

TİSK, TOBB ve TÜSİAD'ın Esneklik Konusundaki Ortak Görüş ve Önerileri (Gözden Geçirilmiş Metin)

I. Genel Olarak

Hızlanan küreselleşme, ivmesi sürekli yükselen teknolojik gelişme ve hem iç, hem de dış pazarlarda her geçen gün keskinleşen rekabet şartları, işletmeleri değişen koşullara hızla uyum sağlamaya mecbur tutmaktadır.

Bu uyum zorunluluğu, işletmelerin rekabet gücünün, dolayısıyla ulusal kalkınmanın temel faktörü haline gelmiştir.

Anılan nedenlerle çalışma yaşamında üretim ve istihdam yapıları, üretimin biçimi, süresi ve yeri de kaçınılmaz olarak değişime uğramıştır. Bu durum işletmeleri ve çalışanları geçmişe göre farklı hukuki ilişkiler kurmaya ve yeni istihdam türlerini uygulamaya yöneltmiş; çalışma mevzuatını da değiştirmiştir. Artık dünyada, klasik çalışma ve iş sözleşmesi türlerinden uzaklaşılarak, çağrı üzerine çalışma, kısmi süreli çalışma, iş paylaşımı, geçici iş ilişkisi, evde çalışma, tele çalışma gibi atipik iş sözleşmesi türleri yaygınlaşmakta; yıllık hesaplar, kayan iş süresi, telafi edici çalışma, yoğunlaştırılmış iş haftası, kısa çalışma gibi esnek çalışma süreleri uygulanmaktadır.

Esnekleşme sürecinde 4857 sayılı Yeni İş Kanunu ile esnek çalışma biçimleri işçileri koruyucu hükümlerle çalışma yaşamına kazandırılmıştır. Ancak söz konusu düzenlemeler yapılırken, rekabet koşullarına uyum sağlamayı hedefleyen işletmelerin korunması ilkesi yeterince gözetilmemiştir.

Bu nedenle İş Dünyası kuruluşları, işgücü piyasasının esnekleştirilmesi olgusuna güvenceli esneklik anlayışı ile yaklaşarak, 4857 sayılı İş Kanununun bazı hükümlerinin, işletmelerin korunması ilkesi doğrultusunda yeniden düzenlenmesi gerektiği görüşünü taşımaktadır.

II. Güvenceli Esneklik Yaklaşımı

Günümüzde iş hukukunun temel işlevlerinden biri de, istihdamın geliştirilmesi ve işsizliğin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmasıdır. Yeterince esnek olmayan katı iş hukuku kuralları, iş yaratmak yerine istihdamı geriletmektedir. **Artık, çalışma hayatındaki koruma fonksiyonu; rekabet gücü, üretim, esneklik, istihdamı koruma ve geliştirme gibi kavramlarla birlikte ele alınmalıdır.**

Esneklik çoğu ülkede istihdamı teşvik eden ve işsizliği önleyen bir araç olarak görülmekte, ayrıca çalışanların çalışma hayatı – özel yaşam dengesini kurlmaları açısından yarattığı olumlu etkiler üzerinde durulmaktadır.

Çağdaş endüstri ilişkilerinde sosyal taraflar, ekonominin ve işin getirdiği esnek çalışma modellerini beraberce tartışarak ve uzlaşarak uygulamaya koymuşlardır. Esnekliğin

geliştirilmesi, işletmelerin ve çalışanların değişime uyum yeteneklerinin artırılması, AB İstihdam Stratejisinin temel konularından biridir.

AB üyesi ülkelerin mevzuatı incelendiğinde iş hukukunda ve endüstri ilişkilerinde, korumacı bir yaklaşım yerine, rekabet gücünün artırılmasını ve istihdamın geliştirilmesini teşvik etmek gibi fonksiyonların ağırlık kazandığı gözlenmektedir.

Esneklik, istihdam artışı sağlamanın tek yöntemi olmadığı gibi tek başına bir mucize sağlaması da beklenemez. Sürdürülebilir ekonomik büyüme, verimlilik artışı, yerli ve yabancı yatırımlar için cazip bir ortam oluşturma, korporatist toplu pazarlık geleneği gibi hususlar da istihdam artışı sağlanmasında önemlidir. En büyük sorunun işsizlik olduğu ülkemizde istihdam artışına yönelik çabalar arasında esneklik de yerini almalıdır. 1970’li yıllardan itibaren dünyada büyük önem kazanan ve uygulamaya konulan esnekliğin ülkemizde büyük ölçüde sloganlarla tartışılması ve uygulamaya geçirilememesi, kalkınmanın aleyhine olmuştur.

