadedir. Hangi tür yardımcı işler başka bir işverene verilebilir ki yardımcı işlerde asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olsun. İşyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin bir yardımcı iş olmalıdır. Bu ifade sınırlayıcı bir ifadedir. Herhangi bir yardımcı iş değil, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi niteliği önem taşımaktadır. Kanaatimce 1475 sayılı kanun zamanında uygulanmakta olan şekliyle alt işverenlere bırakılan kimi işler, 4857 sayılı kanunun bu hükmü bağlamında bir yardımcı iş olarak değerlendirilemeyebilir. Sözgelimi temizlik, yemek işleri, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimi ile nasıl ilişkilendirilecek. Yardımcı iş yukarıdaki niteliği taşıyorsa bu işleri alan işveren alt işveren olarak nasıl değerlendirilecek uygulamalarla bu konuyu göreceğiz.

Kanun açıkça işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine yardımcı işlerden bahsediyor, herhangi bir yardımcı iş demiyor. Mesela bir işyerinde yemek,

temizlik, güvenlik yardımcı bir iş midir veya neye göre yardımcı bir iştir veya değildir. Ölçüyü kanun koymuş, işyerinde yürütülen mal ve hizmete yardımcı iş. Yürütülen mal ve hizmet üretimi ne demektir. Her işyeri muayyen belirli bir mal veya hizmet yürütmek için kurulmaktadır. Bu da o işyerinin teknik amacını oluşturur. Bu teknik amaca yönelik faaliyetler üretim faaliyetleridir. Bu üretim faaliyetlerinin bir kısmı aslidir, olmazsa olmazdır, bir kısmı talidir, ikinci niteliktedir. İşyerinde takip edilen o teknik amacın gerçekleşmesine doğrudan yönelik olan asli faaliyetler vardır bir de bunlara tali olarak katılan yardımcı faaliyetler vardır. Bu bağlamda yardımcı faaliyetlerde alt işverenlik söz konusu olabilecektir gibi bir lafzi ifadeyle karşı karşıyayız. Bakalım bu nasıl değerlendirilecek. İctihat nasıl gelişecek göreceğiz. Eğer 1475 sayılı kanun zamanındaki gibi değerlendirilecek olursa, yani bu işyerindeki herhangi bir yardımcı iş gibi mütalaa edilirse kanunun ifade ettiği gibi mal veya hizmet üretimine ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın değerlendirilecek olursa eski uygulama devam edip gidecektir. Fakat bana öyle geliyor ki kanunun bu ifadesi; yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş ifadesi, "yardımcı iş" kavramını oldukça tahdit etmektedir. Alt işverenliği sınırlandırmaktadır. Bu mahiyette olmayan bir yardımcı iş, asıl işveren alt işveren ilişkisine konu olamayacaktır. Böyle bir iş başka bir işverene verilemeyecek midir? Verilebilir ancak aralarındaki ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisi olmayacaktır. Mesela yemek, temizlik işinin bir başka işverene bırakılması mümkün olacak ama bu durumda kanunun lafzi ifadesine dayanarak kanaatimce aralarında asıl işveren alt işveren ilişkisi olmayacak, iki ayrı işveren şeklinde bir durum ortaya çıkacaktır.

Bunun yanında alt işverene bırakılacak iş, asıl işin bir bölümü de olabilir. Şu şartla ki, işletmenin veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır. Ancak bu son derece soyut bir ifadedir. Bu her uyumsuzlukta belirlenmesi, gereken bir durumdur. Genel geçer bir ilke konulamaz. O işyerindeki asıl işe bakmak gerekir. Asıl işe göre de işletmenin veya işin gereğine bakmak lazımdır. Ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığına bakmak gerekecektir.

İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenler ile uzmanlık gerektiren bir iş, asıl işveren tarafından karşılanamayan, yerine getirilemeyen bir iştir. Şayet bir işveren kendi olanaklarıyla, kendi organizasyonu ile kendi personeliyle sürdürebiliyorsa; bu iş alt işveren olarak başka bir işverene bırakılamaz. Bunun da her uyumsuzlukta tespit edilmesi gerekir. Kanun bir keyfiliği önlemek isterken, bize yeterince somut veriler verecek bir ifade kullanmıyor.

1475 sayılı kanun zamanında asıl işverenin sorumluluğu bakımından öngörülmüş olan bir husus, 4857 sayılı kanunda asıl işveren alt işveren ilişkisinin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Alt işverene verilen işi yani uygulamada taşeron işçilerini sadece iş aldığı işyerinde çalıştırmalıdır. Eski kanun münhasıran o

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

işyerinde çalıştırmaktan bahsediyordu. Ancak, bu şu demek değildir. Bir işverenin birden fazla işverenle aralarındaki müteahhitlik sözleşmesine göre hizmet ifası mümkündür ve alt işverenlik kavramını ortaya çıkartabilir. Yani bir işveren, mutlaka bir işverenle bağlantılı olmak zorunda değildir. Ancak, her bir işvereni işyerinde çalıştırdığı işçilerini sadece o işyerlerinde çalıştıracaktır. Bunlar hep o işyerinin yardımcı işlerinde veya işyerinin bir kısmında çalıştırılmalıdır. İşçi transferi yapılmamalıdır, işçiler değişmemelidir, aynı işçi kadrosuyla çalışma yürütülmek zorundadır. Bu eski kanunda sorumluluk için gerekiyordu. Bu kanunda ise alt işverenlik için karşımıza çıkmaktadır.

Asıl işveren, yardımcı yahut ta asıl işin bir bölümünden kendi işçilerini çekerken işi tamamen alt işverene ve onun işçilerine bırakmaktadır. Bu işyerinin kısmi bir devri değildir. İşyerinin kısmen devri de mümkündür. Ve devir herhangi bir hukuki işleme dayanabilir.

Bazı hizmetlerin bir başka işverene kısmen devri bile mümkün değildir. Kısmi devir halinde asıl işverenlik alt işverenlik ilişkisi yoktur. Birbirlerinden ayrı iki işveren ve iki işyeri vardır. Alt işverene bırakılan yardımcı iş veya asıl işin bir bölümü kanaatimce bir işyeri olarak değerlendirilemez. Yani bir başka işverenden iş alan alt işverenin o iş aldığı işyeri itibariyle bir işyerinden bahsedilemez. Çünkü çok açık bir şekilde kanun, bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretiminde yani asıl işverenin işyerinde yürütülen yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünde iş almaktan bahsediyor. Şu halde alt işverenin aldığı iş itibariyle; kendisine bırakılan asıl işin bir bölümü veya yardımcı iş itibariyle bağımsız bir işyeri yoktur. Bu bakımdan o işçilerini daima başkasının işyerinde çalışmaktadır.

1475 sayılı kanun zamanında işyerinin çok yalın bir tanımı yapılmaktaydı; işin yapıldığı yere işyeri denir. Bu tanım bakımından alt işverenin işçilerini çalıştırdığı asıl işverenin işinin bir bölümü kendi işyeri olarak değerlendirilebilir. Ancak, yeni kanun işyeri tanımını değiştirdi. Artık işyeri, kavramsal olarak " işin yapıldığı yer" değil. İkincisi ve en önemlisi Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrasında deniyor ki " Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Alt işveren dediğimiz kişinin kendi işyeri vardır. Kendi işyeri demek işini organize ettiği, planladığı, programladığı, çalışanlarının işlemlerini yaptığı, diğer idari ve özlük işlemlerini yaptığı bir yer ve bunun ayrıca tescil edilmesi gerekir. Bunun anlamı şudur, artık alt işveren asıl işverenin sicili üzerinden işlem yapamaz. Kendi sicil numarası üzerinden işlem yapmak zorundadır. Hem Sosyal Sigortalar bakımından hem İş Kanunu bakımından. Dolayısıyla alt işveren zannedildiği gibi bir başka işverenin işyerinde işçilerini çalıştırıp ta orası kendisi açısından bir işyeri gibi telakki edilen bir işveren değildir. Alt işveren denilen kişinin kendine mahsus bir işyeri vardır. Bu işyerinin klasik, bilinen somut bir işyeri olması da şart değildir. Alt işveren başka işverenlere hizmet ürettiği daha doğrusu onlara hizmet sattığı için doğal olarak işin

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

mahiyeti gereği işçilerini başka işverenlerin işyerlerinde çalıştıracaktır. Fakat bu onun işyeri olmadığı anlamına gelmez.

Alt işveren herhangi bir işverendir. Bunun diğer işverenlerden farkı, başka işverenlere hizmet sunması veya satmasıdır. Bu satacağı hizmet işin mahiyetinden doğmaktadır. Yani alt işveren doğrudan kendine yönelik faaliyette bulunmamaktadır. Onun işinin organizasyonu başka işverenlere bir hizmet sunmak şeklindedir. Dolayısıyla kaçınılmaz bir şekilde çalışması, işçilerini çalıştırması başka işverenlerin işyerlerinde olmaktadır. 1475 sayılı kanun zamanında işin yapıldığı yere işyeri denir ifadesinden de hareketle, alt işverene bırakılan yerin onun bakımından bağımsız bir işyeri oluşturduğu, işyeri olarak telakki edilmesi gerekeceği şeklindeki görüşlerin, 4857 sayılı kanun bakımından kabul edilemeyeceği kanaatindeyim.

Asıl işverenlik alt işverenlik ilişkisinin, göreceli bir ilişki olduğu söylenir. Kanun alt işverenin işçilerini korumak için bu düzenlemeleri getirmektedir. 1475 sayılı kanun zamanında muvazaadan dolayı Yargıtayın birçok kararını hatırlıyoruz. Mesela, ihaleli işin bırakılması halinde, işçiler sabit, mütemadiyen işyerlerinde çalışıyorlar, sadece müteahhit değişiyor. Değişen başka bir şey yok. Maddi olgu aynı kalıyor. İşçiler aynı kalıyor, sadece müteahhitler değişiyor. Bunlar şeklen yapılan ihalelerdir. Esas itibarıyla bir ihale yoktur. Dolayısıyla burada muvazaa vardır. Asıl işveren bu işçilere karşı sorumlu olacaktır. Burada asıl işveren alt işveren ilişkisi yoktur. Tek işveren vardır. Özellikle kamu kuruluşları bakımından karşımıza çıkmaktadır. Bu ihale neden muvazaalı olsun, ihale mevzuata göre yapılmaktadır, bu ihaleyle saklanan bir şey yoktur denilebilir. Ancak, Yargıtay burada bir karineye gitmektedir. Müteahhitler değişiyor, işçiler aynı kalıyorsa artık burada muvazaa vardır. Aslında Yargıtay burada şunu demektedir. İhaleye veren işveren kendisi işçi çalıştırmaktadır, işçi istihdam etmektedir, dilediği gibi istihdam etmektedir. Alt işveren olarak gözüken kişiye istediği talimatı vermektedir. Dilediği işçiyi çıkarttırmaktadır. Dilediği işçiyi cezalandırmaktadır. Ücret ödemelerine müdahale etmektedir vs. Yani burada alt işveren aslında sanal bir kişilik olarak durmaktadır.

Muvazaa işlemi sadece asıl işveren alt işveren ilişkisi bakımından ortaya çıkmaz. Bir başka işverene bırakılan iş, Kanunun 2. maddesinin 6. fıkrasındaki koşulları taşııyorsa, asıl işveren alt işveren ilişkisi oluşmaz, iki ayrı işveren var demektir. Burada da muvazaa vardır. Şöyle bir örnek verelim. Bir işveren bir başka işverenden iş alıyor, ama münhasıran işçilerini orada çalıştırmıyor, değişik yerlerde çalıştırıyorsa, kanunun anladığı manada bir asıl işveren alt işveren ilişkisi yoktur. Dolayısıyla kanunun anladığı manada bir asıl işverenlik sorumluluğu da yoktur. Diğer işveren işçileri değiştiriyorsa, oraya tahsis etmemişse, asıl işveren alt işveren ilişkisi yoktur. Bu halde de muvazaa olabilir.

Bu uygulamalardan dolayı 4857 sayılı kanun yeni düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerden bir tanesi, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmek suretiyle hakları kısıtlanamaz. Bu yalın olarak muvazaa olduğunu göstermez. Alt işveren asıl işverenin işçilerini çalıştırabilir, çalıştırmaya devam edebilir. Kanunun bu ifadesinden; çalıştırmaya devam ettirilmesi ifadesinden şunu anlıyorum, görünürde hukuken işten çıkarma var, ama yine çalışma devam ediyor. Asıl işverenin işçisi olarak çalışmakta olanlar alt işveren işe başladığı andan itibaren alt işveren işçisi olarak görülmeye başlanır. Yani asıl işveren bunların iş sözleşmelerini kağıt üzerinde feshetmiş olmakta, diğer işveren işe başladığı tarih itibarıyla bunları işçisi yapmaktadır. İş sözleşmesinin sona erdiği, işçinin işyerinden ayrıldığı, bilahare gelip çalıştığı hallerde, alt işverenin işçisi olarak bu hükmün uygulanmayacağı kanaatindeyim. Mesela, asıl işveren alt işverene bıraktığı bir işte işçi çalıştırıyordu, herhangi bir nedenle kanun hükümlerine uygun olarak işten çıkardı. Bu işçinin çalışmış bulunduğu işi bir başka işverene verdi. Bu işveren de işten çıkan o işçiyi çalıştırmaya başladı. Kanunun bu hükmü uygulanamaz kanaatindeyim. Çünkü, burada alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesinden kanun bahsetmektedir. Devam olması lazımdır. Bunun anlamı şudur, fiilen iş ilişkisi de kopmamış olmalıdır. Muvazaa en çok böyle ortaya çıkmaktadır.

İşçi 25/2. maddeye göre işten çıkarılsa, o iş daha sonra alt işverene bırakılsa ve işçi tekrar işe başlarsa o zaman muvazaadan söz edilemez. Çünkü, burada çalıştırılmaya devam ettirilme hali yoktur. Kanun hukuken iş ilişkisi sona erip fiilen çalışmanın devam etmesi halinde, işçinin haklarının kısıtlanmasından bahsediyor. Hakların kısıtlanıp kısıtlanmadığının da her olayda ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Global bir karşılaştırma olmaz. Mesela, ücretleri düşmüştür ama falanca hakları artmıştır şeklinde hakim tarafından incelenmesi gerekir. Bu vesileyle şunu da belirtelim. Kanun , asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek ifadesini kullanıyor. Bu ifadeye göre Kanun, asıl işveren alt işveren ilişkisini ortaya çıkaran işlemin kendisini muvazaalı kabul ediyor diyebiliriz. Yani müteahhitlik sözleşmesi muvazaalı olur. Kimi görüş sahipleri şunu söylüyorlar. Sözleşme özgürlüğü vardır, akit serbestisi vardır, dolayısıyla iki işveren arasındaki sözleşme batıl olmaz, muvazaa iddiası buna yönelik değildir, muvazaa iddiası işçilik haklarının kısıtlanması durumunda yani kısmi bir geçersizlik söz konusu olur. Kanaatimce bu mümkün değildir. Sözleşmenin kendisi muvazaalı olduğu için batıl olur. Hem de mutlak butlanla batıl olur. İşçilik hakları geri gitmemişse muvazaa iddiası dikkate alınmayacaktır.

Bir başka muvazaalı durum, daha önce o işyerinde çalışan işçiyle alt işverenlik ilişkisinin kurulamayacağını kanun öngörmektedir. Aksi halde bu alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri gibi işlem göreceğini kanun söylüyor. Fakat bu durumun her olay için ayrı ayrı ve teferruatla incelenmesi gerekir. Daha önce o işyerinde çalışmış olan işçi emeklilik gibi çeşitli nedenlerle işten ayrılabilir. Alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu iş üzerinde bir uzmanlığı, birikimi,

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

tecrübesi olabilir. Bu nedenle eski işvereni ile asıl işveren alt işveren ilişkisine girebilir. İlla da bu durumda bir muvazaadan bahsedilemez.

2. maddenin son cümlesinde ise "İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez" denerek asıl işin bölünme şartları sıralanıyor. Burada önemli olan asıl işin tespiti. Kavramsal olarak asıl iş şudur; bir işletmenin bir işyerinin teknik amacını gerçekleştirmeye yönelik olan olmazsa olmaz faaliyetine asıl iş denir. Buradan hareketle her olayda yukarıda bahsedilen şartlar iyice incelenmelidir.

