

Prof. Dr. Münir EKONOMİ

İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Başkanı

# 4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik

## 1. ESNEKLİK SİSTEMİNE GEÇİŞ VE TARAFLARIN YAKLAŞIMLARI

1. 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İŞK) genel gerekçesine bakıldığında, bu kanunun *temel felsefesini* belirleyen yeniliklerden birinin *çalışma hayatında esneklik* olduğu ve bunu ilişkin düzenlemelere yer verilmesinin hedef alındığı hemen görülür<sup>1</sup>. Ayrıca 4857 sayılı Kanun'un madde gerekçelerinde esnekliğin değişik uygulanma alanlarına, başka bir deyişle *esneklik türlerine* değinilmek suretiyle kural- lar getirildiğine de işaret edilmektedir<sup>2</sup>.

İş hukukunun esnekleştirilmesi, taraflara (işçi- işveren veya işçi ve işveren sendikaları) iş sözleş- mesi (ve eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar) ve toplu iş sözleşmesi gibi araç- lar ile çalışma şartlarını, ihtiyaçlara göre değişik şe- kilde düzenleyebilme imkanı veren açık bir siste- min kurulmasıdır<sup>3</sup>. Esnekleştirme taraflara çalışma şartlarını kendilerince belirlenmesi yolunda *daha geniş bir alan* tanımakta, ayrıca bu *şartların* de- ğişik ihtiyaçlara cevap vermek üzere *uyum kabiliye- tini artıran hukuki bir ortam yaratmaktadır*.

Esnekleşme, "kuralsızlaştırma" ile eş anlamlı değildir<sup>4</sup>. Hiç kuşkusuz kuralsızlaştırma, başka bir deyişle emredici normların azaltılması, sözleşme

serbestisine daha geniş bir alan bırakacaktır. An- cak daha fazla esneklik için her zaman böyle bir durum zorunlu değildir, emredici bir kurala getiri- lecek çok sayıda istisna ile de esneklik sağlanabi- lir<sup>5</sup>.

Gerçekten esneklik, işçi-işveren ilişkilerinin ta- mamen kuraldan arındırılması olarak düşünülme- melidir. 4857 sayılı Kanun'un tasarısını (taslak) ha- zırlayan Bilim Kurulu, esnekliğin kurallara yansıtıl- masında, esas itibarıyla, iş ilişkisinin *normlara da- yalı düzenlenmesine bağlı kalmış*, ancak oluşturu- lan düzende esnekliğe işlerlik kazandırmayı hedef almıştır. Esasen *esnek olmayan*, katı olarak nitelen- dirilen kuralların varlığı değil, *kuralların öngördü- ğü düzenin yapısıdır*. Bu yapının "esnekliği" sağ- layacak şekilde değiştirilmesi ve yenilenmesi iş hu- kukunun bir *düzenleme sistemi* olduğu esasını bozmaz. Devletin bireysel ve kollektif özerkliği ye- terli görmediği dönemde *aşırı müdahale ile getir- diği* düzenlemelerin, keza işverenin elindeki gücü kötüye kullanacağı düşüncesinden hareketle getiri- len ve dayanaklarını kaybeden katı, standart norm- ların kaldırılması, günün şartları yönünden zorun- lu bir kuralsızlaştırmadır<sup>6</sup>. Esnekleştirmenin hedefi teknolojik, ekonomik ve hatta sosyal gelişmelerin yarattığı işyeri-işletme ve bununla bağlantılı olarak

işçi ve işveren ihtiyaçlarına kısa sürede ve kolayca uyum sağlayabilecek değişikliklerin gerçekleştirilmesine engel (katı) olmayan bir düzen ve sistemin kurulmasıdır.

Bu arada gözden kaçırılmaması gereken husus, esneklik gereği alınacak önlemlerde ve getirilecek düzenlemelerde *işçinin korunmasının* yine esas olmasıdır; ancak işçinin korunması, esneklik sistemiyle uyumlu ve yeni düzenlemelerinde etkili bir koruma, başka bir deyişle “güvenceli esneklik” olmasıdır. Nitekim Bilim Kurulu hazırladığı tasarıda, esnek düzeni sağlayan kurallarda daima, bu düzene uyum sağlayan koruma normlarını da gözden uzak tutmamıştır. Örneğin, denkleştirme esasının uygulandığı ve haftalık çalışma süresinin eşit olmayan şekilde bölünebileceği hallerde, günlük çalışma süresinin *onbir saati aşmayacağı* öngörülmüştür<sup>7</sup>.

Diğer yandan işçinin zorunlu korunması tek yanlı değildir. Her hukuk normunda olduğu gibi, iş hukukunda da birbirine zıt menfaatler açısından *adil bir denge* kurulmalıdır. İşverenin işyerini sağlıklı tutabilmesi ve geliştirmesi kişilerin menfaatlerine de hizmet etmektedir. İşçinin korunması, bir işe sahip olması ve gelirinde süreklilik sağlanması halinde büyük bir anlam kazanmaktadır. Bu açıdan işçinin korunmasının temelinde işyerinin faaliyet kabiliyeti, ülke ve dünya pazarındaki rekabet gücü de bulunmaktadır. İş hukuku her zaman olduğu gibi “esneklik” konusuna ilişkin amaç çatışmasında da bir uzlaşmaya gitmek zorundadır. Buradaki çözümde bir yanda *daha fazla esneklik* istemi, diğer yanda işçinin korunmasında yenilenme, düzeltme istemi, başka bir deyişle “ekonomi” ve “sosyal” arasında hassas dengenin gerçekleştirilmesine özen gösterilecektir<sup>8</sup>. Örneğin ülkemizde iş güvencesi düzenlemesinde temel alınan Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 158 sayılı Sözleşmesi’nin koyduğu esas ve kurallar, sözleşmeyi onaylayan ülkelere, kendi şartlarına uygun model kurmak üzere yeterli *esneklik* içermektedir. Bu açıdan İş Kanunu’nda ülkemiz ekonomik ve sosyal şartları dikkate alınarak getirilen düzenlemelerde, iş güvencesinden yararlanma belirli şartların gerçekleşmesine bağlı tutulmuş, işçinin iş sözleşmesinin feshine karşı korumada, işverenin keyfi fesihlerinin önlenmesi amaçlanmış, işverenin geçerli sebeplere dayanmak ve belirlenen usule uymak suretiyle fe-

sih hakkını kullanması öngörülmüştür. Esneklik kapsamında menfaat dengesi sağlanırken, geçersiz fesihlerin yaptırımını olarak mutlak şekilde işe iade değil, işverenin seçimine göre işçinin işe başlatılması veya bir tazminat ödenmesi hükmüne bağlanmıştır.

2. 4857 sayılı İş Kanunu tasarısı (taslağı) çalışma yaşamının *üçlü aktörleri* tarafından oluşturulan Bilim Kurulu tarafından, diğer ülkelerdeki, özellikle AB Müktesebatındaki ve ILO kaynaklarındaki gelişmeleri, ülkemiz şartlarına göre değerlendirmek ve bu arada esnekliğe de önemli yer vermek suretiyle hazırlanmıştır<sup>9</sup>. Ne var ki tasarı daha Bakanlar Kurulu gündemine alınmadan ve Bakanlar Kurulunda iken tasarıdaki düzenlemelere müdahale başlamış, TBMM’de verilen önergeler ile bazı konularda değişiklik yapılarak *katı kurallara dönüşü* doğuran, böylece esneklikten beklenen hedeflere ve ortama ulaşılmasına engel bir yol izlenmiştir. Hatta 4857 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra “bilgisiz ve bilinçsiz” şekilde sınırlayıcı hükümlerin getirilmesine devam edildiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Üçlü aktörlerden devlet (yürütme ve yasama organı, görevli bürokratlar) tasarıdaki düzenlemelere, değişen temel felsefeyi ve konuların kendi içindeki bütünlük açısından hakim olamamış, özellikle işçi kesimine taviz vermek suretiyle tasarımı kısa sürede kanunlaştırmayı hedef almıştır. İşçi kesimi<sup>10</sup>, İş Kanunu’nun temel felsefesi ve yeni kurumlarına, önyargılı olarak karşı çıkmış, özellikle esnek düzenlemelerine, bu arada esnek istihdam türlerine ve bunların kanunla düzenlemelerine, çalışma sürelerinin esnekleştirilmesine uymayacaklarını, toplu iş sözleşmeleri ile eski kanun hükümlerini devam ettireceklerini açıklamışlardır. Sayısal esneklikte ve istihdamı teşvikte önemli bir yeri olan “mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi” (Tasarı m.93) ve 158 sayılı Sözleşme’nin de bir gereği olarak tasarıda yer verilen “işçi temsilciliği” (Tasarı m.113) de, güçlerinin zayıflamasında etkili olabileceği endişesi ile tasarıdan işçi örgütlerinin ısrarlı istekleri üzerine çıkarılmıştır. Her iki maddenin çıkarılması, hiç kuşkusuz, işçilerin belirtilen konularda korumasız kalmaları sonucunu da beraberinde getirmiştir. Aşağıda değinileceği üzere, “mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi” çalışma hayatının ihtiyaçlarının bir gereğidir, kanundan çıkarılmasına rağmen, bu hususta bir yasak

getirilmiş değildir, getirilmesi de Anayasa'ya çalışma ve sözleşme özgürlüğü (girişime özgürlüğü) yönünden aykırılık teşkil ederdi<sup>11</sup>. Halen belirtilen özgürlüklere dayalı olarak ve İşK.m.7 hükümleri çerçevesinde uygulanan bu tür ödünç iş ilişkisi için, işçiyi kurumun özelliklerine uygun şekilde koruyucu açık hükümler (Tasarı m.93 olduğu gibi) açısından bir eksiklik teşkil etmektedir.

Ülkemizde, işyerinde-işletmede çalışan işçilerin, işveren ile ilişkilerinde sadece "işyeri sendika temsilcileri"ne imkan tanınması, sendika üyesi olmayan işçilerin, ki sendikalı işçilerden fazla oldukları bilinmektedir, temsilcilik kurumundan yoksun bırakılmaları hiçbir suretle savunulamaz. Esneklik sisteminde, işverenle birlikte işçilerin de menfaatlere uygun çalışma şartlarının belirlenmesinde işçilerin bu husustaki belirleme yetkilerini kullanabilecekleri temsilcilere ihtiyaç olduğu bir gerçektir. İşverenlerin, esnekliği, sadece işletmelerin değişen şartlara hızla ve kolayca uyum sağlayacak karar ve belirleme serbestisi olarak değil, işçinin de işyerinin-işletmenin sağlıklı olarak faaliyetlerinin devamında menfaati olduğunu, işçi için de bizzat belirleme yetkisinin baskıdan uzak ve serbest seçimine dayalı olarak kullanılabilceğini gözden uzak tutmaması gerekir. Esneklik, işverene daha fazla bizzat belirleme imkanı verirken yönetim gücünü de daha etkili hale getirecektir; işte bu gücün dengelenmesi kadar, işyerindeki çalışma düzenini etkileyecek konuların çok daha çabuk, güvenli ve istikrarlı şekilde yürütülmesi için *bilgi alışverişine* dayalı bir yönetime katılma modelinin ülkemizde de kabul edilmesi yararlı olacaktır<sup>12</sup>. Hemen ekleyelim ki, tasarıdan çıkarılan m.113'de, işyeri sendika temsilcilerine dokunulmamış, "sendika temsilcilerinin bulunmadığı" işyerlerinde, bu işyerlerinde çalışan işçiler yönünden bir temsilcilik öngörülmüştür. Bilindiği gibi, AB üye ülkelerinde 19. Yüzyıldan başlayarak işlevleri ve görev alanları gittikçe genişleyen işyeri-işletme *işçi temsilciliği* vardır ve işçi temsilcileri işyerinde çalışanlar arasında sendika üyesi olan ve olmayanlar yönünden bir ayırım yapılmaksızın tüm işçiler için görevlerini yerine getirirler. Belirtilen ülkelerde işyeri sendika temsilciliği yoktur, bazı ülkelerde sendikalara işyeri temsilciliği seçiminde aday gösterme olanağı verilmiştir. Sendikalar, isterlerse ve anlaşma olursa, toplu iş sözleşmeleri ile kendileri yönünden temsilcilik ge-

tirebilirler. İşverenler, Bilim Kurulunca hazırlanan tasarıya olumlu baktıklarını kamuoyunda açıklamakla beraber, özellikle esneklik için beklentilerinin büyük ölçüde karşılanmayacağını da belirtmişlerdir. İşverenler, çalışma hayatında esneklik sisteminden, daha çok iş ilişkilerinde kuralsızlaştırmayı amaçladıkları için, esnekliği *kanuni düzenleme sisteminde* gerçekleştirmek üzere tasarıda yer alan kurallardan pek memnun kalmadıkları bir gerçektir. İkincisi işverenlerin beklentisi, esnekliğin daha geniş alanlara yayılarak istihdam esnekliği, fonksiyonel esneklik, ücrette ve ücret dışı işgücü mahallinde esneklik, çalışma sürelerinde esneklik, eğitimde esneklik, istihdam esnekliğinde fesih hakkının kullanılmasında işverenin serbestliğinin geniş tutulması konularına giden çalışma şartlarını belirlemede işverene daha geniş yetki bırakılması şeklindeydi<sup>13</sup>. Böyle bir sisteme gidilmesine imkan olamayacağı, AB ülkelerinde kanuni düzenleme sisteminden vazgeçilmediği gibi, o ülkelerde de işverenlerimizin beklediği genişlikte ve derinlikte bir esneklik sistemine geçilmemiştir. Önemli olan üretim ve rekabet şartlarında değişen durumlara hemen uyum sağlayabilecek şekilde işçi-işveren ile sosyal taraflara çalışma şartlarını belirleme yetkisinin verilmesi, aşırı müdahaleden kaçınılmasıdır.

