

Doç. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sosyal Hukuk Devleti Mi, Ceza Keserek Dolaylı Vergi Anlayışı Mı?

Özürlü ve Eski Hükümlü İstihdamı Zorunluluğunda Hukuka Aykırı Uygulamalar

I. Genel Olarak

Bilindiği gibi özürlü ve eski hükümlü işçi istihdamı yükümlülüğüne 4857 sayılı İş Kanunu'nda da yer verilmiştir. Yeni Kanun bu konuda belirli yönlerden iyileştirme getirmiş ise de, bu yükümlülük hala mevzuattaki hali ile pratik hayattaki görünümü arasında önemli uygulama farklılıkları içeren bir niteliğe sahip bulunmaya devam etmektedir.

Özellikle son bir yıl içerisinde özürlü ve eski hükümlü istihdamına aykırılık konusunda verilen idari para cezalarında artış olduğu ifade edilmektedir. Devlet bu konudaki para cezalarının tahsiline özel bir önem vermiş ve ayrıca özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamına aykırılık halinde cezayı tahakkuku yetkisi Türkiye İş Kurumu İl Müdürüne verilerek cezaların tahakkuna hız kazandırılmıştır. Bunun yanında, son dönemde bu istihdam yükümlülüğü oranlarında ve itiraz usulünde de önemli değişiklikler yapılmıştır.

Bu yazının amacı da esasen; sakat, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamına ilişkin mevzuat hükümlerinin açıklanması değil¹, münhasıran bu

konuda yaşanan sorunların, idari para cezası uygulamasındaki hukuka aykırılıkların ve son dönemde yapılan değişikliklerin ortaya konulmasıdır.

II. Özürlü ve Eski Hükümlü İstihdamı Yükümlününün Gözden Geçirilmesi Zorunluluğu

Özürlülerin korunması için önlemler alınması sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Nitekim Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevleri düzenleyen üçüncü bölümünde buna ilişkin hükümlere yer verilmiş, özellikle m. 61/II. fıkrasında, Devletin sakatların korunmaları ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alacağı vurgulanmıştır. Bu tedbirlerden bir bölümü de kuşkusuz özürlü kişilerin çalışma hayatında yer almasının sağlanması ve sosyal güvenlikleri bakımından özel olarak korunmalarıdır. Bu bakımdan; sakatlığı nedeniyle iş bulma güçlüğü içerisinde olan kişilerin çalışma hayatına kazandırılması Devletin öncelikli yükümlülüklerindedir. Ülkemizde bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde, belirli sayıda işçi çalıştı-

ran işletmeler için zorunlu istihdam yolu tercih edilmiştir.

Kuşkusuz yasakoyucunun bu tercihinin olumlu ve olumsuz yönleri bulunmaktadır ve bunlar tartışmaya açıktır. Ancak kanımca istihdam zorunluluğu şeklinde bir koruma yükümünden eski hükümlüler bakımından söz etmek mümkün değildir. Eski hükümlü istihdamı yükümlülüğü bir şekilde özürlü istihdamı yükümlülüğü ile birlikte mevzuatımıza girmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu yapılırken de kaldırılması mümkün olmamıştır. Eski hükümlü istihdamı yükümlülüğü kanımca sosyal hukuk devleti ile ilgisiz, işverenlere para cezası vermekten başka bir işleve sahip bulunmayan bir yükümlülük niteliğindedir. Nitekim bu yükümlülük kapsamında işyerlerine ne niteliksiz ve ne vahim kişilerin gönderildiği bilinmemektedir. Bu kişileri istihdam etmediği için işvereni cezalandırmanın, sosyal devlet ile hiçbir ilgisi bulun-

5378 sayılı Özürsümler ve Bazı Kanun Hükümünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yaşanmıştır³. Bu Kanunda sakatların eğitimleri, mesleki rehabilitasyonları, korumalı işyeri olarak tabir edilen işyerlerinde istihdamlarına ilişkin pek çok isabetli hükme yer verilmiştir.

Bu Kanunla Devlet de esasen bu konulardaki eksikliğini kabul etmiş olmaktadır. Nitekim 5378 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde; kamu kurum ve kuruluşlarına ait mevcut resmi yapıların, mevcut tüm kaldırım, yaya geçidi, açık ve yeşil alanların, spor alanları ve benzeri sosyal ve kültürel altyapı alanları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılmış ve umuma açık hizmet veren her türlü yapıların Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi yıl içinde özürsümlerin erişebilirliğine uygun hale getirileceği, keza geçici 3. maddesinde; Büyükşehir belediyeleri ile belediyelerin, şehir

Eski hükümlü istihdamı yükümlülüğü sosyal hukuk devleti ile ilgisiz, işverenlere para cezası vermekten başka bir işleve sahip bulunmayan bir yükümlülük niteliğindedir.

mamaktadır. Bu bakımdan eski hükümlü istihdam yükümlülüğünün, oranının azaltılarak dahi hâlâ mevzuatta tutulması yerine, bir an önce kaldırılması daha uygun olacaktır. Zaten eski hükümlü istihdamı yükümlülüğü de bir tek ülkemizde mevcuttur.

Öte yandan, özürsümlü istihdamı yükümlülüğüne ilişkin olarak sürdürülen uygulama İş K. m. 30 ve Yönetmelik hükümlerine aykırı olduğu gibi, söz konusu yükümlülüğün bu şekilde uygulanmaya devam edilmesi her iki taraf bakımından da üzücü sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır². Gerçekten; işverenlere Devlet ödevi yükleyen bu uygulama, mevcut haliyle, oldukça ağır miktarda ve hukuka aykırı olarak uygulanan para cezaları ile birlikte, asıl amacı olması gereken özürsümlerin çalışma yaşamına kazandırılmasını sağlamamaktadır. Nitekim Devlet bu yükümlülüğü, kendi üzerine düşen ödevleri yerine getirmeksizin işverenlerin üzerine atmış durumdadır ve böylece sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirildiği zannedilmektedir.

Devletin özürsümlerin korunması için üzerine düşen yükümlülükleri konusunda daha yeni yeni adımlar atmaya başladığını söylemek yanlış olmaz. Nitekim; bu konuda önemli ve ciddi bir gelişme

çinde kendilerince sunulan ya da denetimlerinde olan toplu taşıma hizmetlerinin özürsümlerin erişebilirliğine uygun olması için gereken tedbirleri alacağı, mevcut özel ve kamu toplu taşıma araçlarının kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi yıl içerisinde özürsümler için erişilebilir duruma getirileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca Kanununun 13. maddesinde sözü edilen "Özel Mesleki Rehabilitasyon Merkezleri Hakkında Yönetmelik" 2.5.2006 tarih ve 26156 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

5378 sayılı Kanundaki hükümler; özürsümler için gerekli tedbirler almayan Devletin, kendi üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmeksizin, bu konuyu hep işverenlerin bir sorumluluğu olarak düşündüğünü göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

Ayrıca söz konusu yükümlülük, bu zamana değin hep tek taraflı olarak uygulanmış, sakat ve eski hükümlü işçi gönderme konusunda Türkiye İş Kurumu'nun da yükümlülüklerinin bulunduğu hep göz ardı edilmiştir. Gerçekten; bu istihdamın sağlanması işverenler bakımından bir zorunluluk olduğu kadar, nitelikleri uygun adayların gönderilmesi de Kurum bakımından bir yükümlülüktür⁴.

III. Yükümlülüğün Kapsamına Giren İşverenler

Özürlü ve eski hükümlü istihdam etmekle yükümlü işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştıran işyeri bulunan işverenlerdir. Ancak bu sayının hesaplanmasında, işverene ait aynı il sınırları içerisindeki işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı esas alınır.

