

Şerafettin GÜLER

TÜHİS Toplu Sözleşme Uzmanı

Özelleştirmeye Tabi Kuruluşlarda Kapsam Dışı Personel Olarak Çalışan İşçiden İşsizlik Sigortasının Kesilmesi

T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/11084

Karar No : 2006/14430

Tarihi : 14.11.2006

KARAR ÖZETİ

İş Kanunu hükümlerine göre işine son verilmesi mümkün olmayan ve kuruluşun özelleştirilmesi nedeniyle diğer kamu kuruluşlarına nakli Devlet Personel Başkanlığınca yapılan kapsam dışı personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" olarak nitelendirilmeleri gerektiği ve kamu personeli olduğu dolayısıyla işsizlik sigortası kapsamı içinde bulunmadığının kabulü gerekir.

DAVA

Davacı, fazlaya dair hakları saklı kalmak kay-

dıyla maaşından işsizlik sigortası primi adı altında yapılan kesintilerin yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde davanın reddine karar vermiştir.

Hükmün, taraflar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Dava, kapsam dışı personel statüsünde çalışanların, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1995/1 Esas, 1996/1 Karar sayılı kararı uyarınca Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" olduğu gibi iş güvencesi bakımından kamu personeli sayılarak kamu görevlilerinin sahip olduğu iş güvencesine sahip olmakla 4447 sayılı

Kanun'un 51. maddede sayılan haller nedeniyle işsiz kalmalarının ve dolayısıyla işsizlik sigortası hükümlerinden yararlanmalarının mümkün bulunmadığı gerekçesi ile davacının ücretinden işsizlik sigortası primi kesilmeyeceğinin tespiti ve kesintilerin şimdilik 500,00 YTL'lik kısmının Kurumca tahsil edildiği tarihten itibaren işleyecek faizi ile birlikte tahsiline ilişkindir.

Mahkemece; işsizlik sigortasının da bir sigorta türü olduğu, kapsam dışı personel olarak çalışan davacının sosyal güvenlik açısından 506 sayılı Kanun'a tabi olduğunun tespiti ile sigortalılık statüsünün zorunlu olup, sosyal güvenlik hakkının vazgeçilemez ve devredilemez olduğu, dolayısıyla davacının işsizlik sigortasından yararlanmak istememesinin mümkün olmadığı ve 4447 sayılı Kanun'un 46/3. maddesi ile anılan kanun kapsamı dışında bırakılanların sınırlı olarak sayıldığı ve davacının statüsü itibarıyla bu sayılanlar içinde bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacının özelleştirme kapsamında bulunan K. Bakır İşletmeleri A.Ş. bünyesinde kapsam dışı personel statüsünde çalıştığı ve ücretinden işsizlik sigortası primi kesildiği tartışmasıdır.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca , "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür". Mevzuatımızda kapsam dışı personelin tanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu kavram; İş Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanamayan çalışanları tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır.

Özelleştirme kapsamına alınan kamu kurumlarında çalışan personelin statüleri hakkında çıkarılan 233, 399, 527 sayılı KHK'ler ile ek düzenlemeler yapılmışsa da kimi KHK'lerin Anayasa Mahkemesi'nce iptali sonucu, bu konu 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ilişkin Yasa'yla belirginleştirilmiştir. Bu yasanın, amaç ve kapsam başlıklı 1.

maddesinin (A) bendinde, yasanın amacı belirlenmiş ve bu amaca yönelik olarak (B) bendinin (e) fıkrasında da; yasanın kapsamının, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdi ile çalışan personelden özelleştirme uygulamaları sonucu işsiz kalacak olanlara mali ve sosyal haklar sağlanması, (d) fıkrasında ise, yine bu kuruluşlarda çalışan kamu personelinin özlük ve sosyal haklarıyla ilgili hükümler olduğu belirtilmiştir. Nitekim 21. maddesinde, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdiyle ücret karşılığı çalışanlar hakkında düzenlemelere yer verilmiştir. Kamu personeli ile ilgili olarak da, kuruluşlardaki personelin nakli başlıklı 22. maddesinde özelleştirme programına alınan, özelleştirilen, faaliyeti durdurulan, küçültülen, kapatılan veya tasfiye edilen kuruluşlarda çalışan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi personel ile sözleşmeli personelin (kapsam dışı personel dahil) diğer kamu kurum veya kuruluşlarına 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8/f bendinde yer alan hükümler de dikkate alınarak nakledilirler denilmekte, aynı maddenin (b) bendinde; ataması yapılan personelin işe başlama sürelerine ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 62 ve 63. maddeleri hükümleri uygulanır, hükmü yer almaktadır. Geçici madde 9'da da gerek sözleşmeli personel, gerekse de kapsam dışı personel, kamu personeli olarak kabul edilmiştir.

Anılan hükümler uyarınca, özelleştirme kapsamındaki kuruluşlarda çalışan, toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunmayan, mali ve sosyal hakları kurumunca çıkarılan Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nde düzenlenen, İş Kanunu hükümlerine göre işine son verilmesi mümkün olmayan ve kuruluşun özelleştirilmesi nedeniyle diğer kamu kuruluşlarına nakli Devlet Personel Başkanlığınca yapılan kapsam dışı personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" olarak nitelendirilmeleri gerektiği ve kamu personeli olduğu açıktır.

4447 Sayılı Kanun'un 46/3. maddesinin 08.09.1999 tarihinde yayınlanan ilk metninde; sadece, 506 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar ile sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışanlar kapsam dışı bırakılmış iken, 4571 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile işsizlik sigortası kapsamında olmayanlar yönünden genişletici bir düzenlemeye gidilmiştir. 4571 sayılı Kanun ile değişik 46/3.madde ile "506 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar, ...657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, ...233 ve 399 sayılı KHK'ler ile 190 sayılı KHK' ya tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile 657 sayılı Kanun'a göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar bu kanun kapsamına dahil değildir." şeklinde hüküm yeniden düzenlenmiştir.