4857 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra, inceleme konumuzu oluşturan *sayısal esnekliğin* kapsamında görülen *dış esneklik*, işverenin başka işverenin işçilerinin işgücünden yararlanma (asıl işveren-alt işveren) ilişkisine, hukuken hiçbir suretle tasvip edilmeyecek *aşırı müdahalelerde* bulunduğu halde<sup>14</sup> işverenlerin, bu hususta pek ses çıkarmamaları dikkat çekicidir<sup>15</sup>.

## II. ESNEKLİK TÜRLERİ VE SAYISAL ESNEKLİĞİ (DIŞ ESNEKLİĞİ) ETKİLEYEN KATI KURALLARA DÖNÜŞ

### 1. Esneklik türleri

Esneklik türlerinden<sup>16</sup> söz edildiğinde ülkemizdeki uygulama açısından en çok üzerinde durulanlar yeni iş sözleşmesi türleri ile *iş ilişkilerinin esnekleştirilmesi* (*esnek çalışma şekilleri*, istihdamda esneklik)<sup>17</sup> ve *çalışma sürelerinde esneklik*<sup>18</sup>. Bir bütünlük içinde ve geniş anlamda bir inceleme ko-

nusu yapılmamış olsa dahi, *sayısal esneklik* uygulamada gittikçe önem kazanmaktadır. Sayısal esneklik, işverenin sadece işletme-işyerinde çalıştıracağı işçi (*işgücü*) sayısını ve niteliklerini belirleme serbestisi değil, gerekli işgücünü dolaylı şekilde sağlama (*dış esneklik*), başka bir deyişle işyerinde bazı işleri başka kişilerin işçileri tarafından (alt işveren ilişkileri, ödünç iş ilişkileri) yürütülmesini sağlama ile de yakından bağlantılıdır. Aynı şekilde, istihdam edilecek işçiler ile kurulacak iş sözleşmelerinin türlerinin seçip belirlenmesi de sayısal esneklik ile yakından ilgilidir. Sayısal esneklik, kanun koyucunun işverenlere getirdiği bazı yükümlülükler yönünden sayısal ölçütleri; işverenin işçi sayısını ve niteliğini belirleme kadar bu sayıları değiştirme ve azaltma ve istihdam edeceği işçilerin niteliklerini ihtiyaçlarına göre değiştirme serbestisini de kapsar. Hemen belirtelim ki, sayısal esneklik ile bağlantılı değindiğimiz son konu içerik yönünden farklılaştırılmak suretiyle başka bir esneklikten, *fonksiyonel esneklikten söz edilmektedir*. Fonksiyonel esneklik, işyerinde-işletmede istihdam edilen işgücünün nitelik ve yetenekleri itibarıyla değişen teknolojik şartlara, üretim yöntemlerine ve iş yüküne uyum sağlayacak şekilde farklı işlerde çalıştırabilmeleridir<sup>19</sup>. Kısaca fonksiyonel esneklik, işyerinde-işletme gücünün değişik işleri üstlenebilmeleri ve yürütebilmeleridir<sup>20</sup>. Birden fazla işyerinden oluşan işletmede, işçilerin işleri değiştirilerek diğer bir işyerine nakledilmesi düşünülmekte ise, işçinin işyerinin değiştirilmesi imkanının da sağlanmış olması gerekir.

*Diğer bir esneklik türü olan ücret esnekliği*, işletmelerin-işyerlerinin ücret yapısını ve düzeyini iş gücü piyasası ve pazar ekonomisi şartlarına göre ayarlayabilme serbestisini kullanma olanağını veren ortamdır. İşK.m.39'da öngörülen asgari ücret, miktar yönünden katı bir düzenleme değil, ülkemiz şartlarına göre işçinin korunmasına yönelik, taraflar arasında en az düzeyde menfaat dengesini kurmayı amaçlayan bir düzenlemedir. Ekleyelim ki kayıt dışı istihdamda asgari ücretten çok ücret dışı mali yükümlülüklerin etkisi olduğu söylenebilir. Gerçekten ücret kadar, ücret dışı işgücü maliyetleri de esnekliğe engel olmaktadır. Ülkemizde istihdama bağlı yasal yükümlülükler sadece ücrette esnekliği değil, sayısal esnekliği ve fonksiyonel esnekliği de olumsuz etkilemektedir. Oysa ücret es-

nekliği ile sayısal esneklik ve fonksiyonel esnekliğin desteklenmesi gerekir. Yeni kabul edilen "istihdam paketi" ile getirilen teşvik önlemlerinde, ücret dışı işgücü maliyetlerinde, özellikle sosyal güvenlik primlerinde sağlanan indirimler ile işletmelere az da olsa esneklik sağlamaya yardımcı olacak bir adım atılmıştır. Ancak daha olumlu adımların atılması beklenirken, ülkemizde sık sık görülen tekrar katı kurallara dönüşe geçilmemesi başlıca temennimizdir. Ücrette esneklik konusunda toplu iş sözleşmelerinin, normatif hükümleri kapsamında ücret yapısı ve miktarına ilişkin düzenlemelerin önemli etkisi olduğunu belirtelim<sup>21</sup>.

## 2. Sayısal esneklikte (dış esneklik) katı kurallara dönüş

### a) 4857 sayılı İş Kanunu tasarısının kanunlaşma sürecinde katı kurallara dönülmesi

Bilindiği gibi, 4857 sayılı Kanun'un hazırlık aşamasında, daha önce ülkemizde örneği görülmemeyen bir yol izlenmiş ve tasarı (taslağı)nın, bir Bilim Kurulu tarafından hazırlanması sosyal tarafların üst kuruluşları (TİSK, Türk-İş, Hak-İş ve DİSK Konfederasyonları) ile devlet (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı) tarafından kararlaştırılmış, Bilim Kurulunun oluşumunu ve çalışma esaslarını da kapsayan bir protokolle (26.6.2001 tarihli) düzenlenmiştir<sup>22</sup>. Bilim Kurulunun uzunca bir süre sonunda hazırladığı ve ülkemiz şartlarına önemli bir yer verdiği tasarıya, daha önce değinildiği gibi; Bakanlar Kuruluna gelişinde ve görüşülmesinde, arkadan TBMM'de verilen önergeler ile müdahale edilmiş, tasarının bütünlüğünü bozan, esneklik konusunda yeniden katı kurallara dönüşe geçiren bir tutum içine girilmiştir. Bunlar arasında sayısal esneklik-dış esneklik konusunda, alt işveren ve ödünç iş ilişkilerine müdahale, bir yandan aşırı sınırlamalar ile istihdamı teşvik edici girişimlere engel olunmuş, diğer yandan mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinde işçilerin korunmasına ilişkin hükümlerin genişletilmesi imkanı önlenmiştir. Aşağıda bu konular üzerinde durulacaktır. Ancak bunlar ile bağlantılı örnekler şimdiden açıklanabilir: Örneğin İşK.m.2/6'da asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işin bir bölümünün "işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işler olma-

sı şartıyla alt işverene verilmesi, sayısal esneklik yönünden tekrar katı kurallar sistemine geçiştir<sup>23</sup>. Tasarıda ikiye ayrılarak düzenlenen ödünç (geçici) iş ilişkisinde, “mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi”nin (m.93) tasarıdan çıkarılması, tartışmalara yol açmakla kalmamakta<sup>24</sup>, işçinin korunmasını da içeren “güvenceli esnekliğe” engel olmaktadır. Tasarı m.12 (4857 sayılı Kanun m.11) de istihdamı teşvik eden düzenleme olarak bir defa için yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde objektif bir neden aranmaksızın, serbest bırakılmış, sadece zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde objektif (esaslı) bir nedenin varlığına bakılmış ve böyle bir neden bulunmadığı takdirde, belirsiz süreli iş sözleşmesine dönecekleri öngörülmüştü. TBMM’deki değişiklik ile tüm belirli süreli iş sözleşmelerinde, *bir defa için yapılsalar dahi objektif neden aranır* duruma getirilmiş; bu suretle hem belirli süreli iş sözleşmelerinin istihdamı teşvik yönünde kullanılması engellenmiş, hem de sayısal esneklik yönünde bir sınırlama getirilmiştir. Yalnız yasama değil, yürütme organı ve yürütme organının bir üyesi olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın da tasarı ve buna dayalı şekilde 4857 sayılı Kanun’da yer alan esneklik için önemli olan kanun hükümlerine, hatta bazen çıkardığı yönetmeliklerle, Alt İşverenlik Yönetmeliği gibi, yasama organının yetkisine tecavüz edencesine müdahale ettiği de görülmektedir. Sayısal esneklik dışında başka bir örnek daha vermek gerekirse, tasarının fazla çalışmaya ilişkin 43. maddesinde (4857 sayılı Kanun m.41)’de, önceki kanunlarda yer alan “fazla çalışma Bölge Çalışma Müdürlüğü’nün iznine bağlıdır” (1475 sayılı Kanun m.35/a) hükmü 4857 sayılı Kanun’a alınmamış, buna karşılık önceki kanunda olduğu gibi, fazla çalışma için “işçinin onayının alınması” hükme bağlanmıştır. 1475 sayılı Kanun’a göre çıkarılan Fazla Çalışma Tüzüğü’nün 5. maddesinde işçinin onayının iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden alınabileceği belirtmiş ve bu onayın işçinin çalıştığı yıllar içinde geçerliliğini sürdüreceği kabul edilmiştir. 4857 sayılı Kanun m.41’de fazla çalışma için işçinin onayının her yıl yeniden alınması gerektiğine dair bir hüküm bulunmamakta, buna karşılık İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği’nin 9. maddesinde önce “fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin onayının

alınması gerekir” hükmü getirilmekte ve arkadan “fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi öz-lük dosyasında saklanır.” denilmektedir. Kanunda bulunmayan bir düzenleme esasının, yönetmelikle getirilmesi hukuken uygun görülemez. Diğer yandan işçiden önceden alınan onayın yeni yılda geçerliliğinin yitireceği ve yeniden yazılı onay alınması zorunluluğu<sup>25</sup> yaratacağı zorluk yanında, işçilerden gelecek olumlu ve olumsuz yanıtlar sonucu işyerinde üretim artışına duyulan gereksinimin karşılanamaz hale gelmesiyle, değişen ve gelişen şartlara uyum sağlamada güçlük de yaratmış olacaktır. Üretimin sadece taraf menfaatleri değil, toplum menfaatinin de bir gereği olduğu dikkate alınan İsviçre’de, fazla çalışma gerekli olduğunda işçi, buna uymakla yükümlüdür. Ancak işçi fazla çalışmayı ifaya muktedir değilse yahut iyiniyet gereği kendisinden beklenmiyorsa, fazla çalışmaya katılmakla yükümlü değildir (İsviçre BK.m.321 c.I). Ayrıca işçinin fazla çalışma yükümlülüğüne ilişkin hükümler mutlak emredici olup, işçi veya işverenler lehine değiştirilemez (İsviçre BK.m.361)<sup>26</sup>.

#### **b) 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra katı kurallara yönelme**

Aşağıda görüleceği gibi, sayısal esneklik yönünden önemli olan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, 4857 sayılı Kanun’un 2. ve 3. maddelerine eklenen yeni hükümler, hukuka uygunluğu ve esneklik yönünden çok tartışmalara neden olabilecektir. Ayrintıya girmeden bazı konulara değinelim.

##### *aa) 5538 sayılı Kanun’la*

İlk değişiklik İşK.m.2’ye getirilen ek hükümlerdir. İşK.m.2’ye 8. ve 9. fıkra olarak 9.7.2000 tarihli ve 5538 sayılı Kanun’la eklenen ve kamu kesimi işverenlerine asıl işveren-alt işveren ilişkisinde aranan şartları ve alt işveren işçilerinin korunmasını tamamen etkisiz hale getiren, Anayasa m.10’daki eşitlik ilkesine aykırı, ayrıcalığa ilişkin hükümlerin uygun görülmesi çok güçtür<sup>27</sup>. *Kanun yapma tekniğinin* hiç dikkate alınmadığı, İşK.m.6 ve 7’de kullanılan *temel kavramların ve deyimlerin* bir tarafa bırakılıp, kamu işletme ve işyerlerinde, bu arada özel kesim işyerlerinde kullanılan değişik sözcüklerin yer aldığı *metinlerin* Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca hazırlanmadığı izlenimini bıraktığını

söylemek, hatalı olmayacaktır. Gerçekten İşK.m.2/6 ve 7'de alt işverenler ile kurulacak ilişkilerde “*hizmet alımı* amacıyla yapılan sözleşmeler”den söz edilmesi uygun görülemez. Alt işverenler, asıl işverenin işyerinde üretiminde bulunmak üzere ilişki kurarlar ve bu ilişki kapsamında *sadece hizmet değil, mal üretimini* de gerçekleştirirler. Hizmet alımı deyimi, bir bakıma alt işverenin asıl işverene hizmet görmek amacıyla *işgücü sağladığı* yönünde bir çağrışım da yapmaktadır ki, böyle bir ilişki asıl işverene işçi sağlamak üzere *aracılık* yapıldığı ihtimalini de beraberinde getirmektedir. Nitekim, İşK.m.2/8'de “hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, *yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, ...*” ibaresi, belirtilen kuşkulu durumu doğrular niteliktedir. Diğer yandan alt işveren yerine “*yüklenici*” sözcüğünün kullanılması, biraz önce işaret edildiği gibi, “yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar” ibaresinin yer verilmesi isabetli görülemez<sup>28</sup>.