Öte yandan, bu sayının hesaplanmasında işyerinde sadece işçi sıfatıyla bulunan kişiler dikkate alınır. Bu hususta işçinin belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmasının herhangi bir önemi yoktur. Nitekim hem belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, hem de belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar sayının hesaplanmasına dahildir. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar ise, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür. Buna göre örneğin; haftada 22.5 saat çalışan bir işçi ancak yarım işçi olarak hesaba dahil edilecektir.

Ancak işyerinde çalışan sakat, eski hükümlü ve terör mağdurları bu sayının hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Bunun yanı sıra, istihdam yükümlülüklerinin bazıları bakımından dikkate alınmayacak başka işçiler de söz konusudur. Öncelikle; İş K. m. 30/VI-I fıkrasına göre, yer altı ve su altı işlerinde sakat işçi çalıştırılmaz ve işyerindeki işçi sayısının belirlenmesinde yer altı ve su altı işlerinde çalıştırılanlar hesaba katılmaz.

Öte yandan, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetleri Hakkında Kanun'un 26. maddesine dayanılarak yürürlüğe konulmuş bulunan Yönetmeliğin 47. maddesinde, özel güvenlik birimlerinde ve özel güvenlik şirketlerinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesi gereğince çalıştırılacak sakat ve eski hükümlü sayısının belirlenmesinde özel güvenlik görevlilerinin hesaba dahil edilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki; bu muafiyet sadece sakat ve eski hükümlü istihdamı için söz konusu olup, diğer istihdam yükümlülükleri örneğin terör mağduru istihdamı bakımından özel güvenlik görevlileri yine sayıya dahil edileceklerdir.

Bu konuda önemli bir sorun, alt işveren işçilerinin işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilip edilmeyeceğidir.

Belirtmek gerekir ki, kurulan alt işveren ilişkisi-

nin İş Kanunu'nun 2. maddesine uygun olması halinde, alt işveren işçilerinin, asıl işverene ait işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilmeyeceklerinde kuşku yoktur.

Bununla birlikte, İş Kanunu'nun 2. maddesinde; kanunkoyucu geçmiş dönemde görülen kötüniyetli alt işveren uygulamalarını göz önünde tutarak alt işveren kullanımı konusunda önemli sınırlamalara yer vermiş, aykırılık halinde önemli bir hukuki yaptırım öngörmüş, asıl işveren işçilerinin alt işverene geçirilerek çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağı, daha önce asıl işveren işçisi olarak çalıştırılan birine alt işverenlik verilemeyeceği ve işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği, bu yasaklara aykırı davranış halinde ve genel olarak muvazaanın tespiti durumunda, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görecekları hükme bağlanmıştır.

Kurulan alt işveren ilişkisinin yukarıda belirtilen yasaklara aykırı olması halinde, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görmeleri öngörüldüğüne göre, alt işverende çalışan bu işçiler özürlü ve eski hükümlü istihdamı bakımından da asıl işverenin işyerindeki sayıya dahil edilecek midir?

Kuşkusuz burada, alt işveren ilişkisinde tespit edilecek bir muvazaanın hukukun her alanına ilişkin olduğu, bu nedenle muvazaalı bir alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçilerinin istihdam yükümlülükleri bakımından da asıl işverenin sayısına dahil edilecekleri iddia edilebilir.

Ancak kanımca böyle bir yaklaşım isabetli olmayacaktır. Zira bu maddede söz konusu olan, muvazaalı alt işveren ilişkisi kurulmak suretiyle, işçinin asıl işveren işçisi olarak çalışsa idi elde edeceği hakların ortadan kaldırılmasının engellenmesidir. Bu bakımdan, asıl işveren - alt işveren ilişkisindeki yasaklara aykırılığın sonucu olan, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılması olgusu sadece ücret ve diğer haklar ile sendikal düzen gibi, doğrudan işçinin haklarını etkileyen hususlar bakımından hükümlerini doğurur. Eğer kanuna aykırı bir alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçilerinin her bakımdan asıl işveren işçisi olarak işlem görmesi söz konusu olsaydı, alt işverence verilen, örneğin, işe giriş bildirgelerinin

% 4'lük özürlü kontenjanını tamamlamış olan bir işverenin, 01.01.2006 tarihinden itibaren % 1 oranına tekabül eden miktarda özürlü işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenlerle feshi mümkün olmalıdır.

veya prim belgelerinin yahut ücret bordrolarının da verilmemiş sayılarak buna ilişkin hukuki ve cezai yaptırımların uygulanacağını iddia etmek gerekir ki, böyle bir sonucun kabul edilemeyeceği herhalde açıktır. Kaldı ki, aksi sonucun kabulü halinde, alt işveren işçilerinin hem kendi işverenlerinin işçi sayısına ve hem de asıl işverenin işçi sayısına dahil olarak mükerrer bir durumun ortaya çıkması da kaçınılmaz olacaktır. Bu bakımdan, İş Kanunu'nun 2. maddesine aykırı alt işveren ilişkilerinde de, alt işveren işçilerinin istihdam yükümlülüklerinin belirlenmesi bakımından, asıl işveren işçisi sayılamayacaklarının kabulü daha uygun olacaktır.

IV. Yükümlülük Oranları

İş Kanunu'nun m. 30/I. fıkrasında, işverenin istihdam etmekle yükümlü bulunduğu özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru oranı toplam % 6 olarak belirlenmiş, bu toplam oranın dağılımının her yılın Ocak ayı başında Bakanlar Kurulunca belirleneceği, ancak sakatların oranının toplam oranın yarısından az, yani % 3'den az olamayacağı hükme bağlanmıştır.

Bakanlar Kurulu da 2004/6976 sayılı kararıyla⁵, toplam % 6 oranını, 01.01.2004 tarihinden geçerli olmak üzere, özel sektör işyerlerinde, % 3 özürlü, % 1 eski hükümlü, % 1 terör mağduru olarak belirlemiş ve kalan % 1'lik payın özürlü veya eski hükümlü arasında dağıtılmasını işverenin isteğine bırakmış ve kalan % 1 oranını özürlü işçiler için mi yoksa eski hükümlü işçiler için mi kullanacağını 15 gün içerisinde Türkiye İş Kurumunun İl veya Şube Müdürlüklerine bildirmesi zorunluluğu getirmiştir. Aynı oranlar 2005/8413 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla⁶, 2005 yılı için de benimsenmiştir.

İki yıldır aynı oranlar belirlenmişken Bakanlar Kurulu bu kez 2005/9077 sayılı kararıyla⁷,

01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, bu oranları, özel sektör işyerlerinde % 3 özürlü, % 1 eski hükümlü, % 2 terör mağduru olarak ve kamu işyerleri için de % 4 özürlü ve % 2 eski hükümlü olarak belirlemiştir.

Bu duruma göre; 2004 ve 2005 yıllarında %1'lik tercihini özürlü istihdamından yana kullanmış bulunan işverenler bakımından % 4 olan özürlü istihdamı yükümü 2006 yılı başından itibaren % 3'e düşmüş ve terör mağduru oranı % 2'ye çıkmış olacaktır. Oranın düşmesi nedeniyle kontenjan fazlası durumuna gelmiş bulunan özürsüzler için işverenin aşağıda değinilen sigorta prim indiriminden yararlanması mümkündür.

Acaba bu değişiklik, kontenjan fazlası haline gelen özürlü işçilerin iş sözleşmelerinin feshi için geçerli bir neden oluşturur mu? Kanımca evet. Zira işverenin özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamı yükümünün toplam oranı % 6'dır ve işverenler bu oranın üzerinde özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdam etmekle yükümlü değildirler. Bakanlar Kurulu'nun 2005/9077 sayılı kararıyla bir grubun oranı azaltılarak diğer bir grubun oranı artırılmaktadır. Özürlü oranını tamamlamış olan işverenin, azalan miktarı terör mağduru na kaydırılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Aksi takdirde istihdam oranı % 6'nın üzerine çıkmış olacaktır. Bu bakımdan; % 4'lük özürlü kontenjanını tamamlamış olan bir işverenin, 01.01.2006 tarihinden itibaren % 1 oranına tekabül eden miktarda özürlü işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenlerle feshi mümkün olmalıdır ki, % 1 oranını terör mağduru istihdamına kaydırması mümkün olsun.