Çağdaş dünyada esnek çalışma yöntemleri, istihdam artışının vazgeçilmez faktörüdür. **2007 yılında AB Komisyonu tarafından yayınlanan “Ortak Güvenceli Esneklik İlkelerine Doğru: Esneklik ve Güvence Yoluyla Daha Çok ve Daha İyi İstihdam” başlıklı Bildiri ve AB’nin işçi ve işveren taraflarının hazırlanan Ortak Analiz Belgesi’nde güvenceli esneklik üzerinde anlaşmaya varmış olmaları, bunun kanıtıdır.**

Türkiye için hedef, ILO’nun düzgün iş tanımına uygun, güvenceli işlerin yaygınlaştırılmasıdır. **Kayıtlı sektör, yasal güvencelere sahip esnek uygulamalardan yararlanabilmelidir.** Esnekliğin reddi, kayıtdışı sektörün desteklenmesi demektir. Çalışma mevzuatımız, güvenceli esneklik yöntemleri yaygınlaştırılacak biçimde geliştirilmelidir.

Çağdaş çalışma biçimleri ve esnek çalışma modelleri, işgücü arzı ile talebini dengelemenin ve işsizlikle mücadelenin en önemli araçlarından biridir. Özellikle, ekonomik kriz ve durgunluk dönemlerinde yoğunlaşan işsizlik tehdidine karşı konulmasında, çalışma hayatında güvenceli esneklik uygulamaları önemli bir yere sahiptir.

Pek çok Avrupa Ülkesi’nde kısmi çalışma, geçici çalışma, belirli süreli çalışma gibi yöntemler işsizlikle mücadelede en önemli enstrümanlardan kabul edilmesine karşın 4857 sayılı Kanun’da bu çalışma biçimlerinin uygulanması kısıtlayıcı biçimde kaleme alınmıştır. Ayrıca esnek modellerin uygulanması işçinin rızasına bağlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu’nda yer alan pek çok düzenleme AB Direktifleri’ne ve Uluslararası Çalışma Teşkilatı Sözleşmeleri’ne dayanmakla birlikte, Kanun’da yer alan bazı düzenlemeler Avrupa uygulamalarından daha katı hükümler içermektedir. Söz konusu katı düzenlemelerde yapılacak değişiklikler ile esnek çalışma yöntemlerinin uygulanmasının önündeki engeller kaldırılabilir.

III. İş Kanunu'nda Düzenlenen Esneklik Hükümleri ve Bağlantılı Sorunlar

Yeni İş Kanunumuzun esneklik yolunda açılımlar getirmesi olumlu bir süreçtir. Ancak bu açılımların sosyal diyalog yoluyla sosyal ortaklarca geliştirilmesi gerekmektedir.

Yeni yasa ile çalışma biçimleri olarak belirli süreli iş sözleşmeleri, kısmi süreli iş sözleşmeleri, çağrı üzerine çalışma, kısa çalışma, geçici iş ilişkisi, alt işveren uygulamaları denkleştirme süresi düzenlenmiş, esnek çalışma ilişkileri bağlamında çalışma ve izin sürelerinde yeni düzenlemelere gidilmiş, işçilerin haklarının korunması bağlamında ise fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanılması, ara dinlenmelerinde esneklik, analık halinde izin sürelerinde artış, kısa çalışma ödeneği, ücret garanti fonu, telafi çalışması düzenlemeleri yapılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun aralarında esnek çalışma yöntemleri ile çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelerin bulunduğu bazı hükümlerinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan iptal davası sonucunda Mahkeme, “Geçici iş ilişkisi”ni düzenleyen 7. maddenin, “Çağrı üzerine çalışma”yı düzenleyen 14. maddenin, “Çalışma süreleri”ni düzenleyen 63. maddenin, “Fazla çalışma ücreti”ni düzenleyen 41. maddenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Kararda iş güvencesinin kapsamını düzenleyen 18. madde ile geçerli sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenleyen 21. maddenin de Anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir. Söz konusu 19.10.2005 tarih ve 2003/66 Esas ve 2005/72 Karar sayılı Karar (RG. 24.11.2007, S. 26710) ile yasada benimsenen esnek çalışma biçimleri güçlü bir dayanak kazanmıştır. Mahkeme kararında bu husus geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddenin ret gerekçesinde kendini bulmaktadır. Söz konusu gerekçede “Öte yandan, günümüzde birçok nedenle değişen ticari ve ekonomik koşullar, iş idaresi yönünden esnek çalışma yöntemlerini gerekli kılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak ortaya konulan geçici iş ilişkisi esnek çalışma şekillerinden birisi olarak değerlendirilmektedir. Kuralla, uygulamada ortaya çıkan bu çalışma türü yasal düzenlemeyle belirli ilkelere bağlanmış, tarafların sorumlulukları, borçları ve bu çalışma türünün sınırları belirtilmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir. Söz konusu karar ile yasada benimsenen esnek çalışma biçimleri güçlü bir dayanak kazanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun içerdiği esnek çalışma düzenlemeleri istihdamın ve rekabet gücünün artırılması yönünden çok sınırlı ve engelleyicidir.

Bu nedenle ortaya çıkan engeller, esnek çalışma türleri itibariyle aşağıda belirtilmiştir.