Asıl işverenle alt işveren arasında bir başka husus, sorumluluk konusudur. Kanun burada asıl işverenin de sorumluluğunu öngörmektedir. Bu birlikte sorumluluktur. Asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumluluğudur. İki işveren arasındaki ilişki işçiyi kesinlikle ilgilendirmez. Burada önemli olan husus, asıl işverenin sorumluluğunun ne zaman başladığıdır. Pek çok görüş alt işverene işin verilmesiyle başlar şeklindedir. Kanaatimce böyle olmaz. Alt işveren işçisinin asıl işverenin işyerinde işe başlamasıyla sorumluluk başlamalıdır. Yargıtay kararlarında işin alt işverene verildiği zaman sorumluluğun başlayacağına dair ifadeler yer alıyor. Ancak bu isabetli değildir kanısındayım. Sadece sözleşmenin imzalanması yeterli değildir, işçinin de işyerinde işe başlaması gerekir.

II- İş Sözleşmesi ve Türleri

İş sözleşmesi 4857 sayılı kanundan önce sadece Borçlar Kanununun 313. maddesinde "hizmet akdi" adı altında yer alıyordu. Bu tanıma göre, "hizmet akdi öyle bir mukaveledir ki işçi muayyen veya gayri muayyen bir zaman için bir iş görmeyi iş sahibi dahi ona bir ücret ödemeyi taahhüt eder."

4857 sayılı kanunun 8. maddesinde ise, "iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu Borçlar Kanunundaki tanımlamadan farklıdır. Borçlar Kanununda bağımlı çalışmaya, bu kanunda ise zaman unsuruna yer verilmemiştir.

4857 sayılı kanunda yer alan fakat Borçlar Kanununun yer vermediği bağımlılık unsuru ise, iş sözleşmesini karakterize eden bir unsurdur. İşçi tarafından yapılması taahhüt edilen iş, işverenin talimatıyla yerine getirilir. Dolayısıyla bağımlı bir kişi olmaktadır. Fakat bağımlı olarak iş görme bütün işçiler için aynı değildir. İşyeri içindeki pozisyonu değiştikçe, hiyerarşik olarak yükseldikçe işçinin bağımlılığı azalmış olur. Hareket serbestisi arttıkça, karar verme imkanı nispeten arttıkça

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

bağımlılığın yoğunluğu azalmış olur. Ama buna karşılık sorumluluğu artar. Bağımlılığın varlığını tespit için İş Hukukunda çeşitli kriterler tespit edilmiştir. İşin nerde yapıldığı, iş sürelerinin belirlenmesinden, üretim araçlarının, malzemenin kim tarafından temin edildiğinden, üretimin piyasaya açık yapıp yapılmadığından, çalışanın kendi işçisi olup olmadığından, bir iş organizasyonu içinde yer alıp almadığı gibi pek çok kriterle göre bir iş sözleşmesinin var olup olmadığı tartışılmaktadır.

Bizim hukukumuzda bir işçinin aynı anda hem işçi hem işveren olması mümkündür. Kural olarak bir kişinin belirli bir iş ilişkisinde hem işçi hem işveren olması mümkün değildir. Ama bir başka kişiyle işçi işveren ilişkisi içerisinde olabilir. Mesela bir Yargıtay kararında, bir otele temizlik ve çay ocağına bakmakta olan bir işçinin çay ocağını başka bir kişiye bırakması halinde, o kişiye karşı işveren konumunda olduğu kabul edilmiştir. Kanunun anladığı manada bir işçilik için, iş sözleşmesine göre çalışmak şarttır. Fakat kanun koyucunun, iş sözleşmesine göre çalışma olduğu halde işçi demediği kategoriler vardır. Mesela, Sağlık Bakanlığı tarafından sözleşmeli olarak çalıştırılacak sağlık personeli hakkında. Bunlar iş sözleşmesine göre çalıştırılacaklar denildikten sonra arkasından denilmektedir ki bunlar işçi değildirler. Pozitif hukuk açısından denilebilecek bir şey yoktur.

Sözleşmenin şekli konusunda kanunda, 1475 sayılı kanundan farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Kanun diyor ki, "süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması zorunludur." Yazılı şekil bir geçerlilik koşulu- dur. 1475 sayılı kanun zamanında Yargıtay yazılı yapılması zorunlu olan sözleşmeler bakımından bunun geçerlilik değil ispat koşulu olduğunu söylüyordu. Bu kanun belirli süreli iş sözleşmelerinin genel olarak yazılı yapılacağını söylemektedir. 11. maddede "Belirli süreli işlerde.....yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir." Yani bir iş sözleşmesi belirli süreli ise kanun yazılı yapılır diyor. Halbuki 8. maddenin 2. fıkrasında, süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasını emretmektedir. Dolayısıyla yazılı yapılmazsa geçersiz olur.

Halbuki böyle amir bir ifade kullanmadan sadece şekilden bahsettiği hallerde, yazılı şekil geçerlilik koşulu değil ispat koşuludur. Sözelimi 14. maddede çağrı üzerine çalışmanın yazılı yapılması amir bir hüküm olarak ifade edilmemiştir. Yazılı olarak yapılması sadece ispat koşuludur. Sonuç olarak süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı yapılması zorunludur. Bir yıldan az olan iş sözleşmeleri için geçerlilik değil ispat koşuludur. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri için bir şekil şartı öngörülmemiştir.

İş sözleşmelerinde süre mutlaka bulunması lazımdır. Sürenin bulunup bulunmaması uygulanacak kuralları farklılaştırmaktadır. Uygulamada öyle sözleşmeler vardır ki, bunlar görünürde belirli sürelidir. Mesela, asgari müddetli iş sözleş-

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

meleri. Yapılırken şöyle bir ifade kullanılmış. Bu sözleşme, en az bir yıl devam eder. Bunun anlamı şudur, öngörülen süre dolmadıkça bu sözleşme feshedilemez. Gerçekte burada süre değil fesih hakkı sınırlandırıldığı için böyle bir sözleşme belirsiz süreli sözleşmedir. Bunlar belirli süreli sözleşme kabul edilemezler.

Bir de azami müddetli sözleşmeler var. Orada da iş bu sözleşme, azami beş yıllıktır, dört yıllıktır denmişse bu süre gelmeden sözleşme feshedilebilir. Yargıtay'a ve öğretideki genel görüşe göre bu tip sözleşmeler belirli süreli sözleşmelerdir. Benim kanaatime göre ise belirsiz süreli sözleşmedir. Böyle bir sözleşme sona erdiği zaman belirli süreli sözleşme olduğu için kıdem tazminatı hakkı doğmayacaktır. Bir sözleşme öngörülen vadeden önce her zaman feshedilebiliyorsa belirsiz süreli olur. Oradaki azami müddetin dikkate alınmaması azami müddetin belirli süreli bir sözleşmenin varlığı için yeterli kabul edilmemesi gerekir.

Sözleşmenin türlerine baktığımız zaman, taraflar sözleşmenin türünü serbestçe belirleyebilirler. Kanunun 11. maddesinin belirli süreli iş sözleşmelerinin hangi hallerde yapılacağını öngörmüştür. Bu hallere baktığımız zaman 9. maddenin fazla bir şey ifade etmediğini görüyoruz. O da şudur, kanunda öngörülen belirli süreli iş sözleşmesi yapmaya olanak veren durumlar dışında taraflar istese de belirli süreli iş sözleşmesi yapamaz. Hangi hallerde belirli süreli sözleşme yapılabilir:

- 1- Belirli süreli bir iş olması,
 - 2- Belirli süreli bir işin tamamlanması,
 - 3- Belirli bir olgunun ortaya çıkması,
- gibi objektif koşullarla belirli süreli sözleşme yapılabilir.

Ne zaman biteceği belli olmayan bir işte taraflar belirli süreli sözleşme yapamazlar. Bu ancak objektif bir olgu varsa o zaman olabilir. Mesela hastalanmış olan belirsiz süreli çalışan bir işçinin yerine belirli süreli birini çalıştırma, yıllık iznini kullanan işçinin yerine işçi çalıştırılma böyledir.

Belirli süreli iş sözleşmesi yeni kanunda son derece kısıtlanmıştır. Hatta bizim hükmümüz bu konuda esas alınan Avrupa Birliği Hukuku Yönergesinden de katıdır. Bu yönergede belirli süreli iş sözleşmesi tarafların belirlediği bir tarihte sona eren bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Belirli süreli sözleşmeler istisnai sözleşmelerdir. Asıl olan belirsiz süreli sözleşmelerdir. Belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı öngörülmüştür.

Kanun Borçlar Kanunundan farklı olarak belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesine imkan vermemektedir. Bu hüküm belirli süreli iş sözleşmesinin

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

esaslı bir neden olmadıkça birden fazla üst üste yapılamaz hükmünün sonucudur. Yani Borçlar Kanununun 339. maddesindeki gibi tecdit, İş Kanununa göre mümkün gözükmemektedir. Fakat iş sözleşmelerinin zincirleme yapılması mümkündür. Yenileme farklı bir şeydir. Birden fazla iş sözleşmesi esaslı bir neden oldukça arka arkaya belirli süreli yapılabilir. Peş peşe belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması için hukuka uygun bir durumun, objektif bir nedenin mevcudiyeti şarttır. Eğer böyle bir neden yoksa o zaman peş peşe yapılamaz.

Yenilenme bakımından örnek veriyorum mesela bir yıllık bir sözleşme yapılmış, sözleşmenin bitimine bir ay kala taraflardan birince feshedilmediği takdirde iş bu sözleşme yenilenmiş sayılır şeklindeki bir hüküm, bu kanuna göre mümkün olmaz. Neden çünkü taraflar sözleşmenin yenilenmesine kendi iradeleriyle olanak sağlamaktadırlar. Halbuki kanun peş peşe yapılmayı tarafların kendi iradesinden bağımsız olarak esaslı bir nedenin varlığına bağlamaktadır. Yani objektif bir nedene bağlamaktadır. Aksi halde kanun başlangıçtan itibaren sözleşmenin belirsiz süreli kabul edileceğini belirtmektedir.

Esaslı bir nedene dayanan zincirleme iş sözleşmeleri belirli süreli olma özelliğini korurlar derken eğer gerçekten objektif nedenler varsa belirli süreli iş sözleşmelerinin peş peşe yapılmasına imkan veren objektif nedenler varsa o zaman her bir sözleşme belirli süreli olma özelliğini korumuş olur. Ancak kimi işçilik hakları bakımından kanun koyucunun bu düzenlemesine rağmen mesela peş peşe yapılmış belirli süreli iş sözleşmeleri var ve hiçbir şekilde bu sözleşmeler belirsiz süreli bir iş sözleşmesini oluşturmuyorlar; buna rağmen son sözleşmenin vadesinde bitmesini Yargıtay 2000 kararlarında kıdem tazminatına imkan veren bir durum olarak görmektedir. Mesela özel öğretim kurumlarındaki öğretmenlerle, müdürlerle akdedilen sözleşmeler belirli süreli sözleşmelerdir. Üniversitelerde öğretim üeleriyle akdedilen sözleşmeler belirli süreli sözleşmelerdir. En son iş sözleşmesinden sonra sözleşmenin yapılmaması halinde Yargıtay kıdem tazminatına hükmetmektedir. Ama ihbar tazminatını tabi ki kabul etmiyor. Burada yeni bir sözleşmenin yapılmaması bir tür fesih gibi mütalaa edilmektedir. Belirli süreli iş sözleşmelerinin peş peşe yapılmasına olanak veren durumlarda yani kanunun bahsettiği gibi esaslı bir neden halinde peş peşe belirli sürelerle iş sözleşmeleri yapıldığında en son sözleşmenin sona ermesi diğer koşulları ile birlikte kıdem tazminatına imkan veren bir sona erme olarak değerlendiriliyor. Oysa belirli süreli sözleşmelerde vade geldiği zaman sözleşme bu nedenle sona ermiş olur. Kıdem tazminatı hakkı da doğmaz. Bana şunu sorabilirsiniz. Peki kanunda öngörülen haller olmadan bir sözleşme belirli süreli yapılmışsa ne olacak? Geçersiz mi olacak? Hayır bu sözleşme belirsiz süreli olur. Belirsiz süreli bir işte belirli süreli olarak yapılmış bir sözleşme objektif bir neden olmadığı takdirde belirsiz süreli bir sözleşmedir. Geçersiz olmaz.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi bir işyerinde daimi sürekli işlerdeki sözleşmelerdir. Bir işyerinin asli faaliyetine giren tüm işler devam ettikleri için o işyeri

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

faaliyetini sürdürdüğü sürece bu işler de devam edeceğinden belirsiz süreli iş sözleşmelerine konu olabilir. Belirli süreli iş sözleşmelerine konu olamaz. Dolayısıyla temel belirsiz süreli iş sözleşmelerdir. İki sözleşme arasındaki ayrımın önemi, kendisini sözleşmenin sona ermesi halinde özellikle göstermektedir.

Şimdi belirli süreli iş sözleşmesi istisnai bir sözleşme olduğu için kanunun 12. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin ayrıma tabi tutulmayacağını öngörmektedir. 12. maddenin başlığı içeriğini yeterince ifade etmiyor. Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının sınırları diyorsa da burada bir ayrım yasağı öngörülmektedir. Yani salt iş sözleşmesinin belirli süreli olmasından dolayı bir işçi belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Ama belirli bir takım objektif nedenler varsa gayet tabi ayrım yapılabilir. Yani işyerinde işletmede belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere verilen bir takım haklar objektif nedenlere dayanıyorsa, bunlar belirli süreli sözleşmeyle çalışanlara verilir diye bir söylenemez.

Şimdi burada karşımıza çıkan bir husus sürekli-süreksiz işlerde iş sözleşmesi. Sürekli-süreksiz iş kavramı tıpkı 1475 sayılı kanunun 8. maddesinde olduğu gibi düzenlenmektedir. Burada da 10. madde olarak yer almıştır. Sürekli iş- süreksiz iş, işin niteliğine bakmak suretiyle kanun koyucunun yaptığı bir ayrımdır. İşin niteliği itibarıyla bir iş en fazla 30 işgünü sürüyorsa süreksiz iş, 30 işgününden fazla sürüyorsa sürekli iş olur. Yalnız şunu belirteyim iş sözleşmeleri sürekli sözleşmelerdir. Sürekli sözleşme olması demek taraflar arasında sürekli bir iş ilişkisi doğar. Sürekli bir borç ilişkisi kurar. Bu bağlamda süreksiz iş sözleşmesi de bir sürekli borç ilişkisi kuran iş sözleşmesidir. Yani kısa bir süre de olsa işveren ve işçi arasında sürekli borç ilişkisi kurulmuş olur. Buradaki 30 günün özel bir hikmeti yok. Kanun koyucu 40 gün de 50 gün de diyebilirdi. Burada önemli olan işin niteliğidir.

4857 sayılı İş Kanunu temel kanundur. 4857 sayılı İş Kanunuyla diğer iş kanunları arasındaki ilişki genel kanun, özel kanun ilişkisi değildir. Ama bir Yargıtay kararında da ifade edildiği gibi 4857 sayılı İş Kanunu ana kanundur. Diğer kanunlar bu ana kanunun adeta cüzleri gibidir, kısımları gibidir. Yargıtay bu şekilde değerlendiriyor. Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanununun bu karakteristiğini, bu hususunu göz ardı etmemek lazım. Türkiye'de başka iş kanunları var, 854 sayılı Deniz İş Kanunu var. 5953 sayılı Basın İş Kanunu var. Şu halde bunların arasındaki ilişki genel kanun, özel kanun değil ama 4857 sayılı kanun, ana kanundur. Ana kanun olduğu başlangıçtan bellidir. Daha ilk fıkrası, ilk maddesinden bellidir. 4. madde-deki istisnalar dışında kapsamı genel bir kanun olduğu için bu kanunun önemini vurgulayalım.