V. Özürlü ve Eski Hükümlülerin Kısmi Süreli İş Sözleşmesiyle İstihdamı

Özürlü ve eski hükümlü işçilerin belirsiz süreli veya İş K. m. 11'de öngörülen koşullar varsa, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılmasına bir engel bulunmamaktadır.

Bu kişilerin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılması konusunda ise Yönetmelikte, İş K. m. 30'da bulunmayan bir sınırlamaya yer verilmiştir. Nitekim Yönetmeliğin 4. maddesinde,

- işverenlerin sakat, eski hükümlü ve terör mağ-

durlarının tam süreli olarak çalıştırmakla yükümlü olduğu,

- ancak, bu kişilerin, Kurumdan kısmi süreli işlere yerleştirilmelerine yönelik talepleri var ise işyerlerinde kısmi süreli çalışma yapan işverenin, bu kişileri kısmi süreli iş sözleşmesiyle de istihdam edebileceği,

- bu durumda olan kişilerin, iş taleplerinin Kurum aracılığıyla karşılanması gerektiği,

- zorunlu çalıştırma yükümlülüğü, tam süreli işçi yerine kısmi süreli işçi ile karşılanmak istendiğinde, kısmi süreli işçi sayısının, bunların çalışma sürelerinin dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülmesi düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin kısmi süreli istihdama ilişkin bu hükmü son derece isabetsizdir ve -güya- işçiyi korumak amacıyla getirilmiş bulunan böyle bir hükmün ne işçiye ve ne de işverene bir yararı bulunmadığı gibi, Yönetmeliğe temel oluşturan kanun

VI. İşverenin Talepte Bulunma ve İşe Uygun Nitelik Belirtme Yükümü

Yükümlülük kapsamına giren işveren ilk olarak, çalıştırmakla yükümlü bulunduğu özürsüz, eski hükümlü ve terör mağdurlarını, yükümlülüğün doğmasından itibaren yedi gün içinde niteliklerini de belirterek Kurumdan yazılı olarak talep etmek zorundadır (Yön. m. 7/D).

Evvelce bir ay olan talep süresinin yeni yönetmelikte yedi güne indirilmesi isabetli olmamıştır. Gerçekten; işverenin işyerindeki işçi sayısı elliyi bulur bulmaz veya yükümlülük sayısı artar artmaz hemen yedi gün içerisinde bu kişileri istihdam edeceği iş alanlarını belirlemesini ve uygun niteliklere ilişkin araştırma yapmasını beklemek inandırıcı değildir. Talep süresinin kısa tutulmasının bu kişilerin daha süratle işe yerleştirilmelerini sağlama-

Talebinde nitelik belirtmeyen işverenin, gönderilen kişilerin niteliklerinin uygun olmadığı yolunda bir itirazda bulunması mümkün değildir.

hükümlerine uygunluğu da tartışmaya açıktır. Gerçekten; bir iş sözleşmesinin tam veya kısmi süreli olarak düzenlenmesi tamamen tarafların ihtiyarındadır. İşçi istemediği takdirde işverenin kısmi süreli iş sözleşmesi imzalatması zaten mümkün değildir. Kanunda da böyle bir yasak yer almamaktadır. Öte yandan, "işyerlerinde kısmi süreli çalışma yapan işveren" ifadesi de hukuken bir anlam taşımamaktadır. Bu ifadeyle, işyerinin kısmen çalışmasının mı yoksa işyerinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle işçi çalıştırılmasının mı kastedildiği de belli değildir. Ayrıca, başta Kurumdan kısmi süreli işe yerleştirilmesi talebinde bulunmayan bir işçinin, işverence sunulan koşullar çerçevesinde pekala kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmayı kabul etmesi mümkündür. Bu bakımdan, konunun iş sözleşmesi taraflarının iradelerine bırakılmak yerine, bu kişilerin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılması için kendilerinin öncelikle Kurumdan bu konuda talepte bulunmasının aranması ve bu kişilerin Kurum aracılığıyla sağlanması son derece anlamsız sınırlamalar niteliğindedir. Kaldı ki bu prosedüre uyulmamış olmasının hiçbir cezai yaptırımını bulunmamaktadır.

çağı da herhalde söylenemez. Nitekim bir aylık sürenin bu kişilerin istihdamını geciktirdiği de hiçbir zaman iddia edilmemiştir. Bu gibi anlamsız hükümler dahi, bu kişilerin istihdamının hep tek taraflı bir yükümlülük olarak algılandığını, bu kişilerin gerçekten istihdamını sağlamak yerine gereksiz ayrıntılarla uğraşıldığını göstermek bakımından dikkat çekicidir. Zaten uygulamada da Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüklerinin bu başvuru süresini çok dikkate aldıklarını söylemek mümkün değildir.

Yükümlülük kapsamına girmesine rağmen Kurumdan talepte bulunmayan bir işverenin, bu konuda herhangi bir savunma ileri sürmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, talepte bulunmasının bir ceza tahakkukuna yol açabilmesi için, işverenin talepte bulunmadığı dönemde aday gönderebilecek durumda olması gerekir. Örneğin; işveren terör mağduru talebinde bulunmamış olmakla birlikte, talepte bulursa idi dahi, Kurumun elinde bu dönemde gönderebileceği terör mağduru yoksa, söz konusu dönem için bir ceza tahakkuku yoluna gidilmesi mümkün değildir.

Öte yandan; bu talepte, adaylarda aranan niteliklerin belirtilmesi de zorunludur. Talebinde nite-

lik belirtmeyen işverenin, gönderilen kişilerin niteliklerinin uygun olmadığı yolunda bir itirazda bulunması mümkün değildir.

Bundan başka; talepte belirtilen niteliklerin işyerinde görülen işe uygun makul nitelikler olması gerekmektedir. Nitekim, Yönetmeliğin m. 7/II. fıkrasında, işverenin talebinde, işyerinde yapılan işin gerektirdiği ağırlıklı vasıfların üstünde istihdamı zorlaştırıcı şartlar öne süremeyeceği düzenlenmiştir. Kuşkusuz bu istihdam yükümünden kaçmak amacıyla, işin özelliğine aykırı nitelikler aranmasını engellemek üzere böyle bir koşul öngörülmesi isabetlidir. Nitekim geçmiş dönemde de bazı isabetli sulh ceza mahkemesi kararlarında, işverenin talebinde belirttiği niteliklerin işyerinde görülen işe ve işyerinin mevcut işçi yapısına uygun olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Bununla birlikte, bu hükmün içerisini doldurmak kolay değildir. Öte yandan, "işin gerektirdiği ağırlıklı vasıf" şeklinde objektif bir kavram bulunmamaktadır. Nitekim aynı işi yapan iki işverenin farklı vasıflarda, farklı tecrübelerde ve farklı öğrenim seviyelerinde işçileri tercih edebilmesi pekala mümkündür. Örneğin; bir işveren üretim bölümünde asgari meslek lisesi mezunu kişileri istihdam ederken, aynı konuda faaliyette bulunan bir başka işveren aynı bölümde pekala ilköğretim mezunlarına da yer verebilir. Bu öğrenim durumlarından hangisinin "işin gerektirdiği ağırlıklı vasıf" olduğu konusunda objektif bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu bakımdan, işin gerektirdiği ağırlıklı vasıf kavramı değerlendirirken geniş düşünülmesi ve bu kişilerin istihdamı söz konusu olan işlerdeki genel işçi niteliklerinin ve işin özelliklerinin yanısıra, örneğin işverenin belirli suçlardan hüküm giymiş birini çalıştırmak istememe hakkı gibi subjektif unsurların da dikkate alınması gerekir.