- **Alt işveren (İK m.2)**

Esnekliğin bir aracı olarak kabul edilen alt işveren müessesesine ilişkin aşırı kısıtlayıcı şartlar yeniden düzenlenmelidir.

Asıl-alt işveren ilişkisinde, neredeyse her durumda ilişkiyi muvazaalı hale getiren, normal bir ilişkinin kurulması için yedi farklı unsurun birarada gerçekleşmesi halinde (*hepsinin birlikte aranması tartışmalı ise de, Yargıtay'ın da içinde olduğu bir grup bu görüşe ağırlık vermektedir*) ilişkiye geçerlik tanyan yasal düzenleme, uygulamada önemli sorunlara yol açmaktadır. Bu nedenle alt işveren ilişkisinin kurulmasında esneklik sağlayacak şekilde koşulların ayrı ayrı aranacağı bir düzenleme yapılmalıdır.

Ayrıca maddede özellikle asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesine getirilen sınırlama ile asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılmaması ve daha önce asıl işverene ait işyerinde çalıştırılan kişi ile alt işveren ilişkisinin kurulamaması biçiminde beliren bu tür yasakların işsiz kalan işçilerin daha da mağdur edilmeleri sonucunu doğuracağı gibi, Anayasa'daki çalışma özgürlüğü ile ne kadar bağdaştığı da ayrı bir tartışma konusudur.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulmasının önündeki engellerin kaldırılarak Yasanın ruhuna uygun olarak esnekleşme taleplerimiz sürmekte iken, “İstihdam Paketi” kapsamında yapılan düzenlemelerle asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulması ve sözleşmelerin uygulanması daha da zorlaştırılmıştır.

Hükümet tarafından hazırlanan ve TBMM Genel Kurulu'nda 15 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilen 5763 sayılı “**İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**”un ilk şeklinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesinde değişikliğe gidilerek, tescili yapılan **alt işveren işyerine ait belgelerin gerektiğinde iş müfettişlerince incelenerek**, bu inceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde ÇSGB Bölge Müdürlüğü'ne tescil işleminin iptaline yönelik yetki verilmiştir.

Yasada TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu tarafından yapılan değişiklikle, iş müfettişleri tarafından yapılan inceleme sonunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespiti ilişkin gerekçeli müfettiş raporunun işverene tebliğ edileceği, bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverence yetkili iş mahkemesine itiraz edilebileceği, rapora itiraz edilmemesi halinde tescil işleminin iptal edileceği ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu hükmüne yer verilmiştir. Her ne kadar söz konusu düzenleme ile muvazaalı işlemin tespiti halinde yetkili mahkemeye başvuru imkanı tanınmakta ise de, düzenlemede uzmanlık koşulundan söz edilmemesi, karara karşı temyiz yolunun kapatılması gibi hususlar isabetli değildir. Gerçekten bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinin örneğin uzmanlık gerektirmeyen işlerin verilmesi nedeniyle hukuka aykırı olması ile genel olarak muvazaalı olması nedeniyle hukuka aykırı olması birbirinden farklıdır. Yani uzmanlık gerektirmeyen bir işin verilmesi iki işveren arasındaki ilişkinin mutlaka muvazaalı olduğunu göstermez. 3. maddede işin niteliğinden veya uzmanlık koşulundan söz edilmeksizin sadece muvazaadan söz edilmesi ve böylelikle asıl işveren – alt işveren ilişkisinin geçersizliği konusunda iki maddede birbirinden farklı kapsamda ölçütler bulunması yine bu konuda karmaşa çıkmasına yol açacaktır.

Maddede husumetin yönetileceği taraflar ve kararın nasıl uygulanacağı konusu da eksik bırakılmıştır. Söz konusu eksiklik kendisini İK'nun 2. ve 3. maddelerine göre açılması muhtemel davalarda verilecek kararların birbiri ile çelişmesi sonucunu da doğurabilecektir.

Öte yandan, Kanunun 3. maddesi, muvazaanın tespiti yetkisini iş müfettişine tanımaktadır. Muvazaanın tespiti, son derece hukuki bir konu olup; buna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü, yargıcın yetkisindedir. Bu açıdan, hukuki bir yetkinin idari bir makama tanınması, her ne kadar itiraz üzerine mahkemeye gidilecek olsa dahi, hukuken doğru ve yerinde olmamıştır.

27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Alt İşverenlik Yönetmeliği de, alt işverenlik müessesesini ortadan kaldırıcı nitelik taşımakta, ilgili kanunlara ve Anayasa'ya aykırı hükümler içermektedir.