Tam süreli, kısmi süreli iş sözleşmeleri: Tam süreli iş sözleşmesi, normal haftalık çalışma esasına göre işyerinde günlük çalışmanın yapıldığı bir çalışma

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

biçimidir. Haftada 45 saat, 5 işgünü, günde 9 saat veya günde 7,5 saat haftada 6 işgünü haftada 45 saatlik çalışma tam süreli bir çalışmadır. Burada günlük ve haftalık çalışmaya göre tam veya kısmi süreli ayırımını yapmış oluruz. Asıl olan çalışma tam süreli çalışmadır. Tipik olan budur. Fakat, kanun, 1475 sayılı kanun zamanında da uygulanmış atipik çalışma olarak kısmi süreli çalışmaya ilişkin kimi kurallara da yer vermekte ve bunlardan biri olan çağrı üzerine çalışmayı ayrıca düzenlemektedir. Şimdi genel olarak kısmi süreli çalışmalara ilişkin hükümler getiriliyor. Arkasından da kısmi süreli çalışmanın bir türü olan çağrı üzerine çalışma düzenleniyor. Kanunda atipik kimi çalışma tarzlarına olanak veren düzenlemeler de yer almaktadır. Mesela kayan iş süresine göre çalışma. Bir blok çalışma zamanı var işçi o blok çalışma zamanında mutlaka işyerinde bulunmak zorunda. 5 saat, 4 saat neyse, bunun öncesinde de sonrasında da işin ne zaman başlayacağı ne zaman sona ereceğine kendisi karar vermektedir. Kayan iş süresi budur. Burada aslında bu kayan iş süresinin basit modelinde günlük iş süresi değişmemektedir. Yani 7,5 veya 9 saatlik çalışma olmaktadır. 7,5 veya 9 saatlik çalışmanın ne zaman başlayıp ne zaman biteceği işçiye bırakılmıştır. Şimdi burada kısmi süreli bir çalışma yok. Tam işgününe göre çalışma var. Başlangıç ve bitiş saatlerinin işçiye bırakıldığı bir çalışma ilişkisi vardır. Vasıflı kayan iş süresi halinde de böyledir. İşin başlama ve bitiş zamanı işçiye bırakıldığı gibi bazı hallerde o gün öngörülen iş süresinden daha kısa bir çalışma yapabilmektedir. Yani çalışma süresini mesela 7,5 saatten 7 saat yapabilmektedir 9 saatlik çalışmayı 8 saat yapabilmektedir ama böyle bir çalışma halinde de yapmadığı çalışmayı daha sonra telafi etmesi gerekmektedir.

Yine bu kanunun 64. maddesinde telafi çalışması diye bir çalışma var. Telafi çalışması bağımsız bir iş sözleşmesinin konusu olmaz. Dolayısıyla telafi çalışması, başlı başına bir çalışma tarzı oluşturmaz. Yoğunlaştırılmış iş haftasına göre çalışmaya gelince; Türk hukukunda çalışma süreleri konusunu incelerken göreceğimiz haftada 45 saat uygulanan çalışma süresinin haftanın belirli günlerine yığılması mümkün değildir, kanundaki düzenlemeler nedeniyle. Mesela 45 saatlik çalışmayı 3 günde yapamazsınız. Kanun buna müsaait değildir. Dolayısıyla yoğunlaştırılmış 45 saatlik bir çalışma süresi varsa haftanın çalışılmayan iş günü/günleri dikkate alınarak kısmi süreli bir çalışmadan bahsedilemez.

Kanun koyucu tarafından kısmi süreli iş sözleşmesi iş sözleşmesi türü olarak kanunun 13. maddesinde dikkate alınan genellikle klasik kısmi süreli iş sözleşmeleridir. Her gün işyerine gelip o işyerindeki standart, normal tam sürenin altında çalışma yapılması halinde bu şekilde bir çalışma kısmi süreli çalışmadır. Veya haftanın belirli günlerinde işyerinde çalışma halinde, her işgünü değil, çalışma halinde kısmi süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilir. Tabi kanun koyucu tam böyle ifade etmemekle birlikte diyor ki tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmişse sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir. Buradaki kasıt haftalık normal çalışmadır. İşyerindeki haftalık normal çalışmaya göre bir işçinin haftalık normal çalışması haftalık normal çalışma süresi tekrar ediyorum.

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

Kısmi süreli işçi bakımından da haftalık normal çalışmadır. Ama onun bakımından. Eğer emsal tam süreli işçiye göre önemli ölçüde daha azsa kurulan iş ilişkisi kısmi süreli bir iş ilişkisidir. Bunu konu edinen sözleşmede kısmi süreli bir iş sözleşmesidir. Kanunun gerekçesinde örnek veriliyor;

İşyerindeki normal haftalık çalışma süresi 40 saatse kısmi süreli bir çalışmadan bahsedebilmek için bu, 30 saat ve onun altında olmalıdır denilmektedir. Uygulamanın nasıl ne getireceğini bilemiyoruz. İşyerlerinde genel olarak uygulanmakta olan haftalık çalışma süresi bu kanuni süre 45 saat olmayabilir. 40 saat olabilir. Hangisi ise ona göre göreceli olarak yani daha az olan önemli ölçüde az olan bir çalışma kısmi süreli bir çalışma olarak kabul edilebilecektir. O zaman ister istemez işyerindeki genel uygulama standart olan iş süresi nedir bunların dikkate alınması lazım. Şunu belirtelim, kısmi süreli çalışma arzi bir çalışma değildir. Geçici bir çalışma değildir. Bu çalışma standarttır. Sürekli bir çalışmadır. Tabi ki böyle bir çalışma kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmesiyle kurulabilir. Ama belirli iş sözleşmesinde de konu olabilir. Bunu engelleyen bir şey yoktur. Söylemek istediğim husus şudur. Kısmi süreli çalışma demek rutin bir çalışmadır. İşyerindeki rutin bir çalışmadır. İkincisi akdi bir çalışmadır. Sözleşmeye dayanır. Tarafların işçi ve işverenlerinin uygun görmesi ile kurulan bir çalışmadır. Üçüncüsü bu sözleşme görecelidir. Yani kısmi süreli çalışıp çalışmama göreceli bir duruma dayanmaktadır. Kanunda bunu söylüyor. Önemli ölçüde daha az belirlendiği halde eğer haftalık çalışma süresi önemli ölçüde daha az belirlenmişse kısmi süreli bir sözleşmeden bahsedilmektedir. Asıl önemli nokta 13. maddenin 2. fıkrasında kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin bir ayrıma tabi tutulmaması, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere göre korunması konusunda kendisini göstermektedir. Kanun diyor ki kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreyle orantılı olarak ödenir. Burasını anlıyoruz. Kanun bir orantı veriyor. Ama bizim hukukumuzda Avrupa birliğinden alınan bu orantı ilkesine rağmen problem arz eden durumlar vardır. Avrupa Hukukunda olmayan bir kıdem tazminatı var. Bu ilkeye göre kısmi süreli çalışan bir işçinin kıdem tazminatı nasıl olacak bir açıklık getirmemektedir. Yani içtihadı somut bir şey vermemektedir. Kimi kararlarda kısmi süreli çalışan işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı şayet çalışması tam süreli çalışan gibi bir yılı aşıyorsa kıdem tazminatı hakkının doğabileceği yönünde bu şekilde bu mealde yorumlanan kararları varsa da Yargıtay'ın yerleşik kararı şudur. Kısmi süreli çalışma halinde haftanın muayyen günleri çalışma süresi ile kısmi süreli çalışma yapılıyorsa çalışılmayan süreler kıdeme dahil edilmez. Dolayısıyla kıdem tazminatı hakkı çalışılmış sayılan süreler dikkate alınmak suretiyle eğer bir yılı aşıyorsa kıdem tazminatı hakkı doğar. Bu yerleşik bir içtihattır. Bu içtihattan sapma gösteren kararlar tereddütlüdür ve çok azdır. Ve tartışmaya açıktır.

Kısmi süreli işçinin işe gelmediği günler çalışılmış gibi sayılmamaktadır. Nasıl bunlar kıdem tazminatından yararlandırılacaktır? Kıdem unsuru nasıl tespit

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

edilecektir? Mesela kısmi süreli çalışan işçi Kanununun 13. maddesinin 2. fıkrasına göre benim kıdem tazminatından orantılı olarak yararlanmam gerekir diyebilir mi? Yargıtay yerleşik içtihadını değiştirmedikçe bunu diyemez. Kısmi süreli çalışma ile ilgili bu yeni yıllık ücretli izin yönetmeliğinden kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışan işçilerin hizmet sözleşmeleri devam ettiği sürece yıllık ücretli izin hakkından yararlanırlar diyor. Kanununun Yıllık ücretli izin ile ilgili hükümlerine baktığımız zaman hangi sürenin çalışılmış gibi sayılacağını kanun koyucu kendisi tasrih etmektedir. Kısmi süreli çalışan işçinin o gelmediği günleri kanun koyucu çalışılmış sürelerden saymadığına göre yönetmelikle sayabilir miyiz? Tartışmalı ve problemli bir konu oluşturmaktadır. Söylemek istediğim şudur; Avrupa Birliğinden " orantılılık kuralı" alınıyor. Bu kurala göre kısmi süreli işçiyle tam süreli işçi arasında ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerde bu orantı kurulacaktır. Ama bildiğiniz gibi bizde kimi ödemeler ki kıdem tazminatı bunun en tipik örneğidir ve Avrupa Hukukunda bizdeki şekliyle yoktur ve bu ilkelerin uygulanmasına olanak vermez. Kısmi süreli çalışan işçi şu anda Yargıtay'ın yerleşik kararlarına baktığımızda çalışılmış ve çalışılmış gibi sayılan süreler şayet bir yılı doldurmuyorsa kıdem tazminatı hakkında orantı suretiyle yararlanamaz. Dolayısıyla 12. maddenin 2. fıkrasındaki bu hüküm yeterli bir somutluk vermemektedir benim kanaatimce.

Kısmi süreli çalışma türlerinden bir tanesi olan çağrı üzerine çalışma bir kısmi süreli sözleşme olarak 1475 sayılı kanun zamanında uygulaması vardı fakat şimdi kanun hükmü oldu. Dolayısıyla isabetli olmuştur. Çağrı üzerine çalışma her işe olamaz, işin mahiyeti müsaade ediyorsa olur. İşyerinde mütemadiyen işçi bulundurulması gereken bir işte çağrı üzerine çalışma yapılmaz. İşveren bir işçiyi daimi olarak istihdam etmesi gerekirken işçilik maliyetini düşürmek için çağrı üzerine çalışma sözleşmesi yoluna gidememelidir. İşveren ihtiyaç duyduğunda işçiyi çağırıyor ve kanun eğer taraflar belirlememişse haftalık çalışma süresini 20 saat olarak belirliyor. Çağrı üzerine çalışma da hafta esasına göre çalışma süresi 20 saattir. Bunun haftalık olarak belirlenmesi şart değildir. Sözleşme ile yıl veya ay esasına göre de belirlenebilir. Önemli olan şudur; Haftalık 20 saatlik çalışma döneminde işveren ister ihtiyaç duysun çağırсын ister duymasın çağırmasın yani çalışma olsun veya olmasın işçi 20 saatlik çalışmayı yapmış kabul edilir. Çağırılmadığı ve fiilen çalışma olmadığı halde de kanun ücrete hak kazanacağını söyler. İşveren diyelim ki o hafta işçinin 10 saatlik çalışmasına ihtiyaç duydu bunun üstü çalışılmış gibi sayılır. Diğer bir hususta işçi her çağırılışında şayet aksi kararlaştırılmamışsa en az 4 saat üst üste çalıştırılmalıdır. Burada kanun bir üst sınır vermemiştir. Bu problem doğurabilir. Çağırıldığı zaman işçi en fazla kaç saat çalıştırılabilir? Bu konuda aklımıza gelen hüküm 63. maddedir. Kanununun 63. maddesinde günde 11 saatin aşılmaması emredilmektedir. Şu halde çağırıldığında en fazla 11 saat çalıştırılabilir. Tespit edilen 20 saatlik çalışmayı aşan bir çalışma fazla sürelerle çalışma olur. Çağrı üzerine çalışma sözleşmesinin yazılı yapılması gerekir. Bu bir ispat koşuldur. Çünkü Kanun yazılı yapılmasını zorunlu görmemiştir. İşçinin ne zaman

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

çağırılırsa çağırılın çağrıya icabet etmesi gerekir. Mesela çağrıldı ve en az 4 saatlik çalışma yaptırıldı ve gönderildi. Akabinde gerçekten İşyerinde işçiye tekrar ihtiyaç duyulursa ve çağırılırsa gelmesi gerekmektedir. Aksi halde sözleşmesini ihlal etmiş olur.

Deneme süreli iş sözleşmesi bir iş sözleşmesi türü değildir. Belirli süreli de olabilir belirsiz süreli de olabilir, bunun hiçbir önemi yoktur. Deneme süreli iş sözleşmesi tarafların iş sözleşmesine dercettikleri bir kayıttır. Bu kayıda göre ortada bir iş sözleşmesi var ancak bu sözleşmenin deneme süresi denilen bir süresi var. Şayet bu süre içinde işçi veya işveren beklediklerini bulamazlarsa bu süre içinde kalmak kaydıyla sözleşmeyi feshedebilirler. Bu kanunun 17,18,24 ve 25 nci maddelerinde düzenlenen fesihlerden çok farklıdır. Deneme süresi içindeki fesihlerde tazminat ödenmeden fesih gerçekleştirilir. Dolayısıyla deneme süresi içinde iş sözleşmesi feshedilen işçi belirsiz süreli sözleşmeyle çalışıyor olsa bile ihbar tazminatı talep edemez. Her ne kadar Kanunun 17. maddesi ihbar tazminatı süresini belirlerken iş süresindeki çalışması 6 aya kadar süren işçi için 2 haftalık ihbardan söz etmektedir. Varsayalım ki deneme süresi 2 ay olan bir işçinin sözleşmesi bu süre içinde feshedildi. İşçi gidip ihbar tazminatı için dava açarsa hakim bu reddetmesi lazım. Yani 17. maddedeki hüküm bu işçi için bir şey ifade etmez. Kanunun 15. maddesi işverene deneme süresi içinde derhal tazminatsız fesih imkanı verdiği halde mesela işveren "bu iş sözleşmesi Kanunun 17. maddesine göre süreli fesih yoluyla feshedilmiş" derse bir problem ortaya çıkar. Bu zamana kadarki Yargıtay kararlarında deneme süresi içindeki fesihlerde ihbar tazminatı yoktur. İşverenin Kanunun 15. maddesindeki hakkı dururken 17. maddeye göre fesih yaparsa problem doğmuş olur. Elimizde bunu çözümleyecek bir yargı kararı yok. Şu halde deneme süresi sıra dışı bir fesih imkanını taraflara verdiği için üzerinde durulmalıdır. Deneme süresini kanun koyucu " en çok 2 aydır " diyerek tahdit etmiştir. Toplu iş sözleşmeleriyle en çok 4 aya kadar uzatılabilir. Eski kanunda "en çok 1 ay" ve toplu iş sözleşmeleriyle 3 aya kadar uzatılabiliyordu. Kanunda azami süreler belirtilmiş, asgari süreler belirtilmemiştir. Denemeden beklenen amacın gerçekleşmesine yetecek makul bir süre olmalıdır. Herhalde 1 günlük bir deneme süresi olamaz. İşçinin işyerini 1 gün içinde tanıması mümkün değildir. İşçinin nitelikleri, yapacağı iş, işyerindeki yeri bütün bunların dikkate alınması gerekir. Deneme süreli iş sözleşmesi yapıldığı zaman sözleşme baştan yapılmıştır. Deneme süresi dolduktan sonra yeni bir sözleşme yapılmamaktadır. Kanunun bu hükmü gereği deneme amaçlı iş sözleşmesi yapılamaz. Örneğin 1 yıllık sözleşme yapılıyor işçi şayet başarılı görülürse kendisiyle belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılacak bu uygulamada vardır. Kamu kuruluşlarında da görüyoruz yanlış ve kanunun 15. maddesine aykırıdır. Deneme amaçlı belirli süreli sözleşme yapılamaz. Sadece deneme süreli yapılabilir onunda süresi bellidir. Tespit edilen deneme süresi temdit edilemez. Eğer tespit edilen deneme süresi hastalık grev vs. nedenlerle amacına ulaşmadıysa yeni bir deneme tespit edilebilir ama

temditi mümkün değildir. Yeni bir deneme tespit edildiğinde mesela kanunun cevaz verdiği gibi yine en çok 2 ay olarak mı tespit edilecek yoksa daha önceki deneme süresinin tamamı kullanılmamışsa maksimum süre kalan süre kadar mı kullanılacaktır? bu tartışmalıdır. Kanaatimizce hukuka uygun ,somut ve objektif nedenlerle deneme amacına ulaşmamışsa yeni deneme süresinin kanundaki sınıra göre yine en çok 2 ay olarak tespit edilmesi mümkün olabilir. Mesela 1 aylık bir deneme süresi öngörüyorsunuz işçi 15 gün işe gelemiyor, hastalanıyor geride 15 günlük deneme süresi yeterli bulunuyor. Şimdi yeni bir deneme süresi yapılıken burada ancak 1 aylık mı, 2 aylık mı yapılabilecek? kısıtlamamak gerekir. 15. maddenin 2. fıkrasına göre en çok 2 aylık bir deneme süresinin yapılabilmesi gerekir. Deneme süresi içinde iş sözleşmesi mevcut olduğundan işçi bu süreye ilişkin işçilik haklarından yararlandırılır. Kanunda bunu açıkça söylüyor "işçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır". demektedir. Bizde bir istatistik yapılmamıştır. Batıda yapılan istatistiklere göre işverenler genellikle piyasanın dalgalı olduğu dönemlerde talebin ani olarak yükseldiği sonra azalacağı dönemlerde belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi alıp çalıştıracığına deneme süreli iş sözleşmesi ile işçi alıp çalıştırmakta talebi karşıladıktan sonra bu işçinin deneme süresi içinde sözleşmesini sona erdirmek suretiyle kötüye kullanmaktadır, istismar etmektedir. Şayet işverenin bu hakkını kötüye kullandığı sabitse bu taktirde yapılan sözleşmenin baştan itibaren denemesiz iş sözleşmesi gibi değerlendirilmesi gerekir. Ama bu konuda somut bir Yargıtay kararı yok.