Kuşkusuz işverenlerin de bu noktada, bu istihdamı sağlamak üzere yeterli gayret içerisinde bulunup bulunmadığının da incelenmesi gerekir. Örneğin, uygulamada bazen görüldüğü üzere, Kurumdan talepte bulunulurken, belirli okullardan veya belirli bölümlerden mezuniyet, belirli bir süre tecrübe, belirli bilgisayar programlarının bilinmesi gibi katı niteliklerin, istihdamı zorlaştırıcı şartlar olarak kabul edilmesi kaçınılmazdır.

Nihayet; işverence belirtilen niteliklerin işin gerektirdiği ağırlıklı vasıflara uygun olsa dahi, bu niteliklerde dahi özürlü, eski hükümlü ve terör mağ-

duru işçi bulunmasının güç olacağı ileri sürülebilir. Ancak kanımca bu durumun herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zira işverenin yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından belirleyici olan, talepte belirtilen niteliklerin işyerinde yapılan işin gerektirdiği ağırlıklı vasıfların üstünde istihdamı zorlaştırıcı olup olmadığıdır. Kuruma kayıtlı kişiler bu niteliklere sahip bulunmadığı takdirde, işveren bakımından istihdam yükümünün yerine getirilmediğinden söz edilemeyecektir. Zira Yönetmelikte, bu kişilerin sahip olduğu niteliklerden değil, işin gerektirdiği ağırlıklı niteliklerden söz edilmiştir.

VII. Kurumun Niteliklere Uygun Aday Gönderme Yükümlülüğü

Özürü ve eski hükümlü istihdamına ilişkin yükümlülükler salt işverenlere yönelik değildir. Nitekim bu kişilerin istihdamının gerçekleştirilmesinde Kuruma da önemli görevler yüklenmiştir. Nitekim Kurum da işverenin talebinde belirtilen niteliklerde aday bulup işverene göndermekle yükümlüdür. Olası bir ceza yargılamasında, işverenin talepte bulunma, işe uygun nitelik belirtme yükümünü yerine getirip getirmediği kadar, Kurumun da talepte belirtilen niteliklere uygun aday gönderip göndermediğinin de incelenmesi gerekir.

Buna göre;

- Kurum işverenin bu talebinden itibaren en geç onbeş gün içinde niteliklere uygun gördüğü özürü, eski hükümlü ve terör mağdurlarından talep sayısından az olmamak üzere temin edebildiklerini, niteliklerini belirten belgeleriyle birlikte işverene gönderir.

- İşveren en geç onbeş gün içinde gönderilen kişilerden uygun gördüklerini işe alır, işe alınanları ve alınmayanları alınmayış nedenlerini de belirtmek suretiyle yedi gün içinde yazılı olarak Kuruma bildirir.

- Kurum, bildirim yapıldığı tarihten itibaren on gün içinde veya bildirim yapılmadığı takdirde işçilerin gönderiliş tarihinden itibaren otuz gün içinde özürü, eski hükümlü ve terör mağduru açığının kapatılması için son olarak işverene, kayıtlı özürü, eski hükümlü ve terör mağdurlarını, meslek ve öğrenim durumlarını içeren listelerle birlikte işverene göndererek işyerindeki açık kontenjanların bu listelerden veya gönderilenlerden karşılanmasını ister.

- İşveren, bu şekilde gönderilenler ve/veya listelerde yer alanlar arasından seçimlerini yaparak

Talepte belirtilen niteliklere uygun aday gönderilmeden liste gönderildiği takdirde, işverenin bu listeden seçim yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

gönderim veya listelerin bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içerisinde açık kontenjanlarını kapatmak zorundadır (Yön. m. 7/III-IV-V).

Şu halde Kurum öncelikle işverenin talebinde belirttiği niteliklere sahip adayları bulup işverene gönderecek, buna rağmen işveren almadığı takdirde, bu kez kendisinde kayıtlı özürlü, eski hükümlü ve terör mağdurlarını, meslek ve öğrenim durumlarını içeren listelerle birlikte işverene göndererek işyerindeki açık kontenjanların bu listelerden veya gönderilenlerden karşılanmasını isteyecektir.

Uygulamada ise Kurum; talepte belirtilen niteliklere uygun olsun olmasın, bir kaç kez aday gönderdikten sonra, işverene elindeki listeyi göndermekte veya bazen de hiç aday göndermeksizin doğrudan liste göndererek bu listeden seçim yapılmasını istemektedir. Bundan bir süre sonra da idari para cezası prosedürü başlatılarak İş Kanunu'nun 30. maddesine ve sisteme tamamen aykırı bir uygulama sürdürülmektedir.

Herşeyden önce belirtmek gerekir ki, talepte belirtilen niteliklere uygun aday gönderilmeden liste gönderildiği takdirde, işverenin bu listeden seçim yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Acaba liste gönderilmesi nitelikleri uygun olsun olmasın özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdam etme zorunluluğu doğurmakta mıdır? Kısacası hayır. Şöyle ki;

İlk olarak; İş Kanunu'nun 30. maddesinde, işverenlerin, özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru işçileri meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlü buldukları öngörülmüştür. Şu halde; Kanunun bu konuda benimsediği esas, uygun niteliklerdeki kişilerin istihdamıdır. Bu nedendir ki zaten, Yönetmeliğin 7. maddesinin I. ve II. fıkralarında, işverenin Kurumdan talepte bulunurken nitelik belirteceği ve bu niteliklerin işyerinde yapılan işin gerektirdiği ağırlıklı vasıfların üstünde istihdamı zorlayıcı koşullar içeremeyeceği açık olarak düzenlenmiştir. Eğer sis-

tem, nitelikleri uygun olsun olmasın özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamı esası üzerine kurulmuş olsaydı, gerek İş Kanunu'nda gerekse Yönetmelikte uygun nitelik ifadesi içeren hükümlere gerek kalmazdı. Liste gönderilmesi usulünün de bu esas dışında sonuçlar doğuracak tarzda yorumlanması mümkün değildir. Nitekim liste gönderilmesinin anlamı, Kurumca nitelikleri uygun aday gönderilmesine rağmen hala işe almayan işverene bu listeden uygun gördüğü kişileri seçme olanağı tanınmasıdır. Eğer aksi olsaydı, yani liste gönderilmesi, nitelikleri uygun olsun veya olmasın, boş kadroların mutlaka doldurulması zorunluluğu anlamına gelseydi, bu takdirde işverenin nitelik belirterek talepte bulunacağı ve belirttiği niteliklerin işyerinde yapılan işin gerektirdiği ağırlıklı vasıfların üzerinde istihdamı zorlayıcı nitelikler olamayacağı yolundaki hükümle çelişki ortaya çıkacağı gibi, bu Yönetmelik hükmünün İş Kanunu'nun 30. maddesine aykırılığında söz etmek gerekirdi.

Şu halde; Kurum, işyerinde yapılan işe uygun niteliklerde aday talebinde bulunan işverene bu talepte belirtilen koşullara uygun aday göndermek zorundadır. Nitelikleri uygun aday gönderilmesine rağmen hala işe almayan işverene bu kez, uygun gördüğü adayları kendisinin belirlemesi için liste gönderilecektir. Listede uygun adaylar bulunmasına rağmen seçim yapmayan işveren artık idari para cezasını gerektiren fiili işlemler olacaktır.

VIII. İstihdam Yükümlülüğünün Teşviki ve Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurullarının Faaliyetleri

Esasen istihdam yükümlülükleri konusunda ilk yapılması gereken, bu kişilerin çalıştırılmasının gerçek anlamıyla özendirici hale getirilmesidir. Ancak Kanunun bu konuda yeterli teşvikler getirdiğini söylemek mümkün değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 30/X. fıkrasında özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamını özendirmek amacıyla getirilen teşvik hükümlerine göre;

- Bakanlar Kurulu'nca belirlenecek oranların üstünde özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştıran işverenlerin kontenjan fazlası işçiler için,

- Özürlü ve eski hükümlü çalıştırmakla yükümlü bulunmadıkları halde özürlü çalıştıran veya

- Çalışma gücünü yüzde seksenden fazla kaybetmiş özürlüyü çalıştıran işverenlerin,

bu şekilde çalıştırdıkları her bir özürlü için 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre ödemeleri gereken işveren sigorta prim hisselerinin yüzde ellisini kendisi, yüzde ellisini Hazine öder.