Alt İşverenlik Yönetmeliği ile İş Kanunu'ndaki hükümlere aykırı yeni düzenlemeler yapılmış, Kanunun yönetmelikle düzenlenmesi için yetki vermediği hususlar düzenlenmiş ve iş hukukunun genel ilkelerine aykırı düşen hükümlerle alt işverenlik uygulamasında işverenlerin eli kolu bağlanmış ve müessese fiilen işlemez hale getirilmiştir.

a) Bu bağlamda;

- Yine Yönetmeliğin 11 inci maddesinde; asıl işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebileceği ifade edilmektedir. İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer almayan “birlikte” ifadesi, alt işverenlik uygulamasının kapsamını daraltmaktadır. “Birlikte” ifadesinin Yönetmelik ile getirilmek istenmesi Kanunlar hiyerarşisine aykırıdır.
- İş Kanunu'nun 2 nci maddesinde, sözleşmenin muvazaalı işlem olarak kabul edilmesi için “asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılmak suretiyle haklarının kısıtlanması” ve “alt işverenlik ilişkisinin daha önce o işyerinde çalışan kimse ile kurulması” şeklinde iki koşul aranmaktadır. Yönetmeliğin 3 üncü maddesinin (g) bendi ile bu iki koşula “uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesi” ve “Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri” şeklinde iki ilave koşul daha getirilmektedir. Yönetmelikle Kanunda bulunmayan hususların getirilmek istenmesi hukuka aykırı düşmektedir.

b) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. ve 3. maddelerinde muvazaa tanımı yapılmamışken ve Borçlar Kanunu'nda genel bir tanım bulunuyorken Yönetmeliğin 3. maddesiyle muvazaa'nın tanımının yapılması ilgili kanunlara ve hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

Ayrıca, Yönetmeliğin 3. maddesindeki muvazaa tanımına, İş Kanunu'nun 2/VI. maddesindeki sınırlamalar (“işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş”) da dahil edilmiştir. Oysa, İş Kanunu'nun 3. maddesinde yapılan değişiklikle iş müfettişlerine “salt muvazaa yönünden” inceleme yetkisi tanınmıştır. İş müfettişlerinin alt işverenlik ilişkisini “objektif koşullar” bakımından inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu yetki münhasıran İş Mahkemeleri Hakimlerine aittir. Bu durum ilgili Kanuna aykırıdır.

İş Kanunu'nun 3 üncü maddesinin son fıkrasında “Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” denilmekte olup sayılan hususlar Yönetmeliğin 4, 5, 6, 7, 8, 9 ve 10 uncu maddeleri ile düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 3 üncü maddesinde yer alan “muvazaa” tanımı, “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş” başlıklı 11 inci maddesi, “Muvazaanın incelenmesi” başlıklı 12 nci maddesi ile “inceleme sonucu işlemler” başlıklı 13 üncü maddesi Yönetmelikle düzenlenmesi öngörülen konular arasında yer almamaktadır. Bu maddelerle yapılan düzenlemelerin yol açtığı bazı sakıncalar şu şekilde sıralanabilir:

- 12 nci maddenin 2 nci fıkrasının (f) bendi ile, alt işverenlik incelemelerinde, iş müfettişlerinin “iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı

amaçlayıp amaçlamadığı” yönünden soruşturma yapmalarına ilişkin olarak verilen yetki, amacı aşan biçimde kullanılabilecektir. Çünkü işverenler iş hukukunun aradığı koşullara uygun şekilde düzenlenmiş alt işveren sözleşmeleri yaparak 50 işçi sınırının altında kalabilmektedir. Yönetmelikle getirilen düzenleme muhafaza edildiği takdirde, alt işveren işçileri ile birlikte 50 işçi sınırını aşan işletmelerde alt işverenlik uygulaması fiilen ortadan kalkacaktır. Ayrıca İş Kanunu’nun 2 nci maddesinin 6 ncı fıkrasında belirtilen ve doktrinde tartışma konusu olan tanımlamanın Yönetmeliğin 12 nci maddesinin 2 nci fıkrasının (b) bendi ile işyerleri aleyhine yorumlanması muvazaanın incelenme kapsamının genişletilerek alt işveren ilişkisine yönelik dava sayısını artıracaktır.

➤ 11 inci maddenin (4) numaralı fıkrasında “Asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremez.” şeklinde yapılan düzenleme de sözleşme hürriyetini engellemektedir.

- c) Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin (2) numaralı fıkrasında; “Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede, 10 uncu maddede yer alan hususların bulunması hâlinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir.” şeklinde getirilen düzenleme ile alt işveren sözleşmelerinin Yönetmelikte bulunan şartları tam olarak taşıması halinde geçerli olacağı belirtilmektedir. Oysa sözleşmelerde yönetmelik hükümlerinden hangilerinin yer alacağına tarafların karar vermesi gerekir. Sözleşmede bulunması gereken tüm hususların yönetmelikle belirlenmesi sözleşme hürriyetine aykırı düşmektedir.
- d) Yönetmeliğin 10. maddesinde, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususlar “maddeler halinde ve tek tek” belirlenmiştir. Bu, her şeyden önce sözleşme serbestisi ilkesine ve dolayısıyla Anayasa’ya aykırıdır. Ayrıca, Yönetmeliğin 10 uncu maddesinde düzenlenen alt işveren sözleşmesinde bulunması gereken hususlardan “Alt işverene asıl işin bir bölümü veriliyor ise; verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirme koşuluna ilişkin teknik açıklama” koşulu uygulamada sorunlar yaratacak niteliktedir.
- e) Yönetmeliğin geçici birinci maddesinde “Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve hâlen devam eden asıl işveren-alt işveren ilişkisinde 10 uncu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen belgeler aranmaz” şeklinde getirilen düzenleme söz konusu sözleşmelerde “10 uncu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen belgeler” dışında kalan hususların aranacağı anlamına gelmektedir. Yönetmeliğin geriye yürümeyeceği hususuna açıklık getirilmesi zorunlu görülmektedir.