Takım sözleşmesi ile oluşturulan iş sözleşmesi grup sözleşmelerinden biridir. 1475 sayılı Kanun'un da vardı yeni kanunda 16. maddesinde yer almaktadır. Takım sözleşmesi iş sözleşmelerinin kurulmasına olanak vermektedir. Takım sözleşmesi ile takım kılavuzu denen kişi işverenle yazılı bir sözleşme yapmaktadır. Bu sözleşme yazılı yapılmak zorundadır. Aksi halde geçersiz olur. Takım kılavuzu takımı temsilen bir sözleşme yapmaktadır. Bu yaptığı sözleşme ile kendi iş sözleşmesini kurmakta takıma dahil olduğu söylenen ismi geçen işçilerinde gelip o işyerinde çalışacağı taahhüdünde bulunmaktadır. O işçilerin ilgili işverenin işyerinde gelip çalışmaya başlamalarıyla veya çalışmaya amade olmalarıyla birlikte iş sözleşmesi bunlarla işveren arasında kurulmuş olmaktadır. Uygulaması çok dar olan bir sözleşmedir. Takım kılavuzu kesinlikle iş sözleşmelerinin yapılmasına aracılık eden bir kişi değildir. Aracı, işveren veya alt işveren de değildir. Takım kılavuzu kesinlikle işçidir. Aksi halde Takım sözleşmesi olmaz. İşçilerin gelmemesi durumunda işverenin müracaat edeceği kişi takım kılavuzudur. Nitekim B.K `nun 110. maddesi devreye girecektir. Takım kılavuzu gerçekten 3. kişinin fiilini taahhüt eden kişidir. Burada takımın tüzel kişiliği yoktur. Dolayısıyla takımın temsili doğru bir lafız değildir. Takım Türk Hukukunda adi şirket hükmündedir. Takımın tümü değil tek tek o takıma dahil işçiler temsil edilebilir. Örneğin bu Kanunun 2. maddesinde "tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir." şeklinde tanımlanıyor. Bunları temsil edenler de işveren vekili durumunda olacaklardır. Kanun koyucu adi

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

şirket hükmünde olmasına rağmen kişi ve mal topluluklarının temsilinden bahsetmektedir. Bizzat işveren söz konusu olduğu zaman tüzel kişiliği olmayan bir kuruluşu, kurumu işveren kabul etmektedir. Bunun temsilinde işveren vekilinden bahsetmektedir. Aynı şekilde 16. maddede de bir takımın temsilinden bahsedilmektedir. Bu iş hukukunun gereklerine uygun düşmekte ise de Hukukun genel hükümlerine pek uyan bir durum değildir ve problem doğuracak hükümlerdendir.

Kanunun 7. maddesi Geçici İş İlişkisinden bahsediyor. Alt işveren kavramıyla karıştırılabilecek ve problem arz edebilecek bir yapıdadır. Takım sözleşmesi ile de karıştırılabilecek noktaları vardır. Bir işveren işçilerinden birini iş görme borcunu ifa etmek üzere bir başka işverenin işyerine gönderirse o işyerinin işvereni ile işçi arasında geçici iş ilişkisi kurulmuş olur. Bu iki işveren arasındaki geçici iş ilişkisi sözleşmesine dayanır. Geçici işveren ile geçici işçi arasında bir iş sözleşmesi yoktur.

Geçici iş ilişkisi görünümü altında o hale sokulan işçi simsarlığı olabilir. Ortada bir alt işverenlik mi yoksa geçici iş ilişkisi mi var karışabilir. Hatta takım sözleşmesi görünümü altında yapılmış bir ilişkide geçici iş ilişkisi mi yapılmak istenmiş yoksa takım sözleşmesi mi yapılmak istenmiş bütün bunlar ortaya çıkabilir. Kanunun 7. maddesi ile 2. maddenin 6. fıkrasındaki alt işverenlik ve 16. maddedeki bu takım sözleşmesi arasındaki uygulamalar kanuna karşı hileye imkan verecek durumlar doğurabilir.

Bir kişi kendisini de çalışma taahhüdü altına sokarak bir grup işçi için gidip bir sözleşme yaparsa takım sözleşmesi olur. Bir kişi işçisi olarak gösterdiği bir kişiyi bir başka işyerinde çalışmak üzere gönderirse bunun dışında kendisi onu çalıştırmıyorsa yani kendine mahsus o işçiyi çalıştıracığı bir işyeri yoksa burada geçici bir iş ilişkisi mi var yoksa burada bir alt işverenlik mi var iyi analiz etmesi lazım. Bunlar birbirine karışır. Uygulamada bunlar problem çıkaracaktır. 7. madde profesyonel bir geçici iş ilişkisine imkan vermemektedir. Amatör anlamda yani bir işveren kendi işyerinde çalıştırdığı işçiyi alıp bir başka işverene göndererek onun işyerinde çalıştırabilir. Aksi halde geçici iş ilişkisi olmaz. Kendi çalıştıracığı işyeri yok da aracılık yapıyorsa yani profesyonel anlamda yapıyorsa burada bir alt işverenlik mi var yoksa bir işçi istismarı mı var, yoksa kanunun 16. maddesindeki takım sözleşmesi ile ilgili bir durum mu var tespit etmek gerekir.

4857 sayılı İş kanununda klasik olarak tam süreli çalışmalar dikkate alınmaktadır. Tam ve belirsiz süreli bir iş sözleşmesiyle bir işverene bağlı olarak çalışan işçi tipik işçidir. Belirli süreli, kısmi süreli iş sözleşmeleri vs. gibi sözleşmeler tipik değildir; ikinci planda kalır. Kanun koyucu bunları tanzim etme gereğini duymuştur, hissetmiştir ve düzenlemeler getirmiştir. Fakat çağrı üzerine çalışmayı bir tarafa koyacak olursak genel olarak kısmi çalışma konusundaki düzenlemeleri benim kanaatimce yeterli değildir.

III-İşin düzenlenmesi;

Henüz bir İş süreleri yönetmeliği çıkmadığı için kanun hükümlerini dile getireceğiz. İşin düzenlenmesi konusunda öncelikli mesele iş süreleridir. Bu konuda kanunun 63. maddesi 1475 sayılı kanundaki kuralı tekrarlıyor. Normal çalışma süresi haftada azami 45 saattir. 63.madde bunu açık seçik söylemektedir. Kanun haftalık esasa göre çalışma süresini belirlemektedir. İş günü esasına göre belirlememektedir. Bunun birtakım yansımaları var. 1475 sayılı Kanundan farklı olarak 4857 sayılı kanun haftalık çalışma süresi olan 45 saattin veya işyerinde uygulanmakta olan haftalık çalışma süresinin şayet aksi kararlaştırılmışsa işyerinde farklı dağıtılabileceğine olanak sağlar. Biliyorsunuz 1475 sayılı İş Kanun'una göre iş günleri farklı süreleri içeremezdi. Eşit olmak zorundaydı. Cumartesi günü çalışma yapıp yapılmamasına göre haftalık çalışma süresi iş günlerine eşit bir şekilde dağıtılabirdi. Bu prensibi 4857 sayılı kanun içermektedir ama tarafların anlaşmayla bu prensipten ayrılmalarına da imkan vermektedir. Şayet çalışma sürelerinde haftalık çalışma süresini 45 saati kural olarak iş günlerine farklı dağıtacak olurlarsa, kanun diyor ki bir işgünü 11 saati aşmamak kaydıyla farklı dağıtım mümkündür. Tabi haftalık çalışma süresinin iş günlerine farklı dağılımı suretiyle her iş gününün farklı bir şekilde tespit edilmesi mümkün olduğu gibi çok açık yalın bir şekilde kanun ifade etmemekle beraber azami iş günü olan, azami süre olan bir iş günü bakımından 11 saate göre haftalık çalışmanın yapılması mümkün hale gelmektedir. Yani günlük iş süresi 11 saat tespit edilebilecektir. Bu durumda da haftada 6 iş günü çalışılan işyerlerinde 66 saat, 5 iş günü çalışılan işyerlerinde 55 saatlik bir haftalık çalışma yapılabilecektir. Kanun'un 63. maddesinin 1. fıkrası ile uyumlu hale getirilmek için çünkü 1. fıkrada çalışma süresinin haftada en çok 45 saat olduğu belirtilmektedir buna uyumlu hale getirilmek için denkleştirme süresi denilen bir süre öngörülmektedir. Şayet bu şekilde günlük 11 saatten haftada 66 veya 55 saat bir çalışma yapılmışsa haftalık ortalama çalışma süresinin 45 saati aşmaması için 45 saate denk düşmesi için denkleştirme yapmak zorunluluğu vardır. Ve bunu da kanun 2 aylık bir süre olarak öngörmektedir. 2 aylık bir süre içerisinde denkleştirme yapılmak suretiyle haftalık ortalama çalışma süresi 45 saate getirilmeli, aşılmamalıdır. Bu denkleştirme süresi denilen sürenin toplu iş sözleşmeleri ile 4 aya kadar artırılabilmesine imkan vermektedir. Bu denkleştirme süresi denilen kavram iş hukukumuzda yeni girmiş olan bir kavramdır. Şayet bu hüküm olmasaydı 63. maddenin 2. fıkrası hükmü olmasaydı fazla çalışma hükümleriyle karşılaşmış olacaktık. Çünkü haftalık çalışma 45 saatin üzerine çıkmış olacaktı, 66 saat 55 saat gibi 45 saatin üzerindeki çalışmalarda fazla çalışma olarak değerlendirilecekti. Denkleştirilmek suretiyle yani 2 aylık bir periyoda yani 8 haftaya dağıtılmak suretiyle ortalama haftalık çalışma süresi 45 saat olarak denkleştirildiğinde fazla çalışma söz konusu olmayacaktır. Bu durumda salt bu nedenle fazla çalışma olmayacaktır. Kanunun getirdiği bu düzenleme orijinal bir düzenleme olmaktadır. Denkleştirme süresi 2 aylık bir süre olarak belirtilmiştir peş peşe olarak

düşünülmelidir. Ayrı süreler olarak birer aylık süreler gibi düşünülmemelidir. Yani bu bir blok süredir. Bu süre içerisinde denkleştirmenin yapılması gerekir. Kanunun tanıdığı bu olanağa göre şayet kimi haftalarda 45 saatin üzerinde bir çalışma kanunun gerekçesinde de verilen örnek dikkate alınacak olursa 66 saat 55 saat gibi bir çalışma yapılacak olursa 2 aylık bir periyotta yani 8 haftalık bir dönemde işçinin ortalama haftalık çalışmanın 45 saate denk düşürülebilmesi için kimi haftalarda veya kimi iş günlerinde çalıştırılmaması icap edecektir. O zaman karşımıza boş gün kavramı çıkmaktadır. Şayet işçi çalıştırılacak olursa fazla çalışma hükümleriyle karşılaşmak söz konusu olabilecektir. Haftalık ortalama 45 saate denk getirilemeyecek aşımış olacaktır. O nedenle bazı haftalar bazı iş günlerinde çalışılmaması gerekecektir. Boş iş günü ortaya çıkmış olacaktır. Bu boş iş günleri boş gün tabir edilen günler çalışması önceden yapılmış olan günlerdir. Bunların işçinin kıdemine dahil edilmesi gerekir. Fakat bunların önceden çalışılması peşin olarak yapılmış süreler olmakla birlikte çalışılmış süreler olarak da sayılması mümkün değil çünkü Kanunun 66. maddesinde bu konuda bir hüküm yoktur. Kanuna baktığımız zaman çalışma süresinden sayılan haller içerisinde yer almamaktadır. Boş günü işçi istediği şekilde kullanacağından adı üzerinde boş gün o gün işyerine gelmeyebileceğinden kendi tasarrufuna bırakılmış olduğundan bu günlerin önceden çalışılması yapılmış olduğu için boş gün olarak ortaya çıkan bu günlerin tamamen işçiye kullanımı bırakıldığı için bırakılmak zorunda olduğundan adı üzerinde bunların iş sürelerinden sayılması mümkün olamaz. Ama kıdemine sayılmalıdır. Bu farklı bir şeydir. Bunlar izin günleri gibi de mütalaa edilemez. Yani bunlar izin günü değildir. İşçi bu gün mezun kılınmamaktadır. İster istemez işveren süreyi 45 saat ortalama haftalık çalışma süresini bulabilmek için boş gün vermekle yükümlü olmaktadır. Dolayısıyla bir izin değildir, hukuken izin sayılmaz. Bu şekilde değerlendiremeyiz. Elbette bu konuda daha fazla bir şey söyleyebilmek için yargıya intikal etmiş uyuşmazlıklar olması lazımdır. İçtihadın ortaya çıkması lazımdır. Bu güne kadar öğrendiğime göre henüz bu konuda intikal etmiş bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Dolayısıyla anlattıklarımız tamamen teorik bir boyutta kalmaktadır. Tatbikatını daha görmüyoruz. Ne gibi uyuşmazlıklar ne gibi problemler çıkartacak şu aşamada buna bir şey diyememekteyiz.

Normal çalışma süresinin, haftalık 45 saatin iş günlerine bölünmesi suretiyle günlük iş süresi bulunmuş olur. Günlük iş süresinin gündüz yapılması şart değildir. İş süresi gece de yapılabilir. Ancak bu bakımdan gereklerin olması lazımdır. Çünkü gece çalışması ancak gece çalışmasını gerektiren hususlar varsa yapılabilir bir çalışmadır. Bununla şunu söylemek istiyorum. Günlük iş süresi demek illa da gündüz yapılan bir çalışma değildir. Günlük iş süresi gece dönemine de denk düşebilir. Şayet gece dönemine denk düşerse kanun bir takım sınırlayıcı hükümler getirmektedir. Günlük iş süresinin gece dönemine düşmesi vardiya veyahut ta posta usulü çalışma dediğimiz çalışma halinde karşımıza çıkmış olur. Yani belirli gerekler o zaman kendisini göstermiş olur. 24 saat işyerinin faaliyette bulunması

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

gereken işlerde kaçınılmaz bir şekilde işçilerin bir kısmı günlük iş süresini gece döneminde yapmış olacaklardır. 24 saatlik bir çalışma halinde en az 3 posta tespit edilmek zorunda. En az 3 posta oluşturulmak zorundadır.