Ülkemizde yeni olan işsizlik sigortası uygulamasında yol gösterici olması bakımından düzenlemelerin kanun koyucu tarafından açıklanan gerekçeleri göz ardı edilmemelidir. 4571 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yapılan genişlemenin madde gerekçesinde; "4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda; işsizlik ödeneğinin 506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılara ödeneceği

hükme bağlanmış, ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi statüsünde bulunmayan sözleşmeli personelden işsizlik sigortası kesintisinin yapıp yapılmayacağı hususunda bir açıklık bulunmadığından, söz konusu personelden SSK'ya tabi olanların, Emekli Sandığı'na tabi olanlara göre %2 oranında işsizlik sigortası kesintisi nedeniyle mağduriyetlerinin teminen 4447 sayılı Kanun 46/3. fıkrasının yeni düzenlenmesi metne eklenmelidir." açıklaması yer almıştır.

Anılan hükümler ve kanun koyucunun açık iradesi karşısında, kapsam dışı personel olarak çalışan davacının 4447 sayılı Kanun'un 46/3. fıkrasında sayılan kamu görevlisi olduğu ve işsizlik sigortasının kapsamı içinde bulunmadığının kabulü gereklidir.

Açıklanan maddi ve hukuki nedenler gözetilmeksizin eksik araştırma, inceleme ve yanılığılı değerlendirme ile davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hüküm yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA 14.11.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

GENEL OLARAK TÜRK İŞ HUKUKUNDA KAPSAM DIŞI PERSONEL

Kapsam Dışı Personel Kavramı

Kapsam dışı personel kavramı, çalışma hayatımızda ancak 1961 Anayasası'nda yapılan düzenlemelerden sonra çıkarılan 274 ve 275 sayılı Kanunlarla uygulama alanı bulmuştur. Bu tarihe kadar toplu iş sözleşmesi bağtılayamayan sendikalar için kapsam dışı personel kavramından söz etmek mümkün değildir. 1961 Anayasası'nda yapılan düzenlemelerden sonra toplu iş sözleşmesi bağtılamaya başlayan sendikalar bir kısım işçileri toplu iş

sözleşmesinin dışında tutmuşlardır. İşçilerin akit taraflarınca kapsam dışı bırakılmalarını açıkça düzenleyen bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Uygulamada ise kapsam dışı kalma iki şekilde gerçekleşmektedir. İşçiler ya yasadan ötürü zorunlu olarak kapsam dışı kalmakta, ya da sözleşme tarafları serbest iradeleri ile bazı işçi gruplarını kapsam dışı bırakmayı kararlaştırmakta ve bu hususu toplu iş sözleşmesine bir madde olarak yazmaktadırlar¹. İşveren vekili hariç bunların tamamı işçi sayılan ve işçi sendikasına üye olabilecek durumda olan kişilerdir. Böylece bu kişiler iş sözleşmesi alanına terkedilmişlerdir. Ancak kapsam dışı kalmak için mutlaka sendika üyesi olmak gerekmez. Sendika üyesi olmayan işçilerin de sözleşme ile kapsam dı-

Sözleşme ile bağlı olanlar kanun ile belirlenirken, sözleşmenin uygulama alanına kimlerin gireceğini ise taraflar belirlemektedir.

şısı bırakılmaları mümkündür. Bir başka ifade ile “Belli işler kapsam dışı bırakılabilmekte ve bu işlerde çalışan tüm işçiler -ister taraf sendika üyesi olsun, ister olmasın- toplu iş sözleşmesinden yararlanamamaktadırlar. Kapsam dışı işlerde çalışan işçilerin dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmeden yararlanmaları da mümkün değildir.”²

Kapsam Dışı Personel Kavramının Tanımı ve Unsurları

“Bir işyeri, işyerleri veya işletmede, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye olsun veya olmasın, belirli bir nitelik ve konumda bulunan işçilerin toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı dışında tutulmasına kapsam dışı bırakılma; konumları gereği toplu iş sözleşmesinin uygulanmadığı işçilere de kapsam dışı personel denilir.”³ Bu tanımdan yola çıkarak kapsam dışı personel ile ilgili bazı saptamalarda bulunmak yerinde olacaktır. Tanımdan da anlaşılacağı gibi kapsam dışı bırakılacak kişiler ancak işçilerdir. Özel sektör istihdamı açısından bir sorun olmasa da kamu istihdamında birden fazla istihdam türü olduğuna göre bu ayrıma dikkat çekmekte yarar var. Anayasa’nın 128. maddesinde “..... kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” denmekte ve “diğer kamu görevlileri” kavramına 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinde açıklık getirilmektedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesi bu istihdam türlerini; “memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler” şeklinde belirlemiştir. İşçiler de 4857⁴ sayılı İş Kanunu’na göre istihdam edilmekte ve Kanunun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde işçi; “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Kural olarak memurların hukuki durumu idare hukuku alanına, işçilerin ise iş hukuku alanına gir-

mektedir. Dolayısıyla kapsam dışı bırakılacak olanların münhasıran kamu için, işçi olmaları gerekmektedir.