Söz konusu düzenlemeler, alt işverenlik müessesesini uygulanamaz kılarak, işletmelerimizin rekabet gücünü büyük ölçüde zayıflatacak niteliktedir. Alt işveren müessesesi, küresel rekabet koşullarında üretimde verimlilik ve kalitenin artırılmasında, uzmanlık gerektiren süreçlerin gerçekleştirilmesinde, işletmelerin esneklik ihtiyacının karşılanmasında ve yeni istihdam imkânlarının yaratılmasında önemli bir işleve sahiptir.

Günümüzde tüm ülke ekonomilerinde “outsourcing” süreci gelişim göstermekte olup, ekonomik işleyişin vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Türkiye’de ise alt işveren

uygulamasının hukuki ve idari müdahalelerle pratikte neredeyse imkansız kılınmaya çalışılması, büyümeye, rekabet gücüne ve istihdam artışına sekte vuracaktır.

Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde bu müessesenin reel sektöre destek sağlayacak ve istihdamı artıracak şekilde uygulanabilmesi yönünde düzenlenmesi gerekmektedir.

- **Geçici (dönemsel) iş ilişkisi (İK m. 7)**

Mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisinin İş Kanunu'nda düzenlenmesi gerekmektedir.

İş Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş sözleşmeleri, çok sınırlı bir uygulamaya sahiptir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun Taslak aşamasında mevcut olan mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisi ise yasalaşamamıştır.

Buna karşılık bütün AB ülkelerinde geçici (dönemsel) iş ilişkisi özel istihdam büroları kanalıyla başarıyla uygulanmakta, büyük istihdam kazanımları sağlamaktadır. Geçici (dönemsel) istihdam büroları, özellikle işgücü piyasasına girmekte zorlanan genç işsizlerin ve kadınların iş sahibi olmalarını kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisinin (dönemsel çalışma ilişkisinin) kurulmasına olanak veren düzenlemelerin İş Kanunu'nda yer alması gerekmektedir.

- **Belirli süreli iş sözleşmesi (İK m. 11)**

Esnek çalışma biçimlerinden biri olan belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerin de yeniden ele alınması gerekmektedir.

İş Kanunu'nun 11. maddesi ile belirli süreli iş sözleşmesinin **ilk kez yapılması**, AB'nin 99/70/EC sayılı Yönergesi'nin aksine objektif nedenlerin bulunması koşuluna bağlanmış ayrıca, Yargıtay, kanunda olmayan bir koşulu (nitelikli olma) da maddeye eklemiştir. Belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için Avrupa Birliği direktifinin ötesine gidilerek objektif neden aranması, buna Yargıtay'ın Kanunda olmayan bir koşulu kararlarıyla eklemesi, belirli süreli iş sözleşmelerini uygulanamaz kılmıştır. Söz konusu hükmün değiştirilerek sözleşmelerin ilk kez yapılmasında objektif neden aranmamalıdır.

99/70/EC sayılı Yönergede, üye devletlerde yapılacak zincirleme iş sözleşmelerine ilişkin önlemler alınırken, bunların ne kadar bir zaman diliminde kaç kez üst üste yapılabileceğinin belirtilmesine de olanak tanınmaktadır. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu md.11/2'de, belirli süreli iş sözleşmesinin, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı, aksi halde iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edileceği ifade edilerek, esaslı bir sebep olmadıkça, belirli süreli iş sözleşmesinin ikincisinin yapılmasıyla, sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşeceği, böylece işçinin bu tür sözleşmenin koşullarından ve bu arada feshe karşı korumaya ilişkin kanun hükümlerinden yararlanabileceği ifade edilmektedir. Esaslı bir neden gibi açık olmayan bir ifade yerine, direktife uygun olarak uygulama esaslarının açık biçimde belirlenmesi gerekmektedir.

Direktifte esneklik ve güvence arasındaki denge dört yolla sağlanmıştır.

- 1- Emsal işçi kriteri,
- 2- Ayrımcılık yasağı,

- 3- Kötüye kullanımın önlenmesi,
- 4- Boş işin bildirilmesi.

Emsal işçi kriteri ve ayrımcılık yasağı iş Kanunumuza da aktarılmışken boş işin bildirilmesi İş Kanunumuza aktarılmamıştır. Kötüye kullanılmasına karşı önlemlerde ise, İş Kanunumuz, Direktifin çok ötesine gitmiştir.