Ara dinlenmeleri konusuna gelirse, kanun ara dinlenmelerini 68. maddesinde düzenlemektedir. 4 saat ve daha kısa süreli işlerde 15 dakika, 4 saatten fazla ve 7,5 saate kadar süreli işlerde yarım saat, 7,5 saatten fazla süreli işlerde bir saat ara dinlenmesi verilir demektir. Bunlar asgari sürelerdir. Bu konuda önemli olan husus şudur. Ara dinlenmesi adı verilen ve işçiye bir takım ihtiyaçlarını gidermek için tanınan ve kural olarak ta işin ortalama bir zamanında verilen süre iş süresinden sayılmaz. İş süresi içerisinde yer alamaz. Ancak toplu iş sözleşmelerinde bir takım düzenlemeler getirilmektedir. Ara dinlenmesinin ücretli hale getirilmesi mümkündür. Ara dinlenmesinde işçiye ücret verilecektir denilebilir. Kanun ücretin ödenmesine mani bir hüküm içermemektedir. Sadece ara dinlenmesi iş süresinden sayılmaz demektir. İşçi fiilen ara dinlenmesini kullanabileceği gibi bir de ücrete hak kazanmış olur. Ara dinlenmesinde çalışma yapıldığı takdirde, ücretlendirilmiş olan ara dinlenmesinde çalışma yaptırıldığı takdirde bu duruma göre fazla çalışma oluşturabilir. O zaman fazla çalışma hükümleri de devreye girer. Ama eğer ara dinlenmesinde işçi çalıştırılacak olursa mutlaka kendisine dinlenilecek bir sürenin verilmesi gerekir. Ara dinlenmesinde çalıştırıldığı takdirde kendisine mutlaka dinlenmesine olanak veren bir süre tanınmak zorundadır. Yani hiç ara dinlenmesi kullandırılmaksızın bir işçinin çalıştırılması mümkün değildir. Bu kamu düzenine ilişkindir. Şunu söylemek istiyorum, ara dinlenmesinin kaldırılması mümkün değildir. Kesinlikle kaldırılamaz. Fakat Yargıtay kararlarında görüyoruz, ara dinlenmesinin işyerinde geçirilmesi öngörülebilir. Ara dinlenmesi işçinin serbestçe kullanacağı bir zamanı ifade etmekle birlikte işletmelerde işyerlerinde objektif koşulları varsa öyle gerekiyorsa işçinin ara dinlenmesini işyerinde geçireceği öngörülebilir. Veya işverenin bu yönde bir talimatı olabilir. Bu ara dinlenmesinin kullanılmadığı anlamına gelmez. Yeter ki ara dinlenmesi olarak tahsis edilen süre içerisinde ihtiyaçlarını giderebilsin. Mesela yemeğini yiyebilsin, tuvalete gidebilsin, çayını içebilsin vs. bunları yapabilsin. Salt işyerinden ayrılmamış olmak ara dinlenmesinin kullanılmadığı anlamına gelmez. Hatta ara dinlenmesi sırasında işin mahiyeti ayrılmaya elvermiyorsa sadece işverenin iradesi talebi değil işin mahiyeti elvermiyorsa yine ara dinlenmesi kullanılmış olur. Ama ara dinlenmesi denilen süre içerisinde işçi işverenin emir ve talimatına hazır halde bekletiliyorsa o zaman bu ara dinlenmesi kullanılmış olmaz. İşyerinden ayrılmamak, işin mahiyetinin işyerinden ayrılmaya imkan vermemesi farklı bir şeydir işverenin emir ve talimatını beklemek farklı bir şeydir. Çünkü işverenin emir ve talimatı dediğiniz zaman iradi bir faktör devreye girmiş olur. İşin mahiyeti gereği ortadan kalkmış olur. Ara dinlenmesi denilen süre içerisinde işçiye ayrılmama burdu dur sana bir takım emirlerimiz olur dersiniz ara dinlenmesi kullandırılmış olmaz. Şu halde ara dinlenmesi hangi hallerde kullanılıyor hangi hallerde kullanılmış sayılıyor hangi hallerde ara dinlen-

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

mesi kullandırılıyor bunların uygulamada iyi araştırılması icap etmektedir. Prensip olarak ara dinlenmesi serbest bir süredir. Serbest bir zaman dilimidir. Bu süre içerisinde işçi rahatlıkla ihtiyaçlarını karşılayabilir. Kanunun öngörmediği ara dinlenmesi dışında sözleşmelerle öngörülmüş olan bir takım süreler ara dinlenmesinden hukuki mahiyeti itibariyle farklıdır. Sigara molası vs. bu tür şeylerin ara dinlenmesi ile bir ilişkisi yoktur. Bunlar tamamen farklıdır.

Fazla çalışma konusuna gelince, yeni kanun fazla çalışmayı fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma olmak üzere iki kavramda ve iki ayrımda ele almış oluyor. 1475 sayılı kanun zamanındaki bir tartışma sona ermiştir. O da şudur. Fazla çalışma için mutlaka haftalık çalışma süresinin aşılması gerekir. Günlük iş süresinin aşılmış olması haftalık çalışma süresi aşılmadığı takdirde 45 saat aşılmadığı takdirde fazla çalışma oluşturmaz. Bu konu kesin olarak kanunda ifade edilmektedir. Eski kanunun 35. maddesinden farklı bir durum burada söz konusudur. Yani kanun haftalık çalışma süresini dikkate almaktadır. 45 saati dikkate almaktadır. Ancak fazla çalışmanın ne kadar olacağına dair uygulama süresi bakımından detaylı bir düzenlemesi yoktur. Sadece şunu söylemektedir. Fazla çalışma bakımından yılda 270 saate kadar. Yani fazla çalışmanın saat olarak süresini vermektedir. Bakın fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda 270 saatten fazla olamaz demektir. 41. maddenin sonundan bir önceki fıkrasında. Fakat bunun uygulamasının nasıl olacağı konusunda açıklık yoktur. Bilim Kurulunun hazırladığı taslakta haftalık çalışmanın fazla çalışma ile birlikte 48 saat olarak tespit edildiğini fakat kanuna bunun girmediğini görüyoruz. Yani 45 saat haftalık çalışma 3 saat fazla çalışma dolayısıyla 48 saatlik bir çalışma. Şimdi böyle bir şey söylemiyor. Fazla çalışmanın süresi bir yılda 270 saatten fazla olamaz ama bu 270 saatin yıl içerisindeki uygulaması nasıl olacaktır. Mesela denkleştirme süresi içerisinde ortalama 45 saat olarak denkleştirilen çalışma sürelerinin üzerinde fazla çalışma iki ay boyunca yaptırılabilir. Şöyle söyleyebiliriz, bir iş günü 11 saat olabiliyordu, iki aylık bir süre 8 hafta bir haftada 66 veya 55 saatlik bir çalışma yaptırılabilir, 8 haftalık süre içerisinde 66x8 veya 55x8 şeklinde bir çalışma yaptırılabilir; bunların 45 saate göre hesaplanan miktarı düşüldükten sonra kalanı fazla çalışma olarak değerlendirilebilir. Çünkü kanun bu 270 saatin nasıl uygulanacağını belirlememektedir. Eski kanunda fazla çalışmanın günde 3 saatten yılda 90 iş gününden fazla olamayacağı söyleniyordu, tahdit ediliyordu. Burada öyle bir şey söz konusu değil. Tabii ki fazla çalışmaya ilişkin düzenlemeler yapıldığı takdirde bunun uygulama detayını vermiş olacağız. Biz şimdi sadece kanunun hükmüne bakarak bunu söylüyoruz. Toparlayacak olursak fazla çalışma haftalık 45 saati aşan bir çalışmadır. 45 saat aşılmadığı sürece kesinlikle fazla çalışmadan bahsedilemez.

Haftalık çalışma süresi 45 değil de daha az tespit edilmişse, o zaman tespit edilen bu süreyle haftalık azami çalışma süresi olan 45 saat arasındaki süre çalışılmış ise fazla çalışma değil fazla sürelerle çalışma olur. Yani fazla sürelerle

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

çalışma 45 saati aşmayan ancak işyerinde işletmede uygulanmakta olan haftalık ortalama çalışma süresinin üzerinde olan bir çalışmadır. Mesela ortalama 40 saatlik bir haftalık çalışma tespit edilmişse, 45 saate kadar olan çalışmalar fazla sürelerle çalışmadır. Eskisinden farklı olarak kanun fazla çalışmanın karşılığını sadece para olarak göstermemektedir. Bunun yanında fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman tanımaktadır. Fazla çalışma halinde tanıdığı serbest zaman her saat karşılığı 1 saat 30 dakika, fazla sürelerle çalışma halinde 1 saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilecektir. Yani fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti yerine işçinin serbest zaman istemesi mümkündür. Bu serbest zamanı da 6 ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanılacağını kanun öngörmektedir. Serbest zaman denilen kavram kanunda yeni düzenlenen bir kavramdır. Dilerse ücretini isteyecektir, dilerse serbest zaman olarak kullanacaktır.

Fazla çalışma ücretlerinin bazı işyerlerinde bazı işletmelerde asıl ücret içerisinde yer aldığını görüyoruz. Yani ayrıca bir fazla çalışma ücretine yer verilmeksizin ücrete ilişkin ifade de bu ücretlerin fazla çalışma ücretini de içerdiği ifade ediliyor. Şunu belirteyim Yargıtay bu tür hükümleri geçerli saymaktadır. Önceden böyle bir düzenleme, toplu iş sözleşmelerinde bu şekilde bir ifadeye yer verilirse ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılamayacaktır. Çünkü, ücret fazla çalışma ücretini de içerecek bir şekilde belirlenmiş olmaktadır. Buna Yargıtay cevaz vermiş oluyor. Ancak, şunu belirtelim böyle bir olanak böyle bir hukuksal imkan kanunun sınırları içerisinde yapılan fazla çalışmalar içindir. Eğer bu süreler aşıyorsa, mesela fazla çalışmanın süresi toplamı bir yılda 270 saatten fazla olamaz demesine rağmen kanun eğer aşıyorsa o zaman aşılın süre için yani gayri kanuni olarak uygulanan süreler için gayet tabii ki ayrıca işçiye fazla çalışma ücretinin ödenmesi icap eder. Ancak, kanuna göre kanunun öngördüğü şekilde 270 saatten fazla çalışma süresi olamayacağına göre bu aşıldığı takdirde işçinin fazla çalışma ücretine mi hak kazanacağı yoksa kanuni fazla çalışma da olduğu gibi fazla çalışma artı serbest zaman seçeneğinden bir tanesini kullanıp kullanamayacağı açık değildir. Kanun yılda 270 saatten fazla olamaz dese de uygulamada bu süreler aşılmaktadır. Bu aşılın süreler Yargıtay kararlarında fazla çalışma olarak kabul edilmektedir. Kanuna aykırı olsa da fazla çalışma yaptırılmış olması halinde işçinin korunması gerekir. Bu bakımdan da fazla çalışma hükümlerine tabi olur. Ancak günümüze kadar sadece fazla çalışmanın karşılığı ücretten ibaret olduğundan zamlı ücrete kanuna aykırı da olsa çalıştırılmışsa işçi hak kazanmış oluyordu. Fakat şimdi sadece ücret değil bir de serbest zaman vardır. Acaba kanuna aykırı bir fazla çalışma halinde işçi kanuna aykırı bir şekilde fazla çalıştırıldığı süreler için de serbest zaman talep edebilir mi edemez mi ? bu açıklıktan uzaktır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi telafi çalışması kanunun 64. maddesinde öngörüldüğü şekilde yapılan bir çalışmadır. 64. madde ile 65. madde birbirleriyle

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

bağlantılıdır. Aralarında anlamlı bir ilişki vardır. 64. maddeye baktığımız zaman bir işverenin yitirdiği bir takım çalışma sürelerini telafi edebilmesi, bu çalışma sürelerini kapayabilmesi buna imkan veren bir çalışma olmaktadır. Bu kanunda bir fazla çalışma olarak değerlendirilmemiştir. Dolayısıyla işçinin rızasına bakılmaz, işçinin fikri sorulmaz. Telafi çalışması işveren tarafından yaptırılabilir. Kanun diyor ki telafi çalışmasını işveren yaptırabilir. İşverenin bu konuda bir takdir yetkisi vardır. Şayet telafi çalışması yapmak istiyorsa işçi buna uymak zorundadır. Çünkü bu bir fazla çalışma değildir. Ne var ki telafi çalışmasının koşulları, ayrıntıları var. Kanun şu 3 halde telafi çalışmasına imkan vermektedir.

1- Zorunlu nedenlerle işin durması,

2- Ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerindeki normal çalışma sürelerinin altında çalışma yapılması,

3- işçinin talebiyle kendisine izin verilmesi,

Zorunlu nedenlerle yani mücbir nedenlerle işyerinde faaliyet duruyorsa, bu kaybedilen iş sürelerinin telafi çalışması ile karşılanması mümkündür. Ulusal bayram veya genel tatillerden önce veya sonra işyerinin toplu iş sözleşmeleri veya işverenin inisiyatifi ile tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerindeki normal çalışma sürelerinin altında çalışma yapılması halinde de telafi çalışması mümkündür. İşçinin talebiyle kendisine izin verilmesi halinde de böyle olur. 65. maddeyle bağlantısını kurarsak. 65. madde de kısa çalışmadan bahsediliyor. Kanun kısa çalışmanın hangi hallerde yapılacağını öngörmüş. Genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle kısa çalışma mümkün. Zorlayıcı sebepler neler. Bir işyerinde faaliyet tamamen veya kısmen durduruluyorsa yani önemli ölçüde çalışma süresi düşürülüyorsa çünkü kanun geçici olarak önemli ölçüde azalmasından bahsetmektedir. Bunun 64. maddeye göre telafi edilmesi mümkün. Bu şekilde zorlayıcı nedenden kaynaklanan işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen durması veya önemli ölçüde çalışma süresinin azaltılması gibi hallerde kaybedilen sürelerin 64. maddeye göre telafi edilmesi mümkün.

65. madde de yer alan genel ekonomik kriz nedeniyle işyerinde faaliyet tamamen veya kısmen durdurulur veya geçici olarak önemli ölçüde azaltılırsa bunun 64. maddeye göre telafi edilip edilmeyeceği açık değildir. Çünkü 64. maddeye tekrar dönersek kanun burada zorunlu nedenlerden bahsetmektedir. 65. madde de zorunlu nedenler sayılıyor. Artı bunun yanında genel ekonomik krizden bahsetmektedir 65. madde de. Ancak, 64. madde de genel ekonomik krize tekabül edecek olan karşılık gelecek olan açık bir ifade yoktur. Burada sadece ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerden bahsedilmektedir. Eğer genel ekonomik kriz benzer nedenler içerisinde

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

telaffuz edilebilecek olursa o zaman 65. maddeye göre genel ekonomik kriz nedeniyle yapılan kısa çalışmanın 64. maddeye göre telafi edilmesi mümkündür. 64. maddedeki benzer nedenlerin içerisinde genel ekonomik kriz sokulamaz ise, lafzen sokulması mümkün değil, öyle gözüküyor. Yukarıda sayılanlara benzemediği için, ama 64. maddenin konuluş amacı dikkate alınırsa sokulabilir ayrı mesele açık değil onu belirtiyorum. O zaman genel ekonomik kriz nedeniyle telafi çalışmasının yapılması mümkün olmayabilecektir. Kanunun 64. maddesi ile 65. maddesi arasında böyle bir durum var. Genel ekonomik kriz nedeniyle telafi çalışmasına 64. maddede açık bir şekilde cevaz vermiyor. Telafi çalışması bahsedilen hallerde yapılan bir çalışma. Kanun çalışılmayan sürelerin işveren tarafından iki ay içerisinde telafi edileceğini öngörmektedir. Bu iki aylık süre hak düşürücü bir süredir. İki aylık süre geçtikten sonra artık telafi çalışması yaptırılmaz. Şayet yaptırırsa yani süresi içerisinde bir telafi çalışması yaptırırsa, bu da fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma kabul edilemez. Ancak, telafi çalışmasının bir günde ne kadar olacağı kanunun 63. maddesindeki azami iş günü dikkate alınmak suretiyle 3 saat olarak belirlenmiştir. Şunu söylüyor 64. maddenin 2. fıkrası, bir telafi çalışması günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşuluyla günde 3 saatten fazla olamaz. Şayet işveren telafi çalışması yaptırmak istiyorsa, günde 3 saatten fazla olamayacaktır. Ancak, bunu da yaparken telafi çalışması ile birlikte günlük normal iş süresinin toplamı Kanunun 63. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen 11 saati aşmamalıdır.