Bu teşvikin kapsamı Yönetmeliğin 25. maddesinde daha geniş çizilmiştir. Bu maddeye göre; Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranların üzerinde özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdam eden veya elliden daha az sayıda işçi çalıştırmasına rağmen Kuruma talepte bulunmak ve/veya tescil yaptırmak suretiyle özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştıran ya da çalışma gücünü yüzde seksenden fazla kaybetmiş özürlü istihdam eden işverenin bu şekilde çalıştırdığı her bir özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru hakkında, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre ödemesi gereken sosyal sigorta piri-

ği herhalde açıktır. Zaten eğer bu SSK prim muafiyeti istihdam yükümünü gerçekten özendirici nitelikte olsaydı, bugün böyle bir sorundan söz etmeye yer kalmazdı.

Eski hükümlü istihdamının özendirilmesi kapsamında değinilmesinde yarar görülen bir başka yenilik, cezaların infazı kapsamında halen hükümlü bulunan kişilerin çalıştırılmasıdır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun m.51/IV – b bendinde; bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanat icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığı çalıştırılmasına karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Keza 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun m.107/7. fıkrasında; hükümlünün, denetim süresince infaz kurumunda öğrendiği meslek ve sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek ve faaliyeti icra eden bir başkası gözetimi altında ücret karşılığı çalıştırılabileceği düzenlen-

İşverenler denetimli serbestlik ve yardım merkezleri faaliyeti kapsamında halen hükümlü bulunan kişileri çalıştırmakla yükümlü değildir.

mi işveren hisselerinin yüzde ellisi kendisince, yüzde ellisi Hazinece ödenir. İşverenin bu haktan yararlanabilmesi için, bu durum, işverenin başvurusu üzerine Kurumca belgelenir.

Söz konusu teşvikin, deyim yerindeyse, “adet yerini bulsun” diye getirildiğini söylemek herhalde hatalı olmaz. Bu anlamda Devletin de konuya ciddiyetle yaklaştığı söylenemez. Gerçekten; eğer bu istihdamın özendirilmesi samimi olarak istenilmiş olsaydı, herşeyden önce, sadece belirli bir kontenjanın üzerine veya sadece belirli bir oranın üzerinde çalışma gücü kaybı olanlar için değil, istihdam edilen tüm özürlü ve eski hükümlüler için böyle bir indirim getirilmesi gerekirdi. Sonra getirilen prim muafiyetinin de yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Böyle bir muafiyetin işveren sigorta prim hisselerinin tamamı için getirilmesi herhalde daha uygun olurdu. İşverenlerin, yasal oranların tamamını zaten dolduramadıkları göz önünde tutulursa, kontenjanın üzerinde sakat, eski hükümlü ve terör mağduru istihdam eden işverenler için getirilen bu muafiyeti, istihdamı teşvik eden bir hüküm olarak değerlendirmenin mümkün olmadığı

miştir. Bu amaçla 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Kanunu yürürlüğe konulmuş olup, bu Kanun gereği oluşturulan Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri Şube Müdürlüklerince, işyerlerine, belli cezaların infazlarının yerine getirilebilmesi için mahkemelerin vereceği kararlar doğrultusunda halen hükümlü durumda bulunan kişilerin istihdam edilip edilemeyeceği sorulmaktadır. Hemen belirtelim ki; işverenler denetimli serbestlik ve yardım merkezleri faaliyeti kapsamında halen hükümlü bulunan kişileri çalıştırmakla yükümlü değildir.

Kuşkusuz eski hükümlü istihdamı yükümlülüğü ile halen hükümlü bulunan kişilerin cezanın infazı kapsamında çalıştırılması birbirinden farklı işlevlere sahiptir. Bununla birlikte; gerek halen hükümlü bulunanların gerekse eski hükümlülerin istihdamının kolaylaştırılması amacıyla, her iki uygulama arasında irtibat kurulması ve cezaların infazı kapsamında halen hükümlü bulunan kişileri çalıştıran işverenlerin eski hükümlü istihdamı yükümünü yerine getirmiş sayılacağına öngörülmesi isabetli olurdu.

IX. İstihdam Edilen Kişilere Ödenecek Ücret ve Sosyal Yardımlar

Yönetmeliğin 8. maddesinde, özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru olmanın daha düşük ücretle çalıştırma sebebi olamayacağı, bu işçilerin diğer işçilere yapılan sosyal yardımlardan aynen yararlanacağı ve iş sözleşmelerine veya toplu iş sözleşmelerine bu işçiler aleyhine hükümler konulamayacağı öngörülmüştür. Keza daha yeni bir düzenleme olarak 5378 sayılı “Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 14. maddesinde; işe alımda, iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürlülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunamayacağı, çalışan özürlülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde özürlüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır. Aynı Kanunla Türk Ceza Kanununa da bu ayrımcılığı suç sayan hüküm getirilmiştir.

Kuşkusuz bu hükümlerden, özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru kadrosunda çalışan işçilere, işyerinde uygulanan tüm hakların aynen sağlanması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim, işverenin, bu kişilerin, örneğin; çalıştıkları işe, girdikleri gruba, öğrenim ve eğitim durumlarına, mesleki kıdem ve tecrübelerine, verimlerine, işyerine tüm işçilerin tabi olduğu prosedürlerle alınmış olup olmamasına göre farklı haklar belirlenmesi mümkündür. Aksinin kabulü sözleşme serbestisine orantısız bir müdahale anlamı taşır. Yukarıdaki hükümlerde yasaklanan husus, ayrımı gerektiren hiçbir neden yokken, özürlü, eski hükümlü ve terör mağduruna salt bu nedenle emsallerine göre düşük haklar sağlanmasıdır. Yoksa, özürlü, eski hükümlü ve terör mağdurlarına işyerindeki tüm hakların aynen uygulanması değil.

X. İdari Para Cezasının Uygulanması ve İtiraz Prosedürü

Özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamı yükümüne aykırılık halinde idari para cezasının uygulanması konusunda son dönemlerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Nitekim 1 Haziran 2005

tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile idari suçları tek bir rejime tabi tutmak üzere kabahatlere ilişkin genel rejim düzenlenmiş ve bu istihdam yükümünü de ilgilendiren önemli hükümlere yer verilmiştir.

Mamafih, Kabahatler Kanunu ile ilgili olarak da yeni gelişmeler yaşanmıştır. Nitekim; Malatya Bölge İdare Mahkemesi tarafından Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi ile 27. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle itiraz yoluyla önüne gelen davada Anayasa Mahkemesi 1.3.2006 tarih – 2005/108 Esas ve 2006/35 karar sayılı kararıyla, Kanunun 3. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna vararak, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlandıktan itibaren altı ay sonra yürürlüğe girmesi yolunda hüküm kurmuştur.

Bundan başka özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamına aykırılık halinde cezayı verecek makam konusunda da önemli bir değişiklik yapılmıştır.

1) Cezayı Verecek Makam

Özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamına aykırılık halinde cezayı tahakkuk ettirecek makam konusunda yakın bir tarihte değişiklik yapılarak, bu konuda Türkiye İş Kurumu İl Müdürü yetkili kılınmıştır.

Gerçekten; bilindiği gibi, İş Kanunu'nun 108. maddesinde, idari para cezasının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verileceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle; sakat ve eski hükümlü istihdamına ilişkin tüm yazışmalar Türkiye İş Kurumu ile yapılırken, para cezası Bakanlık Bölge Müdürünce verilmekteydi.