- **Kısmi süreli çalışma (İK m. 13)**

Kısmi süreli çalışmaların uygulanabilir kılınması için gerekli değişiklikler yapılmalı ve söz konusu çalışmayı güvenceli esneklik anlayışı bağlamında destekleyecek bilgilendirme çalışmaları yürütülmelidir.

(Konu, İstihdam Teknik Komitesi Alt Komisyonu tarafından hazırlanan “Kısmi Süreli Çalışmanın Önündeki Engeller” Raporu’nda ele alınmıştır).

- 4857 Sayılı İş Kanunu’nun “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” ve “Tam Süreli” iş sözleşmesi başlığını taşıyan 13 üncü maddesi içinde kısmi süreli çalışma dolaylı olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu maddede yer alan tanımlama, ILO’nun kısa çalışma tanımındaki üç unsurdan sadece “çalışma süresinin, normal çalışma süresinden kısa olması” unsurunu içermektedir. Dolayısıyla mevzuattaki bu tanım nedeniyle uygulamada karışıklıklara neden olunmaktadır. Örneğin süreksiz işlerden sayılan, bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işleri ile kısmi süreli işler çoğu kez uygulamada karıştırılarak, mevzuattaki düzenlemeden açıkça anlaşılamamakta sorun yargı kararları veya doktrindeki hakim görüşe göre çözümlenmektedir.
- İş Kanunumuzun çalışma sürelerinde esneklik getiren hükümlerin ne şekilde uygulanacağı konusunda yol gösterici olması beklenen “İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği” ile “İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği” önemli hususları düzenlemekle birlikte yetersiz kalmıştır. Örneğin kısmi süreli çalışmalar “tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışmalar” olarak tanımlanmakla birlikte “kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla sürelerle çalışma yaptırılamayacağı” belirtilerek esnek çalışma uygulamaları önemli ölçüde kısıtlanmıştır. Kısmi süreli çalışanların fazla mesai yapamayacaklarına ilişkin yasak kaldırılmalıdır. Yönetmeliklerle getirilen kısıtlamalar hiç şüphesiz bundan ibaret değildir. Ayrıca pek çok hükümde Kanun metninin tekrarlandığı görülmektedir.
- Konuya kısmi süreli çalışmaların sosyal güvenlik boyutuna dair hükümler açısından yaklaşıldığında, kısmi süreli çalışmanın sosyal güvenlik açısından teşvik edilmesi amacı bulunmadığı görülmektedir.

Primlerin en az alt sınır üzerinden ödenmesi, kısmi süreli çalışana alt sınırın altında ödeme yapan işveren açısından işgücü maliyetini artırarak, kayıtdışı kalmayı teşvik edecektir. Yaşlılık aylığı için gereken prim ödeme gün sayısının tamamlanmasının mümkün olmadığı durumlarda da kısmi süreli çalışanın kayıtdışı kalmayı tercih etme riski bulunmaktadır.

Bu nedenle, esnek çalışma modellerinin sosyal güvenlik hukuku açısından da teşvik edilmeleri ve kayıt içine alınabilmeleri için, mini işlerde işçi çalıştıran işverenlere vergi ve prim yükü avantajları, işsizlik sigortasından yararlanma koşullarının basitleştirilmesi gibi alternatiflerin uygulanması faydalı olacaktır.

Nitekim, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile kısmi çalışanın aynı anda zorunlu ve isteğe bağlı sigortalı olabilmesi mümkün kılınmıştır. Buna göre, sigortalı olarak çalışmakla birlikte, ay içerisinde otuz günden az çalışmak veya son bir yıl içinde 360 günden az çalışmak ya da tam gün çalışmamak, isteğe bağlı sigortalılık şartları arasında sayılmaktadır (m. 50/a).

- **Çağrı üzerine çalışma (İK m.14)**

Çağrı üzerine çalışma yöntemine ilişkin düzenlemelerin işverenleri bu yöntemi uygulamaktan caydıracak biçimde kaleme alınması esneklik ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

Çağrı üzerine çalışma, bu modele başvurulmasını kısıtlayıcı nitelikte sınırlamalara tabidir. Çağrı üzerine çalışanları koruma amaçlı bu sınırlamalar, sonuçta çağrı üzerine çalışma esnek modeliyle istihdam yaratılmasını engeller niteliktedir.

İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenmiş bulunan çağrı üzerine çalışmada hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi 20 saat kararlaştırılmış sayılacak ve çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanacak ve dolayısıyla primleri de tahakkuk edecektir.

- **Yıllık ücretli izin süresi ile ilgili yapılabilecekler**

Yıllık ücretli izinlerle ilgili düzenlemeler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53 ila 61. maddeleri ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Söz konusu mevzuat çerçevesinde **siparişlerin azaldığı, talep daralmalarının yaşandığı dönemlerde** aşağıdaki uygulamalar gerçekleştirilebilir.