Tatil gülerinde telafi çalışmasının yaptırılmayacağını da kanun söylüyor. Tekrar edelim bu bir fazla çalışma olmadığı için, fazla sürelerle çalışma olmadığı için işçinin onayının alınması gerekmez. İşçi telafi çalışması yapmak zorundadır. Telafi çalışmasını yapmayan işçi iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunu ifa etmemiş olur. Akde kusurlu bir şekilde muhalefet etmiş olur. Bunun da yaptırımlarıyla sonuçlarıyla karşılaşmış olur.

Kısa çalışma konusunda da 65. maddeyle ilgili olarak bilgiler verelim. Kanunun 65. maddesinde genel ekonomik kriz veya zorlayıcı neden olarak sayılan iki neden halinde işverenin işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışma yapabilmesine imkan veren veyahut ta işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasına imkan veren bir çalışma türüdür. Genel ekonomik kriz ekonominin tümünü olumsuz bir şekilde etkileyen sadece ekonomik değil aynı zamanda siyasal sosyal sonuçları da olan bir olumsuz ekonomik tablodur. Kanun genel ekonomik krizden bahsettiğine göre sektörel bir kriz genel ekonomik kriz kabul edilecek midir edilmeyecek midir. Kanunun gerekçesine bakıldığında sektörel bazda bir krizin genel ekonomik kriz olarak kabul edilemeyeceği gibi bir görünüm ortaya çıkmaktadır. Mesela sadece enerji işkolunda, gıda işkolunda, turizm işkolunda yani sadece o işkolundaki bir kriz genel ekonomik kriz olarak değerlendirilemeyecektir. Kimilerine göre değerlendirilebilir. Kanaatimce genel ekonomik kriz olarak değerlendirilemez. Çünkü kanun koyucu sektörel krizden bahsetme-

mektedir. Hele işyerinin içindeki ekonomik krizin bu maddeyle hiç ilgisi yoktur. Şayet işveren işçilerle anlaşır, kimi yerlerde mecburi izin adı verilen bir uygulama şeklinde anlaşmaya gidilirse o zaman iş sözleşmesi askıya alınmış olur. Eğer işçiler anlaşmaya yanaşmıyorlarsa, işverenin işçileri çalıştırmaması yani faaliyeti tamamen veya kısmen durdurması veya çalışma sürelerini önemli ölçüde azaltması halinde ücret ödeme borcu devam eder. Çünkü böyle bir durum alacaklının temerrüdüne düşürmüştür işvereni. Kanun cevaz vermediği için kanunun öngörmediği bir durum olduğundan genel ekonomik kriz olmadığından iş verme borcu bulunmasa bile işveren ücret ödemek zorundadır. Dolayısıyla Borçlar Kanununun 325. maddesi devreye girmiş olur. İşçiler işyerinden ayrılmamışlarsa ücret alacakları doğmuş olur. Bu itibarla şunu da belirteyim. Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından bildirim süreleri kadar bir süre için işverenin ücret ödeme yükümlülüğü olduğu, belirli süreli iş sözleşmelerinde de sözleşme bitim süresine kadar olduğu söylenmektedir diyorum, genel kanaat bu şekildedir. Fakat benim kanaatim böyle değildir. Hele de kanunun hiçbir hükmü alacaklı temerrüdü halinde işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün bildirim süreleri ile sınırlı olduğu şeklinde bir yoruma elverişli değildir. İşveren işletmeyi açmakla kurmakla bunun risklerini üstlenmek zorundadır. Herhangi bir ekonomik krizde bu riskler içerisinde yer alır. Genel ekonomik kriz olmamak kaydıyla. Hukukta bir de emprevizyon teorisi vardır. Yani hakim eğer haklı bir takım nedenler varsa sözleşmeye müdahale edebilir. İşçilerin açacakları bir ücret alacağı davasında hakim bu teoriyi dikkate alabilir. 1475 sayılı kanun döneminde şayet işçiler ile işveren anlaşmamışlarsa genel ekonomik kriz döneminde dahi işveren alacaklı temerrüdüne düşmüş olurdu ücret ödemesi bakımından. Şimdi burada başka bir hususu belirtelim. Kısa çalışma bakımından bu işverenin kendi inisiyatifi ile karar alıp uygulayacağı bir husus değil. Nitekim kanuna baktığımız zaman diyor ki, işveren gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir diyor. Fakat asıl önemli olan talebin uygunluğunun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca tespit edilmesi lazımdır. Buradaki zorlayıcı neden harici bir nedendir. Dış bir nedendir. Ortaya çıktığı zaman direnilemeyen bir nedendir.

Diğer taraftan kısa çalışmanın ayrıntılı başka koşulları var. Yukarıda sayılan nedenlerle en az 4 hafta işin durması veya kısa çalışma halleri yani kısa çalışma hallerinin uygulanabilmesi için işyerinde faaliyet en az 4 hafta durmuş olmalı veya kısa çalışma hali söz konusu olmalıdır. Daha az bir süre varsa o zaman kısa çalışma hükümleri uygulanmaz. Bu gibi hallerde en az 4 hafta iş durmuş veya kısa çalışma hali olmuşsa, işçilere çalışmadıkları süre için işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği ödenir. Buna ilişkin yönetmelik yayınlandı. Burada önemli olan şudur. İşsizlik sigortasından yararlanmayan işçiler bakımından, işsizlik sigortasının koşullarını taşımayan işçilerin durumu burada açıklık taşımamaktadır. Yani işsizlik sigortasından yararlanmayan işçiler ne olacaklar. Çünkü kanun işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için çalışma süreleri ve işsizlik sigortası primi ödeme

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanma şartlarını yerine getirmesi gerekir demektir. O zaman işsizlik sigortası koşullarının akdin sona ermesi bakımından değil tabii ki işsizlik sigortasından yararlanma bakımından ama diğer koşulların, işsizlik sigortasından yararlanma bakımından koşullar ikiye ayrılıyor, bir kısmı akdin sona ermesine ilişkin koşullardır bir kısmı sigorta primlerine ilişkin koşullardır. Şimdi burada işsizlik sigortası primi çalışma süreleri ile işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine işçinin hak kazanmış olması lazımdır. Aksi halde kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayacaktır. Bu işçilerin ücret alacağı olmayacak mıdır. Kanunun şu ifadesine göre artık ona işveren ücret ödeme yükümlülüğünde olmayacaktır.

İş Güvencesi

Talep olduğu için iş sözleşmelerinin feshi konusunda bilgi vermeye çalışalım. 4857 sayılı kanunun 3 önemli ayağı var, bir tanesi iş güvencesi, diğeri iş süreleri, üçüncüsü iş sağlığı ve güvenliği. Kanun iş güvencesi ile iş sağlığı konularında doğrusunu söylemek gerekirse ileri düzenlemeler getirmiştir. İşin düzenlenmesi konularında da işverenlerin taleplerine geniş ölçüde cevap vermek istemiştir.

İş güvencesi konusu Uluslararası Çalışma örgütünün 158 sayılı sözleşmesine göre düzenlenmiştir. İş güvencesi demek bir iş mülkiyetinin tıpkı menkuller veya gayri menkuller üzerindeki gibi mülkiyet hakkının işçilerin işi üzerinde tanınması demek değildir. İş güvencesi işverenin iş sözleşmesi özgürlüğünü ekarte etmez. Girişim özgürlüğünü ekarte etmez. Bunları ortadan kaldırmaz. İş sözleşmesi ile girişim özgürlüğü temel özgürlük olarak yerini korumaktadır. Bir başka ifadeyle bu özgürlükler ekonomik hak ve özgürlükler şeklinde değerlendirilmekle birlikte son derece önemlidir.

4857 sayılı kanundaki düzenlemelerin iş güvencesinden yararlanan işçiler bakımından hakkaniyetli olmadığı söylenmektedir. 4773 sayılı kanun 10 ve daha fazla işçiden bahsederken, olur mu bu sayı çok 5'e indirmek gerekir Almanya' da ki 5 işçi kıstasa alınmalıdır görüşleri ifade edilirken "dimyata pirince giderken eldeki bulgurdan" olunmak suretiyle 30 işçiye çıkmıştır. Diğer taraftan işçinin kıdeminin 6 ay olmasını kanun koyucu aramaktadır. Fakat şunu belirtelim 30 rakamı yüksektir ama bu kıdem süresi yeterlidir. Kimi hukuklarda daha yüksek kıdemler aranmaktadır. Mesela Fransız hukukunda 24 ay aranmaktadır. 11 ay aranmaktadır işçilerin durumuna göre. Bu kıdeminde fasılasız olması aranmaktadır. Bizim kanunumuz blok bir 6 aylık çalışma aramamaktadır. Hatta kanunun şu hükmü fasılalı yapılan çalışmaların dikkate alınmasına imkan verir mahiyettedir. İşçilerin 6 aylık kıdemi aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir dediğine göre fasılalı olarak yapılmış olan çalışmaların da toplanmasına cevaz verecek bir anlatıma sahiptir bu hüküm diyebiliriz.

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

Kanunun iş güvencesi hükmünden yararlanamayan işçiler bakımından durumu 1475 sayılı kanunun 4773 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki durumu gibidir. Yani bu işçilerin iş sözleşmelerinin feshi için işverenin bir geçerli sebep gösterme zarureti yoktur. Sadece Sendikalar Kanununa göre sendikal nedenlerle iş sözleşmesi feshedildiği takdirde ispat yükümlülüğü işverene düşmektedir. Bunun dışında geçerli neden gösterme zorunluluğu yoktur. Yani 30' dan az işçi çalıştıran veya 6 aydan az kıdemi olan işçi çalıştıran bir işverenin iş sözleşmesini feshederken herhangi bir sebep göstermek zorunda değildir. Ancak kanundaki usule uymak zorundadır. Bu usuller bütün işçilere uygulanır. 17. maddedeki bildirim süreleri iş güvencesi kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın bütün işçilere uygulanmak zorundadır. Şunu da belirtelim iş güvencesi sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler içindir. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler iş güvencesinden yararlanamazlar. Bunların kıdemlerinin ne olduğu çalıştığı işyerindeki işçinin sayısı filan önem taşımamaktadır.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ancak Kanunun 18. maddesinde öngörülen koşullar oluşmadığı için iş güvencesinden yararlanamayan bir işçinin iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla kanunun 17. maddesindeki bildirim sürelerine uyulmak suretiyle feshedilebilir. Ancak, kanuna aykırılıklar varsa işveren yaptırımlarıyla karşılaşır. Bu yaptırımların başında da tabii ki ihbar tazminatı gelmektedir. İhbar tazminatı usulsüz fesih yaptırımıdır. Bu işçi için de böyledir. Eğer işçi bildirim sürelerine uymadan iş sözleşmesini feshederse ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olur. İhbar tazminatı iş güvencesinden yararlanan işçi için de söz konusu olabilir. Yani iş güvencesinden yararlanan işçinin iş sözleşmesi feshedilirken de usul hükümlerine taraflar uymak zorundadır. Çünkü iş güvencesi kural olarak feshin usulüne ilişkin değildir. İş güvencesi esasa ilişkindir. Düzenlemeler İş sözleşmesinin feshindeki nedenlere ilişkindir.

Bildirim süreleri asgaridir. Sözleşmelerle artırılabilir. Fakat, Yargıtay'a göre işçi bakımından artırılamaz. Sadece işveren bakımından artırılabilir. İşçi bakımından artırılan hüküm batıldır, geçersizdir. Artırılan sürelerle göre de ihbar tazminatının ödenmesi icap eder. Ancak, bildirim süresi artırılmadan ihbar tazminatının süresinin artırılması mümkün değildir. Çünkü kanun ihbar tazminatının miktarını bildirim süresini esas almak suretiyle belirlemektedir.

Süreli fesihte peşin ücret ödemeye fesih önem taşımaktadır. Önemli olan burada peşin ücret ödemek hususudur. Bu işverene tanınmış olan bir haktır. Ancak, peşin ücret ödemeye fesihte unutulmaması gereken nokta ödemenin peşin yapılmasıdır. Şayet ödeme peşin yapılmamışsa, ihbar süresi sonuna kadar henüz fesih yoktur. Peşin ücret ödemesiyle birlikte Yargıtay' a göre sözleşme feshedilmiş olur. Peşin ücret ödemek demek işçiye fesihle birlikte parasının o bildirim sürelerine ilişkin giydirilmiş ücreti içeren paranın verilmesi demektir. Fesih beyanını

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

takiben mesela ertesi günü ödeme yapılabilir. Hadi bilemediniz bir gün sonra da yapılabilir. Fakat bundan daha uzun bir süre peşin ödeme kavramının dışına çıkmış olur.

İşveren sözleşmeyi peşin ücret ödemeye feshediyorum demesine rağmen makul bir süre içerisinde peşin ücret ödemesi yapmıyorsa, o zaman usulsüz fesih yapmış olur ihbar tazminatı ödemek zorunda kalır. İkincisi bildirim süresi bölünmek suretiyle bir kısmı ücrete bir kısmı uygulamaya ayrılamaz. Mesela 4 haftalık bir bildirim süresinin 2 haftalık süresi ücretli kalan 2 haftalık süresi de bildirim süresi uygulaması şeklinde olmaz. Böyle bir peşin ücret ödemesi olmaz.

Bu bağlamda şunu da söyleyelim. İşveren bu hakkını kötüye de kullanmaz. Kötüye kullandığı takdirde, uygulanmayan bildirim süresi içerisindeki işçilik haklarından işçiyi yararlandırmak durumunda kalır. Bunun için toplu iş sözleşmesinde bir hüküm olmasına gerek yoktur. Yeter ki kötüye kullandığı sabit olsun. Buna karşılık, toplu iş sözleşmesindeki hüküm, kötü niyet olmasa dahi işçinin yararlandırılması imkanını verir. Peşin ücret ödemesi halinde, şayet bildirim süresi uygulanmış olsaydı, işçi için bildirim süresi dikkate alınmak suretiyle ekstra bir takım haklar bulunmuş oluyorsa ve işçi bu haklardan yararlanır şeklinde bir toplu iş sözleşmesi hükmü varsa, kötü niyet olup olmadığına bakılmaksızın uygulama dönemi içindeki işçilik haklarından işçi yararlandırılır. Ancak, bu durumda peşin ücret ödemesi halinde ödemeye birlikte akit sona ermiş olacağı için uygulanmayan bildirim süresinin eğer kötü niyet yoksa işçinin kıdemine dahil edilmesi mümkün olmaz. Yani uygulanmayan bildirim süresi içerisindeki haklardan işçi yararlandırılır ama uygulanmayan bildirim süresi kıdeme dahil edilemeyecektir. Yargıtay toplu iş sözleşmesinde herhangi bir hüküm yok ise uygulanmayan bildirim süresi içerisindeki işçilik haklarından işçinin yararlanması için kötü niyetli bir peşin ödeme olmasını aramaktadır. Bu durumda da işçilik haklarından yararlanır. Ancak, öngörülmeyen bu sürenin kıdeme dahil edilemeyeceği kabul edilmelidir. Mesela kıdem tazminatı bakımından dikkate alınamayacaktır bu süre diyebiliriz. Ancak, şu görüş var. Peşin ücret ödemeye fesih halinde benim de kanaatim bu şekildedir iş sözleşmesi peşin ücret ödemekle sona ermiş olmaz. Sadece iş ilişkisi maddi olarak sona ermiş olur. Sözleşme yine bildirim süresinin sonunda sona ermiş olacağından bu sürenin işçinin kıdemine dikkate alınması lazım. Ama Yargıtay diyor ki, böyle bir şekilde kıdemde dikkate alınamaz. Çünkü böyle bir süre çalışılmış gibi sürelerden sayılmamaktadır. Demek ki, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçi bakımından ihbar tazminatı+kötü niyet tazminatı aklımıza gelmektedir. Bir de sendikal tazminat akla gelebilir. Sendikalar Kanununun 31. maddesine göre. Tabii ki oradaki tazminat çıplak ücrete göre belirlenen bir tazminattır. İhbar tazminatı ile kötü niyet tazminatı giydirilmiş brüt ücrete göredir. Aralarında bir fark vardır. 1475 sayılı kanun zamanındaki mahkeme kararlarına göre kötü niyet tazminatı ile ihbar tazminatının ayrı ayrı talep edilemeyeceği kötü niyet tazminatı talep edildiği

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

takdirde ayrıca ihbar tazminatına hükmedilemeyeceği öngörülüyordu. Oysa Kanun bu iki tazminatı birbirinden ayırmıştı. Zaten sebepleri bakımından ayırdı. 4857 sayılı kanuna göre işçi usulsüz bir fesih varsa ihbar tazminatı, ayrıca kötü niyet varsa kötü niyet tazminatı alabilir. Ama kötü niyetin ispat edilmesi gerekir. Bu da müşahhas somut kötü niyet oluşturan bir durumun işçi tarafından ispat edilmesi gerekir. Ancak, işçi feshin sendikal bir nedene dayandığı iddiasında bulunuyorsa, o zaman ispat külfeti yer değiştirmiş olur. İşveren feshin bir sendikal nedene dayanmadığını ispat etmekle yükümlüdür. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler bakımından öngörülen bunlardır.