*bb) 5763 sayılı Kanun'la*

Asıl işveren-alt işveren ilişkisine aşırı müdahaleye devam edilmiş, bu konuda adeta katı kuralların yoğun hale geldiği bir alan yaratılmıştır. 15.5.2008 tarihli ve 5763 sayılı Kanun'la İşK.m.3'de yapılan değişikliklerin Tuzla tersanelerinde yaşanan iş kazaları ve bunlar sonucu ölümler, alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliğinden yoksun ortamda çalıştırılmış olmalarının büyük etkisi olduğu düşünülmektedir<sup>29</sup>. İşK.3/2'de alt işverenin asıl işverenin fiziki alanı içinde kendi adına oluşan işyerinin bölge çalışma müdürlüğüne tescili için başvurusunda gerekli belgelerle birlikte *yazılı alt işveren sözleşmesini* (alt işverenlik sözleşmesi) de eklemekle yükümlü tutulmuş; *gerektiğinde* bu belgelerin ve sözleşmenin iş müfettişlerince inceleneceği, bunun sonucu “muvazaalı işlemin tespiti halinde”, gerekçeli müfettiş raporunun asıl işveren ve alt işverene bildirileceği,

**Bakanlığın iş müfettişlerinin kadro sayısının sınırlı olduğu, ülkemizde iş denetiminin amaca uygun gerçekleştirilmekten uzak kaldığı ILO Raporları ile şikayet konusu yapılırken ve düzeltme beklenirken, bir de denetim görevlerine yüzbinleri bulan alt işveren sözleşmelerinin incelenmesinin eklenmesi ile denetimin içinden çıkılmaz bir hale geleceği açıktır.**

Daha önemlisi asıl işveren-alt işveren ilişkisi, İşK.m.2/6'da şartlara göre kurulmadığı veya muvazaalı işleme dayalı olarak meydana getirilmiş olduğu kanıtlandığında, şartların bulunmamasının hukuki yaptırımları ve muvazaalı haller için öngörülen İşK.m.2/7'de yaptırımlar asıl işveren olarak ilişki kuran kamu kurum ve kuruluşları hakkında uygulanmayacaktır. Öyle ki, muvazaalı ilişkinin bulunduğu tespit edildiği halde dahi, alt işverenin (yüklenicinin) işçileri asıl işverenin (kamu kurum ve kuruluşunun) işçilerinden sayılmayacak, asıl işvereni, işçilerine ait çalışma şartlarından eşitlik ilkesine göre yararlanmayacaktır (İşK.m.2/8 ve 7). Kamu kurum ve kuruluşları için, belirtilen şekilde bir ayırımı haklı gösterecek bir gerekçe, objektif bir neden bulunmadığı gibi özel ve kamu sektörü arasında yapılan ayırımı ilişkin düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşır durumda olmadığı da ayrıca incelenmesi gereken bir konudur.

İşverenlerin altı işgünü içinde iş mahkemesine itiraz edebilecekleri hükme bağlanmıştır. Öngörülen süre içinde itiraz edilmez veya iş mahkemesi muvazaalı işlem tespitini onarsa, işyeri tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılırlar. Yine 5763 sayılı Kanun'la İşK.m.3'e dördüncü bir fıkra eklenmiştir: “Asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin kurulması, bildiri ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” Her şeyden önce dikkati çeken husus, İşK.m.3'de değinilen değişikliklerin, “istihdamı teşvik” etmek üzere bir “paket” halinde takdir edilen 5763 sayılı Kanun içerisinde yer almış olmasıdır. Getirilen alt işveren ile ilgili düzenlemeler açıkça gösteriyor ki istihdamı teşvik bir yana, tam tersi, alt işveren ile ilişki kurularak istihdamı arttı-

rıcı ilişkilere engel olabilecek sınırlamalar getirilmektedir. Bakanlık denetimini gerektiği şekilde yerine getiremediği halde, uygulamada işçiyi koruyucu hükümleri dışında tutan işlem ve davranışlara “tepki” olarak, işverenlerin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü (girişim özgürlüğünü) aşırı derece sınırlamanın savunulamaz olduğu açıktır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın kurulan asil işveren-alt işveren ilişkilerinde, iş hukuku normlarının uygulanıp uygulanmadığını denetlemek yetkisi vardır; ayrıca bölge müdürlüğünün kendilerine yapılan müracaatları 15 gün içinde idari yoldan sonuçlandıramadıkları ve iş mahkemelerinin görevi içerisinde gördükleri takdirde, bu hususa ilişkin belgeleri iş mahkemelerine verecekleri ve mahkemenin taraf teşkil ederek usule uygun bir dava olarak konuyu çözümleyecekleri de öngörülmüştür (İş Mahkemeleri Kanunu m.10). İş Mahkemeleri Kanunu'nda böyle açık bir düzenleme varken, İşK.m.3/2'ye muvazaalı işlemler için ayrıca hükümler getirilmesini ve iş müfettişlerine muvazaa tespiti konusunda yetki verilmesini benimsemek hukukten güçtür. Denilebilir ki, Bakanlık ve bölge çalışma müdürlükleri İş Mahkemeleri Kanunu madde 10'u tamamen gözden uzak tutmaktadır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde, İş Kanunu ve iş sözleşmesi hükümlerine uygunluğunu denetlemede yardımcı olabilmesi için, *yazılı* alt işveren sözleşmesinin bir örneğinin de bölge müdürlüğüne verilmesi öngörülmektedir. Bilindiği gibi, asıl işveren-alt işveren ilişkisini kuran sözleşmelerin büyük çoğunluğu eser sözleşmesi (istisna akdi), taşıma sözleşmesi veya işletme amacıyla kira sözleşmeleri olup, bunlar hakkında Borçlar Kanunu'nda belirli bir şekil, ezcümle *yazılı şekil* öngörülmüş değildir. Bazı kira sözleşmelerinin geçerlilik şartı olarak hükme bağlanmış olmakla beraber, bunlar istisnai halleri oluşturur<sup>30</sup>. Bu nedenle İşK.m.3/2 ve 4'de belirtilen *yazılı şekil*, bu kanun uygulaması açısından getirilmiş bir düzenleme olup, geçerlilik şartı değil, bir ispat şartı olduğunda kuşku olmamak gerekir<sup>31</sup>. Ekleyelim ki, daha önce özellikle asıl işverenlerin gerek alt işverenin üstlendiği işleri gereğine uygun ifası, gerek birlikte sorumluluğu ve rücu olanakları ile teminatları belirgin hale getirmek için, alt işveren sözleşmelerini yazılı şekilde meydana getirmeyi tercih ettikleri görülmekteydi.

İşçi hakları ve yükümlülükleri açısından da aynı işlevi görecektir ispat şartı olan yazılı şeklin ilgililerin ihtiyaçlarına cevap verebileceği söylenebilir.

Aynı olumlu yaklaşım İşK.m.3/2'deki muvazaa tespiti yetki için herhalde düşünülemeyecektir. 4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra çıkan uyuşmazlıklarda, hakimlerin dahi muvazaa tespitinde zorlandıkları Yargıtay kararlarından anlaşılmakta, bu hususta uzman bilirkişilerin raporlarına dayanarak sonuca gidilmektedir. Durum böyle iken, iş müfettişlerine muvazaa tespiti yetkisinin verilmesini uygun bulmak güçtür. İş müfettişleri belirtilen tespiti, işyerinin tescili için verilen belgelerden ve daha çok alt işveren sözleşmesi hükümlerini incelemek ve değerlendirmek suretiyle gerçekleştireceklerdir ki, bunun kolay olmayacağı hemen söylenebilir. Gerçekten, Bakanlığın iş müfettişlerinin kadro sayısının sınırlı olduğu, ülkemizde iş denetiminin amaca uygun gerçekleştirilmekten uzak kaldığı ILO Raporları ile şikayet konusu yapılırken ve düzeltme beklenirken, bir de denetim görevlerine yüzbinleri bulan alt işveren sözleşmelerinin incelenmesinin eklenmesi ile denetimin içinden çıkılmaz bir hale geleceği açıktır. Diğer yandan bölge müdürlüklerinin görev alanlarına giren işyerlerinden hangisinin alt işveren sözleşmesini öncelikle inceleyeceği, “gerektiğinde” sözcüğü ile idarenin takdirine bırakılan inceleme konusunda idarenin yetki kullanımında baskı kurulduğu gibi iddialar çok tartışmalara sebep olabilecektir.

Diğer yandan alt işveren sözleşmesi muvazaa belirtisi kabul edilebilecek Yargıtay ölçütlerinden tamamen arındırılmış şekilde hazırlanmış ve bölge müdürlüğüne teslim edilmiş olmasına rağmen, uygulama tam tersi, muvazaalı işlemin varlığını gösteren şekilde yürütülmekte ise, nasıl bir yol izleneceği ve sonuca gidileceği açık değildir. Böyle bir durumun araştırılması, iş müfettişlerinin alt işveren ilişkisinin kurulduğu tüm işyerlerinde, sözleşmenin incelenmesiyle yetinmeyip herhalde işyerlerinin denetimini de gerekli kıldığı dikkate alınır, getirilen sistemin işlerliğinin ne kadar güç olacağı açıkça görülür.

İşK.m.3/2'de aslında yargıya ait bir yetkinin, yürütme içinde yer alan idareye, hem de iş müfettişlerine bırakılması doğru olmadığı, çok tartışmaları beraberinde getireceği gibi, muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde içtihat ve uygulama birliği-

ni sağlayacak temyiz yolunun kapatılarak iş mahkemelerinin *kesin karar* vermelerinin öngörülmesini de hukuken uygun görmek mümkün değildir<sup>32</sup>. Asıl işveren-alt işveren ilişkisine aşırı müdahale İŞK.m.3/4 hükmü uyarınca çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği ile çok daha ileri götürülmekte<sup>33</sup>, İş Kanunu m.2/6 ve 7 hükümleri dışına çıkılarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin *kuruluş şartları ile muvazaalı işlemler* tamamen karıştırılmakta, şartların bulunmadığı bir halde, muvazaa iddia ve ispat edilmemiş olmasına rağmen, muvazaaya ilişkin yaptırımın uygulanacağı hükme bağlanmaktadır (Yön.m.3/g, m.12). İŞK.m.2/6'da asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için belirlenen "işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler"den olma şartlarında "ile" sözcüğünün "ve" ya da "veya" anlamı mı taşıdığı çok tartışmalı iken, kanun hükmüne "ve" anlamı veren düzenlemeler getirilmesi (Yön. m.11/3), yönetmeliği kanun gibi kural koyan ya da yargı organına ait hukuk kuralını yorumlayan ve uygulayan bir işleve sahip hale getirmektedir ki böyle bir durumu Anayasa m.24 tanımı verilen "yönetmelikler" ile bağdaştırmak güçtür. Belirtilen husus, İŞK.m.2/6'da yer olmayan bir sınırlama ve yasak getiren yönetmelik m.11/4'ün "asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği işi bölerek başka bir işverene veremez" hükmü ile tekrarlanmaktadır. İnşaat sektöründe, örneğin bir baraj yapımında, üstlenilen asıl işin bir bölümünün, sözleşmede alt işverene (müteahhite) yetki tanınmışsa, aranılan şartlara da uyulmak suretiyle başka alt işverenlere (taşeronlara) verilmesi mümkündür.

Yönetmelikte yer alan, hukuka uygun olmayan katı düzenlemelerin ayrıntılarına girmek, imkanı bulunmamaktadır. Son bir noktaya değinmekte uygulama açısından yararlı görmekteyiz. Yönetmeliğin 10. maddesinde, alt işveren sözleşmesinde bulunması gereken hususlar sayılmaktadır. Bunlar arasında asıl işveren ile alt işverenin işyeri unvanı ve adresi, tüzel kişi ve tüzel kişiliği bulunmayan kurum ve kuruluşlarda işveren vekillerinin adı soyadı ve adresi, işyerinde yürütülen asıl işin ne olduğu, alt işverene verilen işin ne olduğu, alt işverenin faaliyetini işyerinin hangi bölümünde gerçekleştireceği ve diğerleri gösterilmektedir. Ancak sayılan hususlardan birinin gösterilmemesinin hukuki yaptırımı çok ilginç şekilde Yönetmelik

m.9/2'de açıklanmaktadır: "... 10'uncu maddede yer alan hususların bulunması halinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilir." Bir eser sözleşmesi ile kurulan alt işveren ilişkisinde, taraflarca eser sözleşmesinin tüm esaslı unsurlarına yer verildiği halde, Yönetmeliğin 10. maddesinde gösterilen hususlardan, örneğin tüzel kişi olan taraflardan birinin sözleşmeyi imzalayan işveren vekilinin adı soyadı gösterildiği halde "adresini" açıklanmamışsa, bu sözleşme "alt işverenlik sözleşmesi" olarak kabul edilmeyecektir! Bunun anlamı sözleşmenin geçersiz mi sayılacağıdır; yoksa taraflar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmamış kabul edilerek, Yönetmeliğin tercih ettiği hukuki bir sonuç olarak, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri mi sayılacaktır? Görüldüğü gibi, yönetmeliği hazırlayanların Borçlar Kanunu'nun 2. maddesine göre bir sözleşmenin esaslı unsurları ve ikinci derecedeki noktaları hakkındaki hükümlerine ilişkin bir bilgisi bulunmamaktadır. Daha önemlisi, Yönetmeliğin 10. maddesinde sayılan hususlardan yukarıda örnek verdiğimiz "işveren vekilinin adresi", sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarından dahi sayılmaz. Tekrar vurgulamak gerekir ki, bir sözleşmenin meydana gelmesinde geçerlilik şartı olan konular ve buna uyulmamasının sonuçları bir yönetmelik ile düzenlenemez, sözleşme özgürlüğüne sınırlayıcı hükümler getirilemez.