- Yıllık ücretli izin sürelerinin bir bölümü on günden az olmamak üzere en çok üçe bölünebileceğine ilişkin 56. maddenin 2. fıkrasında yer alan hükmün değiştirilmesi.
- Yıllık ücretli izinlerin dönemler itibarıyla kullanılmasına ilişkin Yönetmelikte yer alan sınırlamanın kaldırılması.

- **Ücretsiz izin kullandırılması**

Mevzuatta açık olarak düzenlenmemiş bir konu olup, Yargıtay kararları uygulamayı belirlemektedir. İş sözleşmesinin işverence tek yanlı olarak askıya alınması İşK. Md. 22 çerçevesinde bir esaslı değişiklik oluşturmaktadır. Ekonomik kriz dönemlerinde oldukça sık rastlanmakta olan ücretsiz izin uygulaması da İşK. Mad. 22 hükümlerine tabidir. Tek yanlı askı uygulamasının en sık rastlanan örneği ücretsiz izinlerdir.

Kriz döneminde uygulanacak ücretsiz izin uygulamasını kabul etmeyen ve bu yüzden iş akdi feshedilen işçinin işe iade davası açması kargaşa ortamı doğuracaktır. Bu sorunun çözülmesi gerekir.

- **Esnek çalışma süreleri**

- ***Denkleştirme süreleri***

Kanun'un 63. maddesinde denkleştirme süresi kabul edilmiş, bu denkleştirme süresinin toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar artırılabilceği belirtilmiştir. Bu süre ilgili AB Direktifine kıyasla yetersizdir. Denkleştirme süreleri ile amaçlanan, işletmelerin talep dalgalanmalarına hızla uyum sağlayabilmeleridir. Bu nedenle AB direktifi ile uyumlu olarak bu sürenin belirli hallerde veya toplu iş sözleşmeleri veya sosyal taraflarca yapılacak anlaşmalarla 6 aya kadar veya 12 ayı aşmamak üzere daha uzun şekilde belirlenmesine imkan tanınmalıdır. Yapılacak söz konusu değişiklik, özellikle ekonomik kriz şartlarında istihdamın korunması yönünde büyük fayda sağlayacaktır.

- ***Kısa çalışma***

İşyerlerinin ekonomik kriz ortamında başvurabilecekleri önemli yöntemlerden birisi olan ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Ek 2. maddesinde düzenlenen kısa çalışma, ekonomik darboğazda bulunan işyerlerinin kapatılmadan bu darboğazı atlatalmaları ve bu işyerlerinin toplu işçi çıkarmanın önlenmesinde büyük önem taşımaktadır.

28 Şubat 2009 tarihli ve 27155 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 5838 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" uyarınca kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği konusunda değişiklikler yapılmaktadır. Söz konusu değişikliklerin ilki, 2008 ve 2009 yıllarında yapılacak kısa çalışma başvurularına münhasır olmak üzere, kısa çalışma süresinin üst sınırı olan 3 ayın, 6 aya çıkarılmasıdır. Ayrıca, Bakanlar Kurulu'na ödenek miktarı aynı kalmak şartıyla süreyi altı ay daha uzatma konusunda yetki verilmektedir. İkinci olarak yine 2008 ve 2009 yıllarındaki başvurulara özgü olmak üzere, kısa çalışma ödeneğinin miktarında %50 oranında artış yapılmaktadır. Yapılan değişikliklerden bir diğeri, söz konusu dönem için, kısa çalışma ödeneği verilen sürelerin, başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden mahsup edilmemesidir. Ancak Bakanlar Kurulu'nun süreyi altı ay uzatma konusundaki yetkisini kullanması halinde, uzayan süre için, başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden mahsup söz konusu olacaktır.

Bu düzenlemenin sadece iki yıllık bir süre ile sınırlı tutulmaması, ayrıca madde metninde aşağıdaki değişikliklerin yapılması yararlı olacaktır:

- Kısa çalışma uygulamasında genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerin yanı sıra sektörel krizlerin de dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim Belçika, İsviçre, Fransa ve Almanya gibi AB ülkelerinde kısa çalışma yapılabilecek haller arasında teknik arızalar, ekonomik sebepler, zorunlu nedenler, kötü hava koşulları, toplu yıllık ücretli izin kullandırılması, hammadde ve enerji sağlanmasında zorlukların ortaya çıkması sebebiyle işyerinin kapatılması halleri de bulunmaktadır. Bu bakımdan, kısa çalışma yapılabilecek hallerin en azından

“ekonomik sebepler, zorunlu nedenler, hammadde ve enerji sağlanmasında karşılaşılan zorluklar” şeklinde genişletilmesi, maddenin uygulanabilirliği konusunda yarar sağlayacaktır.