İsabetli olarak, 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 39. maddesi ile 07.07.2005 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere İş Kanunu'nun 108. maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek ve maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesi yürürlükten kaldırılarak, sakat ve eski hükümlü istihdamına ilişkin para cezalarının Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verileceği hükme bağlanmıştır. Değişiklik metni şu şekildedir: “Bu Kanunda öngörülen idari para cezaları, 101 inci maddedeki idari para cezaları hariç, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce veri-

101 inci madde kapsamındaki idari para cezaları ise doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verilir.”

Terör mağduru istihdamında ceza tahakkukuna yetkili makam ise 3713 sayılı Kanun'un ek m. 1/B bendinde “İlgili idareler” olarak belirlenmiştir. Başka bir anlatımla; 3713 sayılı Kanunda ceza tahakkukuna yetkili makam açık olarak gösterilmemiştir. Bu eksiklik, bu maddeye dayanılarak yürürlüğe konulmuş bulunan Yönetmelik ile giderilmiştir. Nitekim Yönetmeliğin 12. maddesinde, terör mağduru istihdamı yükümlüne aykırılık halinde idari para cezasının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verileceği öngörülmüştür. İdari para cezasını verecek makama kanunda yer verilmeyip bunun yönetmelikte somutlaştırılmasının isabet derecesi tartışmaya açıktır. Bununla birlikte, Danıştay Onuncu Dairesi, 15.12.2003 - 2001/2914 - 2003/5158 sayılı kararında, Terörle Mücadele Kanunu ek m. 1/B uyarınca idari para cezası verecek makamın Kanunla değil de Yönetmelikle belirlenmesinde bir hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.

2) Para Cezasının Miktarı ve Niteliği

Özürsüz, eski hükümlü ve terör mağduru işçi çalıştırma yükümlülüğüne aykırı davranışın yaptırımını idari para cezasıdır.

Nitekim İş Kanunu'nun 101. maddesinde; “Bu Kanununun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak özürsüz ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her özürsüz ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için yediyüzelli milyon lira para cezası verilir. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz.” hükmü yer almıştır.

Kamu kuruluşları da işveren sıfatıyla İş Kanunu'na tabi olduğuna göre, bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamayacağı yolundaki hükmün son derece anlamsız olduğu düşünülebilir. Ancak yasakoyucunun böyle bir hüküm getirme ihtiyacının nedeni herhalde, geçmiş dönemde, bazı kurumları sakat ve eski hükümlü istihdamından muaf tutan kanuna aykırı genelgeler çıkarılmış olmasıdır.

Maddede belirtilen yediyüzelli milyon lira tutarındaki para cezası her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yenden değerlendirme oranında artırılmaktadır.

Terör mağduru çalıştırmamanın yaptırımı ise Terörle Mücadele Kanunu'nun Ek madde 1/B'de bırakılmıştır. Bu maddede, terör mağduru istihdamı yükümlünü yerine getirmeyen işveren veya vekili için, çalıştırmadığı kişi başına ve çalıştırmadığı her ay için, o yıl belirlenen asgari ücretin 10 katı tutarında para cezası öngörülmüştür.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17/I. maddesinde idari para cezalarının maktu veya nispi olabileceği belirtilmiştir. Gerek İş K. m. 101 ve gerekse Terörle Mücadele Kanunu Ek m. 1/B'deki para cezalarının niteliği itibarıyla, bir maktu para cezası mı, yoksa nispi para cezası mı olduğunun belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

Bunlardan maktu para cezası; kanunda sadece tek bir rakam olarak veya aşağı ve yukarı hadleri gösterilerek belirlenmiş para cezası, nispi para cezası ise, failin sorumlu olacağı ceza miktarı önceden belli olmayıp, miktarı ihlal süresine, kişi sayısına, elde edilen menfaatin miktarına göre değişen para cezasıdır⁸.

Örneğin; İş Kanunu'nun “İdari Ceza Hükümleri” başlıklı sekizinci bölümünde, bazı maddelerde, işçi sayısı veya aykırılığın devam ettiği süre ile ilgilenebilmeksizin tek bir para cezası öngörülmüş, bazı maddelerde ise, “. . . bu durumdaki her işçi için. . .”, “. . . işten çıkardığı her işçi için. . .”, “. . . her bir çocuk için. . .”, “. . . her ay için. . .” gibi ibarelerle kişi ve/veya ay başına artan miktarda para cezası uygulanması düzenlenmiştir⁹.

Örneğin işyeri hekimi bulundurmamayı yaptırma bağlayan İşK. m. 105/II. fıkra hükmü maktu nitelikte bir para cezası içermektedir. Zira bu yükümlülüğe aykırı davranış halinde, işyeri hekimi çalıştırılmayan her ay için değil, işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğünü yerine getirmeme için tek bir para cezası öngörülmüştür. Başka bir anlatımla, bu para cezası işyeri hekimi çalıştırılmayan her ay veya çalıştırılmayan işyeri hekimi sayısına göre değişiklik göstermemektedir. Halbuki, ağır ve tehlikeli işlerde rapor almaksızın işçi çalıştıran işverene bu durumda bulunan her işçi için para cezası öngören m. 105/IV. fıkrasında bir nispi para cezası söz konusudur. Zira bu cezanın miktarı, rapor alınmadan ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan işçi sayısına göre değişmektedir.

Özürsüz ve eski hükümlü istihdam etmeme için öngörülen para cezası da nispi niteliktedir. Zira,

bu cezanın miktarı önceden belli olmayıp, istihdam edilmeyen kişi başına ve istihdam edilmediği ay miktarına göre ceza miktarı da değişmektedir. Nitekim İş Kanunu'nun 101. maddesinde; "Bu Kanununun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her özürlü ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için . . ." denilerek bu husus açıkça vurgulanmıştır. Keza Terörle Mücadele Kanunu'nun Ek 1/B maddesinde de, terör mağduru istihdamı yükümünü yerine getirmeyen işveren veya vekili için, çalıştırmadığı kişi başına ve çalıştırmadığı her ay için denilerek aynı durum düzenlenmiştir.

Bir idari para cezasının maktu veya nispi nitelikte olmasının büyük önemi bulunmaktadır. Gerçekten tüm idari para cezaları için geçerli olan Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin 7. bendine göre, idari para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanırken, bu kural nispi nitelikteki para cezaları için uygulanmaz. Başka bir anlatımla; her yıl artırım kuralı, sadece maktu nitelikteki para cezaları için sözkonusu olup, nispi nitelikteki para cezaları bakımından madde metninde yazılı miktarlar uygulanır.

Nitekim 4857 sayılı Kanuna ilişkin Tasarının "Yeniden değerlendirme" başlıklı 112. maddesinde, öngörülen para cezalarının yeniden değerlendirme oranında artırılması yolundaki hüküm kanunlaşma aşamasında çıkarılmıştır. Kaldı ki, idari para cezalarına ilişkin ortak esasları düzenleyen Kabahatler Kanunu bu hususu açıkça düzenlemiştir. Bu bakımdan, özürlü ve eski hükümlü istihdamına ilişkin idari para cezalarının yeniden değerlendirme oranında artırılması Kabahatler Kanunu'nun m. 17/7 bendine aykırıdır ve itirazlarda öncelikle bunun ortaya konulması gerekir.

3) İdari Para Cezasının Verilmesi, İtiraz Usulü ve İtirazın İncelenmesi

a) İdari para cezasının tebliği

İdarî para cezası kararı, 11.02.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilgili kişiye tebliğ edilir. Tebligat metninde bu karara

karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresi açık bir şekilde belirtilir.

Tüzel kişi hakkında verilen idarî yaptırım kararları her halde ilgili tüzel kişiye tebliğ edilir.

b) İtirazın yeri ve süresi

Son iki yıllık dönem içerisinde idari para cezalarına itiraz usulü konusunda da önemli değişiklikler yapılmıştır.