Kapsam dışı bırakılacak işçilerin sendika üyesi olması veya olmaması durumu değiştirmemektedir. Sendika üyesi olan bir grup işçi, dayanışma aidatı ödeyen bir grup işçi veya herhangi bir sendikayla hiçbir bağlantısı olmayan bir grup da kapsam dışı bırakılabilir. Kapsam dışı personel kavramının ortaya çıkmasında en önemli unsur halen yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunması ilkesidir. Çünkü bir toplu iş sözleşmesi yoksa tarafların kapsam dışı bırakılma eylemi de gerçekleşmeyecektir. Kanunen kapsam dışı kalanlar (işveren vekili gibi) hariç, TİS yoksa kapsam dışılık da olmayacaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere işyeri ve/veya işletmede bir toplu iş sözleşmesinin bulunması gerekir. Aksi takdirde toplu iş sözleşmesi olmadan bir grup çalışanın TİS dışı bırakılarak bir uygulamaya gidilmesi düşünülemez. Taraflar arasında bir TİS imzalandıktan sonra nesnel kriterler göz önünde bulundurularak yine tarafların anlaşması neticesinde (kapsam dışı kalacak olanların rızası şart değil) kapsam dışı bırakılacak grup tespit edilir. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan işyerinde çalışan bazı işçilerin kapsam dışı bırakılmasına ilişkin hükümlerin geçerliliği, tarafların sözleşme özerkliğine dayandırılmaktadır. Buna göre toplu iş sözleşmesiyle bağlı olanlar ile toplu iş sözleşmesinin kişiler bakımından uygulama alanı karıştırılmamalıdır. Sözleşme ile bağlı olanlar kanun ile belirlenirken, sözleşmenin uygulama alanına kimlerin gireceğini ise taraflar belirlemektedir.⁵

Toplu İş Sözleşmesi ile Bir Grup İşçinin Uygulama Alanı Dışında Tutulması

275 sayılı Kanun döneminde hem işyeri hem de işkolu esasına göre TİS yapılabildiği için bir ikilik ortaya çıkmaktaydı.⁶ Ancak 1982 Anayasası’nın 53. maddesi “Aynı işyerinde, aynı dönem için, birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz” diyerek bu ikili durumu ortadan kaldırmıştır. 2822 sayılı TİSGLK’nın 3. maddesi “Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir.” diyerek TİS’in yer olarak uygulama alanını belirlemiş ancak kişiler açısından

Kapsam dışı bırakılan işçi grupları ya iş sözleşmeleri ile ya da işyeri personel yönetmelikleri ile belli bir statü ve güvence altına alınmakta ve TİS'de göz önüne alınarak bir takım sosyal hak ve güvencelere sahip olmaktadır.

-Kanunen kapsam dışı kalanlar hariç- bir sınırlama getirmemiştir. Dolayısıyla bağitlanan bir toplu iş sözleşmesinde taraflar serbest iradeleri ile bir grup çalışanı belirlemekte ve bunları kapsam dışı bırakmaktadır.

Ancak bu kapsam dışı bırakılma her ne kadar Kanunda belirtilmemişse de hem işçi sendikası hem de işveren tarafı bu alanı belirlerken çalışanların pozisyon, görev ve sıfatlarını dikkate almaktadırlar. Dolayısı ile bu kişiler konularından dolayı kapsam dışı kalmaktadırlar⁷.

2822 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre işyeri, işyerleri veya işletme toplu iş sözleşmesi bağitlanırken konuları pozisyon, görev ve sıfatlarından dolayı belirlenen bazı işçiler kapsam dışında bırakılmaktadır.

TİS'de yazılı olarak belirlenen grup veya gruplar kapsam dışı bırakıldıkları için bunlara TİS uygulanmaz. Dolayısı ile bunlar iş sözleşmesi alanına terkedilmiş olurlar. Kapsam dışı bırakılan işçi grupları ya iş sözleşmeleri ile ya da işyeri personel yönetmelikleri ile belli bir statü ve güvence altına alınmakta ve TİS'de göz önüne alınarak bir takım sosyal hak ve güvencelere sahip olmaktadır⁸.

Hem 275 hem de 2822 sayılı Kanunlar'da buna yönelik herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen TİS taraflarının bağitladıkları TİS'lerle bir kısım çalışanı kapsam dışı bıraktıkları görülmektedir. Yargıtay da 275 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar verdiği kararlarda tarafların bu şekilde bir TİS dışı bırakılma olgusuna sahip olduklarını verdiği kararlarla göstermiştir.

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

TİS'i bağitlayan işçi sendikasının üyesi,

Başka bir sendika üyesi işçiler,

Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den faydalanan kişiler,

Herhangi bir sendikaya üye olmayan işçiler de olabilir.

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

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

a) İşveren bir grup personele daha iyi olanaklar sağlayabilmek, sözleşmenin üzerinde ücret ödeyebilmek veya bunların işçi sendikası ile olan bağlarını zayıflatabilmek için üst düzeyde bulunan kişiler⁹,

b) Ancak yüksek ücretle işyerinde tutulabilen işçiler,

c) Kısmi süreli çalışan işçiler,

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

e) Yardımcı işlerde çalışan işçiler

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

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

Ancak şunu unutmamak gerekir ki; işveren bir grubu kapsam dışı bıraktığı zaman bu grubun tamamını bırakıyor demektir. Yoksa grubun içinden

3-5 kişiyi seçip bunları bırakmak; bir başka ifade ile ismen kapsam dışı bırakma gibi bir serbestisi yoktur.

Kapsam Dışı Personelin Hukuki Durumu

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki Anayasa'nın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesi herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirtmekte ve 53. maddesinde de TİS hakkının hem işçi hem de işverenler için bir hak olduğunu güvence altına almaktadır. Dolayısıyla öncelikle bir kapsam dışı bırakma olgusu olduğu zaman bu kesinlikle keyfi olamaz. Haklı bir nedene dayanmak zorundadır. Ayrıca kapsam dışı bırakılma ismen değil yukarıda da belirtildiği gibi belli bir grup veya bazı sıfatları taşıyan kişiler için uygulanır. Medeni Kanun'un 2. maddesine göre de "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." Açıkça belirtildiği gibi kapsam dışı bırakma olduğu zaman dürüstlük kuralı da devreye girmektedir.