- Kısa çalışma ödeneğinden yararlanmak için yapılan başvurulara Bakanlığın en geç 15 gün içinde cevap vermesi gerektiği şeklinde hüküm konulmalıdır. 15 gün içinde reddedilmediği takdirde talebin kabul edilmiş sayılacağı belirtilmelidir.
- Başvurunun Bakanlıkça reddedilmesi halinde, red kararına karşı işçi-işveren kesiminin de temsil edildiği üçlü yapıda bir komisyon ya da kurula itiraz edilebilmesi mekanizması getirilmelidir.
- “Bakanlığın ülkede ekonomik kriz vardır” açıklamasına gerek olmadan kısa çalışma ödeneğinden yararlanılmasının önü açılmalıdır.
- Kısa çalışmanın uygulandığı hallerde veya uygulanan işyerlerinde toplu iş sözleşmesi imzalanması aşamasına kadar olan süreçte doğacak menfaat uyuşmazlıklarının 2822 sayılı Kanuna göre kurulan Yüksek Hakem Kurulu’na çözüme kavuşturulmasının sağlanması gerekir.

- **Fazla çalışma**

Fazla çalışma yerine serbest zaman kullanılabilmesinin sadece işçinin isteğine bırakılmaması ile fazla çalışmalar için toplu iş sözleşmesi ile işçinin peşin muvafakatının alınmasına imkan tanınması konularının da değerlendirilerek işverene bu konularda esneklik sağlanmalıdır.

- **Telafl çalışması**

4857 sayılı Kanun’un 64. maddesindeki hükmün uygulanabilirliğinin sağlanması için aşağıdaki değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

- Telafl çalışmalarının söz konusu çalışmayı gerektirecek nedenin öncesinde de yaptırılabilmesini sağlayacak düzenlemeler yapılmalıdır.
- Tatil dönemlerinde (Cumartesi günleri de dahil olmak üzere) telafl çalışması yapılabilmesi imkanı sağlanmalıdır.
- İki aylık sürenin bir yıla yükseltilmesi gereklidir.
- “Günde üç saatten fazla olamaz” ifadesi yerine “günde 11 saati aşmayacak şekilde” ifadesinin kullanılması uygun olacaktır.
- Dini bayramların veya resmi bayramların Cuma gününe rastlaması halinde Cumartesi günü çalışma yapılmayacağına ilişkin Ulusal Bayramlar ve Genel Tatiller Hakkında Kanun’un 2. maddesinin (D) bendinin 2. fıkrası değiştirilmelidir.

- Kriz dönemlerinde kapasite kullanım oranının düşmesi, çalışma sürelerinin azaltılması halinde telafi çalışmasına imkân sağlanmalıdır.

IV.Sonuç

Yasal düzenlemelerle getirilen istihdamı teşvik unsurlarının arzu edilen istihdam artışını sağlayabilmesi, esnek bir işgücü piyasasının varlığına bağlıdır. Bu açıdan işletmelerin küresel rakiplerinin yararlandığı güvenceli esneklik yöntemlerini uygulayabilmesi önem taşımaktadır. Yukarıda belirtilen mevzuat değişikliklerinin yapılması, işsizlikle mücadelede önemli kazanımlar sağlayacaktır.

Öte yandan, işsizlikle mücadele sürecini destekleyecek politika ve tedbirler benimsenmelidir.

Bu bağlamda;

- Kayıtlı işletmeler üzerindeki vergi, prim ve sosyal yükümlülükler azaltılmalıdır. Ücret dışı işgücü maliyetlerinin azaltılmasında OECD ortalaması hedeflenmeli ve takvimli bir program ilan edilmelidir.
- **İşçi alma ve çıkarma maliyetlerinin ve bürokratik işlemlerinin fazlalığı da işverenleri zora sokmakta, esnek çalışma şekillerinin uygulanmasını engellemektedir.**

Bu itibarla en kısa sürede kıdem tazminatı konusunun gündeme getirilerek, işletmeler üzerindeki yükün hafifletilmesi gerekmektedir.

Bürokratik işlemler asgariye indirilerek kolaylaştırılmalıdır.

- İşverenlerin esnek çalışma biçimlerinin içerikleri ve uygulama esasları konusundaki bilgi eksiklikleri eğitim ve farkındalık yaratma yoluyla giderilmelidir. (Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından, konunun genelge veya tebliğ gibi idari düzenlemelerle açıklığı kavuşturulması gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir).
- Esneklik- sosyal güvenlik ilişkisi kurulmalı, sosyal güvenlik sistemimizin düzenleme boşlukları giderilerek esnek çalışmaların kapsanması ve **teşvik edici niteliğe kavuşturulması** ile esnek çalışmaların kayıt dışına çıkması önlenerek, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun aktüeryal dengesi de gözetilmelidir.
- Esnekliğin güvenceli olması yaklaşımında, güvence, bireyleri, çalışma hayatları boyunca ilerlemelerini sağlayacak becerilerle donatmak ve yeni istihdam olanakları bulmalarını sağlamak olarak algılanmalıdır. Bu amaçla işgücü piyasasının ihtiyaçları doğrultusunda aktif istihdam tedbirleri uygulamaya konulmalıdır.

Haziran 2009