### III. SAYISAL ESNEKLİK

#### 1. İşçi sayısının niteliklerinin belirlenmesi

##### a) Genel olarak

Sayısal esneklik, her şeyden önce, işverenin bir işyerinde veya birden fazla işyerinin oluşturduğu işletmede, işyerlerinin teknik amacı olan mal veya hizmet üretiminin gerçekleştirilmesi için ihtiyaç duyulan işçi sayısını ve niteliklerini belirleme serbestisini içerir. İşyerinin normal işleyişi için gerekli işçi sayısını ve niteliklerini belirleme serbestisi, girişim özgürlüğünün bir sonucudur<sup>34</sup>. İşverenin çalıştıracağı işçi sayısının belirlenmesinde, üretimin emek veya sermaye yoğun olarak gerçekleştirilmesi, teknolojik ve ekonomik şartlar, iş piyasası



sındaki talep ve talep değişiklikleri, yeni üretim teknolojisine geçiş ve üretim yöntemleri, istihdam teşvikleri gibi durumlar etkili olabilir. Sözü edilen etkenler işyerinin kurulup açılmasında olduğu kadar, daha sonra da işçi sayısının değiştirilmesine, sayısının artırılması veya azaltılmasına neden olabilirler. Her işveren işyerinin kurulup faaliyete geçirilmesinde rasyonel işletmecilik gereği, işçi sayısını ve niteliklerini belirleyecek ve belirlediği işçi sayısını işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğüne bildirecektir. Nitekim İşK.m.3/1'e göre "bu kanun kapsamına giren nitelikte bir işyerini kuran ... işveren ... çalıştırdığı işçi sayısını ... bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır." Bir işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulduğunda, alt işveren de asıl işveren fiziki alanında kendi adına hukuki yönden oluşan işyerini ve aynı şekilde çalıştırılan işçi sayısını da bildirmekle yükümlüdür (İşK.m.3/2).

Sosyal güvenlik kanunlarına göre işveren kurduğu işyerini bildirmek yanında çalıştıracığı ve 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırabilecek sigortalı sayıların da Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmekle yükümlüdür (506 sayılı Kanun m.8,9; 5510 sayılı Kanun m.8, 11).

Hemen belirtelim ki, İşK.m.3/1'de bildirilmesi öngörülen "çalışan işçi sayısı", işyerinin normal işleyişi için gerekli işçi sayısı olmayabilir. Zira işyerinde çalışan ve sigortalı niteliğini kazandığı için de bildirilmesi gereken işçiler, iş sözleşmesi bulunan işçilerdir. İşveren işyerinde üretime başladığında bir deneme zamanı belirleyebilir, üretim başladığı ilk günde hedef aldığı kapasite ile üretime geçmesi herhalde mümkün olmayacağı için, normal işleyiş halindeki işçi sayısına (norm kadro) faaliyete başladıktan sonra ve planlandığı zaman dilimine (4 ay veya 1 yıl sonra gibi) göre ulaşabilir. Bu itibarla işveren işyerinde üretimin normal işleyişi için çalıştıracığı işgücü sayısını belirlediğinde, işyerinin faaliyete geçirildiği gün belirlediği sayıdaki işçinin tümüyle işe başlamasında bir zorunluluk yoktur. Ancak üretim konusu ve işletme gereklerine göre çalıştırılacak işçi sayısı ile işyerinin faaliyete başlatılması da söz konusu olabilir. Örneğin bir avukatlık bürosunda veya doktor muayenehanesinde normal olan bir veya iki işçi ile işyeri açılabilir.

### b) İşçi sayısının artırılması veya azaltılması

Yukarıda değinildiği gibi işveren, işyerinde ve işletmede çalışacak işçi sayısını belirlemede serbest olduğu gibi, işçi sayısını artırmak veya azaltmak da serbesti alanına girmektedir. Değişen şartlara göre işveren, işyerinde mal veya hizmet üretiminin artırılması gerekli olduğunda, örneğin mevsimlik işlerde ya da iş veya dış talep artırımını karşılamak üzere işçi sayısını geçici olarak veya kapasite artırımına cevap verecek şekilde artırma yoluna gidebilir. Tam aksine yukarıda (a'da) açıklanan etkenler nedeniyle azaltma yapılması da esas itibariyle serbesttir. Ancak gerek sayıdaki artırmada ve gerek sayının azaltılmasında hukuka uygun davranılması, hakkın kötüye kullanılmaması gerekir.

Gerçekten, sırf işyerinde işçi sendikasının yetki kazanmasını engellemek amacıyla işçi sayısını artırmak ya da alınan ve uygulanacak bir grev kararının amacına ulaşmasına engel olmak üzere grev oylamasından önce işçi sayısını yükseltmek, hukuka uygun görülmez ve işyerindeki işçi sayısını artıran işçiler, gerek yetki kazanılmasında ve gerek grev oylamasında dikkate alınmazlar. Yargıtay 1989 yılında verdiği bir kararda, işçi sendikasının yetki için Bakanlığa başvurusundan hemen önce topluca belirli sayıda işçi alınmış ve başvurudan bir süre sonra çıkarılmış olması halinde, sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin belirlenmesinde bu işçilerin işe alınmasında muvazaa olup olmadığına, başka bir deyişle işverenin işyerinde çalıştırılan işçi sayısının geçici olarak artırmasının gerçek olup olmadığına araştırılmasına ve tespit edilen duruma göre bir sonuca gidilmesi görüşünü açıklamıştır<sup>35</sup>. Yüksek Mahkemenin açıkça belirtmemiş olmakla beraber işe alınan işçilerin yetki belirlenmesinde dikkate alınmaması gerektiği görüşünde olduğu söylenebilecektir. Kararda, işverenin işyerinde *normal işleyişe ve kapasiteye göre* çalıştıracığı işçi sayısını belirlemede serbest olmakla beraber, işçi sendikasının yetki tespitinde esas alınacak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvuru tarihinden (2822 sayılı Kanun m.13) hemen önceki altı işgününde çok sayıda işçinin işe alınmasında ve başvuru tarihinden kısa bir süre işten çıkarılmalarından işverenin işçi sayısını artırma serbestisini hukuka uygun kullanıp kullanmadığı-

nın araştırılmasını ve araştırma sonucuna göre bir karar verilmesini belirtmesi, tamamen isabetlidir<sup>36</sup>. Yüksek Mahkeme açıklanan görüşü daha sonraki kararları ile doğrulamış, işçi sendikasının işverenin yetkiyi engellemek amacıyla çok sayıda işçi işe aldığı iddiasını dikkate almadan sonuca giden iş mahkemesi kararını bozarken, işverenin işçi aldığı tarihte iş hacmini genişleten bir faaliyeti olmadığı, işe aldığı işçilerin sigorta işe giriş bildirgelerini de çok sonraki bir tarihte vermiş olması gerekçesiyle, işverenin sonradan işe aldığı işçilerin dikkate alınmaksızın yetki tespitinin yapılmasının gerçek duruma uygun düşeceğini bildirmiştir<sup>37</sup>. Yargıtay aynı görüşü, işyeri-işletme sınırlarını aşan bir holdinge bağlı şirketler arasındaki yatay geçiş ile ilgili olarak da uygulamıştır. Yüksek Mahkemenin incelediği olayda, bir holdinge bağlı şirketlerden birinin işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin tespiti için Bakanlığa başvuran işçi sendikasının çoğunluğu bulunduğu tespit edilmiş, işveren ise buna itiraz ederek işyerinde çalışan işçi sayısının çok fazla olduğunu ileri sürmüştür. Gerçi işyerinde çalışan işçilerin sayısının, Bakanlıkça gösterilen sayının üstünde olduğu görülmüştür. Ancak belirtilen fazlalığın sendikanın Bakanlığa başvuru tarihinden altı gün önce işyerinin ait olduğu şirketin de bağlı bulunduğu holdingin diğer şirket işyerlerinden yatay geçiş ile sözleşme yapılmak istenen işyerine geçirildikleri anlaşılmıştır. Holdinge bağlı şirketlerin işçilerinin yatay geçişi, iş sözleşmesinin devri yolu ile birinden diğerine geçirilmesi mümkündür ve uygulamada sık görülen üçlü bir işlemdir<sup>38</sup>. Ancak böyle bir olayın iyiniyet kurallarına aykırı olmaması gerekir. Yüksek Mahkemenin kararında açıklanan olayın unsurları hukuki yönden aykırılığı ortaya koymaktadır. Kararda belirtildiği üzere, toplu iş sözleşmesi yapılmak istenen işyeri mal üretiminde bulunan bir işyeridir. İşveren üretimde meydana gelen artışlar nedeniyle holdinge bağlı diğer şirketlerin işyerlerinden yatay geçiş yolu ile yeni işçi alındığını bildirmiştir. Ne var ki yatay geçişle gelen işçilerin pazarlama ve büro işçileri olduğu tespit edildiği gibi, yatay geçiş ile gelen çok sayıdaki işçinin işyeri çıkış ve giriş belgelerini de rastlanmamıştır. Açıklanan nedenle Yüksek Mahkeme, "... yeni toplu iş sözleşmesi döneminin başlayacağı herkes tarafından bilindiği bir sırada yatay geçişten söz edilerek işçi alımı yoluna gidilmek su-

retiyle işinin artırılması iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz" olduğunu belirtmiş ve iş mahkemesi kararını bozmuştur<sup>39</sup>.

Görüldüğü gibi esneklik gereği işveren, işyerinde çalıştıracağı işçi sayısını belirlemede serbesttir, ancak bu serbestisini, iyiniyet kurallarını aykırı şekilde kullanamaz. İşveren, işyerinde-işletmede çalıştıracağı işçi sayısını artırabileceği gibi, belirlenmiş ve uygulanmakta olan işçi sayısını da azaltabilir.

İşverence, işyerinde çalışan işçi sayısını azaltılmasında, tarafların anlaşması ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi dışında, başvurulacak yol iş sözleşmelerinin feshidir. İş sözleşmesinin feshi, işçinin iş güvencesinin uygulanma alanına girip girmemesine göre farklı emredici hükümlerine tabidir.

İşgücü sayısının azaltılması sonucu iş sözleşmesi feshedilecek işçiler iş güvencesinin uygulanma alanı dışında kalanlardan oluşuyorsa, işveren daha esnek düzenlemelere bağlı olarak ve İşK.m.17 hükümleri uyarınca fesih işlemlerini yürütecektir. Buna karşılık, işçiler iş güvencesinden yararlanmakta ise, esneklik yönünden sınırlamaların daha geniş olduğu bir gerçektir. Ancak Türkiye'nin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün "Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme"yi onaylaması sonucu, İş Kanunu'na girmiş bulunan iş güvencesi sisteminin, sözü edilen sözleşmenin esaslarına hakim esneklik sonucu, başka ülkelerle karşılaştırıldığında, yine de işverenlere işgücü azaltmalarında büyük bir engel yarattığı söylenemez<sup>40</sup>. Zira, daha önce değinildiği gibi, iş güvencesinin amacı, işveren tarafından yapılacak fesihleri engellemek suretiyle işçiye iş ilişkisi kurduğu işyerinde bu ilişkiyi devam ettirmek üzere çalıştığı işi korumada mutlak bir hak tanımak değildir. İş güvencesi işverenin keyfi fesihlerini önlemeyi amaçlar ve işvereni geçerli taleplere dayanarak iş sözleşmesini feshetmekle yükümlü kılar. İşyerindeki-işletmedeki işçi sayısının azaltılmasında, genel olarak birden fazla işçinin işten çıkarılması planlandığından ve işçi sayısı İşK.m.29'da öngörülen sayılara ulaştığında, ayrıca bu madde hükümlerinin de uygulanacağı açıktır. İşverenin işçi sayısını azaltmada işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebebe dayanması, sebebin gerçek ve ciddi olması halinde iş sözleşmelerinin feshinde izlenecek usul, iş güvencesi ilkelerine

(son çare ilkesi, işgücü fazlası işçilerin seçimi gibi) göre fesih işleminin gerçekleştirilmesi ve toplu işçi çıkarmada İşK.m.29 uyarınca yapılacak bildirimler işverenin işçi sayısını azaltma amacına ulaşmada belirli engellerdir; ancak aşılması zor değildir. İş güvencesinde, yargı denetimi sonucu feshin geçersizliğine karar verildiğinde uygulanacak yaptırımda işçinin işe başlatılması ya da tazminat ödenmesi konusunda işverene tanınan seçimlik hak, bir esneklik uygulaması olarak nitelendirilebilecektir. İş güvencesinin seçimlik yaptırımı olan “tazminat”, AB ülkelerinin bir çoğundan daha az olmamakla beraber, işyeri-işletme yönünden önemli bir mali yükümlülüktür. Bununla beraber, işyerinde-işletmede istihdam edilen işgücü fazlalığı tespiti ve işçi sayısında azaltmaya gidilmesi, bu nedenle iş sözleşmelerinin feshinin zorunlu hale gelmesi, işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan bir sebebe dayanarak işverenin verdiği işletmesel bir kararın uygulaması olmalıdır. İşletmesel karar işyeri-işletme içi veya dışından kaynaklardan hangi sebebe dayanırsa dayansın, işçi sayısındaki fazlalığın tespiti ve azaltmaya gidilmesi için Yargıtay, kullandığı sözcükler ile bir “norm kadro” çalışmasını gerekli görmektedir<sup>41</sup>. Böyle bir çalışmanın beraberinde getireceği inceleme, hangi sayıda iş sözleşmesinin feshedileceğini ya da son çare ilkesine göre işyerinde başka bir bölüme ve işe verileceğini ya da birden fazla işyeri varsa, diğer işyerlerindeki boş yerlere geçirilmenin mümkün olup olmayacağını açıkça (şeffaf biçimde) ortaya koyabilecektir. Böyle bir karar sürecini uygulama, rasyonel işletmecilik esaslarını uygulayan her işverenden beklendir.