İş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından durum farklılaşıyor. Bu işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilebilmesi için kanun geçerli sebep aramaktadır. Ne var ki kanunun yalın olarak aradığı geçerli sebep kavramı açıklamaya muhtaçtır. Öncelikle şunu belirtelim kanun geçerli nedenleri bir takım kavramlar olarak vermektedir. Geçerli nedenleri tek tek saymamaktadır. Hangi nedenler geçerli nedenler değildir sayılmış, geçerli saydığı diğer nedenler ise sayılmış değildir. Yalnız kategori olarak belirtilmiştir. Buna baktığımız zaman fesih, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından veya işyerinin işletmenin işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Demek ki geçerli sebepler ikiye ayrılıyor. Bir tanesi işçilere ilişkin nedenler, diğeri işe işyerine ilişkin nedenler.

İşçiye ilişkin nedenlerin geçerli neden oluşturabilmesi yani belirsiz süreli iş sözleşmesi ile iş güvencesi kapsamında çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçiye ilişkin nedenlerin kanunun da söylediği gibi yeterliliği ile veya davranışları ile ilgili olmalıdır. Ancak, kanun ayrıntı vermiyor. Ayrıntıları şu şekilde verebiliriz. İşçinin yeterliliği ile ilgili bir davranışın geçerli neden oluşturabilmesi için telafi edilemeyecek, giderilemeyecek bir yetersizlik olması gerekir. Mesela işçinin verimsizliği, verim düşüklüğü, eğitim eksikliğinden kaynaklanıyorsa ve bu eğitim eksikliği mesela bir hizmet içi eğitimle kısa süreli bir eğitimle işverene çok büyük mali külfet getirmeyen eğitimle giderilebilecek gibiyse işçinin iş sözleşmesinin yetersizliği sebebiyle feshedilmemesi gerekir. Aksi halde hukukun anladığı şekilde geçerli bir neden oluşmaz. Telafi edilebilecek bir yetersizlik kısa bir kursla bir eğitimle bu yetersizlik giderilebilecekse işverenin bu imkanı tanıması ve buna rağmen verimsizliği söz konusuysa o zaman durumunun geçerli sebep oluşması kabul edilebilir. Şayet yetersizlik eğitimle giderilemeyecek, eğitimle alakadar bir durum değilse mesela yapısalsa, sağlık problemleri varsa işe düzenli gelemiyorsa veya sürekli geç geliyorsa ama bu tamamen yapısından kaynaklanan bir şeyse, bazıları sık sık hasta olur işe devam eder ama düzenli devam edemez dolayısıyla da verimsizlik ortaya çıkmış olur. Yetersizlik bu tür nedenlerden kaynaklanabilir. İşçinin fizik yapısından kaynaklanan nedenlerden ortaya çıkabilir. Bunlar genellikle telafi edilemeyecek olan yetersizlik halleridir. Bu durumda tabii ki herhangi bir eğitimi filanda söz konusu olmaz. Bir süre tanımaya da gerek yoktur. O zaman iş

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilir. İşçinin yetersizliği halinde iş sözleşmesinin geçerli sebep gösterilerek feshi için feshin yine mümkünse en son çare olarak yapılması lazımdır. Yani işyerinde işletmede bir başka işte, yapabileceği bir işte istihdamı mümkünse çalıştırılmalıdır. Herhangi bir işte yetersiz olan bir işçinin işletme içinde yapabileceği bir işte yetersizlik yerine yeterli hale gelmesi mümkündür. Yani bir kişinin yetersiz olması hemen sözleşmenin sona erdirilmesi için geçerli bir sebep oluşturmaz. Koşullarına şartlarına ayrı ayrı bakmak icap ediyor. Yani kanunun söylediği işçinin yeterliliğinden kaynaklanan bir neden hemen geçerli bir neden oluşturmaz. Ayrıntılı koşulları vardır.

Davranışları dendiği zaman davranışlar kusurlu davranışlardır. İşçinin kusuruyla ortaya çıkan davranışlardır. Kusurlu davranışlar halinde de iş sözleşmesinin hemen feshi doğru olmaz. Burada davranışın kendisine, yapısına, niteliğine bakarak tekrarlandığı takdirde geçerli sebebin oluşacağını kabul etmek isabetli olur. Mesela işçi bir davranış da bulunmuş, bu kusurlu bir davranış, iş sözleşmesinin derhal sona ermesine imkan verecek ağırlıkta da değil. Yani haklı neden sayılacak bir davranış değil. Geçerli neden oluşturabilecek bir kusurlu davranış. Ancak, salt bir kerelik bir davranışın yapılmış olması sözleşmenin hemen feshine imkan veren bir geçerli neden oluşturmamalıdır. Tekrar aranmalıdır. Israr aranmalıdır. Aynı davranışı tekrarlarsa bir geçerli nedenin varlığı söz konusu olmalıdır. Ancak şunu unutmamak lazım, şayet kusurlu davranış kasdi bir davranışsa kasden yapıyorsa, bilerek isteyerek yapıyorsa, o zaman artık tekrarını, o fiilin tekrarını beklemeye gerek yoktur. Maksatlı değil, kasdi değil ihmalle yapıyorsa, dikkatsizlikle yapıyorsa dikkat etmiyor gerekli özeni göstermiyorsa ihmalkarlık varsa geçerli sebep oluşturur. Ancak, şunu da belirtmek lazım, gerek işçinin yeterliliği bakımından gerek davranışı bakımından kanunun gerekçesinde ifade edilmemekle birlikte feshin son çare olarak önerilmesi gerekir. Genel olarak söylüyorum. Kanunun gerekçesinde bu yok. Kanunun gerekçesinde işçiye ilişkin nedenler için fesih en son çaredir diye bir ifade kullanılmamıştır. Ancak, uluslararası kurallar dikkate alındığı zaman mukayeseli hukuk dikkate alındığı zaman fesih yoluna hemen gidilmemelidir. Mümkün mertebe işçi işyerinde tutulmalıdır ve fesih en son tedbir olarak düşünülmelidir.

İşletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan yani işletmeye işyerine işe ilişkin nedenlere gelince, bu nedenlerin ne olduğu bellidir, ekonomik nedenlerdir, mali nedenlerdir, teknik nedenlerdir. Bu kategoriler içinde yer alan bir nedenin geçerli neden oluşturabilmesi için öncelikli özelliğinin işçinin istihdam edildiği işi kaldırıyor olmasıdır. Yani işçinin çalıştığı iş işletmeye işyerine veya işe bağlı bir nedenden dolayı kaldırılmış olmalıdır. Diğer bir ifadeyle işçinin emeğine işgücüne ihtiyaç kalmamalıdır. Öyle bir neden olmalıdır ki bu ekonomik neden mali neden veya teknik nedenden dolayı işçi ihtiyacı kalmamalıdır. İşçi işletmeye ilişkin teknik bir neden ekonomik, mali bir neden gösterilmekle birlikte işten çıkarıldıktan

sonra yerine yeni bir işçi alınırsa bu o sebebin geçersiz olduğunu gösterir. Çünkü istihdam edildiği iş ortadan kaldırılmamıştır. İşçi ihtiyacı ortadan kalkmamıştır. Buna dikkat etmek lazımdır. Yalın olarak bir nedenin işletmeye işe işyerine ilişkin olması geçerli sebep olarak kabulüne yetmez; demek ki işçi ihtiyacını ortadan kaldıran bir neden olması gerekmektedir. Ayrıca kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere bu durumda mutlaka fesih son çare olarak öngörülmelidir. Yani işçinin istihdamı mümkünse işletme içerisinde işyeri içinde bulunması mümkünse bu mümkün olan yollar denenmeden hemen feshi gitmek geçerli nedene dayanan bir fesih yapıldığını göstermez. Böyle bir fesih geçersiz nedenle yapılan bir fesih olarak değerlendirilebilir. Bu alt ayrımlar yahut ta koşullar kanunda yer almamakla birlikte bu geçerli sebep denilen nedenin hukuki mahiyetinden kavram olarak içeriğinden doğmaktadır. Bizim Yargıtay kararlarımızda bu şekilde geliyor onu belirtiyim. Yani bu konuda verilmiş olan kararlar var. Bu kararlar giderek artmaktadır. Daha ziyade işletmeye ilişkin nedenler, ekonomik, mali, teknik nedenler bakımından karşılaştığımız bu kararlarda Yargıtay'ın şunu söylediğini görüyoruz. Gerçekten işçi ihtiyacı ortadan kalkıyor mu, işçinin işten çıkartılmasının zarureti var mı, işçinin korunması mümkün mü, en son tedbir olarak mı işten çıkartılma öngörülmektedir. Yatırımlarını artırıyor, fazla çalışma uyguluyor, fazla sürelerle çalışma uyguluyor, ekonomik sıkıntıda olduğunu söyleyen işletme veya işyeri faaliyetini artırmaktadır. Burada artık geçerli bir nedenden bahsedilemez. Hatta bu nedeni ispat etmiş olsa bile mesela mali sıkıntıda olduğunu söylüyor işveren, ekonomik, mali sıkıntısını ispat ediyor. Ama yaptığı işler feshin en son tedbir olarak öngörülmediğini gösteriyor.

Yapılan feshin işçiye bildirilmesi konusuna gelirse, feshin yazılı olarak yapılması gerekir. Genel bir hüküm olarak bildirim bu kanunun 109. maddesinde yazılı ve imza karşılığı yapılacağı öngörülmüştür. İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve sebebini açıkça bildirmek zorundadır. Mutlaka yazılı şekilde fesih bildirimini yapılması gerekir. Muğlak ifadeler kullanılamaz. "Ekonomik nedenlerle iş sözleşmeniz feshedilmiştir" denilemez. İşletmenin içinde bulunduğu mali nedenlerle veya teknik nedenlerle iş sözleşmeniz feshedilmiş denemez. Sebebin açık, kesin ve sınırlarının belli olması ve somut olması gerekir. Yine geçerli sebep işçinin davranışlarıyla ilgiliyse feshiden önce savunmasının alınması lazım. Fesih bildirim işleminin başlamasından önce işçinin savunmasının alınması gerekir. İşçinin savunmasının da yazılı alınması icap eder. Bu fesih bildirimine karşı işçilerin dava açma imkanı vardır. Kanun dava açmanın süresini fesih bildirim tarihinden başlatmaktadır. Yani siz işçiye 3 ay sonra iş sözleşmeniz fesh olacak diye bildirimde bulunursanız, işçinin bu davayı 1 ay içerisinde açması lazım. Bu süre içerisinde işçi dava açmazsa hak düşürücü süre dolmuş olur. Yargıtay'ın anlayışı da bu şekildedir. Fesih tarihinden itibaren değil, fesih bildirimini işçiye tebliğ tarihinden itibaren 1 ay içerisinde işçi tarafından davanın açılması gerekir. Şimdi öngörülen savın geçerli olmadığı iddiasıyla veya sebep gösterilmediyse veya kanunda

öngörülen usule uygun yapılmadığında işçi iş mahkemesinde veya öngörülürse özel hakem nezdinde geçersiz feshe karşı itirazda bulunabilir. Şu anda kural olarak iş mahkemesini dikkate alacak olursak, yetkili iş mahkemesinde dava açmak suretiyle işçi feshe itiraz edebilir. Yetkili iş mahkemesi kanunda gösterilmiştir. İşçi feshin geçersizliği iddiasıyla dava açıldığında mahkeme şayet iddiayı sabit bulursa, feshin geçerli bir nedene dayanmadığına hükmederse, bunu tespit etmiş olursa, feshin geçersizliğine karar vermiş olur. Buna göre işveren işçiyi 1 ay içerisinde işe başlatmak zorundadır. Öncelikle şunu belirtelim feshin geçersizliği demek bu kanunda yalın olarak feshin hükümsüzlüğü anlamına gelmemektedir. Geçerli nedenle yapılmayan ve dolayısıyla hakim tarafından işe iade kararı alınmış olan işçi şayet kanunda öngörülen süre içerisinde yani kararın kesinleştiği tarihten itibaren, öngörüldüğü gibi 10 günlük süre içerisinde işverene müracaat etmediği takdirde geçersiz olan fesih hükmü doğurmuş olacağından, geçerli sayılacağından; kanunen buradaki geçersizlik, feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme kararı mutlaka feshin hükümsüzlüğü şeklinde değerlendirilemez. Bununla şunu söylemek istiyorum, geçersiz sayılan bir fesih, eğer işçi kanunda öngörülen süre içerisinde müracaat etmezse geçerli bir fesih haline gelmiş olur. O nedenle geçersizlik mutlaka hükümsüzlük anlamına gelmez. Bunu işçinin işe başlatılıp başlatılmamasıyla da bir alakası yoktur. Hakim feshin geçersizliğine karar verdiği zaman işe başlatılmayan işçinin tazminatını da öngörmektedir. Ancak kanuna göre tazminatın miktarı en az 4 aylık, en çok 8 aylık ücreti tutarında bir tazminata hükmedebilir. Bu neye göre değişir? Tazminatın miktarı neye göre belirlenir? Gösterilen geçerli nedene göre belirlenir. İşçinin kıdemine göre belirlenebilir. Yani objektif nedenlere göre. Hakim en az 4 aylık, en çok 8 aylık ücreti tutarında bir tazminatı belirlerken objektif kriterleri göz önüne alacaktır. Takdir hakkını buna göre oluşturmak zorundadır. Nedir akla gelen feshin nedeni hangi nedenle fesih yapılmış, bu önemli işçinin işyerindeki kıdemi önemli, bütün bunları dikkate alması gerekir. Şunu belirtmiş olalım; kanun koyucu söylendiği gibi işverene bir seçimlik hak tanımış değildir. Yani işveren isterse işçiyi işe başlatırım, istersem tazminat öderim şeklinde bir seçimlik hakkı yok. Böyle bir seçimlik hakkının olmadığı kanunun ifadesinden belli. Bakalım kanun ne diyor. İşçiyi müracaat ettiği takdirde 1 ay içerisinde işe başlatmak zorundadır (işveren) Bu zorunluluğun yerine getirilmemesi halinde yaptırım tazminatıdır. Alternatif bir ödeme değildir, bunu söylemek istiyorum. Asıl olan işçinin işe başlatılmasıdır. Özellikle kamu işyerlerinde kamu işverenlerinin işçiyi işe başlatma yükümlülüğü mutlaka olmalıdır. Aksi takdirde kamu işvereni işçiyi işe başlatmamakla kamuyu zarara sokmuş olur. Hukuka aykırı bir işlem yapmış olur. Kesin bir mahkeme kararına rağmen, bu karara karşı gelerek kamu işverenin kamuyu zarara sokma hakkı yoktur kanaatindeyim. Çünkü ortada işçiyi işe iade eden kesinleşmiş bir mahkeme kararı var. Bu kararı uygulamayıp, tazminat ödemek kamu işverenin (işveren vekilinin) idare hukuku yönünden sorumluluğunu doğuracağı kanaatindeyim. Şu halde mahkeme kararını uygulamayıp, tazminat ödeyen kamu işveren vekili idari bakımdan bunun sonucuna da katlanmak zorunda kalır. Bu konuda

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

kamu işvereni ile özel işveren birbirinden tamamen ayrılır. Bu konuda özel işveren gibi hareket edemez kanaatindeyim. Yani mahkemenin işe iade kararı verdiği işçiyi kamu işvereni işe başlatmak zorunda olmalıdır.