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

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

Kanunların ışığında değerlendirildiği zaman öncelikle şunu belirtmek gerekir. Kapsam dışı bırakı-

lan işçilerin artık TİS'den faydalanmaları mümkün değildir. Bu kişiler iş yasalarının buyurucu hükümlerine aykırı olmamak şartıyla iş hukuku güvencesi altında olup işverenle olan tüm münasebetleri iş sözleşmesine göre düzenlenir. Dolayısıyla kapsam dışı kalan personel iş sözleşmesi ile çalışacaktır. İşverenlerin çoğu zaman kapsam dışı personeller için işyeri yönetmelikleri çıkardığı görülmektedir. Böylece oluşmuş olan bu gruba yönelik nesnel ölçütlerde ortaya konmuş olmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 1985 yılındaki bir kararında (20.05.1985 tarihli ve 2546/5437 sayılı) "Toplu iş sözleşmesinin kapsamına kimlerin gireceği ve girmeyeceği ve kapsam dışı bırakılacağı sözleşme taraflarınca kararlaştırılabilir. Hatta bunlar sözleşme hükümleri ile yasal olarak bağlı olsalar bile sözleşme hükümleri kendilerine uygulanmaz" demektedir¹⁰.

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

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

Bu maddeler işveren tarafından o işyerinde veya işletmede çalışan tüm işçilere uygulanacaktır. Son maddede sayılan disiplin hükmü, tüm işçilere uygulanmasında sorun teşkil edebilir. Çünkü disiplin kurulunda TİS'i imzalayan sendikanın temsilci-

Sendika üyesi olsun veya olmasın toplu iş sözleşmesi ile kapsam dışı bırakılanlar bağıtlanan TİS'den yararlanamazlar.

sinin, sendikalı olmayan veya diğer sendikalı işçiler için karara katılması sendikasız işçilerin aleyhine olabilecektir. Buradaki “disiplin hükümleri”ni dar manada yorumlamak, disiplin komisyonlarının sadece sendikalı işçiler için geçerli olacağını kabul etmek yasa koyucunun amacına uygun düşecektir¹¹.

Sendika üyesi olsun veya olmasın toplu iş sözleşmesi ile kapsam dışı bırakılanlar bağitlanan TİS den yararlanamazlar. Hemen şunu belirtmek gerekir ki dayanışma aidatı ile yararlanmada sendikanın muvafakatı aranmaz çünkü 2822 sayılı Kanun’un 9. maddesi emredici nitelikte olup bu Kanun’a aykırı herhangi bir düzenleme yapılmışsa bile geçerliliği yoktur. Ancak tarafların kapsam dışı bıraktıkları kişiler, ne yeni bir toplu iş sözleşmesi yapabilirler, ne de dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. Yukarıda da belirtildiği gibi yasal bir dayanak olmasa da bu tabikatin “zımnen” kabul edildiği görülmektedir¹².

Anayasa’nın 53. maddesi ve özellikle Sendikalar Kanunu’nun 33. maddesinin son fıkrası dikkate alındığında kapsam dışı personel uygulamasındaki hukuki açmaz, kapsam dışı bırakılacak personelden önceden muvafakat alınarak çözüm yoluna gidilebilir. Ancak mevcut kanunlarda böyle bir düzenleme olmadığı için ve bir muvafakat alma zorunluluğu da olmadığı için kapsam dışı bırakılma da taraflar, kendi yetkilerini kullanmaktadırlar.

Anayasa’nın 128. maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesine göre kamudaki istihdam şekilleri dört başlık altında toplanmıştır. Anayasa’nın 128. maddesinde “..... kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” denmekte ve “diğer kamu görevlileri” kavramına 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinde açıklık getirilmektedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesi bu istihdam türlerini; “memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler” şeklinde belirlemiştir. Tahdidi (sınırlayıcı) bir grupta olduğu için özellikle toplu sözleşme taraflarının kendi iradeleri ile yeni bir sınıf ortaya çıkarmaları olası değildir.

Ancak 1994 yılında kabul edilen 4046 sayılı Kanun’dan sonra uygulamada ciddi problemler yaşanmıştır. 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesinde özelleştirme programına alınan kuruluşlardan nak-

ledilecek personel sayılırken en son olarak da “kapsam dışı personel” sayılmıştır. “Uyuşmazlık Mahkemesi 1996 yılında Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu’nun 30. maddesine dayanarak ilke kararı niteliğinde, yani bağlayıcı nitelikte, olaya özgü olmayan bir kararla kapsam dışı personelin istihdam şeklini kamu hukukuna giren bir istihdam şekli olarak belirlemiş ve buna bağlı olarak da görevli yargı yerinin idari yargı olduğuna hükmetmiştir.¹³”

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

Yine 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesinde “Atamaları yapılan personelin işe başlama süreleri ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 62. ve 63. maddeleri hükümleri uygulanır” denilmektedir. Daha ilginç bu kişiler zamanında işe başlamazlarsa 657’ye göre müstafi sayılacaktır¹⁴. Bu uygulama çok ciddi doktriner tartışmalara neden olmuştur. Bu yasal düzenlemeye göre adeta yeni bir çalışma biçimi ortaya çıkarmaktadır.

Uygulamadaki bu sorun 2005 yılında 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesinde yapılan değişiklikle bir nebze giderilmiş oldu. Yeni metne göre özelleştirilen kurumda çalışanlardan memurlar ve sözleşmeli personel sayıldıktan sonra şöyle denmektedir. “...İş Kanunlarına tâbi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel, kamu kurum ve kuruluşlarına nakle dilmek üzere yukarıda belirtilen işlemlerin tamam-

lanmasından itibaren onbeş gün içerisinde İdare tarafından Devlet Personel Başkanlığına bildirilir.” Böylece ismen sayılan ve görüldüğü gibi nitelik olarak işverene yakın bir kısım çalışan bu gruba alınmış oldu. Ancak 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesinde yapılan bu düzenlemeye rağmen aynı Kanununun Geçici 9. maddesinde paralel bir düzenleme yapılmamıştır. Yüksek Mahkemenin de atf yaptığı gibi geçici 9. maddede hala “kapsam dışı personel” ibaresi durmaktadır. Ancak yine Yüksek Mahkeme’nin atf yaptığı 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesi ise 2005 yılında yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile “kapsam dışı personel” ibaresi kaldırılmış yerine yukarıya alıntı yaptığımız ibareler eklenmiştir.