Kısaca şu hususu hatırlatalım, bir işverence geçerli sebebe dayanılarak işyerinde-işletmede istihdam edilen işgücü sayısının azaltılmasına gitmek üzere işletmesel bir karar verilebilir. Yüksek Mahkemenin yerleşmiş içtihatında açıklandığı ve 2008 tarihli bir kararında da belirtildiği üzere; “işletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerinde denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır...”

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır<sup>42</sup>.

### c) İşçi niteliklerinin değiştirilmesi

İşveren işyeri-işletmede istihdam edeceği işgücünün sayısı gibi, niteliklerini belirlemede de serbesttir. İşyeri faaliyete geçirilirken aranan niteliklerde (eğitim, deneyim, yabancı dil bilgisi, işi gereği araç kullanabilme ve aracı kullanma ehliyetine sahip olma, yönetici olarak bir süre görev yapmış olma, belirli işler için mevzuat uyarınca aranan lisans sınavını başarı ile vermiş olmak gibi) daha sonra, örneğin teknolojik gelişmeler, yeniden yapılanma ve organizasyon değişiklikleri sonucu çalıştırılması gereken işçilerin nitelikleri yönünden değişiklikler yapılması ve belirlenen yeni nitelikleri taşıyan işçilerin istihdamı gerekli olabilir. İşveren işyerinde çalışan işçi sayısında değişiklik ile birlikte, *farklı nitelikte işgücü ihtiyacını* belirleyeceği gibi, sayı değişikliği yapmaksızın da nitelikler yönünden farklı ölçütler koyabilir. Ancak hangi hal olursa olsun, işçilerin niteliklerinin değişimi işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir işletme sonucu ise, niteliklere gerçekleştirme olanağı bulunmayan, makul bir sürede ve işverenden beklenebilen bir yükün taşınması sonucu dahi uyum sağlanması mümkün olmayan işçilerin iş sözleşmeleri geçerli sebebe dayanılarak feshedilebilir. İşveren belirtilen işçilerin yerine yeni nitelikleri taşıyan işçiler alabilir; işverenin bu davranışı, işten çıkarılan işçilerin yerine işçi alındığı iddiası ile açılacak bir davada feshin geçerliğine karar verilmesi sonucu doğurmaz. Yargıtay, işveren işyerinde-işletmede gelişmelere göre yeniden yapılanmaya giderek farklı işçi niteliklerinin öngörülmesinde, bu şartlara uyum sağlamayan işçilerin iş sözleşmelerinin işletmesel karara dayalı olarak feshinde geçerli sebebin varlığının kabul edileceğine hükmetmiştir.

Yargıtay, işyerinde işçinin nitelik değişikliği sebebiyle yapılan fesihte iş mahkemesinin işverenin savunmasına değer vererek “davalının (işverenin) teknolojik gelişmeler nedeni ile yeniden yapılanmaya gittiği ve emek yoğun iş gerektiren işte çalışanlardan emekliliğe hak kazananların iş sözleşmelerini feshettiği, bu nedenle feshi haklı” olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar vermiş olan iş mahkemesi kararını bozmuştur. Yargıtay, verdiği kararda işletmesel karara dayalı nitelik değişikliklerinin geçerli bir sebep oluşturabileceğini, ancak öncelikle uzman bilirkişilere geçerli bir neden oluşturabilecek olgularının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğini şöyle açıklamaktadır. “... Burada tartışılması gereken konu feshin geçerli nedenlere dayanıp dayanmadığıdır. Davalı kurum sektörde oluşan yoğun rekabet, yönetsel ve yargısal değişiklikler, teknolojik gelişmeler ve nitelikli, ileri teknoloji kullanan personele gereksinimi gibi nedenler ileri sürmektedir. Bu nedenler ileri sürülürken, sadece komisyon kararına dayanılmaktadır. Davacının ya da emekli edilenlerin çalışmasına gereksinim duyulmadığına, çoğunluğu teknisyen olan bu kişilerin yeni teknolojiyi kullanmadıkları konusunda yetkili bir inceleme ve araştırma yapılmış değildir. Öncelikle işverenin feshine gerekçe gösterdiği rekabet yapabilmeye ortamının olup olmadığı, yeni teknolojik gelişme nedeni ile yapısal ve yönetsel değişiklikler gerekip gerekmediği, yüksek eğitilmiş, teknoloji kullanan kaliteli personele gereksinimi olup olmadığı, iş sözleşmesi feshedilen davacının bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı, hizmetine gereksinim bulunup bulunmadığı somut şekilde araştırılmalı, bu hususta telekomünikasyon, iletişim, işletme ve iş organizasyonu konularında uzman, tarafsız, gerekirse öğretim üyelerinden seçilecek bilirkişilerden rapor alınmalı, buna göre feshin geçerli nedene dayanıp, dayanmadığı belirlendikten sonra karar verilmelidir. Yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.”<sup>43</sup>

Yargıtay başka bir kararında, işverenin teknolojik yenilenme nedeniyle vasıflı, teknoloji kullanan işçilerin çalıştırılması gereği ve bu niteliği taşımayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin geçerli nedene dayalı olabileceğini, tekrarlamaktadır. Ancak “davacı konumundaki şoförleri bu kapsamda değerlendirmek doğru değildir, davacı şoförün hizmetine her zaman ihtiyaç vardır. Şoförlük dışın-

da ek olarak teknoloji kullanmak gerekmez. Davalı kurum işletmede şoför kadrosunda fazlalık olduğunu, davacıya ihtiyaç olmadığını kanıtlamış değildir.” gerekçesiyle şoförün iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayanmadığına karar vermiştir<sup>44</sup>. Bize göre de isabetli bir sonuca varmıştır.

İşe girdiği tarihte yabancı dil bilgisi aranmayan ve daha sonra yapılan iş sözleşmelerinde de böyle bir nitelik şartı konulmayan işyerinde işverenin “işletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlere” dayanmak suretiyle daha önce yabancı dil aranmayan işlerde bu niteliğin varlığı zorunlu hale gelmiş olduğu hakkında işletmesel bir karar verilmedikçe, davacı işçinin bölümüne yabancı dil bilen bir işçinin işe alınmasıyla kadro fazlalığı olduğundan söz edilmez. İşyerinde çalışma olanağının ortadan kalkmış olduğunu ispat ettiğinde geçerli sebebin varlığı kabul edilebilir.” Olayı değerlendiren Yargıtay Kararına göre; “Somut olayda, davacının işe girdiği tarihte ve daha sonra düzenlenen hizmet sözleşmelerinde yabancı dil bilme koşulunun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yabancı firma baştan beri ihracatla uğraşan kuruluş olmasına karşılık davacıda aradığı özellikleri tespit etmeden ve özellikle davacının yabancı dil bilmediğini bilerek işe almış ve ihracat asistanlığına yükseltmiştir. Davacının işyerindeki başka bir işte çalışmayacağı da kanıtlanmamıştır. Bu nedenlerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalı olup ...” bozularak kaldırılmasına ve feshin geçersizliği ile ilgili sonuçlara karar verilmesi gerekmektedir<sup>45</sup>.

#### **d) İşçi sayısı ve niteliklerinde esnekliğe ilişkin normatif sınırlamalar**

İşçi sayısında ve niteliklerinde esnekliğe kanun veya toplu iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlamalar getirildiği görülmektedir. İşveren, işyerinde-işletmede amaçladığı mal ve hizmet üretiminde istihdam edeceği işçi sayısı ve niteliklerini belirlemede serbest olmakla birlikte, özellikle işyerinde-işletmede (şartlara göre birden fazla işyerinde) istihdam edilen işçi sayısına göre nispeten küçük ölçekli olanların arasında kalabilir veya devamında öngörülen işçi sayısını aşacak bir yapıyı gerçekleştirebilir. İşte işçi sayısının artışı, genellikle işveren yönünden yükümlerinin artışı, işçi yönünden ise daha geniş bir koruma alanına girme sonucunu doğurmaktadır. İşverenin, girişimci olarak sayı iti-

barıyla kanunda öngörülen küçük ölçeği aşmamak gibi bir hedefi olabileceği gibi, sözü edilen ölçeği aşarak, orta ve büyük ölçekli kuruluşların arasında yer almayı da bir gelişme süreci olarak planlayabilir. Küçük işyerlerinin-işletmelerin ve yüklerinin daha az düzeyde tutulabilmesine ilişkin düzenlemeler şunlardır:

*aa) Tarım işlerinin İş Kanunu'nun uygulanma alanına girmeleri*

İşK.m.4/b'de hükme bağlandığı üzere, "50'den az işçi çalıştıran (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde" bu kanun (İşK.) hükümleri uygulanmaz.

*bb) İşyerinin iş güvencesi hükümlerinin uygulanma alanına girmesi*

İşK.m.18/1'e göre iş güvencesi hükümleri "otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde" uygulanır. Ancak işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir (İşK.m.18/4). 4857 sayılı Kanun'la getirilen birden fazla işyerinde çalışan işçilerin toplam olarak dikkate alınmaları, otuzdan fazla işçi çalıştıran işverenlerin işçilerini otuzun altında kalacak şekilde işyerlerine bölerek çalıştırma yoluna gitmelerini engellemek olduğu bilinmektedir. Gerçi böyle bir düzenleme olmasa dahi işçilerin bölünmesi kanuna karşı hile oluşturacağı için, hukuken bir geçerliliği söz konusu olmayacak ve kendisine karşı hile yapılan kanun hükmü (toplam otuz ve daha fazla) uygulanması esas alınacaktır.

*cc) Toplu işçi çıkarma hükümlerine tabi olma*

İşK.m.29/2'ye göre, üzerinde çalışan işçi sayısı 20'nin altında ise toplu işçi çıkarma hükümleri uygulanmaz. Çalışan işçi sayısı 20'nin üzerinde ise kademeli olarak üzerinde çalışan işçi sayısı ve işten çıkarılacak işçi sayısına göre toplu işçi çıkarma hükümlerine tabi olunacağı gösterilmiş bulunmaktadır.

*dd) Norm kadro içinde veya ek olarak belirli nitelikteki işçiler ile iş sözleşmesi yapma zorunluluğu*

İşverenler, işyerinde-işletmede istihdam edeceği işçilerin sayısını ve niteliklerini belirlemede, genel olarak, serbest olmakla beraber istisnai durumlarda belirli işçileri işe almakla yükümlü tutulmaktadır. Bu hususta kanuni düzenlemelerden başka toplu iş sözleşmesi hükümlerinin de bulunduğu görülmektedir.

İşveren, norm kadroyu ve işe alınacakların niteliklerini tespit ederken, kanunda bazı şartlar altında ve hatta norm kadrosu tamamen dolu dahi olsa bu kadroya ek olarak işçi çalıştırmakla yükümlü olduğunu göz önünde tutabilir. Böyle bir norm kadro sistemini kuran işverenin, şartların bulunması halinde belirli işçileri işe almak ve çalıştırmak yönünden bir sıkıntıya düşmeyeceği açıktır. Ne var ki ülkemizde işverenlerin zorunlu olarak işçi almak yükümlülüğünden kaçtukları veya bunları en az sınırdaki bakmak istedikleri, ancak denetim sonucu yakalandıklarında ödemeleri gereken büyük meblağlar dolayısıyla rahatsız oldukları bir gerçektir.