Gerçekten; 1475 sayılı İş Kanunu'nda idari para cezalarına itiraz mercii sulh ceza mahkemesi olarak gösterilmişken, Anayasa Mahkemesi'nin İmar Kanunu'nda yıkım nedeniyle verilen para cezalarına itirazın sulh ceza mahkemesinde görülmesine ilişkin hükmünü iptal eden 15.05.1997 – 96/72 – 97/51 sayılı kararı da göz önünde bulundurularak (Ay. Mah. Kararları Dergisi, s. 37, c. 1, Ankara 2002, 139 vd.), 4857 sayılı İş Kanunu'nda itiraz mercii olarak idare mahkemesi belirlenmişti. Bu değişiklik nedeniyle derdest olan davalar idare mahkemelerine devredilmişti. Ne var ki, Deniz İş Kanununun 53. maddesinde bir değişiklik yapılmadığı için, anılan Kanun kapsamında verilecek para cezalarına itiraz sulh ceza mahkemesinde görülmeye devam ediliyordu (Deniz İş K. m. 53).

Ancak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca, idari para cezalarına itirazın artık en geç onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine yapılması gerekmektedir. Zira Kabahatler Kanunu, sadece Kanunun ikinci kısmında sayılan çeşitli kabahatlere ilişkin olmayıp, toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla; kabahatlere ilişkin genel ilkelere, kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçlarını, kabahatler dolayısıyla karar alma sürecini, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolunu ve idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esasları düzenleyen bir kanundur. Zaten Kanunun 3. maddesinde de, bu Kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı açık olarak düzenlenmiş olup, kanun yollarını düzenleyen dördüncü bölüm de genel hükümler içerisinde yer almaktadır.

Bu hükme uygun olarak İş Kanunu'nun m. 108/II. fıkrasındaki idari yargıya itirazı düzenleyen hükümde henüz bir değişiklik yapılmamış ise de,

Kabahatler Kanunu idari suçları tek bir rejime tabi tutmak üzere yürürlüğe konulduğuna göre, bundan sonra artık Kabahatler Kanunu'nda öngörülen itiraz usulü uygulanacaktır. Ne var ki uygulamada halen bu itirazları görev yönünden reddeden sulh ceza mahkemeleri bulunmaktadır. Hatta bazı idari para cezası tebligatlarında sulh ceza mahkemesine itiraz edilebileceği belirtilirken, bazı tebligatlarda idare mahkemeleri itiraz mercii olarak gösterilmektedir.

Yapılan bu değişiklik mahkemelerin görevine ilişkin bir değişiklik olmasına rağmen, Kanunun geçici 2. maddesinde, Kanun hükümlerinin, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idare mahkemelerinde açılarak iptali istenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Şu halde; Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden önce açılarak idare mahkemelerinde görülmekte olan sakat ve eski hükümlü idari para cezasına itiraz davalarının bu mahkemelerde görülmesine devam olunacak, ancak bu tarihten sonraki itirazların sulh ceza mahkemesine yapılması gerekecektir.

Kabahatler Kanunu'nun bu konuda isabetli bir hüküm getirdiği söylenemez. Zira geçici 2. maddenin bu düzenlemesi nedeniyle, bir süre, aynı konuda, hem idare mahkemelerinden hem de sulh ceza mahkemelerinden hüküm çıkacaktır. Daha da önemlisi, aşağıda değinileceği üzere, Kabahatler Kanununda (m. 28/9) ikibin Türk Lirasının üzerindeki idari para cezalarında sulh ceza mahkemesinin kararına karşı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilmesi öngörülmüştür. Kanunun geçici 2. maddesinde "Bu Kanun hükümleri, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idare mahkemelerinde dava açılarak iptali istenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmaz." hükmü gereğince, idare mahkemelerinin gördüğü davalarda kesin karar verilecek, sulh ceza mahkemelerinin gördüğü davalarda ise, para cezası miktarı ikibin Türk Lirasının üzerinde olduğu takdirde, ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi mümkün olacaktır.

Öte yandan sulh ceza mahkemesine başvuru süresi 15 gündür.

Kanunda öngörülen 15 günlük dava açma süresinin geçirilmiş olması idari para cezasının kesinleşmesi sonucunu doğurur. Eğer dava açma süresi mücbir sebeplerin varlığı nedeniyle geçirilmişse, mücbir sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en

geç 7 gün içerisinde karara karşı başvuruda bulunulabilir. Bu başvuru kararın kesinleşmesini engellemez ise de, mahkeme yerine getirmeyi durdurabilir.

Terör mağduru istihdamı konusunda verilen idari para cezalarına karşı itiraz mercii Terörle Mücadele Kanunu ek 1/B maddesinde belirtilmemiş, bu konuda Yönetmeliğin 12. maddesinin 3. fıkrasında sulh ceza mahkemesi görevli kılınmıştı. Ancak Danıştay Onuncu Dairesi 15.12.2003 – 2001/2914 – 2003/5158 sayılı kararında isabetli olarak; ". . . Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi Anayasa hükmü olup, 2577 sayılı Yasanın 2. maddesi gereğince idari dava türleri içerisinde olan idari para cezalarına karşı davaların idari yargıda çözümlenmesi gerekirken Yasada yer verilmediği halde idari para cezasına karşı gidilecek yargı yerinin sulh Ceza Mahkemesi olarak Yönetmelikle düzenlenmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. . . " gerekçesiyle Yönetmeliğin 12. maddesinin 3. fıkrasındaki "Bu para cezalarına karşı tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir." cümlesinin iptaline karar vermiştir.

Ancak Kabahatler Kanunu gereğince artık Terörle Mücadele Kanunu ek 1/B maddesi gereğince verilen idari para cezalarına itiraz da sulh ceza mahkemelerine yapılacaktır.

c) Mahkemeye başvurulması ve inceleme

Başvuru, bizzat kanuni temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılır. Başvuru dilekçesi iki nüsha olarak verilir.

Başvuru dilekçesinde, idari para cezasına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilir. Dilekçede ayrıca, başvurunun süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebep dayanaklarıyla gösterilir.

Mahkemenin başvuru üzerine yapacağı işlemler Kabahatler Kanunu'nun 28. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre;

Başvuru üzerine mahkemece yapılan ön inceleme sonucunda; mahkeme davanın yetkili mahkemede açılmadığını tespit ederse, dosyanın yetkili sulh ceza mahkemesine gönderilmesine karar verir. Eğer başvurunun süresi içinde yapılmadığı, başvuru konusu idarî yaptırım kararının sulh ceza mahkemesin-

Taksir şeklindeki kusur idari para cezasının tahakkuku için yeterli olacaktır.

de incelenebilecek kararlardan olmadığını veya başvuranın buna hakkı bulunmadığını tespit ederse, bu nedenlerle başvurunun reddine karar verir.

Yukarıda belirtilen nedenleri bulunduğu takdirde, mahkeme başvurunun usulden kabulüne karar verir. Başvurunun usulden kabulü halinde mahkeme dilekçenin bir örneğini Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğüne tebliğ eder.

Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğü, başvuru dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde mahkemeye cevap verir. Ayrıca, başvuru konusu idarî yaptırıma ilişkin işlem dosyasının tamamının bir örneği, cevap dilekçesi ile birlikte mahkemeye verilir. Mahkeme, işlem dosyasının aslını da isteyebilir. Cevap dilekçesi, idarî yaptırım kararına karşı başvuruda bulunan kişi sayısından bir fazla nüsha olarak verilir.

Mahkeme, başvuruda bulunan kişilere cevap dilekçesinin bir örneğini tebliğ eder; talep üzerine veya re'sen tarafları çağırarak belli bir gün ve saatte dinleyebilir. Dinleme için belirlenen günle tebligatın yapılacağı gün arasında en az bir haftalık zaman olmasına dikkat edilir. Dinleme sırasında taraflar veya avukatları hazır bulunur. Mazeretsiz olarak hazır bulunmama, yokluklarında karar verilmesine engel değildir. Bu husus, tebligat yazısında açıkça belirtilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tanıklık, bilirkişi incelemesi ve keşfe ilişkin hükümleri, bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanır.