İşsizlik Sigortası

Türk çalışma hayatına oldukça geç giren işsizlik sigortası için şöyle bir tanımlama yapılabilir: “İşini kaybeden işçiye, işverenin tazminat vermediği veya sosyal sigortaların bir başka dalından ödenek verilmeyen dönemde, yardım yapılması amacıyla kurulan, ekonomi dilinde ise, tam ve kısmi işsizlik halinde bulunan emekçilere yardım usulü” şeklinde ifade edilmektedir.¹⁵ İşsizlik sigortası kendine has bir özellik taşımaktadır. İşsizlik sigortasının bazı ayırıcı özellikleri bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla:

- İşsizlik sigortasının ilk özelliği “işsizlik riskini tazmin özeliğidir.” Buna göre tek geçimi ücret olan ve işini kaybettiği için bundan da mahrum kalan kişiye belli bir süre bir miktar para ödeyerek bir tazmin yoluna başvurulur.

- İşsizlik sigortasının ikinci önemli özelliği ise “zorunluluk”tur. Sigortanın bu özelliği onu yardım kuruluşlarından ve özel sigortalardan ayırır. Çünkü bunlara katılmak ihtiyaridir. Yani isteğe bağlıdır. Oysa eğer kapsama girmişse kişi ben “işsizlik sigortası uygulamasına katılmak istemiyorum” diyemez. Zorunlu olarak bu kapsama girmiş demektir.

- İşsizlik sigortasının üçüncü özelliği ise “prim ödeme” özelliğidir. Sigortacılık tekniği gereği işsizlik sigortası işçinin prim ödeme esasına dayanır. Bu özelliğinden dolayı işsizlik halinde alacağı ödenek bir haktır. Primlerin genel olarak işçiler tarafından ödenmesi bir kuralda da ülkemizde hem devlet hem de işveren katkı payları mevcuttur.

- İşsizlik sigortasının dördüncü özelliği ise “devletçe kurulma özelliğidir.”

- İşsizlik sigortasının son özelliği ise “yeniden işe yerleştirme”dir. Çünkü belli bir süre işsize madde bir kaynak da sağlansa asıl olan işsizi tekrar işe yerleştirmektir.

Bu bölümde son olarak 4447 sayılı Kanun’un 46. maddesine göre kimlerin işsizlik sigortasından faydalanamayacağına değineceğiz.

- İşsizlik sigortasından faydalanamayacaklar 4447 sayılı Kanun’un 46. maddesinde sayılmıştır. Buna göre ilk olarak faydalanamayacak grup tarım çalışanlarıdır. Bilindiği gibi 4857 sayılı İş Kanunu’nun 4. maddesinin (b) fıkrasında 50’den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işleri kapsam dışında tutulmuştur.

- İşverenin ücretsiz çalışan eşi.
- Ücretli ve sürekli olarak çalışanlar hariç ev işlerinde çalışanlar.
- Askerlik hizmetini yapmakta olanlar.
- Kanunla kurulu Emekli Sandıklarına aidat ödemekte olanlar.
- Ülkelerinde sigortalı olan yabancılar.
- Meslek okulunda pratik eğitim yapan öğrenciler.
- Ceza evlerinde atölyelerde çalışan mahkumlar.
- Rehabilitasyon tedbirlerine katılan hastalar.
- Kendi nam ve hesabına çalışanlar.
- Köy sınırları içerisinde kendi ihtiyaçları için yapılan inşaat işlerinde çalışanlar¹⁶.
- Sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık aylığı almakla beraber, sosyal güvenlik primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışmasını sürdürenler.
- Topluluk sigortasına tabi olanlar.
- İsteğe bağlı sigortalılar.
- Kamu kurumlarında memur ya da 399 sayılı K.H.K çerçevesinde sözleşmeli ve geçici personel ve hizmetliler.

KARARIN İNCELENMESİ

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin dava konusu içerisinde temel olarak aldığı Anayasa’nın 128. maddesinde “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür”. denmektedir. Diğer kamu görevlileri ise 657 sayılı Kanun’un 4. maddesinde sayılmıştır. Buna göre

“memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler” kamuda istihdam edilen çalışan grubunu oluşturacaktır. Dikkat edilirse burada kapsam dışı şeklinde herhangi bir tanımlama getirilmemiştir. Getirilen bu çalışma biçimlerine kısaca değinmekte fayda vardır.¹⁷

Memurlar: “Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler”

Sözleşmeli Personel: “Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işbirliği için şart olan ve özel bir mesleki bilgi ve uzmanlığa gereksinim gösteren geçici işlerde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.” Burada sözleşmeli personel için bir parantez açmak faydalı olacaktır. Bunlar işçi statüsü dışındadırlar ve bunlarla yapılan sözleşmelerin gerek öğretide, gerek yargı kararlarında

lama değildir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesinin bu kararına doktrinde çok fazla eleştiri gelmiştir. “Kapsam dışı personel, toplu iş hukuku ile ilgili bir kavramdır. İşçi oldukları, toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları gerektiği halde, işverene yakınlıkları veya diğer bazı nedenlerle toplu sözleşmenin kapsamı dışında bırakılan işçilerdir. Bunlar hizmet akdiyle çalışan, İş Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu’na tabi kişilerdir. Kapsam dışı bırakılmalarının, bunların işçi sıfatını etkilemesi beklenemez. Hatta bunlar için ‘kapsam dışı personel’ yerine ‘kapsam dışı işçi’, ‘toplu sözleşmeden yararlanamayacak işçi’, ‘sözleşme dışı bırakılanlar’, gibi bir terim kullanılması daha uygun olurdu.¹⁹” “İşyerinde çalışan işçiler, ister kanun hükümleri gereği, ister toplu iş sözleşmesi hükmüne dayalı kapsam dışı bırakılmış olsun, o işyerinin unsurları arasında sayılacaklarında bir kuşku olamaz. Kaldı ki kapsam dışı bırakılma, genellikle bir toplu iş sözleşmesi dönemiyle ilgilidir ve gelecek sözleşme dönemle-

Kapsam dışı bırakılma, genellikle bir toplu iş sözleşmesi dönemiyle ilgilidir ve bu kişiler gelecek sözleşme dönemlerinde kapsam dışı bırakacakları gibi kapsam içine de alınabilirler.

idari bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir¹⁸.