İşverenlerin norm kadroda boş yer bulunmasa dahi kadroya ek sayıda işçiyi işe almakla yükümlü olduğu haller şunlardır:

aaa) Özel sektör işverenleri için sadece % 3 oranında özürlü, kamu sektörü işverenleri yönünden ise % 4 özürlü ve % 2 oranında eski hükümlü çalıştırılmaları öngörülmüştür. Özel sektör işverenlerinin 15.5.2008 tarihli ve 5763 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu dışında tutulmaları, hiç olmazsa özürlü çalıştırma yönünden yükümlülüklerine tam uymayı, istihdamı teşvik etmeyi özendirilmektedir. Kaldı ki, teşvik daha güçlendirilmekte ve işverenin sosyal sigorta prim hisselerinden bir kısmının Hazine tarafından karşılanması da öngörülmektedir (İşK.m.30/6). İşverenler özürlü, kamu sektöründe özürlü ve eski hükümlü işçileri, "meslek, beden ve eski durumlarına uygun işlerde" çalıştırmakla yükümlü oldukları için, norm kadro kapsamındaki iş tanımlarını yapanlar, sözü edilen işçilerin durumlarını göz önünde tutmaları gerekir. İşveren nitelikleri yönünden de kendi belirleyeceği özürlü ve eski hükümlüleri değil, İşK.m.30 ve ilgili yönetmelik hükümlerinde tanımlanmış özürlü ve eski hükümlüyü istihdam edebileceklerdir.

bbb) İşverenin, norm kadroda boş yer olup olmasına bakılmaksızın ek sayıda işçiyi işe almakla yükümlü olduğu diğer bir hal 2821 sayılı Sendikalar Kanunu 29. maddesinde işçi sendikası yöneticileri için getirilen güvencedir. İşçi sendikaları veya konfederasyonu yönetim kurulu veya başkanlığında görev aldıkları için kendi isteği işten ayrılan işçiler, görevleri kanunda belirtilen halleri ile sona erdiğinde, ayrıldıkları işyerinde, işe alınmalarını istediklerinde işveren, talep tarihinden itibaren bu iş-

çileri en geç bir ay içinde işe almakla yükümlüdür. Kanunda sadece işverenin belirlediği işçi sayısı zorlanmakla kalınmamakta, ayrıca sözü edilen işçilerin “eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe” başlatılmaları zorunlu tutulmakta, işçinin eski işine veya buna uygun diğer bir işte çalıştırılması öngörülmektedir. Bu yükümlülük işvereni sözü edilen işçinin eski işi veya buna uygun işlerde kadrolar dolu olsa dahi, böyle bir iş kadrosu yaratmakla zorunlu tutulmakla, esneklik en uç noktaya kadar zorlanmaktadır. Hemen bu konu sorulabilir, işveren tamamen dolu bir kadrosuna zorunlu olarak bir tane ekleme sonucunda, sözü edilen işlerin yürütülmesinde gerçekten işgücü fazlalığı ortaya çıkmış olacaktır ki, bu durumda bir işçi fazlalığını normal sayıya döndürmek için aynı işlerde çalışan işçilerden birinin iş sözleşmesini geçerli bir sebebe dayalı olarak feshetmek için bir yol açılmış olacaktır.

ccc) İşK’da belirli şartlar ile nitelikleri gösterilmiş olan işçilerin, işyerinde-işverence belirlenmiş işçi sayısında (norm kadroda) boş yer varsa sözleşme yaparak işe başlatılmaları zorunlu hale gelmektedir. Bunlardan biri İşK. m.30/8’de, düzenlenmiştir. İşyerinden malulen ayrılmak zorunda kalan ve daha sonra maluliyeti ortadan kalkan işçi eski işyerinde tekrar işe alınmak istediğinde işveren bu işçiyi “eski işinde ve benzer işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe, diğer isteklilere tercih işe almak zorundadır.” Benzer bir hal, İşK. m.31/4’de düzenlenmiştir. Buna göre; herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler, bu ödevlerinin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde tekrar işe alınmalarını istediklerinde işveren bu işçileri “eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek işe almak zorundadır.” Şu halde işçinin iş görme borcunu gereğine göre ifa edebilmek üzere işe alınması eski işi veya benzer işte boş yerin bulunmasına bağlı tutulmuş işverenin yükümlülüğü ise, ancak işverence sayıları önceden belirlenmiş-norm kadroda belirtilen işlerde boş yer varsa, ya da ileride yer boşaldığında söz konusu olabileceği hükme bağlanmıştır.

**e) İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili kadro ayrılması ve nitelikleri gösterilen kişilerin işe alınmaları**

İşyerinin amacını gerçekleştirmek için işverenin

en az belirli sayıda işçi istihdamı, iş sağlığı ve güvenliği yönünden farklı önlemlerin alınması ve belirli nitelikleri olan kişilerin çalıştırılması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Bu hususta İşK.’da öngörülen önlemlerden biri, sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı yerlerde “iş sağlığı ve güvenliği kurulu”nun oluşturulması ve işletilmesi için işyerinde çalıştırılan bazı işçilere görev verilmesidir (İşK.m.80). Kurul’da görevli olması gerekenler arasında “işyeri hekimi” ve “sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı olan bir veya birden fazla mühendis veya teknik elemandır; her ikisi de İşK.m.81 hükümlerinde düzenlenmiş bulunmaktadır (İşK.m.81, İş sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik).

İşK’nın 5763 sayılı Kanun’la değiştirilen 81. maddesinde, işverenler, işyerinde yürütülen işler (sanayi, ticaret, tarım ve orman işleri) yönünden bir ayırım yapılmaksızın devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemleri belirleme ve uygulanmasını denetlemek, ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak amacıyla işyeri iş organizasyonu kapsamında belirtilen işlerin yer almasını, norm kadronun bu işleri yürütecek işçilerin, istihdamına imkan verecek şekilde düzenlenmesini hükme bağlamaktadır. Bunlar “işyeri sağlık ve güvenlik biriminin oluşturulması”, “bir veya birden fazla işyeri hekimi ile gereğinde diğer sağlıklı personelinin görevlendirilmesi” ve sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği veya teknik elemanın görevlendirilmesidir.

Belirtilen bu düzenlemelerin işyerinin işgücü sayısını belirlemeden başka çalıştırılacak kişilerin nitelikleri yönünden de etkili olduğu hemen anlaşılabilir ve 81. maddenin 3. fıkrasında da tekrarlanmaktadır. Şöyle ki; “İşyeri sağlık ve güvenlik biriminde görevlendirilecek diğer personelin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları ... çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenir.”

**2. İşgücü ihtiyacının karşılanmasında kendi işçilerinin (iç esneklik) veya başka işverenin işçilerinin çalıştırılması (dış esneklik)**

Daha önce görüldüğü üzere, bir işveren işyerin-

de mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde sayıları ve nitelikleri belirlediği kendi işçilerini çalıştırabileceği gibi (sayısal esneklik, iç esneklik), sayısal esnekliğin bir uygulaması olarak belirtilen işleri başka bir işveren tarafından üstlenilerek onun işçileriyle (*asıl işveren-alt işveren* ilişkisine dayalı olarak) gerçekleştirilmesi yoluna da gidebilir (dış esneklik). Dış esneklik, bir işverenin başka bir işverenin işçilerinin *ödünç alınması* suretiyle çalıştırılmasına imkan verir. *Dış esneklik*<sup>46</sup> yada uzaklaştırma stratejileri<sup>47</sup> adı da verilen bu uygulamanın kapsamına “eve iş verme”<sup>48</sup> ya da eser sözleşmesi<sup>49</sup> veya vekalet akdi ile iş üstlenen kimseler de girmektedir<sup>50</sup>. AB’ne üye ülkelerde süreklilik gösteren işsizliğe karşı istihdam teşviklerinden biri olarak mesleki (gelir getirici) faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi ile işçi çalıştırılması ve asıl işveren alt işveren ilişkisine dayalı olarak başkasının işçisini üretimde ve yardımcı işlerde kullanılması teşvik edilmekte iken<sup>51</sup>, ülkemizde, hedefi konulmak üzere belirli bir programı, uygulanacak zamanda gösterilmek suretiyle bir yol çizilememektedir. Yukarıda açıklandığı gibi, Tuzla tersanesi olayı, genel olarak dış esnekliği, asıl işveren-alt işveren ilişkilerine öyle aşırı müdahaleye götürmüştür ki, istihdamı teşvik bir yana, tamamen aksi yönde, daha az işgücüne dayalı model arayışlarına başlanmıştır.

Durum böyle iken, devletin uzun zamandan beri gündemini işgal eden istihdamı teşvik paketi karşısında bir paradoks ile şaşkınlık yaşanmıştır. Daha önce görüldüğü üzere, İşK. m.3/2 ve 4 fıkralarında asıl işveren-alt işveren ilişkisine 5763 sayılı Kanun’la aşırı sınırlamalar getirilirken, yine 5763 sayılı Kanun’la İşK.’nin 81. maddesinde yapılan değişiklik ile özel bir konuda bir işyerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili işlerin, başka işverenler ve bunların işçileri tarafından karşılanabileceği (dış esneklik) hükme bağlanmıştır. İşK.m.81/2 hükmüne göre 1. fıkrada belirtilen personel (sağlık ve güvenlik birimi çalışanları, işyeri hekimi ve sağlık personeli, iş güvenliği uzmanları) işverence istihdam edileceği gibi, “işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak da yerine getirilebilir. Bu şekilde hizmet alınması işverenin sorumluluklarını kaldırmaz”. Ortak sağlık ve birimlerinden hizmet alınmasına ilişkin hususlar, bu maddeye göre çıkarılacak yönetmelikle dü-

zenlenecektir. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin, işverenin kendi işletme ve işyeri dışındaki bir işverenden sağlanabilmesi, yine esas itibarıyla, asıl işveren-alt işveren ilişkisine dayalı olarak gerçekleştirilecektir. Ancak, diğer işverenin işçilerinin ödünç verilmesi suretiyle karşılanmasına da bir engel yoktur. Dikkat edilmesi gereken husus, işverenin kendi işyeri için Kanunun öngördüğü sağlık ve güvenlik işleri, işletme dışında kurulmuş bir “ortak sağlık ve güvenlik birimi”nce sağlanabilecektir. Sözü edilen birimler, “İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”in 17. maddesine göre kurulan “ortak sağlık birimleri”dir. Maddenin birinci fıkrasına göre, “koruyucu ve acil sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütmek üzere bir ortak sağlık birimi kurabilir, kurulmuş olanlara ortak olabilirler.” Birden fazla işveren ortaklaşa sağlık birimi kurduklarında, artık ortak kullanılacak birim, bütün olarak veya parça parça, birimi kuran işverenlerin işyerinin *eklentisi sayılmaz, ayrı ve bağımsız bir işyeri niteliğini kazanır*. Zira, kurulan *sağlık birimi* birlikte hareket eden işverenler için *hizmet üretimi* gerçekleştirir ve yönetimi, ayrı ayrı işverenlerin değil sözü edilen ortak birimleri kuran işverenlere ait olur ve işverenler *ortak birimin birlikte işvereni* olurlar<sup>52</sup>. Yargıtay bu oluşumları doğrulamakta ve bunlara “*birlikte istihdam*” adı vermektedir<sup>53</sup>. İşte bir işveren işyerinde yürütülecek sağlık ve güvenlik işlerinin, belirtilen şekildeki ortak sağlık birimi tarafından üstlenilmesi için bir sözleşme akdettiğinde, her iki taraf arasında, şartların tümünün varlığı halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmuş olur. İşveren, böyle bir ilişkiyi, ortak sağlık birimine ortak olmadan veya ortak olarak kurabilir. Ayrıca bir işveren işyerindeki iş güvenliği uzmanı olarak istihdamı gereken mühendis veya teknik elemanı ödünç olarak da İşK.m.7 şartlarına göre çalıştırabilir.

### 3. Sayısal esnekliğin iş sözleşmesinin esnek türleri ile uyumlu olması

Sayısal esneklik yönünden işverenin işgücü sayısını, üretim durumuna göre ayarlamak üzere, norm kadronun işin artışına bağlı olarak sayıların eklenmesi suretiyle belirlenmesi, yeni ve geçici ihtiyaçlara göre artırılması ve azaltılmasında yeni iş sözleş-

mesi türlerinin (atipik iş sözleşmesi) önemli bir katkı sağladığında bir kuşku yoktur. Örneğin büyük bir otelde işveren sürekli ve tam süreli çalışanların sayısını optimum olarak belirlediği gibi normal faaliyeti aşan şekilde gelecek işlerde, örneğin toplantı, balo, düğün, konser ve benzeri etkinlikler çıktığında bu işlerin görüleceği günlerde işe davet edilerek çalıştırılması imkanı veren çağrı üzerine çalışma (kısmi süreli özel çalışma şekli) şeklinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile istihdam edeceği işgücü sayısını da belirleyerek uygulayabilir. Bir mal ve hizmet üretiminde bulunan işyerinde belirli bir zamanı kapsayan yeni bir proje geldiğinde yahut geçici bir talebin üretiminin artırılmasını zorunlu hale getirdiğinde işverenler belirtilen geçici ve belirli bir zamana bağlı işgücü ihtiyaçlarını belirli süreli iş sözleşmeleri ile karşılayabilirler. Belirtilen geçici ihtiyaçlar İşK.m.11/1'e göre objektif bir neden oluşturduğu için, işverenler işgücü sayısını gereğine göre artırmak ve azaltmak üzere hukukun geçerli belirli bir süre iş sözleşmelerinden yararlanabilirler.