İşçi 10 günlük süre içerisinde işe başlamak için işverene müracaat ettiğini şahitlerle, noter aracılığı ile veya taahhütlü posta ile yapması ve bunun gerektiğinde belgelemesi lazımdır. Şimdi usulünce işverene müracaat eden işçiyi işverenin işe başlatması gerekir. Burada çeşitli durumlar ortaya çıkmaktadır. Kanuna baktığımız zaman 21. maddede diyor ki kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren 10 gün içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. Aksi halde fesih geçerli olur. Bu süre içerisinde işverene başvurmakla birlikte, talebini geri alırsa, o zaman talepte bulunmamış gibi değerlendirilir. Müracaat ediyor, müracaat tarihinden itibaren kanun ne diyor, 1 ay içerisinde işveren işe başlatmak zorundadır. Müracaat tarihinden itibaren işveren işe başlatmak zorundadır. Yani işçi 10 günlük süre içinde müracaat eder, işverende 1 ay içerisinde işçiyi işe başlatmak zorundadır.

Şayet işveren seni işe başlatacağım dediği halde, işçi gelip işe başlamazsa bunun sözleşmenin işçi tarafından feshedildiğinin kabul edilmesi gerekir. Çünkü işveren işçiyi kanuni süre içerisinde seni işe başlatacağım diyor, gel işe başla diyor, ancak işçi gelip işe başlamıyor, bunun sonucu olarak sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği anlamı ortaya çıkar. Bu son anlatılan konu hakkında uygulama yok. Diğer taraftan dava esnasında da işveren işçiyi çalıştıracığını belirterek işçiyi işe davet ederse işçinin çalıştırılmadığı süredeki ücretinin işverence ödenmesi icap eder.

İşverence gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde işe iade edilen işçinin, işe başlatılması söz konusu olmaktadır ki, iş güvencesi burada bizim karşımıza çıkmaktadır. Kanunda öngörülen sürede 10 işgünü içinde kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğinden itibaren işverene müracaat eden işçi bakımından, fesih artık hükümsüz hale gelmiş olur. Geçersiz fesih, hükümsüz fesih olarak algılanır. Hukuki sonuç doğurmaz. Yani bu fesih yapılmamış gibi olur. Halbuki iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiyi bakalım. Burada fesih hukuka aykırı bile olsa geçerlidir.

Mahkeme feshin geçersizliğine karar verinceye kadar çalıştırılmadığı süre için işçiyi en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları da ödenir. (işverence)

Şayet işçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı işçinin çalıştırılmadığı sürelerle göre yapılacak ödemedenden mahsup edilir. Ayrıca kanun diyor ki işe başlatılmayan işçiyi bildirim süresi verilmemiş veya

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

bildirim süresine ait ücreti peşin ödenmemişse, bu sürele ait ücret tutarı ayrıca ödenir. Bir de şunu belirtelim, geçersiz fesihlerde, yeni fesih, yani işe başlatılmama arasındaki süre de dikkate alınarak kıdem ve diğer haklarının tespit edilmesi gerekir. Mesela ilk fesihte kıdem hakları dolmamış olabilir. İkinci defa işe alınmadığı takdirde ise, yeni bir fesih olduğu için bu yeni fesih tarihine kadar süre kıdem tazminatına hak kazanacak bir süreyi oluşturup, oluşturmadığına bakmak lazım. Görüldüğü gibi kanun iş güvencesi kapsamındaki işçiler için ekstra bir takım imkanlar sağlamaktadır. Ancak, tazminat ödemeyi göze alan işveren için yapacak fazla da bir şey yoktur. Yani feshin geçersizliğinin mutlak anlamda hükümsüz olmadığını, neticede işveren işçiyi çalıştırmak istemiyorsa, yani iş güvencesinin mutlak anlamda sağlanmadığını, tazminat ödemek suretiyle işverenin bir işçiyi işyerinden uzaklaştırabileceğini öngörmektedir. Bu mukayeseli hukukta da böyledir. Diğer taraftan Kanununun 25. maddesinin son fıkrasına göre "işçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21. maddede hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir diyor" kanun koyucu.

25. madde işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenlemektedir. Haklı nedenlerden birinin ortaya çıkması halinde işveren işçinin iş sözleşmesini derhal sona erdirebilir. (hak düşürücü sürele uymak şartıyla) Ancak eski kanun hükmünden farklı olarak yeni kanunda şayet işçi olayda maddi menfaat sağlıyorsa bir yıllık süre uygulanmaz. Bu sürele uymak kaydıyla, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. Haklı nedenle fesihte haklı nedenle feshetme karar verildiği takdirde, sözleşmenin fazla geciktirilmeden feshedilmesi lazımdır. Çoğu kamu kurum ve kuruluşlarında işçi çıkarma konularında yönetim kurulları yetkilidir. Bunlar iş hukuku kapsamında işlem yaparken idare hukukuna has olan, genel müdürün onayı veya yönetim kurulunun onayı gibi tabirler kullanılmaktadır. Yönetim kurulunun onayına sunulan bir haklı nedenle işten çıkarma kararının yönetim kurulunca onaylanması halinde, bu kararın işçiyi geciktirilmeden tebliğ edilmesi ve infaz edilmesi gerekir. Aksi halde haklı neden ortadan kalkmış olur. Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında şöyle bir durum var. Bir belediye işçisi encümen kararıyla işten çıkarılmış, encümen personelin hazırladığı işten çıkarma önerisini karar haline getiriyor, kabul ediyor (6 işgünü içerisinde) ancak bu kararın uygulanması 15 gün sonraya bırakılıyor, yani işçi 15 gün daha o işyerinde çalıştırılıyor. Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre bu haklı nedenle fesih olamaz. Dolayısıyla böyle bir işçiyi kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi icap eder.

25. maddenin son fıkrasında haksız bir fesih halinde işveren tarafından yapılan feshin haksız olduğu kanaatindeyse işçi, 18, 20 ve 21. maddelerine göre, yeni iş güvencesi hükümlerine göre dava açabilir. Bu işçi iş güvencesinden yararlanan işçidir. Maddenin 25. maddenin I fıkrasına bakarak şöyle bir fikir yürütmek yanlış olur; 25. maddenin 1. fıkrasında, işçinin belirli süreli veya belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin haklı neden varsa işveren tarafından derhal feshedilebileceği

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

öngörülmüştür; süresi belirli olsun veya olmasın işveren aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim önelini beklemezsizin feshedebilir diyor; şu halde bu maddenin son fıkrası hükümlerinden belirli süreli sözleşmesi haksız feshedilen de yararlanabilir. Ancak 25. maddenin son fıkrasında feshin haksız olduğu iddiası ile iş güvencesi hükümlerine göre dava açabilecek olan işçi belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmış işçidir. Daha önce söylendiği gibi belirli süresi iş sözleşmesiyle çalışan işçi bu haktan yararlanamaz.

Kanun haklı nedenle fesih halinde, işçinin davranışıyla ilgili geçerli sebeple fesihte olduğu gibi bir savunma hakkını işçiye tanımamaktadır. Diğer bir ifade ile işçinin davranışlarına ilişkin bir sebep geçerli bir sebepse, işçinin savunmasının alınması şarttır. Kanun gereğidir. Ama haklı nedenle fesihte 25. maddenin 2. bendine giren nedenler halinde işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur. Bu kanaatimizce isabetli değildir.

Kanunda yeni bir kavram olarak yer alan bir hususa da değinmek istiyorum. "İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması." Burada bahsedilen, konusu suç oluşturan bir eylem değil zaten konusu suçsa, cinsel taciz şeklindeki eylem bir suç oluşturuyorsa bu sarkıntılık olur, ırza tasaddi olur vs. Cinsel taciz, işçinin kendisine veya işverenin kendisine, veya üçüncü bir kişiye cinsel çıkar sağlamak amacıyla alışkanlık şeklinde olmazsa bile tekrar suretiyle bir fiil, bir davranışta bulunmasıdır.

Mesela bir erkek işçinin bir bayan işçiye bir defa yemeğe çıkma teklifi cinsel taciz oluşturmaz fakat tekrarlanırsa cinsel taciz olur. Bu kavram mukayeseli hukukta bu şekilde anlaşılmaktadır.

IV- Ücret, ücretli tatiller ve yıllık izinler

Şimdi bir başka konu üzerinde durmak istiyorum. Kanununun 34. maddesinde yeni bir düzenleme var ücretin gününde ödenmemesiyle ilgili, şayet işçiye ücret, ücret ödeme gününde ödenmezse yeni kanun işçiye ekstra bir imkan vermiştir. İşçinin borcu iş görme borcudur. İşverenin borcu da ücret ödeme borcudur. Şayet işveren ücret ödeme borcunu yerine getirmemezse, o zaman işçi de çalışmaktan kaçınabilir. Buna göre mücbir bir neden dışında işçinin ücreti, ücret ödeme gününden itibaren 20 gün içinde ödenmezse, işçi de iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu sebeple işçilerin iş görme borcunu yerine getirmemeleri maddeten toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Ancak, işçinin çalışmadığı süreler için ücret alacağı doğmaz.

Bir kamu işverenin ücret ödeme gününde işçilerin ücretlerini ödeyememesi, ücret ödeme kabiliyetinin olmaması tartışmalıdır. Ancak kanaatimce kamu

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

işvereni için bunun mücbir bir sebep sayılmasıdır. Çünkü ücret ödeme konusunda bir kamu işvereni bürokratik olarak kendi üstünde olan bir merciyi aşamıyorsa, gerekli mali kaynağı bu nedenle bulamıyorsa, o zaman bunun mücbir bir neden olarak kabul edilmesi lazımdır. Ancak kamu işvereni gerekli tedbirleri almaz, öngörülen tedbirleri yerine getirmez de kendi ihmali ve tedbirsizliği nedeniyle işçi ücretlerini ücret ödeme gününden itibaren 20 gün içinde ödeyemezse işçiler, iş görme borcunu yerine getirmeyebilirler. Bu sadece çıplak ücret için değil, geniş anlamda bütün ücret niteliğindeki giydirilmiş ücretler içindir. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır. Ancak bu faizin uygulanabilmesi için, kanaatimce Yargıtay'ın bugüne kadar uygulamaları da dikkate alınarak işverenin salt işten kaçınmış olması yetmez aynı zamanda işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Çünkü bu bir temerrüt faizidir.

Bu şekilde çalışmaktan kaçınan işçinin yerine başka işçi çalıştırılmaz. Eğer bu işçilerin yerine işçi alınırsa, yeni alınan işçilerin iş sözleşmeleri geçerli olur. Ancak ilgili işverenin sorumluluğu doğmuş olur. Buna rağmen yukarıdaki gerekçelerle çalışmaktan kaçınan işçilerin yerine bunları çalıştıramaz. Ancak 34. maddeye göre çalışmaktan kaçınan işçiler işyerini de terk etmek zorundadırlar. Hem çalışmaktan kaçınıp, hem de işyerini terk etmemek olmaz.

Bu kanun kapsamında bir yenilik işverenin ödeme aczine düşmesi halinde geçerli olmak üzere işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan son üç aylık ücret alacaklarını karşılamak amacıyla işsizlik sigortası fonu kapsamında ayrı bir ücret garanti fonu oluşturulur şeklindedir. Bu fonunda oluşması ve uygulamasının bir yönetmelikle düzenleneceğini öngörmektedir. Bu kanunun 33. maddesi sürekli işler içindir. Süreksiz işler için öngörülmemiştir.

Ücret ödeme konusunda zaman aşımı Borçlar Kanununda olduğu gibi 5 yıl olarak vurgulanmıştır. Ancak zaman aşımının ne zaman başladığı konusunda açıklık yoktur. Ancak şu aklımıza gelmektedir. Ücret alacağı ne zaman doğuyorsa, muaccel oluyorsa zaman aşımı işlemeye başlamış olur. Yıllık ücretli izin alacağının durumu değişiktir. Kanunun 59. maddesinde kullanılmayan yıllık ücretli izin alacağı için zaman aşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar şeklinde hüküm altına almıştır. Bu 5 yıllık süre ileriye doğrudur. İşçinin geriye doğru hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin ücreti istersen 10 yıl önceye ait olsun bunu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren 5 yıl içerisinde talep etme hakkı vardır. Yani zaman aşımı ileriye doğru 5 yıldır, geriye doğru bir tahdit yoktur.

Yargıtay'ında bugüne kadar ki ücret alacaklarıyla ilgili içtihatları, yıllık ücretli izin alacağından farklıdır. Ücret alacaklarında ücretin doğduğu, muaccel olduğu tarihten itibaren 5 yıllık zaman aşımı süresi işlemeye başlar iş sözleşmesi devam etse de şu halde burada 5 yıllık sürenin dikkate alınması lazım. Sözleşmenin

Kamu-İş; C:7, S: 4/2004

sona ermesi beklenmemelidir. Bu ücret alacakları için böyledir. İkincisi ücret alacağı bakımından işveren temerrüde düşürülmüş olmalıdır. Temerrüde düşürülmediği takdirde, temerrüt tarihinden önceki süre için faiz talep edilemez. Ya temerrüt tarihidir, ya dava tarihidir faizin başlangıcı. Dolayısıyla şu görüş, Yargıtay'ın bu zamana kadar ki kararlar dikkate alındığı takdirde isabetli değildir; İş Kanununun md.32 hükümlerine göre sözleşme sona erdiğinde işçinin ücretiyle, sözleşmeyle kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerin ödenmesi zorunludur; şu halde işverenin temerrüde düşürülmesine gerek yok, akit sona ermekle işverenin ödeme yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla akdin sona erdiği tarihte faize hükmedilmesi lazımdır. Bu Yargıtay'ın bugüne kadar ki kararları karşısında savunulamaz bir görüştür. Çünkü ücret alacağı talep edilmesi gereken bir alacaktır. Dolayısıyla işveren ihtara muhatap olmalıdır. İhbar suretiyle temerrüde düşürülmüş olmalıdır. Mesela yıllık ücret izin alacağı içinde işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir, faiz başlangıcının belirlenmesi için. Bunun istisnası kıdem tazminatıdır; bu alacağın doğduğu tarihten itibaren faize hükmedilmesi lazımdır.

Bir de şu hususun belirtilmesi lazım. Kanunun ücret eklerini sadece bir takım işçilik haklarında dikkate aldığını görüyoruz. İhbar tazminatı, kötü niyet tazminatı ve kıdem tazminatı yani ücret ekleri bu işçilik haklarında dikkate alınmaktadır. Şunu söylemek istemiyorum, tabi ki, bu haklar ayrı ayrı dava ve talep konusu yapılabilir. Ama işçilik hakları hesap edilirken geniş anlamli ücret, giydirilmiş ücret, yani ücret ekleri, ihbar, kötü niyet tazminatları ile kıdem tazminatı bakımından dikkate alınmaktadır. Bu kanunda sınırlandırılmış. Buna karşılık ücreti koruyucu hükümlerin uygulanması, ister çıplak ücret olsun, ister giydirilmiş ücret olsun fark etmez. Ücret eki adı altında bütün ödemelere uygulanması gerekir. Mesela bu kanunun "ücretten indirim yapılamayacak haller" başlıklı 62. maddesinde "Her türlü işte uygulamakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz." Hükmü ücret ekleri içinde geçerli olacaktır.