Geçici Personel: “Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmetlerde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir.

İşçi: “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişilerdir.”

Yüksek Mahkeme de kararında çok yerinde bir tespit ile “Mevzuatımızda kapsam dışı personelin tanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu kavram; İş Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanamayan çalışanları tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır.” demektedir. Dolayısıyla yukarıda genel değerlendirme içinde değindiğimiz gibi kapsam dışı personel her şart altında işçidir. Akit taraflarının kendi iradeleri ile oluşturdukları bir toplu iş sözleşmesi ile sadece o sözleşmenin süresi boyunca kapsam dışı kalan (ki bunlar her toplu iş sözleşmesi ile tekrar tekrar kapsam dışı bırakılmaları bir şey değiştirmez) işçilerin kamu görevlisi olarak ele alınması yerinde bir uygu-

rinde kapsam dışı bırakacakları gibi kapsam içine de alınabilirler.²⁰” Dolayısıyla işçinin kapsam dışı olmuş olması onun tabi olduğu hukuki durumda herhangi bir değişiklik meydana getirmemektedir.

Yüksek Mahkemenin davada dayanak olarak kullandığı 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesi ise 2005 yılında değiştirilmiştir. Değişiklikten önce 22. madde şu şekilde düzenlenmişti: “.... çalışan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi personel ile sözleşmeli personelin (kapsam dışı personel dahil)...” Bu düzenleme 2005 yılında 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesinde yapılan bir düzenleme ile bir nebze düzeltilmiş oldu. Yeni düzenlemeye göre “...İş Kanunlarına tâbi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel, kamu kurum ve kuruluşlarına nakle-

dilmek üzere yukarıda belirtilen işlemlerin tamamlanmasından itibaren onbeş gün içerisinde İdare tarafından Devlet Personel Başkanlığına bildirilir.” denilmektedir. Eski düzenlemede parantez içindeki “kapsam dışı personel dahil” ibaresi kaldırılarak yukarıda sayılan pozisyonlar eklenmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme 2006 yılında verdiği kararda 2005 yılından önceki hükmü baz almıştır. Kaldı ki Kanunun eski hali kalsaydı dahi yine de yerinde bir düzenleme olmadığı gayet açıktır. Nitekim Kanunun 22. maddesinin eski haline oldukça fazla eleştiri getirilmiştir. 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesindeki yeni düzenlemeye paralel olarak aynı Kanunun geçici 9. maddesinin de düzenlenmesi yerinde bir uygulama olurdu. Dolayısıyla Yüksek Mahkemenin eski bir metni baz almış olması isabetli gözükmemektedir.

Yine Yüksek Mahkemenin kararında dile getirildiği “Anılan hükümler uyarınca, özelleştirme kapsamındaki kuruluşlarda çalışan, toplu iş sözleşme-

dir. “Devletin kamu görevlisi olarak çalıştıracağı kişileri belirleme hakkı kendisine aittir. Bunu toplu iş sözleşmesi taraflarının iradesine bırakması düşünülemez.”²¹ Keza “Kapsam dışı personel statüsü diye kamuda, kamu hukukuna dayanan bir istihdam şekli söz konusu değildir. Kapsam dışı personel vardır, ama bu bir çalıştırma statüsü değildir. Statü dediğimiz olay ve statüye geçiş eskilerin deyimiyle idare hukukunun şart tasarrufu denilen işlemle gerçekleşir, bir atama olur ve atanmış kişi önceden belirlenmiş, mevzuatla düzenlenmiş kurallara uygun bir çalışma şartları içerisinde girer.”²² 4046 sayılı Kanun’un 21. maddesine değinmek konumuz açısından oldukça önemli görünmektedir. Çünkü bu madde metni içerisinde iş sözleşmesi ile çalışanlara özelleştirme durumunda nasıl bir uygulama yapılacağını belirtmektedir. Keza bunlara Kanundaki haklarının yanı sıra bir de iş kaybı tazminatı ödeneceği hüküm altına alınmaktadır. Söz konusu madde metni şu şekildedir: “Bu Kanuna göre

Kapsam dışı personel statüsü diye kamuda, kamu hukukuna dayanan bir istihdam şekli söz konusu değildir.

si kapsamında bulunmayan, mali ve sosyal hakları kurumunca çıkarılan Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği’nde düzenlenen, İş Kanunu hükümlerine göre işine son verilmesi mümkün olmayan ve kuruluşun özelleştirilmesi nedeniyle diğer kamu kuruluşlarına nakli Devlet Personel Başkanlığınca yapılan kapsam dışı personelin, Anayasa’nın 128. maddesinde sözü edilen “diğer kamu görevlileri” olarak nitelendirilmeleri gerektiği ve kamu personeli olduğu açıktır.” şeklindeki görüşe katılmak da mümkün gözükmemektedir. Sadece TİS kapsamı dışına çıkmış olmakla bu kişilerin işine son verilemeyeceği şeklinde bir çıkarım oldukça iddialı gözükmektedir. (Bilindiği gibi İş Kanunu’na tabi işçilerin iş güvenceleri 4857 sayılı Kanununun 18. maddesinde düzenlenmiştir.) Keza bu kişilerin 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesine göre naklinin yapılıyor olması bunları kamu görevlisi yapmamaktadır. Kimlerin kamu görevlisi olduğu kimlerin olmadığı ancak Yasa ile belirleneceğinden mahkeme kararıyla da olsa işçi olarak işe girip TİS ile kapsam dışı bırakılan bir grup işçinin diğer kamu görevlileri sayılmaları Kanunların özüne aykırı gözükmekte-

özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların (iştrakler hariç) özelleştirmeye hazırlanması, özelleştirilmesi, küçültülmesi veya faaliyetlerinin kısmen ya da tamamen durdurulması, süreli ya da süresiz kapatılması veya tasfiye edilmesi nedeniyle; bu kuruluşlarda iş sözleşmesine dayalı olarak ücret karşılığı çalışanlardan iş sözleşmeleri tâbi oldukları iş kanunları ve toplu iş sözleşmeleri gereğince tazminata hak kazanacak şekilde sona ermiş olanlara, kanunlardan ve yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinden doğan tazminatları dışında ilave olarak iş kaybı tazminatı ödenir....”, devamında ise “Özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda iş kanunlarına tabi olarak çalışırken; bunların özelleştirmeye hazırlanmaları, özelleştirilmesi, küçültülmesi, faaliyetlerinin durdurulması, kapatılması veya tasfiye edilmesi nedenleriyle, bu kuruluşların sermayelerindeki kamu payının % 50’nin altına düşmesinden, anonim şirket haline dönüştürülmemelerinden ise devir-teslim tarihinden itibaren bir yıl içinde, hizmet akitlerinin haklı neden olmaksızın işveren tarafından feshedilmesi veya haklı nedenlerle kendileri tarafından feshedilmesi sonucu işsiz kalanlar

bu Kanunda belirtilen tazminat ve diğer hizmetlerden yararlanırlar.”

Sigortalılık zorunlu olduğundan ve kimlerin işsizlik sigortası ödemeyeceği açıkça sayıldığına göre kapsam dışı personelden de işsizlik sigortasının kesilmesi gerekmektedir. Nitekim yukarıya alıntı olarak aldığımız 4447 sayılı Kanun'un 46. maddesi içerisinde kapsam dışı personel ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yüksek Mahkemenin kararında dayanak olarak kullandığı 4447 sayılı Kanun'un 46. maddesindeki tam düzenleme şu şekildedir. “506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 3 üncü maddesinde sigortalı sayılmayanlar, sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışanlar ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu, 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu, 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilât kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar bu Kanun kapsamına dahil değildir.” Yukarıda sözleşmeli personel ve geçici personel tanımlarını vermiştik. Dolayısıyla Kanunun bu metninin yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Ancak dava konusu olan kişiler ne memur, ne sözleşmeli personel ne de geçici personeldirler. Dava konusu kişiler iş hukukuna tabi işçilerdir. Dolayısıyla buradan kapsam dışı personeli işsizlik sigortasının dışında tutmak yerinde bir karar değildir.

SONUÇ

Bir değerlendirme yapmadan önce ilk derece mahkemesince verilen karara değinmekte fayda olduğu kanaatindeyiz. İlk derece mahkemesine göre:

- İşsizlik sigortasının da bir sigorta türü olduğu,
- Kapsam dışı personel olarak çalışan davacının sosyal güvenlik açısından 506 sayılı Kanun'a tabi olduğu,
- Sigortalılık statüsünün zorunlu olduğu,

- Sosyal güvenlik hakkının vazgeçilemez ve devredilemez olduğu,

- Davacının işsizlik sigortasından yararlanmak istememesinin mümkün olmadığı,

- 4447sayılı Kanun'un 46/3. maddesi ile anılan Kanun kapsamı dışında bırakılanların sınırlı olarak sayıldığı,

- Davacının statüsü itibariyle bu sayılanlar içinde bulunmadığı,

gerekçeleri ile davanın reddine karar vermiştir.

Bizim de katıldığımız ve yerinde tespitler olarak değerlendirdiğimiz ilk derece mahkemesinin kararına ek olarak şunları söyleyebiliriz. Kapsam dışı personel, statü olarak işçidir. Dolayısıyla akit tarafları yeni bir statü oluşturmak için değil sadece TİS'den faydalanmayacak bir grup için düzenleme yapmaktadırlar. Bu düzenleme sonucu ortaya çıkan gruba kamu görevlileri şeklinde davranmak ve buna göre işlem yapmak yerinde değildir. Esasen problem Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1996 yılında verdiği karardan kaynaklanmaktadır. Keza problemin bir başka ayağı da 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesidir. Bu konuda Metin Kutal'ın 2002 yılında yaptığı değerlendirmeye değinmekte fayda vardır. Kutal'a göre “ Uyuşmazlık Mahkemesinin bağlayıcı nitelikteki bu kararını etkisiz hale getirmek için izlenmesi zorunlu yol 4046 sayılı Yasanın 22. maddesinde açık bir değişikliğe gitmektir.”²³ Nitekim önceki satırlarda belirttiğimiz gibi Yasanın 22. maddesi yeniden düzenlenmiş ve çok geniş tutulan kapsam dışı kavramı belli bazı görevler sayılarak daraltılmıştır.