#### 4. Sayısal esneklik ve iş sözleşmesinin feshine ilişkin sınırlamalarda ölçünün dengeli olabilmesi

Yukarıda incelendiği gibi, işverenin işçi sayısında azaltma yapabilme serbestisi, iş sözleşmelerinin feshine ilişkin kurallara bağlı olarak sınırlanmaktadır. İş güvencesine ilişkin düzenlemelerin bu sınırlamaları daha genişlettiği söylenebilirse de, İşK'da 158 Sayılı Sözleşme'nin esnekliğe öncelik veren esasları da dikkate alınarak işverenlerin işçi sayısını azaltmada, işveren ve işçi menfaatlerinde ölçülü bir dengenin kurulmuş olduğunu örnekler ile açıklamıştık<sup>54</sup>. Sayısal esneklikte işyerleri-işletmelerin ekonomik, teknolojik ve pazar paylarındaki ani değişikliklere uyum sağlama yönünden, örneğin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde bildirim sürelerinin uzun tutulması katı bir düzenleme olarak görülmektedir<sup>55</sup>. İşK'da öngörülen süreler, AB üyeleri ile karşılaştırıldığında bu sürelerin aşırı oldukları söylenemez. Ancak toplu iş sözleşmelerince, bildirim sürelerinin gerçekten sayısal esnekliğin kullanılmasını zorlaştıracak kadar uzun belirlendiği hükümlere yer verildiği görülmektedir. Yargıtay bir toplu iş sözleşmesinde bildirim sürele-

rinin "fahiş şekilde belirlenmiş (artırılmış) olması" hukuka uygun görmemiş ve bu durumun "işveren fesih hakkını önemli ölçüde sınırlandırmış" olduğunu bildirmiştir<sup>56</sup>. Yüksek Mahkemeye intikal eden olayda küçük bir belde belediyesinde eski başkanın imzaladığı toplu iş sözleşmesinde bildirim süreleri İşK.m.17'de gösterilen işçinin işyerindeki çalışma süresi kademelerine göre 20, 40, 60 ve 90 hafta olarak belirlenmiştir. Yüksek mahkemeye göre kanunda bildirim süresinin sözleşmeler ile artırılacağı hükme bağlanmış olmakla beraber, bir üst sınır konulmaması bu artışın sınırsız şekilde yapılabileceği şekilde yorumlanmamalıdır. Esasen 2822 sayılı Kanunun 5. maddesine göre toplu iş sözleşmesi hükümlerinin "kamu düzenine" aykırı olamayacakları da belirtilmiş olup, bildirim sürelerinin fahiş şekilde artırılması kamu düzeyine aykırıdır. Yargıtay, İşK.m.17'de bildirim sürelerinin artırılmasında bir üst sınır konulmamış olmasını, kanunda bir boşluk bulunduğu yönünde değerlendirilmiş ve boşluğun Medeni Kanun m.1 uyarınca yargıç tarafından belirlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Ekleyelim ki Yüksek Mahkemeye göre işçi yönünden de sözü edilen artırılmış sürelerle göre hesaplanacak olan ihbar tazminatının talebi, iyiniyetli bir davranış olarak düşünülemez<sup>57</sup>.

Toplu iş sözleşmelerinin politik amaçla ve sırf kendi parti yanlılarına menfaat sağlamak için kötüye kullanıldığı örnekler, daha önce de yargıya intikal etmiştir. Bu olayda da ihtiyaç bulunmadığı halde norm kadrolarının aşırı artırılması söz konusudur. Tekrar seçilemeyeceğini anlayan bir belediye başkanını seçime girmeden önce, norm kadro olgusunu ve gereğinde işgücü fazlalığının normale indirilmesinde karşılaşılabilecek büyük sıkıntıları dikkate almaksızın çok sayıda parti yanlısını işe almıştır. Ne var ki, yeni başkan seçilmesini takiben işgücü fazlalığının giderilmesi, normal istihdam sayısına dönebilmek için işlemleri başlatırken çok sayıda işçinin iş sözleşmelerinin feshedilmesi ve ödenecek yüksek miktarlardaki ihbar ve kıdem tazminatları dolayısıyla önemli sorunlarla karşı karşıya kalmıştır.

Hemen belirtelim ki, bildirim sürelerine bir üst sınır konulması amacıyla yargının, taraf iradelerine dayalı toplu iş sözleşmesi hükümlerine müdahalesini toplu iş sözleşmesi özerkliği açısından olumlu görmek mümkün değildir<sup>58</sup>. Yargıcın sözleşme hüküm-



lerine müdahalesi Borçlar Hukuku'nda kabul edilen ve toplu iş sözleşmeleri hakkında uygulanacağı benimsenen görüşe göre, ancak işlem temelini çökmesi halinde, dürüstlük kuralı gereği olarak sözkonusu olabilir; böyle bir durumda yargı sözleşme hükümlerine değişen şartlara uyarlanmasına veya sözleşmenin feshine karar verebilir<sup>59</sup>. Bunun için her şeyden önce, sözleşme kurulduktan sonra önceden görülmeyen ve sözleşmeden doğan ilişkide taraflar arasındaki dengeyi taraflardan biri için katlanamaz ölçüde bozan bir değişikliğin, kısaca "işlem temelini çökmesi"nin varlığına bırakılacaktır ki, bildirim süreleri olayında böyle bir şartın bulunduğunu ileri sürmek güçtür. Bildirim sürelerinin fahiş şekilde artırılmasında ya da seçimlerden önce faaliyetin yürütülmesi gerekli olan işçi sayısının (norm kadronun) herhangi bir dayanak olmaksızın artırılmasında, belediye yöneticilerinin toplu pazarlık sürecinde temsil ettikleri belediye tüzel kişiliğinin menfaatlerini korumamaları ve bilerek aşırı yük altına sokmalarının, kişisel kusurlarından kaynaklanan düzenlemeler olduğu dikkate alınarak, yöneticilerin sorumluluğuna gidilmesi uygun olabilecektir<sup>60</sup>.

Ülkemizde işverenin işyerinde-işletmede sayısal esnekliğe iş sözleşmesinin feshine ilişkin yükümlülüklerin de sınırlayıcı, katı kural etkisi olabileceğini belirtelim. Bunu kıdem tazminatında görmek mümkündür. Ülkemizde kıdem tazminatı şartlarının işçi yararına genişletilmesinde ve miktarının 30 günlük ücret tutarına çıkarılmasında, bu tazminata kanun gerekçelerine geçmiş işlevlerin etkileri olmuştur. Bunlardan ikisi kıdem tazminatı işsizlik sigortasının karşılığıdır ve kıdem tazminatı iş güvencesi işlevini görmektedir. Bu kurumlar daha sonra ülkemizde uygulamaya konulmuştur, önce işsizlik sigortası kabul edilmiş, arkadan iş güvencesi de getirilmiştir. İşverenin ihtiyaçlarına dayalı olarak işyerinde işgücü sayısını azaltmak istediğinde, işsizlik riski ve iş güvencesi dolayısıyla işçiyi koruyucu sistemler getirildiğine göre, kıdem tazminatının ödeneceği haller arasından işverenin iş sözleşmesinin fesih halleri çıkarılmalı ve kıdem tazminatı miktarı her yıl için 15 günlük ücret miktarına indirilmelidir. Bu hususta Bilim Kurulu bir tasarı hazırlanmış, hatta Kıdem Tazminatı Fonu Tasarısı yasa organından geçirileceği düşüncesiyle 4857 sayılı Kanun'un "Kıdem Tazminatı"nı düzenleyen maddesi konulmamış, geçici 6. madde ile yeni dü-

zenlemeler getirilinceye kadar 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır<sup>61</sup>. Ancak bugüne kadar beklenenler doğrultusunda bir gelişme olmamıştır.

## DİPNOTLAR

- 1 Bkz. MESS, Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, İstanbul 2002, s. 64 (İş Kanunu Gerekçesi).
- 2 MESS, İş Kanunu Gerekçesi, s. 73-76, 85-87, 89-91.
- 3 W. Zöllner, Flexibilisierung des Arbeitsrechts, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1988, s. 265; K. Linnenkohl, Begriff und Bedeutung der Arbeitszeitflexibilisierung, Betriebs-Berater 1985, s. 1921; G. von Hoyningen-Huene/U. Meier Krenz, Flexibilisierung des Arbeitsrechts durch Verlagerung tariflicher Regelungskompetenzen auf den Betrieb, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1988, s. 293; H.P.Tschudi, Flexibilität und Schutzfunktion des Arbeitsrechts, Mitteilungen des Institut für Schweizerisches Arbeitsrecht (ArbR) 1991, s. 9; M. Ekonomi, Türk İş Hukukunda Esneklik Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik (Flexibilität Im Arbeitsleben), İzmir 1994, s. 60 (Esneklik); Ö. Eyrenci, İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, s. 228-229.
- 4 Zöllner, s. 269; K. Linnenkohl/G. Kilz/D.A. Reh, Die arbeitsrechtliche Bedeutung des Begriffs der "Deregulierung", Betriebs-Berater 1990, s. 2038; K.-G. Loritz, Alman İş Hukukunda Esneklemeye Yönelik Çabalar, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, s. 11; W. Zöllner/K.G. Loritz/C. H. Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Auflage, s. 10; Ekonomi, Esneklik, s. 60-61, S. Süzek, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 19; D. Ulucan, Çalışma Hayatında Esneklik, Prof.Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998, s. 527.
- 5 Örneğin emredici bir hukuk kuralına çok sayıda istisna koyan düzenlemeler getirilerek asıl emredici kuralın uygulanma alanı çok sınırlanmış, istisnalara ilişkin normlar ile esnekliğe yönelik bir alan kazanılmış olur ki, bu durumda esneklik kuralsızlaştırmanın aksine, çok sayıda kuralı da beraberinde getirmiş olur. Bkz. Ekonomi, Esneklik, s. 61.
- 6 Ekonomi, Esneklik, s.61.
- 7 Yarg. HGK, 21.3.2007, E.2007/9-150, K.2007/160, İşveren Temmuz 2007, Özel eki, s. 9; Süzek, s. 728; M. Ekonomi, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Kamu-İş 2007, Sayı 3, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, s. 162-163.
- 8 Tschudi, s. 12-13; Süzek, s. 17.
- 9 MESS, İş Kanunu Gerekçesi, s. 13 vd.
- 10 Genel olarak işçi ve işveren kesimlerinin esneklik hakkındaki düşünceleri hakkında bkz. M. Worzalla, Alman İşverenleri Açısından İş Hukukunda Esneklik, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, s. 275; R. Buschmann, Alman İşçileri Açısından İş Hukukunda Esneklik, aynı eser, s. 297; K. Atasayar, Türk İşverenleri Açısından İş Hukukunda Esneklik, aynı eser, 315; S. Erdoğan, Türk İşçileri Açısından İş Hukukunda Esneklik, aynı eser, s. 321; A. Yavuz, Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi, Ankara 1995, s. 30 vd.
- 11 Bkz. M. Ekonomi, Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s. 231 vd. (Ödünç İş İlişkisi).
- 12 Eyrenci, İş Sürelerinde Esneklik, s. 237; Ekonomi, Esneklik, s. 78-79.