Dinlemede sırasıyla; hazır bulunan başvuru sahibi ve avukatı, ilgili Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün temsilcisi, varsa tanıklar dinlenir, bilirkişi raporu okunur, diğer deliller ortaya konulur.

Mahkeme, ilgilileri dinledikten ve bütün delilleri ortaya koyduktan sonra aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa son sözünü sorar. Son söz hakkı, aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen tarafın kanunî temsilcisi veya avukatı tarafından da kullanılabilir. Mahkeme son kararını hazır bulunan tarafların huzurunda açıklar.

Mahkeme, son karar olarak idarî yaptırım kararının; hukuka uygun olması nedeniyle, "başvuru-

nun reddine", hukuka aykırı olması nedeniyle, "idarî yaptırım kararının kaldırılmasına" karar verir.

Özür, eski hükümlü ve terör mağduru istihdamına aykırılık konusunda yerleşik kuralların oluşmamış olmasının en önemli nedenlerinden biri de, bu yükümlülüğe aykırılık halinde tahakkuk ettirilen idari para cezasına itirazı inceleyen görevli mahkemenin kesin karar verileceğinin öngörülmüş olmasıdır. Böylelikle bu tür uyuşmazlıklarda Yargıtay incelemesine izin verilmemiş ve uygulamaya yön verecek yerleşik içtihadlar da oluşmamış, çabukluk mülahazasıyla yapılan bu düzenlemeler hukuki gerçeğin ortaya çıkmasını engellemiştir. Kabahatler Kanunu ile getirilen değişiklikler bu sınıncaları bir ölçüde azaltacaktır.

Kabahatler Kanunu'nun 7. maddesinde, kabahatin icrai veya ihmali bir davranışla işlenebileceği ve 9. maddesinde de kabahatlerin kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem de taksirle işlenebileceği hükme bağlanmıştır. Şu halde taksir şeklindeki kusur da bu idari para cezasının tahakkuku için yeterli olacaktır.

Kuşkusuz, işverenin bu yükümlülüğe uymamak konusunda kasdi veya taksirli bir davranışının bulunup bulunmadığı incelenirken;

- İşverenin Kurumdan talepte bulunup bulunmadığı,

- Talepte belirttiği niteliklerin, işyerinin özelliklerine aykırı ve bu istihdamdan kaçma amacı güden nitelikte olup olmadığı,

- Kurumun üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirip getirmediği, bu bağlamda işverence belirtilen nitelikte aday bulma gayreti içerisinde olup olmadığı ve aranan niteliklere uygun yeterli sayıda aday gönderip göndermediği,

- İşverenin talepleri red gerekçelerinin haklı ve makul olup olmadığı, gönderilen veya listede yer alan adayların niteliklerinin uygun olup olmadığı konusunun yeterli ve inandırıcı gerekçelerle ortaya konup konmadığı,

- İşverenin bu yükümlülük kapsamında istihdam ettiği özür, eski hükümlü ve terör mağduru işçi sayısı, kontenjanın tamamlanmamış olmasının makul gerekçelere dayanıp dayanmadığı gibi pek çok unsurun incelenmesi gerekmektedir.

d) Mahkeme kararına karşı itiraz yolu

Bilindiği gibi, gerek 1475 sayılı Kanun'da gerek-

se 4857 sayılı Kanun'un 108. maddesinin ilk halinde, para cezasına yapılan itirazların mahkemece kesin olarak karara bağlanacağı öngörülmüştü. Kabahatler Kanunu'nda bu sakınca bir ölçüde hafifletilerek, sadece ikibin Türk Lirası dahil idarî para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararların kesin olduğunu hükme bağlamıştır. Şu halde ikibin Türk Lirasının üzerindeki idari para cezalarında sulh ceza mahkemesinin verdiği son karara karşı itiraz yoluna başvurmak mümkündür.

Nitekim Kabahatler Kanunu'nun 29. maddesine göre; sulh ceza mahkemesinin verdiği son karara karşı, yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yapılır. Uygulamada ise bazı sulh ceza mahkemeleri, sadece Kanunun ikinci kısmında sayılmış kabahatler için itiraz mercii olarak ağır ceza mahkemesini göstermekte, diğer kanunlarda düzenlenmiş idari para cezaları için ise, sulh ceza mahkemesi kararlarına karşı asliye ceza mahkemesine başvurulacağını düzenleyen genel hüküm çerçevesinde, asliye ceza mahkemelerini itiraz mercii olarak göstermektedir. Bu uygulama hatalıdır. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz gibi, Kabahatler Kanunu, sadece Kanunun ikinci kısmında sayılan çeşitli kabahatlere ilişkin olmayıp, kabahatlere ilişkin genel ilkeleri, kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçlarını, kabahatler dolayısıyla karar alma sürecini, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolunu ve idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esasları düzenleyen bir kanun niteliğinde olup, Kanunun 3. maddesinde de, bu Kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı açık olarak düzenlenmiştir. Ağır ceza mahkemesine itiraz da bu bölümde 29. maddede düzenlenmiştir. Mamafih konuya ilişkin olarak verilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararları bu noktadaki tereddütleri ortadan kaldırmıştır.

Ağır ceza mahkemesi itirazla ilgili kararı, dosya üzerinden inceleme yapılarak verir. Mahkeme, her bir itirazla ilgili olarak "itirazın kabulüne" veya "itirazın reddine" karar verir. Mahkemenin verdiği karar taraflara tebliğ edilir. Vekil olarak avukatla temsil edilme halinde ayrıca taraflara tebligat yapılmaz.

e) İdarî para cezasının ödenmesi

İdarî para cezası, Devlet Hazinesine ödenir. Kişi-

nin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde idarî para cezasının, ilk taksidinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir.

Kesinleşen karar, derhal tahsil için mahallin en büyük mal memuruna verilir. İdarî para cezası, 21.07.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir. Tahsil edilen idarî para cezasının kanunla belirlenen bir oranı, ilgili kamu kurum ve kuruluşunun hesabına aktarılır.

İdarî para cezası tamamen tahsil edildikten itibaren en geç bir ay içinde durum, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirilir.

Kabahatler Kanunu'ndaki önemli bir hüküm (m. 17/6), idarî para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçünün tahsil edileceğinin öngörülmüş olmasıdır. Ancak yapılan bu peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez.

DİPNOTLAR

- 1 Bu konuda geniş bilgi için bak. S. SÜZEK, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, 249 vd.; F. UŞAN, İş Hukukunda Sakat İstihdamı, 210 vd.; G. ALPAGUT, "4857 sayılı Yasa'da İşverenin Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu", MESS Mercek Dergisi, Nisan 2004, 118 vd.; Ö. EKMEKÇİ, "Yeni Tüzük Hükümleri Uyarınca Sakat İşçi Çalıştırma Yükümü, İBD, c. 61, s. 4-5-6, Nisan - Mayıs - Haziran 1987, 308 vd.
- 2 Bak. EKMEKÇİ, Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler, Çimento İşveren D. 2005/4, 26.
- 3 RG. 7.7.2005, No. 25868.
- 4 Bak. EKMEKÇİ, agm, 29.
- 5 RG 19.3.2004, No. 25407.
- 6 RG 4.2.2005, No. 25717.
- 7 RG. 8.7.2005, No. 25869.
- 8 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. M. AYDEMİR, İş ve Sosyal Sigorta Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2002, 30; A. ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, 571 vd.; N. CANİKLİOĞLU/T. CANBOLAT, "4857 sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri", Kamu-İş, c. 7, s. 3, 2004, Resul Aslanköylü'ye Armağan, 221 vd.; S. EROĞLU, "Çalışma Mevzuatımızda İdari Para Cezaları", MESS Mercek Dergisi, Ekim 2004, 81.
- 9 Diğer örnekler için bak. EROĞLU, 86.