Bir sözleşme ile kapsam dışı bırakılan kişiler bir başka sözleşme ile kapsam içine alınabilirler. Kapsam dışı veya kapsam içi olsun bir işçinin iş sözleşmesi İş Kanunu'na göre feshedilir ve iş güvenliği de İş Kanunu'na göre düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu kişilerin işsizlik primi ödemeleri bu sigortanın mantığında yatmaktadır. Bir başka ifade ile davacının kapsam dışılığı öne sürerek işsizlik sigortası kapsamı dışına çıkmak istemesi ve Yüksek mahkemenin de bu yönde karar vermiş olması kanaatimizce isabetsiz olmuştur. Eğer davacı bir sonraki dönem yapılan TİS ile kapsam içine alınır ve de işsiz kalırsa o zaman nasıl bir uygulama yapılacağı da bu karara göre cevapsız kalmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ve Kanunların ışığı altında karar değerlendirildiği zaman; Yüksek Mahkeme-

nin varmış olduğu sonucun isabetsiz olduğu, ilk derece mahkemesinin verdiği kararın yerinde bir karar olduğu ve de kapsam dışı da olsa davacı ve davacı pozisyonunda bulunan herkesten işsizlik sigortası priminin kesilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

DİPNOTLAR

- 1 Seza Reisoğlu, Toplu İş Sözleşmelerinde Kapsam Dışı Kalan Personelin Hukuki Durumu, Ankara, TÛTİS Dergisi Cilt: 6, Sayı: 1, Ocak 1982, s.3.
- 2 Seza Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1986, s.44.
- 3 Mevlüt Can, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği, İstanbul, Sentez Yayınları, 1996, s.50.
- 4 Ülkemizde 4857 Sayılı İş Kanunu dışında yürürlükte olan Borçlar Kanunu, 854 Sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'larla da işçi istihdam edilmekte ancak çalışmada İş Kanunu olarak kullanacağımız Kanun 4857 Sayılı İş Kanunu olacaktır.
- 5 Talat Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Ankara, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan Kamu-İş Yayını, Cilt 6, sayı 4, 2002, s.192.
- 6 Seza Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, s.58.
- 7 İbrahim Subaşı, Türk İş Hukukunda Kapsam Dışı Personel, Ankara, Prof. Dr. Metin Kutsal'a Armağan TÛHİS Yayını, 1998, s.171.
- 8 Subaşı, a.g.e., s.171.
- 9 Reisoğlu, a.g.m., s.5.
- 10 Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları: 8, 1986, s.185.
- 11 Reisoğlu, a.g.e., s.150.
- 12 Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri Cilt I, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984, s.68.
- 13 Fevzi Şahlanan, KİT'lerde Kapsam Dışı Personel Uygulamaları ve Konuya İlişkin Son Yargı Kararları, Ankara, TÛHİS yayıno: 35, 1999, s.129.
- 14 Metin Kutsal, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, Ankara, TÛHİS Yayın No: 39, 2002, s.118.
- 15 Faruk Andaç, İşsizlik Sigortası, Ankara, TÛHİS Yayın No: 33, 1999, s.37.
- 16 Ayhan Gençler, Türkiye'de İşsizlik Sigortası Uygulaması, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Dergisi, <http://www.cmis.org.tr/dergi/052002/makale1.pdf>
- 17 Metin Günday, Devlet Memurları Personel Rejimi, Ankara, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, TÛHİS Yayını, 2002, s.54-55.
- 18 Metin Kutsal, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejiminin Hukuki Esasları ve Güncel Bazı Sorunları, Ankara, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, TÛHİS Yayını, 2002, s.104.
- 19 Ali Rıza Okur, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primleri, Ankara, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Kamu - İş yayını, 2003, s. 253.

- 20 Münir Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara, Kamu - İş Yayını, 2006, s.161.
- 21 Fevzi Şahlanan, KİT Personel Rejimi, Ankara, Türkiye' de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, TÛHİS Yayını, 2003, s.150.
- 22 Fevzi Şahlanan, KİT'lerde Kapsam Dışı Personel Uygulaması ve Konuya İlişkin Son Yargı Kararları, Ankara, Türk Çalışma Hayatının Güncel Sorunları Semineri, TÛHİS Yayını, 1999, s. 131.
- 23 Metin Kutsal, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejiminin Hukuki Esasları ve Güncel Bazı Sorunları, Ankara, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, TÛHİS Yayını, 2002, s.118.

KAYNAKÇA

- Andaç, Faruk, İşsizlik Sigortası, Ankara, TÛHİS Yayın No: 33, 1999.
- Can, Mevlüt, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği, İstanbul, Sentez Yayınları, 1996.
- Canbolat, Talat, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Ankara, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan Kamu-İş Yayını, Cilt 6, Sayı 4, 2002.
- Ekonomi, Münir, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara, Kamu - İş Yayını, 2006.
- Gençler, Ayhan, Türkiye'de İşsizlik Sigortası Uygulaması, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Dergisi, <http://www.cmis.org.tr/dergi/052002/makale1.pdf>
- Günday, Metin, Devlet Memurları Personel Rejimi, Ankara, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, TÛHİS Yayını, 2002.
- İbrahim Subaşı, Türk İş Hukukunda Kapsam Dışı Personel, Ankara, Prof. Dr. Metin Kutsal'a Armağan TÛHİS Yayını, 1998.
- Kutsal, Metin, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, Ankara, TÛHİS Yayın No: 39, 2002.
- Kutsal, Metin, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejiminin Hukuki Esasları ve Güncel Bazı Sorunları, Ankara, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, TÛHİS Yayını, 2002.
- Oğuzman, Kemal, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri Cilt I, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984.
- Okur, Ali Rıza, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primleri, Ankara, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Kamu - İş Yayını, 2003.
- Reisoğlu, Seza, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1986.
- Reisoğlu, Seza, Toplu İş Sözleşmelerinde Kapsam Dışı Kalan Personelin Hukuki Durumu, Ankara, TÛTİS Dergisi Cilt: 6, Sayı: 1, Ocak 1982.
- Şahlanan, Fevzi, KİT Personel Rejimi, Ankara, Türkiye'de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, TÛHİS Yayını, 2003.
- Şahlanan, Fevzi, KİT'lerde Kapsam Dışı Personel Uygulaması ve Konuya İlişkin Son Yargı Kararları, Ankara, Türk Çalışma Hayatının Güncel Sorunları Semineri, TÛHİS Yayını, 1999.
- Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları: 8, 1986.