- 13 Bkz. Atasayar, s. 316-317.
- 14 Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Ekonomi, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, LEGAL Vefa Toplantıları (II), İstanbul 2008, s. 24-25, 40 vd. (Alt İşveren).
- 15 27.9.2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Alt İşverenlik Yönetmeliği"nin iptali için TİSK tarafından dava açılması, çok isabetli olmuştur. Yönetmelik hükümleri aşağıda ele alınacaktır, bkz. II, 2b.
- 16 Genel olarak esneklik türleri için bkz. Yavuz, s. 11 vd.; TİSK, Çalışma Hayatında Esneklik, Ankara 1999, s. 14; C. Tuncay, Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esneklik, Çalışma Hayatında Esneklik, Ankara 1995, s. 59 vd. (Esneklik).
- 17 W. Blomeyer, Almanya'da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, s. 195; T. Centel, Türkiye'de Yeni İstihdam Türleri İle İş İlişkilerinin Esnekleştirilmesi, aynı eser, s. 239; Tuncay, Esneklik, s. 67.
- 18 Eyrenci, s. 231; G. Hueck, Almanya'da Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesine Yönelik Çalışmalar, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, s. 105; Tuncay, Esneklik, s. 63; aynı yazar, İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul 2002, s. 169; D. Ulucan, AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve İş Kanunu Taslağında Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem (Seminer Notları), İstanbul 2002, s. 97; aynı yazar, AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 sayılı İş Kanununda Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri, Merceğ Temmuz 2003, s. 60; M. Demircioğlu/M. Engin, Dünyada ve Türkiye'de Esnek Çalışma, İstanbul 2002, s. 51; N. Caniklioğlu, 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III Yılında İş Yasası, İstanbul 2005, s. 149.
- 19 Bkz. Yavuz, s. 13; TİSK, s. 17 vd.; Tuncay, Esneklik, s. 61. Fonksiyonel esneklikte, en iyi ve verimli şekilde kullanılması mümkün olabilen işgücünün yüksek nitelikte ve iyi eğitim görmüş olması şarttır. Bu açıdan fonksiyonel esnekliği hedef alan işverenin iş organizasyonuna göre ayrıntılı iş tanımlarını yapması, işçinin niteliklerini çok iyi belirlemesini ve zaman içinde gerekli eğitimi planlaması gereklidir. İşçilerin kabul ettiği iş tanımının görüş ve yeniliklere açık bulunmuş olması, işçiyi iyiniyet kuralları çerçevesinde verildiği işte çalışmakla yükümlü kılar. Aynı şekilde iş tanımları yenilendiğinde, kendisinden beklenen veya daha üst düzeyde bir iş olduğunda işçinin bu işi kabul etmesi gerekir. Buna karşılık değişen teknoloji ve iş yüküne göre çalışma şartı esaslı değişiklik göstermekte ise; tarafların anlaşması (İşK.m.22/2) dışında, İşK.m.22/1 hükmünün uygulanması gerekir.
- 20 Fonksiyonel esnekliğin alt kavramları için bkz. TİSK, s. 18.
- 21 Toplu iş sözleşmelerinin ücret esnekliği üzerinde etkileri için bkz. TİSK, s. 20.
- 22 MESS, İş Kanunu Gereğesi, s. 3 vd.
- 23 Bu husustaki eleştiriler için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, s. 40.
- 24 Bkz. Ekonomi, Ödünç İş İlişkisi, s. 233 vd.
- 25 Daha önceki İş Kanunları gibi 1475 sayılı İşK.'da da (m.35/9) "Fazla saatlerde çalışmanın ne suretle uygulanacağı çıkarılacak bir tüzükte gösterilir" denilmiştir; hukuk kaynakları hiyerarşisinde niteliği ve işlevi yönünden, uygun olan da sözü edilen konuların tüzük ile düzenlemesidir. 4857 sayılı Kanun'da tüzük ile belirlenmesi ve gösterilmesi öngörülen konuların yönetmeliğe bırakılması isabetli olmamıştır. İşyerinde 10, 25, 80, 200 işçi çalışmakta ise, her yıl teker, teker işçilerden yazılı onay alınmasında zorluk görünmeyebilir. Ancak T Bankasında 5 bin, F Bankasında 14 bin ve K Telekomünikasyon şirketinde 30 bin işçi için her yıl yeniden fazla çalışma için onay alınmasının zorluğu çok açıktır.
- 26 M. Rehbindler, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002, s. 62.
- 27 Bkz. Ö. Ekmekçi, Kamu İşverenlerinin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasanın Eşitlik İlkesinin İhlali, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006, Sayı 12, s. 1174.
- 28 Yargıtay bir "Hizmet ve Danışmanlık Şirketinin, bir işveren şirket ile yaptığı ve "yüklenici" sıfatını kullandığı bir sözleşmede, "yüklenici hizmetleri yerine getirmek üzere" karşı tarafın işyerine gönderdiği işçinin, hizmet şirketinin işçiyi istihdam ettiği bir işyeri olmaksızın yaptığı bir "iş bulmaya aracılık sözleşmesine" göre karşı tarafa gönderilmiş ve onu çalıştıran karşı taraf şirketin işçisi olduğunu kabul etmiştir: Yarg. 9 HD. 4.4.2005, 774/11838, LEGAL-İSGHD, 2005, S. 8, s. 1754-1756.
- 29 5763 sayılı Kanun'la alt işveren ilişkisinde yapılan değişiklikler ve bunların beraberinde getirdiği sorunlar ile hukuka uygunluğu hakkındaki isabetli eleştiriler için bkz. T. Centel, Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik, Sicil Haziran 08, Sayı 10, s. 5 vd.
- 30 Bkz. A. Zevkliler, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İzmir 2004, s. 180-181.
- 31 Centel, s. 4.
- 32 Ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, s. 6 vd.
- 33 Alt İşveren Yönetmeliği, 27.9.2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.
- 34 M. Ekonomi, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi TÜSİAD Semineri, İş Kanunu Toplantıları Dizisi-1, İstanbul 2005, s. 26.
- 35 Karar ve uyuşmazlık konusuna ilişkin ayrıntılar için bkz. Dipnot (36).
- 36 Olayda işçi sendikasının başvurusu üzerine Bakanlık, işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit etmiş, işverenin itirazı üzerine başvurudan önce işe alınan işçiler de hesaba katılarak iş mahkemesince, sendikanın yetkili olmadığına dair verilen kararın bozulan Yargıtay, iş mahkemesine verilen bilirkişi görüşünü değerlendirirken, işverenin işyerinde çalışan işçi sayısının geçici olarak değiştirmede esas alınacak ölçütlere de değinmektedir. Karara konu olan uyuşmazlıkta sendikanın Bakanlığa başvuru tarihi 7.6.1989, toplu şekilde işçileri işe alma tarihleri de 1.6.1989-6.6.1989'dur. Yüksek Mahkeme bilirkişinin işe almada muvazaalı bir durum olabileceği ihtimaline karşı yaptığı tespitleri değerlendirirken şu görüşlere yer vermektedir: "... Bu tespiti yaparken Mart 1989 tarihinden itibaren işyerinde çalışan, işyerine giren ve çıkan işçi sayısını ve yapılan iş miktarını da belirtmiştir. Bu tespitlere göre Haziran ayından önceki aylarda devamlı olarak çalıştırılan işçi sayısının Bakanlığının tespit ettiği miktarlara yakın olduğu izlenmektedir. Temmuz ayında ise az olmayan sayıda işçi çıkarması olduğu görülmektedir. Bu durumda salim bir sonuca ulaşabilmek için işyerinde yapılan işlerin ve çalışılan yerin kapasitesi bakımından bu işlerden anlayan bir bilirkişi aracılığı ile mahallinde keşif yapılması düşünülmelidir. Bu yön düşünülmezsizin ve gerektirici sebepleri araştırılmaksızın

- çoğunluk tespitinden hemen önce ve altı gün içinde yeni işçi alınmış olması yeterli görülerek çoğunluk tespiti cihetine gidilmesi isabetsiz bulunmuştur": Yarg. 9.HD, 29.9.1989, E.1989/67408, K.1989/7747, Tühis Kasım 1989, s. 21; karar ve incelemesi için bkz. F. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 1991, s. 145-146.
- 37 Yarg. 9.HD, 3.10.1996, E.1996/17892, K.1996/18886, karar ve incelemesi, A. Güzel, Toplu İş İlişkileri, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1996, İstanbul 1998, s. 177-178.
- 38 "Yatay geçiş" sözcüklerinin iş sözleşmesinin devri işlemini amaçladığını kabul etmekteyiz. Holding şirketleri arasında İŞK.m.7 uyarınca ödtünc (geçici) iş ilişkisi ile geçici bir süre için işçilerin kullanılması da mümkündür. Bu halde işverenin davranışının kötünietli olduğu daha kolay anlaşılacağı için, olaya göre, iş sözleşmesinin devri yolunun kullanıldığı kesinlik kazanmaktadır. İş sözleşmesinin devri hakkında bkz. M. Ekonomi/Ö. Eyrenci, Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan II, İstanbul 2001, s. 1199.
- 39 Yarg. 9.HD, 5.3.1998, E.1998/3330, K.1998/3421, Yargıtay Kararları Dergisi, Nisan 1999, s. 483-484.
- 40 İş güvencesi sistemine geçişte ülkemiz şartlarına uygun model arayışı ve sanayileşmiş ülkeler ile karşılaştırılması hakkında bkz. M. Ekonomi, Taslağın İçeriği ve Sanayileşmiş Ülkelerle Mukayesesi, İş Kanunu ve Sendikalar Kanununda Yapılması Düşünülen Değişikliklerin Türk Sanayiine Etkileri (TİSK) Semineri, Ankara 1992, s. 29 vd.; aynı yazar, Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997, s. 81 vd.
- 41 Yarg. 9.HD, 19.11.2007, E.2007/22408, K.2007/34414, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi 2008, Sayı 17, 5, 195; İşverence norm kadro değişikliği sonucu personel sayısının azaltılması sonucu fesih, geçerli sebebe dayanır; Yarg. 9.HD, 14.5.2007, E.2007/9579, K.2007/14901, LEGAL 2007, Sayı 16, s. 1573.
- 42 Yarg. 9.HD, 25.2.2008, E.2008/3735, K.2008/2001, Çalışma ve Toplum 2008/3, s. 347-350. Başka bir kararında da yüksek mahkeme, işverenin geçerli bir sebebe dayandırılmak suretiyle işçi sayısını azaltabileceğini ve belirlenen işgücü fazlalığının iş sözleşmesinin feshedebileceğini şöyle ifade etmektedir: "... İşletmeyi ve işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmeye ilişkin karar alabilir. Ancak, bu karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin feshi konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir." (Yarg. 9.HD, 24.4.2005, E.2005/7907, K.2005/14470, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, 2005, Sayı 7, s. 1301-1304. Aynı yönde Yarg. 9.HD, 24.2.2005, E.2004/2679, K.2005/6297, O.G. Çankaya/C.İ. Günay/S. Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005-05, s.550-551.
- 43 Yarg. 9.HD, 29.3.2004, E.2004/3405, K.2004/6455, Çankaya/Günay/Göktaş, s. 469-470.
- 44 Yarg. 9.HD, 2.5.2005, E.2005/12432, K.2005/15089, LEGAL-İSGHD, 2005, Sayı 7, s. 1287.
- 45 Yarg. 9.HD, 21.4.2005, E.2005/10825, K.2005/14175, LEGAL-İSGHD, 2005, Sayı 7, s. 1316.
- 46 Blomeyer, s. 196, Blomeyer, Almanya'da özellikle Doğu Avrupa sınırlarının açılmasından sonra Almanya'da da asıl işveren alt işveren ilişkilerinin gittikçe genişlediğini şöyle açıklamaktadır: Bu tür sözleşme şekillenmelerine, özellikle montaj işlerinde, koruma ve bekleme işlerinde, temizlik işlerinde, nakliye hizmetlerinde rastlanmaktadır. Özellikle bu tür eser sözleşmelerine, Doğu Avrupa sınırlarının açılmasından beri Doğu Avrupa işletmeleriyle olan çok düşük ücretler nedeniyle yapı alanında rağbet edilmektedir. Burada Almanya yapı firmaları, genel girişimci veya genel yüklenici olarak ortaya çıkmakta, sözgelimi Polonyalı ya da Çek taşeronlara münferit siparişler vermektedir" (s.209).
- 47 Yavuz, s. 18; TİSK s. 15, 24.
- 48 "Eve iş verme", işçi sıfatının kazanıldığı "uzaktan çalışma" veya "tele-çalışma" halleri dışında tam bağımsız çalışanların (serbest meslek sahibi) anlatılmaktadır. Bkz. Ekonomi, Yeni Yaklaşımlar, s. 177-178; Ö. Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989, s. 27; Süzek, s. 251 vd.
- 49 Asıl işveren-alt işveren ilişkisini kuran sözleşmelerin büyük çoğunluğu eser sözleşmesidir. Bazı hallerde işyerinde eser sözleşmesi ile ilişki kuran gerçek kişi, örneğin işyerinde kendisine ayrılan bir yerde ekipmanları ile kahve-çay pişirip dağıtmaya üstlenen kimse de, yanında iş sözleşmesine göre başka birini çalıştırmıyorsa, serbest meslek sahibidir, işçi değildir.
- 50 Bir pazarlama şirketinin icra takiplerini ve ticari işlere ilişkin davalarını üstlenen ve işverenle bağımlı ilişkisine hiçbir suretle girmeksizin vekalet sözleşmesine göre şirketin işlerini yürüten kimse de dış esnekleşme kapsamındadır.
- 51 Almanya için bkz. dipnot (46).
- 52 Bkz. M. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 419-420.
- 53 Bkz. Örneğin Yarg. 9.HD, 23.1.2007, E.2006/29128, K.2007/441, LEGAL 2007, Sayı 15, s.1063-1064; 17.10.2007, E.2007/2624, K.2007/30654, LEGAL 2008, Sayı 17, s. 237-238.
- 54 Bkz. yukarıda III. 1b.
- 55 Yavuz, s. 16.
- 56 Yarg. 9.HD, 21.3.2006, E.2006/109, K.2006/7052; aynı doğrultuda 11.4.2006, E.2006/2630, K.2006/9547; kararlar ve K. Bakırcı'nın eleştirileri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 07, s. 106 vd.
- 57 Bkz. dipnot (56).
- 58 Yargıtay kararını isabetli bulan görüş, F. Şahlanan, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2006 eki, s. 2-4; aksi yönde eleştiriler için Bakırcı, s. 109 vd.; N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008, s. 192, dipnot (55) s. 561.
- 59 Bkz. M. Ekonomi, Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkileri Uyumu, Prof. Dr. K. Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 174; Çelik, aynı yer.
- 60 Bakırcı, s. 113.
- 61 Kıdem tazminatına ilişkin yeniden yapılandırma ve düzenleme gereği ile Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu Tasarısı için bkz. MESS, Tasarı, s. 59, 99 vd. Hemen belirtelim ki, Bilim Kurulu, Kıdem Tazminatı Fonu'na karşı çıkarılacak İşK.'ya (4857 sayılı) konulmak üzere alternatif bir metin de hazırlanmıştır. Ancak yasama organı bu yönde bir seçim yapmamış, kıdem tazminatı fonu kurulmasına öncelik vermiştir.